



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně senátu Mgr. Petry Weissové a soudců Ing. Mgr. Martina Jakuba Bruse a JUDr. Jiřího Pally v právní věci žalobkyně: **Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace**, se sídlem Koterovská 462/162, Plzeň, zastoupena JUDr. Filipem Behenským, advokátem, se sídlem Blažimská 1781/4, Praha 4, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 525/15, Praha 1, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 7. 4. 2021, č. j. MF-36511/2016/1203-14, ve znění opravného rozhodnutí ze dne 3. 6. 2021, č. j. MF-36511/2016/1203-17, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 18. 2. 2022, č. j. 61 Af 8/2021-51,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a předcházející soudní řízení

[1] Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad (dále jen „správce daně“) platebním výměrem č. 14/2015 ze dne 30. 12. 2015, č. j. RRRSJ 160/2016, uložil žalobkyni odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 26.043.951 Kč. Žalobkyně se totiž při zadávání veřejné zakázky na stavební práce s názvem „*Silnice II/231 v Plzni, Plaská – Na Roudné – Chrástecská, 1. etapa*“ dopustila pochybení spočívajících v tom, že stanovila nepřiměřený a diskriminační požadavek doložit hodnotu ratingu banky uchazeče [zjištění 1.A], stanovila požadavky na prokázání kvalifikace způsobem znemožňujícím postup podle § 51 odst. 4, resp. odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) [zjištění 1.B], stanovila nepřiměřený a diskriminační technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písmeno f) zákona o veřejných zakázkách (požadovala, aby uchazeči formou vlastnictví nebo zasmělnění disponovali dvěma obalovnami asfaltových směsí s kapacitou výroby minimálně 160 tun za hodinu každá) [zjištění 1.C] a v rozporu s § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách rozdělila předmět dvou zakázek na zajištění

administrátora projektů tak, že snížila předpokládanou hodnotu každé z nich pod stanovené finanční limity [zjištění 2]. Správce daně stanovil za pochybení označená jako zjištění 1.A, 1.B a 1.C odvod ve výši 25 % z uplatněných způsobilých výdajů uvedené veřejné zakázky a za pochybení označené jako zjištění 2 odvod ve výši 25 % z dotace poskytnuté v souvislosti s danou zakázkou.

[2] Žalovaný výše specifikovaným rozhodnutím změnil platební výměr tak, že odvod za porušení rozpočtové kázně snížil na částku 16.437.192 Kč, neboť ve zjištění 1.B neshledal porušení rozpočtové kázně a v souvislosti se zjištěními 1.A a 1.C uložil odvod jen 10 % z podílu dotace na výdajích v rámci zakázky namísto 25 %. Opravným rozhodnutím ze dne 3. 6. 2021, č. j. MF-36511/2016/1203-17, žalovaný doplnil výrok svého rozhodnutí tak, že žalobkyně je povinna uhradit vyměřený odvod ve výši 0 Kč, neboť povinnost úhrady odvodu byla splněna provedenou korekcí a pozastavením platby dotace za výdaje uplatněné v rámci závěrečné monitorovací zprávy.

[3] Proti rozhodnutí žalovaného podala žalobkyně žalobu, kterou Krajský soud v Českých Budějovicích (dále jen „krajský soud“) v záhlaví označeným rozsudkem zamítl jako nedůvodnou.

[4] Krajský soud nepřisvědčil žalobkyni tvrzené nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného. Ztotožnil se s jeho závěry ohledně zjištění 1.A a konstatoval, že pro hodnocení stability uchazeče bankou před poskytnutím bankovní záruky není třeba, aby banka disponovala (jakýmkoli) ratingem. S odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009-71, publ. pod č. 2551/2012 Sb. NSS, a komentářovou literaturu krajský soud zdůraznil, že volbu formy peněžní jistoty nemůže zadavatel omezovat. Podotkl, že požadavek na doložení ratingu banky uchazeče překračuje rámec, který pro činnost bank stanoví zákon č. 21/1992 Sb., o bankách; navenek neutrální pravidlo tak má ve svém důsledku diskriminační efekt. Skutečnost, že banka disponuje určitým ratingem, navíc podle krajského soudu nezaručuje lepší posouzení, zda uchazeč může získat příslib bankovní záruky v potřebné výši. Dodal, že výběr banky poskytující záruku nebylo třeba omezovat ratingem, neboť banka na českém bankovním trhu nemůže mít potíže s plněním požadované bankovní záruky 20 milionů Kč. Krajský soud souhlasil se žalovaným, že požadavek na doložení ratingu banky uchazeče má potenciál ovlivnit výsledek zadávacího řízení v důsledku diskriminačního kritéria. Upozornil na to, že z původních 13 zájemců podalo nabídku jen 6 uchazečů a nelze vyloučit, že důvodem mohly být podmínky pro doložení bankovní záruky (společnost SMP CZ, a. s., se omluvila z účasti na druhém kole výběrového řízení proto, že její „*možnosti, co se týče bankovních garancí a příslibů nejsou neomezené*“). Krajský soud poznamenal, že rozhodnutím Úřadu na ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ze dne 6. 11. 2020, č. j. ÚOHS-35558/2020/500/JBě, které označilo požadavek na rating banky za legitimní, není vázán a jeho závěry nejsou přenositelné na nyní řešenou věc.

[5] K námitkám retroaktivní aplikace práva v případě zjištění 1.C krajský soud poukázal na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2021, č. j. 1 Afs 480/2020-38, a ze dne 9. 4. 2017, č. j. 6 As 98/2016-54. Konstatoval, že nelze zaměňovat změnu správní praxe, kde se uplatňují principy předvídatelnosti a legitimního očekávání, a změnu judikatury. Výklad připouštějící přiměřenost technického kvalifikačního požadavku na dvě obalovny asfaltových směsí se opakovaně objevil v rozhodnutích ÚOHS, stalo se tak ovšem spolu s argumentem, že posouzení otázky skryté diskriminace je věcí vážení konkrétních

pokračování

skutkových okolností. Podle krajského soudu se nejedná o dostatečně konkrétní ujištění ze strany správního orgánu, které by v žalobkyni mohlo vzbudit legitimní očekávání. Krajský soud konstatoval, že soudní judikatura později závěry ÚOHS překonala. S odkazem na nález Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11, krajský soud uvedl, že soudem přijatý právní názor je třeba zpravidla aplikovat i na případy mající skutkový základ před vydáním příslušného soudního rozhodnutí. Dále citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 3. 2017, č. j. 10 Afs 244/2016-29, podle kterého novou judikaturu výjimečně nelze užít, pokud by to mělo poškodit adresáta, který jednal podle dosavadní judikatury. Tento princip zdrženlivosti však podle krajského soudu nelze uplatnit ve vztahu k rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61, neboť až do jeho přijetí soudy o dané otázce nerozhodovaly, tudíž nešlo o odchýlení se od předchozí judikatury. Krajský soud zdůraznil, že při aplikaci principu zdrženlivosti či principu ochrany právní jistoty by byl soud v pilotních případech fakticky vázán správní praxí, kterou by mohl překonat jen do budoucna; tím by se však zpronevěřil svému poslání rozhodovat v souladu se zákonem. Krajský soud konstatoval, že i podle Ústavního soudu je soud oprávněn svým právním názorem označit správní praxi za nezákonnou s účinky *ex tunc*, a proto jsou správní orgány povinny z takového posouzení vycházet; aplikaci uvedené judikatury ze strany správce daně a žalovaného tudíž nelze označit za svévoli.

[6] Krajský soud potvrdil naplnění pojmu skryté diskriminace v případě zjištění 1.C. Citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55, podle kterého by požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí mohl být odůvodněn jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky nebo legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky), nikoli v případě běžného stavebního materiálu dostupného u velkého množství dodavatelů v dané oblasti. Krajský soud připomněl, že podle protokolu o kontrole ze dne 19. 2. 2015 činil podíl hodnoty asfaltové směsi pouze 9,85 % z celkové hodnoty zakázky. Zdůraznil, že po prostudování podmínek požádalo o účast z původních 20 zájemců jen 13 uchazečů a nabídku podalo pouze 6 uchazečů. Žalobkyně tyto skutečnosti v žalobě nezpochybnila a neuvedla žádné objektivní okolnosti, které by stanovení sporného technického kvalifikačního požadavku zdůvodňovaly. Obavy žalobkyně z možného opakování veřejné zakázky v případě jejího nesplnění a z možných obstrukcí vlastníků obaloven jsou podle krajského soudu jen hypotetické a spekulativní. Řádné plnění zakázky je rizikem dodavatele, který musí zajistit dodávky všech potřebných materiálů. Krajský soud konstatoval, že asfaltová směs neměla v rámci zakázky dominantní roli, nejednalo se o materiál, jehož opatření by bylo obtížné, a relativní hodnota asfaltové směsi v rámci celé zakázky (9,85 %) činí požadavek na „dispozici obalovnou“ ve vztahu k předmětu a velikosti zakázky zjevně nepřiměřeným. Polemika žalobkyně se závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61, podle krajského soudu postrádá ekonomické opodstatnění, neboť po uskutečnění výběrovém řízení je v zájmu vlastníka obalovny smlouvu o dodávkách asfaltové směsi s vybraným uchazečem uzavřít, jinak by se bezdůvodně připravoval o možný zisk.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[7] Proti rozsudku krajského soudu podává žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) kasační stížnost z důvodů, které podřadila pod § 103 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, (dále jen „s. ř. s.“).

[8] **Stěžovatelka** namítá, že krajský soud nesprávně posoudil její požadavek na doložení ratingu banky, jež měla vystavit příslib bankovní záruky. Vzhledem k velikosti, složitosti a finanční náročnosti veřejné zakázky podle stěžovatelky nebyl tento požadavek na prokázání ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele nepřiměřený. Krajským soudem citovanou judikaturu i komentářovou literaturu k poskytování jistoty v rámci zadávacího řízení podle § 67 zákona o veřejných zakázkách nepovažuje stěžovatelka za případnou, neboť nešlo o jistotu; stěžovatelka požadovala předložení závazného příslibu v souladu s § 55 odst. 2 téhož zákona, tj. jiný doklad prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Stěžovatelka upozorňuje na to, že požadavek na určitou úroveň ratingu banky, která poskytuje bankovní záruku, neshledal diskriminačním ani ÚOHS ve svém rozhodnutí ze dne 6. 11. 2020, č. j. ÚOHS-35558/2020/500/JBě, ze kterého je podle stěžovatelky zřejmé, že požadavek na úroveň ratingu nepřiměřeně neztěžuje účast uchazečů v zadávacím řízení, není administrativně náročný a jeho splnění by pro kvalifikovaného dodavatele nemělo být problematické. Stěžovatelka má za to, že ochrana uchazečů v rámci zadávacího řízení nemůže být bezbřehá.

[9] Úvahu krajského soudu týkající se zjištění 1.C považuje stěžovatelka za nesprávnou. Namítá, že pokud ÚOHS opakovaně shledal kvalifikační požadavek „obalovna“ souladným se zákonem, lze si jen stěží představit konkrétnější ujištění o tom, že je možné tento kvalifikační požadavek používat. Otázka přiměřenosti v konkrétním případě je otázkou odlišnou, kterou však v daném případě žádný z kontrolních orgánů neřešil. Stěžovatelka má za to, že nebylo splněno kritérium zjevnosti porušení právní úpravy, které brání příjemci dotace dovolávat se zásady legitimního očekávání. Tehdejší správní praxe ÚOHS, její pozdější vývoj i vývoj judikatury v otázce obaloven podle stěžovatelky podtrhují skutečnost, že případné porušení zákona nebylo zdaleka zjevné (snadné zjistitelné). V tom se daný případ liší od rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 12. 12. 1985 ve věci 67/84, *Sideradria*. Stěžovatelka poukazuje na vývoj rozhodovací praxe, která nejdříve kvalifikační požadavek „obalovna“ nereflektovala, následně ho paušálně vyloučila jako nepřiměřený a nakonec se ustálila na výkladu, že v některých případech přiměřený být může. Stěžovatelka shrnuje, že o zjevnosti porušení právní úpravy v době zadávání veřejné zakázky i v době před vydáním příslušných rozsudků Krajského soudu v Brně nelze hovořit.

[10] Podle stěžovatelky nedojde k žádnému podstatnému dotčení zájmů Evropské unie, která provedenou rekonstrukci silnice uhradila. Námitku, že by v případě nevyužití sporného kvalifikačního předpokladu byla cena za rekonstrukci odlišná od vysoutěžené, považuje stěžovatelka za nereálnou a účelovou. Podle stěžovatelky mohly být poškozeny jediné finanční zájmy její nebo Plzeňského kraje, po nichž je s odkazem na nezákonnost stanoveného kvalifikačního předpokladu (který byl do změny judikatury přecházen bez námitek a žádný uchazeč proti němu v daném případě nebrojil) vymáháno vrácení dotace řádně vynaložené na projekt, jehož cíle byly naplněny. Stěžovatelka namítá, že rozhodnutí žalovaného i napadený rozsudek postrádají přesvědčivé odůvodnění toho, co je chápáno pod pojmem „dominantní role“ a proč se má odvíjet od procentuálního finančního podílu na hodnotě zakázky. Optikou napadených rozhodnutí podle stěžovatelky není mikročip zásadním komponentem pro automobilovou výrobu, protože jeho cena není ve vztahu k

pokračování

ceně automobilu dominantní; zastavení dodávek mikročipů však přesto vedlo k zásadnímu omezení výroby automobilů. Stěžovatelka tak postrádá odůvodnění, proč je uvedený technický kvalifikační požadavek považován za nepřiměřený. Stěžovatelka dodává, že pro posouzení skutečné dominantnosti (významnosti) role asfaltové směsi při plnění veřejné zakázky neobsahuje příslušný spis v podstatě žádné podklady s výjimkou podkladů stanovujících poměr její hodnoty na hodnotě celé veřejné zakázky, a proto skutková podstata, z níž žalovaný vycházel, nemá oporu ve spisu nebo je s ním v rozporu.

[11] **Žalovaný** ve svém vyjádření ke kasační stížnosti shledává napadený rozsudek správným po materiální i formální stránce a s jeho závěry se ztotožňuje. Krajský soud podle žalovaného dostatečně odůvodnil diskriminační charakter požadavku na rating banky uchazečů. Žalovaný poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, podle kterého postačuje pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Rozhodovací praxe ÚOHS podle žalovaného nemohla založit legitimní očekávání stěžovatelky. S odkazem na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233, a ze dne 12. 5. 2016, č. j. 5 As 155/2015-35, žalovaný připomíná, že případný rozpor rozhodovací praxe správního orgánu se zásadou legality je zpravidla důvodem pro změnu rozhodovací praxe a neaplikování zásady legitimního očekávání. Trvá na tom, že sporný kvalifikační požadavek je zjevně nepřiměřený. Ačkoli krajský soud přímo nevyložil, co spatřuje pod pojmem „dominantní role“, toto hodnocení podle žalovaného vyplývá z jeho dalšího posouzení (relativní hodnota asfaltové směsi v rámci hodnoty celé zakázky: 9,85 %). Žalovaný dodává, že krajský soud dostatečně odůvodnil i závěr o nepřípadnosti námitky možného odmítnutí vlastníků obaloven dodat potřebnou asfaltovou směs. Podle žalovaného obsahuje správní spis veškeré podklady potřebné pro řádné vypořádání odvolacích námitek stěžovatelky. Otázka, zda podíl asfaltové směsi při plnění veřejné zakázky je, či není dominantní, není pro zjištění pochybení zásadní, a proto žalovaný považuje námitku nedostatečnosti správního spisu za účelovou. Skutečnost, že stěžovatelka se dopustila stanovením požadovaných kvalifikačních předpokladů porušení zákona o veřejných zakázkách, vyplývá z dalších (stěžejních) skutečností, které jsou podrobně popsány v rozhodnutí žalovaného. Z těchto důvodů žalovaný navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl jako nedůvodnou.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[12] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4 věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[13] Kasační stížnost není důvodná.

[14] Nejprve se Nejvyšší správní soud zaměřil na namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů rozhodnutí. Podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu je krajský soud povinen vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace; nepřezkoumatelnost přitom není projevem nenaplněné subjektivní představy stěžovatelky o tom, jak podrobně by měl být rozsudek odůvodněn, ale objektivní překážkou, která Nejvyššímu správnímu soudu znemožňuje napadený rozsudek přezkoumat (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 2. 2017, č. j. 3 Azs

69/2016-24). Požadavek náležitého odůvodnění rozhodnutí soudu nelze interpretovat jako požadavek detailní odpovědi na každý jednotlivý argument (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-13, a ze dne 21. 12. 2011, č. j. 4 Ads 58/2011-72, nebo usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2011, sp. zn. II. ÚS 2774/09, a ze dne 11. 3. 2010, sp. zn. II. ÚS 609/10).

[15] V nyní řešené věci jsou napadený rozsudek i rozhodnutí správních orgánů přezkoumatelná. Je z nich zjevné, jaký skutkový stav vzaly rozhodující orgány za rozhodný, jakým způsobem postupovaly při posuzování rozhodných skutečností a proč považovaly argumentaci stěžovatelky za nedůvodnou. Rozhodnutí jsou řádně odůvodněná a plně srozumitelná. Krajský soud vypořádal všechny žalobní námitky, resp. postavil proti nim vlastní ucelený argumentační systém, v jehož konkurenci námitky stěžovatelky neobstály. Nesouhlas stěžovatelky se závěry krajského soudu, potažmo správních orgánů, nemá na přezkoumatelnost napadeného rozsudku a rozhodnutí žalovaného vliv.

[16] Na rozdíl od stěžovatelky Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že napadený rozsudek i rozhodnutí žalovaného spolu s platebním výměrem správce daně obsahují přesvědčivé odůvodnění nikoli dominantní role obalované asfaltové směsi v rámci hodnoty veřejné zakázky. Předně, nevysvětlení, co se rozumí pojmem dominantní role, nemůže mít za následek nepřezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného a napadeného rozsudku, jelikož se jedná o zcela běžně používaný termín, jehož smysl je nejen odborné veřejnosti zcela srozumitelný – znamená „*převládající, určující, mající převahu*“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2023, č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. 28). Žalovaný a krajský soud pak uvedli, že v nyní řešené věci podíl obalované asfaltové směsi (9,85 % z hodnoty zakázky) není dominantní. Je tedy jednoznačné, z jakých důvodů nebyl podíl obalované asfaltové směsi shledán dominantním, tj. většinovým vůči celkové hodnotě veřejné zakázky. Argumentace stěžovatelky důležitostí mikročipů v automobilové výrobě je sice zajímavá, nicméně nepřiléhavá. Předmětem posouzení nebyla otázka zásadnosti, důležitosti obalované asfaltové směsi pro realizovanou zakázku, ale její dominantní, tj. převládající role ve vztahu k celkové hodnotě zakázky.

[17] Nejvyšší správní soud nesdílí názor stěžovatelky, že napadený rozsudek postrádá odůvodnění, proč je uvedený technický kvalifikační požadavek považován za nepřiměřený. Krajský soud totiž v odstavci 85 napadeného rozsudku vysvětlil, že asfaltová směs neměla v rámci zakázky dominantní roli, nejednalo se o materiál, jehož opatření by bylo obtížné, a relativní hodnota asfaltové směsi v rámci celé zakázky (9,85 %) činí požadavek na „dispozici obalovnou“ ve vztahu k předmětu a velikosti zakázky zjevně nepřiměřeným. Toto odůvodnění považuje Nejvyšší správní soud za dostatečné; jeho správností se bude zabývat až v další části rozsudku. Pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že také rozhodnutí žalovaného obsahuje dostatečné odůvodnění jeho závěru o nepřiměřenosti uvedeného technického kvalifikačního požadavku. I žalovaný založil své závěry na nikoli dominantním podílu hodnoty obalované asfaltové směsi na celkové hodnotě zakázky, porovnal požadavek na kapacitu výroby obaloven s Technickými kvalitativními podmínkami staveb vydanými Ministerstvem dopravy (pro dálnice a rychlostní silnice musí být kapacita 120 tun za hodinu; stěžovatelka však pro silnici II. třídy požadovala 2,5x vyšší kapacitu) a upozornil, že se nejedná o obtížně opatřitelný materiál. Toto odůvodnění pokládá Nejvyšší správní soud za dostatečné.

pokračování

[18] Dále se Nejvyšší správní soud zabýval námitkami týkajícími se zjištění 1.A, tj. požadavku stěžovatelky, aby uchazeč doložil hodnotu ratingu své banky, jež měla vystavit příslib bankovní záruky.

[19] Nejvyšší správní soud především nepřisvědčil námitce stěžovatelky, že požadovala předložení závazného příslibu v souladu s § 55 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, tj. jiný doklad prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Nejvyšší správní soud připomíná, že stěžovatelka uzavřela smlouvu o podmínkách poskytnutí dotace dne 27. 4. 2012 a požadavek na hodnotu ratingu banky uchazeče zahrnuje do výzvy k podání nabídky ze dne 17. 7. 2012. Již z těchto dvou dat je zřejmé, že stěžovatelka nemohla postupovat podle § 55 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, který byl s účinností od 1. 4. 2012 zrušen (srov. čl. I bod 77 a čl. III zákona č. 55/2012 Sb.).

[20] Se stěžovatelkou lze souhlasit v tom, že v daném případě nešlo o jistotu podle § 67 zákona o veřejných zakázkách, a krajským soudem citovaná judikatura a komentářová literatura k tomuto ustanovení jsou proto skutečně nepřipadné. Toto dílčí pochybení krajského soudu však nemá vliv na zákonnost napadeného rozsudku, v němž krajský soud uvedl také další argumenty (srov. odstavce [4] tohoto rozsudku), které samy o sobě obstojí a představují dostatečnou reakci na stěžovatelkou uplatněné žalobní námitky.

[21] Stěžovatelka dále namítala, že vzhledem k velikosti, složitosti a finanční náročnosti veřejné zakázky nebyl požadavek prokázání ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele (uchazeče) tím, že doloží hodnotu ratingu své banky, nepřiměřený. Tento názor Nejvyšší správní soud nesdílí.

[22] Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[23] Z § 50 odst. 3 téhož zákona vyplývalo, že *veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.* Podle odstavce 4 tohoto ustanovení platilo, že *veřejný zadavatel není oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.* Tato ustanovení ukládají zadavateli při stanovování kvalifikačních kritérií přihlížet k zásadě přiměřenosti (souvislost kritéria s předmětem zakázky, zákaz podstatného omezení soutěže).

[24] Všechny uvedené zásady je třeba respektovat v rámci zadávání veřejných zakázek v širším slova smyslu (*largo sensu*) i tam, kde zadavatel stanoví určité požadavky, které se přímo netýkají kvalifikačních předpokladů, ale nepřímou tyto kvalifikační předpoklady doplňují. Tyto zásady také vycházejí ze sekundárního práva Evropské unie (srov. čl. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby) a judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), například věc C-234/03, *Contse SA a další*.

[25] Za diskriminační je pak třeba považovat takové jednání zadavatele, kdy je s některým, byť i potenciálním, dodavatelem nebo skupinou dodavatelů zacházeno odlišně než s jiným

dodavatelem nebo skupinou dodavatelů, ačkoli k tomu není relevantní důvod. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, rozlišil zjevnou a skrytou formu nepřípustné diskriminace, přičemž za skrytou formu považoval i takový postup, „pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“ K obdobným závěrům Nejvyšší správní soud dospěl také v rozsudku ze dne 14. 4. 2020, č. j. 4 Afs 421/2019-34. V rozsudku ze dne 31. 8. 2022, č. j. 8 Afs 166/2020-37, Nejvyšší správní soud vyslovil, že zákaz diskriminace se nevztahuje pouze na kvalifikační předpoklady, ale má širší dosah, kupříkladu na obchodní podmínky.

[26] V nyní řešené věci Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem a žalovaným považuje požadavek stěžovatelky na doložení hodnoty ratingu banky dodavatele (uchazeče), jež měla vystavit příslib bankovní záruky, za skrytou diskriminaci. Žalovaný a krajský soud správně upozornili na to, že zákon o bankách neukládá bankám povinnost disponovat ratingem nezávislých ratingových agentur; tento argument stěžovatelka v kasační stížnosti nijak nezpochybnila. Žalovaný ve svém rozhodnutí zároveň upozornil na to, že příslib bankovní záruky lze obvykle získat za výhodnějších podmínek v bance, jejíž služby uchazeč využívá; ani proti tomuto závěru stěžovatelka v kasační stížnosti nebrojila. Požadavek na určitou hodnotu ratingu banky tak omezuje možnost účasti takových dodavatelů (uchazečů), jejichž banka požadovaným ratingem nedisponuje. Ve vztahu k těmto uchazečům se jedná o skrytou diskriminaci. Tento závěr podporuje i další stěžovatelkou nezpochybněný argument krajského soudu, že z původních 13 zájemců podalo nabídku jen 6 uchazečů a nelze vyloučit, že důvodem mohly být podmínky pro doložení bankovní záruky (společnost SMP CZ, a. s., se omluvila z účasti na druhém kole výběrového řízení proto, že její „možnosti, co se týče bankovních garancí a příslibů nejsou neomezené“).

[27] V reakci na příslušnou žalobní námitku krajský soud rovněž správně poukázal na to, že skutečnost, že banka disponuje určitým ratingem, není zárukou toho, že její posouzení dodavatele (uchazeče) z hlediska možnosti získat příslib bankovní záruky v potřebné výši, bude jakkoli kvalitativně odlišné od posouzení bankou, která takový rating nemá. Nejvyšší správní soud souhlasí také se závěrem krajského soudu a žalovaného, že stěžovatelkou stanovená hodnota bankovní záruky 20 milionů Kč není pro banky fungující na českém bankovním trhu jakkoli problematická či riziková. Tyto argumenty, které stěžovatelka rovněž v kasační stížnosti nijak nezpochybnila, podle Nejvyššího správního soudu ukazují, že požadavek stěžovatelky je v daném kontextu nepřiměřený.

[28] K námitce stěžovatelky, že požadavek na určitou úroveň ratingu banky, která poskytuje bankovní záruku, neshledal diskriminačním ani ÚOHS ve svém rozhodnutí ze dne 6. 11. 2020, č. j. ÚOHS-35558/2020/500/JBě, Nejvyšší správní soud konstatuje, že hodnocení přiměřenosti požadavku bankovního ratingu je nutno vždy odvinout od konkrétních okolností zadání veřejné zakázky. Ke shodnému závěru ve vztahu k obdobné námitce poukazující na totéž rozhodnutí ÚOHS dospěl Nejvyšší správní soud již v rozsudku

pokračování

ze dne 9. 6. 2023, č. j. 8 Afs 250/2021-38, kde konstatoval nepřiměřenost požadavku na určitou hodnotu ratingu banky uchazeče v situaci, kdy měla bankovní záruka činit 60 až 95 miliónů Kč (10 % z nabídkové ceny). V nyní řešené věci šlo jen o 20 miliónů Kč, a proto Nejvyšší správní soud trvá na tom, že s ohledem na konkrétní okolnosti dané veřejné zakázky byl požadavek stěžovatelky nepřiměřený a skrytě diskriminační.

[29] Lze tedy uzavřít, že požadavek stěžovatelky na doložení ratingu banky uchazeče, jež měla vystavit příslib bankovní záruky, posoudil krajský soud správně. Jedná se o požadavek nepřiměřený, ve kterém lze spatřovat skrytou diskriminaci, tj. porušení § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Na tomto závěru nemůže nic změnit ani obecná poznámka stěžovatelky, že ochrana uchazečů v rámci zadávacího řízení nemůže být bezbřehá. Námitky stěžovatelky týkající se zjištění **1.A** tudíž nejsou důvodné.

[30] Dále se Nejvyšší správní soud zabýval námitkami týkajícími se zjištění **1.C**, tj. požadavku stěžovatelky, aby uchazeči formou vlastnictví nebo zasmluvnění disponovali dvěma obalovnými asfaltových směsí s kapacitou výroby minimálně 160 tun za hodinu každá. Obdobné námitky stěžovatelky vypořádával Nejvyšší správní soud již několikrát, naposledy v rozsudku ze dne 23. 2. 2024, č. j. 9 Afs 150/2022-60, a ani v nyní řešené věci neshledal žádný důvod se od svých dřívějších závěrů jakkoli odchýlit; v další části odůvodnění proto ze zmíněného rozsudku vycházel.

[31] Co se týče legitimního očekávání v návaznosti na stěžovatelkou tvrzenou rozhodovací praxi ÚOHS, krajský soud v odstavcích 60 a násl. napadeného rozsudku správně aplikoval závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2021, č. j. 1 Afs 480/2020-38. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud s odkazem mimo jiné na judikaturu SDEU konstatoval, že předpokladem legitimního očekávání je poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu (blíže viz odst. 20 a 24 rozsudku č. j. 1 Afs 480/2020-38 a v nich citovanou judikaturu). V nyní řešené věci však Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že stěžovatelce se konkrétního ujištění nedostalo a legitimní očekávání jí nezaložila ani rozhodovací praxe ÚOHS existující v době zadání veřejné zakázky. Požadavek na dispozici obalovnou totiž ÚOHS považoval za souladný se zákonem pouze za předpokladu, že není vzhledem ke konkrétním okolnostem zjevně nepřiměřený. Jinými slovy při zjevné nepřiměřenosti tento požadavek nemusí obstát. Jeho rozhodovací praxe tedy nemohla u stěžovatelky založit legitimní očekávání, že i v jejím případě bude požadavek na dispozici obalovnou shledán oprávněným. To by bylo možné pouze v případě, že by rozhodovací praxe pokládala požadavek na dispozici obalovnou za souladný se zákonem, aniž by bylo nutné posuzovat jeho přiměřenost na základě skutkových okolností každého jednotlivého případu (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 10. 2022, č. j. 1 Afs 15/2022-40, odst. 22).

[32] Otázky zjevnosti porušení právní úpravy, jakož i dotčení zájmů Evropské unie na řádném čerpání dotačních prostředků, za této situace již nejsou relevantní (srov. zmíněný rozsudek č. j. 1 Afs 15/2022-40, odst. 23). Nejvyšší správní soud přesto reaguje na liché tvrzení stěžovatelky, že k dotčení práv a zájmů Evropské unie nemohlo dojít, byla-li zakázka realizována. Zájem Evropské unie nespočívá v realizaci té či oné veřejné zakázky, ale v řádném, tj. nikoli neoprávněném nebo protiprávním využití jí poskytnutých finančních prostředků (srov. též výše citovaný rozsudek č. j. 1 Afs 480/2020-38, odst. 18).

[33] Nejvyšší správní soud již opakovaně posuzoval, zda a za jakých podmínek lze požadovat doložení dokladu o vlastnictví obalovny, popř. smluvní zajištění budoucí dodávky obalových směsí při zakázce týkající se provádění staveb. V nyní řešené věci stěžovatelka konkrétně požadovala, aby zájemce doložil „*disponování 2 obalovnami (1+1 záložní), buď formou vlastnictví, nebo zasmělnění. Každá z obou obaloven bude mít kapacitu výroby min. 160 tun/hod.*“ (srov. stranu 8 zadávací dokumentace).

[34] Již v rozsudku ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55, na který odkázal i krajský soud, Nejvyšší správní soud dovodil, že požadavek na dispozici obalovnou lze odůvodnit „*jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky)*“ (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2023, č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. 24). V citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud následně vyslovil, že v dané věci byl požadavek zjevně nepřiměřený s ohledem zejména na předmět veřejné zakázky (dodávka stavby nikoli stavebního materiálu), zanedbatelný objem materiálu a jeho dostupnost u velkého množství dodavatelů nacházejících se přímo v dané oblasti (srov. odst. 33 a násl. rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55). Podobně shledal Nejvyšší správní soud zjevně nepřiměřeným, a tedy diskriminačním, požadavek na dispozici obalovnou, příp. obalovnami v rozsudcích ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64, odst. 21 až 24, ze dne 13. 4. 2021, č. j. 6 Afs 143/2019-29, odst. 23, ze dne 18. 10. 2022, č. j. 1 Afs 15/2022-40, odst. 29, ze dne 31. 8. 2023, č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. 25, ze dne 27. 7. 2021, č. j. 8 Afs 244/2019-34, odst. 14, a ze dne 2. 12. 2021, č. j. 8 Afs 243/2019-33, odst. 16.

[35] Obdobně lze hodnotit i nyní řešenou věc. Předmětem veřejné zakázky byla dodávka stavby, konkrétně první etapa výstavby silnice č. II/231 v Plzni, Plaská – Na Roudné – Chrástecká, zahrnující demolici 38 objektů bývalé čistírny odpadních vod, stavbu 1,077 km silnice (v části se jedná o novostavbu v nové poloze trasy), provizorní přeložku silnice č. II/231, most přes Berounku, dešťovou kanalizaci a přeložky inženýrských sítí (srov. stranu 3 zadávací dokumentace). Podíl obalované asfaltové směsi na celkové hodnotě této zakázky činil nanejvýš 9,85 % (viz výše). Takový podíl skutečně z povahy věci není dominantní, většinový, byť ani bezvýznamný. Celková požadovaná kapacita obaloven byla stanovena na 320 tun za hodinu (dvakrát 160 tun za hodinu). Nejvyšší správní soud v této souvislosti podotýká, že stanovený technický požadavek je logicky třeba posuzovat jako celek, tedy včetně požadovaného množství obaloven a jejich kapacit. Správní orgány i krajský soud dále příhodně poukázaly na blízkou existenci, dostupnost několika obaloven (srov. stranu 8 platebního výměru a odstavec 85 napadeného rozsudku). Uvedené závěry stěžovatelka ani nerozporuje, Nejvyšší správní soud proto souhlasí s krajským soudem, že stanovený kvalifikační požadavek na dispozici dvěma obalovnami nebyl odůvodněn legitimními ekonomickými zájmy stěžovatelky, naopak byl zjevně nepřiměřený, a tedy diskriminační (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013-47, odst. 22, podle kterého je klíčovým pojmem skryté diskriminace právě zjevná nepřiměřenost kvalifikačního předpokladu ve vztahu k veřejné zakázce).

[36] Nejvyšší správní soud dále odkazuje na výše zmíněný rozsudek č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. 31, podle kterého „*žalovaný nevycházel z „minimální“ kapacity (výkonu obalovny) pro nynější projekt, ale pro stavby náročnější (dálnice a rychlostní silnice), než je nynější projekt oprava silnice II. třídy. Byl-li již za této situace požadavek stěžovatele na výkon obaloven v součtu více než 2,5x vyšší, než by bylo zapotřebí pro tyto náročnější stavby, je zjevné, že se jedná o požadavek*

pokračování

„zjevně nepřiměřený“. Tento závěr je zcela aplikovatelný i v nyní řešené věci. Žalovaný na stranách 22 a 23 svého rozhodnutí zdůraznil, že minimální skutečný výkon obalovny pro dálnice a rychlostní silnice musí být 120 tun za hodinu, přičemž stěžovatelka požadovala výkon v součtu více než 2,5x vyšší pro projekt, jehož předmět zahrnoval vedle výstavby silnice II. třídy značný objem prací, u nichž je potřeba obalovaných asfaltových směsí marginální či nulová. Nejvyšší správní soud považuje takový závěr za srozumitelný i logický. Nebylo přitom nutné, aby správní orgány stanovovaly kapacitu přiměřenou projednávané věci, jak požaduje stěžovatelka, pokud stanovený kvalifikační požadavek jako celek shledaly zjevně nepřiměřeným, s čímž se Nejvyšší správní soud již výše ztotožnil.

[37] Nakonec neobstojí ani v zásadě obecná kasační námitka, že zjištěná skutková podstata nemá oporu v obsahu správního spisu. Na rozdíl od stěžovatelky Nejvyšší správní soud konstatuje, že správní spis obsahuje podklady, na jejichž základě je možné dovodit, že daný technický kvalifikační předpoklad byl nastaven zjevně nepřiměřeně ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Součástí spisu jsou zejména zadávací (kvalifikační) dokumentace, údaje o charakteru zakázky a o podílu obalované směsi na celkové hodnotě zakázky, zpráva o auditu operace ze dne 28. 5. 2015 a protokol o kontrole ze dne 18. 2. 2015. Obsah správního spisu tedy poskytuje dostatečné podklady pro posouzení věci. Stěžovatelka netvrdí, jaké konkrétní podklady ve spisové dokumentaci chybí. Ani tato námitka tudíž není důvodná.

IV. Závěr a náklady řízení

[38] Lze tedy uzavřít, že Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost nedůvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[39] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka neměla ve věci úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení tudíž nemá. Žalovaný byl ve věci úspěšný, ale náhradu nákladů nepožadoval a ze spisového materiálu nevyplývá, že by mu nějaké náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti vznikly. Nejvyšší správní soud proto vyslovil, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 27. února 2024

Mgr. Petra Weissová
předsedkyně senátu