



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Tomáše Kocourka a soudců Filipa Dienstbiera a Veroniky Juříčkové v právní věci žalobce: **město Vlachovo Březí**, sídlem náměstí Svobody 56, Vlachovo Březí, zastoupen JUDr. Mgr. Lukášem Váňou, Ph.D., advokátem, sídlem Teplého 2786, Pardubice, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, sídlem Letenská 15, Praha, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 7. 2022, č. j. MF-19014/2021/1203-17, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 7. 6. 2023, č. j. 57 Af 13/2022-59,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Žalobce se žalobou podanou k Městskému soudu v Praze a následně postoupenou Krajskému soudu v Českých Budějovicích (dále jen „krajský soud“) domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 7. 2022, č. j. MF-19014/2021/1203-17, kterým bylo rozhodnuto o jeho odvolání proti platebnímu výměru Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad (dále jen „regionální rada“) č. 1/2020 ze dne 23. 11. 2020, zn. RRRSJ4679/2020 (dále jen „platební výměr“). Tímto rozhodnutím byl žalobci uložen odvod za porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 22 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových

pravidlech územních rozpočtů, ve výši 4.451.296 Kč. Žalovaný v odvolacím řízení platební výměr změnil tak, že částku odvodu snížil na 1.969.773 Kč.

[2] Ze spisového materiálu vyplývá, že mezi regionální radou a žalobcem byla v roce 2011 uzavřena smlouva o podmínkách poskytnutí dotace a téhož roku dodatek ke smlouvě. Na základě této smlouvy a dodatku byly žalobci v roce 2013 poskytnuty finanční prostředky ve výši více než 17 milionů Kč. Jednalo se o dotaci poskytnutou *ex post* v návaznosti na realizaci veřejných zakázek souvisejících s 1. etapou rekonstrukce místních komunikací při revitalizaci sídliště ve Vlachově Březí. V roce 2014 provedla regionální rada kontrolu projektu ve smyslu zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, a téhož roku provedl kontrolu i auditní orgán žalovaného. Výstupem obou šetření byly protokoly o kontrole a zpráva o auditu, ze kterých vyplývalo porušení rozpočtové kázně žalobcem. Dne 30. 11. 2017 proto zaslala regionální rada žalobci výzvu k vrácení části finančních prostředků z poskytnuté dotace, na kterou však žalobce nereagoval. Dne 4. 8. 2020 proto regionální rada zahájila daňové řízení a dne 24. 11. 2020 žalobci doručila platební výměr. Regionální rada spatřovala porušení rozpočtové kázně ve dvou skutečnostech vyplývajících ze zprávy o auditu a protokolu o kontrole. Zaprvé žalobce porušil zákaz diskriminace při zadávání veřejné zakázky v roce 2010 (§ 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách; dále jen „ZVZ“), jejímž předmětem byly stavební práce, neboť stanovil jako technický kvalifikační předpoklad zajištění odběrového místa obalované živé směsi (dále jen „obalovna“ a „obalovaná směs“), který nebyl přiměřený předmětu zakázky. Dodávky obalované směsi totiž představovaly z hlediska zakázky jako celku nevýznamný podíl a nejednalo se o vzácný nebo špatně dostupný materiál. V okolí realizace zakázky se nacházelo 8 obaloven, které by byly z hlediska jejího plnění vhodné. Zadruhé žalobce při zadávání veřejné zakázky na služby, jejímž předmětem bylo zpracování prováděcí dokumentace stavby, zajištění technického dozoru stavby a související služby, uzavřel smlouvu o dílo s uchazečem, který byl členem realizačního týmu projektu (Ing. P. K.). Tím porušil čl. 8.2 Závazných postupů pro zadávání veřejných zakázek spolufinancovaných ze zdrojů EU nespádajících pod aplikaci zákona o veřejných zakázkách v programovém období 2007-2013. Žalobce se proti platebnímu výměru odvolal. Žalovaný v odvolacím řízení změnil částku odvodu za první porušení rozpočtové kázně z důvodu její nepřiměřenosti. Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce žalobou.

[3] V žalobě žalobce namítal, že stanovením kvalifikačního předpokladu nesledoval omezení hospodářské soutěže, ale činil tak z důvodu dřívějších negativních zkušeností s dostupností obalované směsi. Poukázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž vyplývá, že obdobný požadavek může být při zadávání veřejných zakázek odůvodněný (rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-55). Žalovaný tuto judikaturu dle slov žalobce zná, nicméně se nijak nevypořádal s jeho tvrzeními týkajícími se dřívějších negativních zkušeností jiného zadavatele, resp. se s ní vypořádal nedostatečně. Žalovaný dle názoru žalobce nevysvětlil ani nedoložil, proč je uvedený požadavek nepřiměřený předmětu zakázky. Namítl, že nelze dovozovat nevýznamnost podílu dodávek obalované směsi pouze z podílu na ceně zakázky, jak to učinil žalovaný. Jedná se totiž o významově velmi podstatnou část zakázky, ačkoli se na ni nevynakládá tolik peněz. Obdobně tomu je i u požadavku na kvalitu stavbyvedoucího, která významně ovlivňuje kvalitu výsledku.

pokračování

[4] Žalobce rovněž namítal, že žalovaný postupoval podle judikatury, která vznikla až po provedení zadávacího řízení. To proběhlo v době, kdy ještě neexistovala jednotná judikатурní praxe ohledně daného kvalifikačního předpokladu. Žalovaný toto měl brát v potaz, a jelikož tak nečinil dostatečně, nerespektoval jeho legitimní očekávání.

[5] Dále žalobce namítal, že uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku s Ing. K. nebyla porušena rozpočtová kázeň, neboť Ing. K. sice byl členem realizačního týmu, avšak neměl žádný vliv na přípravu výběrového řízení. Žalobce rovněž namítal, že výše odvodu je vzhledem k okolnostem věci nepřiměřeně vysoká.

[6] **Krajský soud** žalobu zamítl. Na posouzení otázky diskriminační povahy kvalifikačního předpokladu aplikoval dřívější judikaturu NSS (rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-55), z níž vyplývá, že za diskriminační je třeba zpravidla považovat požadavek na předložení smlouvy o smlouvě budoucí s dodavatelem obalované směsi. Takový požadavek v nynějším zadávacím řízení uplatněn nebyl, byl však uplatněn požadavek podobný – předložení dokladu o zajištění obalované směsi. Obalovaná směs není vzácným materiálem a dá se sehnat bez větších obtíží i ve větším množství. Žalobce neprokázal, že by byla směs pro účely veřejné zakázky těžce sehnatelná, a ani konkrétněji nepopsal jím tvrzené dřívější negativní zkušenosti jiných zadavatelů. Požadavek na kvalifikaci uplatněný žalobcem v zadávacím řízení nadto nemohl sloužit jako prostředek prevence proti opakování jím popsaných negativních zkušeností. Ty totiž měly spočívat v tom, že tehdejší smluvní partner nezajistil dodávky směsi v dojezdové vzdálenosti. V nynější věci však požadoval zajištění dodávek odkudkoli. Žalobce kromě toho popsal jen jedinou negativní zkušenost, která mohla být způsobena selháním jednoho konkrétního dodavatele. Jím uplatněný požadavek byl tedy ve smyslu § 6 ZVZ diskriminační, neboť by mohl zvýhodňovat např. ty soutěžitele, kteří sami vlastní obalovnu, a mohli by tak úmyslně zamezit jiným soutěžitelům zakázku získat. Krajský soud se ztotožnil s žalobcem v tom, že při posuzování diskriminačního charakteru požadavku je třeba vyhodnotit jeho zjevnou nepřiměřenost a potencionální možnost vzniku diskriminace. Oba parametry však byly žalovaným vyhodnoceny správně. Jde-li o faktickou významnost obalované směsi, která není dle názoru žalobce přímo úměrná její poměrné hodnotě na ceně zakázky, krajský soud naznal, že žalobce nepředložil žádné důkazy, ze kterých by plynula zvýšená důležitost směsi v rámci hodnoty zakázky jako celku. Podíl na ceně činil u obalované směsi 6,11 % a z ničeho dalšího neplyne, že by měla hrát z jiných důvodů v zakázce dominantní roli. Poukázal na dřívější judikaturu Nejvyššího správního soudu, ze které vyplývá, že ani 10 % podíl na ceně zakázky nesvědčí o dominantní povaze obalované směsi, a na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), ze kterého vyplývá, že podíl 22,83 % je již podílem dominantním.

[7] Dále krajský soud uvedl, že žalovaný zohlednil neustálenost judikatury týkající se obaloven ve formě snížení odvodu v odvolacím řízení. Ve svém rozhodnutí přezkoumatelně zdůvodnil svůj myšlenkový postup při stanovení výše odvodu. Ke vzniku, a tedy i narušení legitimního očekávání žalobce v projednávané věci nemohlo dojít. Přestože totiž existovala určitá správní praxe při řešení obdobných případů ze strany ÚOHS, nejednalo se

o dostatečně konkrétní ujistění ze strany správního orgánu, které by mohlo legitimní očekávání žalobce vytvořit.

[8] Co se týče porušení rozpočtové kázně ve vztahu k druhé zakázce, krajský soud uvedl, že pokynů pro zadávání veřejných zakázek doslovně vyplývá, že uchazeč nesmí obdržet veřejnou zakázku, je-li členem realizačního týmu projektu. Ing. K. byl členem realizačního týmu, a proto nelze říci, že bylo ze strany správních orgánů postupováno nepřiměřeně přísně, když v této věci shledaly porušení rozpočtové kázně.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[9] **Žalobce** (dále také „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost, jejíž důvody podřadil pod § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Navrhuje, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Namítá, že se krajský soud nesprávně vypořádal s námitkou týkající se smyslu kvalifikačních kritérií při zadávání veřejných zakázek. Jejich smyslem je zajištění bezproblémové realizace veřejné zakázky. Veřejnou zakázku tak smí plnit jedině ten, kdo k tomu disponuje dostatečnými schopnostmi a zdroji. K tomu stěžovatel cituje rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152. Dále stěžovatel cituje rozsudek NSS č. j. 1 Afs 69/2012-55, z něž vyplývá, že kvalifikační požadavek na zajištění obalovny by mohl být odůvodněný například s ohledem na dostupnost obalované směsi nebo na výši podílu na hodnotě zakázky. V nynější věci existoval obdobný legitimní zájem stěžovatele na stanovení tohoto kritéria. Ten vycházel z předešlých negativních zkušeností jiného zadavatele veřejné zakázky při realizaci rekonstrukce silnice II/145. Nedostatky v realizaci zakázky plynuly z dopravy obalované směsi, která byla vlivem doby dopravy nadměrně tepelně zatížena, takže došlo ke zhoršení její kvality. K těmto tvrzením přiložil stěžovatel 3 listiny, které však v dřívějších řízeních nepředložil. Má nicméně za to, že by je měl Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti zohlednit, neboť potvrzují od začátku uplatňované argumenty stěžovatele. Poukazovaná zakázka byla realizována v blízkosti místa nynější zakázky, a proto jsou negativní zkušenosti tehdejšího zadavatele relevantní i pro nynější věc. Potíže s dopravou obalované směsi byly totiž v rámci realizace zakázky stěžovatele rozumně předpokladatelné. Kvalifikační předpoklad ve formě zajištění obalovny tedy stěžovatel považuje za legitimní a chrání jeho ekonomické zájmy. Obdobnou argumentaci stěžovatel vznesl již v odvolání a v žalobě, přičemž se jí žalovaný ani krajský soud nezabývali dostatečně.

[10] Stěžovatel uvádí, že důvody, které mohou obhájit jím užitý kvalifikační požadavek tak, jak jsou uvedeny v rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55, nelze redukovat pouze na dva v tomto rozsudku uvedené příklady (tedy faktická nedostupnost směsi a její podíl na ceně zakázky). Jedná se toliko o demonstrativní výčet, do něž lze zařadit i předešlé negativní zkušenosti. Stěžovatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové – pobočky v Pardubicích ze dne 7. 6. 2017, č. j. 52 Af 16/2016-87, z něž vyplývá, že nelze v případě kvalifikačních požadavků vycházet toliko paušálně ze závěrů relevantní judikatury, ale je třeba vzít v potaz specifika věci. Nejinak tomu bylo i v projednávaném případě. Stěžovatel se stanovením požadavku snažil předejít tomu, aby byla zakázka plněna nekvalitně.

pokračování

Nepožadoval nadto po uchazečích předložení smlouvy o smlouvě budoucí, jako tomu bylo například ve věci sp. zn. 1 Afs 69/2012, ale pouze doklad o zajištění předpokládaného množství obalované směsi a plán trasy pro její dodávku. To stěžovatel považuje za zásadní rozdíl, jelikož uchazeče nenutil k žádnému smluvnímu vztahu s obalovnami.

[11] Stěžovatel rovněž reaguje na hypotetickou situaci předestřenou krajským soudem, kdy by vlastníci obaloven mohli v případě stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu ze soutěže záměrně vyloučit ty subjekty, které obalovnu nevlastní. Toto riziko je dle stěžovatele tím vyšší, čím méně je v okolí realizace záměru obaloven. Závěr soudu je však v rozporu s jím užitou tezí, že předmětný kvalifikační předpoklad je legitimní v případě, že je obalovaná směs v dané lokalitě hůře dostupným materiálem. Z názoru krajského soudu by vyplývalo, že neexistuje žádný počet obaloven v okolí, který by uložení kvalifikačního požadavku opravňoval.

[12] Stěžovatel konečně namítá nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu. Ten se nijak nevypořádal s námitkou povahy podstatné části plnění zakázky a její hodnoty. V žalobě stěžovatel namítal, že legitimním kvalifikačním požadavkem by bylo doložení zkušenosti a odbornosti stavbyvedoucího, přičemž stěžovatel tento požadavek připodobnil k jemu uplatněnému požadavku na zajištění zdroje obalované směsi. Uvedl, že hodnota působení stavbyvedoucího netkví ve finanční hodnotě ve vztahu k celkové ceně zakázky, ale v jeho faktickém vlivu na kvalitu plnění zakázky. Krajský soud na tuto námitku reagoval pouze tak, že i požadavek na kvalitu stavbyvedoucího musí být přiměřený účelu zakázky. To stěžovatel považuje za nedostatečné vypořádání jeho námítky.

[13] Stěžovatel v kasační stížnosti nebrojí proti posouzení otázek týkajících se druhé v řízení před krajským soudem sporné zakázky.

[14] **Žalovaný** se ve svém vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil se závěry učiněnými krajským soudem. Co se týče stěžovatelova tvrzení ohledně negativních zkušeností jiných zadavatelů se smluvními partnery, kteří nebyli schopni v uspokojivé míře zajistit dodání obalované směsi, tak to stěžovatel nijak nespecifikoval, ani nedoložil, což činí až nyní v kasační stížnosti. Jím předložené dokumenty by Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti neměl zohlednit, neboť mohly být stěžovatelem předloženy již v předcházejícím správním i soudním řízení. Není úlohou správce daně prokazovat veškerá nepodložená tvrzení účastníka řízení. Žalovaný vycházel z toho, že obalovaná směs tvořila pouze malou část hodnoty zakázky a byla v okolí realizace zakázky široce dostupná. Podíl obalované směsi na hodnotě je přitom s ohledem na judikaturu určujícím faktorem pro zhodnocení toho, zda má na zakázce dominantní podíl. Nejvyšší správní soud například judikoval, že podíl do 10,8 % na ceně zakázky nepředstavuje dominantní podíl (žalovaný odkazuje na množství rozsudků NSS). Jestliže v nynější věci měla obalovaná směs tvořit 6,11 % z hodnoty zakázky, nelze tvrdit, že by představovala v rámci celé zakázky dominantní prvek. Žalovaný navrhuje kasační stížnost zamítnout.

III. Posouzení kasační stížnosti

[15] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatel je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupen advokátem. Poté Nejvyšší správní soud zkoumal důvodnost kasační stížnosti dle § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

[16] Kasační stížnost není důvodná.

[17] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu, neboť případné nedostatky v tomto ohledu by mohly mít vliv na možnost soudu věcně se zabývat zbývajícími kasačními námitkami.

[18] Nejvyšší správní soud při posuzování přezkoumatelnosti rozsudků krajských soudů vychází z ustálené judikatury Ústavního soudu (např. nálezy ze dne 20. 6. 1995, sp. zn. III. ÚS 84/94, č. 34/1996 Sb. ÚS, a ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, č. 85/1997 Sb. ÚS), podle níž jedním z principů, které představují součást práva na řádný a spravedlivý proces (čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, čl. 1 Ústavy), jež vylučuje libovůli při rozhodování, je povinnost soudů své rozsudky řádně odůvodnit (ve správním soudnictví podle § 54 odst. 2 s. ř. s.). To potvrzuje i navazující nálezy ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06, č. 64/2007 Sb. ÚS, v němž Ústavní soud vyslovil, že „*odůvodnění rozhodnutí soudu jedináčím a rozhodujícím ve správním soudnictví, z něhož nelze zjistit, jakým způsobem postupoval při posuzování rozhodné skutečnosti, nevyhovuje zákonným požadavkům kladeným na obsah odůvodnění a v konečném důsledku takové rozhodnutí zasahuje do základních práv účastníka řízení, který má nárok na to, aby jeho věc byla spravedlivě posouzena.*“ Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003-52, vyslovil, že pokud „*z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu není zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při naplňování zásady volného hodnocení důkazů či utváření závěru o skutkovém stavu, z jakého důvodu nepovažoval za důvodnou právní argumentaci stěžovatele v žalobě a proč subsumoval popsany skutkový stav pod zvolené právní normy, pak je třeba pokládat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a tím i nesrozumitelnost ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.*“

[19] Nejvyšší správní soud je toho názoru, že rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelný není. Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost rozsudku v tom, že krajský soud nevypořádal výslovně jeho námitku spočívající v přirovnání kvalifikačního požadavku na zajištění obalovny k požadavku na odbornou způsobilost stavbyvedoucího, jenž je přitom v praxi běžně uplatňován a akceptován jako přípustný. Stěžovatel touto námitkou chtěl objasnit, že požadavek na odbornou způsobilost stavbyvedoucího je z hlediska pravidel pro zadávání veřejných zakázek požadavkem přiměřeným, i když reálně netvoří významný podíl na finanční hodnotě zakázky. Nejinak tomu je dle jeho názoru u požadavku na zajištění zdroje obalované směsi.

pokračování

[20] Krajský soud se k této námitce vyjádřil v bodě 31 rozsudku tak, že i při stanovení požadavku na odbornou způsobilost stavbyvedoucího je z hlediska jeho přiměřenosti třeba zohlednit parametry zakázky, zejména její složitost a rozsah. Nejvyšší správní soud k tomuto uvádí, že krajský soud v ostatních bodech rozsudku dostatečně podrobně popsal, v čem spatřuje nepřiměřenost stěžovatelem stanoveného požadavku, přičemž s odkazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu vymezil, za jakých okolností by mohl být požadavek na zajištění zdroje obalované směsi přiměřeným (v podstatě všechny body 21 až 30 rozsudku). Vystavěl tak vlastní argumentaci, s níž byl uvedený argument stěžovatele v logickém rozporu, resp. na posouzení věci nemohl nic změnit. Platí přitom, že soud nemusí vypořádávat zvlášť každou dílčí námitku žalobce, pokud postaví své právní závěry na argumentech, vedle nichž nemohou tyto dílčí námitky žalobce obstát (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08). To, jak se k argumentu stěžovatele krajský soud vyjádřil v bodě 31, jen dokresluje jeho celkový argumentační rámec. Krajský soud postavil odůvodnění rozsudku na vyhodnocení přiměřenosti požadavku na zajištění zdroje obalované směsi, přičemž tuto přiměřenost nehodnotil pouze z hlediska podílu hodnoty obalované směsi na hodnotě celé zakázky, ale i podle dostupnosti směsi v okolí realizace záměru (bod 28 rozsudku). Z jeho odůvodnění tedy vyplývá, že přiměřenost požadavku je možné posuzovat i podle jiných kritérií než jen podle podílu na ceně zakázky, s čímž však není argument stěžovatele ohledně důležitosti stavbyvedoucího v rozporu. Oba potenciální požadavky mohou být z hlediska § 6 ZVZ dle názoru krajského soudu přiměřenými, i nepřiměřenými. V nynější věci však krajský soud neshledal, že by byly pro stanovení kvalifikačního požadavku na zajištění zdroje obalované směsi prokázány legitimní důvody, což dokreslil právě argumenty obsaženými v bodě 31 rozsudku.

[21] Nejvyšší správní soud tedy mohl přistoupit k posouzení dalších kasačních námitek.

[22] Ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ stanovilo, že *k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici*. Z odst. 5 písm. c) téhož ustanovení se podává, že *ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky*. Z § 6 odst. 1 téhož zákona dále vyplývá, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Diskriminací se míní jak diskriminace zjevná (tedy vylučující účast některých soutěžitelů), tak skrytá (na základě zjevně nepřiměřených, resp. nedůvodných požadavků ve vztahu k předmětu a rozsahu zakázky). Skrytou diskriminací se rozumí zejména stanovení takových požadavků, které mohou reálně splnit jen někteří soutěžitelé, ačkoli by byli schopni plnit zakázku s ohledem na její předmět, rozsah a složitost i soutěžitelé, kteří sporný nepřiměřený kvalifikační předpoklad nesplňují (rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Smyslem kvalifikačních předpokladů je vyloučit ze soutěže ty soutěžitele, kteří by zakázku s ohledem na její povahu nebyli schopni plnit, a potažmo tedy chránit veřejné rozpočty a ekonomické zájmy zadavatele. Ekonomické zájmy zadavatele však musí být legitimní, z čehož vyplývá, že prostředky prosazování těchto zájmů musí být

přiměřené (srov. rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55). Požadavek, který by přiměřený nebyl, by tedy nebyl způsobilý chránit ekonomické zájmy zadavatele, resp. by chránil takové zájmy zadavatele, které legitimní nejsou.

[23] Co se týče konkrétně kvalifikačního požadavku na zajištění zdroje obalované směsi, je pravdou, že přiměřenost požadavku je třeba posuzovat s ohledem na specifika každé věci. Z relevantní judikatury však lze dovodit určitá vodítka, za jakých okolností je tento požadavek nepřiměřený. Její východisko spočívá v tom, že bez přistoupení konkrétních specifických okolností neexistuje žádný přesvědčivý důvod se domnívat, že by určitý uchazeč, byť by nebyl vlastníkem obalovny ani by neměl dopředu smluvně žádnou obalovnu zajištěnu, nebyl schopen v případě svého vítězství v zadávacím řízení předmětnou zakázku realizovat jen z toho důvodu, že by se mu následně nepodařilo zajistit si dostatečné množství daného stavebního materiálu (viz rozsudek NSS ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013-47).

[24] Nejvyšší správní soud se ve své dřívější judikatuře opakovaně hlásil spíše k restriktivnímu přístupu k otázce přiměřenosti uvedeného požadavku. V rozsudku ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64, například uvedl, že stanovení požadavku na vlastnictví obalovny či smluvní zajištění obalované směsi nezaručuje její kvalitu, potažmo kvalitu plnění zakázky jako celku. Dále poukázal na to, že „splnění veřejné zakázky se jistě neobejde bez zajištění dodávek celé řady dalších materiálů a služeb, neboť vybraný uchazeč s velkou pravděpodobností nebude vlastnit doly na písek, štěrky, vápenec a kamení, tavírny a válcovny kovů, betonárny či studny na vodu apod. Nejvyšší správní soud nenachází objektivní vysvětlení toho, proč zadavatel kladl takový důraz právě na obalované směsi a obdobné požadavky neuplatnil ve vztahu k jiným stavebním materiálům, např. betonu a výztužím, které jsou pro řádné provedení zakázky rovněž podstatné, ne-li důležitější. Působí proto dosti překvapivě, že zadavatel byl slovy žalovaného ‚prozíravý‘ právě a jen u tohoto relativně nevýznamného aspektu veřejné zakázky.“ Z již citovaného rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55 dále vyplývá, že „předmětem dané zakázky byla dodávka stavebních prací. Přesto byl v oznámení stanoven jako jeden ze dvou požadavků na prokázání technické způsobilosti velmi podrobný požadavek na dodání konkrétního stavebního materiálu (obalovaných směsí). Ačkoliv je logické, že stavební práce lze stěží provádět bez potřebného materiálu, je běžné, že stavební společnosti řeší jeho dodávky samostatně v rámci své podnikatelské činnosti.“ Judikatura připouští, že obalovaná směs je významným komponentem stavebních prací spočívajících ve výstavbě či rekonstrukci pozemních komunikací, ovšem zpravidla neshledává důvod pro to, aby již při podání nabídky měl uchazeč o veřejnou zakázku prokázat, že má právně zajištěny dodávky obalované směsi (poukazuje především na absenci vazby mezi touto skutečností a kvalitou provádění stavebních prací). Dovodila nicméně, že požadavek na zajištění zdroje obalované směsi by byl obhajitelný zejména v případech, kdy by dodávka obalované směsi tvořila dominantní prvek zakázky s ohledem na poměr její ceny na celkové hodnotě zakázky nebo pokud by byla obtížně opatřitelná zejména z důvodu nedostatečného množství obaloven v okolí realizace zakázky (viz již zmiňované rozsudky NSS č. j. 1 Afs 69/2012-55, č. j. 1 Afs 66/2012-64 a č. j. 1 Afs 20/2013-47, dále rozsudky NSS ze dne 13. 4. 2021, č. j. 6 Afs 143/2019-29, ze dne 27. 7. 2021, č. j. 8 Afs 244/2019-34, ze dne 2. 12. 2021, č. j. 8 Afs 243/2019-33, ze dne 18. 10. 2022, č. j. 1 Afs 15/2022-40, nebo ze dne 31. 8. 2023, č. j. 10 Afs 418/2021-45).

[25] K dominantnímu charakteru obalované směsi se vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 27. 2. 2024, č. j. 4 Afs 81/2022-43, v němž uvedl, že „se jedná o zcela běžně používaný termín, jehož smysl je nejen odborné veřejnosti zcela srozumitelný – znamená „převládající, určující, mající převahu“. Žalovaný a krajský soud pak uvedli, že v nyní řešené věci podíl obalované asfaltové směsi (9,85 % z hodnoty zakázky) není dominantní...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.“

[26] Nejvyšší správní soud doplňuje, že ani malý počet obaloven v okolí místa realizace zakázky nemusí svědčit ve prospěch závěru o nedostupnosti obalované směsi. Dostupnost obalované směsi je třeba posuzovat s ohledem na specifika každé věci jako objektivní stav, který může a nemusí být dán počtem a kapacitou obaloven provozovaných v dané oblasti. Může tedy nastat situace, kdy je požadavek na zajištění obalované směsi s ohledem na její (ne)dostupnost legitimní (v blízkém okolí není žádná obalovna, blízké obalovny nemají potřebnou kapacitu, špatné zkušenosti s kvalitou směsi z dostupných obaloven při dřívějších zakázkách aj.).

[27] Lze tedy uzavřít, že kvalifikační požadavek na zajištění obalované směsi zjevně není přiměřený (a tedy je diskriminační), pokud obalovaná směs netvoří dominantní prvek zakázky s ohledem na její celkovou hodnotu a pokud objektivně lze opatřit její dostatečné množství pro účely zdárného plnění zakázky z obaloven blízkých místu její realizace.

[28] V nynější věci tvořila dodávka obalované směsi 6,11 % hodnoty zakázky, tedy ještě méně než v některých citovaných věcech (viz výše). Nelze tedy tvrdit, že tvořila dominantní prvek zakázky. Stěžovatel se sice snaží argumentovat tím, že finanční vyjádření hodnoty dodávky není jediným ukazatelem jejího (ne)dominantního charakteru, nicméně neosvětluje, v čem konkrétně je nynější situace natolik odlišná ode všech v rozsudku krajského soudu citovaných případů. Obalovaná směs je sice nezbytná pro provedení díla, které je předmětem veřejné zakázky, což ovšem platí o celé řadě dalších materiálů a činností, bez nichž by nebylo možné dílo provést. Stěžovatel v žalobě zmínil, že právě nedostatečná kvalita obalované směsi bývá často příčinou vad díla, které je třeba následně odstraňovat. Mezi stanoveným kvalifikačním požadavkem a kvalitou provedení díla ovšem není přímá vazba v tom smyslu, že pouze v případě, že má uchazeč o veřejnou zakázku již v době podání své nabídky právně zajištěnou dodávku obalované směsi z obalovny, která se nachází ve stanovené dojezdové vzdálenosti od místa zakázky, lze předpokládat kvalitní provedení díla. Stěžovatel dále uvádí, že význam dostatečné kvalifikace stavbyvedoucího rovněž nelze vyjádřit pouze finančně, přičemž tento požadavek je i tak zcela legitimní. To sice může být pravda, ovšem ne ve všech případech, jak správně zmínil krajský soud v bodě 31 svého rozsudku. Zvláštní požadavky na kvalifikaci stavbyvedoucího budou zpravidla vyplývat ze zvláštního charakteru (složitosti, rozsahu) zakázky a jiných relevantních okolností věci, a nejinak tomu může být i u požadavku na zajištění zdroje obalované směsi. Stěžovatel však neuvedl, že by posuzovaná zakázka měla takový zvláštní charakter, který by jí stanovený kvalifikační požadavek zdůvodňoval.

[29] Tímto zvláštním charakterem, resp. okolností zakázky může být, jak je již opakovaně uvedeno výše, i nízká dostupnost, resp. nedostupnost obalované směsi v okolí realizace zakázky. V nynější věci se v blízkém okruhu od místa realizace zakázky nachází 8 obaloven, které by potřeby zakázky mohly uspokojit. Stěžovatel tuto skutečnost nijak nerozporoval. Poukázal však na údajný rozpor v tvrzeních soudu. Ten měl vycházet z teze, že méně obaloven v okolí realizace zakázky svědčí o nižší míře dostupnosti obalované směsi, na druhou stranu však uvedl, že soutěžitelé, kteří obalovnu nevlastní, mohou být při stanovení posuzovaného kvalifikačního požadavku fakticky vyloučeni ze soutěže těmi soutěžiteli, kteří obalovnu vlastní. Dle stěžovatele by to znamenalo, že by byl kvalifikační požadavek na zajištění obalované směsi přípustný za situace, kdy by např. existoval jeden soutěžitel vlastní obalovnu, jenž by však paradoxně měl daleko snazší výchozí pozici při vyloučení ostatních soutěžitelů ze soutěže. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že argument krajského soudu poukazující na možnost vlastníků obaloven vyloučit ze soutěže ostatní uchazeče, je toliko podpůrný, čemuž odpovídá i to, že sám stěžovatel nepovažuje svoji polemiku za stěžejní, nýbrž ji zmiňuje toliko „na okraj“. Jakkoliv by mohlo být zajímavé na hypotetických situacích prověřovat, v jakých extrémních polohách lze ještě považovat jednotlivé argumenty, o něž se judikatura opírá, za platné, je zapotřebí vycházet především ze skutkových okolností posuzovaného případu. Krajský soud považoval za rozhodné, že vzhledem k množství obaloven nacházejících se v dané oblasti nelze považovat obalovanou směs za materiál, jenž by bylo obtížné zajistit po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

[30] Skutečnosti, jimiž by bylo možné odůvodnit přiměřenost kvalifikačního požadavku na zajištění zdroje obalované směsi, musí mít objektivní povahu, nemohou spočívat v subjektivních problémech na straně vítězného dodavatele. Stěžovatel namítá, že se pro stanovení požadavku rozhodl po negativních zkušenostech jiného zadavatele (Jihočeského kraje), jenž realizoval rekonstrukci pozemní komunikace v blízkosti města Vlachovo Březí. V tehdejší věci měl dodavatel realizující veřejnou zakázku sjednat dovoz obalované směsi ze vzdálenosti, která byla delší, než by odpovídalo technologickým požadavkům na zpracování obalované směsi na místě stavby (důvody, pro které dodavatel k tomuto kroku přistoupil, stěžovatel vůbec nezmiňuje). To mělo mít za následek zhoršení kvality obalované směsi a nekvalitní provedení díla, které si následně vyžádalo odstranění vzniklých vad. Nejvyšší správní soud je však toho názoru, že stěžovatel doposud (ani v kasační stížnosti) nespecifikoval, jaký měly nebo mohly mít tyto negativní zkušenosti jiného zadavatele vliv na nynější veřejnou zakázku. Uvedl sice, že tehdejší zakázka byla realizována v blízkosti té nynější, nekvalitní realizace zakázky však mohla vyplývat ze subjektivních problémů na straně dodavatele, nikoli z objektivní nedostupnosti obalované směsi pocházející se zdrojů v dojezdové vzdálenosti. Neuvedl, proč by se měla situace opakovat i při realizaci nyní posuzované zakázky, tedy zda např. tyto problémy jsou dány místními poměry, které se od doby plnění tehdejší zakázky nezměnily. Stěžovatel vytýká žalovanému i krajskému soudu, že se s jeho argumentací vypořádali nedostatečně, neboť bagatelizovali význam této ojedinělé zkušenosti. Pomíjí však, že jeho argumentace byla v tomto ohledu vskutku obecná (nekonkrétní) a zcela nepodložená. Nevyvinul žádné úsilí, aby přesvědčil žalovaného a posléze krajský soud, že tato ojedinělá negativní zkušenost má takové objektivní příčiny týkající se místně relevantního trhu s obalovanými směsmi, které vytváří předpoklad pro opakování zmiňované negativní zkušenosti i v roce 2010. Stěžovatel totiž nadto tvrdil, že

pokračování

zakázka, která založila jeho obavy, byla realizována již v roce 2008, přičemž z listin přiložených k doplnění kasační stížnosti plyne, že se tak muselo stát dokonce již v roce 2006, kdy byly vyhotoveny předložené listiny posuzující kvalitu rekonstruované vozovky. Jedná se tedy o případ, k němuž došlo před několika lety. Stěžovatel uvádí, že s ohledem na místo realizace nynější zakázky bylo možné předpokládat, že se budou problémy s dodávkou obalované směsi opakovat, nevysvětlil však proč. Zejména nepředložil žádnou ucelenou argumentaci, proč by nemělo být pro účely nynější zakázky možné zajistit obalovanou směs prostřednictvím jedné z osmi dostupných obaloven teprve poté, co bude uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky, tedy proč je nezbytné prokázat zajištění zdroje obalované směsi již ve fázi podání nabídky.

[31] Nejvyšší správní soud neprovedl důkaz 3 listinami přiloženými stěžovatelem k doplnění kasační stížnosti, které mají prokazovat jím opakovaně zmiňovanou negativní zkušenost jiného zadavatele odlišné veřejné zakázky s kvalitou provedení díla. Stěžovatel vznesl tyto důkazní návrhy až v řízení o kasační stížnosti, která je mimořádným opravným prostředkem. Neuvedl, jaké skutečnosti mu bránily uplatnit tyto důkazní návrhy přinejmenším v řízení před krajským soudem, byť se na zmíněnou negativní zkušenost odvolává od počátku daňového řízení. Přitom zmínil, že tyto důkazní prostředky využil ve svých tvrzeních, v nichž poukazoval na zmíněnou negativní zkušenost. Žalovaný ve svém rozhodnutí uvedl, že mu k tomuto případu není nic známo, nemůže se k tomu vyjádřit, přičemž se mohlo jednat o selhání jednoho konkrétního dodavatele (tedy nikoliv o systémový lokální problém). Stěžovatel přesto v řízení před krajským soudem ustal opět pouze u tvrzení, že v okolí jeho území byla zaznamenána jedna negativní zkušenost s kvalitou obalované směsi, kterou přičítá právě dopravě z obalovny nacházející se v přílišné vzdálenosti. Žalovaný ve vyjádření k žalobě zdůraznil, že se jedná o nepodložené tvrzení. To zopakoval i při jednání před krajským soudem. Následně zástupce stěžovatele na dotaz krajského soudu, zda navrhuje doplnění dokazování, uvedl, že nikoliv. Stěžovatel tedy zůstal v řízení před krajským soudem v rovině důkazní zcela pasivní. Řízení o kasační stížnosti neslouží k tomu, aby stěžovatel tuto svoji neodůvodněnou procesní pasivitu nahrazoval. Jeho smyslem je přezkum zákonnosti pravomocného rozsudku krajského soudu a jeho postupu v řízení. Vzhledem k tomu, že stěžovatel v řízení před krajským soudem žádné důkazní návrhy neuplatnil, nelze krajskému soudu v tomto směru nic vytknout. Vypořádání argumentace stěžovatele v bodech 23 a 24 rozsudku krajského soudu zcela odpovídá procesní situaci v řízení před krajským soudem.

[32] I kdyby nebyly dány výše zmíněné procesní okolnosti, neshledal by Nejvyšší správní soud důvod provést navržené důkazy. Stěžovatel totiž netvrdí v doplnění kasační stížnosti nic nového oproti žalobě, pouze se snaží tytéž z principu nedůvodné argumenty podložit alespoň nějakými důkazy (doposud se jednalo o zcela nepodložená tvrzení). Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že stěžovatel netvrdí žádné skutečnosti, které by mohly nasvědčovat objektivním obtížím se zajištěním dodávek obalované směsi v dané lokalitě. Poukazuje na jedinou negativní zkušenost, která je několik let stará. Dokazování stěžovatelem předloženými listinami by bylo tedy neúčelné. Předložené listiny se nadto týkají pouze popisu vad vozovky a jejich technologických příčin, ovšem vůbec nepopisují organizační či právní důvody související se zajištěním zdroje obalované směsi.

[33] Nejvyšší správní soud považuje za vhodné poopravit tvrzení krajského soudu, podle něž měl stěžovatel ve výzvě požadovat dodání směsi odkudkoli, nejen z dojezdové vzdálenosti od místa plnění zakázky. Z bodu 5.4 výzvy však vyplývá opak. Tato dílčí nesrovnalost odůvodnění rozsudku však nemůže způsobit jeho nezákonnost, neboť požadavek na zajištění směsi ve stanovené vzdálenosti od místa plnění zakázky byl přímo napojen na požadavek zajištění směsi jako takové. Dílčí nesprávnost argumentace krajského soudu nevyvrací závěr o diskriminační povaze kvalifikačního požadavku jako takového. Nejvyšší správní soud podotýká, že měl-li stěžovatel obavy o vzdálenost sjednané obalovny od místa realizace zakázky, mohl tuto skutečnost zahrnout do smluvních ujednání s vítězným uchazečem o veřejnou zakázku, a vyhnout se tak stanovení diskriminačního požadavku ve fázi zadávacího řízení.

[34] Poukazuje-li stěžovatel na skutečnost, že nežádal po soutěžitelích předložení smlouvy o smlouvě budoucí, ale toliko „závazný příslib“ dodávky obalované směsi (viz bod 5.4 výzvy), nevidí Nejvyšší správní soud mezi tímto „příslibem“ a smlouvou o smlouvě budoucí žádný relevantní rozdíl. Sám stěžovatel v kasační stížnosti (strana 4) uvádí, že stanovením kvalifikačního požadavku chtěl eliminovat potenciální hrozbu spojenou s nedodáním, resp. vadným dodáním obalované směsi. Je tedy zřejmé, že jím stanovený požadavek měl představovat určitou záruku plnění dodavatele obalované směsi, z čehož plyne, že „příslib“ by musel být skutečně závazný z právního hlediska (ve výzvě je výslovně uvedeno, že se musí jednat o „závazný příslib“). Musel by tedy buď mít formu smlouvy mezi uchazečem o veřejnou zakázku a dodavatelem směsi (vzhledem k tomu, že dodávka by se realizovala pouze za podmínky uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, by se jednalo např. o smlouvu o smlouvě budoucí nebo smlouvu vázanou na podmínku), nebo by se muselo jednat o jednostranné právní jednání ze strany dodavatele, které by však mělo pro projednávanou věc stejný význam. Představa stěžovatele, že mezi jednostranným a dvojstranným jednáním je natolik zásadní rozdíl, že není možné aplikovat závěry rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55, je mylná (viz rozsudek NSS ze dne 6. 10. 2023, č. j. 3 Afs 110/2021-50, bod 37). Ať už jednostranný příslib, nebo dvojstranná dohoda v sobě nese prvek závaznosti do budoucna, který se následně projeví v uzavření kupní smlouvy na obalovanou směs a který zakládá vymahatelnost příslibu. Učinění závazného příslibu dodání obalované směsi ze strany jejího výrobce musí předcházet obchodní jednání mezi ním a uchazečem o veřejnou zakázku, které nebude úspěšné, pokud bude chtít dodavatel daného uchazeče ze soutěže účelově vyřadit (stejně jako v případě, kdy je v podmínkách veřejné zakázky stanoven požadavek předložení smlouvy o smlouvě budoucí).

[35] Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že kvalifikační požadavek stěžovatele spočívající v zajištění zdroje obalované směsi byl s ohledem na okolnosti věci zjevně nepřiměřený, a tudíž diskriminační. Argumentace krajského soudu je koherentní, srozumitelná a s ohledem na okolnosti věci i správná (s výhradou výše uvedené dílčí korekce). Námitky stěžovatele naopak výrazně kopírovaly námitky žalobní, se kterými se již vypořádal krajský soud, a námitky reagující na posouzení věci krajským soudem nejsou důvodné.

pokračování

IV. Závěr a náklady řízení

[36] Na základě výše uvedeného dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[37] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti soud rozhodl podle úspěchu ve věci v souladu s § 60 odst. 1 větou první a odst. 7 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel v řízení nebyl úspěšný, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný měl ve věci plný úspěch, avšak nevznikly mu žádné náklady nad rámec úřední činnosti, a proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. července 2024

Mgr. Tomáš Kocourek, Ph.D.
předseda senátu