

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Vojtěcha Šimíčka a soudců JUDr. Miluše Doškové a Mgr. Radovana Havelce v právní věci žalobce: **město Sokolov,** se sídlem Rokycanova 1929, Sokolov, zastoupeného advokátem JUDr. Václavem Krondlem, se sídlem Jiráskova 2, Karlovy Vary, proti žalovanému: **Finanční ředitelství v Plzni,** se sídlem Hálkova 14, Plzeň, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Plzni ze dne 30. 9. 2011, č. j. 57 Ca 49/2009 - 63,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

[1.] Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě se žalobce (dále jen „stěžovatel“) domáhá zrušení shora uvedeného rozsudku Krajského soudu v Plzni, kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti dvojici rozhodnutí žalovaného. Rozhodnutím žalovaného ze dne 4. 6. 2009, č. j. 4566/09-1700-402586, bylo zamítnuto odvolání stěžovatele proti platebnímu výměru Finančního úřadu v Sokolově ze dne 29. 12. 2008, č. j. 134131/08/155980400222, jímž byl stěžovateli uložen odvod ve výši 3 600 000 Kč za porušení rozpočtové kázně u dotace na akci evidenční číslo 217315 3721 „Opravy-nos. konstr., obv. pl., stř. konstr., balk., jiné opr. – Sokolov, Mánesova 1782“. Rozhodnutím žalovaného ze dne 16. 6. 2009, č. j. 5096/09-1700-402586, bylo zamítnuto stěžovatelovo odvolání proti platebnímu výměru Finančního

úřadu v Sokolově ze dne 29. 12. 2008, č. j. 134241/08/155980400222, jímž byl stěžovateli sdělen předpis penále ve výši 3 600 000 Kč za porušení rozpočtové kázně.

[2.] Ze spisu vyplývá, že stěžovatel (město Sokolov) hodlal zateplit panelové budovy ve svém vlastnictví, konkrétně budovu Mánesova 1782, Sokolov. Na toto zateplení získal ze státního rozpočtu finanční prostředky. Zadal tedy veřejnou zakázku dle tehdy platného zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. Jak ovšem zjistil Finanční úřad v Sokolově při kontrole použití dotace, jedním z dílčích hodnotících kritérií ve výběrovém řízení byly i předložené reference uchazečů. Takové hodnotící kritérium dle Finančního úřadu v Sokolově, resp. Finančního ředitelství v Plzni, užito být nemůže. Správní orgány v tomto ohledu poukázaly na judikaturu Soudního dvora EU k výběru hodnotících kritérií při zadávání veřejných zakázek, z níž plyne, že kritéria pro určení ekonomicky či hospodářsky nejvýhodnější nabídky se musejí vztahovat k „předmětu zakázky“, nikoliv k „osobě uchazeče“. Za to byl stěžovateli uložen odvod za porušení rozpočtové kázně, který byl odůvodněn tím, že stěžovatel jako zadavatel dodavateli předmětných prací uhradil fakturu, ačkoliv při výběru dodavatele byl porušen zákon o veřejných zakázkách. Poté, co Finanční ředitelství v Plzni (dále jen „žalovaný“) zamítlo dvojicí výše uvedených rozhodnutí stěžovatelova odvolání proti platebnímu výměru na odvod za porušení rozpočtové kázně a platebnímu výměru na penále, napadl stěžovatel tato rozhodnutí žalobou ke Krajskému soudu v Plzni, který ji zamítl.

[3.] Krajský soud vydal svůj zamítavý rozsudek v této věci až poté, co Nejvyšší správní soud rozhodl ve skutkově obdobné věci totožných účastníků svým rozsudkem ze dne 30. 8. 2011, č. j. 2 Afs 12/2011 – 98. Krajský soud tedy již v nyní napadeném zamítavém rozsudku vycházel z právního názoru vyjádřeného v uvedeném rozsudku Nejvyššího správního soudu a konstatoval, že při zadávání veřejné zakázky stěžovatel skutečně porušil zákon o veřejných zakázkách tím, že jako jedno z kritérií použil předložené reference uchazečů. Zároveň došlo i k porušení rozpočtové kázně, takže bylo v pořádku, rozhodl-li finanční úřad o odvodu za porušení rozpočtové kázně a o penále za porušení rozpočtové kázně.

II. Obsah kasační stížnosti

[4.] Stěžovatel v kasační stížnosti směřující proti tomuto rozsudku uplatňuje důvod obsažený v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“), a namítá nesprávné posouzení právní otázky krajským soudem.

[5.] Stěžovatel se v kasační stížnosti ztotožnil s názorem krajského soudu, že pokud státní orgán užívá státní moc proti samosprávnému celku jako právnické osobě, nemůže se v případě nesprávné implementace dovolat přímého účinku směrnic č. 71/305/EHS, č. 93/37/EHS a č. 2004/18/ES. Stěžovatel se ovšem neztotožnil s právním názorem krajského soudu, že v případě takového rozporu je namístě použít eurokonformní výklad vnitrostátního práva, zde konkrétně ustanovení § 55 odst. 3 tehdy platného zákona o veřejných zakázkách. Pokud stát některá hodnotící kritéria vysloveně nezakázal, pak mohl stěžovatel uplatnit jakékoliv kritérium vztahující se k ekonomické výhodnosti hodnocených nabídek, které nebylo v rozporu se zásadami uvedenými v zákoně o veřejných zakázkách. Takovým bylo i jím použité kritérium, které mu umožnilo rozlišit mezi potenciálními zhotoviteli v oboru zateplení. Ti všichni totiž nabízejí zateplení

certifikovanými systémy s velmi podobnými parametry, ovšem mnohdy dochází k nedodržení nezbytných technologických postupů, přičemž zjistit nekvalitní provedení díla je náročné a nákladné a samotné kvalifikační kritérium podle § 33 zákona o veřejných zakázkách, tedy prokazování technické způsobilosti, by umožnilo konstatovat pouze splnění či nesplnění podmínky technické způsobilosti, neumožnilo by však rozlišit mezi uchazeči ty zhotovitele, kteří již mohou doložit seznam podobných, jimi realizovaných děl. K tomu naopak nechává prostor právě hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti podle § 55 téhož zákona, v jehož rámci mohou být podle stěžovatele zohledněny i „reference“. Stát jako poskytovatel dotace má samozřejmě právo kontrolovat hospodárnost využití jím poskytnutých prostředků, aspektem hospodárnosti však není jen co nejnižší cena díla, ale i jeho kvalita a trvanlivost. Výklad prosazovaný krajským soudem a žalovaným by ovšem zadavatele nutil dát vždy přednost levnější „no name“ alternativě, což by bylo s požadavkem hospodárnosti v rozporu.

[6.] Z těchto důvodů stěžovatel navrhuje zrušit rozsudek krajského soudu a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti

[7.] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2011, č. j. 2 Afs 12/2011 – 98, s nímž se ztotožňuje. Nadto žalovaný připomíná, že § 33 zákona o veřejných zakázkách umožňoval stěžovateli, aby po předložení objednateli vyhotovených osvědčení u nejdůležitějších staveb realizovaných jednotlivými uchazeči za posledních pět let vyhodnotil, zda tyto stavby odpovídaly technickým požadavkům a zda byly řádně dokončeny. Stěžovatelova obava, že mu § 33 zákona o veřejných zakázkách neumožňoval rozlišit uchazeče, kteří mohou prokázat kvalitu svých děl, od ostatních, je proto lichá. Krom toho žalovaný připomíná, že ze slova „zejména“ v § 55 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách nelze dovozovat, že by zadavatel mohl zvolit libovolné kritérium, například „reference“. Ostatně všechna tam uváděná kritéria se vztahují k předmětu zakázky a jejím vlastnostem, nikoli k osobě uchazeče. Stěžovatelem prosazované kritérium „referencí“ je navíc diskriminační a nezaručuje kvalitu budoucích staveb. Žalovaný tedy trvá na tom, že zadavatel musí vždy rozlišovat, kdy hodnotí osobu uchazeče, což je možné například při použití kritérií podle § 33 zákona o veřejných zakázkách, a kdy hodnotí nabídku jako takovou. Žalovaný přitom ve svých závěrech vždy vycházel ze samotného zákona, judikaturu Soudního dvora Evropské unie zmiňoval jen podpůrně, a to v souvislosti s tím, že z ní vychází i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

[8.] Ze všech těchto důvodů žalovaný trvá na právních závěrech, které vyjádřil ve svých rozhodnutích ze dne 4. 6. 2009 a 16. 6. 2009, a navrhuje, aby byla kasační stížnost zamítnuta.

IV. Posouzení důvodnosti kasační stížnosti

[9.] Důvodnost kasační stížnosti posoudil Nejvyšší správní soud v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 2, 3 s. ř. s.). Skutková a právní situace je přitom obdobná té, kterou Nejvyšší správní soud řešil, a to ve vztahu k týmž účastníkům, již ve svém rozsudku ze dne 30. 8. 2011, č. j. 2 Afs 12/2011 – 98, s tím rozdílem, že v onom řízení

krajský soud původně zrušil napadená rozhodnutí žalovaného a Nejvyšší správní soud v reakci na to zrušil jeho rozsudek. V nyní posuzovaném případě si však krajský soud při vydání svého rozsudku ze dne 30. 9. 2011 byl již vědom právního názoru Nejvyššího správního soudu a tento právní názor do svého rozsudku v nyní posuzovaném případě plně přejal. Jeho odpověď na klíčovou právní otázku tohoto řízení je proto v plném souladu s právním názorem Nejvyššího správního soudu a ani argumentace předestřená stěžovatelem v kasační stížnosti nepřesvědčila Nejvyšší správní soud, že by měl svůj právní názor změnit.

[10.] Nejvyšší správní soud tedy setrvává na názoru, že směrnice týkající se veřejných zakázek neumožňují jako hodnotící kritérium stanovit reference. To je zásada, kterou směrnice zakotvují dlouhodobě (viz směrnice č. 71/305/EHS, o koordinaci postupů pro zadávání veřejných zakázek, č. 93/37/EHS, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, a č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby). Tuto zásadu ctí také judikatura Soudního dvora, viz jeho rozsudek ze dne 20. 9. 1988, 31/87, Gebroeders Beentjes BV v. Nizozemí.

[11.] Stěžovatel trvá na tom, že v případě rozporu českého zákona a evropské směrnice, jež měla být do českého práva implementována, nelze použít ani takzvaného přímého účinku směrnic, ani eurokonformního výkladu. K tomu je třeba nejprve vyložit tyto pojmy.

[12.] Přímý účinek směrnic v případě, že nedojde k její implementaci do národního práva, je jedním ze základních principů práva Evropské unie, dovozený judikaturou Soudního dvora (v podrobnostech viz Bobek, M., Bříza, P., Komárek, J.: *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011). Přímý účinek směrnice se v zásadě neužije na vztah horizontální; přímého účinku neimplementované směrnice se lze dovolat pouze proti členskému státu (vertikální sestupný účinek). Nyní posuzovaná situace je ovšem z tohoto hlediska značně komplikovaná a vztah mezi obcí, jakožto veřejnoprávní korporací s povinností zadat veřejnou zakázku, hospodařící ovšem se svým majetkem a jednající jako každý jiný vlastník, a státem, který na realizaci poptávané zakázky poskytuje ze státního rozpočtu peněžní prostředky, není patrně možné jednoduše a jednoznačně zařadit.

[13.] Lze ovšem poukázat na závěry rozsudku Soudního dvora ze dne 9. 9. 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (C – 198/01, Recueil, s. I – 8055). V tomto rozhodnutí Soudní dvůr dospěl k několika závěrům. Zaprvé uvedl, že správní orgán má právo a povinnost neaplikovat vnitrostátní právní úpravu, která je v rozporu s právem EU. V posuzovaném případu však princip právní jistoty bránil, aby byl prostřednictvím přímo účinného ustanovení unijního práva sankcionován subjekt, který předtím jednal ve shodě s vnitrostátním právem, které však bylo v rozporu s právem unijním. Bylo by patrně jen těžko akceptovatelné, aby stát, který řádně směrnici neimplementoval, se následně této směrnice sám domáhal a sankcionoval jednání těch (bez ohledu na jejich právní charakter), kteří jednali v souladu s národním právem, přestože bylo v rozporu s právem unijním.

[14.] Také v nyní posuzovaném případě tedy není případné hovořit o přímém účinku směrnice již jen z důvodu, že v případě rozporu národního práva se směrnicí by nebylo možno vytýkat stěžovateli, že jednal s ohledem na princip právní jistoty v souladu s právem národním. Podmínkou přímé aplikace směrnice však není jen charakter vztahu, na který se má použít, ale v první řadě to, že členský stát nesplnil v určité lhůtě svou

povinnost implementovat do svého národního práva směrnici. Klíčové pro posouzení předmětné věci tak je především to, zda skutečně je (byl) zákon o veřejných zakázkách v rozporu s uvedenými směrnicemi.

[15.] Podle § 55 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodné době platilo (tento zákon byl s účinností od 1. 7. 2006 zrušen novým zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), že základním kritériem pro zadání veřejné zakázky je buď ekonomická výhodnost nabídky, nebo nejnižší nabídková cena. V daném případě bylo stěžovatelem zvoleno kritérium spočívající v ekonomické výhodnosti nabídky. Pak platilo dle odst. 3 citovaného ustanovení, že rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména a) provozní náklady, b) požadavky na údržbu, c) technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky.

[16.] Výraz „zejména“, který je užit v tomto ustanovení, zde značí, že jde o demonstrativní výčet. V teorii práva (viz např. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha: Eurolex Bohemia, 2001, s. 80-81) je jako demonstrativní výčet označen takový, který bývá nejprve stanoven relativně abstraktně a poté je pomocí názorných příkladů konkretizován. Výraz „zejména“ sice značí neukončený výčet, ale nikoliv neomezeně neukončený. Omezení tkví v tom, že další případy, které je možno do výčtu zahrnout, se podobají těm, které jsou příkladmo vzpomenuty.

[17.] Ustanovení § 55 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách je proto třeba vyložit tak, že mezi další dílčí kritéria, která nejsou v tomto ustanovení výslovně uvedena, mohou patřit jen taková, která se podobají kritériím dle písm. a), b) nebo c). Musí jít o kritéria podobající se provozním nákladům, požadavkům na údržbu nebo technickým, jakostním, ekologickým či funkčním vlastnostem předmětu veřejné zakázky. Všechna tato kritéria se týkají předmětu veřejné zakázky (ten je ostatně v demonstrativním výčtu výslovně vzpomenut), nikoliv osoby uchazeče. Nelze tak jako další kritérium stanovit takové, které s předmětem zakázky nesouvisí, jak se stalo v nyní projednávané věci.

[18.] Tomu, že nelze reference stanovit jako kritérium dle § 55 zákona o veřejných zakázkách, nasvědčovalo také znění ustanovení § 33 téhož zákona, které stanovilo prokazování technické způsobilosti. Dle jeho odst. 1 písm. a) bod 2. technickou způsobilost prokazoval uchazeč nebo zájemce, šlo-li o veřejné zakázky na stavební práce, mj. seznamem nejvýznamnějších stavebních prací provedených za posledních 5 let s připojenými osvědčeními o řádném provedení nejdůležitějších staveb vyhotovenými objednatelem, případně prohlášením dodavatele o řádném provedení nejdůležitějších staveb, nebylo-li možno takové osvědčení od objednatele získat; z těchto osvědčení musí vyplývat rozsah, doba a místo provedení prací obdobného charakteru, zda práce odpovídaly technickým požadavkům a zda byly řádně dokončeny.

[19.] Citované ustanovení tedy umožňovalo „reference“ posuzovat dle § 33 zákona o veřejných zakázkách v rámci prokazování technické způsobilosti. Pokud zákonodárce zamýšlel posuzování referencí upravit v § 33 zákona, pak bylo stěží jeho záměrem zakotvit možnost posuzovat reference též z hlediska jeho § 55. To má svou logiku v tom, že dle § 55 zákona o veřejných zakázkách se kritéria ekonomické výhodnosti hodnotila podle jejich váhy; hodnotitel tedy měl široký prostor pro uvážení, který je však ve vztahu k referencím

jen těžko přezkoumatelný a kontrolovatelný. Jako předpoklad technické způsobilosti k provedení stavby lze reference posoudit mnohem transparentněji, neboť se posuzuje pouze na škále „ano-ne“. Dělo se tak v procesu posuzování nabídek z hlediska splnění všech zadávacích podmínek podle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, který předcházel jejich následnému hodnocení podle § 62 tohoto zákona (kde parametry určoval § 55). Nabídky, které nesplňovaly zadávací podmínky, nebyly hodnoceny podle § 62 citovaného zákona, neboť podle § 61 odst. 1 téhož zákona musely být vyřazeny již v rámci posouzení nabídek.

[20.] Pokud tedy shora uvedené směrnice i příslušná judikatura Soudního dvora nedovolují při zadání veřejné zakázky zvolit kritérium „reference“, jde o zákaz, který bylo možno najít i v českém zákonu č. 40/2004 Sb. ve znění účinném v rozhodné době. K zajištění souladu českého zákona a zákazu vyplývajícího z unijního práva proto ani nebylo potřeba uvažovat o použití přímého účinku směrnic, jehož použitelnost by zde z výše uvedených důvodů byla problematická, ale stačilo použít tzv. eurokonformního výkladu.

[21.] Takový výklad vychází z toho, že unijní právo a judikatura Soudního dvora slouží jako vodítko pro výklad národního práva, pokud bylo vykládané ustanovení přijato za účelem sbližování českého práva s právem unijním a český zákonodárce nevyjádřil zcela zjevně úmysl se od práva unijního odchýlit. K tomuto typu výkladu se Nejvyšší správní soud vyjádřil již v rozsudku ze dne 29. 9. 2005, č. j. 2 Afs 92/2005 - 45 (publ. pod č. 741/2006 Sb. NSS), v němž dokonce uvedl, že i v případech, kdy se posuzují skutkové okolnosti, k nimž došlo před vstupem ČR do EU, a rozhodným právem je právo tehdy účinné, je nutno ustanovení českého právního předpisu, přijatého nepochybně za účelem sbližování českého práva s právem Evropských společenství a majícího svůj předobraz v právní normě obsažené v právu Evropských společenství, vykládat konformně s touto normou.

[22.] Shodná je i judikatura Soudního dvora. Například v rozsudku ze dne 13. 11. 1990, C-106/89, Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA, rozsudku ze dne 16. 12. 1993, C-334/92, Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial, nebo rozsudku ze dne 14. 7. 1994, C-91/92, Paola Faccini Dori a Recreb Srl dovodil Evropský soudní dvůr povinnost vykládat ustanovení domácího práva, jež implementuje směrnici, ve světle unijních (komunitárních) norem.

[23.] V tomto případě hovoří unijní právo i judikatura zcela zřetelně, a to tak, že reference nelze použít jako hodnotící kritérium. Shodný je i výklad českého práva, jak bylo osvětleno shora při vyložení smyslu a účelu demonstrativního výčtu, který byl použit v § 55 zákona o veřejných zakázkách. I kdyby snad byl takový výklad sporný, bylo by nutno za pomoci eurokonformní metody výkladu dospět k tomu, že reference jako hodnotící kritérium dle § 55 zákona o veřejných zakázkách použito být nesmí, neboť z dikce tohoto ustanovení rozhodně nevyplýval nadevše zřejmý úmysl českého zákonodárce se od unijního práva odchýlit. Stěžovatel ovšem takové hodnotící kritérium použil. Při zadání veřejné zakázky tak došlo k porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany stěžovatele.

[24.] Co se týče otázky, zda takové porušení znamenalo neoprávněné použití finančních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, tedy porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 44 odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), k této otázce se stěžovatel v kasační stížnosti

nijak samostatně nevyjadřuje, ostatně byla dostatečně rozebrána v citovaném rozsudku zdejšího soudu ze dne 30. 8. 2011, č. j. 2 Afs 12/2011 – 98.

V. Závěr

[25.] Ze všech shora vyložených důvodů soud uzavírá, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[26.] Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému náklady řízení nevznikly. Proto soud rozhodl, že se žalovanému právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.).

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

V Brně dne 21. března 2012

JUDr. Vojtěch Šimíček
předseda senátu