



MORAVSKOSLEZSKÝ KRAJ

HEJTMAN KRAJE

28. října 117, 702 18 Ostrava

Nejvyšší správní soud

Moravské náměstí 6

CZ-657 40 Brno

Č.j.:

MSK 119957/2019 N

Datum:

8. 8. 2019

Žalobce:

Moravskoslezský kraj

se sídlem 28. října 2771/117, 708 18 Ostrava

IČ: 70890692

zastoupen prof. Ing. Ivem Vondrákem, CSc., hejtmánem kraje

Žalovaný:

Ministerstvo financí

se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha

IČ: 00006947

Kasační stížnost žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 5. 6. 2019, č. j. 22 Af 131/2017-77

podaná podle ustanovení § 102 a násl. zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „S.ř.s.“)

třikrát

Přílohy dle textu

Soudní poplatek bude uhrazen na výzvu soudu

I.

(1) Rozsudkem Krajského soudu v Ostravě ze dne 5. 6. 2019, č. j. 22 Af 131/2017 (dále jen „napadený rozsudek“) byla zamítnuta žaloba na přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6, ve věci odvodu za porušení rozpočtové kázně. Napadený rozsudek byl doručen dne 2. 8. 2019.

(2) Kasační stížnost je žalobcem podávána z důvodu dle § 103 odst. 1 písm. a) s.r.s. nezákonnosti napadeného rozsudku spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

II.

(3) Žalobce čerpal dotaci z Regionálního operačního programu Moravskoslezsko na projekt „Silnice 2009 - obchvat Opava“, reg. č.: CZ1.10/1.1.00/06.00482 (dále jen „projekt“). Tento projekt spočíval ve vybudování jižního obchvatu Opavy. Došlo k převedení tranzitní dopravy na tento obchvat mimo centrum městské části Kylesovice a k vyloučení úrovněového křížení silniční dopravy a železniční trati Opava východ – Hradec nad Moravicí. Začátek obchvatu je v místě křížení se silnicí I/57, kde se napojuje na navrženou úrovněovou okružní křižovatku. Konec komunikace obchvatu se napojuje na stávající silnici II/461 před stávajícím křížením silnice I/11. Projekt zahrnoval most přes řeku Moravici, rekonstrukci a rozšíření podjezdu pod trať ČD, most přes trať ČD, podchod pro pěší a cyklistickou stezku. Součástí stavby byly přeložky a ochrany dotčených inženýrských sítí, demolice stávajících objektů, řešení odvodnění silnice Jižního obchvatu a úpravy dotčených místních a účelových komunikací. Dotace na projekt byla vyplacena dle Smlouvy o poskytnutí dotace z rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti Moravskoslezsko č. 90275/2010 ze dne 14. 6. 2010, ve znění Dodatku č. 1, ze dne 15. 2. 2012 (dále jen „Smlouva o poskytnutí dotace“) ex post na základě skutečně vynaložených, odůvodněných a řádně prokázaných způsobilých výdajů projektu.

(4) V období od 15. 7. 2013 do 31. 7. 2013 byl proveden u žalobce audit operace (audit projektu) ze strany Auditního orgánu Ministerstva financí, jehož výsledkem byla Zpráva o auditu operace č. ROP MS/2013/O/008 ze dne 7. 1. 2014.

(5) Auditní orgán doporučil poskytovateli dotace, Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Moravskoslezsko (dále také „ÚRR“), provést vůči příjemci (žalobci) finanční opravu ve výši 25 % z celkových způsobilých výdajů vyplacených v rámci níže uvedené veřejné zakázky, jelikož údajně došlo k porušení zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). V rámci nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce s názvem „Přeložka silnice II/461 v Opavě – jižní obchvat“ (dále také „veřejná zakázka“) bylo shledáno zjištění, že došlo k porušení základních zásad podle § 6 ZVZ a základních zásad stanovených v Metodickém pokynu pro zadávání veřejných zakázek (dále jen „MP ZVZ“).

(6) Dne 18. 7. 2014 bylo žalobci doručeno Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014 (zn. RRRSM 11219/2014), kterým mu ÚRR, jako správce daně a orgán příslušný podle § 22 odst. 11 písm. b) zák. č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zák. č. 250/2000 Sb.“), uložil za porušení rozpočtové kázně povinnost odvodu neoprávněně použitých peněžních prostředků ve výši 32.927.638,- Kč.

(7) Žalobce se s tímto rozhodnutím neztotožnil a dne 15. 8. 2014 podal řádně a včas odvolání.

(8) Ministerstvo financí (žalovaný) odvolání žalobce proti rozhodnutí č. PRK PRK21/2014 zamítlo rozhodnutím ze dne 11. 8. 2017, č. j. MF-66200/2014/1203-6.

(9) Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce dne 15. 9. 2017 ke Krajskému soudu v Ostravě včasnou žalobu, kterou se domáhal přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 8. 2017.

(10) Krajský soud v Ostravě rozhodl napadeným rozsudkem tak, že žalobu zamítl.

III.

(11) Krajský soud v Ostravě se v odůvodnění napadeného rozsudku nejprve zabýval námitkou podjatosti úřední osoby. Žalovaný se v napadeném rozhodnutí dle názoru krajského soudu s touto odvolací námitkou vypořádal dostatečně. Krajský soud souhlasí s odůvodněním žalovaného v napadeném rozhodnutí o odvolání, který vycházel z organizační struktury ministerstva financí. Žalovaný charakterizoval Auditní orgán jako specifický a do určité míry autonomní útvar, s tím, že náměstek sekce 04, do níž Auditní orgán náleží, nijak nezasahuje do auditních zpráv, ani je nepodepisuje. Soud pak přistoupil k ověření organizační struktury Ministerstva financí ČR dle jeho webových stránek a dospěl k názoru, že úřední osoba dříve v postavení náměstka ministra financí Sekce 04 „Finanční řízení a audit“, do níž organizačně spadá i Auditní orgán, nemohl ovlivnit znění auditních zpráv, přičemž tato záležitost je v kompetenci ředitele Auditního orgánu. V období, kdy bylo vydáno rozhodnutí žalovaného o odvolání žalobce, byla stejná úřední osoba ředitelem odboru Financování územních rozpočtů, jenž spadá do Sekce 06 „Veřejné rozpočty“. Tato úřední osoba rozhodnutí o odvolání i podepsala. Krajský soud dospěl k závěru, že se tato úřední osoba nijak nepodílela na vypracování nebo schvalování či podpisu Zprávy o auditu, neboť tyto úkony byly v kompetenci ředitele Auditního orgánu, který má obdobné postavení jako ředitel odboru. Na základě uvedeného dospěl krajský soud ke stejnému závěru jako žalovaný, že je vyloučena podjatost jmenované úřední osoby podle ust. § 77 odst. 1 písm. b) a c) zák. č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“).

(12) Krajský soud se dále zabýval námitkou žalobce o existenci běžné praxe veřejného zadávání u podobných veřejných zakázek a obecné rozhodovací praxe (ÚOHS) v době zadání předmětné veřejné zakázky, tj. v letech 2010. Ač krajský soud plně respektoval princip retroaktivity judikatury, má však za to, že tento princip nemůže platit absolutně a mohou nastat případy, kdy se výrazným způsobem střetne s principem legitimního očekávání. Odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně (dále jen „NSS“) ze dne 19. 4. 2017, č. j. 6 As 98/2016-54. V posuzované věci šlo právě o tento případ, kdy retroaktivita judikatury nemůže být nadřazena principu legitimního očekávání. Soud dal za pravdu žalobci, že v r. 2010, kdy došlo k zadání předmětné veřejné zakázky, skutečně existovala zavedená a rozšířená správní praxe podpořená rozhodováním ÚOHS, která ve stejných okolnostech, tj. zadání obdobných kvalifikačních předpokladů žádný diskriminační přístup nespárovala. Zpochybnění zavedené správní praxe přineslo až rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012 č. j. 62 Af 1/2011-83 a na něj navazující rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2013 č. j. 1 Afs 69/2012-55. Tato judikatura však neoznačila kvalifikační předpoklad vlastnictví obalovny či smlouvy o smlouvě budoucí k obalovně o konkrétní kapacitě za nepřijatelný absolutně. Rozsudek NSS č. j. 1 Afs 69/2012-55 zdůraznil, že předmětný kvalifikační požadavek by mohl být odůvodněn na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele, za něž například označil velmi obtížnou opatřitelnost materiálu nebo jeho dominantní roli v rámci celé zakázky.

(13) V odůvodnění dále soud upozornil, že Auditní orgán však nejprve hodnotil kvalifikační předpoklady z pohledu druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a označil je za nadhodnocené, neboť

3/6

žalobce požadoval mezi technickými kvalifikačními předpoklady i požadavek, aby uchazeči disponovali alespoň po dobu nutnou pro plnění veřejné zakázky nejméně dvěma obalovnami živičných směsí, přičemž součet výkonů těchto obaloven bude činit minimálně 350 t/hod., a dále nejméně dvěma výrobnami betonových směsí ve vzdálenosti do 40 km od místa plnění veřejné zakázky. V posuzované věci Auditní orgán vyhodnotil, že předmětný technický kvalifikační požadavek též nelze označit za objektivně splnitelný pro všechny potenciální uchazeče, neboť do značné míry závisel na vůli vlastníků obaloven, resp. výroben betonových směsí. Skutečnost, že z pěti uchazečů o zakázku byl vyřazen pouze jeden, nevylučuje možnou existenci dalších uchazečů, kterým uvedené náročné nastavení technických kvalifikačních předpokladů znemožnilo přihlásit se do výběrového řízení, i když by byli schopni zakázku úspěšně realizovat. V případě přiměřeně stanovených technických kvalifikačních požadavků, tzn. za předpokladu absence podmínky vlastnictví či smluvního zajištění 2 obaloven o vysoké výrobní kapacitě, a dvou výroben betonových směsí, se mohli soutěže účastnit i další potenciální dodavatelé, kteří mohli předložit zadavateli výhodnější nabídku. Zabýval se významností materiálu v rámci celé veřejné zakázky a zjistil, že nebyl stěžejní dodávkou. Obdobně postupoval žalovaný, který hodnocení doplnil o odkaz na dokument Ministerstva dopravy – Odboru infrastruktury s názvem „Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací“, kapitola 7 „Hutněné asfaltové vrstvy“, bod 7.3.2.1. „Obalovna asfaltových směsí“. Minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice doporučuje 120 t/hod. Žalobce tak požadoval výkon obalovny vyšší než u dálnice. Teprve po tomto konkrétním vyhodnocení podmínek v posuzované věci odkázali jak auditor tak žalovaný na přelomovou judikaturu správních soudů. Legitimní očekávání není dle krajského soudu důvodným žalobním tvrzením zakládajícím nezákonnost napadeného rozhodnutí. Judikatura byla ze strany auditního orgánu i žalovaného použita toliko podpůrně, primární bylo posouzení kvalifikačního předpokladu z pohledu důvodnosti a účelnosti.

(14) Na závěr krajský soud konstatuje, že pokud nejsou dány legitimní ekonomické zájmy zadavatele, resp. objektivní odůvodněné okolnosti, což dle jeho názoru žalovaný prokázal, je nastavení kvalifikačních předpokladů v tomto případě diskriminační. Žalobní body proto považuje krajský soud za nedůvodné.

IV.

(16) Žalobce se nadále domnívá, že nebyla ze strany žalovaného, tak i ze strany krajského soudu, dostatečně vypořádána námitka podjatosti úřední osoby Ing. [redacted]. Vznikají důvodné pochybnosti o tom, že tato osoba rozhodovala nestranně a mohla mít osobní zájem na potvrzení závěrů Auditního orgánu. Žalobce v žádném případě netvrdí, že má důkaz o tom, že by pan Ing. [redacted] zasahoval do auditních zpráv. Žalobce doplňuje, že ředitele odboru Auditní orgán (v té době pan Ing. [redacted]) zmocňuje k pověření auditorského týmu k vykonání auditu operace ministr financí. Žalobce zdůrazňuje, že pozice náměstka min. financí je funkcí politickou, tudíž jeho pohnutky žalobci nebyly a ani nemohly být známy. Vztah náměstka ministra financí a ředitele odboru Auditní orgán není možné jednoznačně ověřit. Nelze však vyloučit, že náměstek mohl v teoretické rovině zasáhnout. Vnitřní předpisy ministerstva nejsou žalobci známy, jelikož nejsou veřejné. Žalobce si je vědom rozsáhlé judikatury NSS a Ústavního soudu k této problematice. V této optice žalobce apeluje na principiální pohled, zejména na dodržení základních zásad spravedlivého řízení jako zásada „nemo iudex in causa sua“. Ve sporu mezi dvěma subjekty musí vždy rozhodovat nezávislý třetí subjekt.

(17) Právní úprava § 77 daňového řádu vychází dle názoru žalobce z toho, že úřední osoby nemají mít na vyřízení jiný zájem než ten, aby postupovaly zákonně, avšak nebezpečí ovlivnění nežádoucím vztahem je třeba aktivně preventivně předcházet, tak aby k němu pokud možno nikdy nedošlo, a proto mohou nastat situace, že v některých případech bude z výkonu pravomoci v konkrétní věci vyloučena i ta úřední osoba, o níž není ani

zdaleka jisté, že u ní nežádoucí vztah existuje. Daňový řád nevyžaduje jistotu ani přiměřenou pravděpodobnost existence nežádoucího vztahu, postačí, jestliže o nepodjatosti lze pochybovat (Rozsudek NSS ze dne 27. 11. 2012 č. j. 1 As 19/2010-106).

(18) Žalobce dále spatřuje nezákonnost napadeného rozsudku v tom, že Auditní orgán a následně žalovaný neodborně hodnotil kvalifikační předpoklady nastavené žalobcem z pohledu druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Odkaz na doporučující dokument Ministerstva dopravy – Odboru infrastruktury s názvem „Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací“, kapitola 7 „Hutněné asfaltové vrstvy“, bod 7.3.2.1. „Obalovna asfaltových směsí“, který doporučuje minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice na 120 tun/hod., považuje žalovaný, kterému krajský soud přisvědčuje, za rozhodující argument proto, aby mohl tvrdit, že se jedná o nepřiměřený kvalifikační předpoklad. Žalobce nastavil tak, aby uchazeč disponoval dvěma obalovnami živých směsí, přičemž součet výkonů těchto obaloven bude činit minimálně 350 t/hod., a dále nejméně dvěma výrobními betonových směsí ve vzdálenosti do 40 km od místa plnění veřejné zakázky. Normy ČSN nestanovují přesný výkon obaloven. Požadavky na obalovny by tedy měly vycházet z odborných technických požadavků zadavatele na kvalitu díla. Názor, že takto nastavené kritérium je nadhodnocené a pro zakázku takového rozsahu je dostatečná obalovna o výkonu cca 120 tun/ hod., považuje žalobce za spekulativní, jelikož vychází pouze z doporučujícího dokumentu Ministerstva dopravy, nikoliv obecně závazného právního předpisu. Samo Ministerstvo dopravy označuje dokument „Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací“ pouze za pracovní pomůcku, nikoliv za závazný dokument. Požadované kvalifikační předpoklady mohly účastníci naplnit prostřednictvím 11 dostupných obaloven. Daný požadavek byl tedy plně odůvodněn druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění veřejné zakázky, což dokládá i fakt, že k této veřejné zakázce bylo přijato 5 nabídek, přičemž jedna z nich byla vyřazena.

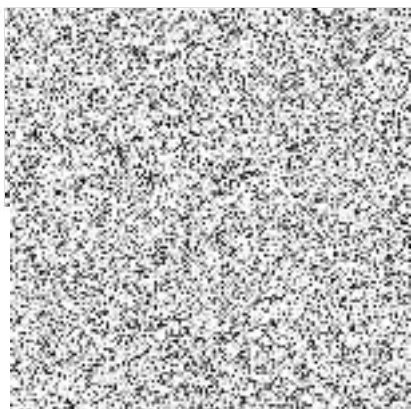
(19) Žalobce připomíná, že pokládka asfaltových vrstev je vysoce odbornou činností zhotovitele staveb, které vyžaduje speciální vybavení. Dle technických norem se během pokládky musí provádět i odborné zkoušky asfaltové směsi, jestli odpovídá požadovaným technickým parametrům. Krajský soud uznal argumentaci žalovaného, která vychází z jednoho doporučujícího dokumentu Ministerstva dopravy, který navíc hovoří pouze o minimální hranici pro výkon obalovny. Dle tohoto dokumentu musí obalovna asfaltových směsí mít takovou hodinovou kapacitu výroby, aby byla umožněna nepřerušovaná, plynulá pokládka. Až v následující větě se v dokumentu hovoří o tom, kolik je minimální kapacita obalovny.

(20) Dle judikátů NSS (rozsudek 1 Afs 69/2012-55) by doložení dokladů o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí mělo být odůvodněno jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele. Žalobce ve fázi zadání VZ (tedy časově 3 roky před vydáním posledně zmíněného rozsudku) dospěl k názoru, že asfaltová vrstva je na stavbě charakteru komunikace pro něj tou nejdůležitější, neboť na její kvalitě nejvíce závisí budoucí užívání díla. Proto se žalobce rozhodl podmínky zadávací dokumentace soustředit především na tuto část projektu, jelikož považuje asfaltovou vrstvu za velmi důležitou. Žalobce je toho názoru, že důležitost části předmětu veřejné zakázky nelze odvozovat pouze matematicky podle procent z celkového rozpočtu. Ze strany žalobce se jednalo zcela nepochybně o požadavek v souladu s jeho oprávněnými zájmy a potřebami, a to s ohledem na potřebu ověřit schopnost dodavatele zajistit si obalovanou směs v dostatečné kvalitě, a to právě s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem dané věci. Žalobce zároveň postupoval v legitimní oprávněné důvěře v právo potvrzené rozhodovací praxí a judikaturou, přičemž tento princip aplikoval s ohledem na technickou opodstatněnost daného kvalifikačního požadavku.

(21) Jestliže tedy měl zadavatel (žalobce) postupovat při nastavení zadávací dokumentace s odborností ve vztahu k těmto kvalifikačním požadavkům, měl žalovaný při posuzování přiměřenosti a odůvodněnosti kritéria postupovat se stejnou odborností. Žalobce zastává názor, že živičné vrstvy zachycující dynamické a statické zatížení z dopravního provozu významně ovlivňují kvalitu a životnost celého díla, a proto byl nastaven požadavek na obalovnu ve výše uvedených parametrech. Žalovaný (Ministerstvo financí) nedoložil odbornou argumentaci o tom, že tento požadavek je nepřiměřený. Odkazem na doporučující dokument se žalovaný s tvrzením nepřiměřenosti vypořádal nedostatečně. Krajský soud měl s ohledem na tento stav zrušit Rozhodnutí Ministerstva financí České republiky ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6 pro nezákonnost a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

V.

Z těchto důvodů žalobce navrhuje, aby kasační soud po projednání jeho kasační stížnosti napadený rozsudek zrušil a přiznal žalobci právo na náhradu nákladů řízení.



Doložka konverze do dokumentu obsaženého v datové zprávě

Tento dokument, který vznikl převedením vstupu v listinné podobě do podoby elektronické pod poradovým číslem **121206847-266238-190809113823**, skládající se z **6** listů, se doslovně shoduje s obsahem vstupu.

Zajišťovací prvek: **bez zajišťovacího prvku**

Jméno a příjmení osoby, která konverzi provedla: **Miriam Čerchlová**

Vystavil: **Moravskoslezský kraj**

Pracoviště: **Moravskoslezský kraj**

Ostrava dne **09.08.2019**



121206847-266238-190809113823