



## JANA ZWYRTEK HAMPLOVÁ

advokátní kancelář pro samosprávu

**Sídlo:** Olomoucká 36, 78985 Mohelnice

**Telefon:** 583453026, 724882780 - sekretariát

**E-mail:** sekretariat@hamplova.cz

**Datová schránka:** u7pft7s

**www.hamplova.cz**

**IČ:** 43989667

**DIČ:** CZ 6555182480

**ČAK:** 3049

Nejvyšší správní soud

Moravské nám. 6

657 40 Brno-střed

Mohelnice 10. března 2022

K č.j.

NOVÉ

**Žalobce:**

**Město Hrádek nad Nisou**

IČ: 00262854

Městský úřad, Horní náměstí 73, 46334 Hrádek nad Nisou

Zastoupeno: Josef Horinka, starosta obce

*Právně zastoupeno Mgr. Janou Zwyrtkem Hamplovou,*

*advokátkou se sídlem Olomoucká 36, 78985 Mohelnice*

**Žalovaný:**

**Ministerstvo financí**

Letenská 15, 118 10 Praha 1

**Věc:**

**KASAČNÍ STÍŽNOST proti rozsudku KS Hradec Králové č. j. 31 Af 8/2020 o správní žalobě proti rozhodnutí č.j. MF-50223/2015/1203-4 ze dne 6.1.2020, kterým bylo na základě odvolání žalobce změněn Platební výměr na odvod č. 18/2015, č.j. RRSV 11258/2015 ze dne 26.8.2015 (snížení částky nařízeného odvodu z 5.129.591,- Kč na 2.564.796,- Kč)**

**Přílohy:**

Plná moc

Rozsudek KS Hradec Králové č. j. 31 Af 8/2020

Žalobní návrh

Podáváme proti rozhodnutí krajského soudu tuto kasační stížnost s tím, že se v ní vyjadřujeme zejména k hodnocení krajského soudu k jednotlivým otázkám, když se s hodnocení soudu (který o věci vedl i neformalistické jednání, což kvitujeme kladně) neztotožňujeme.

Pokud žalovaný konstatoval, že žalobce znemožnil uvedeným vymezením minimální úrovně kvalifikačního předpokladu některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, neboť požadovaná úroveň technické způsobilosti byla zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, tak uvádíme, že cílem žalobce nebylo omezit veřejnou soutěž, resp. podmínky byly zvoleny proto, aby veřejná zakázka proběhla bez problémů, zejména bez ohrožení termínů. Pokud se krajský soud se ztotožnil s hodnocením žalovaného, že požadavek na vlastnictví či smluvní zajištění obalovny lze akceptovat pouze v takových případech, kdy je odůvodněn legitimními ekonomickými zájmy zadavatele, že obalovaná směs zjevně nebyla pro realizaci tohoto projektu dominantním materiálem, pak je tato úvaha nesprávná. I materiál, který není dominantní, může ohrozit výstavbu, je-li pro danou stavbu podstatný. Nejde tedy o rozsah a množství materiálu, ale o jeho nezbytnost a nezastupitelnost při realizaci projektu. Odmítáme tedy úvahu, že podmínkou může být jen dostupnost materiálu, kterého je na stavbě „hodně“, zatímco podobnou podmínkou nelze podmínit to, čeho není potřeba tolik, ale je pro stavbu nezbytné. Tato úvaha je příliš schematická, a sama o sobě nepostačuje. Počet účastníků navíc vylučuje významnější omezení soutěže, a podotýkáme, že zákon o zadávání veřejných zakázek nemá cíl dosáhnout toho, aby se každé zakázky musel nutně účastnit velký počet uchazečů, ale má zabránit přímému netransparentnímu zadávání, a umožnit rovnou soutěž těch, kteří splní podmínky zadavatele. Zadavatel má pak své nezadatelné právo tyto podmínky si stanovit, a nelze mu vnucovat jiné úvahy, když jeho úvahy dávají logiku a smysl.

Pokud soud uvádí, že *„Žalobce argumentoval tím, že podmínky na trhu dodávek z obaloven jsou specifické, neboť vlastníci či provozovatelé obaloven jsou zpravidla současně dodavateli dopravních staveb a obalovnu provozují právě kvůli svým vlastním zakázkám. Směs pak vyrábějí přednostně pro vlastní zakázky a teprve poté prodávají volnou kapacitu jiným odběratelům. Při plném vytižení obaloven se i na malou dodávku může čekat delší dobu, což může ohrozit stavbu jako celek. Žalobce, znalý regionálních problémů, viděl právě v dodávce obalové směsi nebezpečí. Uvedená argumentace však zůstala v rovině tvrzení a není ničím podložena“*, tak nad rámcem zákona o veřejných zakázkách je požadavek na to, aby město jako jednotka územní samosprávy, znalá místních poměrů, musela dokazovat, že „nelže“, když používá znalosti ze své činnosti a svého regionu, tedy chtít po městě podložit tuto svou osobní znalost není možné vyžadovat ani očekávat. Jednotky místní samosprávy jako místní autority znají poměry ve svých regionech nejlépe, a chtít po nich v tomto směru důkazy je nepatřičné. Naopak – svědectví zástupců samosprávy u soudů se považuje primárně jako svědectví s presumovanou správností, není-li prokázán opak.

Pokud tedy město znalé jako jednotka územní samosprávy místních regionálních poměrů dalo takovou podmínku, která zajišťovala materiál nutné pro akci samotnou, aby nebyl ohrožen termín apod., jednalo zcela po právu v rámci své samostatné působnosti a vedeno svou samosprávnou úvahou.

Za velmi spornou úvahu krajského soudu pak považujeme tuto:

*„Soud rozumí snaze žalobce eliminovat riziko pozdního plnění ze strany dodavatele, přisvědčuje však žalovanému, že nelze dosahovat tohoto cíle prostřednictvím diskriminačního požadavku na vlastnictví nebo smluvní zajištění obalovny. Uvedeného cíle lze efektivně dosáhnout i jinými způsoby, typicky požadavkem na uvedení referenčních zakázek. Na tomto závěru namůže nic změnit ani skutečnost, že případný odvod za porušení rozpočtové kázně by v případě nesplnění termínu realizace stavby postihl žalobce coby příjemce dotace. Na žalobci tak bylo, aby si nastavil v odpovídající výši sankce ve smlouvě o dílo, kterou uzavíral s dodavatelem stavby.“*

Soud ve své podstatě říká, že to, aby se jiné firmy mohly ucházet o danou zakázku i bez splnění oné jím stanovené podmínky má riskovat on sám, resp. klade se na něho požadavek, aby on si zjišťoval sám, zda je firma věrohodná a plní termíny, a na tyto reference se spolehl, a případné své vlastní postihy za nesplnění termínu si, opět sám, zajistil ve smlouvách a sankcích.

Tato úvaha není podle našeho názoru správná. Nelze komplikovat situaci zadavateli jen proto, aby se zakázky mohlo účastnit více firem, a na zadavatel přenášet rizika spojená v daném případě s tím, že firma nebude mít operativně zajištěn požadovaný materiál. Žalovaný a soud ve své podstatě říkají, že žalobce musí sám riskovat a tento risk si ošetřit smluvními podmínkami s dodavatelem zakázky.

S tímto naprosto nesouhlasíme – tvrdíme, že danou podmínkou si má žalobce jako zadavatel právo vytvořit si jistoty pro průběh zakázky, jaké uzná za vhodné, pokud tím nevyloučí či výrazně a nedůvodně neomezí soutěž, což se v daném případě nestalo. Nelze po něm žádat, aby od podmínky upustil, riskoval a tento risk si eliminoval jinak.

Pokud soud uvádí, že *„Nedůvodná je také námitka, podle níž nebyl nikdo reálně diskriminován, neboť správce daně neprokázal, že by stanovený předpoklad znemožnil některému z možných uchazečů o zakázku podání nabídky. Podle ustálené výkladové praxe totiž pouhá potencialita ovlivnění výběru dodavatele naplňuje porušení zákona. Přijmout opačný přístup by znamenalo, že by právní úprava veřejných zakázek byla v praxi nevymahatelná,“* ani s tím, nemůžeme přes rozsáhlou znalost judikatury, souhlasit.

Potencialita, tedy hypotetické omezení soutěže, je pojem, který je ve vztahu k zadavatelům snadno zneužitelný, a také se tak v praxi často děje. O svá práva se mají ale především brát sami uchazeči o zakázku, a proti podmínkám vznést námitky či podnět ÚOHS. Pokud by zde byly námitky apod, byl by to onen důkaz o možném omezení soutěže, ale pokud proti podmínkám nikdo neprotestoval, přesto, že zadání zakázky je veřejné, nelze bránit zájmy hypotetických subjektů, které samy neučinily nic, a na tomto základě zadavatele sankcionovat odvodem.

„Stát“ tak zde brání zájmy neexistujících subjektů a jejich hypotetickou diskriminaci, když žádný takový subjekt se reálně nevyskytl, neboť vzal podmínky za dané. O svá práva se má hájit dotčený subjekt, nikoli za něco újmu konstatovat bez jeho vlastní aktivity stát, a zneužívat toho jako záminku k získání část dotace zpět.

Trváme současně na tom, že v daném případě nelze využívat judikaturu vynesenu až následně, tedy nesouhlasíme s výkladem incidentní retrospektivy ze strany soudu.

Trváme tedy na tom, že zadavatel měl právo dát si danou podmínku, že jeho motivy byly jiné, než aby nedůvodně omezil soutěž, ale dobře a včas a kvalitně splnil danou zakázku. Nelze na zadavatele přenášet rizika dodavatelů, resp. nelze mu zakazovat tato rizika eliminovat, když jde o jednotku místní samosprávy znalou věci. Tuto její místní znalost nelze požadovat dokládat a dokazovat. V ostatním odkazujeme na obsah správní žaloby.

Zastáváme tedy názor, že odvod je nedůvodný, a žádáme NSS ČR, aby přihlédl k naší právní argumentaci, a rozhodnutí krajského soudu změnil tak, že

#### **I. rozsudek soudu prvního stupně se mění tak, že**

- 1) Rozhodnutí žalovaného č.j. MF-50223/2015/1203-4 ze dne 6.1.2020, kterým byl na základě odvolání žalobce změněn Platební výměr na odvod č. 18/2015, č.j. RRSV 11258/2015 ze dne 26.8.2015, se ruší.
- 2) Platební výměr vydaný Úřadem Regionální rady soudržnosti Severovýchod č. 18/2015 č.j. RRSV 11258/2015 ze dne 26. 8. 2015 se ruší a řízení se zastavuje.
- 3) Žalovaný je povinen uhradit žalobci náhradu nákladů řízení, a to soudní poplatek, náhradu za právní zastoupení dle vyhl. 177/1996 Sb. Sb., a to čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava, konzultace s klientem, sepis správní žaloby, soudní jednání), a čtyři režijní paušály, plus DPH.

in eventum **se ruší** a vrací se KS Hradec Králové k novému projednání

#### **II.**

Žalovaný je povinen uhradit žalobci náhradu nákladů řízení u NSS ČR, a to soudní poplatek, náhradu za právní zastoupení dle vyhl. 177/1996 Sb. Sb., a to jeden úkony právní služby (sepis kasační stížnosti, plus DPH).

**Město Hrádek nad Nisou**

v.z.

Mgr. Jana Zwyrtek Hamplová  
advokátka