



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

Krajský soud v Hradci Králové
Československé armády 218
502 08 Hradec Králové

Mohelnice 25. května 2020

K č.j. 31 Af 8/2020

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 Zwyrtkovou Hamplovou*
advokátkou se sídlem Olomoucká 36, 78985 Mohelnice

Žalovaný: **Ministerstvo financí**
Letenská 15, 118 10 Praha 1

Věc: **SPRÁVNÍ ŽALOBA**
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)

Procesní podání: **REPLIKA k vyjádření žalovaného**

Přílohy: -

Poskytujeme tímto soudu repliku k vyjádření žalovaného, když důvodem je zejména hospodárnost řízení.

Žalovaný obhájí nadále názor, že došlo ke skryté diskriminaci některých uchazečů tím, že žalobce měl určitý nárok vztahující se ke zvoleným postupům žalobce, tedy nadále obhájí tvrzení správce daně, že důvodem porušení rozpočtové kázně je porušení § 6 (zákaz diskriminace) a § 56 odst. 7 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“).

Žalovaný nadále odmítá tento názor jako **názor vytvořený ex post**, tedy názor, který nemohl nijak předpokládat, když jeho motivem ke zvoleným postupům bylo dosažení kvality dodávky a odpovědnost dodavatele za tuto kvalitu. Dosáhnout kvality nelze jinak než tak, že na případné dodavatele budou kladeny konkrétní podmínky, a je to plné právo toho, kdo zakázku zadává, a má o ní pochopitelně ty nejpřesnější představy. Zadavateli nemůže nikdo „diktovat“, obzvláště ne ex post, jaké měl mít ve vztahu ke kvalitě dodávky představy, a jaké si měl stanovit podmínky, nejedná-li se současně o exces viditelný každé třetí osobě. Podmínky, které si stanovil žalobce, však žádným excesem rozhodně nebyly, a motivy byly plně v souladu se stavbou právnické osoby veřejného práva, totiž na smysluplné vynaložení finančních prostředků dobrému dodavateli.

Žalobce tedy trvá na tom, že se nedopustil žádné skryté diskriminace, pokud stanovil pro dané dílo zcela pochopitelný technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ spočívající v požadavku, aby uchazeči v nabídce uvedli obalovny, z nichž budou odebrat balenou směs, včetně jejich kapacit a vzdáleností, a na to navazující vymezení minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ spočívajícího v kapacitě obalovny 60 t/hod. a zajištění této kapacity dokladem o vlastnictví obalovny nebo smlouvou, resp. smlouvou o smlouvě budoucí na dodávku z obalovny (dále jen „smlouva s obalovnou“). Kdyby totiž tento předpoklad neměl dodavatel zajištěn, mohlo by dojít ke skluzu stavby, a nesplnění termínu je velmi závažné porušení dotačních podmínek. Motivem pro stanovení daného požadavku tedy nebylo v žádném případě omezit ostatní uchazeče, ale dosáhnout toho, aby se přihlásili jen ti, kteří mají dané možnosti, a jsou tak schopni splnit závazné termíny.

Pokud žalobce postupuje tak, a má i tento jasný motiv, aby dotované dílo bylo dokončeno včas, nelze stanovení podmínek, které to mají zaručit, vydávat za diskriminační, ale naopak za podmínky vedoucí k řádnému splnění díla. Jako takové by měly být oceněny, protože jejich stanovení je naopak odpovědný přístup, a ne sankcionovány. Naopak z citace údajně porušených ustanovení ZVZ dovozujeme, že správce daně neshledal v postupu odvolatele porušení ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ, tudíž zřejmě neshledal jako nezákonný požadavek odvolatele uvést v nabídce uchazeče seznam obaloven, jejich kapacit a dojezdových a časových vzdáleností od místa plnění.

Je to logické, neboť samotný požadavek na uvedení seznamu obaloven a jejich parametrů není totiž není a nemůže být nijak diskriminační, neboť každý uchazeč by měl vědět už v okamžiku podání nabídky, s kterými obalovnými chce spolupracovat, a měl by znát jejich kapacity a vzdálenosti od místa plnění. V opačném případě by jeho nabídka byla teoretická, nikoli praktická, a její výběr by mohlo výrazně poškodit zadavatele, tedy žalobce – a to v obou základních pilířích – v kvalitě díla a ve splnění termínu díla. Z tohoto logickým i obsahového výkladu jsme dovodili, že správce daně považuje za důvod skryté diskriminace pouze nepřiměřené nastavení minimální úrovně takto stanoveného technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti zakázky, tak jak to ukládá § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ, přičemž tuto nepřiměřenost nastavení minimální úrovně spatřuje správce daně v povinnosti uchazeče doložit smlouvy s obalovnými, které uvedl v seznamu obaloven. Z toho pak správce daně svou úvahou dovedl, že takto stanovený kvalifikační předpoklad byl projevem skryté formy nepřiměřené diskriminace, neboť jeho zakotvení mohlo znemožnit (potencionálně) některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku. V kontrolní zprávě dokonce uvedl, že skrytá forma nepřiměřené diskriminace spočívala v tom, že zadavatel stanoveným kvalifikačním předpokladem znemožnil (tedy fakticky a konkrétně) některým dodavatelům ucházet se o zakázku. To ale nebylo možné, protože kdo se chtěl o danou zakázku s vážností ucházet, tyto věci musel mít zajištěny.

Pokud tedy ve vyjádření uvádí žalovaný, že předmětem zakázky byla rekonstrukce historického náměstí, nikoli však samotná dodávky obalové směsi, je to zavádějící tvrzení. To proto, dodávka obalové směsi je jedna z klíčových, a proto je nutno chápat snahu žalobce pojistit danou podmínkou právě tuto oblast. Žalovaný de facto žádá něco „neuvěřitelného“, když uvádí, že „*je především na uchazečích o veřejnou zakázku, aby uvážili své možnosti dodržet požadovanou kvalitu díla před tím, než se soutěže zúčastní*“.

Tím posouvá žalovaný žalobce jako jednotku územní samosprávy proti její vůli do zcela pasivní role (navíc ex post, tedy tuto úvahu nemohli žalobce ani předpokládat), která by měla dle žalovaného spočívat v tom, že starost o kvalitu díla a termín jeho dodání má být čistě na dodavateli a jeho uvážení, tedy žalobce to má nechat „osudu“ a údajně rozumné úvaze uchazeče, tedy ten, v jehož prospěch se dílo buduje, a v daném případě je to stěžejní dílo dotýkající se centra města, má vyčkávat, zda dodavatel, který soupeří o zadání, bude mít zdravý úsudek a vše řádně zajištěno. Podobná lehkomyšlnost ze strany zadavatele však není nikdy na místě, protože uchazeči, aby získali zakázku, jsou schopni zamlčet i důležité okolnosti jen proto, aby zakázku získali, a problémy řeší až následně.

Chcít prokázat tvrzené, tedy že materiál na rekonstrukci mají uchazeči zajištěn, není tedy nic, co by mohlo uchazeče diskriminovat, byl-li jejich úsudek skutečně odpovědný.

Jinak řečeno žalobce chtěl prokazovat to, co prostě uchazeči zajištěno mít museli. Vše ostatní jsou jen teoretické věty, a vytváření porušení, které de facto ani nemohlo vzniknout.

Naopak – vyřadí z procesu ty subjekty, které by o zajištěných dodávkách neuváděly pravdu, protože bez předmětného materiálu by nemohly zakázku realizovat. Zastáváme názor, že ani poskytovatel dotace, ani správce daně, nemůže kárat a dokonce finančně postihovat subjekt, v jehož prospěch se dílo buduje, za to, že žádá od uchazečů odpovědný přístup, že žádá jistoty v podobě požadovaných záruk, ale měl by k tomu přistoupit právě naopak – správce daně by měl podobný přístup zajišťující kvalitu díla a termíny splnění díla hodnotit jako vysoce uvážlivý a správný. Sám žalovaný se usvědčuje ve svém vyjádření z toho, že s touto myšlenkou souhlasí, když uvádí na straně 5 první odstavce, že již z předmětu zakázky je zřejmé, že bez zajištění směsi nelze některé prvky zakázky realizovat. To ve svém důsledku znamená, že pokud to tak skutečně bylo, a ono to tak bylo, požadavek na to, aby prokázali uchazeči, že mají materiál na tyto prvky zajištěn, nemohlo vůbec žádnou diskriminaci způsobit, protože to museli mít zajištěno všichni, kdo svou nabídku mysleli vážně.

To, že to chtěl žalobce jako zadavatel doložit, bylo jeho nezadatelné právo, a nikdo mu nemůže bránit eliminovat předem možné důvody zastavení stavby apod., protože on je tím, který by následně na posun termínu doplatil, a to i ve vztahu k poskytnuté dotaci.

Na tomto nic nemění fakt o procentech, které uvádí žalovaný. Žalobce, znalý regionálních problémů, viděl právě v dodávce obalové směsi nebezpečí, protože zná potřeby s dodávkami ze své vlastní činnosti jednotky územní samosprávy. Měl proto své důvody k tomu, aby chtěl prokázat právě tuto okolnost, a nelze mu do jeho vůle takto zpětně zasahovat, a za snahu o dobré splnění všeho ho ještě sankcionovat. Motivem nebylo nic jiného, než kvalitní a včasná dodávka rozsáhlého díla, které na této údajné maličkosti mohlo skončit negativně.

Připomínáme, že úvaha je pouze teoretická. Tyto závěry správce daně v odůvodnění platebního výběru ani v protokolu o kontrole nijak neprokázal (ač má obdobně jako v případech soudního řízení povinnost tvrzení a povinnost důkazní); v protokolu o kontrole pouze formálně uvedl že přihlédl k relevantní judikatuře.

Nadále trváme i na procesním pochybení, které bylo popsáno v žalobním návrhu, kdy v době podání námítek neměl žalobce de facto povědomost o tom, co se mu zaslívá, když on považuje své jednání naopak za vysoce odpovědné zejména k termínům plnění zakázky (bez obalového materiálu by k dokončení nemohlo dojít).

Nebyl rovněž předložen žádný konkrétní důkaz, který by prokázal, že stanovený předpoklad znemožnil některému z možných uchazečů o zakázku podat svoji nabídku kvůli tomu, že s ním odmítli provozovatelé uzavřít smlouvu s obalovnou, tedy veškeré dané závěry a správní uvážení se pohybují v rovině hypotetických spekulací. Na nich ale nelze v žádném případě stavět ukládání sankcí. Skutečně pouhé tvrzení, že „by se to mohlo stát“, nelze za důkaz správnosti tohoto tvrzení považovat, protože to není de facto tvrzení, ale hypotetická, ničím nepodložená úvaha.

Nelze ukládat tak vysoké sankce za současné absence jakéhokoli důkazu, tedy nelze ukládat sankce jen na základě domněnek a fikcí správce daně či žalovaného. **Žádný z uchazečů ani z potencionálních uchazečů nevznesl proto danému požadavku jakékoli výhrady.**

Citované rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou však posouzením konkrétních případů (judikáty), proto výsledky řízení v konkrétních případech nelze mechanicky použít na jiné, byť obdobné kauzy. Připomínáme, že v posuzované zakázce se nikdo dotčený neozval, tedy nikdo proti nastaveným kritériím neprotestoval, a tak nelze tvrdit, že podmínky někoho poškodily. Jak jsme uvedli již v žalobním návrhu, citované rozsudky jsou odlišné

- a) existencí iniciátorů přezkumného řízení z řad uchazečů o zakázku
- b) tím, že šlo o aktuálně řešenou zakázku, nikoli o zpětnou kontrolu s odstupem několika let, jako je tomu v našem případě

Trváme na tom, že nelze odkazovat na judikáty, které byly rozhodnuty několik let poté, kdy byla zadávací dokumentace zpracována a zadávací řízení skončeno. V daném případě bylo zadávací řízení zahájeno dne 10. 8. 2009 a zadávací dokumentace byla dokonce zpracována ještě před tímto datem. Naopak až s velkým odstupem po tomto datu vydal NSS rozsudky, na něž se absurdně odvolává správce daně a žalovaný, a to 20. 12. 2012, 28. 3. 2012 a 27. 6. 2013 (viz výše citace rozsudků). Je to přístup, jako by tyto rozsudky měl znát žalobce ještě předtím, než byly vyneseny, tedy v době, kdy řešil danou zakázku. Aplikovat tyto rozsudky na posouzení nezákonnosti zadávacího řízení vyhlášeného dříve objektivně nelze – v tu dobu ještě neexistovaly, nemohly být proto pro žalobce zdrojem informací, i kdyby svůj záměr stanovit dané podmínky chtěl s judikaturou konfrontovat.

Judikatura tedy dané výklady formulovala až poté, co je jednání v údajném rozporu s nimi žalobci vytýkáno. I kdyby ne, zastáváme názor, že žalobce měl plné právo v zájmu jemu dodávaného díla učinit vše, aby zajistil kvalitu a včasné dodání, a nelze mu zpětně měnit jeho projev vůle tak, jako se to stalo při napadané kontrole jen kvůli akademickým úvahám založeným na mechanické aplikaci zákona.

Zde připomínáme v žalobě citované rozhodnutí předsedy ÚOHS o rozkladu ze dne 7. 10. 2010 č.j. ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310/JSI, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí ze dne 21. 6. 2010 č.j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe vydané v prvním stupni.

To znamená, že ještě rok po zahájení zadávacího řízení žalobcem zastával ÚOHS jako zákonem stanovený správní orgán k ochraně hospodářské soutěže pevný právní názor, že stanovení podmínky předložit smlouvu o smlouvě budoucí s obalovnou není v konkrétní zakázce nepřiměřené, a že namítající uchazeč nebyl diskriminován. Tento svůj právní názor dokonce bránil před NSS, když sám podal kasační stížnost, což není v případě ÚOHS až tak obvyklé.

Z pohledu žalobce jako adresáta veřejné správy, pro kterého má být právo předvídatelné, tak vzniká zvláštní situace, kdy ještě 7. 10. 2010 byla jím zpracovaná zadávací dokumentace podle pravomocného správního rozhodnutí ÚOHS v souladu se ZVZ, aby se dle tvrzení správce daně o dva roky později, tj. 20. 12. 2012 dostala tatáž dokumentace se stejným zákonem do rozporu.

Pokud dále uvádí žalovaný, že jeho úvaha byla komplexní, a na jejím základě došel k předmětným závěrům, je nutno dodat, že tato úvaha zasahuje nepřiměřeně do práv žalobce jako jednotky územní samosprávy, není v souladu s judikaturou, která se uplatňovala v aktuální době zadávání zakázky, naopak opírá se až o judikaturu několik let poté, a navíc za situace, kdy si nikdo z uchazečů na postup žalobce nestěžoval.

Ex post se tak vytváří „umělá“ teorie o nějakém porušení, a to i přesto, že dílo bylo odvedeno zcela řádně a včas, nikdo si na postup žalobce nestěžoval, a v době realizace díla byly podmínky, které si stanovil i žalobce zcela běžné, a ÚOHS přijímané.

Zastáváme názor, že ze všech důvodů popsaných v žalobním návrhu a nyní v této replice rozvedených nemůže rozhodnutí žalovaného obstát, má-li být spravedlivé a odpovídající platné právní úpravě i konkrétnímu případu.

Proto žádáme, aby žalobě bylo vyhověno – nárok žalovaného nemá přímou oporu ani v zákoně, nemá nepřímou oporu ani v judikatuře, časově je navíc právní úvaha žalovaného s judikaturou v rozporu, nebylo prokázáno ani tvrzeno jakékoli konkrétní omezení konkrétního subjektu, vše se pohybuje jen v rovině teoretických a hypotetických úvah, navíc s odstupem několika let.

V ostatním odkazujeme na náš žalobní návrh.

Město Hrádek nad Nisou

v.z.

Mgr. Jana Zwyrtek Hamplová
advokátka



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

Krajský soud Liberec

U Soudu 540/3

460 01 Liberec

Mohelnice 15. ledna 2020

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 Zwyrtkovou Hamplovou,

advokátkou se sídlem Olomoucká 36, 78985 Mohelnice

Žalovaný:

Ministerstvo financí

Letenská 15, 118 10 Praha 1

Věc:

SPRÁVNÍ ŽALOBA

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

Dle textu

I.

Na základě Výzvy k vrácení dotace dotčené nesrovnalostí ze dne 30.7.2015, jež byla adresována žalobci na základě výsledku administrativní kontroly č. LB/0541/EP/A/PRK/01, měl žalobce uhradit do 20 kalendářních dnů po doručení dané výzvy na účet poskytovatele dotace Regionální rady regionu soudržnosti Severovýchod částku dotace, která byla dle tvrzení kontrolního orgánu dotčena nesrovnalostí, tedy částku **5 158 554,51 Kč**.

Žalobce s tímto nesouhlasil, částku neuhradil, a proto byl vydán Platební výměr na danou částku, konkrétně pak Platební výměr na odvod č. 18/2015, č.j. RRSV 11258/2015 ze dne 26.8.2015, který příkazoval uhradit za porušení rozpočtové kázně 5.129.591,- Kč.

Proti danému Platebnímu výměru podal žalobce odvolání, o kterém bylo rozhodnuto žalovaným tak, že došlo ke snížení odvodu o 50% původně nařízeného odvodu, tedy na částku 2.564.796,- Kč, což představuje 5% poskytnuté dotace, což je v současné výkladové praxi minimální sankční postih příjemce dotace. **Žalobce má však za to, že se žádného porušení rozpočtové kázně nedopustil, že ani tuto částku není proto povinen hradit, a že napadené rozhodnutí je nezákonné.**

To ostatně vyplývá ze všech podání žalobce, který nepromarnil žádnou procesní fázi své obrany, a své argumenty vyjádřil již v námitkách proti kontrolním zjištěním (které však byly odmítnuty).

Z tohoto důvodu žádáme v této věci soudní přezkum v rámci této správní žaloby.

Důkaz:

- *Protokol o kontrole*
- *Námítky proti kontrolním zjištěním*
- *Vyřízení námitek žalobce*
- *Výzva k úhradě*
- *Platební výměr*
- *Odvolání žalobce*
- *Rozhodnutí o odvolání*

II.

K podání správní žaloby nás vede mimo dále uvedených skutečností a právní argumentace fakt, že už **samotné určení odvodu se vyznačuje vysoce subjektivním hodnocením v rámci správního uvážení**, což dokládá snížení nařízeného odvodu o 50%, a to za zcela stejné skutkové situace (současně v původním protokolu činil očekávaný odvod 51.324.867 Kč s možností jeho snížení o 90 % až na základě dalšího řízení o prominutí odvodu).

Tedy pokud jeden správní úředník dojde k odvodu 51.324.867 Kč, druhý pak k odvodu 10% poskytnuté dotace, a úředník odvolacího orgánu (třetí správní uvážení v řadě) tuto částku sníží (opět v režimu volného správního uvážení), na 50%, tedy s částkou se volně nakládá v rozsahu desítek milionů nebo milionů, a to za zcela shodného právního stavu, **dokládá to vysokou míru subjektivity v rozhodování bez jakékoli právní relevance**, která by rozmezí správního uvážení a jeho konečný „verdikt“ logicky odůvodňovala. Dále **sama délka správního řízení**, kdy je rozhodováno o odvolání v řádu let, narušuje pojem obecné spravedlnosti a předvídatelnosti rozhodování správních orgánů, tedy i žalovaného; na předvídatelnost má adresát veřejné správy právo. Zásah do rozpočtu žalobce s takovým odstupem doby je sám o sobě z našeho pohledu nesprávným úředním postupem, a mělo by k tomu být takto přihlíženo. Zde to však nebude nutné, protože existuje řada dalších důvodů, o které se může žalobce opřít.

III.

Rekapitulace předcházejícího řízení

Zejména pro potřeby krajského soudu rekapitulujeme, že pokud jde o zjištění kontrolního orgánu, platební výměr vystavil správce daně dle daňového řádu na základě výsledku administrativní kontroly č. LB/0541/EP/A/PRK/01 zahájené dne 1. 8. 2013 a dále podle § 22 odst. 8 a odst. 11 písm. b) zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů.

S výsledkem kontroly byl žalobce seznámen prostřednictvím protokolu o kontrole č.j. RRSV 2757/2015 ze dne 23. 2. 2015, a podal dopisem ze dne 11. 3. 2015 ve stanovené lhůtě námítky proti oběma kontrolním zjištěním č. 1 a č. 2 s tím, že

- a) u kontrolního zjištění č. 1 odvolatel uznal celou částku 31.312,75 Kč nezpůsobilých výdajů připadajících na toto zjištění a domáhal se pouze doplnění protokolu
- b) Naopak kontrolní zjištění č. 2 žalobce **v plném rozsahu odmítnul** jako nesprávné a nezákonné, což dostatečně prokázal, a toto plnění odmítá konstantně po celou dobu včetně tohoto žalobního návrhu.

Vyřízení námitek bylo žalobci doručeno 14. 7. 2015 a spolu s tím i **Dodatek k protokolu** č.j. 9402/2015 ze dne 8. 7. 2015, v němž správce daně (bez udání důvodu) změnil způsob stanovení výše odvodu, a to ve prospěch odvolatele. Zatímco v původním protokolu činil očekávaný odvod **51.324.867 Kč (!!!)** s možností jeho snížení o 90 % až na základě dalšího řízení o prominutí odvodu, v dodatku k protokolu bylo toto snížení promítnuto přímo do očekávané výše odvodu, takže jeho nová hodnota byla v dodatku stanovena na **5.158.555 Kč**. To mimo jiné dokládá **zcela nestandardní rozsah správního uvážení**, kdy se názor orgánů mění řádově až o desítky milionů za stejné skutkové situace.

Žalobce na výzvu správce daně k vrácení dotace ze dne 30. 7. 2015 vrátil část této dotace ve výši odpovídající kontrolnímu zjištění č. 1, tj. ve výši 28.964,29 Kč. **Zbývající část dotace 5.129.590,22 Kč odpovídající kontrolnímu zjištění č. 2 žalobce nevrátil, neboť se závěry správce daně nesouhlasil a rozhodl se využít opravných prostředků.**

Uvedenou částku následně správce daně v této výši (po zaokrouhlení) vyměřil platebním výměrem, proti kterému se žalobce odvolal. Následně bylo vydáno **rozhodnutí žalovaného, který daný odvod snížil na 50%** (opět za stejné skutkové situace); proti tomuto rozhodnutí směřuje tato správní žaloba.

IV.

Komplexní právní argumentace

Správce daně uvedl v odůvodnění platebního výměru, že důvodem porušení rozpočtové kázně je porušení § 6 (zákaz diskriminace) a § 56 odst. 7 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“).

Podle vysoce subjektivního názoru správce daně v rámci volného správního uvážení se měl žalobce dopustit skryté diskriminace, a to tím, že v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce stanovil technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ spočívající v požadavku, aby **uchazeči v nabídce uvedli obalovny, z nichž budou odebírat balenou směs, včetně jejich kapacit a vzdáleností**, a na to navazující vymezení minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ spočívajícího v kapacitě obalovny 60 t/hod. a zajištění této kapacity dokladem o vlastnictví obalovny nebo smlouvou, resp. smlouvou o smlouvě budoucí na dodávku z obalovny (dále jen „smlouva s obalovnou“). Naopak z citace porušených ustanovení ZVZ dovozujeme, že správce daně neshledal v postupu odvolatele porušení ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ, tudíž zřejmě neshledal jako nezákonný požadavek odvolatele uvést v nabídce uchazeče seznam obaloven, jejich kapacit a dojezdových a časových vzdáleností od místa plnění. Je to logické, neboť samotný požadavek na uvedení seznamu obaloven a jejich parametrů není totiž nijak diskriminační, neboť každý uchazeč by měl vědět už při podání nabídky, s kterými obalovnami chce spolupracovat, a měl by znát jejich kapacity a vzdálenosti od místa plnění. V opačném případě by jeho nabídka byla teoretická, nikoli praktická, a její výběr by mohlo výrazně poškodit zadavatele, tedy žalobce.

Z toho logickým i obsahovým výkladem dovozujeme, že správce daně považuje za důvod skryté diskriminace pouze **neprůměřené** nastavení minimální úrovně takto stanoveného technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti zakázky, tak jak to ukládá § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ.

Tuto nepřiměřenost nastavení minimální úrovně spatřuje správce daně v povinnosti uchazeče doložit smlouvy s obalovnými, které uvedl v seznamu obaloven. Z toho pak správce daně svou úvahou dovodil, že takto stanovený kvalifikační předpoklad byl projevem skryté formy nepřipustné diskriminace, neboť jeho zakotvení **možno znemožnit** (potencionálně) některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku. V kontrolní zprávě dokonce uvedl, že skrytá forma nepřipustné diskriminace spočívala v tom, že zadavatel stanoveným kvalifikačním předpokladem **znemožnil** (tedy fakticky a konkrétně) některým dodavatelům ucházet se o zakázku.

Tomu, že správce daně zastává názor, že odvolatel reálně zabránil některým dodavatelům ucházet se o zakázku, svědčí i uplatnění bodu 8 Přílohy č. 2 smlouvy o poskytnutí dotace, kde se ve sloupci „Popis porušení“ uvádí: „*Případy, kdy některé subjekty byly od podání nabídek odrazeny z důvodů nezákonných omezení stanovených v oznámení o zakázce nebo v příslušné zadávací dokumentaci (například povinnost mít v dané zemi nebo regionu sídlo nebo zástupce, stejně jako stanovení příliš specifických technických norem, které upřednostňují jeden subjekt, nebo požadavek mít zkušenosti v daném regionu atd.).*“

Žalobce však s těmito závěry správce daně kategoricky nesouhlasí, a to zejména proto, že tyto své závěry správce daně v odůvodnění platebního výběru ani v protokolu o kontrole nijak neprokázal (ač má obdobně jako v případě soudního řízení povinnost tvrzení a povinnost důkazní); v protokolu o kontrole pouze formálně uvedl že přihlédl k relevantní judikatuře a odkázal bez dalšího na tři rozsudky Nejvyššího správního soudu ČR (NSS), konkrétně pak na rozsudky

- č.j. 1 Afs 66/2012-64 ze dne 20. 12. 2012
- č.j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 3. 2013
- č.j. 1 Afs 20/2013-47 ze dne 27. 6. 2013.

Tyto zdroje své správní úvahy však nijak nespécifikoval, tedy konkrétní odůvodnění svých závěrů do této fáze správce daně neposkytl, tedy ve své podstatě **velmi ztížil žalobci formulaci námitek**, když ten mohl pouze „tušit“, ne vědět, jakým právním úvahám se má vlastně bránit. **I tento procesní postup považujeme za nezákonný.**

To, co měl učinit před podáním námitek, učinil naopak až v procesní fázi vyřízení námitek (!!!) ze dne 14. 7. 2015, kde podrobněji odůvodnil svá kontrolní zjištění, a to částečně citací uvedených judikátů a částečně jejich vlastní interpretací (vlastním výkladem).

Tento postup lze považovat za výrazně omezení až odepření práva žalobce podávat kvalifikované námítky proti důkazům prokazujícím kontrolní zjištění, neboť v kontrolní zprávě uvedeny nebyly, a k vyřízení námitek se již žalobce opakovaně či dodatečně vyjádřit nemohl.

Sám správce daně tak

- a) **nesplnil vlastní povinnosti** uložené mu v § 92 odst. 1 a 2 daňového řádu, a současně
- b) **neunesl důkazní břemeno** dle § 92 odst. 5 daňového řádu, neboť pro daný případ zadávací dokumentace a průběh veřejné zakázky nepředložil žádný důkaz, který by reálně prokázal nepřiměřenost stanoveného technického předpokladu a jeho zneužití v neprospěch přihlášených i nepřihlášených uchazečů. Přitom v důsledku svých neprokázaných tvrzení označil správce daně stanovení technického kvalifikačního předpokladu v zadávací dokumentaci pro veřejnou zakázku jako porušení rozpočtové kázně, tudíž v rozporu s § 22 odst. 2 ZRP.

Správce daně ani žalovaný (doposud!) **neuvedl žádný konkrétní důkaz**, kterým by prokázal, že stanovený předpoklad znemožnil některému z možných uchazečů o zakázku podat svoji nabídku kvůli tomu, že s ním odmítli provozovatelé uzavřít smlouvu s obalovnou, tedy jeho závěry a správní uvážení se pohybují v rovině hypotetických spekulací. Na nich ale nelze v žádném případě stavět ukládání sankcí.

Žalovaný rovněž neprokázal, čím by mohlo být některým z uchazečů znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku. **Pouhé tvrzení, že „by se to mohlo stát“, nelze za důkaz správnosti tohoto tvrzení považovat, protože to není de facto tvrzení, ale hypotetická, ničím nepodložená úvaha.** Nelze ukládat tak vysoké sankce za současné absence jakéhokoli důkazu, tedy nelze ukládat sankce jen na základě domněnek a fikcí správce daně či žalovaného.

Důkazem pak už vůbec nejsou odkazy na tři rozsudky NSS; což dokládá sama kontrolní zpráva, když konstatuje, že k uvedeným rozsudkům kontrolní skupina pouze **přihlédla**, neboli je de facto označila za doplňkový zdroj svého správního uvážení, který měl potvrdit správnost zjištěného důkazu a právní úvahy s ním spojené, ale sám tento důkaz nikdy nikde uveden nebyl, tedy dané rozsudky neměly co podpořit. Ostatně judikát sám nikdy nemůže být důkazem obecně, má sloužit jen podpůrně k výkladu k obdobné situaci.

Správce daně, a po něm i žalovaný, si přesto bez jakýchkoli konkrétních důkazů v dané věci z těchto rozsudků NSS osvojil tyto závěry:

- *vymezení minimální úrovně předmětného kvalifikačního předpokladu neodpovídalo druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, bylo tudíž nepřiměřené;*
- *požadavek na předložení smlouvy s obalovnou, mohl vést k tomu, že uchazeči, kteří vlastnili obalovnu, mohli v zájmu úspěchu své vlastní nabídky odmítnout uzavřít smlouvu s jiným uchazečem;*
- *požadavek na předložení smlouvy s obalovnou byl nadbytečný, neboť s ohledem na malé potřebné množství balené směsi byl schopen každý z vítězných uchazečů uzavřít smlouvu s obalovnou i po uzavření smlouvy o dílo.*

Rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou však posouzením konkrétních případů (judikáty), proto **výsledky řízení v konkrétních případech nelze mechanicky použít na jiné, byť obdobné kauzy**. Citovaná soudní řízení byla navíc vedena vždy v důsledku protestu konkrétního uchazeče, jehož subjektivní právo mělo být porušeno, a sám protest tohoto uchazeče tak byl důkazem, že mohlo dojít skutečně k porušení zákona nikoli teoreticky, ale fakticky, a týkala se aktuálních veřejných zakázek, nikoliv zakázek uzavřených o řadu let dříve. Když opomineme, že v posuzované zakázce se nikdo dotčený neozval, tedy nikdo proti nastaveným kritériím neprotestoval, a tak s jistotou nelze tvrdit, že podmínky někoho poškodily, je nutné konstatovat, že každý případ je i jinak odlišný, a bez zkoumání shody individuálních podmínek na ně nelze uplatnit doslovnou interpretaci práva danou judikaturou.

Tedy citované rozsudky jsou odlišné

- a) existencí iniciátorů přezkumného řízení z řad uchazečů o zakázku
- b) tím, že šlo o aktuálně řešenou zakázku, nikoli o zpětnou kontrolu s odstupem několika let, jako je tomu v našem případě

Za neobhajitelné pro argumentaci danými rozsudky dále považujeme uplatnění časového hlediska – nelze odkazovat na judikáty, které byly rozhodnuty **několik let poté, kdy byla zadávací dokumentace zpracována a zadávací řízení skončeno**. V daném případě bylo zadávací řízení zahájeno dne **10. 8. 2009** a zadávací dokumentace byla dokonce zpracována ještě před tímto datem. Naopak až s velkým odstupem po tomto datu vydal NSS rozsudky, na něž se absurdně odvolává správce daně a žalovaný, a to 20. 12. 2012, 28. 3. 2012 a 27. 6. 2013 (viz výše citace rozsudků).

Aplikovat tyto rozsudky na posouzení nezákonnosti zadávacího řízení vyhlášeného dříve nelze – v tu dobu ještě neexistovaly, nemohly být proto pro žalobce zdrojem informací, i kdyby svůj záměr stanovit dané podmínky chtěl s judikaturou konfrontovat, tedy ve své podstatě **správce daně a žalovaný předpokládají, že se žalobce měl už tehdy řídit mimo jiné judikáty, které v době zadávání zakázky ještě neexistovaly (!!!)**.

Judikatura tedy dané výklady formulovala až poté, co je jednání v údajném rozporu s nimi žalobci vytýkáno.

V daném případě jsme tedy svědky poměrně častého jevu, kdy názor na stejné věci se v průběhu času mění, specializované správní orgány státu (ÚOHS) mají jasný názor, který pak však i ony musí hájit u správních soudů, tedy judikatura je s ohledem na poměrně „mladé“ správní soudnictví v pohybu ve velmi krátkých časových úsecích. Tím je popírána předvídatelnost práva jako předpoklad následného spravedlivého rozhodování.

To dokládá konkrétně rozsudek č.j. 1 Afs 66/2012-64 ze dne 20. 12. 2012, který vydal NSS ČR na základě kasační stížnosti dokonce Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve které sám tento úřad brojil proti zrušení svého správního rozhodnutí (jako specializovaného orgánu, který má posuzování pravidel hospodářské soutěže ve své gesci) nevyhovět námitkám vyloučeného uchazeče z důvodu nepředložení smlouvy o budoucí smlouvě s obalovnou.

Jednalo se o rozhodnutí předsedy ÚOHS o rozkladu ze dne 7. 10. 2010 č.j. ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310/JSI, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí ze dne 21. 6. 2010 č.j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe vydané v prvním stupni. To znamená, že **ještě rok po zahájení zadávacího řízení žalobcem zastával ÚOHS jako zákonem stanovený správní orgán k ochraně hospodářské soutěže pevný právní názor, že stanovení podmínky předložit smlouvu o smlouvě budoucí s obalovnou není v konkrétní zakázce nepřiměřené, a že namítající uchazeč nebyl diskriminován.**

Tento svůj právní názor dokonce bránil před NSS, když sám podal kasační stížnost, což není v případě ÚOHS až tak obvyklé. Z pohledu žalobce jako adresáta veřejné správy, pro kterého má být právo předvídatelné, tak vzniká zvláštní situace, kdy ještě 7. 10. 2010 byla jím zpracovaná zadávací dokumentace podle pravomocného správního rozhodnutí ÚOHS v souladu se ZVZ, aby se dle tvrzení správce daně o dva roky později, tj. 20. 12. 2012 dostala tatáž dokumentace se stejným zákonem do rozporu. Podobnou absurdní výkladovou praxi měnící se v čase vůči stejnému jednání nelze akceptovat, a neměl by ji akceptovat ani správní soud, neboť **nelze po žalobci spravedlivě požadovat, aby se řídil judikaturou, kterou nezná, neboť ta dosud neexistuje (!!!)**, navíc za té právní a předvídatelné situace, kdy **ÚOHS zastává aktuálně zcela opačný, než následně zaujal NSS**. Navíc v dané věci už došlo opět ke změně názoru správního soudu (viz závěr žalobního návrhu).

V situaci, kdy neexistuje žádný důkaz (není žádného podnětu nespokojeného uchazeče) o skutečném subjektivním (tedy konkrétním) případě diskriminace, a správce daně tedy uvažuje tzv. in eventum, tedy hypoteticky, tedy lze říci pouze spekulativně, má být v souladu s cílem dosažen i spravedlivého rozhodnutí použita zásada in dubio pro libertate¹ a zásada in dubio mitius². Podle těchto zásad je totiž nutné dát při výkladu právní normy přednost takovému výkladu, kdy se v případě pochybností uplatní pro osobu čelící správnímu či soudnímu řízení příznivější výklad.

Nicméně zastáváme názor, že všechny okolnosti hovoří pro žalobce, tedy ase ani těchto výkladových pravidel nemusel dovolávat, aby už dříve mu bylo vyhověno. Bohužel se tak nestalo, a proto nezbyvá než soudní přezkum na základě této žaloby.

Podle našeho názoru je tedy třeba mimo jiné zkoumat tyto okolnosti

- a) Zda lze dané jednání a dění za porušení rozpočtové kázně vůbec označit, tedy zda to, co kontrolující subjekt zjistil, bylo vůbec vnímáno jako porušení v dané době (podle našeho názoru nikoliv)

¹ lat. v pochybnostech ve prospěch svobody (zásada na poli uplatňování veřejné moci)

² lat. v pochybnostech mírněji (zásada na poli uplatňování veřejné moci)

- b) Zda měly zjištěné skutečnosti nějaký negativní vliv na průběh akce ve smyslu efektivity vynakládání finančních prostředků, nebo zda došlo k nějaké finanční újmě (princip hospodárnosti) – v daném případě nikoli a nedošlo
- c) Zda mělo porušení nějaký negativní dopad na investiční akci, pokud jde o realizaci akce (tzv. společenská nebezpečnost) – žádný vliv nemělo
- d) Zda mohl být daňový subjekt = žalobce v dobré víře, že jedná správně – mohl být nepochybně v dobré víře na základě tehdejšího výkladu ÚOHS jako specializovaného orgánu

Na základě všech těchto okolností pak bylo třeba vytvořit **obhajitelné a spravedlivé** správní (a právní) uvázení, které by odpovídalo zjištěnému, a bylo takového obsahu, že je každý nezávislý subjekt bude vnímat jako objektivní a spravedlivé, nikoli jako formalistické, účelové, pouze hypotetické a tím nespravedlivé. Zastáváme názor, že každá pravidla mají regulovat upravovanou oblast za využití „zdravého rozumu“, a to ve smyslu definice občanského práva, totiž „*že každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí a opatrností a že to každý od ní může v právním styku důvodně očekávat*“. K takové správnímu uvázení však nedošlo, a proto vzniklo nezákonné rozhodnutí, proti kterému brojíme touto žalobou.

Namítáme současně, že dodržení či nedodržení § 6 zákona o veřejných zakázkách je možno hodnotit toliko subjektivně, neboť je formulován velmi obecně, a k hodnocení zejména dochází ex post, v daném případě velmi ex post. Předmětná obecnost způsobuje, že si obsah § 6 odst. 1 téhož zákona může vykládat různě jak poskytovatel, tak správce daně, tak příjemce dotace, tj. žalobce (o odlišném přístupu a výkladu svědčí i vyčíslování sankce odvodu s odlišností v řádech desítek milionů Kč), a tento výklad nelze nijak předvídat.

Jestliže je možný dvojitý výklad, pak by **základním měřítkem mělo být, zda veřejná zakázka, která byla zhotovena, je zakázkou, jež být zhotovena měla, a zda plní svoji funkci**. Veškeré úkony žalobce pak byly nepochybně vedeny snahou zejména kvality díla a splnění dotačních podmínek, čehož bylo dosaženo, což mimo jiné dokazuje jeho správné rozhodnutí. **Příslušná veřejná zakázka byla řádně provedena, kvalitně předána, slouží plně svému účelu, a tedy nedošlo k žádnému chybnému vynaložení poskytnutých peněžních prostředků** (až na zcela marginální položku, která byla uznána již v rámci kontrolního zjištění), a tedy ani k chybnému postupu při výběru zhotovitele.

Současně nelze opominout, že žalobce je jednotkou územní samosprávy, jejíž podstatou je to, že jí nikdo nesmí určovat, co má a nemá dělat, jak se má a nemá rozhodovat (dává-li jí zákon obecnou úpravou principů na výběr), tedy je plně na její úvaze, jaké stanoví podmínky uchazečům, když primárně sleduje cíl kvality, postupuje-li podle zákona – navíc zde je vázána i zákonem o obcích a principem hospodárnosti.

Ani zákon o veřejných zakázkách, a už vůbec ne takto extenzivní výklad správce daně a následně žalovaného, nemůže v tomto ohledu obec zbavit „svéprávnosti“ a především samostatnosti v úvaze, kterou jí zaručuje Ústava.

V této souvislosti poukazujeme na

- rozpor s čl. 100 odst. 1 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále jen „Ústava České republiky“)
- rozpor s čl. 2 odst. 2 Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních lidských práv a svobod“)
- rozpor s čl. 9 odst. 7 Evropské charty místní samosprávy ze dne 15.10.1985.

Opět podotýkáme v této souvislosti, že žalobce důvodně předpokládal (presumoval), s ohledem na tehdejší postoje ÚOHS k těmto otázkám v aktuální době, že je jeho postup v pořádku nejen dle jeho vlastní samosprávné úvahy, ale i podle úvahy k tomu specializovaného orgánu státní správy. V této věci odkazujeme na **princip legitimního očekávání žalobce**. Ze strany správce daně a žalovaného je tak vytvářena ex post **nedůvodná fikce, založená na judikátech vynesených později**, než byla akce žalobcem realizována. Správce daně ani žalovaný u předmětného případu navíc nezohlednili ani princip proporcionality s ohledem na to, že sama realizace projektu dopadla výborně. Správce daně a žalovaný tak nepřihlédli k naplnění účelu a hospodárnosti v nakládání s poskytnutými peněžními prostředky, přičemž právě **účelnost a hospodárnost mají zákonitě přednost před jakýmkoliv formalistickým uplatněním právní normy**, a to dokonce, i kdyby byl jeho formální výklad správný, jakože tomu tak není.

Zastáváme tedy mimo faktických a právních výhrad ten názor, že výklad státní správy v dané věci **zasahuje do ústavního práva obce na samosprávu**, resp. obecně do práva na samosprávu v její samé podstatě samostatného právního uvážení, jak se v té které situaci rozhodnout. Namítáme tedy zásah do Čl. 100, odst.1 Ústavy ČR („*Územní samosprávné celky jsou územními společenstvími občanů, která mají právo na samosprávu*“), a dále namítáme porušení Čl. 2, odst.2 Listiny základních práv a svobod („*Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví*“), která je součástí našeho ústavního pořádku.

V kontextu dále uvedeného bychom pak poukázali na ustanovení Evropské charty místní správy, konkrétně pak na ustanovení článku 9, odst. 7, zejména věta druhá: „*Dotace místním společenstvím se pokud možno předem nevází na financování konkrétních projektů. Poskytování dotací nelikviduje základní svobodu místních společenství uplatňovat v rámci své působnosti volné uvážení*“.

Tím, že žalobce si stanovil určité podmínky s cílem dosažení kvality zakázky, vyjádřil své právo na samosprávnou úvahu, a to v dále uvedených kontextech, zejména s přihlédnutím na úkoly, které na ni klade zákon o obcích.

Základním rysem naší právní argumentace je tedy rovněž to, že forma, tedy lpění na formalistických otázkách, navíc správcem daně a žalovaným zpětně velmi „volně“ vykládaných, dostává přednost nad skutečným obsahem právní situace, jinými slovy řečeno nejen před zákonem, ale rovněž před „zdravým rozumem“, což by mělo být právě naopak, zejména jde-li o samosprávu. Zde by měl být podstatný výsledek, ne formalismus, zvláště jedná-li se o stavbu ve veřejného zájmu, když tento veřejný zájem měl žalobce právě na mysli při formulování podmínek pro uchazeče.

Žalovaný jako orgán státní správy (tj. „stát“) došel na základě kontrolních zjištění a jejich vyhodnocení k závěru, že žalobce porušil rozpočtovou kázeň, a to tím, že nepostupoval v souladu s ustanoveními zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť některých uchazečům hypoteticky omezil přístup; ovšem tento závěr učinil bez důkazů, pouze v rovině teoretických úvah.

Trváme na tom, že bylo čistě na svobodné vůli žalobce jako jednotky územní samosprávy a budoucího majitele investice, jak rozhodl, neboť ani zákon o zadávání veřejných zakázek nezabývá samosprávu práva na samostatnost své vlastní úvahy jako svébytného subjektu veřejné správy. Každý jiný přístup by byl přístupem protiústavním.

Pokud jde o nedodržení principu rovného zacházení, resp. tvrzeného porušení zákazu diskriminace podle zákona o zadávání veřejných zakázek, pak uvádíme, že klíčové je, **zda dané podmínky skutečně někoho omezily** (patrně nikoli, protože nikdo mimo správce daně to netvrdí a netvrdil, nikdo se také neodolával ani jinak právně nebránil apod.), a dále zda tvrzené jednání mělo nějaký vliv na účel poskytnutí dotace a kvalitu realizovaného projektu, což nikoli, a zda, i kdyby někoho omezily, jej omezily právem pro zajištění splnění dotačních podmínek. Ze strany žalobce se dále nepochybně jednalo o jednání hospodárné tak, jak jí ukládá zákon o obcích, směřující ke kvalitě dodávky.

Je proto vůbec sporné, které jednání v tuto chvíli ve vztahu k veřejnému zájmu prioritou - zda přísné dodržování zdánlivě formálních podmínek zákona o zadávání veřejných zakázek (které umožňují široký a subjektivní výklad), a tím rezignace na kvalitu dodavatele, plnění dotačních podmínek včetně termínů a kvalitu díla, nebo je cílem právě ona kvalita a další, což odůvodňuje plně postup žalobce, který je naplněním pojmu odpovědnost při hospodaření s veřejnými prostředky (jak státními, tak samosprávnými) a se svěřeným majetkem.

Zde připomínáme ustanovení 38, odst.,1 zákona o obcích (zák.č.128/2000 Sb.): „**Majetek obce musí být využíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákonem vymezené působnosti. Obec je povinna pečovat o zachování a rozvoj svého majetku. Obec vede účetnictví podle zákona o účetnictví.**“

Pokud žalobce získal svým rozhodnutím o podmínkách nabídky od uchazečů **s jasnými garancemi**, a dal přednost tomuto zájmu před velmi obecnými podmínkami, není důvod jej za tento naopak odpovědný přístup a jasný předvídatelný signál uchazečům „trestat“ daným odvodem poměrně výrazné části dotace.

Ostatně zde žalobce naplnil to, co naopak nenaplnuje výklad správce daně a žalovaného v tomto případě – **princip předvídatelnosti**, když žalobce se zachoval zcela srozumitelně právě vůči uchazečům o veřejnou zakázku, kteří mají také právo předvídat, komu deklaruje zadavatel dát přednost, a toto právo, sama si určit, čemu a komu dá přednost, **samospráva nepochybně má**.

Setkají-li se tedy dva veřejné zájmy, je logicky nutno rozhodnout, který má přednost, a žalobce v daném případě vyhodnotil v mezích své ústavně chráněné samosprávné úvahy, že přednost má kvalita dodaného díla, a tedy kvalita jejího dodavatele, a splnění dotačních podmínek včetně termínů, a na základě toho stanovil správcem daně a žalovaným napadené podmínky.

Z hlediska právní jistoty, logiky práva a srozumitelnosti a předvídatelnosti právního výkladu nadále zastáváme jako znalci veřejného právního prostoru názor, a to v poměrně výrazném rozporu s nedávným názorem rozšířeného senátu NSS ČR, že **ne každé jednání je obsahově porušením rozpočtové kázně, zasluhující trest ve formě odvodů finančních prostředků, a ne každá tvrzená odchylka od formálních pravidel je neoprávněným použitím finančních prostředků**. Domníváme se, že tento paušalizující výklad by **měl být zrevidován směrem k individuálnímu přístupu**, neboť působí v realitě života samosprávy mnoho nespravedlností a nelogičností, a vede k šablonovitým úvahám ve zcela odlišných právních situacích. Výklad a aplikace práva by měly být podle našeho názoru **srozumitelné veřejnosti včetně veřejnosti odborné**, v daném případě samosprávě a občanům a právníkům, tedy „porušení rozpočtové kázně“ by mělo být skutečně porušením rozpočtové kázně, nikoli takto označeným de facto porušením pravidel hospodářské soutěže (k níž navíc dle našeho názoru vůbec nedošlo) – stávající výklad rozšířeného senátu NSS ČR individuální přístup v rozhodování výrazně narušil tím, že namísto posuzování každého případu ad hoc, jak by právo mělo stát, určil správním soudům „povinný“ paušální výklad, že „porušení“ je vše, a tím de facto zbavil samosprávu možnosti dosáhnout objektivního přezkumu ve správním soudnictví ad hoc, která zde do této doby objektivně byla.

Zastáváme názor, že možná až Ústavní soud ČR by měl přehodnotit tento výklad rozšířeného senátu NSS ČR, který de facto pod odůvodněním „sjednocení výkladů různých senátů NSS ČR“ **odebírá soudcům právo na svobodné uvážení případů ad hoc, a nutí je rozhodovat vůči samosprávě paušálně, šablonovitě, nepřihlížejíc k odlišnostem toho kterého případu**.

Názor rozšířeného senátu NSS tak zcela eliminoval spravedlivé rozhodování vůči dotovaným subjektům, zejména vůči samosprávě (obecní i krajské), a tímto způsobem de facto zasáhl nepřímo samosprávu jako takovou – odebírá jí paušálně možnost jakékoli úvahy v mezích poskytované dotace pod hrozbou vysoké finanční sankce, proti které nemá individuální právní obrany, protože ta už je předem „paušálně“ vyložena. A to přesto, že v dotovaných akcích a jednáních samosprávy jsou výrazné rozdíly, o čemž svědčí i tento správní žalobou napadený případ.

Dále připomínáme doposud obecně nejudikovanou otázku, která spočívá v následující úvaze - podle našeho názoru postup podle zákona o zadávání veřejných zakázek nepřísluší posuzovat úřadům, které to nemají ve své kompetenci, a tedy ani žalovanému, neboť ani ten to nemá ve své činnosti. Posouzení, zda žalobce dodržel (nebo nedodržel) výkladově přesně dikci zákona o zadávání veřejných zakázek, nespadá tedy do kompetence žádného úřadu ani žalovaného, a proto tuto oblast nejsou oprávněni hodnotit a vyvozovat z tohoto hodnocení až takové důsledky, jakým je odebrání části dotace jako „trest“ za toto tvrzené porušení. Pokud jde o hodnocení dodržení přesné dikce zákona o zadávání veřejných zakázek, tato přísluší pouze ÚOHS, tedy ani žalovaný nemůže na základě zjištění a své úvahy konstatovat, že tato právní norma byla příjemcem dotace porušena, a z toho dovozovat porušení rozpočtové kázně. Navíc je sporné, zda porušení zákona o zadávání veřejných zakázek může být porušením rozpočtové kázně, když jde o zcela jinou oblast práva (viz výše). Žalovaný by k tomuto závěru v rámci své pravomoci mohl dojít snad pouze za předpokladu, že by příjemce dotace zákon o zadávání veřejných zakázek vůbec nepoužil.

Ve vztahu k dotacím má tedy podle našeho názoru finanční správa pouze kontrolovat, zda podle tohoto zákona bylo postupováno, sám postup však kontrolovat nemůže, ani nemůže závazně vynášet závěry, zda porušen byl, a ukládat za toto tvrzené porušení sankce formou odvodu dotace. Pokud tedy došlo k porušení hospodářské soutěže, pak je kompetentním úřadem k tomu to posoudit toliko ÚOHS, a ten rovněž je oprávněn stanovit sankce.

Toto je otázka precedentní, k níž ještě neexistuje relevantní judikatura, ale stojí nepochybně za zmínku i v této správní žalobě. Pokud žalovaný a před ním správce daně došli k závěru, že jsou oprávněni kontrolovat, zda byl dodržen zákon o zadávání veřejných zakázek, zastáváme názor, že se mýlí, protože z jejich kompetence to nevyplývá, a že tuto kompetenci překročili. Tím, že má kontrolovat, zda k soutěži podle daného zákona došlo, neznamená, že na sebe může převzít kompetenci zcela jiného úřadu, konstatovat obsahové porušení ZVZ (bez rozhodnutí a možnosti právní obrany žalobce, která je jinak běžná u řízení u ÚOHS), a hned v navazující úvaze dojít k tomu, že proto došlo k porušení rozpočtové kázně. Žádný úřad na sebe nemůže vztáhnout pravomoc jiného úřadu, a de facto rozhodovat za něho bez řádného správního řízení.

Tvrdíme, že žalovaný a předtím ani správce daně nejsou kompetentními orgány k tomu, aby bez správního řízení konstatovaly porušení zákona o zadávání veřejných zakázek, protože tato působnost náleží toliko a výhradně ÚOHS. Pro úplnost dodáváme, že tuto praxi hodnocení zákona o zadávání veřejných zakázek „kde kým“ mimo ÚOHS správní soudy prozatím připouštějí, ale je to dle našeho názoru zcela chybná a protiústavní praxe, kníž by se měly soudy již postavit a závazně ji judikovat; z našeho pohledu dle našeho předestřenému právního názoru. Žádný z úřadu na sebe nemůže přebírat kompetence jiného úřadu.

Připomínáme současně, Zákonný výklad pojmu „neoprávněné použití finančních prostředků“ pak blíže specifikovalo Ministerstvo financí ČR, konkrétně pak mimo jiné směrem k obcím a městům takto: *Rozpočtová pravidla územních rozpočtů neobsahují, tak jak je tomu v zákoně č. 218/2000 Sb., přesné vymezení pojmu neoprávněné použití prostředků územního samosprávného celku, či jejich zadržetí. Za neoprávněné použití peněžních prostředků patřících či svěřených územnímu samosprávnému celku (podle § 22 odst. 2 zákona č. 250/2000 Sb.) však bude jistě považováno každé nedodržení účelovosti nebo časové použitelnosti dotací a příspěvků uvolněných z rozpočtu územního samosprávného celku.*

Tedy lze říci, a to je pro posouzení i této věci podstatné, že ani rozpočtová pravidla **neřeší skutkovou podstatu porušení rozpočtové kázně (!)**. V kontextu s výkladem Ministerstva financí pak uvádíme, že v daném případě **nejde** o nedodržení účelnosti ani k porušení časové použitelnosti dotace, tedy ani tuto specifikaci MF ČR popsané jednání nenaplnuje tak, aby bylo možné je charakterizovat jako neoprávněné použití finančních prostředků a tím porušení rozpočtové kázně. To uvádíme zejména proto, že chceme zdůraznit, že **podstatné proto bylo vždy správní uvážení daného úřadu**, který sám dochází k tomu, co je a co už není porušení rozpočtové kázně, a dále zda i tehdy, kdy určité konání vykazuje formální znaky porušení rozpočtové kázně, zda je na místě takový následek, jakým je odvod, byť jakékoli části, dotace.

Do tohoto však nedávno vstoupil NSS ČR názorem svého rozšířeného senátu, který **de facto zrušil jakoukoli možnost soudního přezkumu a volného uvážení toho kterého senátu v tom konkrétním případě, protože mechanicky paušalizoval porušení rozpočtové kázně, a zde již není prostor pro žádnou svobodnou úvahu soudce**. Přitom někdy pojem „porušení rozpočtové kázně“ dle výkladu NSS ČR může mít absurdní podobu – například v daném případě odpovědný přístup žalobce směrem ke kvalitě dodaného díla.

Do té doby byla jasně preferovaná, a z hlediska znalce veřejné správy vysoce logická a správná právní věta Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. 4 Afs 215/2014 ze dne **5.12.2014, zněla:**

„Správní orgán je povinen při ukládání sankce za porušení rozpočtové kázně ve formě odvodu zejména zohlednit závažnost konkrétních porušení podmínek poskytnutí dotace, závažnost jednotlivých pochybení příjemce dotace ve vztahu k čerpané částce prostředků státního rozpočtu, posoudit, v jaké fázi realizace smlouvy o dílo k těmto pochybením docházelo a jaké byly dopady těchto pochybení, a vymežit, jaká část dotace byla čerpána bezchybně, a tuto bezchybnou část zhodnotit v rámci proporcionality výše odvodu.“ (daný případ zastupovala advokátka v plné moci i pro tento případ).

Obdobně rozhodnutí NSS ČR č.j. 9 Afs 202/2007 uvádí, že „Při hodnocení neurčitého pojmu neoprávněné užití nebo zadržetí finančních prostředků je nutné, krom jiného, vycházet z účelu poskytnutých veřejných prostředků a jeho naplnění. Z toho vyplývá, že nikoliv každé porušení příslušné povinnosti je zároveň neoprávněné použití finančních prostředků a jako takové musí být vráceno zpět do veřejného rozpočtu.“

Rozšířený senát však ve své podstatě řekl, že se nebude zvažovat závažnost, že sankce bude vždy. Zde je na místě citovat judikát Nejvyššího správního soudu z roku 1932, který plně platí i dnes:

„Volná správní úvaha neznamená libovůli správního úřadu, neboť je omezena určitými hranicemi, a může se pohybovat pouze v určitém, zákonem vymezeném okruhu. Překročením tohoto okruhu jsou dotčena subjektivní práva účastníků, kteří se mohou dovolat právní ochrany.“

Zastáváme proto názor, že daný postup žalobce byl plně v souladu se zákonem, a plně v rozsahu mezi samosprávou a její svobodné úvahy.

Mimo jiné i proto je nutné odmítnout výklad správcem daně a žalovaným citovaných soudních rozsudků NSS, a to z dále uvedených důvodů, které uplatnil žalobce již v předcházející právní obraně, a který je patřičný i pro úvahu správního soudu.

1. Vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu

Žalovaný se nezabýval následujícím rozporem ve své úvaze o nadbytečnosti požadavku na smlouvu s obalovnou jako minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu. Nezpochybnil tedy právo žalobce požadovat v rámci nabídky uchazečů seznam obaloven, od nichž bude při plnění zakázky uchazeč odebírat balenou směs, jejich výrobní kapacitu a vzdálenosti od místa plnění. Stanovit takový předpoklad umožňuje § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ. Takový požadavek tedy není nijak diskriminační. Potom je ovšem nutno uvést, že žalobce měl současně podle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ povinnost vyžadovat formu prokázání splnění minimální úrovně takto stanoveného předpokladu. Úvod § 56 odst. 7 totiž zní: „Ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení...“

Žalobce se v daném případě rozhodl na škále úrovni splnění stanoveného předpokladu - vlastnictví, právo provozovat, smlouva, potvrzení objednávky, smlouva o smlouvě budoucí, nezávazný příslib plnění a podání poptávky - **pro minimální úroveň ve formě smlouvy o smlouvě budoucí.**

Z popisu kontrolního zjištění i z judikátů vyplývá, že správce daně a žalovaný by za nediskriminační považovali **nestanovení žádné minimální úrovně** stanoveného předpokladu. To by ale bylo zase v rozporu s § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ, neboť, je-li jednou zadavatelem technický kvalifikační předpoklad stanoven, potom musí být stanovena jeho minimální úroveň – jinak by se jednalo o neurčitost až zmatečnost zadávacích podmínek, jejich výsledkem by byla situace, kdyby nabídky nebyly vzájemně hodnotitelné – každý by splnění podmínky prokazoval jinak.

V daném případě tedy **ne že neměla být, ale naopak musela být požadována alespoň minimální úroveň závaznosti a pravdivosti, že některá v nabídce uvedených obaloven bude skutečným dodavatelem.** A průkazem takové minimální úrovně je jakákoliv forma ujednání, v němž se v případě získání veřejné zakázky obalovna zaváže v budoucnu plnit a uchazeč plnění odebírat, neboli smlouva o smlouvě budoucí. Jiná „měkčí“ minimální úroveň by sice umožnila hodnocení i nabídek s negarantovanými dodávkami obalované směsi, **ale za cenu převzetí rizika žalobcem za závažný důsledek** - nesplnění termínu realizace stavby v případě budoucího selhání či zpoždění těchto dodávek, a tím hrozba vrácení celé dotace bez možnosti tomu již zabránit. Takové rizikové jednání žalobce by bylo v přímém rozporu se zákonem o obcích i obecným civilním právem (povinnost předcházet škodám).

Za zcela zásadní v daných souvislostech považujeme fakt, že **žalobce při stanovení minimální úrovně ve formě smlouvy o smlouvě budoucí neurčoval žádné konkrétní podmínky této smlouvy.** Žalobce si byl dokonce současně vědom, že ani závazný příslib dodávky obalované směsi negarantuje zadavateli kvalitu a rychlost pokládky, a proto ponechal zcela na uchazeči, jakou míru kvality a časového průběhu dodávek si s obalovnou dokáže sjednat předem, chtěl pouze garantovat v rámci minima, že má sjednán smluvní vztah, tedy i kdyby uzavřel smlouvu, která by termíny nebo kvalitu negarantovala konkrétně vůbec, samotná existence takové smlouvy by již byla splněním minimální úrovně stanoveného předpokladu, a nabídka by musela být hodnocena. Proto tvrdíme, že v účasti tato podmínka nikoho neomezovala. Za splnění minimální úrovně by například musela být akceptována a do hodnotícího procesu postoupena nabídka se smlouvou, v níž by se budoucí dodavatel obecně zavázal k dodávkám v rozsahu a termínech dle okamžité kapacity obalovny nebo jen zcela obecně ke spolupráci na plnění veřejné zakázky tak, jak to bylo sjednáno ve smlouvě uzavřené uchazečem Integra Liberec, s.r.o. s budoucím dodavatelem obalované směsi SILNICE ČÁSLAV - HOLDING, a.s. Z toho je zřejmé, že uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí kladlo na uchazeče při nabídce osmi obaloven v okruhu 80 km pouze nijak náročné administrativní nároky, které byly pro všechny uchazeče snadno splnitelné.

Záleželo už jen na schopnosti uchazeče sjednat s možným dodavatelem obalované směsi co nejlepší podmínky. Proto také nikdo proti této podmínce neprotestoval, ani stávající, ani potencionální uchazeč, a **jediný, kdo shledal ex post výhrady, byly právě kontrolní orgány, správce daně a žalovaný**, když se nemohly ve své podstatě shodnout ani v tom, jaký výše sankce má být (viz. výše) v rozdílech v řádech desítek milionů.

Nelze zde přijmout tezi, že by uchazeč vlastníci obalovnu v rámci konkurenčního boje odmítnul uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s jiným uchazečem v téže veřejné zakázce. Platí totiž, že žádný z uchazečů neví, že jeho možný odběratel se uchází o tutéž veřejnou zakázku. Kromě toho, kdyby se připustila tato nekalá praktika, tj. neuzavřít se svým konkurentem smlouvu o dodávce ve fázi zadávacího řízení a přípravy nabídek, potom by se tato nekalá praktika musela připustit i ve fázi realizace zakázky; vlastníci obaloven by totiž smlouvu o dodávce opět nemuseli uzavřít, tentokrát ovšem již s vybraným uchazečem, a **ohrozili by zájmy žalobce**.

2. Podmínky na trhu dodávek z obaloven jsou specifické

Už sám fakt, že stanovení technického předpokladu na zajištění dodávek obalovaných směsí v podmínkách zadávacího řízení byl běžný a byl také předmětem více soudních řízení, dokládá, že **tento požadavek nebyl náhodný; byl obvyklý, a nebyl v žádném případě veden snahou upřednostnit jedny uchazeče před ostatními nebo snížit okruh uchazečů**. Tento požadavek byl totiž dán dlouhodobější, obecně známou, zkušeností při realizaci dopravních staveb, kdy nebyl na jiných stavbách plněn harmonogram stavby z důvodu, že dodavatel stavby musel na dodávku obalované směsi často čekat, neboť obalovna harmonogram dodávek neplnila. Obdobná zkušenost se naopak vesměs netýká jiných dodávek, je to jednak proto, že většina ostatního materiálu je skladovatelná (písek, štěrk apod.) nebo dodavatelé dlouhodobě akceptují objednávky s garancí dohodnutého termínu, např. dodávky betonu.

Vlastníci či provozovatelé obaloven jsou však zpravidla vždy **současně** dodavateli dopravních staveb, a obalovnu provozují právě kvůli svým vlastním zakázkám. Konkrétně v okruhu 80 km od Hrádku nad Nisou se na trhu s obalovanou směsí nevyskytují vůbec žádné obalovny, které by dodávaly svoji produkci výhradně na volný trh. Dodavatelé dopravních staveb, kteří neprovozují vlastní obalovnu, jsou pak závislí jen na dodávkách obalované směsi od svých konkurentů na trhu dopravních staveb. Ti potom přednostně vyrábějí směs pro své vlastní zakázky a teprve až poté volnou kapacitu prodávají jiným odběratelům. Tyto dodávky, aby byly garantovány v požadovaném čase a množství, musí být proto smluvně dohodnuty předem. A ani potom není dodávka garantovaná na přesný čas, neboť dodavatelé v zájmu svých zakázek dodávky ostatním zpozdí. **Proto byl požadavek žalobce zcela logický; kdyby jej naopak neuplatnil, mohlo by mu to být v budoucnu vytýkáno, protože by mohlo dojít k ohrožení celé částky dotace nesplněním termínu**.

U staveb financovaných z dotací je totiž **termín realizace velmi důležitou dotační podmínkou**. Její nesplnění vede vždy k odvodu za porušení rozpočtové kázně, a to většinou ve výši 100%. Paradoxně o vysoké sankci uvažoval kontrolní orgán ze zcela opačného důvodu – za snahu žalobce zajistit co nejvíce bezpečně právě termín stavby. **Je však naopak zcela na místě, aby zadavatel veřejné zakázky, tj. žalobce, na dotované akce riziko nesplnění termínu realizace akce zcela eliminoval, a to i na úkor přísnějších technických předpokladů žádaných od dodavatelů, resp. v první fázi uchazečů.** Žalobce nemohl dané riziko převzít na sebe z důvodu, že trh na dodávky obalovaných směsí není zcela otevřený, a nemůže se na úkor zvýšení tohoto svého vlastního rizika snažit trh sám více otevřít. V daném případě žalobce daná rizika pečlivě zvažoval, a v rámci své samostatné působnosti (výkonu samosprávy) požadoval alespoň minimální garanci ve formě právě smlouvy o smlouvě budoucí, u níž současně nestanovil žádné podmínky, aby smluvním stranám nic nediktoval. Toto minimum pro daný technický předpoklad bylo za dané specifické situace na trhu dodávek obalované směsi **nejen přiměřené, ale dokonce vysoce žádoucí** pro to, aby si uchazeči uvědomili svoji odpovědnost.

Toto hledisko specifík na trhu s obalovanou směsí nebral žádný z citovaných judikátů v úvahu, a proto dané judikáty, které mají odůvodnit odvod dotace (tedy sankci), nejsou na daný případ aplikovatelné. V odůvodnění rozsudků se NSS spokojil s hypotetickým tvrzením, že malé dodávky obalované směsi (hodinová kapacita obalovny) lze bez problému zajistit. **Není to pravda.** Při plném vytížení obaloven pro vlastní nebo dlouhodobě nasmlouvané dodávky se i na tak malou dodávku může čekat delší doba, a i ta může ohrozit stavbu jako celek.

Kapacity obaloven jsou navíc omezeny i technologicky – na rozdíl od jiných materiálů musí být vyrobená směs ihned odebrána a co nejrychleji položena. V době pokládky směsi musí navíc existovat správné klimatické podmínky, což opět může prodlužovat realizaci dodávek směsi, resp. její položení. Schopnost zajistit obalovanou směs v daném termínu limituje objektivní počet obaloven v technologicky přípustné dojezdové vzdálenosti.

V daném případě, kdy místo stavby byl příhraniční Hrádek nad Nisou, připadalo v úvahu pouze osm obaloven v okruhu 80 km provozovaných těmito společnostmi:

- Liberecká obalovna, s.r.o. (15 km),
- Silnice Žáček s.r.o. (44 km),
- SaM silnice a mosty a.s. (46 km),
- BOHEMIA ASFALT, s.r.o. (50 km),
- Skanska Asfalt s.r.o. (51 km)
- USK, s.r.o. (64 km),
- COLAS CZ, a.s. (65 km),
- M - SILNICE, a.s. (74 km)

Jak bylo již výše uvedeno, nesplnění termínu dodávek obalované směsi může být rozhodující pro nesplnění termínu realizace akce, a to i proto, že pokládka asfaltu se provádí až v závěrečné, finální fázi stavby.

Odvod za porušení rozpočtové kázně by byl ovšem vždy předepsán žalobci jako zadavateli, nikoliv dodavateli, který by sice nebyl diskriminován, ale současně by s vyšší pravděpodobností nesplnil smluvní závazek. Přitom výše případné smluvní sankce za nedodržení termínu dokončení stavby se zdaleka nerovná vyměřenému odvodu. **Situace by byla důvodem dalších soudních sporů o náhrady škod atd.** Tomu všemu žalobce stanovenou podmínkou preventivně předešel.

3. Nikdo diskriminován nebyl; kdyby byl, reaguje

Správce daně v kontrolní zprávě uvádí, že zadavatel **znemožnil** některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku z důvodu stanovení předmětného technického předpokladu. Toto tvrzení **není pravdivé**. Nabídky podalo celkem 7 uchazečů, přitom **žádný z nich nebyl vyloučen** pro nesplnění tohoto předpokladu. To potvrzuje i správce daně v kontrolní zprávě na straně 4 u písmen a) a c). To dosvědčuje, že daná podmínka byla splnitelná, a žádný subjekt se neozval s tím, že by se danou podmínkou cítil být diskriminován. Diskriminace vznikla v „hlavách úředníků“ v rámci správního uvážení, kterým ovšem překročili limity toho správního uvážení, protože **správní uvážení nemůže vytvářet neexistující fikce a teorie, vytvářet neexistující diskriminované, a na těchto neexistujících předpokladech, tedy v rozporu s faktickou realitou, stavět ukládání zcela konkrétních sankcí** (na jejichž výši se neumí navíc shodnout v rozpětí desítek milionů), namísto aby žalobci „poděkovali“ na odpovědný a preventivní přístup k možným vážným rizikům neplnění termínu.

To, že podmínka byla klasicky splnitelná, dokládá i počet uchazečů o zakázku.

Jedná se o tyto uchazeče:

STRABAG, a.s. - doložil smlouvu ze dne 30. 3. 2009 o prodeji a koupi obalovaných směsí na rok 2009 v předpokládaném objemu 50.000 t. Dodavatelem směsí je Liberecká obalovna, s.r.o., jejímž 100% vlastníkem byla EUROVIA CS, a.s. Smlouva předpokládá, že čtvrtletně a měsíčně budou dodávky upřesňovány.

Vodohospodářské stavby, s.r.o. - doložil vlastnictví vlastní obalovny v Chabařovicích a smlouvy o smlouvě budoucí s dalšími dvěma obalovnami v Německu.

SaM silnice a mosty, a.s. - doložil vlastnictví obalovny v Sosnové u České Lípy.

Metrostav, a.s. - doložil smlouvu o budoucí smlouvě o dílo ze dne 27. 8. 2009 o subdodávce části veřejné zakázky. Budoucím subdodavatelem je Silnice Jičín, a.s., disponující obalovnou ASKOM, a.s.

SKANSKA DS, a.s. - doložil vlastnictví dvou obaloven v Huntířově a Poříčanech.

Eurovia CS, a.s. - doložil smlouvu o smlouvě budoucí se svojí dceřinou společností Liberecká obalovna, s.r.o. o budoucím závazku zajištění veškerých dodávek obalované směsí. Konkrétní podmínky mají sjednat až v subdodavatelské smlouvě.

Integra Liberec, a.s. - doložil smlouvu o smlouvě budoucí ze dne 30. 8. 2009 s budoucím dodavatelem obalované směsi SILNICE ČÁSLAV - HOLDING, a.s. Ta doložila dispozici s obalovnou formou nájemní smlouvy se svoji dceřinou společností.

Z uvedených sedmi uchazečů byli tedy tři provozovateli vlastní obalovny a čtyři uchazeči doložili přímo smlouvu s obalovnou nebo smlouvu o smlouvě budoucí na budoucí dodávky obalované směsi. Přitom nebyl zjištěn žádný případ, kdy provozovatel obalovny odmítl smlouvu s uchazečem uzavřít a tím mu znemožnit účast v soutěži, a ani žalovaný takový případ nezjistil a neuvedl. Proto neplatí domněnka, že provozovatelé obaloven bránili ostatním uchazečům z konkurenčních důvodů v podání úplných nabídek a odmítali podepsat smlouvy.

Navíc je zde zvláštní situace, kterou rovněž nebral žalovaný v potaz. I kdyby tomu tak bylo, nelze nutit soukromé firmy s kýmkoli uzavírat smlouvy (např. z důvodu kapacitních mají nepochybně právo uzavření smlouvy odmítnout), nelze současně omezit uchazeče na vlastníky obaloven, tedy jediná myslitelná pojistka splnění termínů je právě prokázání smlouvy obalovnou (nebo její vlastnictví). Neexistuje jiný prostředek, aby žalobce jednal odpovědně ve vztahu k celé zakázce, než předložení právě dané smlouvy. Narozdíl od žalovaného zastáváme názor, že žalobce byl povinen pro splnění dotačních podmínek tuto jistotu za dané situace na trhu vyžadovat, a nespokojit se s obecným a ničím nepodloženým příslibem uchazeče, že dodávky má zajištěny, resp. s pouhým oceněním materiálu v cenové nabídce.

Ocenění samo nezajistí faktické dodání, a právě proto žalobce na prokázání schopnosti dodat objektivně problémový materiál trval alespoň v popsané minimální podobě. Je absurdní, za výše popsané situace, že je mu to vytýkáno, namísto aby to bylo shledáno jako pozitivní a odpovědný krok, který mohl vyřadit z projevu zájmu jen subjekty, kteří by nemohli splnit termíny dodávky právě pro absenci podobné smlouvy. Už správce daně v kontrolní zprávě na straně 4 u písmena b) konstatuje, že žádný z uchazečů nepodal v rámci předmětného zadávacího řízení námitku k technickému kvalifikačnímu předpokladu.

To je další skutečnost, kterou se daná veřejná zakázka žalobce zásadně liší od judikovaných veřejných zakázek, kde vyloučení uchazeči protestovali proti tomuto vyloučení z důvodu, že nedoložili smlouvu s obalovnou. To v případě veřejné zakázky žalobce neplatí, **zde tuto podmínku splnili všichni, nikdo nic nenamítal, a ani protest tzv. zvenčí od někoho, kdo by se kvůli dané podmínce nezúčastnil, nebyl dán.** Jediný, kdo vznáší tedy „protest“, byly kontrolní orgány, správce daně a žalovaný. Ti však k tomu samy nejsou aktivně legitimováni, a nemají právo ani hovořit za jiné, vnější subjekty, a přisvojovat si jejich práva. Navíc si tyto subjekty vytvořily neexistující fikci, a na základě této neexistující fikce ukládají zcela reálné sankce. **Za potencionální porušení čehokoliv nelze sankce ukládat.**

4. Nová judikatura

Současně bychom chtěli poukázat na právní případ Pardubického kraje, který po několika letech v roce 2017 zvítězil právě nad žalovaným, tj. Ministerstvem financí, a nemusel vrátet žádné finanční prostředky do rozpočtu Regionální rady Severovýchod.

Tento tehdy přelomový verdikt, který lze plně vztáhnout i na obsah tohoto žalobního návrhu, vynesla pardubická pobočka Krajského soudu v Hradci Králové. Kraj zde uspěl rovněž se správní žalobou proti rozhodnutí Ministerstva financí, které mu původně přikázalo zaplatit 140 milionů korun za porušení rozpočtové kázně při výběru dodavatele modernizace silnice II/357 mezi Vysokým Mýtem a Chocní. **Celý problém spočíval rovněž ve stanovení kritéria pro dodavatele, kteří museli mít vlastní nebo smluvně zavázanou obalovnu živičných krytů.**

Ministerstvo tehdy nevyužilo možnost mimořádného opravného prostředku proti rozhodnutí správního soudu (kasační stížnosti), a **rozsudek nabyl právní moci**. Soud výslovně v daném rozsudku konstatoval, že požadavky kraje (což je rovněž samospráva) na kvalifikační kritéria byly zcela v souladu s oprávněnými zájmy a potřebami kraje jako zadavatele, přičemž současně řekl, že u Ministerstva financí šlo o pouhou úvahu hypotetických dopadů na okruh potenciálních uchazečů.

Soud dovodil, že k žádné, a to ani skryté, diskriminaci nedošlo, proto nemohla být porušena rozpočtová kázeň, a proto neměl být vyměřen ani odvod.

Rozhodnutí Ministerstva financí bylo výrokem soudu výslovně označeno za nezákonné. Kraj argumentoval ve správní žalobě shodně, jako žalobce v této žalobě, totiž že kritérium dotýkající se obalovny živičných krytů je velmi důležité, a to nejen z technologického, ale i finančního hlediska.

V žalobě se konstatovalo, že blízkost obalovny je důležitá pro kvalitu stavby, jelikož při vychladnutí směsi a nedodání včas na stavbu ztrácí takto položený povrch kvalitu. Mohlo by tak následně docházet k rychlejšímu vytváření výtluků na komunikacích. **Krajský soud s těmito logickými argumenty zcela ztotožnil, a vynesl dne 7.6.2017 výše uvedený rozsudek.**

Tento judikát pochopitelně žalovaný ve svém rozhodnutí neuvedl, protože pro něj není příznivý. Zdejší soud by však k němu měl jako k „nejmladšímu“, tedy nejvíce aktuálnímu judikátu ve zcela totožné věci přihlídnout.

V. Závěr

Rozhodnutí Ministerstva financí ČR 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), považujeme za

nezákonné.

Požadovaná minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu spočívající v doložení smlouvy s obalovnou jako podmínky účasti dodavatelů je vzhledem k výše uvedenému **nejen zjevně přiměřená a obvyklá u daného druhu stavby, ale i žádoucí**, a pro řádné splnění dotačních podmínek včetně splnění závazného termínu zcela nezbytná, když žalobce byl povinen

- udělat vše proto, aby tyto dotační podmínky splnil (závazek vůči poskytovateli dotace) včetně termínu dokončení stavby
- jednat v souladu se zákonem o obcích č. 128/2000 Sb. (závazek ve vztahu k povinnostem orgánů samosprávy)
- splnit obecnou preventivní povinnost předcházet škodám podle občanského zákoníku (obecná preventivní zákonná povinnost)
- zajistit splnění díla v dobré kvalitě (odpovědnost jak vůči poskytovateli dotace, tak vůči občanům města)
- předejít případným následným soudním sporům o náhrady škod, kdyby nebylo dílo dodáno včas, a žalobce musel vrátit přijatou dotaci.

To vše žalobce danou podmínkou odpovědně zajistil, a proto by měla být žalovaným hodnocena kladně, nikoli negativně.

Daná podmínka současně **odpovídá místním konkrétním podmínkám** realizace zakázky, žádný ze skutečných i možných uchazečů nebyl předem bezdůvodně vyloučen z výběrového řízení, a žádný, kdo by toto tvrdil, reálně neexistuje.

Žalovaný tedy **potencionálně porušení rozpočtové kázně z titulu kontrolního zjištění č. 2 tedy navíc ani fakticky neprokázal**, tedy sám platební výměr napadený tímto odvoláním byl proto vydán v rozporu s § 22 ZRP.

Nad rámec žalobního návrhu současně uvádíme, že i kdyby reálně existoval stěžovatel, který by rozporoval povinnost mít uzavřenu podobnou smlouvu, nebo byl kvůli jejímu nepředložení vyloučen, **i tento postup žalobce by byl správný a nie neporušující**, protože bez zajištění materiálu z obalovny by se nikdo nemohl o danou zakázku reálně ucházet, protože by ji nemohl nikdy termínově nebo kvalitativně, nebo obojí, splnit, a proto by mu ji žadatel nemohl zadat, pokud by jednal za jednotku územní samosprávy odpovědně.

Navrhujeme proto, aby

na základě všech výše uvedených skutečností vynesl krajský soud tento

rozsudek:

I.

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.**

II.

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.**

III.

Žalovaný je povinen uhradit žalobci náhradu nákladů řízení, a to soudní poplatek a náhradu za právní zastoupení dle vyhl. 177/1996 Sb. Sb., a to tři úkony právní služby (převzetí a příprava, konzultace s klientem, sepis správní žaloby), a tři režijní paušály, plus DPH.

Žádost o nařízení jednání.

Z důvodu významnosti věci pro žalobce si dovoluujeme požádat, aby o věci bylo nařízeno jednání, když s ohledem na vzdálenost AK si dovoluujeme zdvořile požádat o hodinu jednání 13.00 hodin a dále.

Město Hrádek nad Nisou

v.z.

Mgr. Jana Zwyrtek Hamplová
advokátka

