



MORAVSKOSLEZSKÝ KRAJ

KRAJSKÝ ÚŘAD

28. října 117, 702 18 Ostrava



Váš dopis zn.:

Ze dne:

Čj: MSK 113997/2017
Sp. zn.: EP/22546/2014/Bár

0

Vyřizuje: Mgr. Matěj Bártek
Odbor: Odbor evropských projektů

Telefon: 595 622 544

Fax: 595 622 427

E-mail: posta@msk.cz

Datum: 15 .09. 2017

Městský soud v Praze
pracoviště Hybernská 1016/18
111 21 Praha 1

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

Osoba zúčastněná podle § 34 odst. 1 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“):

Regionální rada soudržnosti Moravskoslezsko

se sídlem Na Jízdárně 2824/2, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava

IČ: 750 826 16

Žaloba podle § 65 s.ř.s. proti rozhodnutí správního orgánu

Návrh na přiznání odkladného účinku žaloby podle § 73 odst. 2 s.ř.s.

tříkrát

Přílohy dle textu

Soudní poplatek bude uhrazen na výzvu soudu

I. SKUTKOVÝ STAV

Mezi žalobcem a Regionální radou soudržnosti Moravskoslezsko (dále jen „Regionální rada“) byla uzavřena Smlouva o poskytnutí dotace z rozpočtu Regionální rady č. 90275/2010 ze dne 14. 6. 2010, ve znění Dodatku č. 1, ze dne 15. 2. 2012 (dále jen „Smlouva o poskytnutí dotace“) na projekt „Silnice 2009 - obchvat Opava“, reg. č.: CZ1.10/1.1.00/06.00482.

Samotný projekt, který dotačně podpořen na základě Smlouvy o poskytnutí dotace z Regionálního operačního programu Moravskoslezsko, spočíval ve vybudování jižního obchvatu Opavy. Došlo k převedení tranzitní dopravy na tento obchvat mimo centrum městské části Kylešovice a k vyloučení úrovnového křížení silniční dopravy a železniční tratí Opava východ – Hradec nad Moravicí. Začátek obchvatu je v místě křížení se silnicí I/57, kde se napojuje na navrženou úrovnovou 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 tratí 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 byla poskytována ex post, na základě předložení žádosti o platbu na základě skutečně vynaložených, odůvodněných a řádně prokázaných způsobilých výdajů projektu.

Poskytovatel dotace, Regionální rada, uložila finanční opravu poskytnuté dotace na tento projekt na základě výsledků auditu operace dle Zprávy o auditu operace č. ROP MS/2013/O/008 ze dne 7. 1. 2014 (dále též „zpráva o auditu operace“). Audit byl u žalobce realizován v období od 15. 7. 2013 do 31. 7. 2013. Audit byl proveden pro potřeby Ministerstva financí, které vykonává funkci auditního orgánu dle čl. 62 Nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 o obecných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu a Fondu soudržnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1260/1999, ze dne 11. 7. 2006.

Auditní orgán doporučil Úřadu regionální rady (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 „zákon o VZ“).

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 podle § 22 odst. 1 a 2 zák. č. 250/2000 Sb. povinnost odvodu neoprávněně použitých peněžních prostředků ve výši 32.927.638,- Kč.

Z odůvodnění uvedeného rozhodnutí vyplývá, že v rámci nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce s názvem „Přeložka silnice II/461 v Opavě – jižní obchvat“ (dále také „veřejná zakázka“) bylo shledáno následující zjištění:

„Došlo k porušení základních zásad dle § 6 zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) a základních zásad stanovených v Metodickém pokynu pro zadávání veřejných zakázek.“

ÚRR konstatoval, že žalobce postupoval v rozporu se Smlouvou o poskytnutí dotace, konkrétně v rozporu s čl. V odst. 4 bod 4.1, jelikož došlo k porušení ZVZ a Metodického pokynu pro zadávání veřejných zakázek. Na základě čl. V odst. 8 bod 8.3 Smlouvy o poskytnutí dotace je Regionální rada oprávněna provést finanční korekci způsobilých výdajů. Tato finanční korekce se rovná odvodu za porušení rozpočtové kázně podle § 22 zák. č. 250/2000 Sb.

Žalobce se neztotožnil s Rozhodnutím č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně, neboť podle něj nedošlo k prokázání porušení rozpočtové kázně podle § 22 zák. č. 250/2000 Sb. Ze strany žalobce, jako příjemce dotace k projektu „Silnice 2009 - obchvat Opava“, nedošlo k neoprávněnému použití prostředků dotace, kterým byla porušena povinnost stanovená právním předpisem či Smlouvou o poskytnutí dotace. Ze strany ÚRR, jako správce daně příslušného pro vydání napadeného rozhodnutí, nedošlo k dostatečnému prokázání porušení ZVZ.

Dne 15. 8. 2014 podal žalobce řádně a včas odvolání podle § 109 zák. č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“) proti výše uvedenému rozhodnutí. Podle § 22 odst. 12 zák. č. 250/2000 Sb., je orgánem příslušným k přezkoumání napadeného rozhodnutí Ministerstvo financí.

Ministerstvo financí rozhodlo na základě § 116 odst. 1 písm. a) daňového řádu a § 22 odst. 12 zákona č. 250/2000 Sb., o odvolání MSK proti rozhodnutí č. PRK 21/2014 dne 11. 8. 2017 č. j.: MF-66200/2014/1203-6. Proti tomuto rozhodnutí není dále možné podat podle § 116 odst. 4 daňového řádu odvolání. Tímto došlo k vyčerpání řádných opravných prostředků v řízení před správním orgánem (§ 68 písm. a) s.ř.s.)

Důkaz:

- Smlouva o poskytnutí dotace a Dodatek č. 1
- Zpráva o auditu operace č. ROP MS/2013/O/008 ze dne 7. 1. 2014
- Stanovisko ke zprávě o auditu operace ze dne 23. 12. 2013
- Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014
- Odvolání proti Rozhodnutí č. PRK 21/2014 ze dne 15. 8. 2014
- Rozhodnutí MF o odvolání ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6

II.

ODVOLACÍ ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM

Žalobce v rámci řízení podle daňového řádu odvoláním napadl Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014, kterým uložil ÚRR odvod za to, že při zadání uvedené nadlimitní veřejné zakázky v zadávací dokumentaci mezi technickými kvalifikačními předpoklady i požadavek, aby uchazeči disponovali alespoň po dobu nutnou pro plnění veřejné zakázky nejméně dvěma obalovnými živičnými 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. Jak již bylo uvedeno, správce daně odůvodnil uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně odkazem na auditní zprávu s tím, že odvolatel při zadání veřejné zakázky na stavební práce s názvem „Přeložka silnice II/461 v Opavě – jižní obchvat“ porušil § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) a základní zásady stanovené v „Metodickém pokynu pro zadávání veřejných zakázek“, který jsou závazný pro příjemce dotace.

Ministerstvo financí, jako odvolací orgán, přezkoumalo napadené rozhodnutí v intencích § 114 daňového řádu a dospělo k závěru, že odvolání je částečně důvodné. K námitkám uvedeným v odvolání uvádí, že podle jeho názoru: „...nelze samotným uvedením požadavku na vlastnictví minimálně dvou obaloven či předchozím smluvním zajištěním dodávek obalované směsi, a stejně tak požadavku na disponování nejméně dvěma výrobními betonových směsí ve stanovené vzdálenosti od stavby, spolehlivě zajistit požadovanou kvalitu díla, či její soulad s relevantními technickými normami. Za přiměřenou garanci kvality lze v tomto ohledu považovat spíše požadavek na uvedení referenčních zakázek, jimiž uchazeči mohou prokázat svoji způsobilost realizovat zakázku.

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 vyrazen pouze jeden (odvolatel neuvedl, z jakého důvodu) 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.

Podle názoru odvolacího orgánu tak zadavatel svým postupem v zadávacím řízení, který byl v rozporu s § 50 odst. 3 a § 6 ZVZ, mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky."

Podle názoru odvolacího orgánu je zejména v daňovém řízení nutné při posuzování postupu příjemců dotací při zadávání veřejných zakázek z hlediska dodržení rozpočtové kázně zohledňovat i relevantní judikaturu správních soudů, především Nejvyššího správního soudu, neboť jedině soudy jsou k výkladu zákonných norem kompetentní. Odvolací orgán se ztotožnil se závěrem správce daně o porušení rozpočtové kázně též z toho důvodu, že při zadání předmětné veřejné zakázky na stavební práce podle něj k principiálně shodnému pochybení, o jakém již opakovaně rozhodoval i Nejvyšší správní soud. Pokud se jedná o rozhodovací praxi Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále je „ÚOHS“) ve věci zakázek jiných zadavatelů, má názor ÚOHS pro správce daně v dané váhu odborného názoru, k němuž s ohledem na konkrétní okolnosti posuzovaného případu může, ale nemusí přihlídnout. Ač ÚOHS v době uvedení požadavku na vlastnictví či smluvní zajištění obalovny jako porušení zásady zákazu diskriminace nepovažoval, je třeba reflektovat změnu přístupu správce daně. Výklad těchto pravidel byl logicky ovlivněn též zkušenostmi řídicích orgánů na všech úrovních z aplikace těchto pravidel v praxi. Vzhledem k tomu, že činnost auditních orgánů je po vertikální linii koordinována ze strany orgánů EU, je třeba následně akceptovat i doporučení těchto orgánů.

V otázce retroaktivní aplikace judikatury, kterou žalobce v odvolání namítal, odvolací orgán v napadeném rozhodnutí odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, zejména na jeho rozsudek č. j. 5 As 96/2014 – 37 ze dne 14. 5. 2015. Tímto rozsudkem Nejvyšší správní soud odkázal na náleží Ústavního soudu týkajícího se temporálního účinku judikatury a jejich změn. Základním tvrzením tohoto nálezu je, že justice jakožto "nalézací" instituce provádí výklad zákona (v jeho mezích), který platí "od začátku" (ex tunc) a své uplatnění (coby právo v materiálním smyslu) zpravidla nalezne i u dalších případů, jejichž skutkový základ leží rovněž v minulosti. Pokud tedy soudní rozhodnutí z podstaty věci působí zpětně (retrospektivně), nemůže se na ně uplatit ani obecný zákaz retroaktivity.

V rozhodnutí odvolacího orgánu jsou dále uvedeny rozsudky Nejvyššího správního soudu j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 69/2012 ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 66/2012 ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs

20/2013 ze dne 27. 6. 2013 a rozhodnutí ÚOHS č. j.: ÚOHSS991/2014/VZ-27407/2014/542/MBa ze dne 19. 12. 2014. Z rozsudků vyplývá, že požadavek na vlastnictví obalovny či uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem či provozovatelem obalovny lze akceptovat v takových případech, kdy je odůvodněn legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky). Dle názoru odvolacího orgánu však tato situace nenastala a domnívá se, že vlastnictví či smluvní zajištění obalovny za těchto okolností neovlivňuje kvalitu provedení díla rozhodující měrou.

Odvolací orgán tedy považuje požadavek na dvě obalovny živičných směsí, jejichž součet výkonu bude min. 350 t/h. za nepřiměřený rozsahu a povaze díla, což podle něj vede k neoprávněné diskriminaci některých dodavatelů.

Následně odvolací orgán uzavírá svou argumentaci s tím, že shledal v postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky na stavební práce s názvem „Přeložka silnice 11/461 v Opavě – jižní obchvat“ rozpor s ustanovením § 50 odst. 3 ZVZ, neboť zadavatel požadavkem na vlastnictví či smluvní zajištění dvou obaloven se značnou výrobní kapacitou nepochybně překročil rámec ustanovení § 56 odst. 1 písm. c) ZVZ. Zadavatel tím měl porušit zásadu zákazu diskriminace dle § 6 ZVZ, čímž došlo k neoprávněnému použití prostředků poskytnutých z rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti Moravskoslezsko ve smyslu ustanovení § 22 odst. 2 zákona č. 250/2000 Sb., a tím i porušení rozpočtové kázně podle ustanovení § 22 odst. 1 zákona č. 250/2000 Sb.

Výše sazby 25 % byla vyhodnocena odvolacím orgánem jako přiměřená s přihlédnutím na judikaturu a Rozhodnutí Evropské komise ze dne 19. 12. 2013, kterým se stanoví a schvalují pokyny ke stanovení finančních oprav, jež má Komise provést u výdajů financovaných Unii v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek (dále jen „pokyny k finančním opravám“). Odvolací orgán při správním uvážení o přiměřenosti sazby sankce za porušení rozpočtové kázně přihlédl k tomu, že v posuzovaném případě se jednalo o porušení ZVZ, které mohlo mít značný vliv na výběr dodavatele stavebních prací. Technické kvalifikační předpoklady byly nastaveny výrazně širěji, než odpovídalo povaze a charakteru zakázky. Zjištěné pochybení mohlo způsobit odrazení dalších uchazečů od podání nabídky.

Odvolací orgán změnil v Rozhodnutí č. PRK 21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014, vydané ÚRR pod č. j. RRRSM 11219/2014 částku odvodu za porušení rozpočtové kázně z 32.927.638,- Kč na 32.971.399,- Kč. Opravil tedy částku odvodu tak, aby odpovídala částkám, které byly žalobci v souvislosti s veřejnou zakázkou skutečně poskytnuty.

III. PŘEDMĚT ŽALOBY

Snahou žalobce, jako veřejného zadavatele, bylo v této veřejné zakázce stanovit dle běžné praxe technické kvalifikační požadavky tak, aby reflektovaly aktuální normy a složitost projektu. Primárně se vycházelo z požadavku TKP staveb pozemních komunikací, kapitoly 7 Hutněné asfaltové vrstvy, technologická pravidla (TP) a navazující ČSN 73 6121 Hutněné asfaltové vrstvy, podle kterých: *“Dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky, a musí být vedena nejkratší cestou. Její doba nesmí překročit při teplotě vzduchu 15 °C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod. Doba skladování v silách smí být max. 2 hod., přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hod. Během přepravy a čekání musí být asfaltová směs vždy zakryta. Přeprava přes čerstvě položenou směs není povolena.”* Tato závazná pravidla kladou důraz na minimální teploty pro

rozprostírání směsi při dopravě a pokládce asfaltové směsi. Tyto teploty mají zásadní vliv na jakost položené vrchní vrstvy vozovky. Mimo výše uvedené žalobce, jako zadavatel, požadoval po dodavatelích i dispozici s výrobami betonových směsí.

Z tohoto pohledu žalobce kladl důraz na dodržení jakosti a požadoval doložení postupu uchazeče při zachování normových teplot, a to prokázáním vlastní výroby, smluvním zajištěním dodávky nebo jiným technologicky vhodným způsobem. Takovéto požadavky v roce 2010 běžně používali i jiní zadavatelé, např. obce, kraje, správy silnic aj. Žalobce nevytvořil tedy žádnou účelově diskriminační dokumentaci, ale vycházel z běžné praxe, kdy obecně používaly obdobné požadavky subjekty veřejné správy v celé ČR. 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.

Žalobce považuje výrobu a pokládku živичných směsí za specifický obor v dopravního stavitelství vyžadující nutnost vlastnit příslušné strojní případně výrobní zařízení a mít pracovníky s dostatečnou praxí v tomto oboru. Živичné vrstvy jsou finálními vrstvami vozovky, zachycující dynamické a statické zatížení z dopravního provozu, a které v budoucnu významně ovlivňují kvalitu a životnost celého díla. Zároveň jsou to vrstvy, které musí odolat extrémním klimatickým vlivům (slunce, teplota, déšť, sníh, mráz, chemické posypy apod.). Z těchto důvodů je v podstatě povinností každého zadavatele, ve smyslu platných ČSN a TP v oblasti pozemních komunikací schválených ministerstvem dopravy, chtít po uchazeči již v prvopočátku zajištění co nejkvalitnější pokládky všech živичných směsí na stavbě a to bez ohledu na to, jakou finanční část výměra živичných povrchů zaujímá k celé stavbě, především s přihlédnutím k faktu, že tato vrstva chrání ostatní, mnohdy i významnější a finančně náročnější stavební objekty.

Rozhodnutí MF o odvolání ze dne 11. 8. 2017, resp. již audit operace Ministerstva financí, uvádí, že vzhledem k předpokládané hodnotě dodávky obalované asfaltové směsi ve výši 10,7% z celkové hodnoty veřejné zakázky dle cenového rozpočtu (objem betonových směsí činí 10,8 %) a dostupným 11 obalovnám v dosahu stavby je nastavený kvalifikační předpoklad nepřiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětu veřejné zakázky. Postoj žalovaného je však v tomto ohledu spekulativní.

K argumentaci žalovaného si žalobce dovoluje zopakovat, že asfaltová vrstva je na stavbě charakteru komunikace 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 považujeme asfaltovou vrstvu za významnou. Žalobce je toho názoru, že důležitost části předmětu veřejné zakázky nelze odvozovat pouze matematicky podle procent z celkového rozpočtu. Vždy je na rozhodnutí zadavatele, na jakou vlastnost poptávaného předmětu plnění bude klást důraz, pokud budou zachován princip nediskriminace. Výskyt 11 obaloven, které mohou splnit požadavky zadávací dokumentace, považuje žalobce za dostatečný a z pohledu možného omezení počtu uchazečů za nediskriminační.

S konstatováním, že zadavatelem vymezená minimální úroveň kvalifikačního předpokladu neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a že tak došlo k porušení zásady zákazu diskriminace v rozporu § 6 ZVZ, se žalobce v žádném případě nemůže ztotožnit.

Žalovaný zastává kategorický názor, že samotným uvedením požadavku na vlastnictví obalovny či předchozí smluvní zajištění dodávek obalované směsi není možné spolehlivě zajistit požadovanou kvalitu díla či její soulad s relevantními technickými normami, za přiměřenou garanci kvality lze v tomto ohledu považovat dle názoru žalovaného spíše požadavek na uvedení referenčních zakázek, jimiž uchazeči mohou prokázat svoji způsobilost

realizovat zakázku. S tím žalobce však opět nesouhlasí, když doložení referenčních zakázek lze prokázat i prostřednictvím subdodavatele a ty jako takové nejsou zcela vypovídající o technických zařízeních, které má nebo bude mít dodavatel k dispozici a proto lze trvat na důležitosti požadavku na kapacitní obalovnu.

Jak již žalobce uvedl v odvolání, zastává opačný názor, neboť vycházel z obecné praxe a usnesení ÚOHS z roku 2010, která nastavené kvalifikační předpoklady za diskriminační nepovažují. Snahou bylo zajistit v po celou dobu realizace kvalitní dodávky stavebních materiálů, aby předešel možné škodě při nedostatečných kapacitách dodavatele a nedodržení zákonných technologických postupů. Účelem nastavení kvalifikačních předpokladů je, aby tyto splnili pouze uchazeči způsobilí. V tomto smyslu nastavil zadávací podmínky, aniž by postupoval účelově a diskriminačně.

Zpráva o auditu operace se odkazuje na rozsudek č.j. 62 Af 1/2011-83 Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012 a Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Asf 69/2012 - 55. Citované rozsudky zrušily rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-R48,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI ze dne 2. 11. 2010, kde ÚOHS naopak konstatoval, že požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou tak, aby byla zajištěna požadovaná kvalita asfaltového betonu a obalované směsi, přiměřený předmětu veřejné zakázky je. Tedy i rozhodovací praxe ÚOHS, která existovala v okamžiku zahájení zadávacího řízení, požadavek na dispozici s obalovnou za diskriminační nepovažovala.

Především je však žalobce toho názoru, že ani výše uvedená rozhodnutí Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu nelze v žádném případě paušálně interpretovat tak, že požadavek zadavatele na dispozici obalovnou je a priori v rozporu se základními zásadami § 6 ZVZ. Uvedená soudní rozhodnutí totiž vycházela z určitého skutkového stavu a také z určitých charakteristik a parametrů přezkoumávané veřejné zakázky a závěr o diskriminaci učinila právě s ohledem na tyto specifické okolnosti. V žádném případě však soudy nedospěly k závěru, že požadavek na dispozici s obalovnou je v každém myslitelném případě nepřijatelný. Jsme toho názoru, že veřejná zakázka zadaná žalobcem vykazuje odlišnosti oproti veřejné zakázce, které byla předmětem přezkumu v rámci výše uvedených soudních rozhodnutí, a požadavek na dispozici s obalovnou byl, jak je uvedeno výše, plně odůvodněn druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění veřejné zakázky.

Zdůrazňujeme, že v době zahájení a trvání zadávacího řízení na Veřejnou zakázku, tj. 07/2009-09/2010 neexistovalo žádné rozhodnutí, které by v požadavku na dispozici s obalovnou spatřovalo diskriminační postup. Naopak se jednalo o požadavek naprosto běžný, dá se říci, že u zakázek daného typu masově používaný. Skutečnost, že se nejedná o požadavek excesivní, lze dokumentovat i tím, že jej potvrdilo i výše zmíněné rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-R48,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI ze dne 2. 11. 2010.

Žalobce postupoval při nastavení kvalifikačních kritérií s náležitou odbornou péčí a s ohledem na běžnou praxi, která v době zadávacího řízení panovala v oblasti veřejného zadávání. Ze skutečnosti, že soudy v jiném případě, ač podobném, (který navíc, jak bylo uvedeno, vychází z určitého skutkového stavu a jeho závěry nelze zkratkovitě paušalizovat) až s odstupem několika let shledaly požadavek na prokázání dispozice s obalovnou nepřiměřeným, není možné dovozovat, že žalobce automaticky pochybil.

Z důvodu možného porušení ZVZ, které konstatovala zpráva o auditu operace, ÚRR podal podnět k zahájení řízení o přezkoumání úkonů v rámci předmětné veřejné zakázky na ÚOHS. Ze strany ÚOHS nebylo zahájeno správní řízení z moci úřední pro porušení ZVZ. Žalobce tedy postupoval v legitimní oprávněné důvěře v právo potvrzené rozhodovací praxí a judikaturou, přičemž tento princip aplikoval s ohledem na technickou opodstatněnost daného kvalifikačního požadavku.

Smysl a cíl zákazu diskriminace zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (srov. rozsudek NSS ze dne 5.6.2008, č.j. 1Afs 20/2008-152). Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci, přičemž klíčovým problémem skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato „zjevná nepřiměřenost“ není vymezitelná žádnou obecnou definicí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nelze „předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů“ ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat.

Žalobce má za to, že jako každý jiný zadavatel musí mít prostor pro legitimní ekonomickou úvahu a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné pouze tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.

Žalobce svůj požadavek ohledně výkonu obaloven zdůvodnil s tím, že požadovaná kapacita 350 t/h odpovídá množství obalovaného kameniva dle projektu a vychází z nezbytné doby pro realizaci stavby a z obvyklých potřeb pro zajištění kontinuální dodávky asfaltobetonových směsí pokládaných bez pracovní spáry, což má vliv na kvalitu a životnost díla.

IV. NÁMITKA PODJATOSTI ÚŘEDNÍCH OSOB MINISTERSTVA FINANČÍ

Dle názoru žalobce se žalovaný nedostatečně vypořádal s námitkou podjatosti podle § 77 odst. 1 písm. b) daňového řádu. Tvzení, že „*Auditní orgán na základě usnesení vlády zařazen do organizační struktury Ministerstva financí, je do značné míry autonomní útvar, který postupuje nezávisle a objektivně v souladu s pokyny Evropské komise, které také hlásí svá zjištění a kterou musí pravidelně ujišťovat o své nezávislosti.*“ není zárukou nepodjatosti úředních osob. Ani fakt, že platy zaměstnanců auditního orgánu jsou hrazeny z prostředků Evropské unie, není zárukou nezávislosti těchto zaměstnanců. Organizační struktura Ministerstva financí, ve které jsou sekce 04 Auditní orgán a sekce 06, do něhož spadá odbor 12 Financování územních rozpočtů a programové financování, který rozhodl o odvolání, je sice strukturálně oddělená. Žalovaný se však nevypořádal s námitkou v tom smyslu, že ředitelem odboru 12 je pan Ing. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, který v době doručení Zprávy o auditu operace č. ROP MS/2013/O/008 ze dne 7. 1. 2014 vykonával pozici náměstka Ministra financí, který měl na starosti sekci 04, tedy i auditní orgán, který provedl audit operace, na základě něhož pak bylo vydáno Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně. V odůvodnění Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014 je uvedeno, že:

„Podle kap.3.10.1 Šetření nesrovnalostí Metodiky finančních toků a kontroly programů spolufinancovaných ze strukturálních fondů, Fondu soudržnosti a Evropského rybářského fondu na programové období 2007 - 2013 (dále jen „MFTK“) „nesrovnalosti, které vyplývají z finálních auditních zpráv AO, z finálních auditních zpráv EK či EÚD nebo kontrolních protokolů PCO, včetně jejich vyčísleného finančního dopadu, již ŘO nemá oprávnění rozporovat.“ Z uvedeného tedy vyplývá, že Regionální rada je dle závazné metodiky, tj. MFTK, vázána závěry auditního orgánu týkající se nesrovnalostí. Dle MFTK je Regionální rada povinna tyto nesrovnalosti vymáhat.“

Úřad regionální rady tedy musel dle vnitřních metodických pokynů respektovat závěry auditního orgánu, v jehož organizační struktuře byla i výše uvedená úřední osoba v pozici náměstka ministra financí, do jehož kompetence ředitel auditního orgánu spadal. Následně stejná úřední osoba v pozici ředitele odboru 12 Financování územních rozpočtů a programové financování, resp. jí podřízený zaměstnanec, se podíleli na Rozhodnutí Ministerstva financí České republiky ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6. Uvedená úřední osoba, od níž podjatost vychází, toto rozhodnutí přímo podepsala.

Pochybnost žalobce o nepodjatosti je proto založena na rozumných a z reality vycházejících důvodech k domněnce, že zde mohl existovat nežádoucí stav, jenž by mohl ovlivnit úřední osobu v nestrannosti při výkonu svěřené pravomoci.

Žalobce ji tedy považuje za osobu podjatou a to podle § 77 odst. 1 písm. b) i c) daňového řádu.

V. NÁVRH NA PŘIZNÁNÍ ODKLADNÉHO ÚČINKU ŽALOBĚ PODLE § 73 Odst. 2 S.Ř.S.

Žalobce žádá, aby soud v souladu s ustanovením § 73 odst. 2 s.ř.s. přiznal této žalobě odkladný účinek. K tomu uvádí tyto důvody:

V Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014 byla uložena žalobci povinnost odvodu ve výši 32.927.638,- Kč ve lhůtě splatnosti 60 dnů od dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí a to na účet Regionální rady č. 2884102/0800, vedený u České spořitelny, a.s., variabilní symbol 800482. Právní moc uvedeného rozhodnutí nastala doručením Rozhodnutí Ministerstva financí o odvolání ze dne 11. 8. 2017, č.j.: MF-66200/2014/1203-6. Odvolací orgán změnil v Rozhodnutí č. PRK 21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014, vydané ÚRR pod č. j. RRRSM 11219/2014 částku odvodu za porušení rozpočtové kázně z 32.927.638,- Kč na 32.971.399,- Kč.

Pro žalobce s ohledem na výši odvodu, který byl stanoven dle pokynů Evropské komise k finančním opravám, by úhrada znamenala, i přes rozpočet Moravskoslezského kraje, značnou újmu. Žalobce v dané věci využil všech dostupných námitek, stanovisek a opravných prostředků.

Žalobce, Moravskoslezský kraj je podle zák. č. 129/2000 Sb. o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek a vlastní příjmy vymezené zákonem a hospodaří za podmínek stanovených zákonem podle vlastního rozpočtu. Dle zákona majetek kraje musí být využíván účelně a hospodárně v souladu s jeho zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákona. Zároveň je povinen pečovat o zachování a rozvoj svého majetku.

Pokud by Moravskoslezský kraj odvod uhradil a v projednávané věci byl úspěšný, lze důvodně pochybovat o tom, že by správce daně byl schopen nezákonně vymáhané prostředky vrátit. Uhrazený odvod je Regionální rada povinna zaslat na Ministerstvo financí, které má na starosti Platební a certifikační orgán (PCO) pro ESF Fondy, spravuje účty a plní výkaznické povinnosti ve vztahu k orgánům EU.

Činnost správce daně, Regionální rady, resp. ÚRR, je spojena se zajištěním realizace Regionálního operačního programu Moravskoslezsko (dále také „ROP“) v programovém období 2007-2013. Jejím hlavním úkolem bylo spravovat finanční prostředky z evropských strukturálních fondů a českých veřejných zdrojů a směřovat je prostřednictvím poskytnutých dotací na rozvojové investiční projekty k příjemcům dotací v Moravskoslezském

kraji. Projekt „Silnice 2009 - obchvat Opava“ byl rovněž podpořen z dotace z tohoto operačního programu. Dne 30. 3. 2017 byla Evropské komisi odeslána Závěrečná zpráva o provádění ROP. V novém programové období již tyto činnosti Regionální rada nevykonává. V současnosti je hlavní náplní zajištění udržitelnosti projektů. Po skončení udržitelnosti projektů nelze vyloučit, že Regionální rada bude legislativně zrušena (zákon č. 248/2000 Sb., o podpoře regionálního rozvoje, ve znění pozdějších předpisů). Nelze ani vyloučit, že k tomuto dojde dřív. V době ukončení soudního řízení o této žalobě již tak nemusí subjekt existovat a nelze ani předvídat, kdo bude jeho právním nástupcem, a jestli vstoupí do všech jeho práv a povinností. Rozpočtově je Regionální rada závislá na evropských strukturálních fondech a dotacích, které jí poskytuje Moravskoslezský kraj. Žádné jiné příjmy Regionální rada nemá.

Žalobce tedy poukazuje na rizika spojené s vrácení odvodu správce daně, která mu mohou způsobit značnou újmu resp. škodu. Domnívá se, že zde nejsou odpovídající legislativní záruky k tomu, aby byl správcem daně neoprávněně vymáhaný odvod vrácen.

Odkladný účinek žaloby není v rozporu s veřejným zájmem. Předmět projektu byl naopak realizován ve veřejném zájmu, přičemž prostředky odvodu mohou být v budoucnu využity na další projekty, zejména na ty, které se týkají dopravní infrastruktury Moravskoslezského kraje.

VI. ZÁVĚREČNÝ ŽALOBNÍ NÁVRH

Vzhledem ke všemu výše uvedenému žalobce navrhuje, aby soud vydal rozsudek tohoto znění:

- I. Rozhodnutí Ministerstva financí České republiky ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6, se pro nezákonnost zrušuje a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.**
- II. Žalovaný je povinen nahradit žalobci náklady řízení.**



Prof. Ing. Ivo Vondrák, CSc.
hejtman kraje



Přílohy:

- Smlouva o poskytnutí dotace
- Zpráva o auditu operace č. ROP MS/2013/O/008 ze dne 7. 1. 2014
- Stanovisko ke zprávě o auditu operace ze dne 23. 12. 2013
- Rozhodnutí č. PRK21/2014 o odvodu za porušení rozpočtové kázně ze dne 17. 7. 2014
- Odvolání proti Rozhodnutí č. PRK 21/2014 ze dne 15. 8. 2014
- Rozhodnutí MF o odvolání ze dne 11. 8. 2017, č. j.: MF-66200/2014/1203-6

10/10