Sdružení Český ráj
Antonína Dvořáka 335
511 01 Turnov

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu – Liberec
Masarykova 542/18
460 01 Liberec

V Turnově dne 30. října 2014

Námitky k výsledku kontroly projektu „Greenway Jizera v úseku Dolánky – Líšný“ (protokol RRSV 12982/2014)

V rámci Protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 (dále jen Protokol), byla kontrolním orgánem identifikována porušení uzavřené Smlouvy o poskytnutí dotace č. LB/0946/S týkající se projektu „Greenway Jizera v úseku Dolánky – Líšný“ (reg. čís. CZ.1.13/3.1.00/14.00946).

Pochybení se týkají administrativních nedostatků v rámci odevzdané závěrečné monitorovací zprávy a žádosti o platbu č. 7 s navýšením nezpůsobilých výdajů o 118 673,- Kč (viz body 12.2 až 12.6 Protokolu). Všechna deklarovaná pochybení byla projednána v rámci prováděné kontroly a tato akceptujeme

Dále bylo v rámci kontroly shledáno pochybení u výběrového řízení č. 004 na stavební práce a v důsledku toho bylo konstatováno porušení rozpočtové kázně ze strany příjemce dotace. Na základě doporučení skupiny pro nesrovnalosti je navržena finanční korekce (snížení způsobilých výdajů projektu) ve výši 5% z hodnoty zakázky, tzn. celkem 1.391.969,34 Kč.

V rámci VŘ č. 0004 se údajně jednalo o následující pochybení:

1. Požadavek na „generálního“ dodavatele stavebních prací v rámci TKP;
2. Nepředložením bankovní záruky před uvolněním zádržného.

K tomuto kontrolnímu nálezu uplatňujeme námitky ve smyslu § 13 kontrolního řádu z důvodů níže uvedených.

Ad 1. Požadavek na generálního dodavatele

V rámci kontroly VŘ 004 na stavební práce byl shledán jako diskriminační požadavek předložení obdobných zakázek, které uchazeč realizoval jako generální dodavatel (viz Technické kvalifikační předpoklady, odstavec 6.1.1. Zadávací dokumentace VŘ).

Tímto postupem dle sdělení kontrolní skupiny došlo k porušení zásady zákazu diskriminace, tj. k porušení § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Porušením § 6 ZVZ současně údajně došlo k porušení čl. XII. Smlouvy, konkrétně odst. 12.1.

Za stěžejní v této záležitosti pokládáme výklad pojmů **generální dodavatel, dodavatel** a **subdodavatel**. Z hlediska ZVZ není věcného rozdílu mezi pojmy **generální dodavatel** a

dodavatel, a na druhou stranu je významný rozdíl mezi pojmy **dodavatel** a **subdodavatel**. Subdodavatel je totiž pojem definovaný v ZVZ, v § 17 písm. i), generální dodavatel definován není.

Obecně je subdodavatel ten, který nevystupuje ve vztahu k objednateli vlastním jménem a na vlastní účet. Přitom generální dodavatel i dodavatel ve vztahu k objednateli vystupují vlastním jménem. V ZVZ není pojem generální dodavatel používán, tj. ZVZ nerozlišuje mezi dodavatelem a generálním dodavatelem. Nerozlišuje-li zákon mezi těmito dvěma pojmy, má je za rovnocenné, připouští dokonce, že dodavatel může plnit dodávku prostřednictvím subdodavatelů, pak použití identických pojmů z pohledu ZVZ nemůže být porušením tohoto zákona a nemůže způsobit diskriminaci.

O výše uvedeném nediskriminačním postupu svědčí i další následující skutečnosti:

- počet podaných nabídek (14 – tedy dostatečně vysoký umožňující skutečnou vzájemnou hospodářskou soutěž a výběr nejvhodnějšího uchazeče);
- žádné dotazy uchazečů k pojmu generální dodavatel jsme neobdrželi;
- žádné námitky na průběh řízení nebyly podány tomuto a ani nebyly podány proti požadavku v žádné fázi zadávacího řízen;
- text podaných nabídek (ukázka viz příloha) – nerozlišují dodavatel x generální dodavatel;
- chápání pojmu generální dodavatel vzhledem k typu stavby – v zásadě se jedná o jednoduchou stavbu a z toho se odvozovalo i chápání pojmu všemi zúčastněnými;
- všechny podané nabídky vyhověly požadavku na předložení seznamu stavebních zakázek provedených dodavatelem jako generálním (pouze 1 vyloučený uchazeč – sdružení dodavatelů, vyloučen na základě nedoplnění ekonomických a kvalifikačních předpokladů, technických kvalifikačních předpokladů, v případě společné nabídky musí splnění kvalifikace prokázat všichni dodavatelé společně, kvalifikační předpoklady doloženy vždy pouze u jednoho člena sdružení).
- ÚOHS ve své rozhodovací činnosti podle dostupných informací (zejména na Internetu) rozlišování pojmu generální dodavatel a dodavatel neřešil
- generálním dodavatelem je vždy dodavatel, se kterým má objednatel uzavřenu smlouvu na realizaci nějakého díla, z tohoto hlediska není rozdílu mezi oběma pojmy, cílem zadávacího řízení je uzavření smlouvy; protikladem je subdodavatel – tj. podílí se na stavbě pouze v určitém dílčím podílu a nezodpovídá za její řízení, koordinaci ani za dodržení smluvních podmínek, smlouva není uzavřena s ním uzavírána na základě zadávacího řízení vyhlašovatelem.

SHRNUTÍ

Ve výběrovém řízení byl pojem GENERÁLNÍ dodavatel použit pro účely zvýraznění odlišení od postavení SUBDADAVATELE. Takto bylo i všemi zúčastněnými i chápáno. K nedůvodnému zúžení okruhu dodavatelů, schopných plnit veřejnou zakázku naším postupem nedošlo. Nejde tedy o postup nesouladný se ZVZ. Naopak i námi použitý postup (pojem) je souladný se ZVZ (ZVZ ho

totiž výslovně nezapovídá ani ho jako nezákonný neoznačuje). Proto požadujeme, aby tento kontrolní nález byl **vypuštěn** z kontrolního protokolu. Případně aby byl posouzen jako **formální porušení** (ostatně se jedná o použití synonyma z pohledu ZVZ) a od korekce bylo upuštěno v návaznosti na Pokynu COCOF, str. 2 odstavec třetí (tj. při formálním porušení se korekce neuplatní vůbec).

Ad 2. Nepředložení bankovní záruky před uvolněním zádržného

Druhým údajným pochybením je změna obchodních podmínek z důvodu nevyžádání/nepředložení bankovní záruky před uvolněním zádržného dle obchodních podmínek uzavřené Smlouvy o dílo.

Dle uzavřené smlouvy o dílo (čl. 11.1.3) měl objednatel zhotoviteli uhradit zbývající polovinu zádržného proti poskytnutí bankovní záruky ve prospěch objednatele ve výši 5% z ceny díla včetně dodatků (čl. 11.3).

Kontrolní orgán uvádí, že došlo ke změně smluvních podmínek. K tomu uvádíme, že nedošlo ke změně smluvních podmínek, došlo k prodlení s předložením poskytnuté bankovní záruky. Podle smlouvy o dílo č. 130/2011/EX je v bodě 11.1 uvedeno, že bankovní záruka má být vystavena podle čl. 11.3 smlouvy. Ve smlouvě v bodě 11.3 nejsou stanoveny žádné lhůty pro vystavení bankovní záruky. Zhotovitel je podle smlouvy bodu 11.3.2. povinen po předání díla poskytnout záruku. A k tomu došlo. Záruka je požadována z důvodu zajištění záručních podmínek. A ty jsou zajištěny bankovní zárukou, jak bylo předloženo.

Zádržné mělo být vyplaceno PROTI poskytnutí bankovní záruky. Výplata zádržného a poskytnutí záruky nemůže z technických a věcných důvodů proběhnout současně (převod peněz – tj. vyplacení zádržného – je proces, který netrvá jeden okamžik, nýbrž trvá od podání příkazu v peněžním ústavu až do úhrady tedy včetně přijetí bankou až k jeho realizaci). V našem případě je prodleva delší, nicméně vzhledem k tomu, že přesná definice okamžiku není uvedena, nemohlo dojít ani k porušení či nedodržení toho, co není stanoveno.

Zadávací dokumentace je vyhotovena v souladu se ZVZ, není porušením ZVZ skutečnost, která nastala při vlastním plnění zakázky. Z dočasné absence záruky nevyplynula žádná škoda (nevznikl v období dočasné absence záruky po vyplacení zádržného), nenastal žádný titul pro plnění (nenastala povinnost plnění zajišťovaného zárukou (reklamace)). Vznik časové prodlevy tak má zcela jednoznačně formální charakter.

Navíc k uváděnému porušení § 6 ZVZ nerovným přístupem a snížením transparentnosti uvádíme, že podle všech dostupných komentářů k ZVZ (v příloze přikládáme komentář z právního systému ASPI), se vztahuje § 6 ZVZ k zadávání veřejných zakázek. Viz též rozhodnutí ÚOHS: S 193/01-151/4924./01 v příloze komentáře ASPI. Předmětná bankovní záruka byla poskytnuta po zadání veřejné zakázky a to ve finální (závěrečné) fázi realizace zakázky. Tedy § 6 se týká výběru uchazečů pro účely uzavření smlouvy. Tedy námi realizovaným postupem nemohlo dojít k porušení § 6 ZVZ.

Vzniklou prodlevou však žádná ze stran prokazatelně nebyla poškozena ani zvýhodněna, neboť zakázka již byla zrealizována a jednalo se pouze o formální naplnění administrativních povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy o dílo. Dodavatel byl připraven obratem vystavit bankovní

záruku v souladu s uzavřenou smlouvou o dílo. Nemohla tímto postupem být dotčena transparentnost zadávacího řízení, neboť se zadávacího řízení tato skutečnost netýká.

Zároveň dle našeho názoru nebyl naplněn ani bod 18 pokynů dle COCOF (Jednání v průběhu zadávacího řízení), ze kterého vychází navržena finanční korekce V daném případě, vzhledem k tomu, že se jedná o formální nikoliv věcné pochybení, lze podle našeho přesvědčení postupovat podle Pokynů COCOF str. 2 třetí odstavec – při formálním porušení se korekce neuplatní vůbec.

Proto požadujeme toto kontrolní zjištění z protokolu **vypustit,** případně ho posoudit jako **formální** nesrovnalost a od korekce zcela upustit.

Za provedení požadovaných změn v protokole předem děkujeme.

SDRUŽENÍ ČESKÝ RÁJ
A. Dvořáka 335, 511 01 Turnov, IČO: 150 45 338
telefon: 481540253 www.cesky-raj.info

.....

Mgr. Jan Farský
předseda Sdružení Český ráj

Přílohy

1. Prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů (10 listů)
2. § 6 (text ZVZ + komentář ASPI, 3 listy)