Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod

V Liberci dne 12. 11. 2014
č. j.: RRSV 13831/2014
vyřizuje: Ing. Simona Malá
tel.: +420 488 570 470
email: s.mala@rada-severovychod.cz

Sdružení Český ráj
Mgr. Jan Farský, předseda
Antonína Dvořáka 335
511 01 Turnov

Vyřízení námitek

Vážený pane předsedo,

dne 24. 10. 2014 Vám byl doručen protokol o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 Vašeho projektu s názvem **„Greenway Jizera v úseku Dolánky - Líšný"** vedeného v Regionálním operačním programu NUTS II Severovýchod pod registračním číslem **CZ.1.13.3.1.00/14.00946**. Ve stanovené lhůtě, dne 4. 11. 2014, jste podal námitky, a to proti kontrolním zjištěním č. 12.1 a) a 12.1 b), kde uvádíte:

Zjištění č. 12.1 Pochybení ve VŘ 004 – VŘ na dodavatele stavebních prací

a) Požadavek na generálního dodavatele

Za stěžejní v této záležitosti pokládáte výklad pojmů generální dodavatel, dodavatel a subdodavatel.

Z hlediska ZVZ není dle Vašeho názoru věcného rozdílu mezi pojmy generální dodavatel a dodavatel, a na druhou stranu vidíte významný rozdíl mezi pojmy dodavatel a subdodavatel. Subdodavatel je totiž pojem definovaný v ZVZ, v § 17 písm. i), generální dodavatel definován není.

Ve Vašich námitkách uvádíte, že obecně je subdodavatel ten, který nevystupuje ve vztahu k objednavateli vlastním jménem a na vlastní účet. Přitom generální dodavatel i dodavatel ve vztahu k objednavateli 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 hlediska ZVZ nemůže být dle Vašeho mínění porušením tohoto zákona a nemůže způsobit diskriminaci.

O výše uvedeném nediskriminačním postupu dle Vašeho názoru 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 jste neobdrželi;*
- *žádné námitky na průběh řízení nebyly podány tomuto a ani nebyly podány proti požadavku v žádné fázi zadávacího řízení;*

- *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 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 dle Vašeho názoru 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.*

Ve shrnutí Vašich námitek konstatujete, že ve výběrovém řízení byl pojem generální dodavatel použit pro účely zvýraznění odlišení od postavení subdodavatele. Takto bylo i všemi zúčastněnými chápáno. K nedůvodnému zúžení okruhu dodavatelů, schopných plnit veřejnou zakázku dle Vašeho názoru nedošlo. Nejde tedy o postup nesouladný se ZVZ. Naopak tvrdíte, že i Vámi použitý postup (pojem) je souladný se ZVZ (ZVZ ho totiž výslovně nezapovídá ani ho jako nezákonný neoznačuje). Proto požadujete, 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 Pokyny COCOF, str. 2 odstavec třetí (tj. při formálním porušení se korekce neuplatní vůbec).

Z pohledu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ"), jsou skutečně relevantní pouze pojmy dodavatel a subdodavatel, ZVZ neobsahuje legální definici termínu „generální dodavatel", a tento pojem není ani v ZVZ nikde uveden. Pojem „dodavatel" je nutné vykládat ve vztahu k zakázce, která je předmětem dané soutěže, nikoliv ve vztahu prokázání referenčních zakázek, kdy dodavatel mohl rovněž vystupovat v pozici subdodavatele. Ve Vašich námitkách uvádíte, že je významný rozdíl mezi pojmy dodavatel a subdodavatel. Pojem dodavatel je definován následovně: *dodavatelem je fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel.* Z uvedené legální definice ani obecně z ustanovení ZVZ nelze v žádném případě dovodit, že by tímto dodavatelem nemohl být i dodavatel, který byl v rámci realizace jiné obdobné stavby v pozici subdodavatele. Kontrolní orgán dále uvádí, že subdodavatelem je dle ZVZ *osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva.* Tyto dva pojmy jsou tedy z hlediska ZVZ rozlišovány pouze z toho důvodu, aby v určité veřejné zakázce bylo evidentní, v jakém postavení jsou jednotliví dodavatelé, kteří se na dané zakázce podílí. Rozhodně by definice těchto pojmů neměla vést k tomu, aby byli

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

dodavatelé, kteří v některých případech vystupovali v pozici subdodavatele, znevýhodněni od ostatních dodavatelů a aby došlo k neoprávněnému zúžení okruhu uchazečů, tak jako se stalo v tomto případě.

Ve Vašich námitkách rovněž uvádíte, že není rozdíl mezi pojmem generální dodavatel a dodavatel. Z pohledu kontrolního orgánu není pro posouzení způsobu stanovení technického kvalifikačního požadavku zcela podstatné obecné rozlišení pojmů dodavatel a generální dodavatel, ale význam použití těchto pojmů ve vztahu ke způsobu prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu. Jak již bylo uvedeno výše, pojem dodavatel je v ZVZ používán ve vztahu k zadání předmětné veřejné zakázky (dále též jen „VZ"), tento pojem má stejný význam jako pojem uchazeč, a nelze tak tento pojem vztahovat na pozici, ve které byl dodavatel, resp. uchazeč ve vztahu k prokázání referenčních zakázek, kdy je nutné připustit, že uchazeč mohl vystupovat jak v pozici (generálního) dodavatele, stejně jako v pozici subdodavatele. Kontrolní orgán pokládá za podstatné se zabývat důvody, které vedly zadavatele ke stanovení předmětného kvalifikačního požadavku. Jak sami uvádíte ve Vašich námitkách, pojem generální dodavatel byl ve výběrovém řízení použit pro účely zvýraznění odlišení od postavení subdodavatele, tedy i Vy připouštíte omezení tohoto kvalifikačního předpokladu, resp. omezení soutěže, pouze na uchazeče, kteří se nenacházeli v předchozích referenčních zakázkách v pozici subdodavatele. Právě tento rozdíl je považován za diskriminační a z tohoto důvodu neměl být daný pojem v zadávací dokumentaci použit. Jedná se o pojem, který mohl odradit uchazeče, kteří vystupovali ve vztahu k prokázání referenčních zakázek pouze v pozici subdodavatele, od podání nabídky.

Z hlediska plnění veřejné zakázky a odpovědnosti za plnění veřejné zakázky je totiž irelevantní, zda je veřejná zakázka plněna dodavatelem pro zadavatele nebo subdodavatelem pro dodavatele, v každém případě jedna smluvní strana odpovídá druhé smluvní straně za své plnění.

Není prokázáno, že ten, kdo vystupuje v pozici subdodavatele (nevystupuje ve vztahu k objednateli vlastním jménem a na vlastní účet), není schopen plnit své smluvní závazky a realizovat stavbu v požadované kvalitě. Subdodavatel je obdobně ve vztahu s dodavatelem a rovněž musí plnit podmínky dané uzavřenou smlouvou. Není tedy dokázáno, že by uchazeč, který pracoval na obdobné zakázce v pozici subdodavatele, nebyl schopen provést realizaci i této stavby v odpovídající a požadované kvalitě a smluvně daných podmínkách.

Pokud ZVZ připouští, že dodavatel může plnit veřejnou zakázku i prostřednictvím subdodavatelů, znamená to, že v rámci realizace projektu by se stejně vybraný uchazeč mohl podílet na předmětu zakázky pouze částečně a další část by prováděli subdodavatelé, kteří jsou mu nicméně smluvně zavázáni. Tzn., že nebyl z Vaší strany důvod uvádět tento Váš požadavek do zadávací dokumentace.

Jak již bylo uvedeno v protokolu o kontrole, skutečnosti, které uvádíte ve Vašich námitkách (neobdržení námitek ani dotazů k tomuto požadavku, poměrně vysoký počet nabídek, splnění požadavku všemi uchazeči atd.) jsou okolnosti, ke kterým kontrolní orgán již přihlédl při stanovení finanční korekce v nejnižší možné sazbě.

Co se týče textu podaných nabídek (viz příloha č. 1 Vašich námitek) uvádíte, že nerozlišují pojem generální dodavatel a dodavatel.

S Vaším tvrzením však nemohu zcela souhlasit, vzhledem k tomu, že v dané příloze č. 1 Vašich námitek je v jednotlivých referenčních listech vítězného uchazeče uveden jednak přímo pojem generální dodavatel, a

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

jednak běžně užívaný pojem dodavatel/zhotovitel a v případě, že se uchazeč na zakázce podílel určitým podílem, byl uveden pojem účastník/člen sdružení (tedy ne pozice generálního dodavatele).

V rámci kontroly VZ bylo konstatováno, že uchazeč splnil Vámi uvedený požadavek na generálního dodavatele a to v 5 případech. Tento požadavek uchazeč prokázal v rámci staveb „Dopravní terminál Uherský Brod – přístupová lávka" „I/38 Habry most ev.č. 38-056", „II/610 Brandýs nad Labem, rekonstrukce mostu ev. č. 017", „Silnice III/33914 Vlastějovice, přestavba mostu ev. č. 33914-5" a „III/272 9 Kochánky, def. most", u kterých buď byl uveden přímo pojem generální dodavatel, nebo nebylo nalezeno, že by se jednalo o stavby, u kterých by byl uchazeč v pozici subdodavatele či že by se na stavbě podílel pouze určitým podílem (sdružení dodavatelů). Kontrolní orgán musí dále podotknout, že v rámci referenčního listu pro stavby „I/6 Praha – Pavlov", „I/50 Bánov, obchvat – realizace stavby", „Sil. I/48 Český Těšín – Žukov, II/3, stavba" nebylo ze strany dodavatele prokázáno, že by v rámci dané zakázky byl v pozici požadovaného generálního dodavatele.

Není možné vyloučit skutečnost, že mohli existovat další uchazeči schopni provést tuto, jak Vy sami nazýváte *„jednoduchou stavbu"*, aniž by byli v pozici generálního dodavatele, a kteří se do veřejné zakázky nepřihlásili kvůli takto nastavenému technickému kvalifikačnímu předpokladu, který jak uvádíte, byl jistě srovnatelně chápán všemi stejně.

Vámi uvedené tvrzení, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS") ve své rozhodovací činnosti rozlišování pojmu generální dodavatel a dodavatel neřešil, by nic neměnilo na skutečnosti, že takto stanovený technický kvalifikační požadavek je v rozporu s § 6 ZVZ a je kontrolním orgánem považován za diskriminační, protože nelze zcela vyloučit, že by se do předmětné soutěže přihlásili uchazeči, kteří ve vztahu k referenčním zakázkám v minulosti vystupovali v pozici subdodavatele. Navíc se toto Vaše tvrzení nezakládá zcela na pravdě, neboť existují rozhodnutí ÚOHS, ve kterých je řešen požadavek zadavatele na předložení seznamu referenčních zakázek realizovaných v pozici generálního dodavatele. Například v rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S352/2013/VZ-6077/2014/523/JDo ze dne 20. 3. 2014 je mimo jiné uvedeno, že *„pokud zadavatel požadoval doložit údaj o tom, že se uchazeč na zhotovení díla podílel v pozici generálního dodavatele, Úřad uvádí, že tento požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona jde nepochybně nad rámec požadavků vymezených v tomto ustanovení zákona. Lze tak konstatovat, že zadavatel tento požadavek stanovil v rozporu se zákonem, neboť tím nedůvodně zúžil okruh možných uchazečů, kteří by byli jinak schopni veřejnou zakázku po stránce materiální i technické, splnit. Samotný údaj o tom, že se dodavatel podílel na zhotovení díla jako generální dodavatel, nemá bez dalšího žádnou vypovídací hodnotu ohledně kvality plnění, řádného a včasného plnění veřejné zakázky a způsobilosti uchazeče danou veřejnou zakázku splnit. S ohledem na výše uvedené skutečnosti, nelze považovat zadavatelův požadavek za oprávněný a zákonný, navíc v jeho důsledku došlo ke snížení počtu možných dodavatelů, kteří se z tohoto důvodu do soutěže o veřejnou zakázku ani nepřihlásili. Zadavatel tak svým jednáním porušil zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 ZVZ."*

Jak dále uvádíte ve Vašich námitkách, subdodavatel se sice podílí na stavbě pouze v určitém dílčím podílu a nezodpovídá v tu chvíli za její řízení a koordinaci, nicméně kontrolní orgán již nemůže souhlasit s tím, že neodpovídá za dodržení smluvních podmínek. Smlouva o dílo sice není uzavřena s ním, nicméně i subdodavatel musí splňovat podmínky dané smlouvou o dílo uzavřenou mezi zadavatelem a vítězným

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz
www.rada-severovychod.cz

uchazečem (dodavatelem). Z této smlouvy totiž vychází i smlouva a smluvní ujednání mezi dodavatelem a subdodavatelem, a pokud by subdodavatel nedodržoval daná smluvní ujednání, nemohl by je automaticky dodržovat ani vítězný dodavatel. Vzhledem ke skutečnosti, že se v daném případě jednalo o jednoduchou stavbu, Vámi uvedené důvody požadavku na generálního dodavatele v souvislosti s řízením a koordinací stavby nepokládá kontrolní orgán ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětné zakázky za relevantní.

Ve Vašem shrnutí uvádíte, že Vaším postupem nedošlo k nedůvodnému zúžení okruhu dodavatelů, schopných plnit veřejnou zakázku. Na základě výše uvedeného musí kontrolní orgán opakovaně konstatovat, že takto stanovené kvalifikační předpoklady jsou v rozporu se zásadou diskriminace, transparentnosti a rovného zacházení (tj. v rozporu s § 6 ZVZ), protože neexistuje žádný objektivní důvod k použitému omezení možnosti dodavatelů prokazovat technické kvalifikační předpoklady. Jak již bylo uvedeno výše ve vyřízení námitek, pojem generální dodavatel není v ZVZ specifikován a tedy nelze automaticky tvrdit, že ho ZVZ nezapovídá a že ho neoznačuje za nezákonný, tedy za souladný se ZVZ.

Na základě Vašich námitek musí kontrolní orgán opětovně konstatovat, že není možné vyloučit, že existovali dodavatelé, kteří by kvalifikační požadavky splnily v případě, že by zadávací podmínky neobsahovaly výše uvedený požadavek na generálního dodavatele. Tedy, že existují dodavatelé, kteří by byli schopni prokázat technické kvalifikační předpoklady s ohledem na jejich věcnou specifikaci, ovšem předmětné referenční zakázky plnili v postavení subdodavatelů.

Kontrolní orgán tedy u tohoto zjištění potvrzuje závěry uvedené v Protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 ze dne 23. 10. 2014 a považuje toto zjištění za pochybení, které není pouze formálního charakteru.

b) Nepředložení bankovní záruky před uvolněním zádržného

Kontrolní orgán v protokolu o kontrole uvedl, že došlo ke změně smluvních podmínek. K tomu uvádíte, 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 dle Vašeho názoru 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). Ve Vašem případě je prodleva delší, nicméně vzhledem k tomu, že přesná definice okamžiku není uvedena, trváte na tom, že 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 dle vašeho názoru zcela jednoznačně formální charakter.

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

Navíc k uváděnému porušení § 6 ZVZ nerovným přístupem a snížením transparentnosti uvádíte, že podle všech dostupných komentářů k ZVZ (v příloze přikládáte 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 tvrdíte, že Vámi 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 Vašeho názoru nebyl naplněn ani bod 18 pokynů dle COCOF (jednání v průběhu zadávacího řízení), ze kterého vychází navržená finanční korekce. V daném případě, vzhledem k tomu, že se jedná o formální nikoliv věcné pochybení, lze podle Vašeho přesvědčení postupovat podle Pokynů COCOF str. 2 třetí odstavec – při formálním porušení se korekce neuplatní vůbec.

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

K Vašim námitkám kontrolní orgán uvádí, že došlo k nedodržení smluvních podmínek uvedených ve Smlouvě o dílo č. 130/2011/EX uzavřené dne 11. 11. 2011 (dále jen „Smlouva o dílo"), konkrétně čl. XI odst. 11.3. V daném článku (odst. 11.3.2.) je uvedeno, že je zhotovitel povinen po předání díla poskytnout objednateli bankovní záruku ve výši 5% z ceny díla sjednané na základě této smlouvy včetně všech jejich dodatků. Bankovní záruka musí být platná a účinná po celou dobu běhu záruční lhůty. Dále je ve smlouvě o dílo, v již uvedeném článku XI (odst. 11.3.5.) uvedeno, že nebude-li záruka poskytnuta, ponechá si objednatel ve stejné výši a režimu zádržné vzniklé z neuhrazení splatných dílčích faktur nebo bankovní záruku za řádné dokončení díla.

Dle čl. IV odst. 4.1 Smlouvy o dílo poskytuje zhotovitel objednateli záruku za provedené dílo (záruční lhůta) v délce 72 měsíců, a to od data podpisu protokolu o předání. Jestliže objednatel převezme dílo s vadami, končí záruční doba 72 měsíců ode dne, kdy bude odstraněna poslední z vad, se kterými bylo dílo odevzdáno. Doba běhu lhůty tedy v tomto případě jednoznačně začíná dnem 9. 8. 2013, kdy byl podepsán protokol o předání a převzetí hotového díla, a končí dne 9. 8. 2019 (dílo bylo převzato bez vad a nedodělků, ty byly dle vyjádření příjemce dotace odstraněny k datu předání a převzetí díla dne 9. 8. 2013). Bankovní záruka byla vystavena dne 9. 10. 2014, tedy prokazatelně nebyla vystavena na celou dobu běhu záruční doby.

Z předmětných článku tedy jasně vyplývá, že ve Smlouvě o dílo byly lhůty pro stanovení bankovní záruky stanoveny jednoznačně a srozumitelně. Z článku IV vyplývá, že bankovní záruka měla být poskytnuta dnem předání hotového díla (datum z předávacího protokolu). V případě, že nebyla zhotovitelem poskytnuta bankovní záruka, nemělo dojít ze strany objednatele k proplacení zádržného v celé výši. Zadavatel proplatit zádržné dne 20. 12. 2013, tedy cca 10 měsíců před vlastním poskytnutím bankovní záruky. Ze strany zadavatele tedy došlo k porušení čl. XI Smlouvy o dílo.

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

V rozhodnutí ÚOHS č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr ze dne 16. 8. 2007, předseda ÚOHS konstatoval, že *„povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadávacími podmínkami a vybranou nabídkou je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou, jinými slovy, že veřejná zakázka musí být realizována za podmínek, které byly sjednány v rámci zadávacího řízení, a nikoliv za podmínek, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měněny."*

Dále kontrolní orgán považuje za nutné uvést, že bankovní záruka je obecně chápána jako institut sloužící k zajištění závazku, přičemž jejím hlavním úkolem je zaručit věřiteli, že závazek dlužníka bude splněn řádně a včas. Jak vyplývá z rozhodovací praxe ÚOHS, konkrétně např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-20122/2013/521/GSt ze dne 16. 10. 2013, požadavek na předložení bankovní záruky za záruční opravy představuje požadavek na kvalitu plnění veřejné zakázky, a tedy požadavek zadavatele na plnění veřejné zakázky dle ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ.

K nápravě, tedy k vystavení bankovní záruky na záruční dobu sice nakonec ze strany dodavatele došlo ale až na základě výzvy kontrolní skupiny a to po cca 14 měsících od závazného termínu. Tímto postupem tedy jednoznačně došlo ze strany zhotovitele k prodlení s předložením bankovní záruky a tím k porušení čl. XI a IV Smlouvy o dílo. Tím, že zadavatel bankovní záruku po dodavateli nepožadoval, změnil ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch dodavatele. V daném případě se tedy nejedná pouze o formální pochybení.

Ve Vašich námitkách dále uvádíte, že z technických a věcných důvodů nemůže výplata zádržného a poskytnutí záruky proběhnout současně. Tedy vyvracíte znění čl. XI, odst. 11.1.3, ve kterém je uvedeno, že druhou polovinu zádržného, tj. 5% z ceny díla uhradí objednatel zhotoviteli proti poskytnutí bankovní záruky vystavené ve prospěch objednatele dle podmínek v čl. 11.3 dané Smlouvy o dílo. K tomuto kontrolní orgán uvádí, že není možné, aby byly ve Smlouvě o dílo uvedeny požadavky a podmínky, které není možné splnit. V podstatě přiznáváte skutečnost, že Smlouva o dílo byla z Vaší strany uzavřena chybně a předmětný odstavec nelze dodržet.

K tomuto Vašemu tvrzení musí kontrolní orgán dále konstatovat, že v běžně používané praxi je nejdříve poskytnuta bankovní záruka zhotovitelem a na základě vystavené bankovní záruky dle Smlouvy o dílo je následně uvolněna platba zádržného. V praxi by se tedy jednalo o prodlení max. o pár dní, ne o 14 měsíců, jako se stalo ve Vašem případě. Kontrolní orgán tedy musí opětovně konstatovat, že prokazatelně došlo k porušení čl. XI Smlouvy o dílo ze strany zadavatele.

To, že z absence bankovní záruky nevyplynula žádná škoda, nenastal dle Vašeho tvrzení žádný titul pro plnění (reklamace) a žádná ze stran nebyla dle Vašeho názoru prokazatelně poškozena, a hlavně skutečnost, že byla bankovní záruka nakonec vystavena, jsou okolnosti, ke kterým již kontrolní orgán přihlédl při stanovení finanční korekce v nejnižší možné sazbě. Nejednalo se o pouhé formální naplnění administrativních povinností vyplývajících z uzavřené Smlouvy o dílo, došlo k porušení Smlouvy o dílo a ze strany zadavatele byl v tu chvíli zvýhodněn dodavatel, kterému, aniž by vystavil požadovanou záruku, bylo proplaceno zádržné v plné výši, tudíž v tu chvíli došlo k jeho ekonomickému zvýhodnění. Ze strany kontrolního orgánu sice nebyl prokázán úmysl ze strany zadavatele, nicméně toto chápe kontrolní orgán jako polehčující okolnost pro účel použití nižší sazby korekce, a v žádném případě nemůže kontrolní orgán konstatovat, že k pochybení nedošlo.

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

Změna ekonomické rovnováhy ve prospěch dodavatele je taková změna, která modifikuje smluvní podmínky stanovené v původní smlouvě (a především původních zadávacích podmínkách) ve prospěch dodavatele. Z toho lze vyvodit, že taková změna je pro zadavatele zároveň méně výhodná (v daném případě neměl zadavatel k dispozici jakýkoliv zajišťovací instrument pro plnění záručních povinností), než bylo původně sjednáno. Právě tento aspekt „méně výhodnější než původně sjednané" lze považovat za vyjádření změny ekonomické rovnováhy ve prospěch dodavatele.

Jak vyplývá z výše uvedeného, za změnu v ekonomické rovnováze je potřeba považovat jakoukoli změnu, která jistým způsobem modifikuje smluvní podmínky, a která je ve svém výsledku pro dodavatele výhodnější, než bylo předvídáno a ve smlouvě ujednáno. Taková změna se může týkat jakýchkoliv aspektů smlouvy o dílo, nejen finančních podmínek, nýbrž rovněž vedlejších ustanovení, jako jsou právě ustanovení zajišťovací apod.

Změnou, resp. vypuštěním povinnosti předložit bankovní záruku došlo ke změně ekonomické rovnováhy smlouvy v neprospěch zadavatele, který byl v danou chvíli připraven o možnost uspokojit se z poskytnuté bankovní záruky v případě, že by záruční povinnosti zhotovitele nebyly prováděny řádně a včas.

Kontrolní orgán dále nemůže souhlasit s Vaším tvrzením, že dodavatel byl připraven obratem vystavit bankovní záruku v souladu s uzavřenou Smlouvou o dílo. Z výše uvedených skutečností jasně vyplývá, že dodavatel sám od sebe bankovní záruku nebyl připraven poskytnout v řádném termínu, tedy rozhodně ne v souladu s uzavřenou Smlouvou o dílo.

Dále ve Vašich námitkách tvrdíte, že Vaším postupem nemohlo dojít k porušení povinností v rámci zadávacího řízení, neboť povinnost předložit bankovní záruku se řadí až do fáze postkontraktační.

K tomuto argumentu kontrolní orgán obecně uvádí, že ZVZ dopadá na práva a povinnosti mezi dodavatelem a zadavatelem v zadávacím řízení do doby uzavření smlouvy. Pokud je již smlouva uzavřena, řídí se příslušný vztah smlouvou a příslušnými ustanoveními soukromoprávních předpisů. Zadavatel tedy správně rozlišuje mezi svými povinnostmi v rámci zadávacího řízení, které se řídí ZVZ a které je obecně ukončeno uzavřením Smlouvy o dílo, a mezi plněním Smlouvy o dílo samotné.

Zadavatel však stanovil požadavek na předložení bankovní záruky jako závaznou součást zadávacích podmínek. Z tohoto důvodu je poskytovatel dotace oprávněn v rámci kontroly zadávacího řízení provedené na základě zákona o finanční kontrole ověřovat rovněž splnění podmínky předložení bankovní záruky ze strany vybraného uchazeče.

Uvedený závěr lze podpořit i rozhodovací praxí ÚOHS, který se v minulosti důrazně ohradil proti tomu, aby byla z pouhé skutečnosti, že realizace plnění již nespadá do působnosti ZVZ, dovozována nepřislušnost k přezkumu veřejných zakázek z pohledu ZVZ. Jak vyplývá z rozhodnutí předsedy ÚOHS, *„opačný výklad by byl obcházením účelu zákona, neboť strany smlouvy by mohly učinit veškeré úkony v rámci zadávacího řízení řádně a v souladu se zákonem a po uzavření smlouvy tyto dodatkem změnit bez jakékoliv vázanosti zadávacími podmínkami"*.

Uzavírám tedy, že ačkoliv formálně končí působnost ZVZ uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky, nelze mít za to, že při případných změnách není třeba brát na příslušná ustanovení ZVZ žádný ohled. Naopak, každou takovou změnu je třeba posoudit ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek, což je fáze, která

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz

podléhá postupu dle ZVZ.

Kontrolní orgán tedy u tohoto zjištění potvrzuje závěry uvedené v Protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 ze dne 23. 10. 2014 a považuje toto zjištění za pochybení, které není pouze formálního charakteru.

Ke zjištěním č. 12.2 až 12.6 jste ve Vašich námitkách uvedli, že tato pochybení byla projednána již v rámci prováděné kontroly a tato akceptujete. O těchto zjištění tedy nebude kontrolní orgán více rozhodovat a zůstávají v platnosti výsledky uvedené v Protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 ze dne 23. 10. 2014.

Po důkladném prověření všech v námitkách uváděných skutečností, neshledal kontrolní orgán důvodnost těchto námitek, jak je podrobně uvedeno v rámci vypořádání jednotlivých částí námitek a kontrolní orgán tak potvrzuje závěry uvedené v Protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014 ze dne 23. 10. 2014.

Poučení:

Proti tomuto vyřízení námitek již není odvolání.

.....
Ing. Simona Malá
vedoucí ÚORP Liberec

Regionální rada regionu soudržnosti Severovýchod
Územní odbor realizace programu - Liberec
Masarykova 542/18, 460 01 Liberec
tel.: +420 488 570 470
s.mala@rada-severovychod.cz