SDRUŽENÍ
ČESKÝ RÁJ

Ministerstvo financí ČR

prostřednictvím

Úřad Regionální rady regionu

Soudržnosti Severovýchod
Pražská 320/8
500 04 Hradec Králové

V Turnově dne 18. Prosince 2014

Odvolání proti platebnímu výměru na odvod č. 55/2014

Tímto podáváme odvolání proti platebnímu výměru na odvod č. 55/2014, který vydal Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Severovýchod (dále jen Úřad RR SV) dne 13. 11. 2014 (viz příloha 1), nám doručeno dne 19. 11. 2014. Platební výměr se týká projektu „Greenway Jizera v úseku Dolánky – Líšný“ čísla CZ.1.13/3.1.00/14.00946.

Podle Úřadu RR SV jsme se dopustili porušení rozpočtové kázně a na základě toho nám je vyměřen odvod 16.156.523,92 Kč. Porušení rozpočtové kázně má údajně spočívat v tom, že:

1. v zadávací dokumentaci jsme uvedli podmínku pro prokázání kvalifikace: uchazeč realizoval v posledních pěti letech alespoň 5 obdobných zakázek jako generální dodavatel; kontrolní orgán zpochybňuje pojem „generální“ dodavatel;
2. byla pozdě předložena bankovní záruka a tím mělo dojít k porušení § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“).

K BODU 1 – GENERÁLNÍ DODAVATEL

V rámci kontroly výběrového řízení 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).

Tímto postupem údajně došlo k porušení zásady zákazu diskriminace, tj. k porušení § 6 ZVZ. Údajně proto, že nelze vyloučit, že existují dodavatelé, kteří splňují technické kvalifikační předpoklady s ohledem na věcnou specifikaci a účasti v zadávacím řízení jim brání jen a pouze pojem „generální“ dodavatel.

K uvedené úvaze uvádíme následující rozhodné skutečnosti:

A POJMOSLOVÍ

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. Za stěžejní je chápání pojmu dodavatel a generální dodavatel. Podle kontrolního orgánu (soudě dle Protokolu o kontrole č.j. RRSV 12982/2014 a podle platebního výměru) je generální dodavatel užší pojem než dodavatel. S tímto pojetím se neztotožňujeme, jsme toho názoru, že se jedná o synonyma. Naopak subdodavatel není synonymem k pojmu dodavatel či generální dodavatel.

O nedůsledném používání pojmů kontrolním orgánem svědčí i text na straně 11 výše uvedeného protokolu (viz příloha č. 6), kde v závěru prvního odstavce je pojem **generální** dodavatel a na konci druhého odstavce je použit pojem **subdodavatel.** K tomu je třeba uvést, že ten, kdo byl v postavení subdodavatele, nemůže nikdy předložit seznam stavebních prací v požadovaném rozsahu, protože jako subdodavatel nikdy nemohl plnit celý rozsah požadovaného v zadávací dokumentaci. Na rozdíl od generálního dodavatele/dodavatele, který na základě své předchozí činnosti může předložit požadovaný seznam, protože takové zakázky plnil.

Předmětné reference v požadovaném rozsahu nelze z věcných důvodů od subdodavatelů tedy požadovat. Tvrzení uvedené v druhém odstavci na straně 11 protokolu (příloha č. 6) je nepravdivé. Tedy konkrétně: „Není možné vyloučit, že ….. ovšem předmětné referenční zakázky plnili v postavení subdodavatelů“. Plnění v postavení subdodavatelů vyloučit lze vzhledem k celistvosti námi vypsaného řízení.

Uvedený text vyznačený v příloze 6 dokládá, že alespoň v této pasáži odlišuje i ÚRR SV subdodavatele od generálního dodavatele/dodavatele, tedy postupuje stejně jako kontrolovaný orgán. Tedy potvrzuje správnost (nediskriminaci) našeho postupu.

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 ani způsobit diskriminaci.

Ustálený pojem generální dodavatel představuje takového dodavatele, který předmět zakázky zajistí buď sám, pouze vlastními silami, nebo si sjedná na tuto činnost další jinou firmu. Generální dodavatel je tak není užší pojem než dodavatel. Nikde není stanoveno, že generální dodavatel nemůže sám zajistit celou zakázku. A praxi to tak i často je. Uchazeč o zakázku je generálním dodavatelem případně dodavatelem a dále se již nezkoumá, zda je zakázka plněna pouze jedním subjektem (obvykle obchodními korporacemi či osobami samostatně činnými) či více subjekty (obvykle obchodními korporacemi či osobami samostatně činnými). Z uvedeného tedy vyplývá, že v důsledku uvedení pojmu generální dodavatel v zadávací dokumentaci nikdo nebyl a ani nemohl být krácen na svých právech a ani nebyl a nemohl být diskriminován.

V **konkrétním** našem případě o tom, že nedošlo k diskriminaci, svědčí i následující skutečnosti:

- počet vyzvednutých dokumentací (vyzvednuto bylo 22 dokumentací);
- počet podaných nabídek (podáno bylo 14 – tedy dostatečně vysoký umožňující skutečnou vzájemnou hospodářskou soutěž a výběr nejvhodnějšího uchazeče);
- žádné dotazy uchazečů k pojmu generální dodavatel jsme neobdrželi, tedy nevznikla potřeba na straně uchazečů tuto záležitost zpřesnit, vysvětlit atd.;
- žádné námitky na průběh řízení nebyly podány a ani nebyly podány proti požadavku v žádné fázi zadávacího řízen;
- text prokázání technických kvalifikačních předpokladů předložený uchazeči (příloha 2) – v textu nerozlišují dodavatel x generální dodavatel, tuto skutečnost nikdo z účastníků podrobně nekomentuje ani nespecifikuje;
- pouze 1 vyloučený uchazeč ze zadávacího řízení – 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;
- všechny podané nabídky vyhověly požadavku na předložení seznamu stavebních zakázek provedených dodavatelem ve smyslu zadávací dokumentace.

Jsme přesvědčeni, že každé zadávací řízení je třeba hodnotit z pohledu předmětu řízení. V tomto konkrétním případě byly předmětem zadávacího řízení jak mostní konstrukce, tak pozemní komunikace, dále též vybavení stezky včetně dopravního značení i zajištění publicity. Jedná se tedy o činnosti velice pestré, věcně rozdílné.

V tomto kontextu tvrzení Úřadu RR SV z odůvodnění platebního výměru, že „není možné vyloučit, že existují dodavatelé, kteří by kvalifikační požadavky splňovali v případě, že by zadávací podmínky neobsahovaly výše uvedený požadavek na generálního dodavatele“ se jeví jako nedostatečné pro uložení odvodu. Naopak svědčí o formálním přístupu k řešené problematice bez zohlednění konkrétních podmínek.

B HODNOCENÍ DŮKAZNÍCH PROSTŘEDKŮ

Pokud se odvolací orgán neztotožní s výše uvedeným, pak namítáme nesprávný postup kontrolního orgánu. Při správě odvodu a penále uloženého Úřadem RR SV se totiž postupuje podle zákona upravujícího správu daní, tj. podle zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád v platném znění (viz § 13 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů). V § 92 odst. 5 daňového řádu je uvedeno, které skutečnosti správce daně prokazuje. Úřad RR SV uvedl, že „NENÍ MOŽNÉ vyloučit …“ existenci určité skutečnosti. A z toho dovozuje zároveň porušení ZVZ. Tedy nedošlo k prokázání, že takový subjekt skutečně existuje a že BYL (nebo alespoň mohl být) diskriminován námi vedeným zadávacím řízením.

K tomu uvádíme, že neexistuje takový možný uchazeč o veřejnou zakázku, který by zajišťoval sám svým vlastním výkonem VEŠKERÉ činnosti, které byly předmětem zadávacího řízení a to vzhledem k jejich věcné rozdílnosti a podstaty činnosti. A ani největší obchodní korporace, které

zajišťují výstavby cyklostezek v České republice, nenabízí plný rozsah činnosti tak, jak je uveden v zadávací dokumentaci, viz např. EUROVIA CS, a.s., informace na http://www.eurovia.cz nebo Skanska, a.s. na http://www.skanska.cz. Stavební firmy prostě nenabízí zajištění publicity vlastními zaměstnanci

Nastavení technických kvalifikačních předpokladů v této konkrétní veřejné zakázce (specifikace je uvedena v úvodu odvolání) je zjevně přiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti této veřejné zakázky. Proto nemohlo dojít k porušení § 6 či navazujícího § 56 ZVZ.

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 není důvodu, proč by měl být předepsán odvod do rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti Severovýchod.

Pokud by se snad odvolací orgán neztotožnil s výše uvedeným, pak uvádíme, že k porušení zákazu diskriminace ve výběrovém řízení nedošlo, protože nikdo takový, který by mohl ve smyslu uvedeném Úřadem RR SV, neexistuje. Neexistuje nikdo takový, který by nabízel komplexní služby zajišťované vlastními zaměstnanci v námi požadovaném rozsahu. Proto ani při zadávacím řízení nevznikly žádnému uchazeči pochybnosti vyplývající z textu a formulací zadávací dokumentace.

Prokázat odvolatelem (tj. Sdružení Český ráj, IČO 15045838) negativní skutečnost nelze. Toto vyplývá z pravidla, že každý dokazuje jen svá vlastní tvrzení, existuje však výjimka vycházející z faktu, že po nikom nelze spravedlivě žádat, aby prokázal reálnou neexistenci určité právní skutečnosti. Takový fakt totiž se stoprocentní jistotou prokázat nelze. Negativní skutečnosti tedy nemohou být dokazovány, a tedy ten, kdo tvrdí negativní skutečnost, je od důkazního břemene osvobozen. Viz též judikatura Nejvyššího správního soudu: např. 7 Afs 116/2008-109 ze dne 20. února 2009, 7 Afs 79/2008-106, ze dne 19. února 2009, 4 Ads 13/2008-103, ze dne 19. září 2008 a další (vše dostupné na www.nssoud.cz).

Naopak lze spravedlivě požadovat, aby i správce daně (zde Úřad RR SV) unesl své důkazní břemeno zakotvené v § 92 odst. 5 daňového řádu, tj. např. prokázal, že existuje alespoň jeden potencionální uchazeč, který sám svými zaměstnanci (tj. zcela bez subdodávek) je schopen zajistit předmět zadávacího řízení v plném rozsahu.

Mohlo by se i jevit, že v situaci, kdy je 95 % předepsaného odvodu prominuto (viz rozhodnutí č.j. RRSV 14019/2014 ze dne 28. 11. 2014, příloha 3), je nedůvodné (alespoň z finančního hlediska) se odvolávat. K tomu uvádíme, že jednak jsme přesvědčeni, že se Úřad RR SV dopustil nesprávnosti, proti které brojíme, a jednak i zbývající částka 5 % vyměřeného odvodu (tj. 807.826,20 Kč) je pro zájmové sdružení právnických osob působících v cestovním ruchu částka významná, kterou v žádném případě nemůže postrádat. Tato částka, v případě nevyhovění našemu odvolání, bude v činnosti našeho sdružení chybět.

K BODU 2 - BANKOVNÍ ZÁRUKA

Na základě kontroly bylo zjištěno, že zadavateli (tj. Sdružení Český ráj, IČO 15045838) měl dodavatel poskytnout finanční jistotu ve formě bankovní záruky ve výši 5 % z ceny díla. Bankovní záruka přitom má sloužit jako zajišťovací instrument za řádné plnění záručních podmínek. Bankovní záruka byla vystavena až dne 9. 10. 2014, ač dle smlouvy měla být bankovní záruka poskytnuta ke dni předání a převzetí hotového díla, tj. ke dni 9. 8. 2013. Uvedeným postupem měl být podle Úřadu RR SV porušen § 6 ZVZ.

K uvedené situaci je třeba podotknout, že odvolatel nezpochybňuje pozdní poskytnutí záruky. Záruka byla skutečně poskytnuta s prodlevou 14 měsíců. Sjednaná je ve smlouvě délka záruční doby 72 měsíců. Tj. prodlení 14 měsíců je z celkové doby záruky necelých 20 %, tj. 80 % záruční doby je pokryto bankovní zárukou.

Odvolatel však zpochybňuje závěr Úřadu RR SV o tom, že výše uvedeným postupem byl porušen § 6 ZVZ tím, že došlo údajně k „nerovnému přístupu uchazečů spočívající v následném zvýhodnění vybraného uchazeče, přičemž současně došlo ze strany příjemce tímto postupem ke snížení transparentnosti zadávacího řízení.“.

S dovozením porušení ZVZ se nemůžeme ztotožnit z následujících důvodů:

- hlavní podstatou ZVZ je úprava postupů při zadávání veřejných zakázek;
- postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek se rozumí závazný postup zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy. Smlouva byla uzavřena dne 11. 11. 2011, dílo bylo předáno dne 9. 8. 2013 a bankovní záruka byla poskytnuta 9. 10. 2014. Proto pozdním poskytnutím bankovní záruky nemohl být porušen ZVZ, když smlouva byla uzavřena v roce 2011 a záruka měla být poskytnuta v roce 2013;
- ZVZ upravuje postup, proceduru, souhrn několika zákonem stanovených kroků zadavatele a dodavatelů, které postupně vedou k uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky. Skutečnosti, které nastanou po uzavření smlouvy, již nemohou být porušením ZVZ, protože ten skutečnosti po uzavření smlouvy neupravuje;
- postup při zadávání veřejných zakázek je zvláštním druhem uzavírání soukromoprávních smluv, netýká se tak postupů časově následujících po uzavření smluv;
- předmětem úpravy ZVZ zásadně není řešení právních otázek, které se vyskytnou po uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky mezi zadavatelem a dodavatelem, tedy poté, co je uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky, přestává ZVZ působit (viz též komentář k § 1 ZVZ z právního systému ASPI v příloze 4).

Odvolatel nad rámec výše uvedeného dále nesouhlasí s tím, že nesprávnost v poskytnutí bankovní záruky byla vyhodnocena jako změna smluvních podmínek (str. 13 protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014, příloha č. 5) a korekce byla stanovena podle bodu 18 COCOF (viz též příloha č. 5).

SHRNUTÍ

Proti kvalifikaci pozdního poskytnutí bankovní záruky jako porušení ZVZ brojíme kromě věcného důvodu ve vlastní věci i z důvodu možného prominutí případné sankce. Výše možného prominutí je odvislá od druhu prohřešku, a proto je třeba, dle našeho názoru, případné nedostatky (prohřešky) správně oklasifikovat.

V případě pozdního poskytnutí bankovní záruky se rozhodně nejedná o porušení ZVZ. Jedná se o formální nedostatek přechodného charakteru bez finančního dopadu. Nesprávnost platebního výměru je námi spatřována v chybně stanovené výši odvodu na základě nesprávně klasifikovaného nedostatku.

NÁVRH NA ZMĚNU/ZRUŠENÍ ROZHODNUTÍ

Sdružení Český ráj s ohledem na shora uvedené skutečnosti a důvody navrhuje, aby odvolací orgán (Ministerstvo financí ČR), pokud tak neučiní Úřad RR SV sám, tímto dovoláním napadený platební výměr na odvod č. 55/2014 v celém rozsahu zrušil a řízení zastavil.

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

.....

Ing. Jiří Lukeš
ředitel Sdružení Český ráj

Přílohy

1 Platební výměr na odvod č. 55/2014, 2 listy
2 Osvědčení o splnění kvalifikačních předpokladů, 10 listů
3 Rozhodnutí č.j. RRSV 14019/2014 ze dne 28. 11. 2014 o prominutí, 1 list
4 Komentář k § 1 ZVZ z právního systému ASPI, 2 listy
5 Str. 13 protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014, 1 list
6 Str. 11 protokolu o kontrole č. j. RRSV 12982/2014, 1 list