

STANOVISKO / PŘIPOMÍNKY AUDITOVANÉHO SUBJEKTU (AS) K NÁVRHU ZPRÁVY O AUDITU OPERACE Č. ROPJZ/2014/O/16	
Zjištění auditu	Stanovisko/připomínky AS ke zjištění
<p>Porušení článku XII. odst. 1 Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace, jímž se příjemce zavazuje řídit při realizaci projektu mj. Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad a Metodickými pokyny poskytovatele dotace, ze kterých mj. vyplývá povinnost postupovat v souladu s platnou právní úpravou v návaznosti na porušení ust. § 23 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále také „zákon“, nebo „zákon o veřejných zakázkách“)</p>	<p>AS v první řadě upozorňuje na rozpor ve výkladu, když AO identifikuje porušení AS ve vztahu k porušení Metodického oznámení č. 11 revize č. 1, ačkoliv ve svém zjištění AO správně cituje čl. XII. odst. 1 Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace („Smlouva“), kde se uvádí, že <i>žadatel se zavazuje řídit při realizaci projektu Metodickými pokyny</i>. Dále není pravdou, že předmetné ustanovení čl. XII. odst. 1 Smlouvy obsahuje demonstrativní výčet (tj. slovo „mj.“). Naopak předmetný článek obsahuje taxativní výčet, kde se pojem „Metodické oznámení“ neobjevuje. Naopak se uvádí, že <i>v případě rozporu mezi těmito dokumenty a touto Smlouvou, tj. i čl. XII. Smlouvy, platí ustanovení ve Smlouvě</i>.</p> <p>Jak vyplývá z čl. IX. Smlouvy, je Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad („ROP JZ“) oprávněn dle § 2 písm. k) zákona č. 320/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů, jakožto poskytovatel veřejné finanční podpory (tj. <i>orgán veřejné správy, který je podle zvláštních právních předpisů oprávněn tuto podporu poskytovat</i>), kontrolovat dodržení podmínek, za kterých byla dotace poskytnuta. Dané znění není zcela přesné, když z citovaného zákona, konkrétně §§ 4 a 8 vyplývá, že <i>poskytovatelé jsou povinni prověřovat dodržování právních předpisů při výkonu veřejnosprávní kontroly u příjemců podpory</i>.</p> <p>AS je přesvědčen, že neporušil povinnost stanovenou zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění („ZVZ“), když již v rámci oznamovací povinnosti předkládal ROP JZ informace o objektivní nepředvídatelnosti nákladů, a to i s ohledem na zásadu 3E, která je základní</p>

smyslem a účelem ZVZ (bliže pak komentářová literatura¹, kde se uvádí „Hospodárnost vynakládání veřejných prostředků zadavatelů je přitom hlavním důvodem existence tohoto zákona, který svou existenci hospodárnost zabezpečuje a tím i úsporu finančních prostředků zadavatele“). AS je dále toho názoru, že jediným subjektem (s ohledem Smlouvu), který dle právní úpravy ČR může vést Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) konstatovat nesrovnalost či porušení ZVZ, je ROP JZ, a to v souladu s § 4 zákona č. 320/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů, i čl. IX odst. 2 Smlouvy. V rámci působnosti ROP JZ je pak dle § 2 písm. m) – o) předmetného zákona zejména prověřovat hospodárnost použití veřejných prostředků k zajištění stanovených úkolů s co nejnižším vynaložením těchto prostředků, a to při dodržení odpovídající kvality plněních úkolů; efektivnost použití veřejných prostředků, kterým se dosáhne nejvýše možného rozsahu, kvality a přínosu plněních úkolů ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na jejich plnění; účelnost použití veřejných prostředků, které zajišťují optimální míru dosažení cílů při plnění stanovených úkolů. Z daného opět vyplývá důležitost zásady 3E, kterou AS i ROP JZ v rámci aplikace ZVZ důsledně dodržoval.

Nad rámec výše uvedeného, i v případě přijetí argumentace AO se AS nemohl dopustit porušení článku XII. odst. 1 Smlouvy, když a) postupoval v souladu splatnou právní úpravou, tj. zejména v souladu se ZVZ a b) AS vždy postupoval v souladu s Příručkou pro příjemce (a to ve verzích od 3.9 dále – „Příručka“), když veškeré připravované změny konzultoval a relevantní změny nechával schválit ROP JZ před jejich realizací v souladu s čl. 3.9 Příručky. ROP JZ schvaloval předmetné změny textací (např.):

- změna k projektu CZ.1.14/2.1.00/04.02503 - Změna technologie výstavby a použitých materiálů - XXX byla posouzena jako nepodstatná. Tímto považujete změnu za vyřízenou a schválenou. Dále

¹ JURČÍK, Radek. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 3. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, xviii, 832 s. ISBN 978-80-7179-222-2 („Komentář I“)

	<p>ji uvedte v nejbližší monitorovací zprávě- (změny 002937, 002997,003293);</p> <ul style="list-style-type: none"> • změna k projektu CZ.1.14/2.1.00/04.02503 - Změna u objektu XXX. Změna byla posouzena jako nepodstatná. Tímto považujete změnu za vyřízenou a schválenou. Výdaje související se změnou byly obecně uznány za způsobilé, konečná způsobilost však bude posuzována s předložením žádosti o platbu. (změna 003420). <p>Dle Příručky se v případě nepodstatných změn jedná zejména o změny uvedené v předmetném čl. jako zejména:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 13) snížení celkových výdajů projektu (vyvolané např. vysoutěžením nižší než plánované ceny), • 14) drobné změny související se stavebními pracemi – změna, která nemění vnitřní dispozice stavby a nemá vliv na rozpočet projektu, může však zapříčinit případné odchylky v položkovém rozpočtu stavby. <p>Pokud tedy ROP JZ, v souladu se Smlouvou, ubezpečil AS, že koná v souladu se Smlouvou, AS tak konal s ohledem na zásadu legitimního očekávání² u správního orgánu a v dobré víře, a to i s ohledem na zásadu pacta sunt servanda (bliže např. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 22. 5. 2008, sp. zn. 2 Afs 49/2007 „Zásada pacta sunt servanda je obecným právním principem a vztahuje se i na veřejnoprávní smlouvy. I tyto smlouvy se musí dodržovat. Výše uvedené platí jak pro žadatele o dotaci, který se uzavřením smlouvy stává jejím příjemcem, tak pro stěžovatelku, jako druhou smluvní stranu veřejnoprávní smlouvy, jakoliv obsah smlouvy ji dává vrchnostenský ráz a stěžovatelka uzavřením smlouvy postavení správního orgánu neztrácí.“).</p>
--	--

² Bliže pak vyjádření AS k porušení č. 3 – Ad 1., když ROP JZ je zcela jednoznačně v postavení správního orgánu – bliže pak zákony č. 248/2000 Sb. a č. 320/201 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

<p>Porušení čl. XII Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace ze dne 8. 11. 2011 „Závěrečná ustanovení“ bodu 1 tím, že se auditovaný subjekt při realizaci projektu neřídil podmínkami stanovenými Příručkou pro příjemce verze 3.8 ke dni 26. 4. 2011 kap. „Pravidla pro způsobilé výdaje“, když nebyla dodržena časová způsobilost částí nárokových výdajů.</p>	<p>Viz argumentace k bodu 1 výše. Jednalo se o výdaje transparentně deklarované a zdůvodněné v přílohách žádosti o dotaci a přílohách Závěrečné monitorovací zprávy. Jejich oprávněné vynaložení a způsobilost byla schválena ROP JZ ještě před jejich realizací.</p>
<p>Porušení § 78 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“) v rámci veřejné zakázky č. 60061837 „Relax centrum Štruncovy sady“ tím, že zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky nastavil taková hodnotící kritéria, která svým charakterem nevyjadřují vztah užité hodnoty a ceny.</p>	<p>Ad 1. – Zásada legitimního očekávání</p> <p>AS v první řadě opětovně nesouhlasí se stanoviskem AO (<i>odkazem např. na Rozhodnutí předsedy ÚOHS-R59,62/2009/VZ-15199/2009/310-ASc ze dne 23. listopadu 2009</i>) týkajícího se zásady legitimního očekávání a opětovně odkazuje AS na bohatou (pozdější) judikaturu a rozhodovací praxi Úřadu k danému tématu, když AS je toho názoru, že Úřad je správním orgánem:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Usnesení Ústavního soudu ČR, č.j. II. ÚS 2463/12, ze dne 24. 6. 2014 (<i>„Správní orgán má, správně uvedl Nejvyšší správní soud, dbát o to, aby při rozhodování skutkové shodných nebo podobných případů nevznikly nevhodné rozdíly.“</i>); • Rozsudky Nejvyššího správního soudu, zejména: <ul style="list-style-type: none"> ◦ č.j. 5 AfS 3/2012 – 131 ze dne 20. 12. 2013, kde se uvádí, že <i>„Správní orgán je nepochybně povinen dbát, aby při rozhodování skutkové shodných nebo podobných případů nevznikaly nevhodné rozdíly, jak mu to ostatně ukládá ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu. Není-li v obdobných věcech rozhodnuto bez vážných důvodů obdobně, může jít vskutku o porušení principu legitimního očekávání, předvídatelnosti práva a ochrany oprávněné důvěry v právo. O takový případ se však v projednávané věci nejedná. Nejvyšší</i>

správní soud se otázkou stability správní praxe a její vynutitelnosti před správními soudy opakovaně zabýval (srov. např. rozsudky ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005 – 57, publikovaný pod č. 605/2005 Sb. NSS či ze dne 25. 4. 2006, č. j. 2 As 7/2005 – 86). Z uvedené judikatury lze dovodit, že princip vázanosti správního orgánu vlastní správní praxí vychází ze zásady zákazu libovůle a neodůvodněně nerovného zacházení v případě, že zákon dává správnímu orgánu prostor pro uvážení. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu pak k této problematice ve svém rozhodnutí ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, publikovaném pod č. 1915/2009 Sb. NSS, vyslovil: „Správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánu veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě.“““;

- č.j. 1 Afs 15/2012 – 38 ze dne 15. 8. 2012, kde se uvádí, že „Předpokladem práva dovolávat se legitimního očekávání je v takovém případě poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu, která mohou vzbudit legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a dále skutečnost, že tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy [rozsudek Soudního dvora ze dne 25. 3. 2010, Sviluppo Italia Basilicata (C-414/08, Sb. rozh. s. I-02559); viz zejména body 102 a 107 rozsudku]“
- č.j. 1 Afs 50/2009 – 233 ze dne 16. 3. 2010, kde se uvádí, že

	<p><i>“....pokud správní orgán zamýšlí rozhodnout v obdobném či shodném případě jiným způsobem, může tak učinit pouze, jak stanoví § 2 odst. 4 správního řádu, pokud je to důvodné. Zásada legitimního očekávání účastníka správního řízení nemá absolutní hodnotu a je např. omezena jinými zásadami, jež je v rámci správního řízení správní orgán povinen respektovat. Zásada legitimního očekávání je omezena zejm. zásadou legality (§ 2 odst. 1 a 2 správního řádu) či zásadou účelnosti a souladu zvoleného řešení s veřejným zájmem (§ 2 odst. 4 správního řádu). Jedním ze závazných důvodů, na základě nichž může správní orgán prolomit legitimní očekávání účastníku správního řízení, by mohl být např. rozpor rozhodování správního orgánu s právními předpisy. Avšak i v případě opodstatněné změny v rozhodovací činnosti správních orgánů je nutno dodržet požadavky kladené na tuto změnu, tj. i zde musí být změna správní praxe řádně odůvodněna, když jediné takový postup odpovídá nárokům transparentní aplikace práva a právní jistoty...”. Dále Nejvyšší správní soud uvedl, že</i></p> <p><i>“....pokud v době rozhodování správního orgánu existovalo stanovisko, resp. rozhodnutí obsahující odlišný právní názor od následně vydaných rozhodnutí, byl správní orgán povinen se těmito správními akty ve svých rozhodnutích zabývat, zvláště tehdy, pokud se chlé od názoru v nich vyjádřeného odchýlit, byl povinen takovou změnu právního názoru odůvodnit...”;</i></p> <p>o č.j. 5 Afs 62/2009 – 282 ze dne 30.6.2010 (stejný postoj pak jako předchozí rozsudek);</p> <ul style="list-style-type: none"> • rozhodovací praxi Úřadu, zejména rozhodnutí;
--	--

- č.j. S94/2012/VZ-14888/2012/521/MLa (instance I., nabytí právní moci dne 11. 12. 2012), kde se uvádí „Při posuzování obdobných případů totiž existuje pozdější rozhodovací praxe Úřadu, jejíž závěry je Úřad v souladu se zásadou legitimního očekávání povinen zohlednit.“;
- č. j. R32/2010/HS-9702/2010/310/JMa (instance II., nabytí právní moci dne 14. 7. 2010), kde se uvádí „Je tak zjevné, že očekává-li žadatel o leniency s ohledem na všechny okolnosti a v dobré víře, že obdrží na základě Leniency programu od Úřadu ochranu jím poskytnutých informací, nelze se od stanoveného postupu odchýlit a tuto ochranu se zřetelem k legitimnímu očekávání účastníků řízení a vytvářené správní praxi z vůle správního orgánu neposkytnout (rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 2 Ans 1/2005-57 ze dne 28. 4. 2005).“.

AS má za zcela prokázané, že každý správní orgán, a tedy i Úřad, je v souladu se zásadou legitimního očekávání povinen zohlednit svou rozhodovací praxi, když dané vychází ze zásady zákazu libovůle a neodůvodněně nerovného zacházení v případě, že zákon dává správnímu orgánu prostor pro uvážení. Úřad, a tedy ani AO nemůže popírat tyto zásady s odkazem na „aktuální rozhodovací trendy“, když je splněn hlavní atribut pro legitimní očekávání daný právem EU (zejména rozhodovací praxí Soudního dvora EU), ti poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu, která mohou vzbudit legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a dále skutečnost, že tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy.

Ad 1. – Vztah užitné hodnoty a ceny

AS nerozumí odůvodnění AO, ze kterého vyplývá přesně opačný závěr, než AO učinil, a naopak odůvodnění AO potvrzuje, že AS postupoval dle platné právní úpravy EU i ČR a i v souladu s požadavky AO. AO konkrétně uvádí, že „Auditorský tým se s tímto tvrzením neztotožňuje a současně konstatuje, že dílčí hodnoticí kritérium „výše bankovní záruky“ nenaplnjuje v souladu s § 78 odst. 4 zákona vztah užitné hodnoty a ceny, neboť v rámci hodnocení nabídek má souvislost pouze s cenou, resp. s finančním vyjádřením v Kč, nikoli s nefinanční/nepeněžní hodnotou spojenou s užíváním předmětného plnění.“.

Jak vyplývá z díkce § 78 odst. 4 ZVZ „... stanoví vždy dílčí hodnoticí kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny“, jedná se o nezávislou proměnnou (tj. vysvětlující – cena) a závislou proměnnou (tj. vysvětlovanou – vztah užitné hodnoty)³. Jedná se tedy o dvě na sobě závislé proměnné a nikoliv o dvě závislé proměnné jak vyplývá z argumentace AO. AS se již k závislosti proměnných, tedy závislosti užitné hodnoty a ceny vyjádřil a nezbyvá než AO odkázat na předchozí argumentaci AS, ačkoliv „Auditorský tým konstatuje, že z odpovědi audiovaneho subjektu vyplývá, že by v daném případě naplnovalo dílčí hodnoticí kritérium bankovní záruky vztah užitné hodnoty a ceny. Ani tvrzení audiovaneho subjektu, v daném případě neobstojí“. AS je přesvědčen o skutečnosti, že jeho předchozí vyjádření „... vztah užitné hodnoty a ceny stanovil před zahájením zadávacího řízení ve spolupráci s dodavatelem služeb na základě porovnání několika modelů“ a že „model 90/4/6, který zajišťuje zvýšení minimální hodnoty výše bankovních záruk o 1 procento a současněho zvýšení minimální hodnoty výše bankovních záruk o 1 procentní bod celkové zvýšení užitné hodnoty zajišťovacího instrumentu o více než 13 procent ...“ jednoznačně dokazuje vztah užitné hodnoty vůči ceně. Předmětným vztahem je dle důvodové zprávy k zákonu č. 179/2010 Sb.⁴ i dle

³ Blíže např. MÁČE, Miroslav. Účetnictví a finanční řízení. V Praze: Grada Publishing, a.s., 2013. 552 stran, ISBN 978-80-247-4575-9
⁴ Novela ZVZ.

komentářové literatury⁵ právě doložení naplnění zásad 3E (Komentář I, str. 491 a násl.; Komentář II, str. 352 a násl.), která se váží k předmětu zakázky a zároveň vyjadřují zásadu nejlepší hodnoty za peníze, když cena jako aspekt ekonomické výhodnosti umožňuje zadavateli použít k hodnocení pouze např. vhodný derivát ceny. Derivátem je obecně objekt vzniklý odvozením od jiného, a tedy bankovní záruka, jejíž výše je vyjádřena absolutně a jednoznačně finanční hodnotou, je jednoznačně derivátem ceny, když obsahuje identické atributy – finanční hodnota určitého závazku.

AS má za zcela prokázané, že prokázal vztah užité hodnoty a ceny dílčích hodnotících kritérií, a to v souladu s právní úpravou. Tento vztah popsal AS v rámci žádosti o vyjádření AO nejen textově, ale i matematicky.

Ad 3. – Neoprávněnost (díličho) hodnotícího kritéria

Předně AS upozorňuje AO, že ve svém návrhu zprávy operuje s termínem hodnotícího kritéria v okamžiku, kdy se jedná o díleč hodnotící kritérium, což je z formálního pohledu mylné. Z díky § 78 odst. 1 ZVZ vyplývají pouze 2 možná základní hodnotící kritéria – a) nejnižší nabídková cena; b) ekonomická výhodnost nabídky. Pouze hodnotící kritérium ekonomická výhodnost nabídky může obsahovat díleč hodnotící kritéria, která pak jako celek tvoří jedno hodnotící kritérium.

AO spadá neoprávněnost (díličho) hodnotícího kritéria „také ve skutečnosti, že se **jednotlivá hodnotící kritéria navzájem ovlivňují působením nepřímé úměrnosti**. Čím nižší nabídka a vyšší bodové ohodnocení v rámci hodnotícího kritéria nabídkové ceny, tím nižší bodové ohodnocení v rámci kritéria bankovní záruky, neboť tato je v rámci hodnocení **omezena vyšší nabídkové**

⁵ Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, xvi, 631 s. ISBN 978-80-7357-636-3 („Komentář II“).

ceny konkrétního uchazeče. Pokud by dva různí uchazeči podali nabídky, přičemž výše bankovní záruky by byla shodná s vyšší nabídkové ceny, je fakticky vyloučeno, aby uchazeč, který podal cenově výhodnější nabídku, současně získal i maximální bodové ohodnocení v rámci dílčího kritéria bankovní záruky.⁶

Z výše uvedeného pouze vyplývá, že AS zvolil dílčí hodnotící kritérium (a to včetně příslušné váhy) zcela oprávněně a správně, když:

- vzájemné ovlivňování jednotlivých dílčích hodnotících kritérií je základním předpokladem vyplývajícím ex lege (§ 78 odst. 4 ZVZ ... ve *vztahu k ceně*) – jakékoliv dílčí hodnotící kritérium bude vždy ovlivňovat výběr nejvhodnější nabídky, což je i smyslem ekonomické výhodnosti nabídky (blíže pak evropské zadávací právo, zejména Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES či Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU);
- nepřímá úměrnost vyplývá ze zásady 3E (přímá úměra by ad absurdum znamenala, že jednoprocenční zvýšení nabídkové ceny by odpovídalo jednoprocenčnímu zvýšení hodnoty bankovní záruky, zatímco v modelu AS v případě nepřímé úměry je dosaženo vyššího pákového efektu tím, že jednoprocenční zvýšení ceny odpovídá více než jednoprocenčnímu navyšení bankovní záruky);
- maximální výše hodnoty bankovní záruky vyplývá ex lege (§ 314 zákona č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů - *je-li bankovní zárukou zajištěna nepeněžitá pohledávka, má se za to, že do výše částky stanovené v záruční listině je zajištěn peněžitý nárok, který by měl větitel vůči dlužníkovi, v případě, že by dlužník porušil závazek, jehož plnění je zajištěno bankovní zárukou.*), a konstantní judikatura soudní soustavy ČR a rozhodovací praxe Úřadu⁶ vyplývá, že „s ohledem na aktuální judikaturu, pokud zadavatel nestanovil maximální hranici pro

⁶ Např. č.j. S367/2012/NZ-22545/2012/514/MDI s datem nabytí právní moci 24. 10. 2013.

kritérium „záruka za kvalitu“, došlo k situaci, kdy uchazeči nemohli předvídat hodnoty nabízené ostatními uchazeči o veřejnou zakázku a zadávací podmínky tedy nebyly stanoveny jednoznačně a transparentně. Nehledě na skutečnost, že se v případě záruky za kvalitu jedná o hodnotu, jež jde k tíži uchazeče a je tedy přínosná pro zadavatele a jak již bylo uvedeno výše, posouzení těchto kritérií jako zjevně nepřiměřených odporuje smyslu použití tohoto daného omezení.“

- AO ve svých závěrech vychází z předpokladu, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku předloží nabídku, ve které bude výše nabídkové ceny a výše bankovní záruky shodná. AO vůbec neuvažuje s případem, kdy uchazeč předloží bankovní záruku nižší než je výše nabídkové ceny, místo toho AO vytýká AS, že výši bankovní záruky omezil výší nabídkové ceny. Jak ale praxe ukazuje, a jak ukázalo i vlastní zadávací řízení, tak AO použitý předpoklad se ukázal jako mylný, neboť většina uchazečů předložila bankovní záruku nižší než nabídkovou cenu. To ostatně AS předpokládal, a proto nastavil váhy tak, aby jasně vymezil užitnou hodnotu bankovní záruky k nabídkové ceně. Jak vidno, sám AO nenašel ani modelový případ, ve kterém by AS zvolený poměr jednotlivých dílčích hodnotících kritérií neobstál. AO uvedený závěr: „Pokud by dva různí uchazeči podali nabídky, přičemž výše bankovní záruky by byla shodná s výší nabídkové ceny, je fakticky vyloučeno, aby uchazeč, který podal cenově výhodnější nabídku, současně získal i maximální bodové ohodnocení v rámci dílčího kritéria bankovní záruky.“ (blíže pak i tab. 1 níže u Ad 4.) je v pořádku a nijak nepochybňuje AS zvolený poměr, když je ve prospěch zadavatele, že jako nejvýhodnější bude vždy vybrána nabídka tohoto uchazeče, který předloží nejmenší nabídkovou cenu a současně „plně krytí“, byť jím nabízená bankovní záruka nemusí nutně zvítězit v rámci hodnocení dílčího hodnotícího kritéria. Pro zadavatele, a v souladu se smyslem ekonomické výhodnosti nabídky dle § 78 odst. 1 písm. b) ZVZ, je

podstatné celkové hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky.

AS má za prokázané, že postupoval v souladu se ZVZ, když stanovil dílčí hodnotící kritéria zcela oprávněně, což dokazuje i odůvodnění AO, které odporuje z nich vyplývajícímu závěru.

Ad 4. – Model hodnocení

AO uvádí, že „Pokud by dva různí uchazeči podali nabídky, přičemž výše bankovní záruky by byla shodná s výši nabídkové ceny, je fakticky vyloučeno, aby uchazeč, který podal cenově výhodnější nabídku, současně získal i maximální bodové ohodnocení v rámci dílčího kritéria bankovní záruky.“

Tento závěr je zcela v pořádku a pouze potvrzuje správné nastavení modelu a vztahu užitné hodnoty a ceny. Ze všeho uvedeného vyplývá, že AS stanovil dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, a že dílčí hodnotící kritéria se vztahují k nabízenému plnění veřejné zakázky. **Jak vyplývá ze zjednodušeného modelu** (který AO aplikoval v rámci identické veřejné zakázky ve své zprávě o auditu operace čj. MF-38287/2014/5214-8, která byla vykonána Auditním orgánem Ministerstva financí v rámci auditu projektu „Novostavba divadla v Plzni, Divadlo Jízdecká“ – tab. 1), **dodavatel 2 s nejnižší nabídkovou cenou a plným zajištěním veřejné zakázky by byl vždy vybrán jako nejvhodnější nabídka, což je v souladu se ZVZ i s požadavky AO.** AS nerozumí závěru AO, že dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky zvolil AS nevhodně. AS se v rámci přípravy zadávací dokumentace zabýval jak možnostmi hodnocení pouze nabídkové ceny, tak i možnosti „fixního“ omezení výše bankovních záruk, avšak tato skutečnost by vedla ke stejným výsledkům (za podmínky plného zajištění závazků, tj. bankovních záruk ve výši nabídkové ceny) – ve všech 3 modelovaných situacích **vždy uspěje nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, což je v naprostém souladu s požadavky AO, tj. je zcela fakticky možné, aby**

uchazeč, který podal cenově výhodnější nabídku, současně, při uplatnění max. výše bankovní záruky, byl vybrán jako nejvhodnější, ačkoliv neobdrží plný počet bodů v dílčím hodnotícím kritériu.

Tabulka 1 – zdroj: zpráva o auditu operace čj. MF-38287/2014/5214-8

Dodavatel	Nabídková cena (max. 90 bodů)	Bankovní záruka (max. 10 bodů)	Celkem bodů
Dodavatel 1	800 000 000,-	800 000 000,-	98,88 = 88,88 + 10
Dodavatel 2	790 000 000,-	790 000 000,-	99,88 = 90 + 9,88

Nelze se tak ztotožnit se závěrem AO, když vzájemné ovlivnění dílčích hodnotících kritérií nevytváří jakékoliv diskriminační prostředí a současně ani nemůže zvýhodnit jakéhokoliv uchazeče o veřejnou zakázku. Naopak z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že AS v rámci přípravy zadávací dokumentace postupoval v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu (rozsudek č.j. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, kde se uvádí: „*Tato kritéria, resp. jejich hodnoty, jsou k tíži uchazeče (zvyšují mu náklady), avšak jejich i zjevně nepřiměřená hodnota by ve většině případů realizaci předmětu plnění veřejné zakázky neměla nijak ohrozit, naopak vyšší hodnoty jsou pro zadavatele přínosem navíc. Posouzení těchto kritérií jako zjevně nepřiměřených, se jeví jako účelové a jde proti smyslu použití daného omezení.*“).

Stejně jako AO, tak i AS prokázal, že stanovená dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy vždy vedou ke stejnému výsledku, a to, že nabídka s nejnižší cenou může vždy být vybrána jako nejvhodnější, když poměr vah jednotlivých dílčích kritérií je nastaven nediskriminačně a nezvýhodňuje žádného uchazeče. Užití dílčí hodnotící kritéria jsou tak prokazatelně AS vybrána zcela vhodně.

Ad 5. – Běžná obchodní praxe

AO namítá výši nabídnuté bankovní záruky vítězným dodavatelem, když uvádí, že „výše nabízených bankovních záruk vítězným dodavatelem neodpovídá běžné obchodní praxi a je téměř vyloučené, že by bankovní záruky ve výši 100% smluvní ceny mohly být kdykoliv využity“. AS opět odkazuje na výše uvedenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (rozsudek č.j. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009). Dále pak AS uvádí, že není v pravomoci ani působnosti, dle platné právní úpravy ČR, AS vykládat běžnou obchodní praxi, která se toliko generuje na základě např. výsledků výběrových řízení. Dále pak AS sděluje, že existují případy, kdy je možné využít 100% smluvní ceny z bankovní záruky, a to např. v okamžiku, kdy zhotovitel dílo nezačne realizovat vůbec, či jej nezrealizuje řádně a včas a AS bude nucen vrátet dotační prostředky včetně penále (obě až do výše poskytnuté dotace), které mohou výrazně v součtu překročit hodnotu smluvní ceny (v případě dotace 85% a k tomu vyměřené penále ve stejné výši se pak jedná o 170% hodnoty smluvní ceny). Právě aby se AS vyhnul případným excesním jednáním uchazečů (neúměrné výše bankovních záruk převyšujícím reálnou možnost AS jejich čerpání v plné výši), určil strop pro výši bankovní záruky, a to v souladu s právním řádem ČR.

AS má za prokázané, že stanovená dílčí hodnotící kritéria jsou vybrána zcela vhodně a odpovídají zamýšlenému účelu a smyslu ZVZ.

Závěr

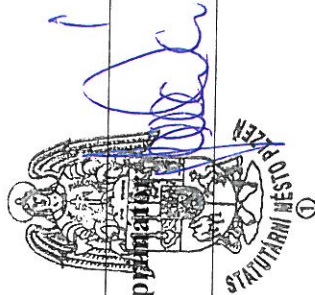
Na základě všeho výše uvedeného má AS za prokázané, že neporušili žádná relevantní ustanovení či právní předpisy uvedené AO. Naopak byly ze strany AS zcela naplněny zásady vyplývající z § 6 ZVZ i zásady 3E, když ekonomická výhodnost nabídky vítězného uchazeč je absolutně i

relativně doložena i přímo AO ve srovnávací tabulce – difference nabídkové ceny ve výši cca 2,4 mil. Kč odpovídá zvýšení zajištění řádného splnění díla a záručních podmínek ve výši 98 mil. Kč. AS je toho názoru, že výše bankovních záruk za plnění předmětu veřejné zakázky a stejně tak i záručního servisu se zcela promítá do kvality plnění veřejné zakázky, když zhotovitel nabízející vyšší zajištění svých závazků je více motivován k jejich řádnému a včasnému splnění. Je zcela nezpochybnitelné, že tím je prokázán vztah užitné hodnoty a ceny.

Případné připomínky nad rámec auditních zjištění

Za auditovaný subjekt vypracoval/a: Martin Zrzavecký, PhD.

Dne: 21. 11. 2014



ÚTVAR KOORDINACE EVROPSKÝCH PROJEKTŮ MĚSTA PLZNĚ

ředitel

za věcnou správnost

za právní správnost

právní odbor MM/P