

Jeronýmova 21/1750
370 01 České Budějovice

Statutární město Plzeň
náměstí Republiky 1
306 32 Plzeň

NAŠE ZN.: RRRSJ 26753/2015

Platební výměr č. 8/2015, na ODVOD za porušení rozpočtové kázně

Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad, jako příslušný správní orgán podle ustanovení § 22 odst. 11 písmeno b) zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů“), v souladu se zákonem č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“),

u k l á d á

dle ustanovení § 22 odst. 1 písm. c), odst. 2 věty první zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů příjemci podpory projektu: Statutární město Plzeň, IČ: 0075370, DIČ: CZ00075370, se sídlem náměstí Republiky 1, 306 32 Plzeň (dále jen „příjemce“), projekt č. reg. CZ.1.14/2.1.00/04.02503, název projektu: Relax centrum Štruncovy sady

odvod za porušení rozpočtové kázně (dále jen „odvod“)

ve výši 9 933 380,-- Kč,

(slovy: devět milionů devětsetřicettřitisíc třistaosmdesát korun českých).

Vyměřený odvod uvedený v tomto platebním výměru je příjemce povinen odvést, pokud již nebyl uhrazen, na účet č. 218672264/0300 CZK vedený u ČSOB a.s. České Budějovice, název účtu: účet projektů ROP JZ, kód IBAN CZ09 0300 0000 0002 1867 2264, BIC (SWIFT) kód: CEKOCZPP, pod variabilním symbolem 102503 ve lhůtě třiceti dnů ode dne doručení tohoto platebního výměru.

O d ů v o d n ě n í

Na základě Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace z Regionálního operačního programu NUTS II Jihozápad ze dne 8. 11. 2011 (dále jen „Smlouva“) byla příjemci poskytnuta finanční podpora ve formě účelové dotace z Regionálního operačního programu NUTS II Jihozápad (dále jen „ROP JZ“) na realizaci projektu č. reg. CZ.1.14/2.1.00/04.02503, název projektu: Relax centrum Štruncovy sady (dále jen „projekt“). Práva smluvních stran byla dále upřesněna uzavřením dodatku č. 1 ke Smlouvě ze dne 12. 2. 2015. Účelem Smlouvy bylo napomoci realizaci projektu, tj. zatraktivnění prostředí centra města Plzně s přispěním k vytvoření nové image, kdy bude Plzeň vnímána jako atraktivní metropole, ve které stojí za to žít.

Projekt byl ze strany Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad jako poskytovatele dotace proplacen, a to dne 16. 5. 2013. Den připsání dotace na účet příjemce je zároveň považován za den, kdy došlo k porušení rozpočtové kázně (příjemce nedoložil svůj bankovní výpis s přesným dnem připsání dotace, takže je vycházeno ze dne, kdy byla dotace příjemci zasílána). V rámci projektu byla celková proplacená částka dotace ve výši 48 144 135,93 Kč. Celkové způsobilé výdaje projektu byly 56 640 159,92 Kč.

Na základě auditu operace – tedy projektu byla zjištěna pochybení, kterými se příjemce dopustil porušení rozpočtové kázně dle ustanovení § 22 odst. 1 písm. c), odst. 2 věty první zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů. Audit projektu byl proveden ze strany Auditního orgánu Ministerstva financí ČR (Odbor 52). Odbor 52 Auditní orgán plní funkci Auditního orgánu u strukturálních fondů, Fondu soudržnosti a Evropského rybářského fondu pro programové období 2007 – 2013, dále pro migrační fondy pro období 2007 – 2013 a pro Finanční mechanismy EHP/Norsko pro období 2009 - 2014.

Cílem auditu bylo přezkoumat:

- soulad realizace operace s právním aktem o poskytnutí dotace vč. ověření, zda dodávky a služby byly poskytnuty v souladu s právním aktem o poskytnutí dotace,
- způsobilost výdajů (dle pravidel pro danou operaci a OP),
- soulad realizace operace (projektu) s příslušnými pravidly pro projekty generující příjmy,
- zda vykázané výdaje byly skutečně vynaloženy,
- zda nedochází k dvojímu financování výdajů z jiných režimů podpor EU nebo režimů podpor ČR a za jiná programová období,
- přiměřenost audit trailu,
- soulad realizace operace s relevantními právními předpisy EU a ČR (např. v oblasti zadávání veřejných zakázek, účetnictví, veřejné podpory, ochrany životního prostředí, rovných příležitostí),
- soulad realizace s pravidly pro publicitu projektu,
- naplnění příslušných monitorovacích ukazatelů.

Od příjemce byly za účelem auditu projektu mimo jiné vyžádány následující podklady a dokumentace k veřejným zakázkám, účetnictví a fyzické realizaci projektu: podklady k výběru operace; příručky pro žadatele / příjemce; žádost o finanční podporu (IS Benefit7); právní akt o poskytnutí dotace; monitorovací zpráva; žádost o platbu vč. soupisky faktur; účetnictví projektu, resp. účetní doklady (faktury vč. příloh, bankovní výpisy, tiskové účetní sestavy k projektu atd.); interní směrnice; podklady k veřejným zakázkám.

Konkrétní pochybení (viz zjištění č. 1 a 3), blíže popsaná a odůvodněná níže, spočívají jednak v porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „ZVZ“ či „zákon o veřejných zakázkách“ či „zákon“) u podlimitní veřejné zakázky na stavební práce, provedenou formou otevřeného řízení v režimu ZVZ. Příjemce (v textu také jako „zadavatel“ či „auditovaný subjekt“) v rámci výběrového řízení vystupoval jako veřejný zadavatel. Číslo veřejné zakázky dle ISVZ – 60061837, datum vyhlášení dne 24. 6. 2011 (popis předmětu veřejné zakázky: Relax centrum Štruncovy sady). Kromě porušení ZVZ se u zjištění č. 1 a 3 jedná také o porušení citovaných článků Smlouvy a metodických dokumentů ROP JZ. Zjištění č. 2 spočívá v nesplnění podmínek způsobilosti výdajů, kdy část výdajů nárokových příjemcem k proplacení z dotace nesplňovala veškeré podmínky způsobilosti dané metodikou poskytovatele dotace a uzavřenou Smlouvou.

V průběhu auditu na místě (viz také zpráva o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016 (č.j.: MF-37103/2014/5214-9) ze dne 26. 11. 2014 včetně příloh č. 1), 2) bylo zjištěno:

Zjištění č. 1

Porušení článku XII. odst. 1 Smlouvy, 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.

V rámci realizace projektu, po uzavření Smlouvy o dílo se „Sdružením RC Štruncovy sady“ dne 16. 9. 2011, byly auditovaným subjektem realizovány stavební změny oproti Žádosti o dotaci, resp. uzavřené Smlouvě o dílo. Příjemce jako auditovaný subjekt následně uzavřel na základě čtyř jednacíh řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) Dodatky č. 1 – 4 ke Smlouvě o dílo. Jak vyplývá z předložené dokumentace, realizace JŘBU byla důsledkem nutnosti/požadavku realizace stavebních změn.

Zákon o veřejných zakázkách v ust. § 23 odst. 7 (v podmínkách použití jednacího řízení bez uveřejnění) vymezuje charakter víceprací, resp. dodatečných prací, jako práce, které:

- nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách,
- **jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností a**
- tyto dodatečné práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací.

Limit víceprací je omezen 20 % původní hodnoty veřejné zakázky (bez zápočtu méněprací).

Dikce zákona mj. stanovuje, že jiné změny, než objektivně nepředvídatelné práce, bez kterých by nemohlo být dílo dokončeno, nemohou být v průběhu realizace zakázky na základě JŘBU realizovány. Demonstrativním výčtem lze uvést charakteristické změny, které nesplňují podmínky zákona: vznikly v důsledku rozhodnutí investora, zastaráním, resp. soutěží neaktuální projektové dokumentace, opomenutím projektanta, či z důvodu finanční úspory apod.

Poskytovatel dotace v Metodickém oznámení č. 11 revize č. 1 ze dne 24. 6. 2009 částečně převzal dikci zákona a vymezil tím podmínky pro stanovení způsobilosti víceprací k financování z dotace, když navíc v odstavci „Případy, kdy budou dodatečné práce považovány za nezpůsobilé výdaje...“ uvedl v taxativním výčtu „vícepráce, které jsou v rozporu s legislativou“.

Příjemce v průběhu realizace projektu realizoval mj. stavební změny uvedené ve výčtu níže. Vzhledem ke skutečnosti, že výdaje za uvedené změny byly příjemcem nárokovány v rámci způsobilých výdajů, byl auditovaný subjekt dne 16. 7. 2014 vyzván (nad rámec povinností auditorského týmu, když měl auditorský tým k dispozici kompletní dokumentaci hlášených změn poskytovateli dotace) auditorským týmem k odůvodnění mj. i těchto změn a to vzhledem k naplnění zákonné podmínky, konkrétně jejich objektivní nepředvídatelnosti (vyjádření příjemce je uvedeno kurzívou vždy pod každou jednotlivou změnou).

Změna:

a) č. 1 ze dne 1. 2. 2010, doručena Řídicímu orgánu ROP JZ (dále jen „ŘO“) dne 2. 2. 2012

Změny u objektu SO 07.11 Rekonstrukce WC a sprch v Bráně borců - změna řešení odvětrání prostor a úprava vnitřní dispozice objektu

Vyjádření auditovaného subjektu:

U změny řešení odvětrání prostor bylo příčinou zjištěné zatékání do vnitřních prostor. V případě úpravy dispozičních prostor se jednalo o požadavek správce areálu, který vyplynul v průběhu rekonstrukce fotbalového stadionu.

b) č. 2 ze dne 12. 3. 2012, doručena ŘO dne 14. 3. 2012

Změny u objektů SO 11.03 a 11.04 Protihlukové stěny – změna technologie výstavby a použitých materiálů

Vyjádření auditovaného subjektu:

Jednalo se o požadavek správce veřejných prostranství.

c) č. 4 ze dne 30. 5. 2012, doručena ŘO dne 1. 6. 2012

Změna u objektu SO 04.01 – Lávka pro pěší - úprava dle RDS – změna části konstrukce z monolitu na prefabrikát, změna materiálu krycích plechů a zábradlí z nerezů na pozink

Vyjádření auditovaného subjektu:

Změna části konstrukce z monolitu na prefabrikát neměla vliv na zadání VZ v tom smyslu, že výstupem realizovaných prací je mostní objekt o požadovaných parametrech a v kvalitě dokonce vyšší, než požadovalo zadání VZ a to bez navýšení hodnoty stavebních prací. Změna materiálu krycích plechů a zábradlí je vyvolána požadavkem správce objektu k realizační dokumentaci.

Změna u objektů SO 01.08, 03.08 a 06.06 – Vstupy k vodě - změna konstrukce z monolitu na prefabrikát

Vyjádření auditovaného subjektu:

Změna konstrukce doporučena správcem povodí.

d) č. 6 ze dne 9. 8. 2012, doručená ŘO dne 14. 8. 2012

Změna u objektu SO 01.02 - Smíšená stezka – rozšíření komunikace a zesílení jejích konstrukčních vrstev

Vyjádření auditovaného subjektu:

Požadavek správce vodohospodářské infrastruktury.

Auditorský tým u výše uvedených změn neshledal naplnění podmínky stanovené v ust. § 23 odst. zákona písm. a), a to že potřeba dodatečných prací vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností, když (kompletní položkové vyčíslení nezpůsobilých výdajů je uvedeno v Příloze č. 1 Zprávy o auditu operace):

Ad a)

- Změna řešení odvětrávání prostor: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 1 ze dne 1. 2. 2012 odůvodňuje danou změnu: „Dále bylo nutné změnit stávající řešení odvětrání z klasického odvětrávání okenními otvory na odvětrávání prostorů pomocí vzduchotechniky.“ K dané změně auditovaný subjekt doložil vyjádření projektanta k VZT, kde projektant sděluje: „z důvodu zatékání do objektu došlo k nárůstu vlhkosti uvnitř šaten. Vzhledem k tomu, že objekt má být ihned po rekonstrukci (v zimním období) uveden do plného provozu, není zde časový prostor pro přirozené snížení vlhkosti uvnitř objektu. Z tohoto důvodu je nutné doplnit vzduchotechnické zařízení, které zajistí i budoucí bezproblémový provoz.“

K dané změně uvedl auditorský tým následující: změna systému odvětrání šaten byla učiněna z důvodu rozhodnutí investora, kdy příčinou pro realizaci nového vzduchotechnického zařízení objektu financovaného z investičních výdajů nemůže být dočasná vlhkost způsobená lokálním havarijním zatékáním. Za adekvátní řešení k dané situaci považuje auditorský tým použití mobilních vysoušecích zařízení. Auditorský tým je toho názoru, že nové technické řešení odvětrávání prostoru šaten je novým požadavkem zadavatele, jehož potřeba nevznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností a mělo být již zahrnuto do stavební projektové dokumentace, která byla součástí zadávací dokumentace.

Nezpůsobilé výdaje: 104 039,- Kč bez DPH; 124 846,80 Kč včetně DPH

- Úprava vnitřní dispozice objektu: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 1 ze dne 1. 2. 2012 odůvodňuje danou změnu: „Z důvodu nově nastalých skutečností v provozu celého sportovního areálu dochází k úpravě dispozice objektu, kdy je pravá část objektu zaměněna za levou a naopak. Změna „levá za pravou“ je ve smyslu prohození funkčního využití obou částí tzn., v konečném důsledku se prohazují místnosti s určitou funkcí, nejde tedy o „zrcadlově“ prohození. Protože se nejedná o výstavbu nového objektu, ale o adaptaci stávajících prostor, které mají určitou dispozici příček, určitou polohu napojení kanalizačního a vodovodního řádu či následných rozvodů, mají tyto změny dopady do výkazu výměr. V praxi totiž dochází u změnové dokumentace k jinému rozsahu bourání stávajících příček a výstavbě příček nových, na to navazujících pracích na omítkách, k jinému rozsahu rozvodů vody či kanalizace atd. Dále se upravují vstupy do objektu, tak aby lépe vyhovovaly novým skutečnostem v organizaci sportovních akcí (uzamykatelnost, oddělitelnost aktivit). Ponechává se jiný rozsah stávajících rozvodů elektřiny a mění se např. počet vypínačů či osvětlení apod. Navržené změny dispozice dále umožnily zvýšení kapacity umývárny a WC a tím

došlo k navýšení množství zařizovacích předmětů ZTI (umyvadla, klozety, apod.), což se velmi pozitivně odrazí v provozní fázi.“

Auditovaný subjekt danou změnu podložil dokumentem „Relax centrum Štruncovy sady – žádost o změnu dispozice objektu Brány borců“.

K dané změně uvedl auditorský tým následující: příjemce jako auditovaný subjekt nepředložil argumenty takového charakteru, aby bylo možné konstatovat, že se jedná o objektivně nepředvídatelnou okolnost. Při auditu na místě nebyla zjištěna jakákoli spojitost sprch v Bráně borců s fotbalovým a atletickým stadionem, což auditorský tým vnímá jako nosnou argumentaci auditovaného subjektu v „nově nastalých skutečnostech“. Změnu si vyžádal správce objektu.

Změna je zapříčiněna rozhodnutím investora.

Nezpůsobilé výdaje: za stavební úpravy 51 610,22 Kč bez DPH, 61 932,26 Kč včetně DPH, za změnu ZTI 69 846,58 Kč bez DPH, 83 815,90 Kč včetně DPH a změnu EI 15 690,58 Kč bez DPH, 18 828,70 Kč včetně DPH

Ad b)

- Změna technologie výstavby a použitých materiálů protihlukové stěny: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 2 ze dne 14. 3. 2012 odůvodňuje danou změnu: „*Stávající projekt počítá s rámovou konstrukcí z pozinkovaných jacklů s poplastovaným pletivem, kterou prorůstá popínavá zeleň. V době finalizace projektu Relax centra byla zahájena realizace protihlukových stěn na protilehlé části komunikace Tyršova. Investor zde navrhl jinou technologii výstavby, která je finančně úspornější. Při splnění stejných požadavků na funkci objektu umožňuje lepší udržitelnost popínavé zeleně. Z tohoto důvodu doporučuje městský správce sjednocení protihlukových stěn v lokalitě. Nový projekt obsahuje drátěný plotový panel z oceli, který nahrazuje jacklovou konstrukci při zachování délkových a výškových parametrů.*“

Auditovaný subjekt danou změnu podložil dokumentem „Sportovně relaxační part Štruncovy sady – změna stavby“ ze dne 19. 1. 2012“.

K dané změně uvedl auditorský tým následující: projekt, na základě kterého městský správce získal zkušenosti ohledně lepších funkčních vlastností materiálu jiných protihlukových stěn, a na základě kterého požadoval změnu u auditem dotčeného projektu, byl ukončen v roce 2010, tj. před podáním Žádosti o dotaci a před zahájením VŘ na veřejnou zakázku. Žádost o dotaci, resp. stavební dokumentace, jež byla součástí zadávací dokumentace k veřejné zakázce, již tuto skutečnost mohla řešit.

Změna je zapříčiněna rozhodnutím investora.

Nezpůsobilé výdaje: za SO 11.03 Protihluková stěna 856 297,44 Kč bez DPH 1 027 556,93 Kč včetně DPH; za SO 11.04 Protihluková stěna 856 297,44 Kč bez DPH 1 027 556,93 Kč včetně DPH

Ad c)

- Změna části konstrukce z monolitu na prefabrikát, změna materiálu krycích plechů a zábradlí z nerezů na pozink: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 4 ze dne 30. 5. 2012 odůvodňuje dané změny: „*Mostní objekty jsou specifické v tom ohledu, že konkrétní dodavatel díla musí vždy zpracovat RDS a navazující výrobní a dílenské výkresy. Tato pochopitelně respektuje dokumentaci k zadání stavby, ale daný výkaz výměr zpřesňuje. Dále je nutné uvedenou dokumentaci znovu předložit správci mostního objektu k posouzení. Tento si již ve stupni DSP vyhrazuje právo stanovisko k RDS. Z tohoto stanoviska vyplývá požadavek na změnu materiálu u zábradlí a krycích plechů, neboť se v poslední době množí případy krádeží nerezových částí mostních konstrukcí. Poslední změnou je úprava části konstrukce z monolitu na prefabrikát. Mění se zde technologie betonáže, jež zajistí vyšší garanci kvality. To vše při mírném snížení ceny díla oproti vysoutěžené částce.*“

K dané změně uvedl auditorský tým následující: Z dokladu, jenž byl přílohou č. 1 Oznámení o změně „Sportovně relaxační centrum – Štruncovy sady – Pivovar – Roudná (I. etapa), SO 04.01 – Lávka pro pěší, Plzeň – stanovisko k realizační dokumentaci“ ze dne 27. 3. 2012 bodu A vyplývá, že změnu navržené konstrukce lávky správce mostu pouze akceptuje, tudíž byla navržena v rámci zpracování RDS stavební společností. Nejedná se tedy o změnu objektivně nepředvídatelnou.

Dále z tohoto stanoviska z věty „*Madla zábradlí budou ocelová (opatřená Zn – ponorem)*“ zcela nevyplývá povinnost takto jednat (realizovat změnu), nehledě na skutečnost, že správce mostního objektu je příspěvkovou organizací města Plzně, nepřímě vzato zadavatel, nejedná se tudíž o orgán vyšší moci. Všechny požadavky měly být řešeny již při zpracování DSP.

Změny jsou zapříčiněny rozhodnutím investora.

Nezpůsobilé výdaje změna nerez - pozink: 694 039,- Kč, 832 846,80 Kč včetně DPH.

Nezpůsobilé výdaje změna monolit - prefabrikát: 2 726 955,- Kč, 3 272 346,- Kč včetně DPH.

- Změna konstrukce z monolitu na prefabrikát vstupy k vodě: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 4 ze dne 30. 5. 2012 odůvodňuje danou změnu: „*U tohoto objektu dochází ke změně konstrukce z monolitu na prefabrikát. Vyšší kvalita prefabrikovaného betonu zajistí vyšší životnost v náročných klimatických podmínkách.*“ Dále auditovaný subjekt argumentuje, že změna byla doporučena správcem povodí.

K dané změně uvedl auditorský tým následující: Auditorský tým shledává tuto změnu jako změnu vyvolanou požadavkem investora, k čemuž uvádí, že kvalita a životnost mají být již řešeny v projektové dokumentaci, která je součástí zadávací dokumentace k veřejné zakázce.

Změna je zapříčiněna rozhodnutím investora.

Nezpůsobilé výdaje SO 01.08: 686 090,- Kč; 823 308,- Kč včetně DPH.

Nezpůsobilé výdaje SO 03.08: 767 460,- Kč; 920 952,- Kč včetně DPH.

Nezpůsobilé výdaje SO 06.06: 1 055 070,- Kč; 1 266 084,- Kč včetně DPH.

Ad d)

- Změna v podobě rozšíření komunikace a zesílení jejích konstrukčních vrstev smíšené stezky: auditovaný subjekt v Oznámení o změně č. 6 ze dne 14. 8. 2012 odůvodňuje danou změnu: „*V rámci areálu Štruncových sadů je potřeba obsluhovat v pravidelných intervalech kanalizační šachty prostřednictvím vozidla s celkovou tonáží 35 tun. Z tohoto důvodu byl dodatečně vznesen požadavek správce vodohospodářské infrastruktury na úpravu projektu ve smyslu lokální změny šířky komunikace a jejích konstrukčních vrstev.*“ Změna byla podložena dokumentem „Změna konstrukčních vrstev komunikace v rámci výstavby Relax centra Štruncovi sady“, ze které vyplývá, že v „*projektu navržené řešení oblouku komunikace v prostoru soutoku řek Mže a Radbuzy omezuje přístup údržbové a revizní kanalizační techniky k pravidelné obsluze revizních šachet kanalizačních shybek na levém břehu Radbuzy. Příjezdem techniky by došlo k nevratné destrukci navržených povrchů komunikace v uvedeném soutoku řek.*“

K dané změně uvedl auditorský tým následující: auditovaný subjekt na výzvu auditorského týmu nedoložil dokumenty takového charakteru, ze kterých by vyplynula objektivní nepředvídatelnost této změny. Z realizované změny naopak vyplývá, že danou problematikou se měla zabývat projektová dokumentace ve stupni DSP, jež byla i součástí zadávací dokumentace veřejné zakázky.

Změna je zapříčiněna rozhodnutím investora.

Nezpůsobilé výdaje: 103 379,- Kč bez DPH; 124 054,80 Kč včetně DPH.

Částka v celkové výši 9 584 129,11 Kč včetně DPH (součet částek za výše uvedené realizované změny) je nezpůsobilým výdajem ve vztahu k auditované žádosti o platbu č. 001/02503. Při zohlednění vlastního podílu příjemce na financování projektu ve výši 15 % z uvedené hodnoty byla příjemci neoprávněně proplacena částka dotace ve výši 8 146 509,74 Kč.

Uvedeným postupem došlo u zjištění ad 1 mimo jiné k porušení ZVZ a dále také povinností příjemce dotace vyplývajících z článku VI odst. 2 Smlouvy, dle kterého je povinen při realizaci projektu uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými ZVZ, je-li zadavatelem podle tohoto zákona, a čl. VIII odst. 1, Smlouvy, resp. k nedodržení článku XII., odst. 1, této Smlouvy, dle kterého se příjemce zavazuje řídit se při realizaci projektu mj. Regionálním operačním programem NUTS II Jihozápad, Prováděcím dokumentem ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad, zde verze 3.8. ke dni 26. 4. 2011 (dále jen „Příručka pro příjemce“) – zejm. kapitola kap. 3.4 Pravidla pro zadávací řízení, ze které povinnost příjemce postupovat v souladu se ZVZ rovněž vyplývá.

Z hlediska pochybení příjemce spočívajícího v proplacení nezpůsobilých výdajů projektu lze dále konstatovat a shrnout, že uvedeným postupem příjemce došlo mimo jiné k porušení povinností příjemce dotace vyplývajících z článků I odst. 3, čl. IV odst. 4, čl. VI odst. 4, Smlouvy, resp. k nedodržení článku XII., odst. 1, této Smlouvy, dle kterého se příjemce zavazuje řídit se při realizaci projektu mj. Příručkou pro příjemce (zejm. kap. 3.5 Pravidla pro způsobilé výdaje) a Metodickými pokyny poskytovatele dotace (viz zejména Metodický pokyn ke způsobilým výdajům projektu ve znění účinném ke dni podpisu Smlouvy).

Zjištění č. 2

Porušení čl. XII Smlouvy „Závěrečná ustanovení“ bodu 1 tím, že se příjemce jako 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 části nárokovaných výdajů.

Podmínky stanovené Příručkou pro příjemce, kap. „Pravidla pro způsobilé výdaje“, vymezují **časovou způsobilost a okamžik vzniku výdajů**: „Výdaje jsou z časového hlediska způsobilé k proplacení při splnění těchto podmínek: **výdaje vznikly během fyzické realizace projektu/etapy** a byly uhrazeny nejpozději v den ukončení projektu/etapy, kdy žadatel předkládá Žádost o platbu (Termíny zahájení fyzické realizace projektu, ukončení fyzické realizace projektu a termín ukončení projektu/etapy stanoví žadatel v žádosti Benefit7 a tyto termíny jsou součástí Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace a jako takové jsou závazné.)“

Příručka pro příjemce dále stanoví: „**Způsobilé výdaje musí být přímo a výhradně spojeny s realizací projektu a jsou součástí rozpočtu předložené žádosti o podporu v rámci ROP NUTS II Jihozápad.**“ Realizace projektu je vymezena ve Smlouvě, a to termíny počátku a konce fyzické realizace projektu.

V rámci žádosti o platbu byly žádány k profinancování výdaje v rámci:

- SO 01.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 255 181,37 Kč bez DPH,
- SO 03.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 229 000,83 Kč bez DPH,
- SO 06.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 45 953,19 Kč bez DPH,
- SO 07.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 14 162,20 Kč bez DPH,
- SO 08.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 100 307,49 Kč bez DPH a
- SO 09.04 rozvojová péče (3 roky po výsadbě) v hodnotě 383 616,80 bez DPH.

za rozvojovou péči (3 roky po výsadbě), sumárně se jedná o částku 1 028 221,88 Kč bez DPH, tj. 1 233 866,26 Kč včetně DPH.

Jedná se tak o výdaje, které se dle vyjádření příjemce jako auditovaného subjektu na výzvu ze dne 4. 7. 2014 „vztahují k období realizace projektu v tom smyslu, že jejich vynaložení je bezpodmínečně nutné k udržení realizovaných výstupů projektu“, avšak jejich skutečná realizace je po termínu časové způsobilosti, tj. termínu po ukončení fyzické realizace projektu daného Smlouvou. Nehledě na skutečnost, že není prokázáno/prokazatelné, jak a zda byly práce financované z těchto výdajů realizovány.

Částka v celkové výši 1 233 866,26 Kč je tedy nezpůsobilým výdajem ve vztahu k auditované žádosti o platbu č. 001/02503. Při zohlednění vlastního podílu příjemce na financování projektu ve výši 15 % z uvedené hodnoty byla za toto zjištění příjemci neoprávněně proplacena částka dotace ve výši 1 048 786,33 Kč.

U pochybení příjemce popsanému v rámci zjištění č. 2 odůvodnění tohoto platebního výměru došlo mimo jiné k porušení povinností příjemce dotace vyplývajících z článků IV odst. 4, čl. VI odst. 4, Smlouvy, resp. k nedodržení článku XII odst. 1 této Smlouvy, dle kterého se příjemce zavazuje řídit se při realizaci projektu mj. Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad (kapitola 3 a zejm. kap. 3.4 Pravidla pro způsobilé výdaje) a Metodickými pokyny poskytovatele dotace (viz zejména Metodický pokyn ke způsobilým výdajům projektu, ve znění účinném ke dni podpisu Smlouvy).

Zjištění č. 3

Porušení ust. § 78 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění v rámci veřejné zakázky č. 60061837 „Relax centrum Štruncovy sady“ tím, že zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky nastavil taková dílčí hodnotící kritéria, která svým charakterem nevyjadřují vztah užitné hodnoty a ceny.

V Oznámení o zakázce ze dne 24. 6. 2011 bodě IV. 2.1 „Kritéria pro zadání zakázky“ a v Zadávací dokumentaci (dále také jen „ZD“) článku 14 „Hodnotící kritéria“ bodě 14. 1 uvedl příjemce jako zadavatel pro výběr nejvhodnějšího uchazeče tato dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy:

- výše celkové nabídkové ceny bez DPH: váha 90 %
- výše bankovní záruky: váha 10 %. Z toho (uvedeno pouze v ZD):
 - a) výše bankovní záruky za provedení díla: 6 %
 - b) výše bankovní záruky za kvalitu díla během záruční doby: 4 %.

Zákon v ust. § 78 odst. 4 v platném znění (tj. ve znění platném ke dni vyhlášení příslušné výzvy ROP JZ) svým demonstrativním výčtem uváděl následující příklady nejčastějších dílčích hodnotících kritérií: „Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení“.

Vzhledem ke skutečnosti, že v průběhu provádění auditu vyvstaly auditorskému týmu pochybnosti o oprávněnosti nastavení dílčího hodnotícího kritéria „bankovní záruky“ v rámci základního hodnotícího kritéria „ekonomická výhodnost nabídky“ do zadávacích podmínek, byla příjemci zaslána dne 16. 7. 2014 žádost o písemné vysvětlení / sdělení objektivních okolností, které jej vedly k použití právě takového hodnotícího kritéria a k obhájení, zda naplňuje dikci zákona v ust. § 78 odst. 4, tj. naplnění vztahu užitné hodnoty a ceny.

Příjemce se v odpovědi ze dne 13. 8. 2014 všeobecně odkazuje na doporučení a zásady Ministerstva pro místní rozvoj, zejména na dodržení zásady zákazu diskriminace a zásady „3 E“. Dále zmiňuje dodržování ust. § 38 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích v platném znění, stejně jako odkazy na odbornou literaturu a rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, včetně zásady legitimního očekávání.

Dále auditovaný subjekt poukazuje na skutečnost, že v době vyhlášení zadávacího řízení uváděl § 78 odst. 4 ZVZ otevřený demonstrativní výčet, přičemž teprve až novelou č. 55/2012 Sb. účinnou od 1. 4. 2012 byl výše uvedený odstavec doplněn o zákaz použití smluvních podmínek jakožto hodnotícího kritéria, jejich účelem je zajištění povinností dodavatele nebo platební podmínky.

Konkrétně pak auditovaný subjekt konstatoval, že: „v předmětném zadávacím řízení bylo možné v souladu s tehdy účinným ustanovením § 78 odst. 4 ZVZ využít i dílčí hodnotící kritérium „bankovní záruka“, když zajištění závazku se zcela nepochybně vztahuje k nabízenému plnění veřejné zakázky ... když do sebe promítá i v daném ustanovení demonstrativně uvedené: kvalita plnění, provozní náklady a záruční a pozáruční servis. Právě zajištění plnění záručního servisu prostřednictvím bankovní záruky za kvalitu díla během záruční doby a za realizaci díla řádně a včas prostřednictvím bankovní záruky za provedení díla poskytuje AS nejvyšší možnou přidanou hodnotu a jistotu“.

Auditorský tým se s tímto tvrzením neztotožnil a současně konstatoval, že dílčí hodnotící kritérium „výše bankovní záruky“ nenaplnuje v souladu s § 78 odst. 4 zákona vztah užitné hodnoty a ceny, neboť v rámci hodnocení nabídek má toto kritérium souvislost pouze s cenou, resp. s finančním vyjádřením v Kč, nikoli s nefinanční/nepeněžní hodnotou spojenou s užíváním předmětného plnění.

Bankovní záruka jako taková, představuje pouze zajišťovací institut (finanční instrument) pro případ, kdy dodavatel požadovaného plnění odmítne provést určité úkony. U již zmíněného (po)záručního servisu se jedná o provedení určitého rozsahu prací v určitém časovém období a nikoli o vyjádření finanční hodnoty (zajišťovacího institutu) v případě, že dodavatel odmítne tento servis poskytnout.

Auditorský tým konstatoval, že z odpovědi auditovaného subjektu nevyplývá, že by v daném případě naplňovalo dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky vztah užitné hodnoty a ceny. Ani tvrzení auditovaného subjektu, že „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 zadavateli v případě navýšení nabídkové ceny o 1 procento a současného zvýšení minimální hodnoty výše bankovních záruk o 1 procentní bod celkové zvýšení užitné hodnoty zajišťovacího instrumentu o více než 13 procent“ v daném případě neobstojí.

Jak auditovaný subjekt sám uvádí, jedná se o zajišťovací (finanční) instrument, nikoli o vyjádření užitné hodnoty spojené s předmětným plněním. K rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) a k zásadě legitimního očekávání, popř. právní jistoty, auditorský tým konstatoval, že tehdejší praxi ÚOHS (viz auditovaným subjektem uváděné rozhodnutí ÚOHS-S346/2008/VZ-4354/2009/540/KKo1 13 ze dne 14. dubna 2009) nijak nerozporuje, neboť dle tehdy platného ZVZ se dílčí hodnotící kritérium muselo vztahovat pouze k nabízenému plnění veřejné zakázky. Ovšem v době vyhlášení zakázky č. 60061837 již bylo v zákoně doplněno, že se dílčí hodnotící kritéria stanoví tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.

Nad rámec výše uvedeného se auditorský tým odkazuje např. na Rozhodnutí předsedy ÚOHS-R59,62/2009/VZ-15199/2009/310-ASc ze dne 23. listopadu 2009, ve kterém je mimo jiné uvedeno, že „námitky vybraného uchazeče ohledně nedodržení principu právní jistoty je nutné odmítnout, neboť Rozhodovací praxe Úřadu se neustále vyvíjí s ohledem na právní prostředí a aktuální rozhodovací trendy, přičemž nově vznikající právní názory a aplikace nových procesních postupů vznikají z důvodu podpoření zájmů účastníků správního řízení“.

Neoprávněnost hodnotícího kritéria bankovní záruky spatřuje auditorský tým 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 výší nabídkové ceny konkrétního uchazeče. 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.

S ohledem na výše uvedené a **v souladu s požadavky Evropské komise** provedl auditorský tým analýzu dopadu použití dílčího hodnotícího kritéria „bankovní záruky“. Hodnocena tak byla pouze nabídková cena. Ze čtyř hodnocených nabídek předložil cenově nejvýhodnější nabídku uchazeč OHL ŽS, a.s., v hodnotě 68 655 700,00 Kč. Vítězný uchazeč, Sdružení RC Štruncovy sady, předložil nabídku v hodnotě 71 550 143,89 Kč. Zbylí uchazeči předložili cenově méně výhodné nabídky než vítězný uchazeč či nepostoupili do fáze hodnocení nabídek.

<i>Hodnotící kritérium</i>	Hodnotící kritérium č. 1	Nové hodnocení pokud by kritérium bankovní záruky hodnoceno nebylo	Hodnotící kritérium č. 2	Původní hodnocení
<i>Název hodnotícího kritéria</i>	Nabídková		Bankovní záruka	
<i>Výše hodnotícího kritéria</i>	cena bez DPH	Pořadí:	10 %	Pořadí:
1. Sdružení RC Štruncovy sady	71.550.143,89 Kč (86,36 %)	2.	a) 71.550.143,89 Kč (6 %) b) 71.550.143,89 Kč (4 %)	1.
2. OHL ŽS a.s.	68.655.700,00 Kč (90,00 %)	1.	a) 35.000.000,00 Kč (2,94 %) b) 10.000.000,00 Kč (0,56 %)	2.
3. Metrostav a.s.	71.604.514,00 Kč (86,29 %)	3.	a) 20.000.000,00 Kč (1,68 %) b) 10.000.000,00 Kč (0,56 %)	3.
4. Swietelsky stavební s.r.o.	78.982.725,00 Kč (78,23 %)	4.	a) 9.140.000,00 Kč (0,77 %) b) 4.570.000,00 Kč (0,26 %)	4.

Z provedené analýzy jednoznačně vyplývá, že použití dílčího kritéria bankovní záruky **mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.**

Nutno ještě uvést, 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 kdykoli využity. Neadekvátně nastavena výše bankovním záruky zásadním způsobem ovlivnila výsledné hodnocení veřejné zakázky.

Rozdíl mezi nabídkou vítězného uchazeče a cenově nejvýhodnější nabídkou uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí, činí 2 894 443,89 Kč bez DPH, 3 473 332,67 Kč včetně DPH.

Uvedeným postupem došlo u zjištění ad 3 mimo jiné k porušení ZVZ a dále také povinností příjemce dotace vyplývající z článku VI odst. 2 Smlouvy, dle kterého je povinen při realizaci projektu uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými ZVZ, je-li zadavatelem podle tohoto zákona, a čl. VIII odst. 1, Smlouvy, resp. k nedodržení článku XII., odst. 1, této Smlouvy, dle kterého se příjemce zavazuje řídit se při realizaci projektu mj. Regionálním operačním programem NUTS II Jihozápad, Prováděcím dokumentem ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce – zejm. kapitola kap. 3.4 Pravidla pro zadávací řízení, ze které povinnost příjemce postupovat v souladu se ZVZ rovněž vyplývá.

S ohledem na skutečnost, že lze jednoznačně vyčíslit finanční dopad pochybení zadavatele, budou nezpůsobilé výdaje vypočteny jako 25 % z rozdílu částek mezi nabídkou vítězného uchazeče (Sdružení RC Štruncovy sady) a uchazeče s cenově nejvýhodnější nabídkou (OHL ŽS a.s.) ve výši včetně DPH (auditovaný subjekt je v rámci projektu bez nároku na odpočet DPH, DPH je způsobilým výdajem projektu). Jedná se o částku v celkové výši 868 333,17 Kč (tj. 25 % z částky 3 473 332,67 Kč)

Na základě shora uvedených skutečností je částka v celkové výši 868 333,17 Kč nezpůsobilým výdajem ve vztahu k auditované žádosti o platbu č. 001/02503. Při zohlednění vlastního podílu příjemce na financování projektu ve výši 15 % z uvedené hodnoty byla příjemci neoprávněně proplacena částka dotace ve výši 738 083,19 Kč.

Detailně se k výše uvedeným pochybením vyjadřuje zpráva o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016 ze dne 26. 11. 2014 (dále také jen „auditní zpráva“) včetně přílohy č. 1 – Rekapitulace nezpůsobilých výdajů za vícepráce dle soupisu změn a přílohy č. 2 – Stanovisko auditovaného subjektu k Návrhu zprávy o auditu operace.

Vedoucí auditního týmu seznámil příjemce se získanými poznatky a s navrhovaným obsahem auditní zprávy a poskytl mu písemné vyhotovení návrhu této zprávy. Auditovaný subjekt/příjemce byl oprávněn zaujmout k tomuto návrhu Zprávy o auditu operace ze dne 21. 10. 2014 písemné stanovisko. Příjemce své písemné stanovisko ve lhůtě předložil. Veškerá vyjádření příjemce jsou uvedena níže.

Vyjádřením příjemce ve věci je tedy *Stanovisko/připomínky auditovaného subjektu (v textu také jen „AS“) k Návrhu zprávy o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016*. Příjemce zde uvedl doslovně následující argumenty.

První část argumentace příjemce (uvedené v textu také jako „AS“) se týkala výše uvedeného zjištění č. 1. Pro větší autentičnost a úplnost je vyjádření příjemce k auditní zprávě uvedeno formou fotokopie jeho stanoviska.

AS v první řadě upozorňuje na rozpor ve výkladu, když AO identifikuje pochybení 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 *žadatel se zavazuje řídit při realizaci projektu Metodickými pokyny*. Dále není pravdou, že předmětné ustanovení čl. XII. odst. 1 Smlouvy obsahuje demonstrativní výčet (tj. slovo „mj.“). Naopak předmětný článek obsahuje taxativní výčet, kde se pojem „Metodické oznámení“ neobjevuje. Naopak se uvádí, že *v případě rozporu mezi těmito dokumenty a touto Smlouvou*, tj. i čl. XII. Smlouvy, *platí ustanovení ve Smlouvě*.

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. *orgán veřejné správy, který je podle zvláštních právních předpisů oprávněn tuto podporu poskytovat*), kontrolovat dodržení podmínek, za kterých byla dotace poskytnuta. Dané znění není zcela přesné, když z citovaného zákona, konkrétně §§ 4 a 8 vyplývá, že *poskytovatelé jsou povinni prověřovat dodržování právních předpisů při výkonu veřejnosprávní kontroly u příjemců podpory*.

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

smyslem a účelem ZVZ (blíže pak komentářová literatura¹, kde se uvádí *„Hospodárnost vynakládání veřejných prostředků zadavatelů je přitom hlavním důvodem existence tohoto zákona, který svou existencí hospodárnost zabezpečuje a tím i úsporu finančních prostředků zadavatele“*). AS je dále toho názoru, že jediným subjektem (s ohledem na Smlouvu), který dle právní úpravy ČR může vedle 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) předmětného zákona zejména prověřovat hospodárnost použití veřejných prostředků k zajištění stanovených úkolů s co nejnižším vynaložením těchto prostředků, a to při dodržení odpovídající kvality plněných úkolů; efektivnost použití veřejných prostředků, kterým se dosáhne nejvýše možného rozsahu, kvality a přínosu plněných úkolů ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na jejich plnění; účelnost použití veřejných prostředků, které zajistí 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 s platnou 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 předmětné 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 považujte změnu za vyřízenou a schválenou. Dále

ji uveďte v nejbližší monitorovací zprávě- (změny 002937, 002997, 003293);

- změna k projektu CZ.1.14/2.1.00/04.02503 - Změna u objektu XXX. Změna byla posouzena jako nepodstatná. Tímto považujte 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).

Dle Příručky se v případě nepodstatných změn jedná zejména o změny uvedené v předmětném čl. jako zejména:

- 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.

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 (blíže 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, jakkoliv obsah smlouvy ji dává vrchnostenský ráz a stěžovatelka uzavřením smlouvy postavení správního orgánu neztrácí.“).

Ke zjištění č. 2 příjemce uvedl:

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.

Ke zjištění č. 3 uvedl příjemce své následující stanovisko.

Ad 1. – Zásada legitimního očekávání

AS v první řadě opětovně nesouhlasí se stanoviskem AO (odkazem např. na Rozhodnutí předsedy ÚOHS-R59,62/2009/VZ-15199/2009/310-ASc ze dne 23. listopadu 2009) 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:

- Usnesení Ústavního soudu ČR, č.j. II. ÚS 2463/12, ze dne 24. 6. 2014 („Správní orgán má, správně uvedl Nejvyšší správní soud, dbát o to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.“);

- Rozsudky Nejvyššího správního soudu, zejména:
 - č.j. 5 Afs 3/2012 – 131 ze dne 20. 12. 2013, kde se uvádí, že *„Správní orgán je nepochybně povinen dbát, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné 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 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

.....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 závažných 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 *.....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 chtěl od názoru v nich vyjádřeného odchýlit, byl povinen takovou změnu právního názoru odůvodnit...“:*

- č.j. 5 AfS 62/2009 – 282 ze dne 30.6.2010 (stejný postoj pak jako předchozí rozsudek);
- 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 ochrany 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 neodůvodněné 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), tj. 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 hodnotící kritérium „výše bankovní záruky“ nenaplnňuje 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 dikce § 78 odst. 4 ZVZ „... stanoví vždy dílčí hodnotící 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 nezbývá než AO odkázat na předchozí argumentaci AS, ačkoliv „Auditorský tým konstatuje, že z odpovědi auditovaného subjektu nevyplývá, že by v daném případě naplňovalo dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky vztah užitné hodnoty a ceny. Ani tvrzení auditovaného 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 zadavateli v případě navýšení nabídkové ceny o 1 procento a současného 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 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 užitné 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 (dílčího) hodnotícího kritéria

Předně AS upozorňuje AO, že ve svém návrhu zprávy operuje s termínem hodnotícího kritéria v okamžiku, kdy se jedná o dílčí hodnotící kritérium, což je z formálního pohledu mylné. Z dikce § 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 dílčí hodnotící kritéria, která pak jako celek tvoří jedno hodnotící kritérium.

AO spatřuje neoprávněnost (dílčího) 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 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.*“.

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 jednoprocenní zvýšení nabídkové ceny by odpovídalo jednoprocennímu zvýšení hodnoty bankovní záruky, zatímco v modelu AS v případě nepřímé úměry je dosaženo vyššího pákového efektu tím, že jednoprocenní zvýšení ceny odpovídá více než jednoprocennímu navýšení 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 věřitel vůči dlužníkovi, v případě, že by dlužník porušil závazek, jehož plnění je zajištěno bankovní zárukou.*), a konstantní judikaturu soudní soustavy ČR a rozhodovací praxe Úřadu⁶ vyplývá, že „*s ohledem na aktuální judikaturu, pokud zadavatel nestanovil maximální hranici pro*

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 nezpochybňuje AS zvolený poměr, když je ve prospěch zadavatele, že jako nejvýhodnější bude vždy vybrána nabídka tohoto uchazeče, který předloží nejnižší nabídkovou cenu a současně „plné 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 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.“.

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 možnostmi „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, jdou 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. Užitá 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 neporušil 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 nespochybnitelné, že tím je prokázán vztah užitné hodnoty a ceny.

U vypořádání námitek/stanoviska/připomínek příjemce k daným zjištěním lze konstatovat k argumentaci příjemce toto:

Vyjádření ke stanovisku u zjištění č. 1:

Auditovaný subjekt v prvním odstavci svého stanoviska argumentuje rozporem ve výkladu uvedeného porušení, když Auditní orgán identifikuje pochybení ve vztahu k porušení Metodického oznámení č. 11 revize č. 1, ačkoli ve svém zjištění cituje článek XII odst. 1 Smlouvy, kde je uvedeno, že se žadatel zavazuje řídit při realizaci projektu Metodickými pokyny a nadále, že není pravdou, že předmětné ustanovení čl. XII odst. 1 Smlouvy obsahuje demonstrativní výčet (tj. slovo „mj.“), když naopak předmětný článek obsahuje výčet taxativní, kde se pojem „Metodické oznámení“ neobjevuje. Auditovaný subjekt tím de facto uvádí, že

příjemce dotace nemá povinnost při realizaci svého projektu dodržovat metodiku obsaženou v Metodických oznámeních.

Auditorský tým k danému uvedl následující. Zmíněný článek XII odst. 1 Smlouvy odkazuje příjemce při realizaci projektu na závaznost jeho jednání v souladu s Regionálním operačním programem NUTS II Jihozápad, Prováděcím dokumentem ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad, Pravidly pro publicitu, Metodickými pokyny poskytovatele a Manuálem vizuálního stylu ROP NUTS II. Ve zjištění použité slovo „mj.“ znamenalo, že nebyl uveden tento kompletní výčet, ale pouze potřebný výběr z něj.

Příručka pro příjemce revize č. 3.8 k 26. 4. 2011 (platná k datu podpisu Smlouvy) v kap. 3 „Povinnosti příjemce při realizaci projektu“ pod výčtem příjemcových povinností v bodě 10 uvádí následující: „*Příjemce musí plnit ostatní závazky, které pro něho vyplývají ze Smlouvy a jejích příloh, PPŽ, PPP a jejích příloh, z metodických pokynů a metodických oznámení.*“

Metodické oznámení č. 11, o které je mj. opřeno zjištění č. 1, je v platnosti od 8. 1. 2009, revize č. 1 od 24. 6. 2009. **Z daného vyplývá, že podpisem Smlouvy příjemce přistoupil k podmínce dodržovat vyjma dalších pokynů, příruček, dokumentů a pravidel i metodická oznámení, pro konkrétní případ rozhodné Metodické oznámení č. 11 revize č. 1.**

V reakci na další část argumentace stanoviska příjemce, ze které vyplývá, že „*jediným subjektem (s ohledem na Smlouvu), který dle právní úpravy ČR může vedle Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže konstatovat nesrovnalosti 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.*“ lze uvést následující.

Mezi základní povinnosti členského státu Evropské unie, který čerpá prostředky z rozpočtu EU, a tedy i České republiky, patří povinnost převzít odpovědnost za správu finančních prostředků. Jedním z klíčových prvků této povinnosti je zajištění výkonu auditní a kontrolní činnosti po celou dobu implementace finančních prostředků poskytovaných z rozpočtu EU.

Auditní orgán je na základě Usnesení vlády č. 198/2006 ze dne 22. února 2006, Usnesení vlády č. 760/2007 z 11. července 2007 a Usnesení vlády č. 603/2006 z 24. května 2006 odpovědný mj. za výkon auditu v souladu s čl. 62 nařízení Rady č. 1083/2006. V souladu s tímto nařízením má za povinnost mj. zajišťovat vykonávání auditů operací na vybraném vzorku pro ověření vykázaných výdajů, v rámci čehož je mj. auditováno, zda výdaje vykázané příjemcem jsou v souladu s právem EU a s vnitrostátními předpisy a zda se operace provádí v souladu s rozhodnutím (smlouvou) o poskytnutí dotace.

Auditní orgán patří mezi orgány a subjekty zapojené do auditu ve sdílené odpovědnosti EU a ČR.

Pro úplnost uvádíme, že subjektem zapojeným do soustavy kontrol evropských prostředků není Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, což je mj. patrné z Metodiky finančních toků a kontroly programů spolufinancovaných ze SF/CF/EFF na programové období 2007 – 2013, kap. 3.10.3 „Pozastavení plateb a certifikace“, dle které „*ŘO může s odkazem na zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, neproplatit část výdajů, které považuje za nezpůsobilé, a to i v případě, kdy podezření na nesrovnalost není potvrzeno ze strany Orgánů finanční správy (dále jen „OFS“).* Pokud OFS podezření na porušení rozpočtové kázně nepotvrdí, stejně tak pokud ÚOHS neshledá důvody pro uložení sankce za spáchání správního deliktu dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ŘO tímto není vázán a může trvat na svých zjištěních, resp. zjištěních jiných příslušných kontrolních či auditních orgánů, a stanovisku, že k nesrovnalosti došlo. Předmětné výdaje nadále ŘO považované za nezpůsobilé, tak nejsou zahrnuty do předkládaných souhrnných žádostí na PCO.“

Na základě výše uvedeného je patrné, že auditní orgán je oprávněn ke kontrole vynaložených prostředků a též je v jeho kompetencích učinit závěr, že došlo k porušení právního předpisu, zde konkrétně zákona o veřejných zakázkách či smluvních podmínek.

Argumentace auditovaného subjektu je v neposlední řadě postavena na obhajobě jeho jednání v souladu se zásadou hospodárného použití veřejných prostředků, když právě jeho jednání vedlo k zabezpečení této povinnosti. Dále auditovaný subjekt uvádí, že: „*neporušil povinnost stanovenou 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 základním smyslem a účelem ZVZ.“ Auditovaný subjekt dále odkazuje na bližší informace v komentovaném znění zákona a dále na skutečnost, že veškeré změny konzultoval a následně nechal schválit ŘO zcela v souladu se Smlouvou, tudíž žil v legitimním očekávání jednání v souladu s ní. Zásada legitimního očekávání vůči jednání resp. konání správních orgánů je podrobně rozebrána auditovaným subjektem též u zjištění č. 3.

K danému lze uvést následující. Auditorský tým při výkonu auditu operace není povinen přihlížet k výsledkům kontrol realizovaných jinými subjekty, a to včetně poskytovatele dotace, neboť audit operace je prováděn objektivně a nezávisle na činnosti řídicího orgánu. Ani pro kvalifikaci identifikovaných nedostatků a zhodnocení jejich významnosti není rozhodné, zda byly zjištěny při předešlých kontrolách či zda v rámci nich byly prověřovány nebo nikoli. Dále k odborné problematice. Dle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Vzhledem ke skutečnosti, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem, na jehož základě zpracovávají dodavatelé své nabídky, ukládá zákon zadavateli vymezení prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatel mohl zpracovat svou nabídku. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií.

Za všech okolností však zákon zadavateli ukládá vymezení předmětu veřejné zakázky přesně s potřebnou určitostí jak z hlediska druhu požadovaného plnění, tak i z hlediska poptávaného množství. Zákon i rozhodovací praxe ÚOHS k této problematice stanoví jasnou odpovědnost zadavatele za správnost a úplnost zadávacích podmínek.

V daném kontextu je nejvýznamnější částí zadávací dokumentace přesné vymezení předmětu veřejné zakázky, které v podaných nabídkách ovlivní též další aspekty, **zejména výši nabídkové ceny**. V předmětné zakázce jimi byly projektová dokumentace spolu s výkazem výměr, který uchazeči nacehovali. Následně po výběru nejvhodnějšího uchazeče byla uzavřena dne 16. 9. 2011 Smlouva o dílo, do níž byl přenesen naceněný rozpočet.

Zákon o veřejných zakázkách v ust. § 23 odst. 7 (v podmínkách použití jednacích řízení bez uveřejnění) vymezuje charakter víceprací, resp. dodatečných prací, jako práce, které:

- nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách,
- **jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností a**
- tyto dodatečné práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací.

Limit víceprací je omezen 20 % původní hodnoty veřejné zakázky (bez zápočtu méněprací).

Zákon tím de facto explikuje, jaké „stavební změny“ mohou být v průběhu realizace zakázky vykonány a jaké naopak ne, když ty lze zjednodušeně vymezení jako změny, které vznikly v důsledku rozhodnutí investora, zastaráním resp. soutěží neaktuální projektové dokumentace, opomenutím projektanta, či z důvodu finanční úspory apod. Auditorský tým posuzoval jednotlivé stavební změny hlášené auditovaným subjektem jako příjemcem dotace v průběhu realizace projektu v kontextu s podmínkou objektivní nepředvídatelnosti. Jelikož ze zdůvodnění dotčených změn nevyplývalo naplnění této podmínky, auditorský tým na základě výzvy ze dne 4. 7. 2014 a opětovné výzvy ze dne 25. 7. 2014 vyzval auditovaný subjekt k obhájení přesně vydefinovaných změn a to ve smyslu naplnění díkce zákona.

Ani na základě opětovné výzvy nebyly auditorskému týmu podloženy objektivně nepředvídatelné skutečnosti, které vedly auditovaný subjekt k realizaci změn v původně soutěžené a zadané zakázce.

Neobstojí tedy ani argumentace o jednání příjemce v souladu se zásadou hospodárného použití veřejných prostředků, neboť není postaveno na jisto, že by jiní uchazeči v řízení nedoložili nabídky cenově výhodnější v případě změněného rozpočtu tak, jak byl ve skutečnosti realizován. Zde zásadu hospodárnosti použití veřejných prostředků předčí zásada nediskriminačního a rovného přístupu k uchazečům o zakázku, kdy

auditovaný subjekt ani po provedených změnách nemůže najisto tvrdit, že jednal v souladu se zásadou hospodárného využití prostředků, když nemá a nemůže mít informace o soutěžním chování uchazečů na trhu v případě, že by měli údaje k nacenění rozpočtu se zohledněním realizovaných změn.

K zásadě legitimního očekávání resp. porušení této zásady a ochrany dobré víry, když auditorský tým, dle vyjádření auditovaného subjektu, svým zjištěním zasáhl do jeho práv, v případě, že neshledal u totožných stavebních změn jejich oprávněnost se stejným závěrem jako ŘO, který jejich oprávněnost shledal, lze uvést následující.

V souladu se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010, který se zabývá otázkou rozhodování skutkově shodných či podobných případů správními orgány a vymezuje podmínky, za nichž mohou být tyto případy posouzeny odlišně, lze konstatovat, že auditorský tým jednal v souladu se zásadou legality, tedy shledal rozpor s příslušnými právními a jinými závaznými předpisy, konstatoval svá zjištění v souladu s nimi a své závěry jak v Návrhu zprávy o auditu, tak nyní při vypořádání stanoviska řádně odůvodnil. Jednání v souladu se zásadou legality v případě řádného odůvodnění převládá nad zásadou legitimního očekávání resp. zásada legality má vyšší právní sílu než zásada legitimního očekávání.

Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že příjemce jako auditovaný subjekt ani v rámci stanoviska k Návrhu zprávy o auditu operace nepředložil argumenty takového charakteru, které by potvrdily jeho jednání v souladu se ZVZ, Smlouvou a metodikou poskytovatele dotace, auditorský tým na zjištění č. 1 setrval v plném rozsahu. Zjištění č. 1 tedy bylo ve Zprávě o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016 ponecháno beze změny i s finančním vyčíslením nezpůsobilých výdajů.

Vyjádření ke stanovisku ke zjištění č. 2:

Auditovaný subjekt ve svém stanovisku odkazuje na argumentaci u zjištění č. 1 uvedenou výše a uvádí, že se jednalo o výdaje transparentně deklarované a zdůvodněné v přílohách Žádosti o dotaci a přílohách Závěrečné monitorovací zprávy, jejichž oprávněné vynaložení a způsobilost byly schváleny ROP JZ ještě před jejich realizací.

Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že příjemce jako auditovaný subjekt ani v rámci stanoviska k Návrhu zprávy o auditu operace nepředložil argumenty takového charakteru, které by potvrdily jeho jednání v souladu se Smlouvou či metodikou poskytovatele dotace, auditorský tým na zjištění č. 2 setrval v plném rozsahu. Zjištění č. 2 tedy bylo ve Zprávě o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016 ponecháno beze změny i s finančním vyčíslením nezpůsobilých výdajů.

Vyjádření ke stanovisku ke zjištění č. 3:

Auditovaný subjekt se ve svém stanovisku odvolává zejména na zásadu legitimního očekávání podpořenou několika rozhodnutími Ústavního soudu např. II. ÚS 2463/12 ze dne 24. 6. 2014, v rámci kterého bylo primárně řešeno stanovení pokuty. Dále pak rozsudky NSS a rozhodovací praxí ÚOHS.

Auditorský tým v tomto ohledu zopakoval argumentaci uvedenou ve zjištění č. 1 a 2, a to, že jednal v souladu se zásadou legality, která svou právní silou předčí zásadu legitimního očekávání, pokud je jednání auditorského týmu řádně podloženo a zdůvodněno. Auditorský tým konstatoval, že v době vyhlášení předmětné VZ (24. 6. 2011) obsahoval § 78 odst. 4 ZVZ následující podmínku: „*Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.*“

A právě na skutkové podstatě nedodržení vztahu užitné hodnoty a ceny resp. porušení § 78 odst. 4 ZVZ je zjištění konstruováno.

Auditovaný subjekt se dále odkazuje na komentované znění k ZVZ, přičemž si nesprávně vykládá následující ustanovení: „*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*“, za nějž auditovaný subjekt považuje bankovní záruku.

K dané problematice auditorský tým uvedl přesné znění prvního odstavce komentáře citovaného ve stanovisku k Návrhu zprávy o auditu k § 78 odst. 4 ZVZ: *V případě stanovení základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky je zadavatel povinen určit hodnotící kritéria, mezi nimiž nutně nemusí být přímo nabídková cena, ale její deriváty. Dle novely Zákona cena plnění se musí objevit v hodnotících kritériích, ale ne zcela nezbytně pouze v klasické formě nabídkové ceny za předmět plnění. Ačkoli tento přístup není novelou vyloučen v případě, že takové nastavení nabídkové ceny odpovídá druhu a předmětu zadávané veřejné zakázky. Další dílčí hodnotící kritéria mohou být kvantitativní či kvalitativní povahy a musí být stanovena ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Hodnotícími kritérii naopak nemohou být údaje vztahující se k uchazečům o veřejnou zakázku (tedy k osobě uchazeče), neboť tyto parametry jsou zadavatelem přezkoumávány v rámci posuzování splnění kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky.*

Z výše uvedeného vyplývá, že pokud si zadavatel zvolí jako dílčí hodnotící kritérium některý z derivátů ceny, nemůže být současně dílčím hodnotícím kritériem i nabídková cena.

Nad rámec řešené problematiky auditorský tým uvedl, že bankovní záruka „představuje zvláštní typ (druh) ručení, který se vztahuje specificky na obchodní závazkové vztahy. Zákonná úprava bankovní záruky má komplexní povahu, je celistvou úpravou tohoto zajišťovacího institutu dopadajícího na vztahy mezi podnikateli. Závazkový vztah z bankovní záruky se řadí mezi tzv. absolutní obchody. Bankovní záruka je vymezena tak, že vzniká písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině., neboť se jedná o zajištění závazku dle zákona 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů“ a není tedy derivátem ceny, neboť nemá vztah k řádnému plnění zakázky, je pouze zajišťovacím institutem. Auditorský tým však nijak nezpochybnil, že se bankovní záruka, resp. náklady na pořízení bankovní záruky určitým způsobem promítnou do ceny za nabízené plnění. Lze oprávněně předpokládat, že výše bankovní záruky byla ujednána až po kalkulaci nabídkové ceny dodavatele s ohledem na minimalizaci nákladů spojených s vystavením bankovní záruky v určité výši, která ovšem nepřevyší celkovou nabídkovou cenu.

Výše uvedená skutečnost nepopírá tvrzení auditorského týmu o neoprávněnosti použití bankovní záruky jako dílčího hodnotícího kritéria a to z důvodů uvedených ve zjištění a v následném doplňujícím odůvodnění.

Auditorský tým dále uvedl znění prvního odstavce komentáře (k odst. 1 až 3 § 78 ZVZ): „Klíčovým faktorem pro rozhodnutí o druhu základního hodnotícího kritéria je vypovídací hodnota nabídkové ceny ve vztahu k očekávaným vlastnostem plnění veřejné zakázky, tzn., zda je pro rozhodování zadavatele relevantní pouze cena plnění, nebo celková ekonomická výhodnost plnění („value for money“).

V případě proplacení finančních prostředků plynoucích z bankovních záruk bankovním ústavem zadavateli, tak nemůže dojít k naplnění principu „value for money“, neboť z logiky věci vyplývá, že dílo v daném případě není ve stavu, kdy by z něj mohl mít zadavatel očekávanou užitnou hodnotu, resp. bude naplněn zcela jiný princip „money for money“ (za finanční prostředky určené k úhradám faktur od dodavatele obdrží zadavatel další finanční prostředky od třetí osoby). Auditorský tým opětovně konstatoval, že bankovní záruka není instrumentem užitným, ale instrumentem zajišťujícím (resp. lze s určitou mírou zjednodušení konstatovat, že se jedná o smluvní pokutu, kterou v podobě finančních prostředků vyplatí třetí strana). V případě proplacení bankovních záruk zadavateli, představují finanční prostředky nerozpočtovaný příjem samosprávného orgánu a je tak současně vyloučena jejich vazba k nabízenému plnění, resp. předmětu veřejné zakázky. K odstavcům Ad 3, Ad 4 a Ad 5, které neřeší podstatu daného zjištění, auditorský tým opětovně konstatoval, že zadavatel nastavil podmínky takovým způsobem, aby potenciální dodavatelé předkládali bankovní záruky pokud možno v maximální možné výši. Výše bankovní záruky rovné s nabídkovou cenou odporuje běžné obchodní praxi. Auditorský tým si byl vědom skutečnosti, že tento pojem nebylo možné v době zadávání zakázky opřít o žádný hmotněprávní předpis, avšak lze odvodit z jednání subjektů na trhu či z potencionálního přínosu výše tohoto finančního instrumentu vzhledem k očekávaným výsledkům zakázky, když kvalitu předmětu díla si zadavatel zajišťuje i jinými prostředky jako je výběr kvalitního dodavatele přenesený do nastavené požadované kvalifikace a další zadávací resp. smluvní podmínky, přičemž lze oprávněně předpokládat, že výši bankovní záruky rovnou 100 % nabídkové ceny nebude potřeba čerpat

Lze souhlasit s argumentací auditovaného subjektu, že dodavatel s nejnižší nabídkovou cenou a současně plným zajištěním veřejné zakázky by byl v daném případě vždy vybrán jako nejvhodnější uchazeč. Současně ani nerozporuje omezení maximální výše bankovní záruky s ohledem na výši celkové nabídkové

ceny. Auditorský tým pouze upozornil, že v případě použití více dílčích hodnotících kritérií by již vzájemné působení nepřímé úměrnosti mezi některými kritérii, mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Současně je opětovně nutné poukázat na skutečnost, že v případě kdy dodavatel nabízí maximální možnou výši zajištění, měl by zároveň obdržet i maximální počet bodů v rámci daného kritéria.

Nad rámec výše uvedeného a v souladu se závěry auditu operace č. ROPJZ/2014/O/018 „Novostavba divadla v Plzni, Divadlo Jízdecká“, auditorský tým konstatuje, že si auditovaný subjekt nesprávně vyložil pojem záruční a pozáruční servis, neboť se jedná o provedení prací/poskytnutí služeb v určitém časovém období a nikoli o vyjádření finanční hodnoty (zajišťovacího institutu) v případě, že dodavatel odmítne tento servis poskytnout.

Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že příjemce jako auditovaný subjekt ani v rámci stanoviska k Návrhu zprávy o auditu operace nepředložil argumenty takového charakteru, které by potvrdily jeho jednání v souladu se ZVZ, Smlouvou a metodikou poskytovatele dotace, auditorský tým na zjištění č. 3 setrval v plném rozsahu. Zjištění č. 3 tedy bylo ve Zprávě o auditu operace č. ROPJZ/2014/O/016 ponecháno beze změny i s finančním vyčíslením nezpůsobilých výdajů.

Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad nad rámec auditní zprávy a auditních zjištění se uvedeným vyjádřením příjemce zabýval. ÚRR JZ přitom zdůrazňuje, že každý případ pochybení (např. při realizaci veřejné zakázky) je vždy řešen individuálně s přihlédnutím ke všem okolnostem daného případu a ke konkrétní veřejné zakázce a veškeré dokumentaci, kterou příjemce poskytovateli dotace poskytne.

Nad rámec vypořádání námitek příjemce k auditní zprávě uvádí ÚRR JZ k vyjádření příjemce následující.

Jak bylo popsáno výše, pochybení v rámci projektu zjistil Auditní orgán Ministerstva financí ČR (Odbor 52). Z výše cit. centrálního dokumentu Ministerstva financí „Metodika finančních toků a kontroly programů spolufinancovaných ze strukturálních fondů, Fondu soudržnosti a Evropského rybářského fondu na programové období 2007 – 2013“ vyplývá (viz kapitola 3.10 – Řešení nesrovnalostí), že: „O potvrzení či nepotvrzení nesrovnalosti, včetně vyčíslení nezpůsobilých výdajů, rozhoduje vždy příslušný ŘO, pokud není dále uvedeno jinak. V případě nesrovnalosti, která vyplývá z vyčísleného zjištění finální auditní zprávy AO, EK či EÚD nebo kontrolního protokolu PCO, se jedná o potvrzenou nesrovnalost.“

ÚRR JZ konstatuje, že při vydání tohoto rozhodnutí vycházel z věcných kontrolních zjištění Auditního orgánu Ministerstva financí ČR, se kterými se v plném rozsahu po skutkové i právní stránce ztotožnil.

Působnost členů auditního týmu, vykonávajících audit podle přímo použitelných předpisů Evropských společenství, je vymezena zákonem č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů, neboť audit je součástí systému finanční kontroly. Z citovaného zákona pak vyplývá, že hlavním cílem finanční kontroly je mj. prověřovat dodržování právních předpisů, tedy i dodržování zákona o veřejných zakázkách. Auditní zpráva z finanční kontroly slouží jako důkazní prostředek pro vydání navazujícího rozhodnutí, tedy platebního výměru na odvod, a toto je proces zcela v souladu s právními předpisy (viz ust. § 22 zákona č. 250/2000 Sb. a navazující zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád). Auditní orgán v daném případě nekonstatoval spáchání správního deliktu, nýbrž konstatoval porušení ZVZ, případně Smlouvy a metodických dokumentů ROP JZ a toto konstatování dostatečným způsobem odůvodnil.

U auditů operace je auditovaným subjektem primárně příjemce dotace a cílem auditu operace je v souladu s čl. 16 odst. 2 Nařízení Komise (ES) č. 1828/2006 ověřit, zda operace (*uvedený projekt*) splňuje podmínky výběru pro Regionální operační program NUTS II Jihozápad, operace je prováděna v souladu se Smlouvou o podmínkách poskytnutí dotace, vykázané výdaje souhlasí s účetními záznamy a s podklady a jsou v souladu s platnou právní legislativou ES a ČR, veřejný příspěvek byl příjemci proplacen v souladu s čl. 80 Nařízení Rady (ES) č. 1083/2006.

Z výše uvedeného centrálního dokumentu Ministerstva financí „Metodika finančních toků a kontroly programů spolufinancovaných ze strukturálních fondů, Fondu soudržnosti a Evropského rybářského fondu na programové období 2007 – 2013 – s účinností od 1. 4. 2014“ (*zveřejněného např. na webových stránkách ÚRR JZ v sekci “Pro příjemce” pod odkazem “Ostatní dokumenty a legislativa”*) jsou patrné mj. tyto další skutečnosti:

- V případě nesrovnalosti, která vyplývá z vyčísleného zjištění finální auditní zprávy AO, EK či EÚD nebo kontrolního protokolu PCO, se jedná o potvrzenou nesrovnalost (kapitola 3.10);
- Jedná-li se o podezření na nesrovnalost spočívající v podezření na porušení rozpočtové kázně podle zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ŘO případ předá k dalšímu řízení příslušnému ÚSC, pokud je ŘO Regionální rada, pokračuje v dalším řízení (kapitola 3.10.4);
- V neposlední řadě je tímto dokumentem umožněno, že „Jako podklad pro vydání rozhodnutí o odvodu mohou sloužit též závěry z dříve provedených kontrol ŘO, ZS, jiných kontrolních orgánů či příslušných orgánů dohledu (např. ÚOHS), přičemž však o výsledku těchto kontrol musí být příjemce informován vždy před vydáním tohoto rozhodnutí o odvodu.“

Dle názoru ÚRR JZ je z hlediska prvního a třetího auditního zjištění nepochybné, že se příjemce primárně dopustil porušení ZVZ, čímž došlo zároveň k porušení článku VI odst. 2 Smlouvy (resp. čl. VIII odst. 1 Smlouvy a příslušných pasáží Příručky pro příjemce), dle kterého je příjemce povinen při realizaci projektu uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

Dle další připomínky příjemce došlo k porušení zásady legitimního očekávání. Uvedená námitka dle názoru ÚRR JZ není relevantní. Kontrolní pravomoci orgánů implementační struktury nejsou v projektovém cyklu omezeny na provedení dílčích kontrol ze strany ŘO. Kontrolní pravomoci jsou svěřeny mimo jiné auditnímu orgánu či samozřejmě též Evropské komisi. Provedení dílčích kontrol na úrovni řídicího orgánu proto ani v tomto ohledu nemůže založit očekávání příjemce, že nedojde k provedení jiných kontrol, že tyto kontroly nesrovnalosti neodhalí, či že nedojde k uložení finanční opravy/odvodu. Sama skutečnost, že kontrolní orgán dospěl v rámci jedné z kontrol k určitému zjištění, nemůže kontrolovanému subjektu založit oprávněné očekávání či subjektivní právo. Takovéto pojetí zásady legitimního očekávání v kontrolním procesu by vedlo k absurdním důsledkům a popření jeho smyslu, jelikož kontrolní orgán by dle tohoto pojetí nemohl dospět k jinému kontrolnímu zjištění, než jaké učinil v rámci první kontroly. V daném případě rovněž nelze uvažovat o možnosti naplnění kritérií jako je ustálenost, dlouhodobost, jednotnost či opakované potvrzování určité oprávněné praxe, jež jsou stěžejními podmínkami vzniku legitimního očekávání.

Odkázat lze také např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále také jen „NSS“) vedený pod spisovou značkou č. 1 Afs 15/2012 – 38. NSS mimo jiné uvádí následující právní argumenty.

Za dodržení podmínek, které se vážou k udělení dotaci, odpovídá příjemce dotace. Skutečnost, že jej poskytovatel peněžních prostředků neupozornil na nesrovnalosti při provádění projektu, na něž je dotace poskytována, ač v době rozhodování o poskytnutí dotace o nich nemohl nevědět, nevylučuje ani neomezuje takovou odpovědnost. Předpokladem vzniku práva dovolávat se legitimního očekávání je v takovém případě poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu. Zásady legitimního očekávání se dále nemůže dovolávat příjemce dotace, který se při nakládání s veřejnými prostředky dopustil zjevného porušení platné právní úpravy. Jestliže tedy správce daně shledá porušení rozpočtové kázně v netransparentním postupu při zadávání veřejné zakázky na realizaci projektu, na něž je dotace poskytována, nemůže se příjemce dotace dovolávat zásahu do zásady legitimního očekávání toliko odkazem na skutečnost, že poskytovatelé dotací v době, kdy o jejich poskytnutí rozhodovali, byli obeznámeni s tím, jakým způsobem byla předmětná veřejná zakázka zadána.

Dle NSS není rozhodné, kdy se příjemce dotace dopustil porušení podmínek, za kterých byly příslušné peněžní prostředky poskytnuty. Skutečnost, že na podmínky stanovené rozhodnutím o poskytnutí dotace přistoupil, je nepochybná, neboť titulem pro jeho čerpání dotace bylo právě zmíněné rozhodnutí (pozn.: zde Smlouva). Pokud si byl vědom toho, že některé podmínky v rozhodnutí stanovené již nemůže splnit, pak měl možnost požádat o změnu nastavených podmínek tzv. změnovými rozhodnutími. (odst. 9)

K námitce pochybení při použití hodnotícího kritéria bankovní záruky lze uvést, že sice nelze klást k tíži příjemce jako zadavatele, že ho využil, neboť právní úprava účinná v době zadání příslušné veřejné zakázky takový postup umožňovala. Pochybení nicméně lze spatřovat při posouzení přiměřenosti jeho využití. Dílčí hodnotící kritérium výše bankovní záruky nenaplnuje v souladu s ust. § 78 odst. 4 ZVZ vztah užitné hodnoty a ceny, neboť v rámci hodnocení nabídek má toto kritérium souvislost pouze s cenou. Dílčím hodnotícím kritériem, které by vztah užitné hodnoty a ceny naplňovalo, může v daném případě být např. technická

úroveň nabízeného plnění, záruční a pozáruční servis či lhůta pro dokončení. Žádné z těchto dílčích hodnotících kritérií doporučených ZVZ příjemce neupřednostnil před kritériem bankovní záruky.

Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad veškeré rozhodné skutečnosti i tvrzení příjemce detailně zhodnotil a posoudil. Co se týče skutkových zjištění uvedených v auditní zprávě, považuje je ÚRR JZ za spolehlivě prokázané (a to i s přihlédnutím k zásadě presumpce správnosti obsahu auditní zprávy jakožto veřejné listiny). Na tomto základě a po jeho vlastním a volném právním zhodnocení a posouzení se ÚRR JZ rovněž v celém rozsahu ztotožnil s právními závěry uvedenými v auditní zprávě ve znění jejích příloh. Na tomto závěru nic nemění ani skutečnost, jakým způsobem se příjemce vyjádřil k auditním zjištěním. Jeho argumentace neobsahovala nové skutečnosti či nové relevantní právní či skutkové argumenty. Auditní tým se s argumenty příjemce řádně vypořádal a i s tímto vypořádáním se ÚRR JZ ztotožňuje.

Vzhledem k tomu, že nezpůsobilé výdaje již byly proplaceny, ÚRR JZ konstatoval, že se v daném případě jedná o porušení rozpočtové kázně dle ustanovení § 22 odst. 2 věty první zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů a příjemce je povinen odvést neoprávněně použité prostředky zpět do rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad.

S ohledem na výše uvedené se ÚRR JZ u daných pochybení ad 1 - 3 ztotožnil s vyčíslením nezpůsobilých výdajů tak, jak ji v auditní zprávě navrhl auditní orgán MF.

Nad rámec uvedeného lze doplnit, že příjemce uzavřel s poskytovatelem dotace dodatek ke Smlouvě, který již umožňuje uložit za porušení rozpočtové kázně tzv. snížený odvod. Na výzvu k vrácení finančních prostředků dotace ze dne 13. 5. 2015 příjemce reagoval v odpovědi tak, že věc byla projednána v zastupitelstvu města Plzně s tím, že zastupitelstvo rozhodlo předmětné finanční prostředky na tuto výzvu nevracet.

Při stanovení odvodu za porušení rozpočtové kázně je třeba vycházet z částky proplacených výdajů, které nebyly shledány jako způsobilé. Shrne – li se vše uvedené (za všechna citovaná zjištění), pak je tímto rozhodnutím příjemci uložena povinnost odvést do rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad částku, která odpovídá částce neoprávněně použitých nebo zadržovaných prostředků v celkové výši 11 686 328,54 Kč, která při zohlednění vlastního podílu příjemce na financování projektu ve výši cca 15 % činí částku 9 933 379,26 Kč, po zaokrouhlení pak 9 933 380,00 Kč.

V souladu s ustanovením § 22 odst. 1, písm. c) zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů je porušením rozpočtové kázně každé neoprávněné použití nebo zadržení peněžních prostředků poskytnutých jako dotace z rozpočtu Regionální rady regionu soudržnosti.

V souladu s ustanovením § 22 odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů je neoprávněným použitím peněžních prostředků podle odstavce 1 jejich použití, kterým byla porušena povinnost stanovená právním předpisem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, veřejnoprávní smlouvou nebo při poskytnutí peněžních prostředků podle zvláštního právního předpisu. Dnem porušení rozpočtové kázně je den, kdy byly poskytnuté peněžní prostředky neoprávněně použity nebo den jejich připsání na účet příjemce u dotací poskytovaných zpětně. Za neoprávněné použití peněžních prostředků podle odstavce 1 se považuje také

- a) porušení povinnosti, která souvisí s účelem, na který byly peněžní prostředky poskytnuty, stanovené právním předpisem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, veřejnoprávní smlouvou nebo při poskytnutí peněžních prostředků podle zvláštního právního předpisu, ke kterému došlo po připsání peněžních prostředků na účet příjemce,
- b) porušení povinnosti stanovené v písmeni a), ke kterému došlo před připsáním peněžních prostředků na účet příjemce a které ke dni připsání trvá; den připsání peněžních prostředků na účet příjemce se považuje za den porušení rozpočtové kázně,
- c) neprokáže-li příjemce peněžních prostředků, jak byly tyto prostředky použity.

V souladu s ustanovením § 22 odst. 8 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů je za prodlení s odvodem za porušení rozpočtové kázně ten, kdo rozpočtovou kázeň porušil, povinen zaplatit penále ve výši 1 promile z částky odvodu za každý den prodlení, nejvýše však do výše tohoto odvodu. Penále se počítá ode dne následujícího po dni, kdy došlo k porušení rozpočtové kázně, do dne, připsání peněžních

prostředků na účet poskytovatele. Pokud poskytovatel rozhodl podle odstavce 5 věty sedmé, penále se počítá z částky, kterou je příjemce povinen odvést. Penále za porušení rozpočtové kázně podle odstavce 2 písm. b) se počítá ode dne následujícího po dni, do kterého měl příjemce odvod na základě platebního výměru uhradit. Penále, které v jednotlivých případech nepřesáhne 1 000,-- Kč, se neuloží.

V souladu s ustanovením § 22 odst. 11 písm. b) zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů o uložení odvodu a penále podle odstavců 4 až 8 za porušení rozpočtové kázně rozhoduje u Regionální rady regionu soudržnosti úřad Regionální rady regionu soudržnosti.

V souladu s ustanovením § 22 odst. 15 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů se při správě odvodů a penále podle odstavců 9 a 11 postupuje podle daňového řádu. Porušitel rozpočtové kázně má při správě odvodů za porušení rozpočtové kázně postavení daňového subjektu.

Zaokrouhlování daně se řídí ustanovením § 146 daňového řádu.

Ze všech výše uvedených důvodů rozhodl správce daně tak, jak je uvedeno ve výrokové části tohoto rozhodnutí.

P o u č e n í:

Proti tomuto rozhodnutí se lze odvolat podle ust. § 22 odst. 12, věty druhé zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů k Ministerstvu financí. Odvolání lze podat některým ze způsobů stanovených v ust. § 71 daňového řádu u Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad, a to ve lhůtě 30 dnů ode dne doručení rozhodnutí, proti němuž odvolání směřuje, a to i před doručením tohoto rozhodnutí. Odvolání je nepřípustné, směřuje – li jenom proti odůvodnění rozhodnutí. Podané odvolání nemá odkladný účinek (ust. § 109 daňového řádu).

V Českých Budějovicích dne 9. září 2015

.....
Ing. Karel Hron
pověřen vedením Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad