

Státní fond životního prostředí České republiky
Sekce realizace projektů ochrany životního prostředí
Olbrachtova 2006/9
140 00 Praha 4

k číslu jednacímu SFZP 063979/2023

doručeno prostřednictvím datové schránky

V Praze dne 16. března 2023

IDENTIFIKAČNÍ ÚDAJE Projektu Národního programu Životní prostředí:

Akce: Předslav – odkanalizování
Registrační číslo: 1190400271
Veřejná zakázka Předslav – odkanalizování a čištění odpadních vod

IDENTIFIKAČNÍ ÚDAJE Projekt Operačního programu Životní prostředí 2014 – 2020:

Akce: Předslav – odkanalizování a čištění odpadních vod
Registrační číslo: CZ.05.1.30/0.0/0.0/17_071/0007265
Veřejná zakázka Předslav – odkanalizování a čištění odpadních vod
(„Projekt“)

ŽADATEL:

Název: obec Předslav
Sídlo: Předslav 124, 339 01 Klatovy
IČO: 00256021
(„Zadavatel“)

Vyjádření Zadavatele k oznámení o stanovení finanční korekce

Vážení,

dne 23. 2. 2023 obdržel Zadavatel ve vztahu k zadávacímu řízení na veřejnou zakázku s názvem „Předslav – odkanalizování a čištění odpadních vod“, akce: Předslav - odkanalizování, registrační číslo: 1190400271, oznámení o stanovení finanční opravy, č. j. SFZP 063979/2023, ze dne 20. 2. 2023 („Oznámení“). V předmětném Oznámení Státní fond životního prostředí ČR („Kontrolní orgán“) konstatuje shledání porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („ZZVZ“), a s ohledem na kvalifikaci daného porušení Kontrolní orgán **stanovuje finanční opravu ve výši 25 %** z celkové možné částky dotace použité na financování předmětné veřejné zakázky, u níž bylo porušení identifikováno.

V závěru Oznámení je poté rovněž uvedeno, že ze strany Řídícího orgánu OPŽP dojde ke stanovení finanční opravy také v rámci předmětné zakázky financované z projektu NPŽP č. 1190400271 Předslav – odkanalizování ze strany Státního fondu životního prostředí ČR.

V souladu s poučením v Oznámení je Zadavatel oprávněn se k Oznámení písemně vyjádřit a připojit relevantní tvrzení a důkazy vyvracející identifikované porušení. V návaznosti na vyhovění žádosti o prodloužení lhůty pro písemné vyjádření tímto Zadavatel ve stanovené lhůtě podává své písemné vyjádření.

Odůvodnění shledání údajného porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek ze strany Zadavatele je uvedeno v Oznámení. Kontrolní orgán dovozuje, že „Zadavatel v rozporu s ust. § 222 odst. 1 ZZVZ umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž se jedná o podstatnou změnu podle § 222 odst. 3 písm. a) zákona, tedy takovou změnu smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně. Zadavatel totiž po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku připustil a odsouhlasil výměnu členů realizačního týmu, jmenovitě uvedených v čl. VIII. odst. 8.4 Smlouvy o dílo, aniž by byly v souladu s čl. VIII. odst. 8.1 Smlouvy o dílo a prokazováním kvalifikace v rámci zadávacího řízení prokázány technické kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem pro pozici zástupce stavbyvedoucího, a dále připustil, že nebylo v rozporu s čl. VIII. odst. 8.4 a 8.5 Smlouvy o dílo vybraným dodavatelem zajištěno osobní podílení se hlavního stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího splňujících kvalifikační předpoklady a zajištěna trvalá přítomnost stavbyvedoucího splňujícího kvalifikační předpoklady při provádění prací k realizaci díla.

Dle Kontrolního orgánu se tedy Zadavatel údajně dopustil následujících pochybení, která jsou kvalifikována jako „změna Smlouvy o dílo“:

- (A) **Zadavatel dle Kontrolního orgánu připustil a odsouhlasil** (tj. je ze strany Kontrolního orgánu předpokládáno aktivní jednání Zadavatele) **výměnu členů realizačního týmu, a to na pozici zástupce stavbyvedoucího;**
- (B) **Zadavatel dle Kontrolního orgánu připustil, že dílo bylo ze strany vybraného dodavatele / zhotovitele realizováno v rozporu s čl. VIII. odst. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo.**

Zadavatel předně Kontrolnímu orgánu předkládá stanovisko zhotovitele, společnosti IMOS Brno, a.s., se sídlem Olomoucká 704/174, Černovice, 627 00 Brno, IČO 25322257 („Zhotovitel“), ze dne 7. 3. 2023, ve kterém se Zhotovitel vyjadřuje k veškerým skutečnostem uváděným Kontrolním orgánem v Oznámení, mimo jiné k personální realizaci předmětné veřejné zakázky a dodržování povinností

ze smlouvy o dílo. Je nezbytné upozornit, že Kontrolní orgán de facto ve svém Oznámení konstatuje, že Zhotovitel v průběhu realizace díla porušil konkrétní ustanovení realizační smlouvy o dílo.

Má-li se dále Zadavatel vyjádřit k porušení § 222 odst. 1 ZZVZ tím, že umožnil podstatnou změnu člena týmu – zástupce stavbyvedoucího, aniž by zároveň „nový“ zástupce stavbyvedoucího prokázal vyžadovanou technickou kvalifikaci v zadávacích podmínkách předmětné veřejné zakázky, Zadavatel upozorňuje, že žádnou aktivní změnu člena týmu na pozici zástupce stavbyvedoucího dle specifikace obsažené v zadávacích podmínkách a realizační smlouvě o dílo Zadavatel neučinil. Zadavatel si je vědom žádosti o změnu realizačního týmu Zhotovitele ze dne 11. 1. 2021, prostřednictvím které byla v návaznosti na posunutí termínu zahájení stavby **o téměř 1 rok** provedena změna (hlavního) stavbyvedoucího. Nahrazen byl pan Ing. Nop, a to panem Ing. Špinarem, ve vztahu ke kterému Zhotovitel prokázal naplnění požadavků technické kvalifikace. Provedení změny přitom ze strany Kontrolního orgánu napadáno není. Žádná další změna člena realizačního týmu však nebyla Zadavatelem ani připuštěna, ani odsouhlasena, jak chybně dovozuje Kontrolní orgán. Zadavatel je tedy zcela překvapen zcela nesrozumitelným závěrem Kontrolního orgánu, že se měl dopustit změny člena realizačního týmu – zástupce stavbyvedoucího. Takového „nového“ člena pak navíc **Kontrolní orgán ani konkrétně neidentifikuje.** Rovněž lze dovodit, že pokud by snad člena realizačního týmu – zástupce stavbyvedoucího Zadavatel (nebo dodavatel) měnil, zcela jistě by postupoval obdobně jako u osoby hlavního stavbyvedoucího.

Ustanovení § 222 odst. 1 ZZVZ, které stanoví, že „*není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona*“, dle předpokladu Zadavatele k jeho porušení vyžaduje určité komisivní či omisivní jednání Zadavatele. Tedy buďto aktivní umožnění dané změny, které, jak je uvedeno výše a jak vyplývá z dokumentace k realizaci Projektu, nenastalo, či schvalování neplnění dané funkce daným členem týmu, které rovněž nenastalo, jak vyplývá z detailního vyjádření Zhotovitele ze 7.3. 2023 k problematice zapojení jednotlivých osob na dotčených funkcích v rámci realizace Projektu. Zadavatel se tak neztotožňuje se závěrem Kontrolního orgánu, že se měl dopustit porušení § 222 odst. 1 ZZVZ.

Pokud dále Kontrolní orgán dovozuje porušení § 222 odst. 1 ZZVZ z domnělého porušení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo ze strany Zhotovitele, Zadavatel uvádí následující. Předmětná ustanovení smlouvy o dílo byla do těla dané smlouvy promítnuta z důvodu zvýšení právní jistoty Zadavatele ohledně personálního zabezpečení ve vztahu k realizaci Projektu. Daná smluvní ustanovení tak lze vnímat jako určitou pojistku pro případ, že by ze strany Zhotovitele nedocházelo k zajištění odborných řídicích pracovních pozic na Projektu, jako je právě uvedený výkon činností stavbyvedoucího dle § 153 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů. Odborný výkon daných činností dle přesvědčení Zadavatele na Projektu nebyl zanedbán. Ačkoliv Zadavatel připouští, že během realizace Projektu se vyskytla celá řada komplikací, o nichž je a byl Kontrolní orgán vždy vyrozuměn, žádné uvedené komplikace nebyly zapříčiněny z důvodu zanedbání povinností Zhotovitele ve vztahu k řídicím a dozorovým činnostem příslušných osob na Projektu. Zadavatel byl po celou dobu realizace v úzkém kontaktu s hlavním stavbyvedoucím Ing. Špinarem, s nímž řešil záležitosti na Projektu spadající do výkonu funkce hlavního stavbyvedoucího, např. odstraňování vad při provádění stavby. Hlavní stavbyvedoucí přitom nebyl ve vztahu k výkonu činností dle § 153 stavebního zákona dle přesvědčení Zadavatele zastoupen zástupcem stavbyvedoucího v tom duchu, že by jej ve vztahu k výkonu daných činností zástupce nahradil. **Proto je poměrně spekulativní jednoznačně konstatovat porušení smlouvy o dílo, konkrétně ustanovení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo**

ze strany Zhotovitele, přičemž toto porušení ze strany Zhotovitele automaticky znamená porušení pravidel změn závazku ze smlouvy dle § 222 ZZVZ ze strany Zadavatele, jak v Oznámení uvádí Kontrolní orgán. Daný závěr Kontrolního orgánu je o to více spekulativní v situaci, kdy je tento závěr o zřejmém a jednoznačném porušení smlouvy ze strany Zhotovitele a zároveň závěr o porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek ze strany Zadavatele opřen o zjištění údajné absence podpisů ve stavebních denících či zápisech z kontrolních dní, jakožto jediných podkladech pro určení jednoznačného porušení smlouvy, které navíc Kontrolní orgán označuje za její „změnu“, tj. nikoliv porušení. Stejně tak nelze opomenout, že pozice (hlavního) stavbyvedoucího či zástupce stavbyvedoucího je poměrně výkladově neurčitá a vágní, přičemž realita stavebních prací ukazuje, že mnoho stavebních společností legislativní termín stavbyvedoucí alteruje do výkonu jiných činností, dané činnosti dubluje, modifikuje označení individuálních pracovních dozorových pozic na staveništi apod. Toto se ostatně mimo jiné ukazuje v praxi realizace zadávacích řízení na stavební práce jako problematické při posuzování zkušeností členů týmu na pozici „stavbyvedoucí“ v rámci požadavků technické kvalifikace.

Kontrolní orgán tedy dovozuje porušení smluvních ustanovení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo Zhotovitelem, aniž by se blíže doptal, jakým způsobem bylo dodržení těchto ustanovení zajištěno, načež dané porušení smlouvy Zhotovitelem automaticky a zcela nelogicky považuje za umožnění podstatné změny závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ ze strany Zadavatele.

Daná konstrukce Kontrolního orgánu tedy spíše než změnu smlouvy představuje **porušení povinností vyplývajících ze smlouvy ze strany Zhotovitele. Kontrolní orgán navíc to porušení smlouvy Zhotovitelem překvapivě považuje za jednoznačně prokázané.**

V kontextu uvedeného je nezbytné upozornit na čl. 12.6 smlouvy o dílo, který zakládá povinnost Zhotovitele uhradit Zadavateli smluvní pokutu ve výši krácené dotace v případě, že došlo k pochybení na straně Zhotovitele. Pokud by tedy byla finanční oprava Kontrolním orgánem skutečně uložena, byl by Zadavatel nucen uplatnit čl. 12.6 smlouvy a vymáhat tuto sankci po Zhotoviteli. Zhotovitel by se pak zcela jistě dovolával toho, že k žádnému porušení smlouvy z jeho strany nedošlo. To ostatně vyplývá i z příloženého vyjádření zhotovitele. Uvedené by tak zřejmě vyústilo až v soudní spor mezi Zhotovitelem a Zadavatelem, jehož předmětem by byl přezkum toho, zda skutečně ze strany Zhotovitele došlo k porušení smlouvy o dílo či nikoliv.

Pokud Kontrolní orgán nyní konstatuje porušení smlouvy o dílo Zhotovitelem, v případě soudního sporu se Zadavatel bude důkazně opírat právě o zjištění učiněná Kontrolním orgánem, když sám Zadavatel porušení smlouvy ve vztahu k personálnímu obsazení neeviduje.

Soudní spor by tak byl založen na výkladu ustanovení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo, tj. co představuje pojem „osobně se podílet“, když smlouva neobsahuje žádné konkrétní činnosti ani rozsah. Tím ostatně argumentuje i Zhotovitel.

Aby tedy byly závěry Kontrolního orgánu právně správné a bezvadné, musí tak dle přesvědčení Zadavatele nutně obstát i v následném soudním sporu se Zhotovitelem. O tom však v duchu předkládaných informací Zadavatel vůbec není přesvědčen.

Nelze tedy vyloučit, že by soud dospěl k závěru, že smlouva o dílo v intencích konkrétního znění ustanovení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo ze strany Zhotovitele **porušena nebyla**, zatímco finanční oprava uložená Kontrolním orgánem je zatím postavena na zjištění Kontrolního orgánu, že smlouva

o dílo ze strany Zhotovitele porušena byla. Navíc je pak diskutabilní, zda i tím vůbec mohlo dojít k porušení pravidel zadávání veřejných zakázek ze strany Zadavatele.

Zadavatel rovněž cítí potřebu vyjádřit se obecně ke smyslu a účelu právní úpravy limitace možnosti změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 ZZVZ, zejména jde-li o omezení možnosti provedení podstatné změny dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, tedy takové změny, která by, pokud by byla promítnuta již do původních zadávacích podmínek, umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele. Omezení provedení takové změny je nutné korigovat z důvodu nezbytnosti vyloučení takových praktik zadavatelů, aby prostřednictvím nastavení např. nepřiměřených parametrů zadávacího řízení (např. požadavků kvalifikace či specifických podmínek realizace veřejné zakázky) nedocházelo k významnému omezení hospodářské soutěže, které by se následně nepromítalo do realizace veřejné zakázky. Poté je samozřejmě jednoznačným porušením pravidel ZZVZ, pokud zadavatel určí či aktivně připustí, že ona původní zadávací podmínka významně limitující hospodářskou soutěž není následně vyžadována ve vztahu k realizaci veřejné zakázky. Dané lze demonstrovat např. na případu řešeném Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, který v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0441/2015/VZ-24962/2015/531/VNe ze dne 25. 8. 2015 řešil situaci, kdy zadavatel v zadávacích podmínkách specifikoval technologický postup demolice stavby odpovídající trhacím pracím (čemuž odpovídalo i nastavení požadované kvalifikace), aby následně během realizace veřejné zakázky změnil tento postup na běžné mechanické odstranění. Uvedená situace je však velmi vzdálená od nyní posuzované situace, kdy Zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku vyžadoval standardní a zcela běžné autorizace od členů realizačního týmu dodavatele (navíc ani v „přísnějším“ stupni inženýra), kterými disponuje naprostá většina stavebních společností. Zcela jistě tak nelze dospět k závěru, že se Zadavatel snažil uměle navodit překážky v účasti v zadávacím řízení, aby následně tyto podmínky rozvolnil v samotné realizaci veřejné zakázky. Žádné takové kroky Zadavatel neučinil. Naopak, porušení pravidel ZZVZ ze strany Zadavatele je Kontrolním orgánem konstatováno k domnělému porušení smlouvy ze strany Zhotovitele, které však nemusí být ani v budoucnu (pokud by věci skočila soudním sporem z důvodu možnosti vymáhání smluvní pokuty dle čl. 16.2 smlouvy o dílo) skutečně prokázáno.

Pokud snad Kontrolní orgán dovozuje, že ve vztahu k realizaci Projektu nebyla zajištěna požadovaná autorizace v oboru „dopravní stavby“, Zhotovitel ve svém stanovisku ze dne 7. 3. 2023 potvrzuje, že Ing. Michal Janevský byl zapojen na realizaci části díla odpovídající mimo jiné „dopravní stavbě“ při realizaci kanalizace.

Pokud dále Kontrolní orgán dovozuje, že Zhotovitel porušil smlouvu o dílo, jelikož se v termínu od 5. 4. do 30. 6. 2022 nevyskytuje podpis a autorizační razítko Ing. Špinara ve stavebních denících a jeho jméno není uvedeno mezi přítomnými osobami v zápisech z kontrolních dní, Zadavatel uvádí, že v daném období docházelo k finálním činnostem na Projektu ve vztahu k ČOV a další činnosti byly omezeny s ohledem na skutečnosti Kontrolnímu orgánu známe. Tyto činnosti nevyžadovaly osobní přítomnost Ing. Špinara in situ na staveništi.

Zapojení Ing. Špinara na realizaci Projektu v daném období je rovněž potvrzena ze strany Zhotovitele.

Na závěr se Zadavatel pozastavuje nad samotným průběhem kontroly postupu Zadavatele ve vztahu k realizaci Projektu. Zadavatel průběžně v souladu s dotačními pravidly Kontrolnímu orgánu předkládal veškerou vyžadovanou dokumentaci, napřed k realizaci zadávacího řízení, ke kterému nebylo konstatováno žádné pochybení, a následně k samotné realizaci daného Projektu. V průběhu realizace Projektu se vyskytly mnohé komplikace, které Zadavatel s Kontrolním orgánem poměrně intenzivně

řešil. Probíhala tak velmi četná komunikace mezi Zadavatelem a Kontrolním orgánem, jejíž součástí byl mimo jiné i e-mail (interní depeše v systému MS2014+, kterou e-mailem poslal koordinátor dotačních titulů pan Ing. Havel) Karla Macha z 1. 12. 2022, v rámci něhož Kontrolní orgán žádal o doložení dokladů k prokázání zapojení pana Ing. Špinara na projektu a dále doložení změny členů realizačního týmu. Na tento e-mail (depeši) Zadavatel reagoval předáním informací a pokladů vyžádaných od Zhotovitele, **aniž by Zadavatel předpokládal, že se bude jednat právě o komunikaci, na jejímž základě bude bez dalších dotazů dovozeno porušení pravidel ZZVZ** a stanovení finanční korekce dle Oznámení. Je však zřejmé, že daná komunikace pana Macha od počátku vycházela z mylného předpokladu, že proběhla změna člena týmu zástupce stavbyvedoucího, která, jak uvedeno výše, neproběhla, neboť nahrazen byl pouze hlavní stavbyvedoucí – pan Nop za pana Špinara. Dle přesvědčení Zadavatele tak zjištění Kontrolního orgánu vychází z nedůsledné reakce na e-mail (depeši) Karla Macha z 1. 12. 2022 a nešťastné interpretace žádosti o změnu a doplnění realizačního týmu ze dne 11. 1. 2021, kterou Zhotovitel v počátcích realizace Projektu změnil hlavního stavbyvedoucího (Ing. Špinar, u něhož byla doložena kvalifikace) a doplnil další členy týmu dle svého způsobu pojetí jednotlivých činností na staveništi. Nedošlo však ke změně člena týmu – zástupce stavbyvedoucího, jak ostatně potvrzuje i Zhotovitel.

Zadavatel je přesvědčen, že se v průběhu realizace Projektu nedopustil žádného postupu, který by mohl být klasifikován jako umožnění podstatné změny závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 ZZVZ. Stejně tak se neztotožňuje se zjištěním Kontrolního orgánu, který dovozuje danou podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku z údajného porušení čl. 8.4 a 8.5 smlouvy o dílo ze strany Zhotovitele. Ostatně porušení smlouvy nelze v žádné případě zaměňovat se změnou smlouvy. Zadavatel tedy pevně věří, že Kontrolní orgán přezkoumá a zváží veškeré uváděné informace v tomto písemném vyjádření a jeho přílohách, a to i se všemi důsledky, které pro Zadavatele představuje dovození porušení pravidel dle § 222 ZZVZ z důvodu tvrzeného (a neprokázaného) porušení smlouvy o dílo ze strany Zhotovitele. Zadavatel tak žádá o přehodnocení závěrů uvedených v Oznámení a o upuštění od uložení finanční opravy ve výši 25 %.

V případě, že by k výše uvedenému vyjádření Zadavatele Kontrolní orgán požadoval objasnění uváděných rozhodných skutečností, Zadavatel je připraven poskytnout Kontrolnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost s přezkoumáním postupu Zadavatele. Za tímto účelem si Zadavatel dovoluje navrhnout i případné osobní jednání.

Za obec Předslav

KAROLAS Legal s.r.o., advokátní kancelář
na základě plné moci

Přílohy:

Plná moc

Stanovisko Zhotovitele ze dne 7. 3. 2023