



Principy 3E v kontrolní praxi Centra pro regionální rozvoj ČR



Úvod

Žadatelé o podporu a příjemci podpory v Integrovaném regionálním operačním programu (dále jen „IROP“) mají povinnost se při zadávání veřejných zakázek řídit pravidly IROP, tj. zejména Obecnými pravidly pro žadatele a příjemce (dále jen „OP“) a specifickými pravidly jednotlivých výzev. Zároveň je příjemce povinen se řídit souvisejícími předpisy, např. zákonem o finanční kontrole, zákonem o rozpočtových pravidlech a v neposlední řadě pravidly pro zadávání veřejných zakázek, a to buď záko-

nem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), nebo přílohou č. 3 OP, tj. Metodickým pokynem pro oblast zadávání zakázek pro programové období 2014–2020 (dále jen „MPZ“). Všemi těmito předpisy se prolíná povinnost postupovat v souladu se zásadami hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynaložených veřejných prostředků (dále jen „zásady 3E“). Zatímco v ZZVZ jsou zásady 3E promítnuty nepřímo, tj. samotná pravidla ZZVZ jsou jejich projevem, MPZ a OP stanovují explicitní povinnost se zásadami 3E řídit, a to ve spo-

jení s § 2 zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o finanční kontrole“). V následujícím příspěvku představíme nejčastější pochybení, týkající se porušení zásad 3E, se kterými se CRR ČR při kontrole zakázek zadávaných dle MPZ v IROP setkává.

Povinnost dodržovat zásady 3E je přímo stanovena jako podmínka způsobilosti výdajů uplatňovaných v projektech IROP v OP, konkrétně v čl. 5.1 bod 1 a rovněž v § 2 zákona o finanční kontrole. Současně

je povinnost postupovat v souladu s touto zásadou výslovně zmíněna rovněž v čl. 4.2 MPZ.

Příklad z praxe 1: Nevyloučení vybraného dodavatele při nesplnění zadávacích podmínek

Nesplnění zadávacích podmínek vybraným dodavatelem se v některých případech může jevit jako marginální, tedy takové, že by bylo možné nesplnění zadávacích podmínek akceptovat, a to právě s ohledem na skutečnost, že se jedná o dodavatele s nejnižší nabídkovou cenou.

Z obecného hlediska lze předeslat, že je pouze odpovědností zadavatele formulovat zadávací podmínky takovým způsobem, aby byl posléze schopen jejich splnění posoudit. Pokud by totiž byl připuštěn takový postup zadavatele, který při posouzení nabídek nerespektuje stanovené zadávací podmínky, byl by narušen elementární smysl zadávání zakázek. Cílem MPZ je primárně zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání zakázek a fair prostředí, pokud jde o použití veřejných prostředků tak, aby byly tyto prostředky využívány hospodárně. Předpokladem pro existenci hospodářské soutěže mezi dodavateli je pak konkurenční prostředí, ve kterém mají zájemci o zakázku rovné podmínky a soutěž není deformována ze strany zadavatele ignorováním vlastních zadávacích podmínek.

Zadávací podmínky musí být tedy v každém výběrovém/zadávacím řízení nastaveny jednoznačně na samém počátku výběrového řízení a nelze akceptovat postup, kdy se aplikace zadávacích podmínek „upraví“ *ad hoc* pro potřeby následného vývoje výběrového řízení. Taková forma „nápravy“ by sama o sobě znamenala porušení dalších principů, na nichž výběrové řízení stojí, zde spočívající zejména v neměnnosti zadávacích podmínek po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

Zadavatel je dále povinen při zadávání zakázek brát ohled na skutečnost, že nejen zadávací řízení dle ZZVZ, ale i výběrové řízení dle MPZ je do určité míry formalizovaný proces, který by neměl umožňovat jakékoliv pochybnosti ohledně nastavených zadávacích podmínek, jejich následné aplikace, výkladu apod.

Jakkoliv se tedy může v některých případech jevit, že zadávací podmínky byly nesplněny pouze okrajově nebo např. u položek, které tvoří marginální část plnění, z právě formulovaných důvodů nelze z hledu kontroly zakázek v IROP s odkazem na zásady 3E zhojit/akceptovat postup v rozporu s pravidly MPZ, který má nota bene důsledky ve výběru dodavatele, který nesplnil zadávací podmínky. K tomu lze odkázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), který se standardně vyjadřuje k aplikaci zásad 3E v tom smyslu, že **zásady 3E nemají aplikační přednost před splněním zadávacích podmínek**,^[1] přičemž tuto rozhodovací praxi lze přiměřeně použít i na zakázky zadávané dle MPZ. Lze proto doporučit, aby příjemci automaticky neakceptovali nesplnění zadávacích podmínek s odkazem na výběr nevhodnější nabídky (zachování zásad 3E). Příjemce musí přistoupit k vyloučení dodavatele nesplňujícího zadávací podmínky, i když tento předkládá nejnižší nabídkovou cenu.

Příklad z praxe 2: Nevyzváni dodavatele s nevhodnější nabídkou k vysvětlení nabídky

Výše uvedené však neznamená, že by zadavatel neměl či nemohl vyzvat dodavatele k objasnění či vysvětlení nabídky, pokud nabídka dodavatele s nejnižší nabídkovou cenou obsahuje ve smyslu § 46 ZZVZ, resp. ve smyslu čl. 8.3.3 MPZ, nedostatky, které jsou těmito postupy zhojitelné (doplněním nebo objasněním nabídek nesmí být změněna celková nabídková cena a/nebo údaje a informace, které jsou předmětem hodnocení). Zde je třeba zdůraznit, že z právních předpisů souvisejících se zadáváním veřejných zakázek, resp. vynakládáním veřejných prostředků, zadavateli vyplývá fakticky povinnost vyzvat k objasnění nebo doplnění nabídky účastníka s nejnižší nabídkovou cenou, pokud příslušné předpisy upravující zadávání zakázek zadavateli toto umožňují a současně neexistují jiné okolnosti, které by odůvodňovaly účastníka k objasnění nebo doplnění nabídky nevyzvat. CRR ČR proto při svých kontrolách aplikuje tento princip, tedy že pro naplnění povinnosti dodržení zásad 3E je zadavatel povinen vyzvat k objasnění nabídky účastníka s nejnižší nabídkovou cenou dle § 46 odst. 1 ZZVZ (čl. 8.3.3 MPZ) a nesmí přistupovat k jeho přímému vyloučení, neboť

existuje možnost, že by takový účastník napravil vady nabídky. Je třeba zdůraznit, že se musí jednat o vady ve smyslu § 46 ZZVZ (čl. 8.3.3 MPZ) zhojitelné.

Pokud tedy nabídka účastníka s nejnižší nabídkovou cenou, která by jinak byla vyhodnocena jako nevhodnější, trpí např. obsahovými nedostatky, které jsou doplnitelné na základě výzvy k doplnění nabídky o chybějící doklady a informace, které zároveň nebyly předmětem hodnocení, a jejich doplnění by tak hodnocení nabídek vůbec neovlivnilo, jedná se o formálně zhojitelný nedostatek, jehož nápravu by měl každý zadavatel jednající s péčí řádného hospodáře umožnit. Řádný hospodář by se v situaci, kdy může získat srovnatelné plnění za výhodnějších podmínek, tj. v daném modelovém případě za nižší cenu, měl snažit učinit veškeré možné kroky k získání takového plnění. **Teprve poté, pokud by na základě doplnění dokladů a informací vyšlo najevo, že účastník zadávací podmínky nesplňuje, by měl zadavatel postaveno najisto, že tento dodavatel výhodnější plnění nenabízí. Až v tomto okamžiku by bylo v souladu s MPZ i zásadami 3E^[2] takového dodavatele vyloučit z další účasti ve výběrovém/zadávacím řízení.** Uvedené platí obecně pro zhojitelné vady nabídky, pro rozbor toho, co lze ve smyslu ZZVZ a MPZ považovat za zhojitelnou vadu nabídky, není v tomto příspěvku prostor, tomto tématu se budeme případně věnovat v některém z budoucích článků.

Příklad z praxe 3: Prodloužení fixně stanoveného termínu plnění bez uplatnění smluvních sankcí z prodloužení

Doba plnění je jednou z nejdůležitějších zadávacích podmínek, na základě které se potenciální dodavatelé rozhodují o účasti ve výběrovém/zadávacím řízení. Proto je nutné, aby byla již na počátku stanovena zadavatelem jasně a jednoznačně a při samotné realizaci veřejné zakázky bylo s případnou změnou doby plnění nakládáno velmi obezřetně, jelikož zejména prodloužení termínu plnění může být za určitých podmínek považováno za podstatnou změnu závazku ze smlouvy, a to současně právě s porušením principů 3E.

V souvislosti se stanovením termínu plnění je vhodné zmínit, že pro zdárný výsledek zadávacího řízení by měl zadavatel na počátku

stanovit dobu plnění tak, aby měli dodavatelé jasnou představu o tom, s jakou dobou plnění předmětu veřejné zakázky mohou počítat, jakým okamžikem tato doba započne a jakým skončí. Zároveň lze doporučit, aby si zadavatel v návrhu smlouvy vyhradil veškeré podmínky pro případnou změnu termínu plnění, čímž se může v budoucnu vyhnout jeho nedovolenému prodloužení. CRR ČR v tomto ohledu doporučuje jako nevhodnější způsob stanovení termínů plnění využít tzv. plovoucí termíny, což jednoduše znamená, že termín plnění je určen časovým úsekem od rozhodného okamžiku, např. u stavebních prací je vhodné určit termín plnění jako „XY“ dnů od převzetí staveniště zhotovitelem apod. CRR ČR rovněž doporučuje vyhradit si v obchodních podmínkách možnost prodloužení termínu plnění z důvodu nepříznivých klimatických podmínek (zejména u stavebních prací), ale i jiné vhodné výhrady pro prodloužení termínu plnění. Nutné je však upozornit, že taková výhrada musí být zcela jasně vymezena, a to do té míry, aby se v okamžiku jejího využití smluvními stranami nemuselo jednat o bližších podmínkách pro její použití a bylo ji možné bez dalšího aplikovat.

Pokud se však zadavatel dostane do situace, kdy zvažuje v průběhu realizace prodloužení termínu plnění, musí takový krok provést v souladu s § 222 ZZVZ, resp. čl. 9.2.1 MPZ (MPZ převzal pro posuzování změn smluv systematiku ZZVZ),[3] neboť prodloužením termínu plnění nesmí dojít k podstatné změně závazku ze smlouvy. Prodloužení termínu plnění bude většinou možné v případech, kdy doba plnění musí být prodloužena z objektivně nepředvídatelných důvodů, které nastaly v rámci realizace předmětu plnění[4] (např. vícepráce), nebo se bude jednat o takovou změnu, která je předvídána a vyhrazena v uzavřené smlouvě, jak bylo nastíněno výše. V ostatních případech bude nezbytné před provedením změny vyhodnotit, zda se nejedná o podstatnou změnu závazku ze smlouvy.

Prodloužením doby plnění může být navozen takový stav, který odpovídá charakteru podstatné změny závazku ze smlouvy dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ [resp. čl. 9.2.1 písm. a) MPZ], tzn., že by taková změna mohla ovlivnit výběr nevhodnější nabídky nebo okruh dodavatelů, pokud by byla obsažena v původních zadávacích podmínkách. Případně se může jednat o změnu, která



CRR ČR se při své kontrolní činnosti nejčastěji setkává se situací, kdy dojde k nedovolenému prodloužení termínu plnění, jehož délka však není tak markantní, že by bylo možné dovodit porušení § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ [čl. 9.2.1 písm. a) MPZ], téměř vždy je však v takových případech dovozeno porušení § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ [čl. 9.2.1 písm. b) MPZ], tedy ekonomické zvýhodnění zhotovitele.

vychýlí ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch dodavatele [§ 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ, resp. čl. 9.2.1 písm. b) MPZ]. Samozřejmě může dojít i ke kombinaci uvedených možností.

CRR ČR se při své kontrolní činnosti nejčastěji setkává se situací, kdy dojde k nedovolenému prodloužení termínu plnění, jehož délka však není tak markantní, že by bylo možné dovodit porušení § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ [čl. 9.2.1 písm. a) MPZ], téměř vždy je však v takových případech dovozeno porušení § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ [čl. 9.2.1 písm. b) MPZ], tedy ekonomické zvýhodnění zhotovitele. Ve většině případů totiž obsahuje smlouva na realizaci veřejné zakázky ustanovení o smluvních pokutách za prodlení zhotovitele s termínem realizace. Ekonomické zvýhodnění je pak dovozeno v tom smyslu, že zadavatel namísto uplatnění smluvních pokut prodloužil (nedůvodně) termín plnění, a zhotoviteli je tak umožněno plnit zakázku v delší lhůtě bez rizika uplatnění nároků ze strany zadavatele.

A právě v tomto bodě tkví i alfa a omega porušení principů 3E, v daném případě pak zejména porušení principu hospodárnosti, neboť **neuplatnění nároku na smluvní pokutu vůči vybranému dodavateli za situace, kdy bylo v zadávacích podmínkách toto ujednání jasně předem deklarováno a jeho akceptace byla po všech účastnících řízení vyžadována, nelze shledat jako postup odpovídající zejména zásadě rovného zacházení vůči dodavatelům a také povinností řádného hospodáře, který zásady 3E respektuje** (a to nehledě na fakt, zda ze smlouvy vyplývá povinnost, nebo pouze právo objednatele na vymáhání smluvních pokut).

Shrnutí

Jak vyplývá se shora uvedeného, i nedodržení zásad 3E může mít za následek uložení finanční opravy. Lze proto jen doporučit, aby zadavatelé uplatňující svoje zakázky v IROP dbali výše uvedených principů a obzvláště se zohledněním skutečnosti, že OP a MPZ obsahují na rozdíl od ZZVZ přímou povinnost dodržovat zásady 3E, postupovali při zadávání zakázek i změnách závazku ze smlouvy v souladu se zásadami 3E. ■

Ing. Eva Marečková,
Mgr. Lukáš Holub

Poznámky

[1] Viz např. rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 20. 3. 2018, č. j. ÚOHS-S0032/2018/VZ-08517/2018/541/AHr.

[2] K nutnosti dodržování zásad 3E se vyjádřil také Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152. V této souvislosti lze rovněž poukázat na rozhodnutí ÚOHS ze dne 14. 3. 2018, č. j. ÚOHS-S0029/2018/VZ-07966/2018/532/VSt.

[3] Na komplexní rozbor problematiky změn závazků ze smlouvy není v tomto článku prostor, nicméně tomuto tématu se budeme případně věnovat v některém z budoucích článků.

[4] Na tomto místě je vhodné upozornit, že často jsou nesprávně za objektivně nepředvídatelné považovány nevhodné klimatické podmínky. Za objektivně nepředvídatelné nevhodné klimatické podmínky by však mohly být považovány např. záplavy, tedy skutečnosti související s tzv. vyšší mocí, nikoliv ovšem takové klimatické podmínky, které se v dané roční době považují za standardní (teploty pod bodem mrazu v zimních měsících apod.).