

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ



UOHSX001LZ1Q

Č. j. ÚOHS-S260/2009-2873/2010/530/JVa

V Brně dne 17. března 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 21. 9. 2009 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, IČ 00583171, se sídlem 1. máje 260, 385 01 Vimperk, zastoupená Ing. Františkem Krejčím, ředitelem, ve správním řízení dále zastoupená na základě plné moci ze dne 1. 10. 2009 Mgr. Michalem Bernáškem, advokátem, IČ 67118810, se sídlem Farského 15, 304 09 Plzeň, adresa pro doručování P. O. BOX 109, 304 09 Plzeň,
- navrhovatel – společnost LESS & FOREST s. r. o., IČ 27106632, se sídlem 285 25 Bohdaneč 136, za niž jedná Ing. Tomáš Zmeškal, jednatel, a
- uchazeč, se kterým byla v „minitendru číslo 10034“ uzavřena smlouva, a to Josef Racoča, podnikatel, IČ 16856708, s místem podnikání Kvilda 44, 384 93 Kvilda,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele učiněných v rámci veřejné zakázky v „operativním minitendru číslo 1491“ zadávané podle § 92 výše citovaného zákona na základě „Rámcové smlouvy pro oblast těžebních činností na území NP Šumava“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 5. 2009 pod evidenčním číslem 60022731 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 5. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S 89-127906, a v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění označeném jako „minitendr číslo 10034“,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, se v rámci veřejné zakázky v „operativním minitendru číslo 1491“ zadávané podle § 92 výše citovaného zákona na základě „Rámcové smlouvy pro oblast těžebních činností na území NP Šumava“, a v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění označeném jako „minitendr číslo 10034“, nedopustil porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a proto se podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, správní řízení **zastavuje**.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, zadavatel není povinen hradit náklady řízení.

Odůvodnění

Zadavatel – Správa národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, IČ 00583171, se sídlem 1. máje 260, 385 01 Vimperk, zastoupená Ing. Františkem Krejčím, ředitelem, ve správním řízení dále zastoupená na základě plné moci ze dne 1. 10. 2009 Mgr. Michalem Bernáškem, advokátem, IČ 67118810, se sídlem Farského 15, 304 09 Plzeň, adresa pro doručování P. O. BOX 109, 304 09 Plzeň (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60022731 dne 11. 5. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2009/S 89-127906 dne 9. 5. 2009 oznámení „Rámcové smlouvy pro oblast těžebních činností na území NP Šumava“ (dále jen „rámcové smlouvy“), na základě které učinil následně veřejnou zakázku nazvanou „operativní minitendr číslo 1491“ a jednací řízení bez uveřejnění označené jako „minitendr číslo 10034“.

Z oznámení o zakázce uveřejněného v informačním systému o veřejných zakázkách vyplývá, že zadavatel zvolil rámcovou smlouvu soutěžního typu s úpravou postupu zadávání jednotlivých konkrétních veřejných zakázek a uzavírání smluv o dílo na základě této smlouvy pro těžební činnosti na území NP Šumava (viz bod II.1.4 tohoto oznámení).

V bodu VI.2) oznámení o zakázce pak zadavatel dále uvedl, že se jedná „o uzavření rámcové smlouvy soutěžního typu (více účastníků), kde v jednotlivých částech zakázky jsou uvedeny ceny účastníků jako jejich teoretické horní hranice minimální a maximální nepřekročitelné ceny za měrnou jednotku. Tyto ceny budou sníženy soutěží v rámci nabídek v minitendrech. Výsledná hodnota zakázek je určena na základě jednotlivých řízení – minitendrů“.

Jako součást zadávací dokumentace zadavatel zveřejnil Provozní řád informačního systému a pravidla pro zadání zakázky z minitendru (dále jen „provozní řád“). V provozním řádu mimo jiné zadavatel pod bodem I. uvedl, že v případě rámcové smlouvy systém umožňuje podávání nabídek na vyhlašované činnosti v tzv. minitendrech s tím, že nabídku do těchto minitendrů může podat dodavatel, se kterým byla uzavřena rámcová smlouva, přičemž činnost, kterou je dodavatel oprávněn nabízet, má uvedenou maximální cenu dle rámcové

smlouvy. Pod bodem IV. provozního řádu zadavatel dále také uvedl, že minitendr vyhláší zadavatel výhradně pomocí systému tak, že na konkrétní lokalitě určí požadované činnosti a požadovaný objem plnění těchto činností s předpokládanou dobou plnění. Dodavatelé se po přihlášení do systému zpřístupní formulář nabídky, v němž budou vyplněny nezbytné údaje dodavatele a také požadavky daného minitendru stanovené zadavatelem. Bod IV. provozního řádu dále obsahuje i informaci, že dodavatel v příslušném formuláři nabídne cenu za technickou jednotku bez DPH, která musí být stejná nebo nižší než cena uvedená v rámcové smlouvě.

Součástí zadávací dokumentace jsou dále i Všeobecné obchodní podmínky, ve kterých zadavatel mimo jiné v bodu 04 nazvaném Nabídková povinnost zájemce, uvedl, že je zájemce povinen reagovat na výzvy k podávání nabídek podáním nabídky dle své kapacity a maximální ceny dle každé své činnosti sjednané rámcovou smlouvou. Dále zde zadavatel řeší situaci, kdy zájemce nepodá svou nabídku v minitendru v období 30 kalendářních dnů (a to alespoň jednou s minimálním plněním 7 normodnů), pak může zadavatel od rámcové smlouvy odstoupit.

Na základě předmětného oznámení o zakázce podávali jednotliví zájemci své nabídky, přičemž zadavatel po vyhodnocení nabídek z hlediska splnění požadavků stanovených v zadávacím řízení následně uzavřel rámcovou smlouvu se 159 účastníky.

Jedním z účastníků rámcové smlouvy k veřejné zakázce vedené pod evidenčním číslem 60022731 byla i společnost LESS & FOREST s. r. o., IČ 27106632, se sídlem 285 25 Bohdaneč 136, za níž jedná Ing. Tomáš Zmeškal, jednatel (dále jen „LESS & FOREST s. r. o.“).

V průběhu plnění veřejné zakázky a za situace, kdy zadavatelé vznikla akutní potřeba provádění požadovaných těžebních činností vzhledem k možnému šíření lýkožrouta smrkového došlo k situaci, kdy přestali účastníci rámcových smluv podávat své nabídky do jednotlivých minitendrů.

Z výše uvedeného důvodu zadavatel přistoupil k vyhlášení užšího zadávacího řízení a dne 14. 8. 2009 uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60035045 urychlené užší řízení s názvem „Doplnění dodavatelské kapacity na vybrané lesnické činnosti v souvislosti s živelnou událostí“. Potřebu urychleného užšího řízení zadavatel odůvodnil v bodu IV. 1.1) tohoto oznámení tím, že hrozí škoda neeliminací následků živelné události. V bodu II.2.1) oznámení o zakázce zadavatel dále uvedl, že „Rozsah bude dle jednotlivých částí zakázky a podle akutního stavu likvidace živelné události v návaznosti na stav likvidace případných následků. Pokud zadavatel pokryje provozní potřebu prostřednictvím současně uzavřených smluvních vztahů, bude zadávací řízení zrušeno do doby rozhodnutí nebo nemusí být zadány zakázky dle rámcové smlouvy po této době“.

Dne 20. 8. 2009 zadavatel vyzval společnost LESS & FOREST s. r. o. k podání nabídky do operativního minitendru číslo 1491 (pro oblast Ždánidla). Jako speciální podmínku plnění zadavatel ve své výzvě uvedl, že si vyhrazuje právo odmítnout nabídky, které překročí průměrnou cenu za základní technologii z již uzavřených smluv o dílo, která pak činí pro danou činnost 260,330 Kč/m³ bez DPH.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami do minitendru číslo 1491 mimo jiné vyplývá, že nabídka jmenované společnosti překročila limit stanovený pro maximální cenu,

neboť nabídková cena činí 420,11 Kč. Proto zadavatel dne 25. 8. 2009 rozhodl o vyloučení jmenované společnosti z minitendru číslo 1491, a to z důvodu neúplnosti nabídky, neboť dle názoru zadavatele byl „překročen limit ceny za TJ daný speciální podmínkou pro činnost TČ 112.02. Limit pro tuto činnost je 260,33 Kč, nabídková cena je 420,11 Kč“.

Vzhledem k akutní potřebě řešit vzniklou situaci dále zadavatel přistoupil (do doby ukončení užšího zadávacího řízení a v případech, kdy se nepodařilo zajistit plnění dle rámcových smluv), k vyhlášení jednacím řízení bez uveřejnění. V rámci jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel v „minitendru číslo 10034“ (vypsáný pro oblast Ždánidla) rozhodl dne 27. 8. 2009 o zadání zakázky uchazeči Josef Racoča.

Proti svému vyloučení z minitendru č. 1491 podala společnost LESS & FOREST s. r. o. (dále jen „navrhovatel“) svým dopisem ze dne 31. 8. 2009 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 8. 9. 2009 nevyhověl. Ve svém rozhodnutí o námitkách zadavatel mimo jiné uvádí, že uchazeč byl vyloučen z důvodu překročení maximální ceny, přičemž lze přisvědčit, že rozhodnutí o vyloučení „nešťastně operuje s pojmem neúplnosti nabídky“. Dále však uvádí, že z textu rozhodnutí o vyloučení je zcela zřejmé, že důvodem pro vyloučení je překročení maximální ceny přijatelné pro zadavatele. Rozhodnutí zadavatele a jeho postup jmenovaná společnost nepovažovala za učiněné v souladu se zákonem, a proto následně podala svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), v němž namítá především následující skutečnosti.

Navrhovatel uzavřel dne 13. 3. 2009 se zadavatelem rámcovou smlouvu na těžební činnosti. Navrhovatel dále předložil zadavateli technologické listy s vyznačenou nabídkovou cenou za technickou jednotku služby s tím, že tato cena je konečná.

Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel do výzvy k podání nabídky do operativního minitendru zapracoval speciální podmínku plnění, ve které si vyhradil právo nabídky odmítnout, pokud překročí průměrnou cenu za základní technologii. Dle názoru navrhovatele zadavatel dodatečným stanovením maximální přijatelné ceny porušil zákon, zejména pak základní zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona, neboť žádné ustanovení smlouvy či jiného dokumentu zadávací dokumentace nedává zadavateli možnost stanovení cenových limitů, při jejichž překročení si zadavatel vyhrazuje právo nabídku odmítnout.

Navrhovatel dne 31. 8. 2009 obdržel rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení z dalšího hodnocení v operativním minitendru č. 1491 z důvodu neúplnosti nabídky, která spočívá v překročení limitu ceny za technickou jednotku. Proti rozhodnutí zadavatele podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel nevyhověl. K tomu navrhovatel dále uvádí, že v souladu s požadavky zadavatele podal svou nabídku, která obsahovala všechny náležitosti, zejména uvedení ceny za technickou jednotku. Dle navrhovatele byla jeho nabídka úplná. Nelogičnost postupu zadavatele pak spatřuje navrhovatel i v tom, že ve svém rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že „rozhodnutí o vyloučení nešťastně operuje s pojmem neúplnosti nabídky. Tato skutečnost však nic nemění na správnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení nabídky“.

Dle názoru navrhovatele dále zadavatel postupuje protiprávně, když zadává veřejnou zakázku na předmět a místo plnění, které je totožné s předmětem na základě operativního minitendru č. 1491, a to v jednacím řízení bez uveřejnění. Navrhovatel má za to, že podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nejsou splněny.

Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel postupuje v rozporu s § 6 zákona ve vztahu k navrhovateli, neboť zadavatel dovozuje, že postup navrhovatele je zneužitím dominantního postavení navrhovatele. S tímto závěrem se navrhovatel v žádném případě neztotožňuje a uvádí, že zadavatel ve vztahu k jiným subjektům, se kterými má uzavřenou rámcovou smlouvu, postupuje v souladu se zadávacími podmínkami (viz např. společnost STAVOPLAST KL spol. s r. o., která běžně do příslušných minitendrů navrhuje maximální cenu za příslušnou činnost, a přesto zadavatel v těchto minitendrech nestanovuje dodatečnou podmínku plnění – maximální přijatelnou cenu).

Navrhovatel se svým návrhem domáhá přezkoumání úkonů zadavatele v minitendru č. 1491, úkonů zadavatele učiněných v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě kterého mělo dojít k realizaci předmětu plnění jako v operativním minitendru č. 1491. Dále se navrhovatel domáhá vydání předběžného opatření a zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z dalšího hodnocení v minitendru č. 1491.

Úřad obdržel výše uvedený návrh dne 21. 9. 2009 a tímto dnem bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumávání úkonů zadavatele.

Dne 2. 10. 2009 obdržel Úřad dopis navrhovatele nazvaný jako doplnění návrhu na zahájení řízení, v němž navrhovatel kromě skutečností již uvedených v samotném návrhu, dále uvádí jako novou skutečnost, že zadavatel zveřejnil další výzvu k podání nabídky do operativního minitendru, a to minitendru č. 2036 s tím, že tato výzva opět obsahovala maximální přijatelnou cenu. Navrhovatel podal na základě této výzvy svou nabídku s cenou odpovídající rámcové smlouvě, ale převyšující maximální přijatelnou cenu, přičemž v tomto případě zadavatel nabídku navrhovatele hodnotil. Dle názoru navrhovatele si je zadavatel buď vědom svého chybného postupu v minitendru č. 1491 anebo postupuje vůči navrhovateli diskriminačně, když jednou jeho nabídku vyřadil pro neúplnost a podruhé ji v dalším minitendru hodnotil. Závěrem svého doplnění návrhu navrhovatel požaduje přezkoumání stejných úkonů zadavatele jako jsou již uvedeny v samotném návrhu.

Zadavatel se k podanému návrhu vyjádřil dopisem ze dne 5. 10. 2009, v němž zejména uvedl následující skutečnosti.

Zadavatel se po zkušenostech s likvidací následků orkánu Kyrill rozhodl pro uzavření rámcové smlouvy s více uchazeči tak, aby mohl zajistit odstranění následků živelných událostí ve stanovených lhůtách, aby nedocházelo k šíření lýkožrouta smrkového. Situace zadavatele je ztížena mimo jiné i tím, že lesy v jeho péči jsou lesy zvláštního určení a technologie používané v lesích hospodářských není možné na území národního parku použít. Zadavatel použil rámcovou smlouvu soutěžního typu s více účastníky. Předpokládaný počet účastníků stanovil zadavatel v oznámení na 600 s tím, že skutečný počet účastníků, se kterými byla uzavřena rámcová smlouva, byl 159 ze 163 doručených nabídek.

Stanovením vysokého počtu účastníků rámcové smlouvy si zadavatel především sliboval vytvoření tržního prostředí, kde bude dosahováno odpovídajících cen a proto také zadavatel nestanovil maximální ceny již v rámcové smlouvě. Dle názoru zadavatele nevzniká na základě rámcové smlouvy kontraktační povinnost. Zákon sice stanoví, že na základě rámcové smlouvy není možné zadat zakázku za vyšší cenu než je sjednaná v rámcové smlouvě, ale to neznamená, že by byl zadavatel povinen takovou cenu akceptovat. V daném případě měl zadavatel akutní potřebu těžebních činností a současně byl pod velkým tlakem, neboť za této situace přestali účastníci rámcové smlouvy téměř podávat své nabídky do

minitendrů. Nabídky, které byly podávány, byly podávány až na výjimky pouze subjekty s dominantním postavením na trhu a obsahovaly ceny, které byly v poměru k ceně v místě a čase nepřiměřené. Ceny nabízené navrhovatelem v minitendrech podstatným způsobem převyšují obvyklé ceny. Proto se zadavatel rozhodl využít svého oprávnění a stanovit maximální přípustnou cenu. Minitendry, v nichž byly podány nabídky přesahující maximální cenu byly zrušeny.

Dále zadavatel uvádí, že v návaznosti na § 84 odst. 4 zákona je možnost zadávací řízení na základě rámcové smlouvy zrušit bez udání důvodu.

Zadavatel dále uvedl, že v okamžiku počátku nárůstu počtu stromů napadených kůrovcem z opatrnosti vyhlásil užší řízení a do doby zadání zakázky na základě užšího řízení bylo nutné zakázky, které se nepodařilo zadat na základě rámcové smlouvy, zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž v těchto jednacích řízeních bez uveřejnění se podařilo zajistit dodávky s cenami mnohdy nižšími, než byl zadavatelem stanovený cenový strop.

K problematice vyloučení navrhovatele zadavatel uvádí, že je z textu rozhodnutí zcela zřejmé, že důvodem pro vyloučení je překročení maximální ceny přijatelné pro zadavatele. Nabídka byla tudíž vyřazena v souladu s § 76 odst. 1 a 6 zákona.

K otázce použití jednacích řízení bez uveřejnění zadavatel mimo jiné uvádí, že nemohl předvídat, že v rámci minitendrů nebudou zájemci podávat své nabídky nebo podají nabídky s neadekvátní a několika násobně vyšší cenou než je cena obvyklá. V rámci minitendrů tak vymizela konkurence. Proto zadavatel vyhlásil užší řízení, přičemž se pokoušel podnítit všechny účastníky rámcové smlouvy k podávání nabídek a současně zveřejnil i svůj záměr ukončit rámcovou smlouvu s těmi, kdo svoji nabídkovou povinnost nebudou plnit. Ty zakázky, které se následně nedařilo zadat prostřednictvím minitendrů na základě rámcové smlouvy, zadával zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť z časových důvodů nemohl být použit jiný typ řízení. V této souvislosti zadavatel zdůrazňuje, že v jednacím řízení bez uveřejnění byla stanovena maximální cena pouze jako průměr z předchozích minitendrů bez 20 % navíc, čímž došlo k významné úspoře finančních prostředků.

Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že je přesvědčen, že zákon svým postupem neporušil a že podání navrhovatele je pouze účelovou snahou o narušení systému zadávání veřejných zakázek, který umožňuje nepodlehnout neadekvátním požadavkům dřevařské lobby.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč, se kterým byla v „minitendru číslo 10034“ uzavřena smlouva, a to Josef Racoča, podnikatel, IČ 16856708, s místem podnikání Kvilda 44, 384 93 Kvilda.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S260/2009-13593/2009/530/JVa ze dne 23. 11. 2009 a usnesením č. j. ÚOHS-S260/2009-13594/2009/530/JVa z téhož dne jim stanovil lhůty, v nichž účastníci řízení mohli navrhnout důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko, popř. se vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Dále Úřad dne 9. 12. 2009 pod č. j. ÚOHS-S260/2009-13603/2009/530/JVa vydal rozhodnutí o zamítnutí návrhu navrhovatele na předběžné opatření.

K oznámení o zahájení správního řízení se vyjádřil svým dopisem ze dne 4. 12. 2009 zadavatel, v němž zejména uvedl, že možnost omezit maximální cenu byla sjednána rámcovou smlouvou, přičemž zadavatel svého práva omezit tuto cenu využil až v okamžiku, kdy navrhovatel a společnost Jihozápadní dřevařská, a. s., začal zneužívat svého postavení na trhu a snažil se využít časové tísně zadavatele při odstraňování stromů napadených lýkožroutem smrkovým.

K otázce stanovení maximální ceny dále zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že tato byla stanovena jako průměrná cena za období od uzavření rámcové smlouvy a zvýšená o 20 %. Maximální cena byla tudíž vyšší, než cena v místě a čase obvyklá a vytvářela dostatečný prostor pro působení na trhu a soutěžení zájemců. Navrhovatel následně tyto maximální ceny akceptoval a dokonce byl ochoten v rámci jednacního řízení bez uveřejnění předmětné činnosti provádět i za nižší ceny.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, vyjádření účastníků řízení, obsahu návrhu a na základě vlastního zjištění, rozhodl jak je uvedeno ve výroku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Ke stanovení speciální podmínky plnění – maximální přijatelné ceny

Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor 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.

Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

V souladu s § 84 odst. 4 zákona je zadavatel oprávněn zrušit jednací řízení bez uveřejnění, zjednodušené podlimitní řízení nebo řízení na základě rámcové smlouvy do doby uzavření smlouvy.

Jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel v šetřeném případě uzavřel rámcovou smlouvu s velkým počtem uchazečů za účelem zajištění soutěžního prostředí s tím, že v takto nastalé situaci by byla zajištěna i dostatečná konkurenceschopnost, jež by pak následně měla ovlivňovat i výši nabídkových cen. Vzhledem k situaci, kterou zadavatel nemohl předvídat, kdy účastníci rámcové smlouvy přestali podávat své nabídky a kdy nabídku podávali jen uchazeči s dominantním postavením na trhu a s cenami pro zadavatele nepřijatelnými, zadavatel se rozhodl následně danou situaci řešit tím, že „preventivně“ vyhlásil užší řízení na dané lesnické činnosti a současně akutní situaci řešil tím, že jednak se pokoušel zadávat jednotlivé zakázky (minitendry) na základě rámcové smlouvy a zbývající část požadovaného předmětu plnění pak řešil za použití jednacního řízení bez uveřejnění.

K problematice dodatečného stanovení maximální ceny Úřad uvádí, že cílem samotného zadávacího řízení je uzavření smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem na plnění, která mají být hrazena z veřejných zdrojů, přičemž při vynakládání těchto veřejných prostředků musí být zohledněna ze strany zadavatele mimo jiné i podmínka efektivnosti vynakládání těchto prostředků. K dané věci lze mimo jiné odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 28/2008-74 ze dne 7. 4. 2009, z něhož lze citovat: „ZVZ totiž popisuje zvláštní způsob kontraktačního jednání, ke kterému dochází mezi zadavatelem na straně jedné a dodavatelem jednotlivých plnění, která mají být hrazena z veřejných prostředků, na straně druhé. Hlavním účelem takové významně formalizované, jinak však stále soukromoprávní kontraktace, nad níž je uskutečňován dohled v režimu práva veřejného, je efektivnost vynakládání veřejných prostředků a jejich přímá či zprostředkovaná úspora a zajištění účinné konkurence. Ta může být výjimečně omezena na základě jednotlivých ustanovení zákona toliko tehdy, pokud její omezení samo o sobě vede k vyšší efektivnosti vynakládání veřejných prostředků. Zajištění účinné konkurence při zadávání veřejných zakázek je důvodem, který řadí materii veřejných zakázek do oblasti soutěžního práva, byť v širším smyslu. Jak potvrdil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, jednotlivá pravidla zadávacího řízení je třeba vykládat tak, aby použitá interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže“.

Výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně se dále zabývá i otázkou možného zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele a mimo jiné je v něm uvedeno, že „ZVZ rovněž v určitých případech dává právo zadavateli zrušit zadávací řízení i bez toho, že by byly splněny přesně předvídané důvody. Rozsah oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení se obecně liší podle druhu (typu) zadávacího řízení a podle toho, zda si oprávnění zrušit zadávací řízení vymínil v oznámení zadávacího řízení. Zatímco v případech, které jsou uvedeny v § 84 odst. 1 ZVZ, existuje zákonná povinnost zadavatele zadávací řízení zrušit, v navazujících odstavcích 2 až 5 je založeno toliko oprávnění zrušit zadávací řízení, které zadavatel může podle okolností využít“.

S odkazem na uvedený rozsudek a samotný průběh zadávacího řízení má Úřad za to, že nelze v daném případě po zadavateli požadovat, aby na základě rámcové smlouvy uzavíral smlouvy na minitendry, které jsou z hlediska vynakládání veřejných prostředků pro zadavatele cenově nepřijatelné, neboť by docházelo k výrazně vyššímu výdeji veřejných prostředků.

K otázce stanovení maximální ceny Úřad dále vycházel i ze stanoviska zadavatele k návrhu v němž mimo jiné uvedl, že rámcová smlouva měla v daném případě vytvořit díky velkému počtu uchazečů tržní prostředí a proto nestanovil pro jednotlivé části zakázky maximální ceny již v samotné rámcové smlouvě přesto, že v předchozích letech byla tato cena stanovována za pomoci sazebníku. Zadavatel má však za to, že si sjednal s uchazeči možnost dodatečného stanovení maximální přijatelné ceny, a to v příloze Provozního řádu informačního systému a pravidel pro zadání zakázky v minitendru.

Z provozního řádu, který je součástí zadávací dokumentace a jednou z příloh rámcových smluv, Úřad zjistil, že v části IV. tohoto dokumentu zadavatel mimo jiné uvedl, že dodavatel, který je oprávněn nabídnout své služby, obdrží na svůj email výzvu k podání nabídky s tím, že po zadání přihlašovacích údajů je dodavateli zpřístupněn formulář, který má vyplněny nezbytné identifikační údaje a dále obsahuje i požadavky minitendru (denní normokapacita, termíny, případná technologie či jiné požadované specifické podmínky plnění díla). I když z citace tohoto stanovení provozního řádu jednoznačně nevyplývá, že za

„požadovanou specifickou podmínku plnění díla“ lze považovat i stanovení maximální ceny, Úřad má za to, že je možné, aby byl dodatečný požadavek na maximální cenu díla takto stanoven. Současně se Úřad ztotožňuje s názorem zadavatele, že při dostatečném množství účastníků rámcové smlouvy budou nabízené ceny v tomto soutěžním prostředí logicky nižší a pro zadavatele tudíž výhodné a ne vysoké, jako se tomu stalo v daném případě za situace, kdy nebyly nabídky za přijatelné ceny podávány a zadavatel byl tak „tlačen“ do uzavírání pro něho nevýhodných smluv, kde nabízené ceny značně převyšovaly jeho očekávání.

Pokud se týká možnosti zadavatele zrušit řízení na základě rámcové smlouvy, výše citované ustanovení § 84 odst. 4 zákona představuje výjimku v zákonné úpravě, kdy je zadavatel oprávněn zrušit řízení na základě rámcové smlouvy do doby uzavření smlouvy, a to i bez udání důvodu. Jedná se tedy o právo zadavatele se v daném konkrétním případě rozhodnout ke zrušení řízení na základě rámcové smlouvy, přičemž zákon nevyžaduje, aby k tomuto kroku zadavatele musely být splněny zvláštní podmínky či důvody.

Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal podmínku zadavatele na maximálně přijatelnou cenu předmětu plnění za podmínku učiněnou v rozporu se zákonem, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K problematice vyloučení navrhovatele z minitendru číslo 1491

Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona (tj. nabídku, která je v rozporu s platnými právními předpisy – pozn. Úřadu). Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny.

Podle § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.

Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, maximální cena stanovená zadavatelem za technickou jednotku v operativním minitendru č. 1491 byla 260,33 Kč/m³ bez DPH (viz výzva k podání nabídky), přičemž tři uchazeči, mezi nimi i navrhovatel, speciální podmínku zadavatele neakceptovali a jejich cena se pohybovala od částky 350 Kč do 420,11 Kč (cena 420,11 Kč byla nabídnuta navrhovatelem).

Vzhledem k překročení maximální nabídkové ceny rozhodl zadavatel dne 25. 8. 2009 o vyloučení navrhovatele z dalšího hodnocení v tomto minitendru, přičemž jako důvod vyloučení zadavatel uvedl neúplnost nabídky z důvodu překročení limitu ceny daného speciální podmínkou. V rozhodnutí o námitkách navrhovatele pak zadavatel připustil možnost, že se v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele „nešťastně operuje“ s pojmem neúplnost nabídky, avšak tato skutečnost nemá vliv na správnost rozhodnutí o vyloučení, navíc je dle názoru zadavatele z rozhodnutí o vyloučení zcela zřejmé, že důvodem vyloučení je překročení maximální ceny přijatelné pro zadavatele a navrhovatel byl proto vyloučen pro nesplnění zadávacích podmínek v souladu s § 76 odst. 1 a 6 zákona.

K uvedeným skutečnostem Úřad uvádí, že v návaznosti na citované ustanovení § 76 odst. 6 zákona je nutné, aby zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uchazeče uvedl důvody

tohoto vyloučení. Podle § 76 odst. 1 zákona pak tímto důvodem může být i nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. V šetřeném případě obsahují zadávací podmínky zadavatele mimo jiné i požadavek na maximální možnou cenu, který (jak uvedeno výše) považuje Úřad za požadavek stanovený v souladu se zákonem. I když z vlastního rozhodnutí o vyloučení je jako důvod tohoto úkonu zadavatele uvedena neúplnost nabídky, z textu tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že byl navrhovatel vyloučen pro překročení limitu ceny, který je daný speciální podmínkou zadavatele. Úřad považuje rozhodnutí o vyloučení za dostatečně konkrétní v tom, že navrhovateli muselo být zřejmé, proč byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Vzhledem k tomu, že speciální podmínka zadavatele na maximální možnou cenu skutečně nebyla ze strany navrhovatele akceptována, byl vyloučen ze zadávacího řízení oprávněně a Úřad neshledal tento postup zadavatele za učiněný v rozporu se zákonem. K oprávněnosti stanovení speciální podmínky maximální přijatelné ceny viz výše.

K problematice zadání minitedru číslo 10034 v jednacím řízení bez uveřejnění

Podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže je nezbytné ji zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Jak vyplývá z vyjádření zadavatele a předložené dokumentace, v okamžiku, kdy nebyly podávány nabídky do jednotlivých minitedrů a kdy současně musel řešit akutní situaci spočívající v nutnosti rychlého zpracování stromů napadených kůrovcem, přistoupil zadavatel k vyhlášení užšího řízení a do doby jeho dokončení zadával zakázky na základě jednacích řízení bez uveřejnění. Z vyjádření zadavatele k návrhu pak vyplývá, že v rámci minitedrů zadávaných na základě původní rámcové smlouvy byly maximální ceny stanoveny jako průměr cen z předchozích minitedrů + 20 %, avšak v jednacím řízení bez uveřejnění byla maximální cena stanovena pouze jako průměr z předchozích minitedrů bez 20 % navíc, přičemž tímto způsobem zadavatel uspořil značné finanční prostředky.

K uvedeným skutečnostem Úřad uvádí, že v návaznosti na situaci, která na straně zadavatele vznikla, lze mít za to, že podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona byly splněny. Jednalo se o situaci, kdy bylo v krajně naléhavém případě nutné z časových důvodů zadat veřejnou zakázku urychleně, neboť hrozilo šíření kůrovce, přičemž zadavatel svým jednáním nezpůsobil (a ani nemohl předvídat), že nebude možné požadované činnosti zabezpečovat pomocí již uzavřených rámcových smluv. Úřad se tak ztotožňuje s názorem zadavatele, že v daném případě bylo nutné urychleně řešit odstraňování následků orkánu v návaznosti na možné rozsáhlé šíření lýkožrouta smrkového, přičemž zadavatel nemohl předvídat, že při velkém počtu účastníků rámcové smlouvy nebude možné požadované činnosti zajistit právě těmito účastníky rámcové smlouvy. V postupu zadavatele tak Úřad neshledal porušení § 23 odst. 4 písm. b) zákona.

K problematice porušení § 6 zákona ve vztahu k navrhovateli

Jak uvedeno již výše podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Jak vyplývá z návrhu navrhovatele, tento se neztotožňuje s názorem zadavatele, že by zneužíval své dominantní postavení a naopak uvádí, že zadavatel vůči němu postupuje

diskriminačně, když zadavatel jiným účastníkům rámcových smluv dodatečně speciální podmínky plnění nestanoví. Jako příklad navrhovatel uvádí nabídky společnosti STAVOPLAST KL spol. s r. o., která běžně navrhuje maximální cenu za požadovanou činnost 404,60 Kč a přesto ji v minitendrech zadavatel maximální cenu nestanovuje.

K tomu zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvedl, že tato skutečnost se nezakládá na pravdě, neboť uvedené společnosti byla zadána zakázka za nabídkovou cenu 340 Kč/m³ a maximálně přijatelná cena byla pak stanovena na 364,462 Kč/m³.

Z předložené dokumentace Úřad ověřil, že např. v minitendru č. 1850 uvedl zadavatel ve výzvě k podání nabídky, že si vyhrazuje právo odmítnout ty nabídky, které překročí průměrnou cenu za základní technologii, která činí pro požadovanou činnost 260,330 Kč/m³ bez DPH v základní technologii s přírůžkou maximálně 40 %, tj. maximální cena pak činí 364,462 Kč/m³ bez DPH. Z protokolu o otevírání obálek a ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, které byly pořízeny v daném minitendru vyplývá, že pro požadovanou činnost nabídla výše jmenovaná společnost zadavateli cenu ve výši 340,- Kč bez DPH. Z rozhodnutí o zadání veřejné zakázky ze dne 15. 9. 2009 pak vyplývá, že výše nabídkové ceny skutečně činí částku 340,- Kč bez DPH.

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel i v ostatních minitendrech postupuje vůči všem uchazečům stejně, tj. stanovuje ve výzvách k podání nabídky maximální možnou cenu za technickou jednotku. Úřad se proto neztotožňuje s názorem navrhovatele, že by se zadavatel vůči němu dopustil porušení zásady rovného zacházení stanovené v § 6 zákona.

Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Mgr. Michal Bernášek, advokát, P. O. BOX 109, 304 09 Plzeň

LESS & FOREST s. r. o., 285 25 Bohdaneč 136

Josef Racoča, podnikatel, 384 93 Kvilda 44

Na vědomí:

Správa Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, 1. máje 260, 385 01 Vimperk

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 13. 4. 2010.