



UOHSX0013GXH

Č. j.: UOHS-R118/2008/02-806/2009/310/JHa

V Brně dne 21. ledna 2009

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 5.6.2008 společností

- **Forest Česká Lípa, a. s., IČ 26062143, se sídlem Děčínská 204, 470 01 Česká Lípa,** ve správním řízení právně zast. advokátem Mgr. Janem Petříkem, se sídlem AK Brzobohatý Brož & Honsa, v. o. s., Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.5.2008 č. j. S292/2007/VZ-08022/2008/510/MO, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové,** jednající generálním ředitelem Ing. Svatoplukem Sýkorou,

učiněným při zadávání veřejné zakázky „**Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 17602**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3.8.2007 a následně opraveno dne 14.8.2007 pod ev. č. 60009835, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení fyzická osoba

- **Josef Novák, podnikatel, IČ 48658316, s místem podnikání Funkeho 910, 280 02 Kolín,** ve správním řízení právně zast. advokátkou JUDr. Lucií Brejchovou Faridovou, se sídlem AK Poděbradská 4, 290 01 Písková Lhota, kterému byla veřejná zakázka přidělena,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.5.2008 č. j. S292/2007/VZ-08022/2008/510/MO

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, jednající generálním ředitelem Ing. Svatoplukem Sýkorou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 3.8.2007 s opravou ze dne 14.8.2007 v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60009835 oznámení otevřeného řízení na zadání veřejné zakázky „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 17602“. Proti podmínkám zadání podala obchodní společnost Forest Česká Lípa, a. s., IČ 26062143, se sídlem Děčínská 204, 470 01 Česká Lípa, ve správním řízení právně zast. advokátem Mgr. Janem Petříkem, se sídlem AK Brzobohatý Brož & Honsa, v. o. s., Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), dne 4.10.2007 námitky a následně dne 26.10.2007 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a fyzickou osobu Josefa Nováka, podnikatele, IČ 48658316, s místem podnikání Funkeho 910, 280 02 Kolín, ve správním řízení právně zast. advokátkou JUDr. Lucií Brejchovou Faridovou, se sídlem AK Poděbradská 4, 290 01 Písková Lhota, kterému byla veřejná zakázka přidělena (dále jen „vybraný uchazeč“). Rozhodnutím ze dne 12.11.2007 č. j. S292/2007-20952/2007/510-MO Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření.

Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19.5.2008 rozhodnutí č. j. S292/2007/VZ-08022/2008/510/MO, kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 67 odst. 1 zákona, když stanovil jistotu ve výši překračující 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak vzhledem k tomu, že tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, Úřad správní řízení podle § 118 zákona zastavil. Ve výroku II. pak rozhodl, že zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

K možnosti odmítnout uzavřít smlouvu o prodeji dříví

3. V odůvodnění svého rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval námitkou, že vybraný uchazeč má možnost odmítnout uzavřít smlouvu o prodeji dříví. Úřad k tomu uvádí, že je nepřípustné, aby se vybraný uchazeč svévolně rozhodl, zda se zadavatelem smlouvu o prodeji dříví uzavře, či nikoliv. Takovou možnost považuje Úřad pouze za teoretickou a nemá informace o tom, že by uchazeč, se kterým zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky (tj. na provádění pěstebních činností včetně nákupu sadebního materiálu a provádění těžebních činností) se zadavatelem neuzavřel rovněž smlouvu o prodeji dříví na příslušném SÚJ. Zadavatel v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 17.9.2007 (odpověď na dotaz č. 10) uvedl, že v případě, že s ním vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu o prodeji dříví, bude „celý objem dříví realizován zadavatelem“. V samotném prohlášení zadavatele, že v případě neuzavření smlouvy na prodej dříví, bude tento prodej provádět sám, nelze dle názoru Úřadu spatřovat porušení zákona.

K vymezení předmětu veřejné zakázky

4. Úřad se dále zabýval otázkou vymezení předmětu veřejných zakázek a uvedl, že uchazeči byli před podáním nabídek seznámeni s tím, že předmětem veřejné zakázky může být vedle přesně stanoveného rozsahu pěstebních a těžebních činností (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv), i změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky stanoveného v sumářích v zadávací dokumentaci, příp. i provádění nahodilých těžeb (tzv. fiktivní porost, přičemž rozsah nahodilých těžeb bude stanoven až dle konkrétní situace v dané SÚJ a jednotková cena těchto prací bude odpovídat jednotkové ceně za provedení „řádných“ těžebních prací). Všichni uchazeči tedy byli před podáním svých nabídek seznámeni s tím, že zadavatel v době zadávání veřejné zakázky nezná a ani nemůže znát zcela přesně odchylky skutečného rozsahu dodaných služeb od služeb poptávaných, jejichž rozsah stanovil v zadávací dokumentaci (a to zejména pro druhý a třetí kalendářní rok plnění smluv).
5. Uchazeči byli před podáním nabídek taktéž seznámeni s tím, že zadavatel v době zadávání veřejné zakázky neznal a ani nemohl znát existenci a tedy ani případný rozsah nahodilých těžebních prací (tzv. fiktivní porost) na jednotlivých SÚJ, na rozdíl od „řádných“ těžebních prací (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv), které zadavatel v zadávací dokumentaci přesně a detailně specifikoval.
6. Bylo jen na uchazečích, zda při vypracování nabídek využijí svých zkušeností, zda do nabídkové ceny zahrnou větší rezervu (a nabídková cena bude vyšší), příp. zda podají nabídku s nižší nabídkovou cenou, která bude konkurenceschopná, ale na úkor nižších zisků pro uchazeče atd. Bylo tedy manažerským rozhodnutím jednotlivých dodavatelů, jakým způsobem budou při vypracování svých nabídek postupovat, a to včetně podnikatelského rizika při stanovování cen za provedení poptávaných služeb. Z předložené dokumentace dle názoru Úřadu nevyplývá, že by zadavatel v okamžiku započetí zadávání veřejné zakázky (tj. ke dni 10.8.2007) znal přesnější rozsah poptávaných služeb (včetně nahodilých těžeb), a že by záměrně nestanovil patřičný rozsah některých poptávaných služeb, přestože by těmito informacemi v okamžiku zadávání veřejné zakázky disponoval.
7. Úřad se neztotožnil s tvrzením navrhovatele, že by rozdíly mezi nabídkovými cenami vykazovaly značné nebo dokonce extrémní rozdíly. Celkem bylo na tuto veřejnou zakázku podáno 15 nabídek, přičemž se cena za 3 roky provádění služeb pohybuje v rozmezí od 10 152 916,- Kč bez DPH do 17 976 327,- Kč bez DPH. Úřad nepovažuje tento cenový rozdíl, s ohledem na předmět veřejné zakázky a vzhledem k dalším okolnostem (např. počet uchazečů, rozsah služeb požadovaný v sumářích), za nijak neobvyklý, naopak z nabídkových cen lze dle jeho názoru usuzovat, že jejich výše jsou navzájem velmi podobné (např. nabídkové ceny za poskytnutí služeb 7 uchazečů se prakticky lišily pouze o 1 768 290,- Kč bez DPH), což nenasvědčuje tomu, že by zadavatel nestanovil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a že by uchazeči neměli jednoznačnou představu o tom, co je předmětem zakázky a jak mají stanovit své nabídkové ceny za poptávané služby, jak uvádí navrhovatel. Větší rozdíly mezi jednotlivými uchazeči byly v případě nabízených cen za prodej dřeva zadavatelem, avšak ani tyto nepovažuje Úřad za extrémní. Skutečnost, že některý z uchazečů do své nabídky zahrne např. nižší rezervu nebo si kalkuluje nižší zisk než ostatní uchazeči (čímž jeho nabídková cena bude pochopitelně

nižší), je dle názoru Úřadu přirozená a nelze ji obecně přičítat na vrub nesprávného vymezení předmětu zakázky zadavatelem. V opačném případě, kdyby všichni uchazeči teoreticky počítali při stanovování nabídkových cen se stejnou finanční rezervou a kalkulovali si stejný zisk, by totiž mohlo docházet k tomu, že zadavatel obdrží nabídky uchazečů, jejichž nabídkové ceny budou téměř shodné, což jistě není smyslem zadávání veřejných zakázek. Obdobné platí i v případě prodeje dřeva zadavatelem, neboť každý z dodavatelů má s odkoupeným dřívím svůj záměr a bylo tedy manažerským rozhodnutím jednotlivých dodavatelů, jakým způsobem budou při stanovování cen za prodej dřeva postupovat, a to včetně podnikatelského rizika v případě změny ceny jednotlivých sortimentů dřeva na trhu. Na základě všech uvedených skutečností Úřad konstatoval, že nedošlo k porušení § 44 odst. 1 zákona tím, že by zadavatel nedostatečně vymežil předmět veřejné zakázky.

K požadavku zadavatele na prokázání subdodavatelského vztahu

8. K požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu Úřad uvedl, že nepovažuje požadavek zadavatele na předložení smluv mezi uchazečem a subdodavatelem za neoprávněný, a to i z toho pohledu, že neklade žádné další požadavky na tuto smlouvu, nýbrž postačuje de facto pouze stvrzení podpisem subdodavatele, že o svém postavení je srozuměn a dává k němu uchazeči svůj souhlas. Úřad tedy nezjistil, že by požadavek zadavatele porušoval § 44 odst. 6 a § 6 zákona.

K požadavku zadavatele na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce

9. K požadavku zadavatele na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů s požadavkem na předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin, Úřad uvádí, že není v rozporu se zákonem, pokud zadavatel požadoval splnění namítaného kvalifikačního předpokladu přímo po uchazečích (bez ohledu na to, zda zadavatel tento svůj požadavek věcně správně podřadil v rámci svých požadavků na prokazování kvalifikace) a nepřipustil možnost prokázání jeho splnění pomocí subdodavatelů, neboť tento požadavek se vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, za kterou musí nést odpovědnost a jejíž splnění musí garantovat pouze uchazeč, který (na rozdíl od subdodavatele) bude smluvním partnerem zadavatele.

Ke stanovení hodnotícího kritéria

10. V rámci šetření problematiky stanovení hodnotícího kritéria Úřad z předložené dokumentace zjistil, že vzhledem ke způsobu zadání veřejné zakázky nebylo možné z ekonomického a funkčního hlediska vzájemně oddělit vlastní plnění předmětu veřejné zakázky (tj. provedení pěstebních činností, dodávku sadebního materiálu a provedení těžebních činností) od prodeje dříví (hroubí) zadavatele příslušnému uchazeči, neboť pouze souhrn zadavatelem požadovaných služeb a prodej dříví na příslušné lokalitě může objektivně určit vlastní výhodnost nabídek. Pokud by zadavatel postupoval jiným způsobem (požadované služby a cenu za prodej dříví hodnotil zcela odděleně, příp. by se rozhodl pro hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti), zákonitě by docházelo k tomu, že by zadavatel na jedné SÚJ mohl mít 2 vítězné nabídky (v případě, že by požadované služby a cenu za prodej dříví hodnotil zcela odděleně), respektive by docházelo k deformaci výběru nejvhodnější nabídky (pokud by zadavatel hodnotil nabídky podle ekonomické výhodnosti, přičemž 1. kritériem hodnocení by byla výše

nabídkové ceny v „užším“ slova smyslu a 2. kritériem hodnocení s odlišnou váhou pak cena dříví), kdy by zadavatel sice měl na konkrétní SÚJ jediného vybraného uchazeče, ale nemuselo by být zaručeno, že tímto postupem by se dobral k žádoucímu stavu, kterým bezpochyby je co nejmenší výdej jeho finančních prostředků (za splnění jím požadovaných služeb) a co nejvyšší příjem tržeb (za prodej dříví). Na základě výše uvedeného Úřad nezjistil, že by v šetřeném případě zadavatel stanovil základní hodnotící kritérium v rozporu se zákonem.

K výši jistoty

11. K zjištěnému porušení zákona Úřad uvedl, že podle § 67 odst. 1 zákona výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad zjistil z předložených podkladů, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 12 380 000,- Kč, a tedy maximální možná výše jistoty měla činit 247.600,- Kč. Zadavatel však nesprávně zaokrouhlil tuto částku na celé desetitisíce nahoru a tak dospěl k částce 250 000,- Kč. Překročil tak o 2 400,- Kč maximální možnou výši jistoty. Úřad dovodil, že přestože jistota nebyla stanovena ve správné výši, její navýšení v řádech tisíců nemohlo mít vliv na skutečnost, že by některý z dodavatelů nepodal svoji nabídku pouze z tohoto důvodu, že by nebyl schopen uhradit rozdíl v řádech tisíců korun mezi zákonnou výší jistoty a výší jistoty požadovanou zadavatelem. Pochybení zadavatele tak neovlivnilo výběr nejhodnější nabídky.

II. Námitky rozkladu

12. Proti rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 5.6.2008 rozklad, ve kterém napadá předmětné rozhodnutí v celém rozsahu. V odůvodnění rozkladu pak do značné míry opakuje svou dřívější argumentaci, uplatněnou již v rámci dosavadního správního řízení, na kterou Úřad podrobně reagoval v napadeném rozhodnutí.
13. Navrhovatel má tedy i nadále za to, že v souvislosti se Smlouvou o prodeji dříví došlo k porušení § 68 odst. 2 zákona, neboť nabídka uchazečů má obsahovat podepsané návrhy smluv na plnění předmětu veřejné zakázky, a tedy (dle názoru navrhovatele) včetně smlouvy o prodeji dříví. Zadavatel tak v zadávací dokumentaci nevymezil celý předmět veřejné zakázky, když navrhovatel dovozuje, že o prodeji dříví budou moci zřejmě být vedena obchodní jednání, což navrhovatel shledává v rozporu se zásadou transparentnosti.
14. Ve vztahu k námitce nesprávného vymezení předmětu veřejné zakázky navrhovatel doslovně opakuje svou předchozí argumentaci a dodává, že se jí Úřad v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval, když pouze zopakoval obsah zadávací dokumentace a rozhodl, že zákon v této věci nebyl porušen. Navrhovatel tedy odmítá tvrzení Úřadu, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v mezích svých možností a je pouze věcí manažerského rozhodnutí uchazečů, jak nabídku zpracují, neboť dle názoru navrhovatele nebylo možné z poskytnutých informací řádné manažerské rozhodnutí učinit, což zároveň znemožnilo řádně sestavit nabídku.
15. K požadavku zadavatele na prokázání subdodavatelského vztahu navrhovatel uvádí, že zatímco při vymezení předmětu plnění ve druhém a třetím roce plnění byl Úřad k zadavateli benevolentní a konstatoval, že nemohl být vymezen dostatečně přesně, tak ve věci prokázání subdodavatelských vztahů musí uchazeč již při podání nabídky znát

své subdodavatele ve vztahu k celému trvání veřejné zakázky. Tato zjevná disproporce přístupu Úřadu dle přesvědčení navrhovatele dokazuje, že si Úřad neučinil dostatečnou představu o tom, jak je třeba v rámci lesního průmyslu vymezit předmět plnění veřejné zakázky, aby byl dostatečně určitý.

16. Navrhovatel napadá rovněž část odůvodnění, týkající se kvalifikačních předpokladů (požadované opatření v oblasti spotřebitelského řetězce), neboť závěry Úřadu, že požadavek se vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, za kterou nese odpovědnost a jejíž splnění musí garantovat pouze uchazeč jakožto budoucí smluvní partner zadavatele, dle názoru navrhovatele ve svém důsledku vylučují možnost plnit veřejnou zakázku pomocí subdodavatele, kterou však zákon a priori připouští. Ze zákona vyplývá, že i za část zakázky prováděnou subdodavatelem je přímo odpovědný dodavatel, což však nemůže vylučovat možnost provést část veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele.
17. Navrhovatel dále nesouhlasí se závěry Úřadu, že existuje jakési hodnotící kritérium „nabídková cena v širším slova smyslu“ a trvá na tom, že hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny bylo zadavatelem stanoveno v rozporu se zákonem. Úřad pak při posuzování tohoto kritéria zjevně pochybil při právní kvalifikaci, což je dle názoru navrhovatele důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí.
18. V závěru svého rozkladu navrhovatel namítá procesní pochybení na straně Úřadu, který neprovedl navrhované důkazy (svědecké výpovědi a znalecký posudek), což navrhovatel považuje za zásadní vadu prvoinstančního rozhodnutí. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tím, jak Úřad hodnotil jím navržený důkaz – přepis publicistického pořadu Události komentáře ze dne 15.10.2007. Navrhovatel rovněž namítá, že mu nebyla zpřístupněna část spisu související s nabídkou vítězného uchazeče, což považuje za odepření spravedlnosti vůči své osobě, když předmětné dokumenty mohly obsahovat informace relevantní pro rozhodnutí Úřadu ve věci.

Závěr rozkladu

19. Navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření zadavatele

20. K podanému rozkladu se dne 16.6.2008 vyjádřil zadavatel a k námitce absence smlouvy o prodeji dříví v nabídkách uchazečů uvádí, že prodej dříví nebyl předmětem veřejné zakázky, a proto ani tato smlouva nebyla součástí zadávací dokumentace. Požadavek zadavatele, aby všichni uchazeči pro účely hodnocení nabídek zahrnuli do své nabídky i cenu dříví pak dle názoru zadavatele není v rozporu se zákonem a současně z něj vyplývá, že uchazeč je takto nabídnutou cenou dříví „při pni“ vázán. Zadavatel tak rozhodně nerezignoval na uzavření smlouvy o prodeji dříví, neboť realizace veřejné zakázky je s tímto prodejem neoddělitelně spojena.
21. K námitce nedostatečného vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace obsahuje definice všech klíčových pojmů, a dále že podkladem

pro sestavení nabídkové ceny byla příloha č. 2 zadávací dokumentace, v níž byly obsaženy objemy a specifikace prováděných služeb a objemy a specifikace prodávávaného dříví na lokalitě P. Dostatečnou technickou specifikací předmětu veřejné zakázky dle názoru zadavatele obsahují sumáře pěstebních a těžebních činností, které byly součástí zadávací dokumentace. Těžební a pěstební projekt je pak dle názoru zadavatele již jen nástrojem vlastního plnění předmětu smlouvy, když technická specifikace v nich obsažená bude odpovídat sumářům obsaženým v zadávací dokumentaci. Zadavatel dále uvádí, že tvrzení navrhovatele ohledně rozdílných nabídkových cen jednotlivých uchazečů nemůže být žádným důkazem o neurčitosti zadání, neboť uchazeči jsou zcela odlišnými subjekty s odlišnými výrobními a režijními náklady i přístupem k plnění zakázky, přičemž rozdílnost cen je pouze logickým důsledkem funkčního tržního prostředí a dokladem smysluplnosti předmětného typu zadávacího řízení.

22. Zadavatel se vyjadřuje rovněž k námitce neoprávněnosti požadavku na prokázání subdodavatelského vztahu a uvádí, že tento zcela legitimní požadavek lze zahrnout pod ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona, tedy jako „jiný požadavek zadavatele na plnění veřejné zakázky“. Zadavatel dovozuje, že pokud uchazeč závazně uvede, že část zakázky bude plnit prostřednictvím subdodavatele, pak musí být s tímto subdodavatelem již fakticky dohodnut, přičemž aby byla dohoda vymahatelná, měla by být učiněna písemně v zájmu právní jistoty obou stran. Vzhledem k tomu, že zadavatel žádným způsobem nestanovil požadavky na obsah a formu takové smlouvy, nemohlo dojít k omezení uchazečů provést část předmětu prostřednictvím subdodavatele, ani nemohlo dojít ke znevýhodnění oproti jiným uchazečům. Předmětný požadavek je tak dle názoru zadavatele zcela legitimní a v souladu se zákonem.
23. U požadavku na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce je zadavatel přesvědčen, že tento nelze podřadit pod požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 56 zákona. Protože je však předložení těchto dokladů pro zadavatele důležitým požadavkem, postupoval jediným možným způsobem a předložení těchto dokladů požadoval podle § 44 odst. 8 zákona jako zvláštní podmínku na plnění veřejné zakázky. Požadavek zadavatele tak nemohl diskriminovat žádného uchazeče, ani se nejednalo o svévoli ze strany zadavatele.
24. K námitce stanovení hodnotícího kritéria zadavatel uvádí, že je jeho výlučným právem takovou volbu učinit a uchazeč je povinen takovou volbu respektovat. Každý z uchazečů měl ze zadávací dokumentace jasnou, přesnou a vyčerpávající informaci o tom, že zadavatel toto plnění s plněním veřejné zakázky spojil, a tedy každý uchazeč ví, jakým způsobem měl konstruovat nabídkovou cenu a jakým způsobem bude tato nabídka hodnocena. Podmínky byly proto stanoveny transparentně a nediskriminačně.
25. K námitkám procesního charakteru pak zadavatel uvádí, že je přesvědčen o nadbytečnosti provádění dalších důkazů nad rámec již provedených, neboť svědecké výpovědi by nepřinesly žádné nové skutečnosti a znalecký posudek s obsahem, jak jej formuloval navrhovatel, ani není možno vypracovat. K námitce neumožnění nahlédnutí do části spisu – nabídky vybraného uchazeče – pak zadavatel není schopen se vyjádřit.
26. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu vydal rozhodnutí, kterým se napadené rozhodnutí potvrzuje.

Stanovisko předsedy Úřadu

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. S292/2007/VZ-08022/2008/510/MO ze dne 19.5.2008 konstatoval u zadavatele pouze nedodržení postupu podle zákona při stanovení jistoty, které nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky a správní řízení zastavil, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K možnosti odmítnout uzavření smlouvy o prodeji dříví

29. K absenci Smlouvy o prodeji dříví v zadávací dokumentaci a následně i v nabídkách uchazečů uvádím, že jak již bylo několikrát zdůrazněno, plnění předmětné veřejné zakázky vykazuje mnoho specifik, která musejí být při jejím zadání zohledněna, přičemž jedním z těchto specifik je rovněž jakýsi „obousměrný“ vztah kontraktačních stran, který není u veřejných zakázek běžný. Při posouzení např. ekonomické výhodnosti nabídek je pak přihlédnutí k této specifické povaze veřejné zakázky nezbytností, a tedy v rámci nabídkové ceny je třeba posuzovat jak cenu za realizaci veřejné zakázky (nabídkovou cenu v „užším“ smyslu, neboť se jedná o výdej veřejných prostředků ve směru od zadavatele), tak i cenu za prodej dříví, kterou recipročně nabízí uchazeči a která s cenou za realizaci veřejné zakázky tvoří nabídkovou cenu v „širším“ smyslu. Tato konstrukce nabídkové ceny tak odpovídá realitě veřejné zakázky.
30. Lze souhlasit s tvrzením rozkladu, že v jistých souvislostech může výše naznačený specifický charakter šetřené veřejné zakázky způsobovat interpretační potíže, a to zvláště pak při výkladu formálních náležitostí celého zadávacího procesu. S vědomím této skutečnosti je tak třeba přistupovat i k posuzování navrhovatelem tvrzeného porušení § 68 odst. 2 zákona. Jak totiž navrhovatel sám konstatuje, „postup dle zákona je postupem formálním“. Proto pokud citované ustanovení zákona přepokládá jako formální náležitost nabídky rovněž podepsaný návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky, pak touto smlouvou je striktně vzato smlouva na provádění lesnických činností, neboť pouze tyto jsou předmětem plnění veřejné zakázky. Prodej dříví je po čistě formální stránce pouze činností související, která však pod definici pojmu § 68 odst. 2 zákona nespadá. Zákon tedy předložení Smlouvy o prodeji dříví nepředepisuje a tuto smlouvy nepožadoval ani zadavatel, proto nelze vykládat, že nabídky uchazečů byly v tomto smyslu neúplné, a tedy že došlo k porušení § 68 odst. 2 zákona.
31. K námitce, že pospaný postup nese znaky porušení zásady transparentnosti pak uvádím, že zadavatel dostatečně jasně deklaroval svou vůli neuzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s tím, kdo odmítne uzavřít smlouvu na prodej dříví, přičemž tato informace byla známá všem uchazečům o zakázku rovně a transparentně. Navrhovatelem zmiňovaná možnost dalšího obchodního jednání nad uzavřením této smlouvy je v tomto světle spekulativní, a tedy bezpředmětná. Současně je třeba

zdůraznit, že jakákoli dodatečná změna skutečností, které byly předmětem hodnocení nabídek (tedy i cena nabízená za prodej dříví) by znamenala zásadní porušení zadávacích podmínek. Uzavírám tedy, že námitka navrhovatele je v tomto bodě nedůvodná.

K vymezení předmětu veřejné zakázky a namítaným procesním pochybením

32. V otázce vymezení předmětu veřejné zakázky především poukazuji na to, že Úřad při rozhodování ve správním řízení je veden v rámci svého diskrečního oprávnění správním uvážením, kdy rovněž posuzuje a hodnotí důsledky případného porušení zákona zadavatelem. Správní uvážení představuje významný institut správního práva, který v sobě propojuje rovinu právní a faktickou, rovinu abstraktních úvah a rovinu konkrétní rozhodovací činnosti. Podstatu správního uvážení lze spatřovat v tom, že se vznikem nebo existencí určitých podmínek nespojuje příslušné ustanovení právního předpisu nutnost nastoupení jediného možného právního následku, ale ponechává subjektu vykonávajícímu veřejnou správu určitý prostor pro formulaci vlastního řešení – rozhodnutí. Veřejná správa, regulující, chránící a sloužící ve velmi rozsáhlém okruhu společenských vztahů, nemůže vystačit pouze s písemnou právní úpravou, neboť ta nikdy nemohou předvídat, obsáhnout a řešit všechny různorodé situace a problémy, které v okruhu spravovaných záležitostí mohou nastat, a proto zde musí zůstat prostor pro interpretaci v rámci správního uvážení, bez které by byla aplikace zobecněných právních norem na konkrétní situace a případy nemyslitelná. Odpověď na otázku, zda v daném případě porušení zákona ovlivnilo, mohlo ovlivnit či neovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, je pouze v rukou rozhodovacího orgánu, tedy Úřadu, který věc posuzuje z hlediska svého vlastního správního uvážení v kontextu s veškerými okolnostmi daného případu.
33. Ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci pak Úřad v rámci svého správního uvážení dospěl k závěru, že nebylo v moci zadavatele stanovit rozsah předmětu veřejné zakázky v době jejího zadávání zcela přesně tak, jak tomu bude ve skutečnosti. S přihlédnutím k velmi specifickému charakteru veřejné zakázky a rovněž značnému množství obdobných veřejných zakázek zadávaných v jediném období, však zadavatel zadal předmět veřejné zakázky v rámci svých možností s dostatečnou přesností tak, aby uchazeči mohli v plném rozsahu zpracovat své nabídky. Považuji proto závěr Úřadu ohledně toho, že zadavatel neporušil zákon při vymezení předmětu veřejné zakázky, za správný. Tento závěr dovodil Úřad v rámci aplikace správního uvážení a správně uzavřel, že předmět veřejné zakázky byl vymezen v souladu se zákonem. Otevřen zůstal prostor pro uchazeče, respektive pro jejich management, aby do zpracování svých nabídek promítli své zkušenosti.
34. V této souvislosti dále uvádím, že zadavatel v zadávací dokumentaci definoval, co se rozumí pěstebními a těžebními činnostmi. Příloha č. 2 zadávací dokumentace obsahuje detailní souhrn pěstebních činností a těžebních činností, které jsou specifikovány jak co do přesného popisu jejich činností, tak i do jejich rozsahu. U každé konkrétní požadované činnosti je jednoznačně stanoven počet měrných jednotek, které zadavatel v rámci předmětu veřejné zakázky požaduje splnit. Místo plnění předmětů veřejných zakázek je vždy specifikováno číselným označením SÚJ, a to včetně mapových podkladů. Uchazeči tedy měli jednoznačné a přesné informace o místě plnění veřejné zakázky. Zadavatel v čl. VII odst. 1 Smlouvy o poskytování lesnických činností stanovil, že rozsah pěstebních činností stanovených v Pěstebním projektu pro první

kalendářní rok plnění a poměr technologií stanovených v Těžebním projektu pro první kalendářní rok plnění se nesmí podstatným způsobem odlišovat od odpovídajícího rozsahu pěstebních činností a poměru technologií stanovených v sumářích, které byly součástí zadávací dokumentace. Jak vyplynulo z čl. VII odst. 1 Smlouvy o poskytování lesnických činností, rozsah předmětů veřejných zakázek je detailně uvedený v sumářích v zadávací dokumentaci.

35. Uchazeči byli dále srozuměni s tím, že zadavatel nezná přesný rozsah prací na tzv. fiktivních porostech, na rozdíl od řádných těžebních prací, které naopak zadavatel přesně a detailně specifikoval. Dovození tedy, že jistou neurčitost lze spatřovat v rozsahu těžebních prací na fiktivních porostech. Z předložené dokumentace je však zřejmé, že ceny za provedení těžebních prací ve „fiktivním porostu“ nejsou předmětem hodnocení nabídek. Cena za provedení těchto případných prací bude vycházet z odpovídajících jednotkových cen vybraného uchazeče za provedení příslušných těžebních prací v té SÚJ, v jaké se bude „fiktivní porost“ nacházet. Z předložené dokumentace nevyplývá, že by zadavatel v době zadání veřejné zakázky znal přesnější rozsah poptávaných služeb, a tedy že by záměrně nestanovil jejich patřičný rozsah, přestože by těmito informacemi v okamžiku zadávání disponoval.
36. Vzhledem k výše uvedenému a především pak vzhledem k výše vyloženému diskrečnímu oprávnění Úřadu a zásadě volného hodnocení důkazů se rovněž ztotožňuji s postupem Úřadu, který vydal napadené rozhodnutí na základě důkazů shromážděných v rámci správního řízení, neboť již z těchto dokladů bylo možno zjistit skutkový stav, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, v rozsahu nezbytném pro řádné a zákonné rozhodnutí ve věci. V souladu s názorem Úřadu proto nepovažuji za nezbytné pro řádné a úplné zjištění skutkového stavu věci pořízení dalších důkazů svědeckou výpovědí a znaleckým posudkem, jak navrhuje navrhovatel, a v tomto smyslu v plné míře odkazují na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ztotožňuji se rovněž se závěry Úřadu vyslovenými ve vztahu k právnímu hodnocení důkazu – přepisu publicistického pořadu Události komentáře ze dne 15.10.2007 a opakuji, že v rámci tohoto důkazu byly vysloveny pouze subjektivní názory fyzických osob, které nelze považovat za objektivní a průkazné skutečnosti, které by mohly tvořit podklad rozhodnutí Úřadu.
37. K námitce procesního pochybení Úřadu, který odepřel navrhovateli nahlédnout do části správního spisu obsahující specifikace cenových nabídek a doplnění a zdůvodnění cenových nabídek uvádím, že Úřad je dle § 122 odst. 2 zákona povinen učinit opatření, aby nebylo porušeno obchodní tajemství, které se dozví v rámci správního řízení. Úřad tak při zamítnutí žádosti navrhovatele nahlédnout do předmětné části spisu správně vycházel ze stanoviska vybraného uchazeče ze dne 24.4.2008, podle kterého je obchodním tajemstvím vybraného uchazeče celá jeho nabídka, vyjma části týkající se splnění kvalifikace. Současně je třeba připomenout, že námitky a návrh navrhovatele směřují proti zadávacím podmínkám a obsah nabídky vybraného uchazeče s kalkulací nabídkové ceny je tak pro posouzení předmětu správního řízení irelevantní, když s formulací zadávacích podmínek nemá žádnou přímou souvislost. Navrhovatelem požadovaná část nabídky vybraného uchazeče tak nebyla podkladem pro rozhodnutí, a proto i z tohoto důvodu byl požadavek navrhovatele na provedení nahlížení do této části spisu neoprávněný. Námitka procesního pochybení na straně Úřadu, který tomuto požadavku navrhovatele nevyhověl, je tak bezdůvodná.

K požadavku zadavatele na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce a prokázání subdodavatelského vztahu

38. Jsem toho názoru, že skutečnost, že zadavatel si v rámci dalších požadavků, týkajících se veřejné zakázky vyhradil, že uchazeči jsou povinni v nabídce doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) a zařadil tuto podmínku pod § 44 odst. 8 zákona, ačkoliv správně měl být tento požadavek podřazen mezi technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona, nemá žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu. Proto i v tomto směru nedošlo na straně zadavatele k porušení zákona. K námitce proti požadavku na doložení subdodavatelské smlouvy a doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů a licenci dodávám dále následující.
39. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona mj. stanoví, že zadávací dokumentací se rozumí soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Z ustanovení § 44 odst. 3 písm. e) zákona vyplývá, že zadávací dokumentace musí mj. obsahovat podmínky a požadavky zadavatele na zpracování nabídky. Podle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech, obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Z toho vyplývá, že zadavatel musí nebo minimálně může v zadávací dokumentaci uvést další podmínky a požadavky na zpracování nabídky, které se týkají nebo které souvisejí se zadávaným předmětem.
40. Pokud si zadavatel vyhradil v rámci „jiných požadavků“, že budou-li uchazeči realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatelů, mají povinnost doložit v nabídce oboustranně podepsanou smlouvu mezi uchazečem a subdodavatelem o způsobu jeho podílu na realizaci veřejné zakázky, nespátřuji v tomto rozpor se zákonem. Naopak tuto variantu připouští ustanovení § 44 odst. 6 zákona, podle něhož je přípustné, aby uchazeč zadal část, resp. části veřejné zakázky, jež mu byla zadána, třetí osobě. V takovém případě jsou odpovídající části veřejné zakázky řešeny prostřednictvím subdodávek. Informace o plánovaném subdodavatelském řešení veřejné zakázky může mít pro zadavatele význam, a to zvláště tehdy, mají-li být činnostmi třetích osob plněny podstatné části zakázky. Identifikace subdodavatelů písemným potvrzením ve formě dohody uzavřené mezi uchazečem a subdodavatelem je tedy zcela v souladu se zákonem.
41. Lze souhlasit s tvrzením, že jde proti smyslu subdodavatelského vztahu (který se pochopitelně bude realizovat pouze za předpokladu, že daný uchazeč veřejnou zakázku v soutěži získá), aby ještě před tím, než bude vítězství navrhovatele zajištěno, mezi navrhovatelem a subdodavatelem vznikl závazek o provedení příslušné části díla. Takto rozsáhlá smlouva by zcela jistě představovala pro uchazeče neúměrnou časovou i finanční zátěž, jak uvádí navrhovatel. Přesto však smlouva mezi uchazečem a subdodavatelem nemusí mít výše zmíněný písemný charakter, tj. nemusí se jednat přímo o samotnou smlouvu o dílo, jejímž předmětem budou konkrétní lesnické činnosti, ale postačí, jedná-li se např. jen o smlouvu o smlouvě budoucí či pouhé stvrzení subdodavatele, že je o svém postavení srozuměn a dává uchazeči souhlas k tomu, aby jej jako subdodavatele (kterým není prokazována kvalifikace) do své nabídky uvedl. Takový požadavek pak nelze označit za disproportionální (jak namítá navrhovatel) a jeho srovnání s přesností vymezení rozsahu plnění veřejné zakázky postrádá smysl, neboť se

jedná o dvě naprosto nesourodé kategorie, které jsou ovlivněny a formovány zcela odlišnými skutečnostmi.

42. Pokud by Úřad přijal výklad zákona, ke kterému směřuje navrhovatel v podaném rozkladu, znamenalo by to, že uchazeč, který hodlá plnit předmět veřejné zakázky nebo jeho část pomocí subdodavatelů (v případě, že se nejedná o prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele podle § 51 odst. 4 zákona), uvede v nabídce naprosto nezávazně identifikační údaje subdodavatelů, kteří však pro případ uchazečova vítězství nebudou zavázáni dostát svým povinnostem a příslušnou část plnění předmětu veřejné zakázky řádně a včas poskytnout. Může tak docházet jednak k uvádění fiktivních subdodavatelů, jednak k záměrnému uvádění subdodavatelů bez jejich vědomí, a to dokonce s úmyslem dosáhnout jejich vyloučení podle § 69 odst. 3 zákona v případě, kdy i oni sami podají nabídku (podle § 69 odst. 2 zákona nesmí být dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení).
43. Přestože v daném případě žádná z uvedených situací nenastala, uvádím, že se z pohledu dohledové a rozhodovací činnosti Úřadu nejedná o hypotetické případy. V tomto ohledu vnímám podobně jako Úřad potřebu veřejných zadavatelů shora popsaným situacím předcházet. Pokud ostatní veřejní zadavatelé postupují obdobným způsobem, jako to v přezkoumávaném případě učinil zadavatel (tj. požadavkem na předložení smlouvy, na kterou nekladou žádné zvláštní požadavky, a tudíž se může jednat o jakékoli i neformální vyjádření shodné vůle uchazeče a subdodavatele ke spolupráci), rozhodně nelze zadavatelé vytýkat rozpor se zákonem.

Ke stanovení hodnotícího kritéria

44. V otázce stanovení hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny taktéž dávám za pravdu Úřadu a ztotožňuji se s argumentací obsaženou v napadeném rozhodnutí. Vzhledem ke specifčnosti obsahu předmětné veřejné zakázky nebylo možné z ekonomického a funkčního hlediska vzájemně oddělit vlastní plnění předmětu veřejné zakázky (které spočívalo v provedení pěstebních činností, dodávce sadebního materiálu a provedení těžebních činností) od prodeje dříví zadavatele příslušnému uchazeči. Záměrem zadavatele bylo zjištění vlastní výhodnosti nabídek, která nemůže být v daném případě zjištěna jinak, než rozdílem mezi souhrnem ceny zadavatelem požadovaných služeb a ziskem z prodeje dříví příslušnému uchazeči. K námitce navrhovatele ohledně možnosti zvolení hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky namísto kritéria nejnižší nabídkové ceny plně odkazuji na odůvodnění obsažené na straně 19 čtvrtý odstavec napadeného rozhodnutí, v němž se Úřad dostatečně zaobíral právě touto otázkou.
45. S ohledem na obsah zadávací dokumentace i obsahy jednotlivých nabídek konstatuji, že dodavatelé měli jasnou představu, jak mají připravit nabídku, která by vyhověla zadávacím podmínkám. Zadavatel stanovil požadavek na zpracování nabídkové ceny v širším smyslu, tzn. s odkupem dříví, neboť z ekonomického hlediska nebylo možné cenu služeb a cenu dříví vytěženého na konkrétní smluvní jednotce oddělit. Takto konstruovaná nabídková cena, tzn. rozdíl ceny služeb a ceny dříví, určovala výhodnost nabídky a odpovídala charakteru veřejné zakázky. Kdyby zadavatel nezahrnul cenu dříví do celkové nabídkové ceny a hodnotil pouze cenu služeb bez prodeje dřeva, mohlo by dojít k deformaci výsledku výběrového řízení a tímto postupem by mohlo dojít k tomu, že by byla vybrána nabídka, která by zadavateli nezaručila co nejmenší výdej

jeho finančních prostředků (za splnění jím požadovaných služeb) a zároveň co nejvyšší příjem (z prodeje dříví). Vzorec, který zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci, odpovídal charakteru veřejné zakázky a potencionální dodavatele informoval zcela jasně o tom, jakým způsobem bude zadavatel hodnotit nabídky. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem tedy uzavírám, že zadavatel ani při stanovení základního hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny nepostupoval v rozporu se zákonem.

V. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
47. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Lesy České republiky, s. p., se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové
2. Mgr. Jan Petřík, advokát se sídlem AK Brzobohatý Brož & Honsa, v. o. s., Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Lucie Brejchová Faridová, advokátka se sídlem AK Poděbradská 4, 290 01 Písková Lhota
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce