



UOHSX0013K0A

Č. j. S298/2008/VZ--900/2009/510/IFa

V Brně dne 21. ledna 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 3.11.2008 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ: 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem,
- vybraný uchazeč – společnost UNILES, a. s., IČ 47307706, se sídlem Jiříkovská 832/16, 408 01 Rumburk, za niž jednájí Karel Schäfer, předseda představenstva a Jiří Sýkora, místopředseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „JŘBU\_kalamita\_„lokalita P“, SÚJ 24901“, zadávané výzvou ze dne 25.4.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **rozhodl takto:**

#### I.

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p. – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když uzavřel Smlouvu o provedení činností č. 249/008/2008 ze dne 7.5.2008 s vybraným uchazečem UNILES, a. s., na veřejnou zakázku „JŘBU\_kalamita\_„lokalita P“, SÚJ 24901“, na základě výsledků jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) cit. zákona o veřejných zakázkách, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, čímž nedodržel postup podle § 21 odst. 2 téhož zákona a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

## II.

Zadavateli – Lesy České republiky, s. p. – se za zjištěný správní delikt uvedený v bodě I. **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 9 000,- Kč (devět tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2980850001.

### Odůvodnění

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem (dále jen „zadavatel“), zadal veřejnou zakázku „JŘBU\_kalamita\_„lokalita P“, SÚJ 24901“ výzvou ze dne 25.4.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“).

Vzhledem k tomu, že Úřad po přezkoumání předložené dokumentace získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. S298/2008/VZ-21803/2008/2008/510/IF ze dne 29.10.2008 zahájení správního řízení z moci úřední. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad zadavatele seznámil s předběžnými výsledky šetření, zejména s pochybnostmi, zda byly splněny všechny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Přílohou oznámení bylo usnesení č.j. S298/2008/VZ-21812/2008/510/IF ze dne 29.10.2008, kterým Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Ve lhůtě pro podání nabídek stanovené ve výzvě ze dne 25.4.2008 zadavatel obdržel nabídky 3 uchazečů. V rámci prvního jednání hodnotící komise proběhlo otevírání obálek s nabídkami. Hodnotící komise shledala všechny nabídky jako úplné podle ust. § 71 odst. 8 zákona a žádnou z nich nevyřadila.

Ze zápisu z hodnocení nabídek v jednacím řízení bez uveřejnění vyplývá, že hodnotící komise vybrala na základě hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena jako nejvhodnější nabídku uchazeče UNILES, a. s., IČ 47307706, se sídlem Jiříkovská 832/16, 408 01 Rumburk, za niž jednájí Karel Schäfer, předseda představenstva a Jiří Sýkora, místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

Zadavatel rozhodl na základě doporučení hodnotící komise, že nejvhodnější nabídku předložil vybraný uchazeč.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel – Lesy České republiky, s. p.,
- vybraný uchazeč – UNILES, a. s.

Dne 3.11.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno oběma účastníkům řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

Zadavatel se ke správnímu řízení vyjádřil dopisem ze dne 11.11.2008, který Úřad obdržel dne 18.11.2008. Zadavatel považuje za vhodné shrnout nejpodstatnější skutečnosti, které jej opravňovaly dle jeho názoru zadat likvidaci následků větrné kalamity Emma na předmětné SÚJ prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění. V rámci tzv. střednědobé zakázky, jejímž předmětem je realizace lesnických činností na předmětné SÚJ v období od 1.1.2008 do 31.12.2010, byl v projektech stanoven objem úmyslných těžeb v roce 2008 na 13 233 m<sup>3</sup> a nahodilých těžeb na 1 588 m<sup>3</sup>. Pro první kalendářní rok trvání smlouvy se zadavatel zavázal, že rozsah těžebních činností v projektu se nesmí podstatným způsobem odlišovat od odpovídajícího rozsahu těžebních činností stanovených v Sumářích, které byly součástí zadávací dokumentace pro zadávací řízení, tj. rozsah těžebních činností uvedený v projektu bude odpovídat 1/3 celkového tříletého objemu těžebních činností.

Smlouva o provádění lesnických činností včetně smluv souvisejících, na jejichž základě je realizována předmětná střednědobá zakázka, umožňuje zadavateli v případě kalamity jednostranně změnit projekty. Pokud by změna projektu v případě těžebních činností představovala nárůst o více než 20 % celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním Projektu, má smluvní partner právo od smlouvy odstoupit. Odstoupením smluvní vztah zaniká a zadavatel je nucen zajistit provádění potřebných lesnických činností na dotčené SÚJ jiným způsobem. Na SÚJ 24901 bylo v rámci JŘBU zadáno zpracování nahodilé těžby v rozsahu 2 080 m<sup>3</sup>, z nichž nakonec bylo realizováno pouze 1 075 m<sup>3</sup>. Stávající smluvní partner zpracoval na dané SÚJ v rámci střednědobé zakázky do měsíce srpna 2008 nahodilou těžbu v objemu 1 765 m<sup>3</sup>, v měsíci září pak zpracoval další nahodilou těžbu v celkovém objemu 2 128 m<sup>3</sup>, čímž výrazně přesáhl objem nahodilé těžby stanovené v projektech. Zadavatel předpokládá, že do konce roku zpracuje stávající smluvní partner ještě další nahodilou těžbu, čímž se celkový objem ještě zvýší.

Z uvedeného je zřejmé, že nahodilá těžba, jejíž zpracování bylo předmětem veřejné zakázky zadané v JŘBU přesahovala rámec střednědobé zakázky, resp. stávající smluvní partner zpracoval a zpracovává nahodilou těžbu v objemu překračujícím rozsah stanovený smlouvou a projekty (tzv. předmět střednědobé zakázky v části nahodilá těžba, resp. jeho roční etát, byl smluvním partnerem řádně splněn.) Pro úplnost zadavatel dodává, že zpracování nahodilé těžby v objemu 1 075 m<sup>3</sup>, resp. 2 080 m<sup>3</sup>, je z hlediska hodnoty zakázkou malého rozsahu. Zadavatel tedy mohl zadat její zpracování, aniž byl povinen dodržet některý z postupů stanovených zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel se přesto rozhodl dodržovat při zadávání veřejných zakázek na likvidaci následků větrné kalamity Emma jednotný postup a zadal proto i tuto zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.

Vybraný uchazeč se ve stanovené lhůtě ani později ke správnímu řízení nevyjádřil.

Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace a stanoviska předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že se zadavatel při zadání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **Závěry Úřadu k problematice použití JŘBU při odstraňování kalamitního dříví**

Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízení s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění.

Podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže je veřejnou zakázku nezbytné 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.

Z uvedeného ustanovení vyplývá, že zadavatel je oprávněn využít jednacím řízení bez uveřejnění pouze při kumulativním splnění všech taxativně uvedených důvodů, a to:

1. existence krajně naléhavého případu – je třeba vycházet z předpokladu, že se musí objektivně jednat o případ, který má nejen atribut naléhavosti, ale tato naléhavost dosahuje značné intenzity a zadávání veřejné zakázky v jiném zadávacím řízení není z časových důvodů možné,
2. jednání zadavatele nebylo příčinou vzniku krajně naléhavého případu, tzn. zadavatel se nesmí na vzniku konkrétní situace podílet,
3. krajně naléhavý případ nemohl zadavatel předvídat, tzn. zadavatel nebyl objektivně schopen předvídat vznik krajně naléhavého stavu,
4. z časových důvodů není možné použít jiný druh zadávacího řízení.

Zadavatel vyzval tři dodavatele výzvou ze dne 25.4.2008 k jednání ve veřejné zakázce „JŘBU\_kalamita\_„, lokalita P“, SÚJ 24901“ v jednacím řízení bez uveřejnění.

- V odůvodnění pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvedl zadavatel následující:
- trvající ohrožení života a zdraví návštěvníků lesa v důsledku větrné kalamity, v lese se vyskytují stromy zcela nebo částečně vyvrácené a stromy zlomené či nalomené v dolní nebo horní polovině kmene, dále stromy nakloněné a zavěšené v korunách jiných stromů atd.,
  - zamezení vzniku hospodářských a ekonomických škod a ztrát zadavatele, pokud se vyvrácené stromy a polomy nevytěží, kvalita dříví výrazně poklesne či se dřevní hmota zcela znehodnotí,
  - hrozba ekologické katastrofy, v případě že nedojde k včasnému zpracování dřevní hmoty a za trvajícího příznivého počasí pro vývoj kůrovců hrozí brzké napadení kalamitou poškozených stromů kůrovci a následně jejich rozšíření do okolních zdravých lesních porostů,
  - zabránění dalším významným hospodářským škodám dle ust. § 4 vyhlášky Mze č. 101/1996 Sb. gradací kůrovců zpracováním kalamitního dříví,
  - maximální ochrana lesa, dodržení ust. § 33 zákona č. 289/1995 Sb.,

- hrozba sankce ze strany státní správy lesa v případě nezpracování kalamity ve lhůtách stanovených zákonem o lesích,
- využití výhodných klimatických podmínek ve snaze minimalizovat riziko poškození lesa v období a podmínkách nevhodných pro zpracování nahodilých těžeb.

Předmětem plnění bylo zpracování kalamitního dříví a případné provedení s tím spojených opatření nutných k ochraně lesa proti kůrovci a dále prodej takto zpracovaného dříví zájemci.

Hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena, která byla tvořena součtem jednotlivých dílčích nabídkových cen.

Dílčí nabídkové ceny jsou:

- cena pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy (v Kč bez DPH) =  $C_{pč}$
- cena těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy (v Kč bez DPH) =  $C_{tč}$
- cena sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy (v Kč bez DPH) =  $C_{sm}$
- cena dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy (v Kč bez DPH) =  $C_{pd}$

$NC_{celkem} = C_{pč} + C_{tč} + C_{sm} - C_{pd}$

Uchazeči měli stanovit dílčí nabídkové ceny za každou z výše uvedených součástí předmětu veřejné zakázky (těžební činnost, pěstební činnost, dodávka sadebního materiálu) a dříví na lokalitě P, vynásobením navrhované ceny u jednotlivých položek ceníku příslušným objemem uvedeným v každé položce odpovídajícího sumáře tvořícího přílohu č. 2 zadávací dokumentace. Uchazeči měli povinnost vyplnit veškeré relevantní položky jednotlivých ceníků. Nesplnění této povinnosti je důvodem k vyřazení nabídky ze zadávacího řízení. Položkový rozpočet je pro uchazeče závazný po celou dobu realizace veřejné zakázky.

Zadavatel v rámci „střednědobých tendrů“, to znamená veřejných zakázek, které byly zadány v otevřených řízeních, vyhlášených v srpnu roku 2007, uzavřel smlouvy na lesnické práce s dobou plnění předmětu veřejné zakázky tři roky (2008-2010), v nichž byla uvedena možnost nahodilých těžeb v důsledku živelných událostí.

Na předmětné jednotce uzavřel zadavatel dne 7.1.2008 Smlouvu o provádění lesnických činností č. 249/001/2008 (dále jen „Smlouva“) se společností Lesy Pelhřimov, a. s., V části II. – PROVEDENÍ LESNICKÝCH ČINNOSTÍ je v článku VII. Projekty uvedeno:

3. Lesy ČR jsou oprávněny provádět jednostranně v nezbytně nutném rozsahu, změny Projektů, a to zejména v případě:

a) živelných událostí, klimatických vlivů (sucho, dlouhodobé deště apod.), nepředvídatelných škodných událostí způsobených biotickými a abiotickými činiteli ve smyslu § 32 a 33 odst. 1 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, vydání soudního nebo správního rozhodnutí, případně oznámení záměru o vyhlášení chráněného území přírody, kterými je činnost Lesů ČR omezena nebo znemožněna,

b) dojde-li ke schválení nového LHP či jeho změně, nebo

c) dojde-li ke změně vlastnictví v Projektu dotčených porostech.

4. Jestliže **Smluvní partner nebude souhlasit se změnami Projektů** provedenými podle odstavce 3 a tyto změny budou představovat nárůst o více než 20 % ročního finančního objemu v případě pěstebních činností stanovených v původním Projektu nebo v případě

**těžebních činností nárůst o více než 20 % celkového objemu roční těžby v metrech krychlových** stanoveného v původním Projektu, je kterákoliv smluvní strana oprávněna od této Smlouvy odstoupit, a to nejpozději ve lhůtě 14 dnů od oznámení změny Projektu. Pokud Smluvní partner od Smlouvy takto neodstoupí, má se za to, že se změnou Projektu vyjádřil souhlas a že došlo k dohodě o jejím obsahu.

Z předložených podkladů Úřad zjistil, že zadavatel citovanými ustanoveními Smlouvy charakterizoval nahodilou těžbu jako tzv. „fiktivní porost“, kterým se rozumí lesnický porost, na kterém budou prováděny mimořádné těžební práce, jejichž případnou potřebu, rozsah, ani umístění zadavatel v okamžiku zadávání veřejné zakázky nezná, ani znát nemůže, neboť se jedná o nepředvídatelné, nepředpokládané těžební práce, jejichž případná potřeba se vyskytne teprve až v průběhu plnění veřejné zakázky. Cena za provedení těžebních prací při odstraňování následků kalamity bude vycházet z odpovídajících jednotkových cen vybraného uchazeče za provedení příslušných těžebních prací v té SÚJ, v jaké se bude „fiktivní porost“ nacházet.

Z výše uvedených skutečností vyplývá, že uchazeči byli před podáním nabídek na střednědobé veřejné zakázky seznámeni s tím, že předmětem veřejné zakázky vedle přesně stanoveného rozsahu pěstebních a těžebních činností (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv), může být i změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky stanoveného v sumářích v zadávací dokumentaci, zejména 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. Uchazeči byli před podáním nabídek 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, které zadavatel v zadávací dokumentaci (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv) specifikoval. To znamená, že vybraný uchazeč garantoval zadavateli, že zpracuje případnou nahodilou těžbu, a to za jednotkové ceny, kterou uvedl ve své nabídce.

S ohledem na předmět veřejné zakázky a na dobu jejího trvání lze připustit možnost stanovení rozsahu předmětných veřejných zakázek tak, že může dojít k úpravě těžebních a pěstebních projektů v nezbytných případech z důvodu neočekávané přírodní kalamity, na kterou bude nutné okamžitě reagovat, právě změnou těžebního případně pěstebního projektu. Bylo tedy na uchazečích, jakým způsobem zpracují své nabídky. Uchazeči o veřejnou zakázku byli obeznámeni s možností změny těžebního projektu a s oprávněním zadavatele provádět změny těchto projektů jednostranně, v nezbytně nutném rozsahu v případě živelných událostí. Dodavatelé tedy měli možnost pokračovat v provádění těžebních činností, přičemž přednost by měly činnosti k odstranění kalamity, avšak tyto činnosti by byly prováděny za jednotkové ceny uvedené v jednotlivých nabídkách. Ve smlouvě je jasně uvedeno, že kterákoliv smluvní strana je oprávněna od této smlouvy odstoupit ve lhůtě do 14 dnů od oznámení změny projektu, pokud dojde k nárůstu těžebních činností o více než 20 %. Pokud smluvní partner od smlouvy takto neodstoupí, má se za to, že se změnou projektu vyjádřil souhlas a že došlo k dohodě o jejím obsahu.

Ve smlouvě o provádění těžebních činností č. D-2/249/001/2008 ze dne 7.1.2008 je v článku V. Práva a povinnosti Smluvního partnera v bodě 3. písm. a) uvedeno: Smluvní

partner je dále povinen: „zpracovávat přednostně před ostatními těžbami nahodilé těžby, zejména kůrovcové a kůrovcem ohrožené dříví, ve lhůtách stanovených Lesy ČR a v souladu s § 32 odst. 1 písm. b) a § 33 odst. 1 věty první Lesního zákona a s prováděcími předpisy k Lesnímu zákonu, a dále v souladu s přílohou Z4 Základní smlouvy.“ Z citovaného ustanovení výše specifikované smlouvy o provádění těžebních činností vyplývá, že smluvní partner byl smlouvou zavázán odstranit kalamitní těžbu vždy přednostně před ostatními těžbami. Nebylo tedy nezbytné, aby zadavatel zadal těžební práce na odstranění následků větrné kalamity Emma v jednacím řízení bez uveřejnění, když měl k dispozici smlouvu, jejímž obsahem byl smluvní partner vázán, a ve které se zavázal provést těžební činnosti, a to až do výše 20 % ročního nárůstu těžebních činností a současně smlouva upřednostňovala zpracování kalamitní těžby před ostatními těžebními činnostmi.

Úřad obdržel od zadavatele zápis z jednání k řešení situace s kalamitou Emma na SÚJ 24901 ze dne 21.4.2008. V bodě 3. je uvedeno, že zadavatel se dohodl se smluvním partnerem, že zpracuje nahodilou těžbu za podmínek stanovených smlouvou o provádění lesnických činností vzniklou na SÚJ č. 24901.

Smluvní partner prohlašuje, že není v jeho možnostech za podmínek stanovených Smlouvou o provádění lesnických činností č. 249/001/2008 zpracovat kalamitu v rozsahu větším, než jaký je uvedený výše. Smluvní partner souhlasí s tím, že bude pro zpracování nahodilé těžby na výše uvedené SÚJ vyhlášeno jednacím řízení bez uveřejnění s oslovením smluvního partnera a dalších dvou uchazečů.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 11.11.2008 uvedl následující rozbor nahodilé těžby jako následku větrné kalamity Emma na předmětné smluvní jednotce č. 24901:

- projektovaná roční těžba celkem na SÚJ na rok 2008 činí 13 233 m<sup>3</sup>
- projektovaná nahodilá těžba v předaných projektech činila 1 588 m<sup>3</sup>
- objem nahodilé těžby zadané v jednacím řízení bez uveřejnění 2 080 m<sup>3</sup>.

K výše uvedenému Úřad uvádí, že zadavatel nevyužil výše uvedených oprávnění, které vyplývaly z uzavřených smluv č. 249/001/2008 ze dne 7.1.2008 a D-2/249/001/2008 ze dne 7.1.2008. Výsledkem zápisu z jednání k řešení situace s kalamitou Emma na SÚJ 24901 ze dne 21.4.2008, který je de facto dodatkem ke smlouvě, kterým zadavatel zbavil smluvního partnera závazku postupovat podle uzavřené smlouvy č. 249/001/2008 ze dne 7.1.2008, a tudíž byl nucen zadat těžební činnosti v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť smluvní partner prohlásil, že za podmínek stanovených Smlouvou o provádění lesnických činností nebude zpracovávat kalamitu v plném rozsahu. Zadavatel svým jednáním umožnil smluvnímu partnerovi vyvázat se z povinností vyplývajících ze smlouvy. Skutečnost, že se smluvní partner zúčastnil jednacím řízení bez uveřejnění nesvědčí o tom, že by neměl kapacity na zpracování následků větrné kalamity Emma, ale nasvědčuje tomu, že smluvní partner odmítl zpracovat kalamitní dříví z důvodů ekonomických. Ekonomické důvody nenaplňují podmínku, tak jak ji stanovil zákonodárce v ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Přestože Úřad nepochybně nutnost provedení naléhavých těžebních činností k odstranění kalamitního dříví, bylo to právě jednání zadavatele, které způsobilo krajně naléhavou situaci, když umožnil smluvnímu partnerovi vyvázat se z povinností uvedených ve smlouvě. Zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když zadal těžební činnosti, které vznikly jako následek větrné kalamity Emma v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť se na vzniku krajně naléhavé situace sám podílel akceptací závěrů

uvedených ve výše citovaném zápisu z jednání k řešení situace s kalamitou Emma na SÚJ 24901, přestože mu uzavřená Smlouva umožňovala provést změny v těžebním projektu. Kalamitní těžba způsobená vichřicí Emma představovala nahodilou těžbu ve výši 2 080 m<sup>3</sup>, což znamená cca 14 % z celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním projektu, a tudíž zadavatel mohl vybranému uchazeči kalamitní těžbu v tomto rozsahu zadat. Vzhledem k tomu, že Smlouva umožňovala zadavateli změnit jednostranně těžební projekt v nezbytně nutném rozsahu, a to v případě, že nárůst těžebních činností bude o více než 20 % celkového objemu roční těžby v metrech krychlových, je zřejmé, že veřejnou zakázku nebylo nutné zadat v krajně naléhavém případě, neboť smluvní partner měl závazek vyplývající ze Smlouvy na provádění lesnických činností i v případě živelné události.

Nelze souhlasit se zadavatelem, že je dostatečným oprávněním zadavatele pro použití JŘBU, když smluvní partner prohlásí, že část kalamitního dříví není schopen za podmínek stávající Smlouvy (tzn. za jednotkové ceny uvedené v nabídce ve „střednědobém tendru“) zpracovat. O tom, že toto prohlášení bylo učiněno z ekonomických důvodů svědčí skutečnost, že na jedné straně smluvní partner deklaruje, že není za stávajících podmínek schopen zpracovat kalamitní dříví za jednotkovou cenu, kterou sám nabídl ve své nabídce na veřejnou zakázku v rámci tzv. „střednědobého tendru“, avšak na druhé straně, poté co ho zadavatel vyzval v jednacím řízení bez uveřejnění k podání nabídky na zpracování kalamitního dříví, soutěžil o tuto zakázku řádně podanou nabídkou.

V žádném případě se nelze ztotožnit s názorem zadavatele, že bylo nezbytné zohlednit rizika „kalamitního“ plnění spočívající v odlišných cenách, kvalitě dříví, nutností použití odlišných technologií atd., neboť všechny tyto podmínky museli zohlednit právě dodavatelé, kteří připravovali nabídky do „střednědobých tendrů“. Smlouvy, které byly uzavřeny na základě výsledků „střednědobých tendrů“ zahrnovaly i možnost změny projektů zejména z důvodů živelných událostí, klimatických vlivů (sucho, dlouhodobé deště apod.) Z takto definované smlouvy je zřejmé, že obě smluvní strany byly srozuměny s možností změny projektů a s tím spojené těžební, případně pěstební činnosti. Zadavatelem uváděné ekonomické hledisko v případě nuceného odstupování od smluv smluvními partnery je konstrukcí zadavatele, kterou nelze objektivně ověřit. Z dokumentace i stanoviska zadavatele vyplývá, že služby poskytované lesnickými firmami na základě smluv uzavřených v jednacích řízeních bez uveřejnění byly ekonomicky výhodnější právě pro dodavatele, kteří poskytovali zadavateli služby, které spočívaly jak v těžebních tak i pěstebních činnostech při zpracování větrné kalamity Emma. Pokud by nabídky v JŘBU nebyly ekonomicky výhodnější pro smluvní partnery, nebylo by nutné zadávat těžební práce v tomto typu zadávacího řízení.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 23 odst. 4 písm. b) zákona, když použil jednacích řízení bez uveřejnění, aniž splnil podmínky stanovené zákonem, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

### **Uložení pokuty**

- Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,



- b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
- c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
- d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že veřejnou zakázku na služby zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro použití jmenovaného druhu zadávacího řízení byly splněny zákonem vyžadované podmínky. Smyslem a účelem zákona je, aby veřejné prostředky byly vynakládány hospodárně a transparentně, což je zajištěno postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky v tom druhu zadávacího řízení, u kterého jsou splněny zákonné podmínky. V daném případě zadavatel použil pro svůj postup jednacím řízení bez uveřejnění, tedy druh zadávacího řízení, který je oproti ostatním druhům zadávacího řízení zpravidla krajní a výjimečnou možností zadání veřejné zakázky. Zadavatel by měl jednacím řízení bez uveřejnění využívat jen ve zcela specifických případech, jsou-li naplněny zákonné podmínky. V daném případě však zákonné podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení splněny nebyly.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu Úřad uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel použil jednacím řízení bez uveřejnění aniž splnil zákonem stanovené podmínky.

Při stanovení výše pokuty vzal Úřad dále v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem znevýhodnil ty dodavatele, kteří v rámci „střednědobých tendrů“ stanovili cenu reálnou s ohledem na možnost změny těžebních a pěstebních projektů z důvodu živelných událostí a tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to v tom smyslu, že ačkoliv zadavatel měl na základě předchozího otevřeného řízení uzavřenou Smlouvu, na základě které mohl v plném rozsahu realizovat plnění spočívající v provedení těžebních prací za účelem zpracování následků větrné kalamity, podle této smlouvy nepostupoval, a potřebné práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění za méně výhodných podmínek. Je zřejmé, že pokud by zadavatel postupoval v souladu s uzavřenou Smlouvou nebylo by potřeba zadávat předmětnou veřejnou zakázku v rámci jednacím řízení bez uveřejnění.

Před rozhodnutím o uložení pokuty Úřad rovněž posoudil, zda-li je výše uložené pokuty přiměřená ekonomické situaci zadavatele, přičemž neshledal, že by uložená pokuta mohla zásadním způsobem nepříznivě ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost

zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl v rámci šetření podnětu vedeného pod spisovou značkou P349/2008. Ke spáchání správního deliktu došlo podpisem smlouvy o provedení činností (těžebních a ostatních souvisejících činností) č. 249/008/2008 ze dne 7.5.2008 za účelem poskytnutí služeb na odstranění kalamitního dříví s následným prodejem dřeva. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 381 280,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 19 064,- Kč.

V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k okolnostem případu posoudil jako dostačující.

Úřad posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

### **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.

Mgr. Pavel Herman  
ředitel sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

Lesy České republiky, s. p., Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové

UNILES, a. s., Jiříkovská 832/16, 408 01 Rumburk

**Vypraveno dne:** viz otisk razítka na poštovní obálce

