

Č.j.: S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO

V Brně dne 18. dubna 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 29. 10. 2007 na základě návrhu z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Jiřím Novákem, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupený Dr. JUDr. Miroslavem Zámečkou, advokátem, Na Příkopě 23, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel obchodní společnost Opavská lesní a. s., IČ 451 93 177, se sídlem Krajánkova 11/2390, 140 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Jindřich Grosser, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem, se sídlem Jugoslávská 29, 120 00 Praha 2,

ve věci veřejné zakázky na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 12402“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 8. 2007 a následně opraveno dne 10. 8. 2007 pod ev. č. 60009768, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové stanovil jistotu ve výši překračující 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž nedodržel postup stanovený § 67 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., avšak tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a proto **se správním řízení podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., zastavuje.**

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., 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, zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

O d ů v o d n ě n í

Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Jiřím Novákem, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupený Dr. JUDr. Miroslavem Zámeškou, advokátem, Na Příkopě 23, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 8. 2007 a následně opravil dne 10. 8. 2007 pod ev. č. 60009768 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 12402“.

V oznámení zadávacího řízení zadavatel stanovil jako kritérium pro zadání veřejné zakázky nejnižší nabídkovou cenu.

Proti podmínkám zadání podala obchodní společnost Opavská lesní a. s., IČ 451 93 177, se sídlem Krajánkova 11/2390, 140 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Jindřich Grosser, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem, se sídlem Jugoslávská 29, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“) dopisem ze dne 4. 10. 2007 námitky, které zadavatel obdržel dne 5. 10. 2007 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl rozhodnutím ze dne 12. 10. 2007, které navrhovatel obdržel dle dodejky dne 17. 10. 2007. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 29. 10. 2007 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Dnem 29. 10. 2007, kdy Úřad obdržel uvedený návrh, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh rovněž dne 29. 10. 2007.

Obsah podstatných částí návrhu ze dne 29. 10. 2007, dopisů navrhovatele ze dne 26. 11. 2007 a 12. 12. 2007 a stanovisek zadavatele ze dne 2. 11. 2007 a 26. 11. 2007 je uveden níže, vždy v příslušné části tohoto odůvodnění.

Účastníky správního řízení dle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb. jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. S304/2007-21054/2007/510-MO ze dne 13. 11. 2007. Usnesením č. j. S304/2007-21058/2007/510-MO ze dne 13. 11. 2007 Úřad zadavateli a navrhovateli stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit svá stanoviska v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6. 11. 2007 vyplývá, že nabídka předložená navrhovatelem, která splňuje všechny zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, byla hodnotící komisí stanovena jako nejvhodnější a hodnotící komise doporučila zadavateli uzavřít smlouvu s navrhovatelem. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 19. 11. 2007.

Rozhodnutím č. j. S304/2007-21277/2007/510-MO ze dne 15. 11. 2007 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, resp. kterým mělo být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona uloženo pozastavit zadávací řízení.

Ve dnech 5. 12. 2007 a 26. 2. 2008 Úřad umožnil navrhovateli nahlédnout do správního spisu vedeného pod č. j. S304/2007. Právní zástupce zadavatele do správního spisu nahlédl dne 19. 12. 2007.

Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb. případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že ve věci předmětné veřejné zakázky neshledal, že by zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejných zakázek, který by mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto správní řízení zastavil. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K možnosti odmítnutí uzavření smlouvy o prodeji dříví

Argumentace navrhovatele:

Zadavatel v odpovědích ze dne 17. 9. 2007 na dotazy k zadávacímu řízení uvedl, že v případě, kdy vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu o prodeji dříví, bude celý objem dříví realizován zadavatelem. Dle názoru navrhovatele by byl takovýto postup zadavatele jednak v rozporu se zadávacími podmínkami a rovněž v rozporu se zákonem. Tento svůj názor opírá navrhovatel o skutečnost, že i když smlouva o prodeji dříví není součástí zadávacích podmínek k veřejné zakázce, cena za prodej dříví na lokalitě „při pni“ je součástí nabídkové ceny uchazeče a uchazeč je tak vázán jejím dodržením. Uchazeč musí být vázán celým obsahem nabídky po celou dobu běhu zadávací lhůty a zadavatel tak nemůže rezignovat na uzavření smlouvy o prodeji dříví s vybraným uchazečem a na prodej dříví za uchazečem nabídnuté ceny. Uchazeč, který by uzavření smlouvy o prodeji dříví odmítl, by neměl být oprávněn pro zadavatele veřejnou zakázku realizovat.

Zadavatel v rozhodnutí o námitkách v zásadě uznal argumentaci navrhovatele a prohlásil, že pokud uchazeč odmítne uzavřít smlouvu o prodeji dříví, bude po takovém uchazeči požadovat náhradu škody nebo zadavatel nepovolí uchazeči pokračovat v realizaci veřejné zakázky.

Navrhovatel přes výše uvedené trvá na tom, že odpověď zadavatele na dotazy k zadávacím řízení ze dne 17. 9. 2007, uvedená na internetové adrese www.lesycr.cz, byla zavádějící. Z tohoto důvodu navrhovatel žádá, aby Úřad celou záležitost monitoroval a vyžádal si od zadavatele nezbytné informace, a to i v průběhu plnění veřejné zakázky.

Argumentace zadavatele:

Zadavatel uvádí, že pokud uchazeč odmítne uzavřít smlouvu o prodeji dříví, existují pro takový případ relevantní řešení. Zadavatel může postupovat tak, že bude prodej dříví realizovat sám, vlastními silami. V takovém případě bude zadavatel oprávněn po uchazeči požadovat náhradu škody způsobené jeho postupem. Další variantou řešení je, že zadavatel zamezí uchazeči v realizaci veřejné zakázky tím, že veškerá smluvní ujednání s ním zruší.

Závěry Úřadu k možnosti odmítnutí uzavření smlouvy o prodeji dříví:

I přes to, že samotný prodej dříví zadavatelem vybranému dodavateli není vlastním předmětem veřejné zakázky (nejedná se ze strany zadavatele o úplatné poskytnutí dodávek, služeb, resp. stavebních prací), v daném případě s předmětem veřejné zakázky úzce souvisí a má vliv na hodnocení i výběr nejvhodnější nabídky. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že je nepřipustné, aby se vybraný uchazeč svévolně rozhodl, zda se zadavatelem smlouvu o prodeji dříví uzavře, či nikoliv. Úřad 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 smlouvu o prodeji dříví na příslušném SÚJ. Úřad možnost odmítnutí uzavření smlouvy o prodeji dříví vybraným uchazečem považuje za teoretickou, přičemž nemá bližší informaci o tom, že by v daném případě taková situace nastala. 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 v takovém případě „celý objem dříví realizován zadavatelem“.

Úřad konstatuje, že ve sdělení zadavatele, že v případě neuzavření smlouvy na prodej dříví, bude tento prodej provádět sám, nelze spatřovat porušení zákona.

K vymezení předmětu veřejné zakázky

Argumentace navrhovatele:

Ze zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je provedení pěstebních činností a těžebních činností.

Zadávací dokumentace obsahuje definici jak pojmu pěstební činností tak pojmu těžební činností. Nabídková cena uchazeče pak byla stanovena jako součet jednotlivých dílčích nabídkových cen, a sice ceny pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, ceny sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy, ceny těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy a odpočet ceny dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy.

Podkladem pro sestavení nabídkové ceny byla příloha č. 2 zadávací dokumentace (tzv. nabídkový soubor), v níž byly obsaženy objemy a specifikace prováděných služeb a objemy a specifikace prodávaného dříví na lokalitě P. Ani rámcové vymezení předmětu plnění veřejné zakázky obsažené v kap. 1 zadávací dokumentace, ani nabídkový soubor (listy

sumářů) obsažený v příloze č. 2 zadávací dokumentace, neobsahují dostatečnou specifikaci předmětu veřejné zakázky, která by uchazečům umožnila zpracování nabídky, zejména nabídkové ceny, na základě přesné znalosti požadovaného plnění.

Navrhovatel souhlasí s tím, že z předložených informací bylo možné učinit si představu o rozsahu těžební a pěstební činnosti. Z předložených informací však již není zřejmé, jakým způsobem bude nutné pěstební a těžební činnost realizovat. Rovněž umístění těžební i pěstební činnosti kdekoli v rámci konkrétní SÚJ nelze považovat za přesnou specifikaci místa plnění veřejné zakázky. Zadavatelem předložené a uváděné mapové podklady obsahují pouze obecný přehled o předmětné SÚJ, aniž by prováděné pěstební a těžební činnosti v rámci této SÚJ přesněji lokalizovaly. Uchazečům tak nebyl znám přesný charakter území, na kterém budou příslušné služby realizovány, ani přesná technologie, kterou bude nutné při pěstebních a těžebních činnostech použít. Lokální podmínky v rámci jednotlivé SÚJ jsou odlišné a vyžadují použití různých technologických postupů. To znamená i rozdílnou úroveň nákladů.

Při zpracování nabídky nebylo možné stanovit odpovídající náklady výroby a následně pak ani cenu dřeva. Pro výpočet ceny dřeva a prací je nezbytné znát přesné označení místa, kde se mají práce provádět a přesná technologie výroby. Spotřeba práce a výsledná cena jsou totiž ovlivněny následujícími faktory: povrch terénu (balvany, bažina), sklon terénu, roční období, druh těžby, rozptýlenost těžby, možnosti manipulace apod. Obdobně nebylo možné kalkulovat s kvalitou dřeva. Nebyly známe údaje o zastoupení hniloby ani o vzrůstových stupních, které významným způsobem určují výslednou kvalitu dřevní hmoty. Na konkrétní specifikaci místa plnění tedy závisí jak výše nákladů na provádění pěstební a těžební činnosti, tak také možná kvalita dřeva. Informace obsažené v zadávací dokumentaci byly nedostatečné a neumožnily navrhovateli stanovit objektivní nabídkovou cenu. Ta je přitom závazná a neměnná po celou dobu průběhu zadávacího řízení a rovněž po celou dobu platnosti smlouvy uzavřené na základě výsledků zadávacího řízení. Tím dle navrhovatele došlo k porušení § 44 odst. 1 zákona.

Objektivní stanovení nabídkové ceny by bylo možné po předložení pěstebních a těžebních projektů. Předložení těchto projektů však zadavatel odmítl. Skutečnost, že zadavatel odmítl předložit pěstební a těžební projekty, jakožto součást zadávacích podmínek, vedla dále k nerovnému postavení uchazečů. Dosavadní dodavatelé lesnických služeb, kteří provozují činnost na příslušných smluvních územních jednotkách jsou jednak seznámeni s místními podmínkami dotčené SÚJ a mají navíc k dispozici dosavadní konkrétní pěstební a těžební projekty. Tyto projekty obsahují specifické informace ve vztahu k příslušné smluvní územní jednotce a nelze je ze zadávací dokumentace (včetně případné prohlídky terénu) dovodit. Takovými informacemi jsou např. informace o používaných technologiích, u kterých lze předpokládat, že se pro příští období nezmění. V odlišné pozici pak byli dodavatelé, kteří s místními podmínkami dotčené SÚJ seznámeni nebyli.

Nabídky uchazečů vykazují značné, někdy až extrémní rozdíly, v cenových nabídkách jednotlivých uchazečů.

Nedostatečné vymezení předmětu veřejné zakázky neumožnilo řádné zpracování nabídky, zejména pokud jde o stanovení nabídkové ceny. Požadavek dostatečného a určitého vymezení předmětu veřejné zakázky je přitom základem transparentního zadávacího řízení. Problematická je dále diskriminace mezi uchazeči, kteří v současné době provádějí činnost na

dotčené smluvní územní jednotce a ostatními uchazeči, jimž se nedostává komplexních informací. Zadavatel tak porušil ustanovení § 6 zákona a § 44 odst. 1 zákona.

Argumentace zadavatele:

Zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky v bodu 1. zadávací dokumentace obecně tak, že se jedná o těžební a pěstební činnosti, které blíže výčtem činností v tomto bodu zadávací dokumentace definoval, s tím, že bližší specifikaci stanoví příloha č. 2 zadávací dokumentace.

V příloze č. 2 zadávací dokumentace je uveden sumář činností - pěstebních a těžebních činností, který obsahuje přesnou specifikaci činností co do jejich rozsahu, tj. je uvedena konkrétní požadovaná činnost a množství měrných jednotek požadované činnosti. Rozsah plnění je přitom zadavatelem stanoven na celou dobu trvání předmětu veřejné zakázky, tj. na 3 roky. Místně je předmět veřejné zakázky specifikován vymezením smluvní územní jednotky, a to včetně mapových podkladů, které jsou v rámci zadávací dokumentace přístupné na internetových stránkách zadavatele www.lesy.cz. Uvedená místní specifikace, včetně přesného určení rozsahu činností v rámci předmětu veřejné zakázky je dle názoru zadavatele dostatečná pro to, aby si kterýkoli uchazeč udělal konkrétní představu o rozsahu předmětu veřejné zakázky a mohl odpovědně a objektivně zpracovat a podat nabídku, včetně nabídky cenové.

Těžební i pěstební činnosti tak, jak jsou co do rozsahu a místa specifikovány v zadávací dokumentaci, jsou závazné jak pro uchazeče, tak pro zadavatele a jsou i dostatečně určité. Je tedy na uchazečích, aby na základě dostupných a dostatečných údajů poskytnutých v zadávací dokumentaci (včetně mapových podkladů a rozsahu činností dle těžebního projektu a pěstebního projektu) stanovili nabídkovou cenu tak, aby odpovídala požadovanému rozsahu činností v příslušné konkrétní smluvní územní jednotce, která je uchazečům známa. Dle zadavatele všichni uchazeči měli dostatečné podklady pro podání nabídek a zároveň měli zcela shodné a rovné podmínky.

Tvrzení o nedostatečném vymezení předmětu veřejné zakázky v důsledku absence pěstebních a těžebních projektů v zadávací dokumentaci není dle názoru zadavatele rovněž důvodné, neboť dostatečnou technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky obsahují sumáře pěstebních a těžebních činností, které byly součástí zadávací dokumentace. Těžební a pěstební projekt jsou již jen nástroje vlastního plnění předmětu smlouvy, když technická specifikace v nich obsažená bude odpovídat sumářům obsaženým v zadávací dokumentaci.

Tvrzení navrhovatele, že nedostatečné vymezení předmětu veřejné zakázky mu neumožňuje řádné zpracování nabídky, zejména co se týče nabídkové ceny, je dle názoru zadavatele taktéž neodůvodněné, neboť ceny, které uchazeči v nabídce uvádějí, jsou cenami jednotkovými, přičemž celková nabídková cena je dána prostým součtem těchto cen, a to dle rozsahu činností uvedeného konkrétně v zadávací dokumentaci.

S ohledem na to by měl být každý z uchazečů podnikajících v daném oboru být schopen zcela zodpovědně stanovit nabídkovou cenu porovnatelnou s ostatními nabídkami. V tomto směru zadavatel podotýká, že tvrzení ohledně rozdílných nabídkových cen jednotlivých uchazečů nemůže být žádným důkazem o neurčitosti zadání. Jednotliví uchazeči jsou subjekty zcela odlišnými, 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 jako nejefektivnějšího prostředku k výběru nejvhodnějšího uchazeče pro realizaci veřejné zakázky.

Zadavatel má za to, že při vymezení předmětu veřejné zakázky postupoval v souladu s ustanovení § 44 odst. 1 zákona transparentně, nediskriminačně za rovného zacházení se všemi uchazeči.

Závěry Úřadu k vymezení předmětu veřejné zakázky:

Ustanovení § 44 odst. 1 zákona stanoví, že zadávací dokumentace je 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.

Zadavatel vymezuje předmět plnění veřejné zakázky v bodě 1 zadávací dokumentace. Předmětem plnění veřejné zakázky dle uvedeného ustanovení je provádění pěstebních činností a těžebních činností.

Pěstebními činnostmi se pak dle zadávací dokumentace rozumí zejména činnosti spojené s pěstováním a ochranou lesa, včetně dodávek příslušných přípravků a materiálů, a to konkrétně příprava půdy pro přirozenou a umělou obnovu lesních porostů, obnova lesa (zalesňování), ochrana proti buřeni, ochrana kultur proti zvěři, oplocování lesních kultur, prořezávky, vyvětřování porostů, ostatní ochrana lesa, úklid klestu, výsek nežádoucích dřevin, zpřístupnění porostů, dočišťování plochy po těžbě.

Těžebními činnostmi se dle zadávací dokumentace rozumí zejména veškeré dílčí operace těžebních činností, jejichž výsledkem je surový kmen na lokalitě P. V souvislosti s těžebními činnostmi se konkrétně jedná o kácení, odvětvování, příjem a evidenci dříví, a to zjišťování hmoty, adjustaci dříví, vyhotovování číselníku vytěženého soustředěného dříví dle porostních skupin.

V příloze č. 2, na kterou odkazuje bod 1 zadávací dokumentace je předmět veřejné zakázky specifikován detailně. Příloha č. 2 obsahuje detailní souhrn pěstebních činností a těžebních činností, které jsou specifikovány jak co do přesného popisu jejich činností, tak i co 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 územní jednotky (tzv. SÚJ), a to včetně mapových podkladů. Uchazeči tedy mají jednoznačné a přesné informace o místech plnění jednotlivých veřejných zakázek.

Zadavatel v zadávací dokumentaci (konkrétně v čl. VII odst. 1 smlouvy o poskytování lesnických činností) stanovil, že rozsah pěstebních činností stanovených v pěstebním projektu pro první kalendářní rok plnění smlouvy a poměr technologií stanovených v těžebním projektu pro první kalendářní rok plnění smlouvy se nesmí podstatným způsobem odlišovat od odpovídajícího rozsahu pěstebních činností a poměru technologií stanovených v sumářích, které byly součástí zadávací dokumentace pro zadávací řízení uvedené v čl. I. odst. 3 smlouvy.

Z výše uvedeného vyplývá, že rozsah předmětu veřejné zakázky detailně stanovený v sumářích v zadávací dokumentaci, se nebude v prvním kalendářním roce plnění smluv

podstatným způsobem odlišovat od skutečných rozsahů předmětů jednotlivých veřejných zakázek stanovených v projektech.

Z výše uvedených skutečností vyplývá, že uchazeči byli před podáním nabídek seznámeni s tím, že předmětem veřejné zakázky vedle stanoveného rozsahu pěstebních a těžebních činností (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv), může být i určitá změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky, stanoveného 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 poskytnutých služeb od služeb poptávaných, jejichž rozsah stanovil v zadávací dokumentaci (a to zejména pro druhý a třetí kalendářní rok plnění smluv).

S výše uvedenými skutečnostmi byli stejným způsobem seznámeni všichni uchazeči a museli s nimi při zpracovávání svých nabídek počítat. Všichni dodavatelé byli seznámeni s tím, jak zadavatel předměty veřejných zakázek stanovil, a pokud měli zájem podat na konkrétní veřejnou zakázku svoji nabídku, byli povinni zadavatelem stanovené podmínky pro zadání konkrétní veřejné zakázky v celém rozsahu akceptovat.

Úřad připouští, že s ohledem na předměty veřejných zakázek a na dobu jejího trvání, nebylo v moci zadavatele stanovit rozsah předmětů veřejných zakázek (včetně nahodilých těžeb) v době jejich zadávání zcela přesně tak, jak tomu bude ve skutečnosti. Z předložených podkladů však vyplývá, že vzhledem k povaze a charakteru lesnických činností zadavatel předměty veřejných zakázek zadal v rámci svých možností s dostatečnou přesností tak, aby uchazeči mohli v plném rozsahu zpracovat své nabídky na jednotlivé veřejné zakázky.

Bylo na uchazečích, jakým způsobem na základě svých zkušeností zpracují své nabídky, 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, s vědomím možnosti 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 (včetně podkladů předložených navrhovatelem) 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.

Úřad se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že „nabídky uchazečů vykazují značné, někdy až extrémní rozdíly v cenových nabídkách jednotlivých uchazečů“. Úřad z předložené dokumentace nezjistil, že by rozdíly mezi nabídkovými cenami vykazovaly značné nebo dokonce extrémní rozdíly mezi nabídkovými cenami. Celkem bylo podáno 6 nabídek, přičemž se cena za 3 roky provádění služeb pohybuje v rozmezí od 7 852 245,-- Kč bez DPH do 10 908 127,-- 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 usuzovat, že

jejich výše jsou navzájem velmi podobné (např. nabídkové ceny za poskytnutí služeb 4 uchazečů se prakticky lišily pouze o 1 058 604,-- 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. Ale i v tomto případě se nejedná o extrémní rozdíly (např. ceny za prodej dřeva v případě 5 uchazečů se pohyboval v rozmezí od 13 943 004,-- Kč bez DPH do 17 763 787,-- Kč bez DPH za 3 roky trvání smlouvy). 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 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 (které budou např. při zadávání těžebních a pěstebních činností zpracovány na základě „běžných cen jednotkových služeb“ přepočítaných s ohledem na všechny „činitele ovlivňující spotřebu práce“), jejichž nabídkové ceny budou téměř shodné, což jistě není smyslem zadávání veřejných zakázek. Obdobné platí i v případě i v případě prodeje dřeva zadavatelem, neboť každý z dodavatelů má s odkoupeným 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 výše uvedeného Úřad nezjistil, že by v šetřeném případě zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 1 zákona tím, že by s ohledem na okolnosti zadávání veřejné zakázky nedostatečně vymezil předmět veřejné zakázky.

K požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu

Argumentace navrhovatele:

Navrhovatel má za to, že požadavek zadavatele obsažený v bodu 9 odst. 1 zadávací dokumentace jde nad rámec zákona. Zadavatel uložil uchazečům, kteří budou část veřejné zakázky realizovat prostřednictvím subdodavatelů, povinnost doložit v nabídce k veřejné zakázce subdodavatelskou smlouvu uzavřenou mezi uchazečem a subdodavatelem. Zákon však stanoví takovou povinnost pouze v případě, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele splnění části kvalifikačních předpokladů (§ 51 odst. 4 zákona). V ostatních případech může zadavatel v zadávací dokumentaci pouze požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům a aby uvedl identifikační údaje takových subdodavatelů (§ 44 odst. 6 zákona).

Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí, že požadavek na prokázání subdodavatelského vztahu je zcela legitimní a lze jej zahrnout mezi zákonné požadavky § 44 odst. 3 písm. g) zákona. Dle zadavatele je tento požadavek odůvodněn potřebou vyšší míry právní jistoty, neboť eliminuje riziko případného problematického plnění části veřejné zakázky, ke kterému by mohlo dojít, pokud by k uzavření smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem nedošlo. Navrhovatel s tímto tvrzením zadavatele nesouhlasí.

Zákon stanoví určitý postup pro případné plnění veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele a pro prokazování takového subdodavatelského vztahu vůči zadavateli. Dle

názoru navrhovatele mají dotčená ustanovení zákona veřejnoprávní charakter. Jejich kogentní povaha pak dle názoru navrhovatele neumožňuje, aby si jejich znění zadavatel svévolně rozšiřoval. Ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona pak nemůže sloužit k prosazování požadavků zadavatele v těch případech, které zákon vyčerpávajícím způsobem upravuje. Zadavatel svým požadavkem nad rámec zákona navíc klade na uchazeče nepřiměřenou administrativní zátěž. To vše v situaci, kdy uchazeči byli povinni podávat samostatné nabídky ke všem SÚJ, na kterých došlo k vyhlášení veřejné zakázky.

Argumentace zadavatele:

Požadavek zadavatele na předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem plnění části předmětu veřejné zakázky je zcela legitimní a lze jej zahrnout mezi jiné požadavky podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona. Tento požadavek zadavatele je veden snahou zajistit s dostatečnou mírou jistoty splnění předmětu veřejné zakázky, tedy pokud možno eliminovat případné problematické plnění části veřejné zakázky v případě, kdy se subdodavatel následně nedohodne s uchazečem na poskytnutí subdodávky plnění a v důsledku toho bude ohroženo splnění předmětu veřejné zakázky jako celku vybraným uchazečem. Vzhledem k uzavření smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem bude mít zadavatel již při rozhodování o přidělení veřejné zakázky vyšší míru jistoty, že subdodavatel označený uchazečem je skutečně ochoten a připraven se na kvalitním plnění veřejné zakázky podílet.

V případech, kdy uchazeč závazně uvede, že splní část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím konkrétního subdodavatele, je zřejmé, že musí být fakticky již s tímto subdodavatelem na poskytnutí a podmínkách případné subdodávky dohodnut. Pokud by dohodnut nebyl, nemohl by odpovědně uvést subdodavatele v rámci své nabídky. Aby dohoda se subdodavatelem byla úspěšně vymahatelná, je zřejmé, že by měla být učiněna písemně. V každém případě má uchazeč právo požadovat na svém subdodavateli uzavření takové dohody v písemné formě, a to v zájmu právní jistoty obou účastníků smluvního vztahu.

Není tedy pravdou, že by tento požadavek zadavatele nepřiměřeně administrativně zatěžoval uchazeče.

Zadavatel žádným způsobem nestanovil požadavky na náležitosti, obsah a rozsah takové dohody (smlouvy) se subdodavatelem. Bylo tedy čistě na dohodě uchazeče a subdodavatele, jakým způsobem obsah svého smluvního vztahu vymezí. Navrhovatel nemohl být uvedeným požadavkem nijak omezen ve svém právu provést část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, ani není nijak znevýhodněn oproti jiným uchazečům.

Ustanovení § 44 odst. 6 a § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách zmíněná navrhovatelem sice výslovně neupravují právo zadavatele požadovat předložení smlouvy se subdodavatelem, avšak zároveň jej nevylučují. Vzhledem k již zmíněnému ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona o veřejných zakázkách, které umožňuje stanovení dalších požadavků zadavatele, a vzhledem k výše vysvětlené legitimnosti požadavku zadavatele na předložení takové smlouvy se subdodavatelem, je citovaný požadavek zadavatele na prokázání vztahu se subdodavatelem zcela v souladu se zákonem.

Závěry Úřadu k požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu:

Dle § 44 odst. 6 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele.

Z uvedeného ustanovení vyplývá, že zadavatel může po uchazečích požadovat, aby ve své nabídce uvedli všechny své subdodavatele, a to včetně jejich identifikačních údajů. V takovém případě tedy uchazeč již při podávání své nabídky musí znát všechny své subdodavatele, tzn. že prakticky tyto subjekty musí být před podáním nabídky srozuměny s tím, že jsou v konkrétní veřejné zakázce subdodavatelem konkrétního uchazeče a nepochybně musí k takovému postupu dát svůj souhlas.

Ustanovení § 44 odst. 1 zákona mj. stanoví, že zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících 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.

Z výše uvedených ustanovení zákona plyne, že zadavatel musí v zadávací dokumentaci uvést další podmínky a požadavky na zpracování nabídky, které se týkají nebo které souvisí se zadávaným předmětem veřejné zakázky.

V daném případě si zadavatel v zadávací dokumentaci v části 9. „jiné požadavky zadavatele“ pod bodem 1. mj. vyhradil: „V případě, že uchazeči budou realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatelů, jsou uchazeči povinni doložit v nabídce oboustranně podepsanou smlouvu mezi uchazečem a subdodavatelem podílejícím se na realizaci veřejné zakázky“.

Na základě výše uvedeného požadavek na doložení subdodavatelského vztahu formou předložení písemné smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem, který zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci jako požadavek na zpracování nabídky ve smyslu § 44 odst. 3 písm. e) zákona, není v rozporu s ust. § 44 odst. 6 zákona. Dle cit. ustanovení zákona totiž zadavatel může požadovat, aby uchazeči ve svých nabídkách uvedli své subdodavatele, a to včetně jejich identifikačních údajů.

Úřad připouští, že požadavkem zadavatele na předložení písemné smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem mohlo dojít k navýšení administrativní i časové náročnosti při zpracování svých nabídek. Úřad však nepovažuje toto navýšení za nepřiměřeně vysoké, jak uvádí navrhovatel, a to i z toho důvodu, že uchazeči, kteří hodlají při plnění veřejné zakázky využít subdodavatelského plnění, musí mít ještě před podáním nabídky se všemi svými subdodavatelemi jednotlivá subdodavatelská plnění smluvna, a rovněž i z toho důvodu, že zadavatel neklade žádné požadavky na formu a rozsah písemné smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem, nýbrž pouze požaduje, aby tato smlouva byla podepsána za obě smluvní strany.

Pro úplnost Úřad uvádí, že předložení písemné smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem může řešit problematiku fiktivně uváděných subdodavatelů v nabídkách uchazečů a s tím související problematiku vyřazování nabídek podaných dodavatelem, který podá v tomtéž zadávacím řízení svou nabídku a současně je subdodavatelem jiného dodavatele (viz § 69 odst. 3 zákona).

V daném případě Úřad nepovažuje požadavek zadavatele na předložení smluv mezi uchazečem a subdodavatelem za neoprávněný (už 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).

Na základě výše uvedeného Úřad nezjistil, že by v šetřeném případě zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 6 a § 6 zákona tím, že v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na předložení smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem, kteří se budou podílet na realizaci veřejné zakázky.

K požadavku zadavatele na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů a k požadavku na předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin

Argumentace navrhovatele:

Zadavatel v kapitole 9 základních podmínek zadávací dokumentace stanovil požadavek jednak na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006 a dále požadavek na předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin. Postavení těchto požadavků v rámci zadávacích podmínek je nejasné. Zadavatel zařadil výše uvedené dokumenty do tzv. jiných požadavků zadavatele dle § 44 odst. 3 písm. g) zákona. Dle názoru navrhovatele by tyto požadavky svým charakterem měly spadat pod technické kvalifikační předpoklady podle § 56 zákona a nikoli pod zvláštní podmínky na plnění veřejné zakázky dle ustanovení § 44 odst. 8 zákona. Zařazením požadavků pod zvláštní podmínky zadavatel uchazečům znemožnil prokázat splnění těchto požadavků prostřednictvím subdodavatele.

Dle navrhovatele zadavatel bez ohledu na kogentní úpravu § 56 odst. 2 zákona rozšířil okruh technických kvalifikačních požadavků. Tím zadavatel jednal nejen v rozporu se zákonem, ale zejména pak ke škodě uchazečů, neboť neumožnil prokázání splnění těchto požadavků prostřednictvím subdodavatele. Zadavatel tak porušil ustanovení § 6 zákona ve spojení s § 50 zákona.

Argumentace zadavatele:

Je pravdou, že zadavatel požaduje v zadávací dokumentaci předložení navrhovatelem uváděných dokladů. Tyto doklady však není možné dle názoru zadavatele podřadit pod požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 56 zákona.

Ustanovení § 56 odst. 2 zákona, které se vztahuje k veřejným zakázkám na služby, uvádí taxativní výčet dokladů, které může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby. Další doklady, které je zadavatel oprávněn k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovat, taxativně uvádí odstavce 4 a 5 tohoto ustanovení.

Doklady požadované zadavatelem v rámci předmětné veřejné zakázky však není možno podřadit pod žádné z výše citovaných ustanovení, neboť žádnému z těchto ustanovení

neodpovídají. Pro zadavatele je však předložení těchto dokladů důležitým požadavkem, a proto postupoval jediným možným způsobem a požadoval předložení těchto dokladů zadavateli na základě ustanovení § 44 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého platí, že „zadavatel může v zadávacích podmínkách uvést též požadavky týkající se zvláštních podmínek na plnění veřejné zakázky, a to zejména v sociální oblasti, v oblasti zaměstnanosti nebo v oblasti životního prostředí“. Z uvedeného je zřejmé, že výčet uvedených v ustanovení § 44 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách je výčtem demonstrativním a že je možné požadavek na předložení obou požadovaných dokladů pod toto ustanovení zákona subsumovat.

Postup zadavatele tak není v rozporu s ustanovením § 6 zákona, případně ustanovením § 50 zákona, neboť předložení zadavatelem požadovaných dokladů je nutné pro řádné plnění předmětu veřejné zakázky v tak specifickém oboru, jako je lesnictví. V žádném případě nemohl požadavek na předložení těchto dokladů diskriminovat některé uchazeče oproti jiným a stejně tak se nejedná o svévoli ze strany zadavatele při stanovení požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky.

Závěry Úřadu k požadavku na předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s produkčním materiálem lesních dřevin:

Dle § 54 písm. b) zákona splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který mj. předloží doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci.

Zadavatel si v zadávací dokumentaci v části 6. „Požadavky na kvalifikaci“ v odstavci „Profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 zákona“ vyhradil, aby uchazeči ve svých nabídkách mj. předložili „licenci dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin“. Zadavatel rovněž stanovil, že uvedenou licenci není nutné dokládat v případě, že předmětem veřejné zakázky nebude prodej nebo jiný způsob převodu práva nakládat s reprodukčním (sadebním) materiálem na zadavatele.

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že tvrzení navrhovatele, že požadavek zadavatele na předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin byl zařazen do tzv. jiných požadavků zadavatele dle § 44 odst. 3 písm. g) zákona, což znemožnilo prokázat splnění tohoto požadavku prostřednictvím subdodavatele, není pravdivé.

Zadavatel požadavek na prokázání uvedené licence správně zařadil mezi profesní kvalifikační předpoklady ve smyslu § 54 zákona. Zadavatel byl v šetřeném případě s ohledem na předmět veřejné zakázky bezpochyby oprávněn po uchazečích požadovat předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb., o obchodu s reprodukčním materiálem lesních dřevin. Tento svůj požadavek v zadávací dokumentaci zadavatel stanovil v souladu s § 54 zákona.

Závěry Úřadu k požadavku zadavatele na prokázání opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů:

Zadavatel si v zadávací dokumentaci v části 9. „Jiné požadavky zadavatele“ v bodě 2 vyhradil: „Uchazeči jsou povinni v nabídce doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005, či CFCS

1004:2006 v originále, či úředně ověřené kopii, vydaným akreditovanou osobou. Zadavatel uzná rovněž i doklady rovnocenné certifikátu, tj. doklady o přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C), vydané v členském státě Evropské unie. Tento požadavek nelze splnit pomocí subdodavatele“.

Požadavek zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) v nabídkách uchazečů spadá mezi technické kvalifikační předpoklady dle § 56 zákona. Zadavatel měl tento svůj požadavek podřadit mezi technické kvalifikační předpoklady podle ust. § 56 odst. 2 písm. c) zákona, dle kterého zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby mj. požadovat popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti.

Skutečnost, že zadavatel tento svůj požadavek podřadil mezi další požadavky zadavatele týkající se zvláštních podmínek na plnění veřejné zakázky podle § 44 odst. 8 zákona, však nemá žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu.

Ustanovení § 5 odst. 4 zákona stanoví, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona. cit. ustanovení zákona však nelze v žádném případě interpretovat tím způsobem, že uchazeč, který nesplňuje kvalifikaci podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, může ve své nabídce automaticky, bez přihlídnutí k okolnostem konkrétní veřejné zakázky, prokázat potřebnou kvalifikaci pomocí „subdodavatele“. Cit. ustanovení je třeba vždy chápat ve funkčním smyslu, tj. pokud příslušný kvalifikační předpoklad souvisí s celým předmětem veřejné zakázky, nebude postačovat, pokud pro jeho splnění uchazeč předloží kvalifikaci svého subdodavatele, který se však prakticky bude podílet na plnění veřejné zakázky ve vztahu k uchazeči marginálně. Naopak za správný je třeba považovat postup, kdy uchazeč, není-li vlastními silami schopen plnit část veřejné zakázky, z tohoto důvodu prokáže na tuto část veřejné zakázky kvalifikaci pomocí svého subdodavatele, který bude odpovídající část veřejné zakázky i fakticky plnit.

Z pohledu argumentace navrhovatele by se subdodavatelské plnění stalo pouhou formalitou, kdy by uchazeči do svých nabídek uváděli své subdodavatele, aby dostáli zákonným povinnostem a splnili požadovanou kvalifikaci pro plnění konkrétní veřejné zakázky „pokrytou“ v plném rozsahu, jak stanoví zákon a jak požaduje zadavatel, ale není vyloučeno, že by takový uchazeč v praxi plnil i ty části veřejné zakázky, na které nemá (bez svého subdodavatele) dostačující kvalifikaci, což naprosto odporuje hlavnímu smyslu prokazování kvalifikace. Navíc i zadavatel musí mít dostatečnou jistotu, že vybraný uchazeč je schopen dostát svým závazkům a garantovat splnění předmětu veřejné zakázky.

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),

příčemž 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

Argumentace navrhovatele:

Zadavatel zvolil jako hodnotící kritérium nejnížší nabídkovou cenu, která je vyjádřena tzv. saldem a kromě dílčích cen za služby obsahuje i cenovou nabídku uchazeče na odkup dříví od zadavatele. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel stanovil hodnotící kritérium v rozporu se zákonem. Je totiž zřejmé, že zadavatel hodnotí nabídky uchazečů jednak podle nabídkové ceny za pěstební činnosti (vč. dodávky sadebního materiálu) a za těžební činnosti, které jsou předmětem veřejné zakázky a dále podle ceny za odkup dříví.

Pokud ovšem zadavatel hodnotí cenu dříví (hroubí) na lokalitě P, přičemž odkup dříví není předmětem veřejné zakázky, měl dle názoru navrhovatele zvolit jako hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky v souladu s § 78 odst. 1 písm. a) zákona a dodržet veškerá pravidla obsažená v zákoně, zejména v § 78 zákona. Cena za odkup dříví je totiž ve své podstatě dílčím hodnotícím kritériem.

S argumentací zadavatele obsaženou v rozhodnutí o námitkách, v níž zadavatel uvádí, že je jeho výlučným právem vybrat hodnotící kritéria, v daném případě nejnížší nabídkovou cenu, a že tak učinil dostatečně přesným způsobem, nelze z výše uvedených důvodů souhlasit.

Navrhovatel se domnívá, že hodnotící kritérium nejnížší nabídkové ceny bylo stanoveno v rozporu se zákonem.

Argumentace zadavatele:

Ustanovení § 78 odst. 1 zákona stanoví dvě základní hodnotící kritéria pro zadání veřejné zakázky, a to:

ekonomickou výhodnost nabídky a
nejnížší nabídkovou cenu.

Podle odstavce třetího cit. ustanovení je na zadavateli, aby zvolil základní hodnotící kritérium podle druhu a složitosti veřejné zakázky a uvedl je v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Zadavatel tuto volbu základního hodnotícího kritéria právě s ohledem na druh, složitost a specifika daného typu veřejné zakázky provedl a určil jako hodnotící kritérium nejnížší nabídkovou cenu.

Výběr hodnotícího kritéria je výlučným právem zadavatele a uchazeč je povinen tento výběr učiněný zadavatelem respektovat. Zadavatel stanovil přesná pravidla pro určení nabídkové ceny, a to jako součet jednotlivých dílčích nabídkových cen, tedy jako součet ceny pěstebních činností, ceny sadebního materiálu, ceny těžebních činností a ceny dříví na lokalitě P. Zadavatel uvádí, že prodej dříví uchazeči v případě, kdy předmětem veřejné zakázky je i těžební činnost uchazeče pro zadavatele, a tudíž i vytěžení tohoto dříví uchazečem, je plněním, které sice není předmětem veřejné zakázky, ale přímo a úzce souvisí s

plněním předmětu veřejné zakázky, přičemž zadavatel toto plnění s plněním veřejné zakázky neoddělitelně spojil.

Každý z uchazečů měl na základě údajů v zadávací dokumentaci jasnou, přesnou a vyčerpávající informaci o tom, že zadavatel toto plnění s plněním veřejné zakázky spojil. Je tedy na každém uchazeči, zda toto spojení bude respektovat a zadávacího řízení se bude za daných, předem a přesně stanovených podmínek, účastnit. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel jednoznačně vymezil způsob tvorby nabídkové ceny a určil zcela jednoznačně základní hodnotící kritérium - nejnižší nabídkovou cenu.

Každý uchazeč tudíž věděl, jakým způsobem měl konstruovat nabídkovou cenu do zadávacího řízení i jakým způsobem bude jeho nabídka v porovnání s nabídkami ostatních uchazečů hodnocena. Podmínky zadávacího řízení byly tedy stanoveny transparentně a nediskriminačně za rovného zacházení se všemi uchazeči. Tvrzení navrhovatele, že popsany postup zadavatele vzbuzuje dojem, že nabídky budou hodnoceny spíše podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je pouhou spekulací, která není ničím podložena.

Dodavatelé se tedy nemohou dovolávat neznalosti hodnotícího kritéria a tím nevhodné konstrukce stanovení nabídkové ceny.

Závěry Úřadu ke stanovení hodnotícího kritéria:

Úřad z předložené dokumentace zjistil, že zadavatel v zadávací dokumentaci v části 4. „požadavek na zpracování nabídkové ceny“ a v příloze č. 2 zadávací dokumentace stanovil, jakým způsobem mají uchazeči stanovit dílčí ceny za jednotlivé části předmětu veřejné zakázky (pěstební činnosti, sadební materiál a těžební činnosti) a cenu za prodej dříví (hroubí) na lokalitě P.

Zadavatel tedy požadoval, aby uchazeči vyčíslili a ve svých nabídkách uvedli jednotlivé ceny za provedení zadavatelem požadovaného předmětu veřejné zakázky (pěstební činnosti, sadební materiál a těžební činnosti) a aby rovněž vyčíslili a ve svých nabídkách pro jednotlivé skupiny dřevin uvedli cenu za prodej dříví na lokalitě P.

Dle § 78 odst. 1 zákona je základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky

ekonomická výhodnost nabídky, nebo
nejnižší nabídková cena.

Ustanovení § 78 odst. 3 zákona stanoví, že zadavatel zvolí základní hodnotící kritérium podle druhu a složitosti veřejné zakázky a uvede je v oznámení nebo výzvě o zahájení zadávacího řízení.

Zadavatel v zadávací dokumentaci v části 7. „způsob hodnocení nabídek“ stanovil, že základním kritériem pro zadání veřejné zakázky je nejnižší nabídková cena.

Ustanovení § 7 zákona stanoví, že veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Nabídkovou cenou je cena, kterou navrhuje uchazeč zadavateli za splnění veřejné zakázky ve své nabídce.

Nabídkovou cenou v „užším“ slova smyslu tedy je celková cena za splnění zadavatelem požadovaných služeb za dobu plnění veřejné zakázky (tj. celková cena za provedení pěstebních činností, za sadební materiál a za provedení těžebních činností za 3 roky trvání smlouvy).

Zadavatel však stanovil předmět veřejné zakázky tím způsobem, že vedle plnění, které v celém rozsahu splňuje definici veřejné zakázky dle § 7 zákona (tj. provedení pěstebních činností, dodávka sadebního materiálu a provedení těžebních činností), zahrnuje i plnění, které samo o sobě definici veřejné zakázky dle cit. ustanovení zákona nesplňuje (prodej dříví zadavatele).

Z uvedeného důvodu zadavatel stanovil, že nabídkovou cenou v „širším“ slova smyslu je cena za splnění zadavatelem požadovaných služeb za dobu plnění veřejné zakázky (tj. celková cena za provedení pěstebních činností, za sadební materiál a za provedení těžebních činností za 3 roky trvání smlouvy), od níž se odečte cena za prodej dříví (hroubí) zadavatele příslušnému uchazeči. Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, jakým způsobem dodavatelé mají nabídkovou cenou v „širším“ slova smyslu stanovit (včetně všech jejich částí), přičemž ze zadávací dokumentace rovněž vyplývá, že předmětem hodnocení bude nabídková cena v „širším“ slova smyslu. Všichni dodavatelé tedy měli jednoznačnou informaci o tom, jaká cena bude předmětem hodnocení nabídek, a jak tuto cenu stanovit.

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 P 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 (kdy 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 uchazeč, 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.

Výše jistoty:

V rámci předmětného správního řízení Úřad dále zjistil, že zadavatel stanovil požadavek na poskytnutí jistoty ve výši překračující 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, k čemuž uvádí následující.

Ustanovení § 67 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel může u veřejné zakázky v oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního

dialogu požadovat, aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytli jistotu. Jistotu nelze požadovat při zavedení dynamického nákupního systému. Výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele, nebo formou bankovní záruky.

Z předložených podkladů Úřad ve věci veřejné zakázky na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 12402“ zjistil rozhodné údaje, které uvádí v následující tabulce:

| Číslo zakázky dle ISVZ | SÚJ | Předpokl. hodnota veřejné zakázky [Kč] | Absolutní výše požadované jistoty [Kč] | Maximální možná výše jistoty [Kč] | Skutečná procentní výše jistoty | Překročení maximální výše jistoty [Kč] |
|------------------------|-------|--|--|-----------------------------------|---------------------------------|--|
| 60009768 | 12402 | 10 290 000 | 210 000 | 205 800 | 2,041 | 4 200 |

Z výše uvedené tabulky vyplývá, že zadavatel ve věci uvedené veřejné zakázky po uchazečích požadoval jistotu ve výši přesahující 2 % z předpokládané ceny veřejné zakázky, tj. více než je maximální výše jistoty, kterou stanoví § 67 odst. 1 zákona.

Poněvadž požadovaná výše jistoty byla stanovena tím způsobem, že zadavatel vypočetl 2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky (což odpovídá maximální výši jistoty dle § 67 odst. 1 zákona), přičemž zadavatel takto vypočtenou hodnotu dále zaokrouhloval na celé desetitisíce, a to nesprávně směrem nahoru. Zadavatelem stanovená výše jistoty ve věci uvedené zakázky tak byla vyšší, než stanoví § 67 odst. 1 zákona, ale vzhledem k použitému postupu výpočtu výše jistoty, nebyl rozdíl mezi zadavatelem stanovenou výší jistoty a maximální výší jistoty, kterou stanoví zákon, významný.

Na základě výše uvedených skutečností lze konstatovat, že zadavatel v případě uvedené veřejné zakázky nesprávně stanovil výši jistoty, avšak Úřad neshledal, že by navýšení zákonné výše jistoty (v řádu tisíců Kč ve vztahu k zákonné výši jistoty které se v předmětné zakázce pohybuje v řádu statisíců Kč) mělo vliv na skutečnost, že by některý z dodavatelů nepodal svoji nabídku pouze z důvodu, že by nebyl schopen uhradit rozdíl (v řádu tisíců Kč) mezi zákonnou výší jistoty a výší jistoty požadovanou zadavatelem.

Úřad nezjistil, že by pochybení zadavatele, kdy zadavatel ve věci veřejné zakázky na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 12402“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 8. 2007 a následně opraveno dne 10. 8. 2007 pod ev. č. 60009768 stanovil jistoty překračující výši 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jak stanoví § 67 odst. 1 zákona, mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Návrhy navrhovatele ve správním řízení

Navrhovatel ve svém dopise ze dne 26. 11. 2007 Úřadu navrhuje, aby Úřad provedl důkaz znaleckým posudkem, přičemž navrhuje ustanovit znalce z řad akademické sféry nebo mimo obor lesnictví, z některého z příbuzných oborů (např. z oboru stavebnictví). Znalec by dle navrhovatele měl posoudit dostatečnost vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem.

Navrhovatel v témže dopise navrhuje aby Úřad ve správním řízení nařídil ústní jednání, ke kterému by byl přizván jak zástupce navrhovatele, tak i zadavatele.

Navrhovatel Úřadu rovněž navrhnul, aby Úřad všechna řízení týkající se veřejných zakázek na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008“ spojil.

Závěry Úřadu k návrhům navrhovatele ve správním řízení

Úřad neprováděl důkaz znaleckým posudkem, neboť považoval provedení důkazu znaleckým posudkem, tak jak navrhuje navrhovatel, za nadbytečné a neúčelné, neboť veškeré potřebné informace zjistil z předložených podkladů. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad neshledal, že by obsahovaly nevěrohodné, či nedostatečné údaje. Z uvedených důvodů Úřad rovněž nenařídil ústní jednání, jak navrhuje navrhovatel.

Při úvaze o spojení správních řízení týkajících se veřejných zakázek na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008“ se Úřad řídil účelností, hospodárností a okolnostmi jednotlivých správních řízení (okruh účastníků řízení, podmínky za kterých byly návrhy podány, data zahájení správních řízení, atd.) a při spojování jednotlivých správních řízení postupoval individuálně, nikoliv tak, že by paušálně spojil všechna správní řízení související s problematikou zadávání střednědobých veřejných zakázek na „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008“.

K postupu Úřadu při rozhodování o návrhu na uložení předběžného opatření

Dne 15. 11. 2007 vydal Úřad pod č. j. S304/2007-21277/2007/510-MO rozhodnutí, kterým zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uloženo zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, resp. kterým by mělo být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona uloženo pozastavit zadávací řízení. Je pravdou, že rozhodujícím aspektem při rozhodování o návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření byla skutečnost, že zadavatel se písemným prohlášením ze dne 1. 11. 2007 zavázal, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku neuzavře smlouvu s vybraným uchazečem, a to do doby vydání rozhodnutí Úřadu v předmětné věci.

Zadavatel tento svůj písemný příslib vzal zpět, což Úřadu oznámil dopisem ze dne 23. 1. 2008, který Úřad obdržel dne 24. 1. 2008.

V okamžiku, kdy se Úřad dozvěděl o skutečnosti, že zadavatel vzal zpět svůj příslib, že neuzavře smlouvu s vybraným uchazečem, a to do doby vydání rozhodnutí, Úřad zvažoval možnost vydání předběžného opatření z moci úřední. Poněvadž však Úřad v šetřeném případě důvody pro vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 zákona neshledal, předběžné opatření neuložil.

Pro úplnost Úřad uvádí, že i v případě, že by se zadavatel písemným prohlášením nezavázal, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku neuzavře smlouvu s vybraným uchazečem, neuložil by navrhované předběžné opatření na základě návrhu navrhovatele automaticky, nýbrž by zjišťoval, zda jsou splněny důvody pro vydání předběžného opatření, či nikoliv, a teprve na základě svého zjištění by rozhodl, zda zadavateli předběžné opatření uloží, či nikoliv.

Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad zahájené správní řízení zastavil, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

Rozhodnutí o nákladech řízení

Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 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 cit. 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 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída 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. Jindřiška Koblihová
II. místopředsce ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Dr. JUDr. Miroslav Zámečník, advokát, Na Příkopě 23, 110 00 Praha 1

JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát, Jugoslávská 29, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce