

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 17.10.2008

Č. j. R102/2008/02-19643/2008/310-AS

V Brně dne 26. září 2008

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 7. 5. 2008 společností

- **Opavská lesní, a. s., IČ 451 93 177, se sídlem Krajánkova 11/2390, 140 00 Praha 4**, jednající předsedou představenstva Ing. Jindřichem Grosserem, ve správním řízení zast. JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Gleiss Lutz v. o. s., se sídlem náměstí Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2008, č. j. S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO,

které bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele - **Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové**, jednající Ing. Jiřím Novákem generálním ředitelem - učiněných ve správním řízení při zadávání veřejné zakázky „**Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 01. 01. 2008, SÚJ č. 12402**“, zadávané v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 8. 2007 pod ev. č. 60009768 a následně opraveno dne 10. 8. 2007,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2008,
č. j. S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

O d ů v o d n ě n í

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

1. Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, jednající Ing. Jiřím Novákem generálním ředitelem, (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), v informačním systému veřejných zakázek 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“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), obdržel návrh společnosti, Opavská lesní, a. s., IČ 451 93 177, se sídlem Krajánkova 11/2390, 140 00 Praha 4, jednající předsedou představenstva Ing. Jindřichem Grosserem, ve správním řízení zast. JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Gleiss Lutz v. o. s., se sídlem náměstí Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, směřující proti podmínkám zadání veřejné zakázky.

Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18. 4. 2008 rozhodnutí č. j. S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO, kterým:
ve výroku I. podle § 118 ZVZ správní řízení zastavil, neboť zadavatel sice stanovil jistotu ve výši překračující 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž nedodržel postup stanovený § 67 odst. 1 ZVZ, avšak tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.
ve výroku II. podle § 119 odst. 2 ZVZ a podle § 1 odst. 1 vyhl. č. 328/2006 Sb. rozhodl, že zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvedl, že poté co přezkoumal na základě ustanovení § 112 a násl. ZVZ předmětnou veřejnou zakázku dospěl k závěru, že je na místě správní řízení zastavit v souladu ustanovením § 118 ZVZ.

Ve vztahu k námitkám navrhovatele Úřad dovodil:

5. K námitce o možnosti **odmítnutí uzavření smlouvy o prodeji dříví** vybraným uchazečem uvedl Úřad, že ji považuje za teoretickou, neboť nemá bližší informace, že by v daném případě taková situace nastala. Samotný prodej dříví není vlastním předmětem veřejné zakázky, pouze s ním úzce souvisí a má tedy vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Je proto nepřijatelné, aby vybraný uchazeč se svévolně rozhodl smlouvu o prodeji dříví neuzavřít. Úřad zkonstatoval dále, že ve sdělení navrhovatele je uvedeno, že v případě neuzavření smlouvy o prodeji dříví, bude prodej provádět sám.
6. Úřad neshledal, že by zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 1 ZVZ **při vymezení předmětu veřejné zakázky**. Úřad připustil, že nebylo v moci zadavatele stanovit rozsah předmětu veřejné zakázky v době jejího zadávání zcela přesně tak, jak tomu bude ve skutečnosti. V rámci svých možností však zadavatel zadal předmět veřejné zakázky s dostatečnou přesností. Bylo na uchazečích jakým způsobem na základě svých zkušeností zpracují své nabídky.
7. V požadavku zadavatele doložit v nabídce k veřejné zakázce **subdodavatelskou smlouvu**, rovněž Úřad neshledal rozpor se ZVZ, konkrétně s § 44 odst. 6. Svou podstatou de facto jde pouze o stvrzení podpisem subdodavatele, že o svém postavení je srozuměn a dává k němu uchazeči svůj souhlas. Úřad připustil, že požadavkem zadavatele na předložení písemné smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem mohlo dojít k navýšení administrativní i časové náročnosti při zpracování svých nabídek. Toto navýšení však nepovažuje Úřad za nepřiměřeně vysoké.
8. Požadavek zadavatele na předložení **licence** podle zák. č. 149/2003 Sb. hodnotí Úřad jako v souladu s § 54 ZVZ, který byl správně zařazen mezi profesní kvalifikační předpoklady veřejné zakázky. Předložení licence dle zákona č. 149/2003 Sb. byl zadavatel oprávněn požadovat a není pravdou, že by tento požadavek nesprávně zařadil do tzv. jiných požadavků zadavatele dle § 44 odst. 3 ZVZ
9. Úřad zkonstatoval, že není v rozporu se ZVZ pokud zadavatel požadoval splnění kvalifikačního předpokladu **doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů** a nepřipustil možnost prokázání jeho splnění pomocí subdodavatelů. Úřad uvedl, že zadavatel sice nesprávně podřadil tento požadavek podle § 44 odst. 8 ZVZ mezi další požadavky zadavatele, zatímco měl tento požadavek podřadit mezi technické kvalifikační předpoklady podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ. Tato skutečnost však nemá žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu. K aplikaci § 5 odst. 4 ZVZ Úřad uvedl, že pouze tehdy pokud uchazeč není schopen plnit část veřejné zakázky vlastními silami, prokáže na tuto část kvalifikaci pomocí svého subdodavatele. Nelze však souhlasit s argumentací navrhovatele, že by uchazeči uváděli do svých nabídek své subdodavatele, aby dostáli zákonným povinnostem a splnili požadovanou kvalifikaci pro plnění konkrétní veřejné zakázky v plném rozsahu těmito subdodavateli.
10. K námitce **hodnotícího kritéria** Úřad dovodil, že zadavatel stanovil nabídkovou cenu v „širším“ slova smyslu tak, že 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) zadavatelem příslušnému uchazeči. Všichni dodavatelé tedy měli jednoznačnou informaci o tom, jaká cena bude předmětem hodnocení nabídek, a jak tuto cenu stanovit. Z předložené dokumentace vyplynulo, že nelze z ekonomického a funkčního hlediska vzájemně oddělit vlastní plnění předmětu veřejné zakázky od prodeje dříví (hroubí). Proto Úřad uzavřel, že zadavatel stanovil základní hodnotící kritérium v souladu se ZVZ.

11. Ohledně stanovené **výše jistoty** dovodil Úřad, že zadavatel stanovil sice nesprávně její výši, avšak neshledal, že by navýšení zákonné výše jistoty o 4.200,-- Kč mělo vliv na skutečnost, že by některý z dodavatelů nepodal svoji nabídku pouze z důvodu, že by nebyl schopen uhradit tento rozdíl v řádu tisíců mezi zákonnou výší jistoty a výší jistoty požadovanou zadavatelem. Podle § 67 odst. 1 ZVZ tedy nebyl výsledný rozdíl ve výši jistoty podle Úřadu významný, a proto pochybení zadavatele při stanovení jistoty nemělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
12. K výroku pod bodem II, který se týká nákladů řízení, Úřad uvedl, že součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 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 ZVZ o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

II. Námitky rozkladu

13. Úřad obdržel od navrhovatele proti shora uvedenému rozhodnutí rozklad ze dne 7. 5. 2008, v němž uvádí, že nesouhlasí s výroky napadeného rozhodnutí, jakožto i s jejich odůvodněním.
14. Navrhovatel vytýká Úřadu, že **neprovedl jím navržené důkazy**, které podle jeho názoru jsou nezbytné pro posouzení věci. Konkrétně znalecký posudek k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky. Z procesního hlediska vytýká navrhovatel i to, že Úřad nevyhověl jeho požadavku na nařízení ústního jednání.
15. Navrhovatel vytkl Úřadu **průtahy v řízení**, když podle něho zákonné lhůty v uvedeném řízení nebyly dodrženy v souladu s ustanovením § 6 a § 71 odst. 3 správního řádu (dále jen „SŘ“). V této souvislosti poukázal na judikaturu Evropského soudního dvora ve věci Alcatel Austria AG a jiní (rozhodnutí C-81/98 ze dne 28. 10. 1999, v souladu s nímž jsou členské státy povinny zajistit efektivní výkon práv garantovaných uchazečům právem ES a to zejména s ohledem na časový rámec přezkumného řízení. Navrhovatel konstatuje, že mu není umožněno efektivně se v rámci správního řízení domoci svých práv v důsledku těchto průtahů v řízení.
16. Podle navrhovatele veřejná zakázka **neobsahuje dostatečnou specifikaci předmětu**. Navrhovatel tvrdí, že 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. Podle navrhovatele není z předmětné veřejné zakázky zřejmé v jakém období mají být jednotlivé služby pěstební a těžební realizovány. Přitom časové vymezení realizace služeb je podle navrhovatele zásadní. Uchazečům nebyl podle navrhovatele znám přesný charakter území, na kterém budou příslušné služby realizovány. Tyto skutečnosti jsou přitom podle navrhovatele nezbytné pro stanovení nabídkové ceny.

17. Navrhovatel namítá, že Úřad se vůbec nezabýval otázkou jakým způsobem bude zadavatel upřesňovat rozsah pěstebních a těžebních činností a způsob jejich realizace v dalších letech plnění veřejné zakázky (roky 2009 a 2010). Podle navrhovatele v těchto letech může být realizováno odlišné plnění veřejné zakázky, než jaké vyplývá ze zadávacích podmínek, což odporuje ZVZ.
18. Za nedostatečné považuje navrhovatel i vymezení rozsahu předmětu veřejné zakázky, pokud se Úřad spokojil s tím, že rozsah činností při realizaci veřejné zakázky se nebude v prvním kalendářním roce podstatným způsobem odlišovat od rozsahu pěstebních činností stanoveného v sumářích, které byly přílohou zadávací dokumentace a dále, že poměr technologií se v prvním kalendářním roce nebude podstatným způsobem odlišovat od poměru technologií obsaženého v sumářích v zadávací dokumentaci. Navrhovatel postrádá ve vymezení předmětu veřejné zakázky jakým způsobem bude zadavatel upřesňovat rozsah pěstebních a těžebních činností a způsob jejich realizace v dalších letech plnění veřejné zakázky.
19. Dále navrhovatel namítá, že provádění těžebních činností bude vycházet z odlišných podkladů, než jaké byly stanoveny v zadávacích podmínkách bude-li respektováno ustanovení III. Smlouvy o provádění těžebních činností. Totéž platí o pěstebních činnostech ve vztahu k ustanovení VII. Smlouvy.
20. Navrhovatel námitky uzavírá konstatováním, že předmět veřejné zakázky zadavatel stanovil nedostatečně. Navíc zadavateli je při respektování jím vymezeného předmětu veřejné zakázky umožněno stanovit předmět plnění veřejné zakázky při její realizaci odlišně od zadávacích podmínek, neboť v letech 2009 a 2010 není zadavatel smluvně ve změně předmětu plnění nijak omezen.
21. Podle navrhovatele závěr Úřadu o tom, že zadavatel v okamžiku započetí zadávání veřejné zakázky neznal přesnější rozsah poptávaných služeb, a proto nebylo v jeho moci stanovit rozsah předmětu veřejné zakázky zcela přesně, je nesprávný. Úřad se podle navrhovatele měl zabývat tím, zda **zadavatel mohl a měl přesnější rozsah poptávaných služeb znát**, neboť specifičnosti sektoru lesnictví si musel být zadavatel vědom.
22. Navrhovatel namítá, že **požadavek prokazování subdodavatelského vztahu** předložením smlouvy uzavřené mezi uchazečem a subdodavatelem stanoví pouze § 51 odst. 4 ZVZ v situaci, kdy uchazeč není schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem v plném rozsahu. Podle navrhovatele pokud vyžaduje zadavatel písemnou smlouvu uzavřenou mezi uchazečem a subdodavatelem jedná se o rozpor s § 44 odst. 6 ZVZ. Podle navrhovatele toto ustanovení ZVZ má kogentní charakter a neumožňuje, aby si jeho obsah zadavatel dále rozšiřoval. Podle navrhovatele může být zjišťování subdodavatelů konkrétního uchazeče významné pouze potud, že tímto způsobem zjistí případné porušení § 69

odst. 2 ZVZ. Navrhovatel uzavírá, že nemůže souhlasit se závěrem kÚřadu, že lze klást na roven uzavírání písemné subdodavatelské smlouvy s písemným prohlášením subdodavatele, že je se svým postavením srozuměn a dává k němu uchazeči svůj souhlas.

23. Navrhovatel považuje za odporující ZVZ i **požadavek v oblasti spotřebitelského řetězce**, pokud má být plněn přímo uchazečem a nemůže být splněn součinností se subdodavatelem. Podle navrhovatele měl tento požadavek svým charakterem spadat pod technické kvalifikační předpoklady podle § 56 ZVZ, což Úřad ve svém rozhodnutí dovodil, když uvedl, že měl být tento předpoklad zařazen pod ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ. Navrhovatel však nesouhlasí se závěrem Úřadu, že nelze prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ. Podle navrhovatele § 51 odst. 4 ZVZ nabízí prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele.
24. Navrhovatel konečně dále namítá, že zvolené **hodnotící kritérium v podobě nejnižší nabídkové ceny** odporuje ZVZ, pokud kromě dílčích cen za služby (pěstební a těžební činnost) obsahuje i cenovou nabídku uchazeče na odkup dříví od zadavatele. Cena za odkup dříví je podle navrhovatele ve své podstatě dílčím hodnotícím kritériem. Podle navrhovatele nemůže nabídkovou cenu ovlivňovat jakékoliv protiplnění zadavateli (v daném případě prodej dřeva). Nabídková cena musí být vždy vztažena k předmětu veřejné zakázky. Cena, kterou bude dodavatel platit zadavateli za dřevo, pak nabídkovou cenu tvořit nemůže.

Závěr rozkladu

25. Z uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu v souladu s ustanovením § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) SŘ napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

26. **K rozkladu se písemně vyjádřil zadavatel.** Ve vyjádření zaujal stanovisko jednak k namítaným procesním pochybením Úřadu, jednak k namítané věcné nesprávnosti napadeného rozhodnutí.
27. Ohledně **neprovedení důkazu** znaleckým posudkem a k nenařízení ústního jednání ve věci zaujal zadavatel stanovisko, že provedení těchto důkazů by bylo nadbytečné a zcela neúčelné. Navíc znalecký posudek podle představ navrhovatele je podle zadavatele nepracovatelný.
28. **K průtahům** v řízení zaujal zadavatel názor, že sice byly způsobeny, avšak objektivní situací, kdy Úřadu napadlo enormní množství kauz napadajících postup zadavatele v jednotlivých zadávacích řízeních na provádění lesnických činností v letech 2008 až 2010, a proto nebylo v silách Úřadu rozhodnout v zákonných lhůtách.
29. **K vymezení předmětu veřejné zakázky** zadavatel uvedl, že poskytl uchazečům veškeré potřebné podklady v detailu potřebném pro zpracování nabídek tak, aby tyto nabídky byly vzájemně porovnatelné. Poukázal na podklady obsažené v příloze č. 2 zadávací dokumentace. Podstatným a hlavním výchozím materiálem pro zpracování

rozsahů činností pro období let 2008 až 2010 byl lesní hospodářský plán, který jako nástroj vlastníka lesa slouží k cílevědomému hospodaření v lesích. Lesní hospodářský plán dává zároveň ucelený přehled o přírodních, technických i ekonomických podmínkách hospodaření a o současném stavu lesů v lesním hospodářském celku. Při plánování činností na následující období je nutné respektovat závazná ustanovení lesního hospodářského plánu (maximální celková výše těžeb, minimální podíl melioračních a zpevňujících dřevin při obnově porostu a minimální plošný rozsah výchovných zásahů v porostech do 40 let věku).

30. Zadavatel dále uvedl, že zpracování nabídkové ceny bylo vypracováno zejména s využitím lesního hospodářského plánu, analýzy produkčních funkcí lesa a se zohledněním odborných znalostí lesních správců poplatných konkrétnímu podmínkám dané smluvní územní jednotky. Způsob vypracování nabídkového souboru byl pro všechny smluvní územní jednotky stejný, tudíž i podmínky, za kterých vytvářeli uchazeči své cenové nabídky, byly totožné.
31. Požadavek na předložení **smlouvy uzavřené se subdodavatelem** ohledně splnění části předmětu veřejné zakázky považuje zadavatel za zcela legitimní. Jeho smyslem je zajistit dostatečnou míru jistoty splnění předmětu veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že uchazeč, který chce část veřejné zakázky plnit prostřednictvím konkrétního subdodavatele, s ním musí být fakticky již dohodnut ohledně poskytnutí a podmínkách případné subdodávky, nemůže být problematické takovou smlouvu předložit. Zadavatel současně poukázal na to, že ustanovení §§ 44 odst. 6 a 51 odst. 4 ZVZ sice výslovně předložení takové smlouvy neobsahují, ale současně je nevylučují.
32. Doklady k prokázání **opatření v oblasti spotřebitelského řetězce** požaduje zadavatel podle ustanovení § 44 odst. 8 ZVZ, které obsahuje demonstrativní výčet, oproti ustanovení § 56 odst. 2, 4 ZVZ kde je uvažováno s taxativním výčtem. Doklady vyžadované zadavatelem v rámci taxativního výčtu nefigurují, proto je podřadil § 44 odst. 8 ZVZ, neboť předložení těchto dokladů je nutné pro řádné plnění předmětu veřejné zakázky v tak specifickém oboru, jako je lesnictví.
33. **K hodnoticímu kritériu** uvádí zadavatel, že základní hodnotící kritéria obsahuje § 77 odst. 1 ZVZ, a to: ekonomickou výhodnost nabídky a nejnižší nabídkovou cenu. Výběr hodnotícího kritéria je výlučným právem zadavatele a uchazeč je povinen tento výběr respektovat. Zadavatel zcela jednoznačně vymezil způsob tvorby nabídkové ceny a určil zcela jednoznačně základní hodnotící kritérium – nejnižší nabídkovou cenu. Podmínky zadávacího řízení byly tedy stanoveny transparentně a nediskriminačně za rovného zacházení se všemi uchazeči. Zadavatel poukázal na to, že by bylo zcela proti smyslu ZVZ, aby pro účely hodnocení nabídek použít pouze část nabídkové ceny odpovídající plnění, které je předmětem veřejné zakázky, neboť by v praxi mohlo dojít k případům, kdy uchazeč sice nabídne nejnižší nabídkovou cenu za plnění tvořící předmět veřejné zakázky, ale současně nabídne naprosto pro zadavatele nevýhodnou cenu dříví, takže v konečném efektu by sice zadavatel jako nejvhodnější nabídku vybral právě tohoto uchazeče, ale celkové plnění by pro zadavatele bylo mnohem méně výhodné než plnění od jiného uchazeče.
34. Závěrem svého vyjádření navrhl zadavatel **zamítnutí rozkladu a potvrzení rozhodnutí Úřadu.**

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 SŘ napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO ze dne 18. 4. 2008, zastavil předmětné správní řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

K výroku I. rozhodnutí

37. V otázce zastavení správního řízení předně uvádím, že jsem se ztotožnil s názorem Úřadu, že v tomto případě je namístě aplikovat ustanovení § 118 ZVZ, konkrétně závěr tohoto ustanovení „jinak řízení zastaví“.
38. **Podle § 118 ZVZ** „Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, **jinak řízení zastaví.**“ V daném případě v souladu s touto zákonnou dikcí Úřad správně dovodil, že zadavatel sice stanovil jistotu ve výši překračující 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž nedodržel postup stanovený § 67 odst. 1 ZVZ, avšak tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.
39. Zcela souhlasím se závěry odůvodnění Úřadu, pokud na principu volného uvážení vyhodnotil jednotlivé námitky navrhovatele vznesené proti zadávacímu řízení v rámci předmětné veřejné zakázky.
40. V této souvislosti poukazuji na to, že Úřad při svém rozhodování využívá svého **diskrečního oprávnění**, v rámci něhož klade důraz na hodnocení důsledků případného porušení zákona zadavatelem. Správní uvážení představuje významný institut správního práva, který v sobě propojuje rovinu právní a faktickou, rovinu abstraktních úvah a rovinu konkrétní rozhodovací činnosti. **Podstatu správního uvážení lze spatřovat v tom, že se vznikem nebo existencí určitých podmínek nespojuje příslušné ustanovení právního předpisu nutnost nastoupení jediného možného právního následku, a naopak ponechává subjektu vykonávajícímu veřejnou správu určitý prostor pro formulaci vlastního řešení – rozhodnutí.** Veřejná správa, regulující, chránící a sloužící ve velmi rozsáhlém okruhu

společenských vztahů, nemůže vystačit pouze s příslušnými právními úpravami, neboť ty nikdy nemohou předvídat, obsáhnout a řešit všechny různorodé situace a problémy, které v okruhu spravovaných záležitostí mohou nastat. V daném případě je otázka, zda porušení ovlivnilo, mohlo ovlivnit či neovlivnilo, pouze v rukou rozhodovacího orgánu, který věc posuzuje z hlediska svého vlastního uvážení v kontextu s dalšími okolnostmi daného případu.

41. Správní uvážení se projevilo v posouzení Úřadu ve vztahu **k vymezení předmětu veřejné zakázky**, pokud konstatoval, že nebylo v moci zadavatele stanovit rozsah předmětu veřejné zakázky v době jejího zadávání zcela přesně tak, jak tomu bude ve skutečnosti. V rámci svých možností však zadavatel zadal předmět veřejné zakázky s dostatečnou přesností tak, aby uchazeči mohli v plném rozsahu zpracovat své nabídky. Považují proto závěr Úřadu ohledně toho, že zadavatel neporušil ZVZ při vymezení předmětu veřejné zakázky za správný. Tento závěr dovodil Úřad v rámci aplikace správního uvážení a správně uzavřel, že předmět veřejné zakázky byl vymezen s dostatečnou přesností. Otevřen zůstal prostor pro uchazeče, respektive pro jejich management, aby odrazili své zkušenosti při zpracování své nabídky. Pokud by si chtěli vytvořit rezervu odrazilo by se to na jejich vyšší nabídkové ceně, pokud s vědomím nižších zisků, by se rozhodli pro druhou variantu, nabídli by nabídkovou cenu nižší.
42. K námitkám navrhovatele k vymezení předmětu veřejné zakázky dále uvádím, že zadavatel v zadávací dokumentaci definoval, co se rozumí pěstebními a těžebními činnostmi. Příloha č. 2 obsahuje detailní souhrn pěstebních činností a těžebních činností, které jsou specifikovány jak co do přesného popisu jejich činností, tak i do jejich rozsahu. U každé konkrétní požadované činnosti je jednoznačně stanoven počet měrných jednotek, které zadavatel v rámci předmětu veřejné zakázky požaduje splnit. Místo plnění předmětů veřejných zakázek je vždy specifikováno číselným označením SÚJ, a to včetně mapových podkladů. Uchazeči tedy měli jednoznačné a přesné informace o místě plnění veřejné zakázky. Zadavatel v čl. VII odst. 1 Smlouvy o poskytování lesnických činností stanovil, že rozsah pěstebních činností stanovených v Pěstebním projektu pro první kalendářní rok plnění a poměr technologií stanovených v Těžebním projektu pro první kalendářní rok plnění se nesmí podstatným způsobem odlišovat od odpovídajícího rozsahu pěstebních činností a poměru technologií stanovených v sumářích, které byly součástí zadávací dokumentace. Jak vyplynulo z čl. VII odst. 1 Smlouvy o poskytování lesnických činností, rozsah předmětů veřejných zakázek je detailně uvedený v sumářích v zadávací dokumentaci. Zadavatel současně stanovil, že rozsah předmětu uvedený v sumářích se nebude v prvním roce plnění smluv podstatným způsobem odlišovat od skutečných rozsahů předmětů jednotlivých veřejných zakázek. Rozsah předmětů veřejných zakázek se tak nemá v prvním kalendářním roce plnění smluv podstatným způsobem odlišovat od skutečných rozsahů předmětů jednotlivých veřejných zakázek stanovených v Projektech.
43. Co se týče fiktivních porostů (tj. porostů, na nichž budou prováděny mimořádné těžební práce, jejichž případnou potřebu, rozsah ani umístění zadavatel v okamžiku veřejné zakázky nezná a znát ani nemůže, neboť se jedná o mimořádné a nepředpokládané práce), pak cena za provedení těžby těchto porostů nebyla předmětem hodnocení. S tím, že zadavatel nezná přesný rozsah těchto prací, byli uchazeči seznámeni, na rozdíl od řádných těžebních prací, které naopak zadavatel

přesně a detailně specifikoval. Dovožuji tedy, že jistou neurčitost lze spatřovat v rozsahu těžebních prací na fiktivních porostech. Z předložené dokumentace jsem zjistil, že ceny za provedení těžebních prací ve „fiktivním porostu“ nejsou předmětem hodnocení nabídek. Cena za provedení těchto případných prací bude vycházet z odpovídajících jednotkových cen vybraného uchazeče za provedení příslušných těžebních prací v té SÚJ, v jaké se bude „fiktivní porost“ nacházet.

44. Pokud si zadavatel vyhradil v rámci „jiných požadavků“, že budou-li uchazeči realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatelů, mají povinnost doložit v nabídce oboustranně **podepsanou smlouvu mezi uchazečem a subdodavatelem** o způsobu jeho podílu na realizaci veřejné zakázky, nespátřuji v tomto rozpor se ZVZ. Naopak tuto variantu připouští ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ, podle něhož je přípustné, aby uchazeč zadal část, resp. části veřejné zakázky, jež mu byla zadána, třetí osobě. V takovém případě jsou odpovídající části veřejné zakázky řešeny prostřednictvím subdodávek. Informace o plánovaném subdodavatelském řešení veřejné zakázky může mít pro zadavatele význam, a to zvláště tehdy, mají-li být činnostmi třetích osob plněny podstatné části zakázky. Identifikace subdodavatelů písemným potvrzením ve formě smlouvy uzavřené mezi uchazečem a subdodavatelem je tedy zcela v souladu se ZVZ.
45. Jsem toho názoru, že skutečnost, že zadavatel v rámci dalších požadavků, týkajících se veřejné zakázky si vyhradil, že uchazeči jsou povinni v nabídce **doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C)** a zařadil tuto podmínku pod § 44 odst. 8 ZVZ, ačkoliv správně měl být tento požadavek podřazen mezi technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ, tato skutečnost nemá žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu. Proto i v tomto směru nedošlo zadavatelem k porušení ZVZ.
46. **K námitce doložit v nabídce k veřejné zakázce subdodavatelskou smlouvu, doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů a licenci dodávám dále následující.**
47. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona mj. stanoví, že zadávací dokumentací se rozumí soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Z ustanovení § 44 odst. 3 písm. e) zákona vyplývá, že zadávací dokumentace musí mj. obsahovat podmínky a požadavky zadavatele na zpracování nabídky. Podle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech, obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Z toho vyplývá, že zadavatel musí nebo minimálně může v zadávací dokumentaci uvést další podmínky a požadavky na zpracování nabídky, které se týkají nebo které souvisejí se zadávaným předmětem.
48. Jednou z takových dalších podmínek může být i požadavek na prokázání existence subdodavatelského vztahu, počítá-li uchazeč s realizací (konkretizované) části veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele. Lze souhlasit s navrhovatelem, že jde proti smyslu subdodavatelského vztahu (který se pochopitelně bude realizovat pouze za předpokladu, že daný uchazeč veřejnou zakázku v soutěži získá), aby ještě předtím, než bude vítězství navrhovatele zajištěno, mezi navrhovatelem a subdodavatelem vznikl závazek o provedení příslušné části díla. Přesto však smlouva mezi uchazečem

a subdodavatelem nemusí mít výše zmíněný charakter, tj. nemusí se jednat přímo o samotnou smlouvu o dílo, jejímž předmětem budou konkrétní lesnické činnosti, nýbrž postačí, jedná-li se např. jen o smlouvu o smlouvě budoucí či pouhé stvrzení subdodavatele, že je o svém postavení srozuměn a dává uchazeči souhlas k tomu, aby jej jako subdodavatele (kterým není prokazována kvalifikace) do své nabídky uvedl.

49. Pokud by Úřad přijal výklad zákona tak, jak jej navrhovatel předestřel v podaném rozkladu, znamenalo by to, že uchazeč, který hodlá plnit předmět veřejné zakázky nebo jeho část pomocí subdodavatelů (v případě, že se nejedná o prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele podle § 51 odst. 4 zákona), uvede v nabídce naprosto nezávazně identifikační údaje subdodavatelů, kteří však pro případ uchazečova vítězství nebudou zavázáni dostát svým povinnostem a příslušnou část plnění předmětu veřejné zakázky řádně a včas poskytnout. Může tak docházet jednak k uvádění fiktivních subdodavatelů, jednak k záměrnému uvádění subdodavatelů bez jejich vědomí, a to dokonce s úmyslem dosáhnout jejich vyloučení podle § 69 odst. 3 zákona v případě, kdy i oni sami podají nabídku (podle § 69 odst. 2 zákona nesmí být dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení).
50. Přestože v daném případě žádná z uvedených situací nenastala, uvádím, že se z pohledu rozhodovací činnosti Úřadu nejedná o hypotetické případy. Z tohoto ohledu vnímám podobně jako Úřad potřebu veřejných zadavatelů shora popsaným situacím předcházet. Pokud ostatní veřejní zadavatelé postupují obdobným způsobem, jako to v přezkoumávaném případě učinil zadavatel (tj. požadavkem na předložení smlouvy, na kterou zadavatel nekladal žádné zvláštní požadavky, a tudíž se mohlo jednat i o předběžnou smlouvu o budoucí spolupráci nebo jen vyjádřený souhlas s uvedením jako subdodavatele v nabídce), rozhodně nelze vytýkat, že by se jednalo o postup v rozporu se ZVZ.
51. V otázce **stanovení hodnotícího kritéria** nejnižší nabídkové ceny taktéž dávám za pravdu Úřadu a ztotožňuji se s argumentací obsaženou v napadeném rozhodnutí. Vzhledem ke specifčnosti obsahu předmětné veřejné zakázky nebylo možné z ekonomického a funkčního hlediska vzájemně oddělit vlastní plnění předmětu veřejné zakázky, které spočívalo v provedení pěstebních činností, dodávce sadebního materiálu a provedení těžebních činností od prodeje dříví zadavatele příslušnému uchazeči. Záměrem zadavatele bylo zjištění vlastní výhodnosti nabídek, která nemůže být v daném případě zjištěna jinak, než rozdílem mezi souhrnem zadavatelem požadovaných služeb a prodeje dříví příslušnému uchazeči. K námitce navrhovatele ohledně možnosti zvolení hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky namísto kritéria nejnižší nabídkové ceny plně odkazují na odůvodnění obsažené na straně 19 čtvrtý odstavec napadeného rozhodnutí, v němž se Úřad dostatečně právě touto otázkou zabíral.
52. S ohledem na obsah zadávací dokumentace i obsahy jednotlivých nabídek konstatuji, že dodavatelé měli jasnou představu, jak mají připravit nabídku, která by vyhověla zadávacím podmínkám. Zadavatel stanovil požadavek na zpracování nabídkové ceny v širším smyslu, tzn. s odkupem dříví, nebo z ekonomického hlediska nebylo možné cenu služeb a cenu dříví vytěženého na konkrétní smluvní jednotce oddělit. Takto konstruovaná nabídková cena, tzn. rozdíl ceny služeb a ceny dříví určovala výhodnost nabídky a odpovídala charakteru veřejné zakázky. Kdyby zadavatel nezahrnul cenu

dříví do celkové nabídkové ceny a hodnotil pouze cenu služeb bez prodeje dřeva, mohlo by dojít k deformaci výsledku výběrového řízení a tímto postupem by mohlo dojít k tomu, že by byla vybrána nabídka, která by zadavateli nezaručila co nejmenší výdej jeho finančních prostředků (za splnění jím požadovaných služeb) a zároveň co nejvyšší příjem tržeb (z prodeje dříví). Vzorec, který zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci, odpovídal charakteru veřejné zakázky a potencionální dodavatele informoval zcela jasně o tom, jakým způsobem bude zadavatel hodnotit nabídky.

53. Pokud se navrhovatel odvolává na rozhodnutí Úřadu R228/2007/02-05161/2008/310-KK, uvádím, že tato argumentace je zcela irelevantní, neboť předmětné rozhodnutí se týká pouze problematiky stanovení výše kauce a ta je zákonem taxativně vymezena.
54. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem uzavírám, že zadavatel při stanovení základního hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny nepostupoval v rozporu se zákonem.
51. Namítané **průtahy v řízení** akceptuji, avšak způsobeny byly tyto průtahy objektivní situací, spočívající v abnormálním počtu nápadu věcí koncem roku 2007 a počátkem roku 2008. Tato situace byla ještě komplikována doměřováním kaucí, podávanými rozklady proti rozhodnutím o předběžných opatřeních, přibíráním nových účastníků do řízení atd. S ohledem na neobvykle velký rozsah a množství dílčích úkonů, nebylo v možnostech Úřadu v této situaci vždy dostat zákonným lhůtám.
52. Vzhledem k tomu, že veškeré potřebné informace byly dostupné z předložené zadávací dokumentace, jakož i dalších předložených podkladů, nebylo třeba přistoupit k **doplnění dokazování** formou znaleckého posudku. V tomto směru proto Úřad postupoval správně, pokud návrhu na ustanovení znalce nevyhověl, neboť doplnění dokazování znaleckým posudkem by bylo v případě tohoto řízení zcela nadbytečné. Ze stejných důvodů nebylo třeba ve věci nařizovat ústní jednání. Zdůvodnění rozhodnutí Úřadu v tomto směru považuji za zcela dostačující.

K výroku II. rozhodnutí

53. Jak stanoví § 119 odst. 2 ZVZ, součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Podle § 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 ZVZ o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, činí 30 000,- Kč. S uložením náhrady nákladů řízení v případech jiných způsobů rozhodování vyhláška nepočítá, a tudíž zastaví-li Úřad správní řízení proto, že nebylo shledáno porušení zákona na straně zadavatele, povinnost uhradit náklady řízení nevzniká.
54. Pro úplnost uvádím, že uložení náhrady nákladů správního řízení v případech, kdy se zadavatel nedopustil porušení zákona, by zcela popíralo základní účel a smysl, proč byl institut náhrady nákladů řízení do zákona zaveden. Tomuto závěru koresponduje i obdobný institut v § 79 odst. 5 SŘ. Podle posledně zmíněného ustanovení SŘ povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou uloží správní orgán účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti.

55. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že Úřad nepochybil, když zadavateli neuložil uhradit náklady správního řízení podle § 119 zákona.

V. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se ZVZ a SR, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
57. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

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

Obdrží:

1. Lesy České republiky, s. p., Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové
2. JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát, advokátní kancelář Gleiss Lutz v. o. s., náměstí Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

