Č. j. S259/2008/VZ-24820/2008/510/IF V Brně dne 8. prosince 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 22.9.2008 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ: 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Jiřím Novákem, generálním ředitelem,

- vybraný uchazeč – Opavská lesní a. s., IČ 45193177, 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, advokátní kancelář Gleiss Lutz v. o. s., se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „JŘBU kalamita na SÚJ Opava – Emma – 106211“, zadávané výzvou ze dne 2.5.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **rozhodl takto**:

I.

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p. – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, když uzavřel smlouvu s vybraných uchazečem Opavská lesní a. s., na veřejnou zakázku „Smlouva o provedení činností č. 106/211/2008“, na základě výsledků jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) cit. zákona o veřejných zakázkách, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, čímž nedodržel postup podle § 21 odst. 2 téhož zákona a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

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

pokuta ve výši 40 000,– Kč (čtyřicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2590850001.

Odůvodnění

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 421 96 451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Jiřím Novákem, generálním ředitelem (dále jen „zadavatel“), zadal veřejnou zakázku „JŘBU kalamita na SÚJ Opava – Emma – 106211“ výzvou ze dne 2.5.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“).

V rámci správního řízení, které bylo zaevidováno pod č.j. S172/2008, Úřad zjistil, že zadavatel uzavřel dne 7.5.2008 „Smlouvu o provedení činností č. 106/211/2008“ s vybraným uchazečem Opavská lesní a. s., v jednacím řízení bez uveřejnění. Vzhledem k tomu, že námitky společnosti CE WOOD, a. s., IČ 607 45 479, se sídlem Zlínské Paseky 3662, 760 01 Zlín nebyly doručeny zadavateli do doby uzavření smlouvy, nebyla jmenovaná společnost oprávněnou osobou pro podání návrhu, a tudíž Úřad správní řízení vedené pod č.j. S172/2008, zastavil.

Po posouzení předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

Ve lhůtě pro podání nabídek stanovené ve výzvě ze dne 2.5.2008 zadavatel obdržel nabídky 3 uchazečů. V rámci prvního jednání hodnotící komise proběhlo otevírání obálek s nabídkami. Hodnotící komise shledala všechny nabídky jako úplné podle ust. § 71 odst. 8 zákona a žádnou z nich nevyřadila.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6.5.2008 vyplývá, že hodnotící komise vybrala na základě hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena jako nejvhodnější nabídku uchazeče Opavská lesní a. s., IČ 45193177, 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, advokátní kancelář Gleiss Lutz v. o. s., se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč Opavská lesní“ nebo „vybraný uchazeč“).

Dne 6.5.2008 zadavatel rozhodl na základě doporučení hodnotící komise, že nejvhodnější nabídku předložil vybraný uchazeč Opavská lesní.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč Opavská lesní a. s.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S259/2008/VZ-18865/2008/510/IF ze dne 17.9.2008.

Současně Úřad usnesením č.j. S259/2008/VZ-188696/2008/510/IF ze dne 17.9.2008 mimo jiné stanovil účastníkům řízení podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, lhůtu ve které jsou účastníci řízení oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu podle § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 39 odst. 1 cit. správního řádu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dále Úřad usnesením č.j. S259/2008/VZ-19566/2008/510/IF ze dne 26.9.2008 prodloužil vybranému uchazeči Opavská lesní podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, lhůtu ve které je účastník řízení oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a to do 29.9.2008.

Dne 22.9.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno oběma účastníkům řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

Dne 30.9.2008 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření, jímž odkázal na svá stanoviska ze dne 23.6.2008, 26.6.2008, 17.7.2008, 22.8.2008 a 30.9.2008, která si Úřad vyžádal v rámci správního řízení vedeného pod č.j. S172/2008 a sdělil, že v předmětné věci nebude činit již žádné návrhy a důkazy. Stanoviska zadavatele a vybraného uchazeče Opavská lesní a. s. ze dne 1.10.2008 jsou uvedena níže, v příslušné části tohoto odůvodnění.

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

K problematice použití JŘBU na odstranění kalamitního dříví

<u>Argumentace zadavatele</u>:

Zadavatel je přesvědčen, že v předmětném zadávacím řízení neporušil svými úkony žádnou povinnost stanovenou zákonem. Zadavatel v souvislosti s řešením následků vichřice Emma v rámci SÚJ 10601 zadal veřejnou zakázku na zpracování kalamity a koupi dříví v JŘBU dle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Zadavatel postupoval tak, že vyzval k jednání o podmínkách na plnění zakázky 3 dodavatele, kteří podali nabídku na plnění veřejné zakázky. Nabídky byly hodnoceny, přičemž s uchazečem, který podal nejvýhodnější nabídku, byla uzavřena smlouva na přechodné období, tj. do doby zpracování následků vichřice Emma. V souvislosti s nutností odstranit kalamitní stav vyvolaný vichřicí Emma byly naplněny podmínky pro zadání zakázek na zpracování dřeva postiženého kalamitou v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť kalamitní stav (a jeho rozsah) zadavatel nemohl objektivně předvídat a s ohledem na hrozící ekonomické škody a ekologické ztráty nebylo možné veřejnou zakázku s tímto stavem související zadat v jiném druhu zadávacího řízení, vzhledem k rozsahu kalamity nebylo možno situaci řešit ani v rámci stávajícího smluvního vztahu.

Zadavatel dále uvedl, že po zásahu území ČR větrnou vichřicí Emma, která způsobila rozsáhlé škody na lesních porostech, mj. na smluvní územní jednotce 10601, byl nucen neprodleně přistoupit k okamžité likvidaci následků této objektivní události, a to zejména z následujících důvodů:

– na předmětné SÚJ trvalo ohrožení života a zdraví, zejména návštěvníků lesa, neboť v důsledku větrné kalamity se v lese vykytovaly stromy zcela nebo částečně vyvrácené a stromy zlomené či nalomené v dolní nebo horní polovině kmene, dále stromy nakloněné a zavěšené v korunách jiných stromů. Z hlediska bezpečnosti osob a majetku hrozil především pád nalomené části stromu, neočekávané vyvrácení a pád nakloněných stromů nebo stromů s potrhaným či jinak poškozeným kořenovým systémem, přimáčknutí polovyvrácenými stromy apod. Stupeň nebezpečí byl mnohem vyšší zejména v oblastech s půdou nasáklou vodou,
– oprávněně hrozily ekonomické ztráty, které by zadavateli vznikly, pokud by nebylo bezodkladně započato s vytěžováním vyvrácených stromů a polomů, neboť kvalita kalamitou poškozeného dříví rychle klesá (modrání dřeva, trhání vláken v pnoucích se stromech, vysychání dřeva a tvorba prasklin a další),
– hrozby ekologické katastrofy – v případě, kdy by zadavatel nezačal zpracovávat kalamitní dříví včas, s ohledem na příznivé počasí pro vývoj kůrovců (lýkožrout smrkový) by vážně hrozilo napadení kalamitou poškozených stromů kůrovcem a následně jejich rozšíření do okolních zdravých lesních porostů. Vzhledem k rychlosti vývoje a populační dynamice kůrovců ve smrkových porostech bylo nutno začít se zpracováním kalamity bezodkladně. Jakékoli prodlení by způsobilo vážné následky. K účinnému boji proti kůrovcům nestačilo pouhé zpracování poškozených stromů (pokácení, odvětvení a manipulace), ale bylo nezbytné dříví také přiblížit na odvozní místo a odvést nebo asanovat (odkornit nebo ošetřit chemickými přípravky),
– hrozby sankcí ze strany státní správy lesa v případě nezpracování kalamity ve lhůtách stanovených zákonem č. 289/1995 Sb., o lesích (dále jen „lesní zákon“). Nahodilá těžba musí být v oblastech s nadmořskou výškou do 600 m.n.m. přednostně zpracována.

Zadavatel se domnívá, že živelná pohroma v podobě vichřice je nepochybně jedním z oprávněných použití předmětného ustanovení, neboť se nepochybně jedná o krajně naléhavý případ. Po technickém posouzení situace na dané SÚJ dospěl zadavatel k závěru, že s ohledem na výše uvedené důvody a zejména z časových důvodů nebylo možné zadat zakázku v jiném druhu zadávacího řízení. Zadavatel uvádí, že ze Smlouvy uzavřené na lesnické činnosti pro období od 1.1.2008 vyplývá oprávnění zadavatele jednostranně za daných okolností změnit projekt a trvat na zpracování kalamity za podmínek stanovených smlouvou. Toto oprávnění však nezakládá povinnost zadavatele takovým způsobem postupovat, obzvláště za situace, kdy dané území postihne kalamita, která způsobí okamžité nepředvídané a mnohonásobné zvýšení kalamitní nahodilé těžby. Zadavatel zastává názor, že nemůže být nucen využít oprávnění vyplývající ze smlouvy i na plnění, které svým objemem přesahuje míru odpovídající běžným okolnostem a vyžaduje rychlé odstranění objektivně vzniklých škod. Smyslem ustanovení čl. VII. odst. 3 Smluv o provedení lesnických činností je především řešení situací, kdy se na daném území vyskytne kalamita běžného rozsahu odpovídající následkům např. mokrého sněhu, silnému dešti či větrné vichřici menší intenzity. Následky vichřice či orkánu, které způsobují výrazná a rozsáhlá poškození lesních porostů je třeba řešit individuálně s ohledem na jejich povahu a rozsah. Zadavatel v daném případě, v souladu s ust. článku XXI odst. 2 Smlouvy, která konkrétně stanoví: „Obě smluvní strany se zavazují bez zbytečného odkladu jednat o změně této smlouvy anebo Dílčí smlouvy

v případech kalamitního poškození lesních porostů, změn LHPL nebo omezení či zastavení těžební činnosti z důvodu ohrožení životního prostředí či z jiných důvodů stanovených právními předpisy a bez zbytečného odkladu, nejpozději však do jednoho měsíce od výzvy Lesů ČR, uzavřít oboustranně přijatelnou změnu Smlouvy, která bude odpovídat změněným podmínkám plnění…“, zahájil jednání se smluvním partnerem, jehož výsledkem bylo přijetí konsensu v podobě postupu zvoleného pro zpracování následků vichřice Emma. V případě, že by zadavatel přistoupil k extenzivnímu výkladu ustanovení čl. VII odst. 3 Smlouvy, mohl by předpokládaný rozsah nahodilých těžeb za předpokládanou dobu trvání smlouvy (3 roky) být vyčerpán např. již po 2 letech či ještě dříve a zadavatel by se tak ocitl ve stavu, kdy by byl nucen Smlouvu předčasně ukončit.

Smlouva na střednědobou zakázku na SÚJ Opava byla podepsána dne 1.4.2008. Smluvní partner byl nucen zpracovat roční etát plánované těžby v období 9 měsíců, oproti původně předpokládaným 12, neboť ke snížení objemu projektovaných těžebních činností nedošlo. V rámci střednědobé zakázky na předmětnou SÚJ činila projektovaná nahodilá těžba pro rok 2008 v předaných projektech 102.045 m^3 z celkových 113.303 m^3, tedy 93 %. Objem roční těžby ze zadávacího řízení, která byla v zadávacím řízení vymezena tzv. sumářích, činil 109.667 m^3, nárůst v předaných projektech oproti předpokládané těžbě dle sumářů byl způsoben potřebou zpracování souší vzniklých v důsledku napadení kalamitními škůdci – kůrovci. Z objemu nahodilé těžby činil předpokládaný objem zlomů a vývratů pouze 5.200 m^3, zbylý objem nahodilé těžby je tvořen soušemi. Lesní porosty na SÚJ 10601 Opava jsou poškozeny houbou václavkou a trvale dochází k jejich postupnému odumírání a tvorbě zmíněných souší. Souše je nezbytně nutné průběžně zpracovávat, v opačném případě hrozí vysoké riziko vzniku ekologické i ekonomické újmy. Vlivem oslabení napadených porostů totiž dochází k druhotnému napadení podkorním hmyzem, který v daných podmínkách dosahuje až kalamitních rozměrů. Jakákoli prodleva ve zpracování takto poškozeného dříví vede k rozvoji a gradaci druhotného napadení až do kalamitních rozměrů. Vichřicí Emma byla způsobena další nahodilá těžba spočívající ve vývratech a zlomech ve výši cca 13.500 m^3, což znamenalo nárůst tohoto druhu nahodilých těžeb na 259 %. Smluvní partner, který na předmětné SÚJ prováděl těžební práce, zpracoval část kalamitní těžby spočívající ve vývratech a zlomech až do výše přesahující projektovaný roční podíl.

Je pravdou, že zadavatel mohl v souladu se smlouvou navýšit objem nahodilých těžeb až na 120 % původní plánované roční těžby a v daném čase jednostranně zadat smluvnímu partnerovi zpracování veškerých následků vichřice Emma na předmětné SÚJ, avšak neučinil tak, a to z následujících důvodů:

- projektovaná roční těžba v předaných projektech již převyšovala roční etát celkového objemu těžeb, přičemž smluvní partner mohl začít s těžebními činnostmi až 1.4.2008, tedy 3 měsíce po předpokládaném termínu zahájení plnění, čímž byl oproti jiným značně znevýhodněn,
- bylo zřejmé, že do konce roku 2008 bude nutné zpracovat projektovanou nahodilou těžbu v kategorii souše v plném rozsahu. Navýšením objemu těžeb o neplánovanou nahodilou těžbu z kalamity Emma by si zadavatel uzavřel možnost navýšit v průběhu roku zpracování kůrovcem napadených souší bez rizika ukončení smlouvy ze strany smluvního partnera, přičemž zpracování těchto souší musí být s ohledem na vývoj kůrovců provedeno ve velmi krátkých lhůtách, obvykle 5 – 15 dní,
- smluvní partner prohlásil, že zbývající část vývratů a zlomů v objemu cca 10.330 m^3 není schopen v požadovaných termínech za podmínek stávající smlouvy zpracovat,

- pokud by zadavatel trval na zpracování kalamity v intencích střednědobé smlouvy, nebyl by smluvní partner schopen plnit, dostal by se do prodlení a hrozila by tak škoda spočívající v ekonomických ztrátách a v podobě kalamity – přemnožení kůrovce. Zadavatel by byl za této situace nucen od smlouvy odstoupit a ocitl by se tak ve stavu, kdy by zcela nebylo zajištěno provádění veškerých lesnických činností. Vzhledem k situaci na trhu s dřívím lze důvodně předpokládat, že vysoutěžené ceny v nové zakázce by byly mnohem vyšší než ceny vzešlé ze střednědobé zakázky. Tím by zadavateli vznikly mnohem vyšší náklady,
- shora uvedené tvrzení, že smluvní partner by nebyl schopen smlouvu plnit jednoznačně dokládá skutečnost, že někteří smluvní partneři své smluvní závazky neplnili a zadavatel byl nucen od smluv odstoupit, aby zabránil vzniku dalších škod,
- zadavatel rovněž zohlednil rizika „kalamitního“ plnění spočívající v odlišných cenách, kvalitě dříví, nutnosti použití odlišných technologií, větší riziko a odpovědnost dodavatele, časové hledisko – termín zpracování do 30.6.2008 a také zákonnou povinnost postupovat při hospodaření v lesích s náležitou péči.

Zadavatel také doložil podrobný rozbor následků větrné kalamity Emma na SÚJ 10601 Opava. Soutěžené výkony PČ (pěstebních činností) dle nabídkového souboru: TČ (těžebních činností): 10.330 m^3 kalamitního dříví. Popis rozsahu kalamity (NT – nahodilá těžba) a jeho porovnání s ročním projektem předaným při podpisu smlouvy:

Projektovaná roční těžba celkem na SÚJ na rok 2008 činí 109.667 m^3.
Projektovaná nahodilá těžba v předaných projektech činila 102.045 m^3 (93,1 % těžeb).
Z toho předpokládaný objem zlomů a vývratů činil pouze 5.200 m^3.
Vichřicí Emma byla způsobena NT ve výši cca 13.500 m^3 – zlomů a vývratů oproti NT – zlomy a vývraty předpokládané v projektech (5.200 m^3), což znamenalo nárůst NT – zlomy a vývraty ve výši 259 %.

Tak výrazný objem NT – zlomů a vývratů po vichřici Emma nebyl součástí projektů předaných při podpisu smlouvy. Smluvní partner nebyl schopen tak výrazně navýšený objem oproti projektu předaném při podpisu smlouvy zpracovat. Pokud by toto kalamitní dříví nebylo zpracováno a zůstalo ležet v lese, došlo by k jeho uschnutí a k jeho dalšímu znehodnocení. Navíc i vzhledem k situaci v okolních porostech hrozilo na poškozených stromech namnožení lýkožrouta smrkového (kůrovce) a jeho následné šíření do okolních, zdravých porostů, tedy dalším výrazným škodám a nutnosti provádět mnohem více ochranných opatření (instalace kůrovcových lapačů, kladení kůrovcových lapáků, postřik insekticidy, odkorňování kmenů), přičemž na takové činnosti by zadavatel byl nucen vynaložit vysoké finanční prostředky. Včasná likvidace kalamitního dříví je optimální způsob ochrany lesa před hrozícím nebezpečím kůrovcové kalamity. Termíny pro likvidaci pro kůrovce atraktivního dříví předepisuje vyhláška č. 101/1996 § 4 odst. 3 – veškeré polomy, vývraty a dříví atraktivní pro rozvoj škůdců vzniklé do 31. března musí být zpracovány nebo asanovány nejpozději do 31. května, v lesních porostech, které alespoň částečně zasahují do polohy nad 600 m nadmořské výšky, do 30. června kalendářního roku).

Zadavatel se k zahájení správního řízení z vlastního podnětu vyjádřil v tom smyslu, že již nebude navrhovat důkazy či činit jiné návrhy než uvedl v řízení vedeném pod sp. zn. S172/2008 a dále setrvává na svém stanovisku, že při zadávání veřejné zakázky „Opava – Emma“ se nedopustil porušení zákona a proto navrhuje, aby Úřad předmětné řízení zastavil.

Jako přílohu svého dopisu zaslal prostou kopii vyjádření doc. Petra Zahradníka, CSc. z Výzkumného ústavu lesního hospodářství a myslivosti. Ve svém vyjádření jmenovaný uvádí, že živelná kalamita v březnu tohoto roku (Emma) způsobila v rámci České republiky polomy o rozsahu cca 3,5 mil. m^3, z toho téměř 2 mil. m^3 u státního podniku Lesy ČR, který se tak zařadil mezi nejvíce poškozené majetky. Takové množství poškozené hmoty, společně s přetrvávajícími dopady předchozího orkánu Kyrill (leden 2007), dále zhoršilo celkovou situaci a představovalo značné riziko v ochraně lesa. Vzhledem k období, kdy k poškození porostů došlo, byly vytvořeny doslova ideální podmínky pro masivní namnožení podkorního hmyzu, zejména kůrovců, kteří následným napadením okolních porostů mohou způsobit poškození, jež může svou výši přesáhnout i škody ze samotné živelné kalamity. Jedinou účinnou obranou proti tomuto nebezpečí je včasné zpracování nahodilé těžby tak, aby se omezila nabídka tzv. atraktivního dříví pro kůrovce. V případě, že po začátku období letové aktivity kůrovců k napadení dřevní hmoty dojde, je nezbytné tuto hmotu včas zpracovat a asanovat, aby nedošlo k rozmnožení kůrovců a výletu následné generace do okolí. Včasnost zpracování je pro celý systém ochrany lesa proti kůrovcům naprosto zásadní.

Argumentace vybraného uchazeče Opavská lesní a. s.

Vybraný uchazeč Opavská lesní se domnívá, že byly dány zákonné podmínky, za nichž by bylo možno veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V tomto smyslu se odkazuje na znalecký posudek prof. Ing. Oldřicha Mauera, Dr.Sc z Ústavu zakládání a pěstění lesů MZLU ze dne 24.8.2008, který si nechal Úřad v této věci vyhotovit, a s jehož závěry se plně ztotožňuje. Opavská lesní trvá na tom, že smlouva se zadavatelem uzavřená na základě předložené nabídky v jednacím řízení bez uveřejnění je platná.

Závěry Úřadu k problematice použití JŘBU při odstraňování kalamitního dříví

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

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

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

1. existence krajně naléhavého případu – je třeba vycházet z předpokladu, že se musí objektivně jednat o případ, který má nejen atribut naléhavosti, ale tato naléhavost dosahuje značné intenzity. K naplnění tohoto požadavku dojde mj. tehdy, kdy hrozí škody velkého rozsahu a zadávání veřejné zakázky v jiném zadávacím řízení není z časových důvodů možné,
2. jednání zadavatele nebylo příčinou vzniku krajně naléhavého případu, tzn. zadavatel se nesmí na vzniku konkrétní situace podílet,
3. krajně naléhavý případ nemohl zadavatel předvídat, tzn. zadavatel nebyl objektivně schopen předvídat vznik krajně naléhavého stavu,

4. z časových důvodů není možné použít jiný druh zadávacího řízení.

Zadavatel vyzval tři dodavatele výzvou ze dne 30.4.2008 k jednání ve veřejné zakázce „Opava - Emma, SÚJ 10601“ v jednacím řízení bez uveřejnění.

V odůvodnění pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedl zadavatel následující:

- trvající ohrožení života a zdraví návštěvníků lesa v důsledku větrné kalamity, v lese se vyskytují stromy zcela nebo částečně vyvrácené a stromy zlomené či nalomené v dolní nebo horní polovině kmene, dále stromy nakloněné a zavěšené v korunách jiných stromů atd.,
- zamezení vzniku hospodářských a ekonomických škod a ztrát zadavatele, pokud se vyvrácené stromy a polomy nevytěží, kvalita dříví výrazně poklesne či se dřevní hmota zcela znehodnotí,
- hrozba ekologické katastrofy, v případě že nedojde k včasnému zpracování dřevní hmoty a za trvajícího příznivého počasí pro vývoj kůrovců hrozí brzké napadení kalamitou poškozených stromů kůrovci a následně jejich rozšíření do okolních zdravých lesních porostů,
- zabránění dalším významným hospodářských škodám dle ust. § 4 vyhlášky Mze č. 101/1996 Sb. gradací kůrovců zpracováním kalamitního dříví,
- maximální ochrany lesa, dodržení ust. § 33 zákona č. 289/1995 Sb.,
- hrozba sankce ze strany státní správy lesa v případě nezpracování kalamity ve lhůtách stanovených zákonem o lesích,
- využití výhodných klimatických podmínek ve snaze minimalizovat riziko poškození lesa v období a podmínkách nevhodných pro zpracování nahodilých těžeb.

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

Hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena, která byla tvořena součtem jednotlivých dílčích nabídkových cen.
Dílčí nabídkové ceny jsou:

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

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

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

Zadavatel v rámci „střednědobých tendrů“, to znamená veřejných zakázek, které byly zadány v otevřených řízeních, vyhlášených v srpnu roku 2007, uzavřel smlouvy na lesnické

práce s dobou plnění předmětu veřejné zakázky na tři roky (2008-2010), v nichž byla uvedena možnost nahodilých těžeb v důsledku živelných událostí.

Na předmětné jednotce uzavřel zadavatel nedatovanou Smlouvu o provádění lesnických činností č. 106/001/2008“ (dále jen „Smlouva“) se společností LESS & FOREST s. r. o. V části II. – PROVEDENÍ LESNICKÝCH ČINNOSTÍ je v článku VII. Projekty uvedeno:
3. Lesy ČR jsou oprávněny provádět jednostranně v nezbytně nutném rozsahu, změny Projektů, a to zejména v případě:
a) živelných událostí, klimatických vlivů (sucho, dlouhodobé deště apod.), nepředvídatelných škodních událostí způsobených biotickými a biotickými činiteli ve smyslu § 32 a 33 odst. 1 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, vydání soudního nebo správního rozhodnutí, případně oznámení záměru o vyhlášení chráněného území přírody, kterými je činnost Lesů ČR omezena nebo znemožněna,
b) dojde-li ke schválení nového LHP či jeho změně, nebo
c) dojde-li ke změně vlastnictví v Projektem dotčených porostech.
4. Jestliže **Smluvní partner nebude souhlasit se změnami Projektů** provedenými podle odstavce 3 a tyto změny budou představovat nárůst o více než 20 % ročního finančního objemu v případě pěstebních činností stanovených v původním Projektu nebo v případě **těžebních činností nárůst o více než 20 % celkového objemu roční těžby v metrech krychlových** stanoveného v původním Projektu, je kterákoliv smluvní strana oprávněna od této Smlouvy odstoupit, a to nejpozději ve lhůtě 14 dnů od oznámení změny Projektu. Pokud Smluvní partner od Smlouvy takto neodstoupí, má se za to, že se změnou Projektu vyjádřil souhlas a že došlo k dohodě o jejím obsahu.

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

Z výše uvedených skutečností vyplývá, že uchazeči byli před podáním nabídek na střednědobé veřejné zakázky seznámeni s tím, že předmětem veřejné zakázky vedle přesně stanoveného rozsahu pěstebních a těžebních činností (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv), může být i změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky stanoveného v sumářích v zadávací dokumentaci, zejména provádění nahodilých těžeb (tzv. fiktivní porost), přičemž rozsah nahodilých těžeb bude stanoven až dle konkrétní situace v dané SÚJ a <u>jednotková cena těchto prací bude odpovídat jednotkové ceně za provedení „řádných“ těžebních prací</u>. Uchazeči byli před podáním nabídek seznámeni s tím, že zadavatel v době zadávání veřejné zakázky neznal a ani nemohl znát existenci a tedy ani případný rozsah nahodilých těžebních prací (tzv. fiktivní porost) na jednotlivých SÚJ, na rozdíl od „řádných“ těžebních prací, které zadavatel v zadávací dokumentaci (a to zejména v prvním kalendářním roce plnění smluv) specifikoval. To znamená, že vybraný uchazeč garantoval

zadavateli, že zpracuje případnou nahodilou těžbu, a to za jednotkové ceny, kterou uvedl ve své nabídce.

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

V nedatované smlouvě o provádění těžebních činností č. D-2/106/001/2008 je v článku V. Práva a povinnosti Smluvního partnera v bodě 3. písm. a) uvedeno: Smluvní partner je dále povinen: „zpracovávat přednostně před ostatními těžbami nahodilé těžby, zejména kůrovcové a kůrovcem ohrožené dříví, ve lhůtách stanovených Lesy ČR a v souladu s § 32 odst. 1 písm. b) a § 33 odst. 1 věty první Lesního zákona a s prováděcími předpisy k Lesnímu zákonu, a dále v souladu s přílohou Z4 Základní smlouvy.“ Z citovaného ustanovení výše specifikované smlouvy o provádění těžebních činností vyplývá, že smluvní partner byl smlouvou zavázán odstranit kalamitní těžbu vždy přednostně před ostatními těžbami. Nebylo tedy nezbytné, aby zadavatel zadal těžební práce na odstranění následků větrné kalamity Emma v jednacím řízení bez uveřejnění, když měl k dispozici smlouvu, jejímž obsahem byl smluvní partner vázán, a ve které se zavázal provést těžební činnosti, a to až do výše 20 % ročního nárůstu těžebních činností a současně smlouva upřednostňovala zpracování kalamitní těžby před ostatními těžebními činnostmi.

Zadavatel uzavřel se společností LESS & FOREST (dále jen „smluvní partner“) dne 18.4.2008 dodatek č. 1 k nedatované Smlouvě o provádění lesnických činností č. 106/001/2008, s následujícím obsahem: cit.: „Níže uvedeného data se Lesy ČR se Smluvním partnerem dohodly, že Smluvní partner zpracuje kalamitu (vývraty a zlomy) vzniklou na SÚJ 10601 do výše ročního podílu odvozeného z podkladu OZŘ 2008-2010. Smluvní partner prohlašuje, že za podmínek stanovených Smlouvou o provádění lesnických činností č. 106/001/2008 nebude zpracovávat kalamitu v rozsahu větším, než jaký je uvedený výše. Tato skutečnost však neznamená porušení smluvních povinností ze strany Smluvního partnera.“

K výše uvedenému Úřad uvádí, že zadavatel nevyužil výše uvedených oprávnění, které vyplývaly z uzavřené smlouvy. Uzavřením dodatku č. 1 ze dne 18.4.2008 zadavatel zbavil smluvního partnera závazku postupovat podle uzavřené nedatované smlouvy č. 106/001/2008 a tudíž byl nucen zadat těžební a následující pěstební činnosti v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť smluvní partner prohlásil, že za podmínek stanovených Smlouvou o provádění lesnických činností nebude zpracovávat kalamitu v plném rozsahu.

Zadavatel svým jednáním umožnil smluvnímu partnerovi vyvázat se z povinností vyplývajících ze smlouvy. Skutečnost, že se smluvní partner zúčastnil jednacího řízení bez uveřejnění nesvědčí o tom, že by neměl kapacity na zpracování následků větrné kalamity Emma, ale nasvědčuje tomu, že smluvní partner odmítl zpracovat kalamitní dříví z důvodů ekonomických. Přestože Úřad nezpochybňuje nutnost naléhavých těžebních činností k odstranění kalamitního dříví, bylo to právě jednání zadavatele, které způsobilo krajně naléhavou situaci, když umožnil smluvnímu partnerovi vyvázat se z povinností uvedených ve smlouvě. Zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když zadal těžební činnosti jako veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť se na vzniku krajně naléhavé situace sám podílel výše citovaným dodatkem č. 1, přestože mu uzavřená Smlouva umožňovala provést změny v těžebním projektu. Kalamitní těžba způsobená vichřicí Emma představovala nahodilou těžbu ve výši 13 500 m^3, což znamená cca 12 % z celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním projektu, a tudíž zadavatel mohl vybranému uchazeči kalamitní těžbu v tomto rozsahu zadat, aniž by tento uchazeč měl právo od smlouvy odstoupit. Vzhledem k tomu, že Smlouva umožňovala zadavateli změnit jednostranně těžební projekt v nezbytně nutném rozsahu, a to v případě, že nárůst těžebních činností bude o více než 20 % celkového objemu roční těžby v metrech krychlových, je zřejmé, že veřejnou zakázku nebylo nutné zadat v krajně naléhavém případě, neboť smluvní partner měl závazek vyplývající ze Smlouvy na provádění lesnických činností i v případě živelné události.

Nelze souhlasit se zadavatelem, že je dostatečným oprávněním zadavatele pro použití JŘBU, když smluvní partner prohlásí, že zbývající část kalamitního dříví, v daném případě část vývratů a zlomů v objemu cca 10 330 m^3, není schopen za podmínek stávající Smlouvy (tzn. za jednotkové ceny uvedené v nabídce ve „střednědobém tendru“) zpracovat. O tom, že toto prohlášení bylo učiněno z ekonomických, svědčí skutečnost, že na jedné straně smluvní partner deklaruje, že není za stávajících podmínek schopen zpracovat kalamitní dříví za jednotkovou cenu, kterou sám nabídl ve své nabídce na veřejnou zakázku v rámci tzv. „střednědobého tendru“, avšak na druhé straně, poté co ho zadavatel vyzval v jednacím řízení bez uveřejnění k podání nabídky na zpracování kalamitního dříví, soutěžil o tuto zakázku řádně podanou nabídkou. Pro úplnost Úřad dodává, že smluvní partner, který nebyl schopen zpracovat kalamitní dříví na SÚJ 10601, získal veřejnou zakázku na zpracování kalamitního dříví na SÚJ 10502, 11511, 18701, 20906, 23003, 24001, 24703 jak vyplývá z tabulky, kterou zaslal zadavatel jako přílohu dopisu ze dne 25.9.2008, jejímž obsahem je číslo smluvních územních jednotek, vybraný uchazeč a další specifikace smluv uzavřených na základě jednacích řízení bez uveřejnění. Z uvedených podkladů je zcela zřejmé, že smluvní partner měl nejenže kapacity, aby mohl zpracovat kalamitní dříví na předmětné smluvní jednotce 10601, ale zároveň mohl splnit veřejnou zakázku na výše specifikovaných jednotkách, jejichž předmět plnění byl obdobný a doba plnění byla shodná s lesnickými činnostmi na předmětné smluvní jednotce. Pokud tedy zadavatel ve Smlouvě zavázal smluvního partnera, že je v případě živelných událostí oprávněn jednostranně měnit těžební projekty, jsou povinni oba smluvní partneři postupovat podle smlouvy.

V žádném případě se nelze ztotožnit s názorem zadavatele, že bylo nezbytné zohlednit rizika „kalamitního“ plnění spočívající v odlišných cenách, kvalitě dříví, nutností použití odlišných technologií atd., neboť všechny tyto podmínky museli zohlednit právě dodavatelé, kteří připravovali nabídky do „střednědobých tendrů“. Smlouvy, které byly uzavřeny na základě výsledků „střednědobých tendrů“ zahrnovaly i možnost změny projektů zejména

z důvodů živelných událostí, klimatických vlivů (sucho, dlouhodobé deště apod.) Z takto definované smlouvy je zřejmé, že obě smluvní strany byly srozuměny s možností změny projektů a s tím spojené těžební, případně pěstební činnosti. Zadavatelem uváděné ekonomické hledisko v případě nuceného odstupování od smluv smluvními partnery je konstrukcí zadavatele, kterou nelze objektivně ověřit. Z dokumentace i stanoviska zadavatele vyplývá, že služby poskytované lesnickými firmami na základě smluv uzavřených v jednacích řízeních bez uveřejnění byly ekonomicky výhodnější právě pro dodavatele, kteří poskytovali zadavateli služby, které spočívaly jak v těžebních tak i pěstebních činnostech při zpracování větrné kalamity Emma. Pokud by nabídky v JŘBU nebyly ekonomicky výhodnější pro smluvní partnery nebylo by nutné zadávat těžební a pěstební práce v tomto typu zadávacího řízení.

Jak zadavatel uvedl ve svém podrobném rozboru následků větrné kalamity Emma:

- projektovaná roční těžba celkem na SÚJ na rok 2008 činí 109.667 m^3
- projektovaná nahodilá těžba v předaných projektech činila 102 045 m^3
- předpokládaný objem zlomů a vývratů činil 5 200 m^3
- vichřicí Emma způsobená nahodilá těžba cca 13 500 m^3.

Úřad ve správním řízení č.j. 172/2008, které předcházelo správnímu řízení č. j. S259/2008 ustanovil ve smyslu ustanovení § 51 odst. 1 v návaznosti na ustanovení § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů, prof. Ing. Oldřicha Mauera, Dr.Sc. z Ústavu zakládání a pěstění lesů MZLU, k vypracování písemného odborného posudku, ve kterém žádal o stanovisko, zda bylo nezbytné zadat veřejnou zakázku na odstranění kalamitního dříví současně s pěstebními činnostmi, které spočívaly v

- přípravě půdy pro přirozenou a umělou obnovu lesních porostů,
- obnově lesa (zalesňování včetně dodávky sadebního materiálu),
- ochraně proti buřeni,
- ochraně kultur proti zvěři,
- oplocování lesních kultur,
- ostatní ochraně dřeva,
- úklidu klestu,
- ostatní pěstební činnosti, a to zejména:

a. výsek nežádoucích dřevin,
b. zpřístupnění porostů,
c. dočišťování plochy po těžbě.

Prof. Ing. Oldřich Mauer, Dr.Sc. ve svém posouzení uvedl následující: dle platné legislativy musí být holina po těžbě zalesněna nejpozději do dvou let od vzniku holiny a nové kultury a porosty zajištěny nejpozději do dalších pěti let. Doba na zajištění může být podle stanovištních podmínek a použitého způsobu obnovy upravena – na dobrých stanovištích zkrácena, na extrémních stanovištích prodloužena. Ze zkušeností lesnické praxe i z mnoha exaktních vědeckých hodnocení vyplývá lesnická pravda, že nejlépe je kalamitní plochy co nejrychleji odtěžit a všechny holiny co nejdříve obnovit. Tento postup vede k nejmenším nákladům na zajištěnou kulturu a porosty bývají nejkvalitnější a také z hlediska další výchovy přináší nejméně problémů.

Oddalování obnovy po vzniku holiny vyvolává zejména tyto nežádoucí účinky:

- silné zabuřenělí lokalit,

- rychlá mineralizace humusových horizontů, zamokření lokalit nebo jejich vysušení,
- škody mrazem,
- rozvoj nežádoucí dřevinné vegetace,
- rozvoj kalamitních škůdců – zejména myšovitých,
- výrazné škody zvěří (buřeň poskytuje větší úkryt),
- větší ztráty při obnově,
- podstatně větší náklady na zajištěnou kulturu,
- často menší kvalita nově založených porostů.

Obnova lesa je kontinuální technologický proces, prioritně limitovaný biologickými aspekty, který začíná těžbou porostů a končí zajištěnou kulturou. Přerušení tohoto procesu vždy zvyšuje náklady a neprospívá lesu. Dobrý lesní hospodář tento proces nepřerušuje. Obzvláště při zpracování velkoplošných kalamitních ploch je vhodné, když všechny činnosti (od těžby stromů až po obnovu lokality) realizuje jedna organizace. Již realizovanou těžbou můžeme výrazně ovlivnit ekonomiku a kvalitu nově založených kultur a porostů (důsledné ponechávání mechanických zábran za účelem snížení rychlostí větru, tvorba nízkých pařezů s cílem eliminovat rozvoj klikorohů, pořadí těžených porostů a z toho vplývající rychlost a pořadí obnovy apod.).

Z uvedeného posudku, na který odkazuje vybraný uchazeč Opavská lesní je zřejmé, že podle názoru prof. Ing. Oldřicha Mauera, Dr.Sc. je nutné zadat pěstební práce stejnému dodavateli, který zpracovával kalamitní dříví. Nelze se tudíž ztotožnit se závěry vybraného uchazeče Opavská lesní, který uvedl, že byly splněny zákonné podmínky pro použití JŘBU, a který odkázal na předmětný posudek. Toto odborné posouzení řešilo pouze otázku současného zadávání pěstebních prací, které bezodkladně následovaly po odtěžení kalamitního dříví.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 23 odst. 4 písm. b) zákona, když použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž splnil podmínky stanovené zákonem.

Uložení pokuty

Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že veřejnou zakázku na služby zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro použití jmenovaného druhu zadávacího řízení byly splněny zákonem vyžadované podmínky. Smyslem a účelem zákona je, aby veřejné prostředky byly vynakládány hospodárně a transparentně, což je zajištěno postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky v tom druhu zadávacího řízení, u kterého jsou splněny zákonné podmínky. V daném případě zadavatel použil pro svůj postup jednacího řízení bez uveřejnění, tedy druh zadávacího řízení, který je

oproti ostatním druhům zadávacího řízení zpravidla krajní a výjimečnou možností zadání veřejné zakázky. Zadavatel by měl jednacího řízení bez uveřejnění využívat jen ve zcela specifických případech, jsou-li naplněny zákonné podmínky. V daném případě však zákonné podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení splněny nebyly.

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

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

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

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

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

Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

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

V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl v rámci správního řízení vedeného pod spisovou značkou S172/2008, které bylo zahájeno 16.6.2008. Ke spáchání správního deliktu došlo podpisem smlouvy o provedení činností (těžebních a ostatních souvisejících činností) č. 106/211/2008 ze dne 7.5.2008 za účelem poskytnutí služeb na odstranění kalamitního dříví s následným prodejem dřeva. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

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

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 2 490 260,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuta (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 124 513,- Kč.

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

Poučení:

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

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

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

JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát, advokátní kancelář Gleiss Lutz v. o. s., nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce