UOHSX001AADW

Č. j.: ÚOHS-R22/2009/02-7239/2009/310/ZČt V Brně dne 10. července 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 10.2.2009 zadavatelem

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.1.2009, č. j. S314/2008/VZ-950/2009/510/IFa, o přezkoumání úkonů zadavatele - Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. generálním ředitelem Ing. Svatoplukem Sýkorou - při zadávání veřejné zakázky **„JŘBU_kalamita_„lokalita P“, SÚJ 16101“,** zadávané výzvou ze dne 22.4.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je dalším účastníkem řízení podnikatel

- **Ing. Jan Kotrba, IČ 16080122, se sídlem podnikání K Orionce 1844/6, 143 00 Praha 4 - Modřany**,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.1.2009, č. j. S314/2008/VZ-950/2009/510/IFa,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Zadavatel - Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. generálním ředitelem Ing. Svatoplukem Sýkorou, (dále jen „zadavatel“) - zadal veřejnou zakázku „JŘBU_kalamita_„lokalita P“, SÚJ 16101“ výzvou ze dne 22.4.2008 k předložení nabídky třem dodavatelům v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky dvou uchazečů, přičemž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka podnikatele Ing. Jana Kotrby, IČ 16080122, se sídlem podnikání K Orionce 1844/6, 143 00 Praha 4 - Modřany (dále „smluvní partner“ či „vybraný uchazeč“), se kterým zadavatel uzavřel nedatovanou „Smlouvu o provedení činností č. 161/011/2008“.

2. Protože po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení obdrželi účastníci řízení dne 12.11.2008 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

3. Dne 23.1.2009 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S314/2008/VZ-950/2009/510/IFa,, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že s vybraným uchazečem uzavřel „Smlouvu o provedení činností č. 161/011/2008“, na základě výsledků jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, čímž nedodržel postup podle § 21 odst. 2 zákona a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli v souladu § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 17 000,- Kč.

4. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel v rámci „střednědobých tendrů“ (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), ve kterých byla mimo jiné uvedena možnost nahodilých těžeb v důsledku živelných událostí. Nahodilá těžba pak byla charakterizována 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. Na předmětné jednotce zadavatel se smluvním partnerem uzavřel konkrétně „Smlouvu o provádění lesnických činností č. 161/001/2008“ (dále jen „Smlouva“), která obsahuje mimo jiné ustanovení, že pokud dojde k nárůstu těžebních činností o více než 20% celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním projektu, je kterákoli smluvní strana oprávněna od této Smlouvy odstoupit, ve lhůtě do 14 dnů od oznámení změny projektu. Pokud tak neučiní, má se za to, že se změnou projektu smluvní partner vyjádřil souhlas a že došlo k dohodě o jejím obsahu. Dílčí smlouva č. 2 (D-2/161/001/2008),

která je přílohou č. 2 Smlouvy, obsahuje závazek smluvního partnera odstranit kalamitní těžbu vždy přednostně před ostatními těžbami.

5. Z předložených podkladů tedy vyplynulo, 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) může být i změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky, zejména ve vztahu k provádění nahodilých těžeb, jejichž rozsah měl být stanoven až dle konkrétní situace v dané SÚJ a jednotková cena těchto prací měla odpovídat jednotkové ceně za provedení „řádných“ těžebních prací. Uchazeči tedy byli obeznámeni s možností změny těžebního projektu a s oprávněním zadavatele provádět v případě živelných událostí změny těchto projektů jednostranně a v nezbytně nutném rozsahu. Kalamitní těžba způsobená vichřicí Emma představovala nahodilou těžbu ve výši 1668 m^3, což znamená cca 2,6% 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 existenci Smlouvy, jejímž obsahem byl smluvní partner vázán, a která obsahovala závazek provést těžební činnosti až do výše 20% ročního nárůstu těžebních činností a povinnost přednostního zpracování kalamitní těžby před ostatními těžebními pracemi, nebylo nutné, aby zadavatel zadal těžební práce na odstranění následků větrné kalamity Emma v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť smluvní partner měl závazek vyplývající ze Smlouvy i v případě živelné události.

6. Dne 2.4.2008 vyhotovil zadavatel zápis z jednání k řešení situace s kalamitou Emma na SÚJ 16101, ve kterém je uvedeno, že smluvní partner prohlašuje, že není v jeho možnostech zpracovat kalamitu a nahodilé těžby v rozsahu 19000m^3, přičemž konstatuje, že kapacitami ke zpracování kalamity disponuje, ale nesouhlasí s cenovými podmínkami, za jakých má probíhat likvidace kalamity. Tímto zápisem z jednání k řešení situace s kalamitou Emma na SÚJ 16101 ze dne 2.4.2008, který je de facto dodatkem ke Smlouvě (dále jen „dodatek“), tedy zadavatel zbavil smluvního partnera závazku postupovat podle uzavřené Smlouvy a následující těžební a pěstební práce byl nucen zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V souladu se zákonem má zadavatel možnost 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. Uzavřením dodatku (který smluvnímu partnerovi umožnil vyvázat se z povinností vyplývajících ze smlouvy) se nicméně zadavatel sám přímo na vzniku krajně naléhavé situace podílel a podmínky pro postup podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona tak nebyly naplněny. Úřad v napadeném rozhodnutí uzavírá, že tím, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jednal v rozporu se zákonem, neboť se na vzniku krajně naléhavé situace sám podílel uzavřením výše uvedeného dodatku.

7. V odůvodnění rozhodnutí Úřad dále uvádí, že smluvní partner dle svého tvrzení nebyl ochoten zbývající část kalamitního dříví za podmínek stávající Smlouvy zpracovat, neboť měl zájem zpracovat kalamitní dříví, ale za výhodnějších finančních podmínek, což se také stalo, neboť se zúčastnil jednacího řízení bez uveřejnění a jeho nabídky byla vybrána jako nejvhodnější. Prohlášení smluvního partnera o nezájmu plnit předmětnou veřejnou zakázku tedy bylo učiněno z důvodů ekonomických, které nicméně nejsou předpokladem pro vznik krajně naléhavého případu a následný postup zadavatele podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.

II. Námitky rozkladu

8. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 10.2.2009 rozklad, kterým napadá rozhodnutí Úřadu, č. j. S314/2008/VZ-950/2009/510/IFa ze dne 23.1.2009 v celém rozsahu. Zadavatel zejména nesouhlasí s právní argumentací Úřadu ve vztahu k ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) zákona, kdy Úřad dle jeho názoru nepřípustně rozšířil interpretaci pojmu krajně naléhavého případu. Dle zadavatele je nepochybné, že hlavní příčinou vzniku krajně naléhavého případu byla v šetřeném případě vichřice Emma, kterou zadavatel nemohl předvídat a v žádném případě ji nezpůsobil. Dovozovat vznik krajně naléhavého případu z jednání zadavatele, které proběhlo až v době následující po větrné vichřici Emma, je dle jeho názoru extenzivním výkladem zákonného ustanovení, který nelze dovodit ze zákona a jako takový je třeba ho považovat za nepřípustný.

9. Zadavatel dále uvádí, že další podmínkou pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je v souladu se zákonem nemožnost zadavatele zadat zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zadavatel zdůrazňuje, že zákon hovoří jednoznačně pouze o jiném druhu zadávacího řízení a nikoli o obecné možnosti zadavatele zadat zakázku jiným způsobem, tedy například v rámci již existujícího smluvního vztahu. Úřad pak v této souvislosti není oprávněn zadavateli určovat, jakým způsobem má nebo měl postupovat v rámci stávajících smluvních vztahů. Ke zpracování následků kalamity v rámci již existujících smluv byl zadavatel dle svého názoru smluvním ujednáním pouze oprávněn, ne však povinen. Pokud tedy usoudil, že je pro něj ekonomicky rizikové a nevýhodné zadat likvidaci následků vichřice Emma v rámci uzavřené střednědobé smlouvy, nepřísluší Úřadu posuzovat správnost tohoto rozhodnutí.

10. Dále se zadavatel odvolává na ustanovení § 15 písm. h) zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku (dále jen „zákon o státním podniku“), podle kterého musí při hospodaření se státním majetkem postupovat s náležitou péčí tak, aby potřeby státu, které svou podnikatelskou činností zabezpečuje, byly zajišťovány účelně a hospodárně. V závislosti na konkrétním případě tak zákon stanoví zadavateli povinnost postupovat tak, aby o majetek státu pečoval a zajistil ho všemi dostupnými právními prostředky. Dle svého tvrzení dospěl zadavatel k závěru, že pokud by na předmětné smluvní územní jednotce trval na zpracování kalamity v rámci a za podmínek střednědobé smlouvy, dostal by se do situace, kdy by stávající smluvní partner nebyl schopen plnit povinnosti vyplývající ze střednědobé smlouvy a on by byl nucen tento smluvní vztah ukončit a zadat veškeré práce v novém zadávacím řízení, ve kterém by dle svého názoru obdržel výrazně nevýhodnější nabídky, čímž by se dostal do rozporu se zákonem o státním podniku.

11. Zadavatel rovněž cituje ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 289/1995 Sb, o lesích, dle kterého je povinen počínat si tak, aby nedocházelo k ohrožování nebo poškozování lesů, jakož i objektů a zařízení sloužících hospodaření v lese. Dle zadavatele by na předmětné smluvní územní jednotce došlo v důsledku větrné kalamity k trvalému ohrožení života a zdraví (zejména návštěvníků lesa), stejně jako k reálnému nebezpečí ekologické katastrofy spočívající v napadení kalamitou postižených stromů hmyzími škůdci a jejich následnému rozšíření na zdravé porosty, pokud by se nepřistoupilo k okamžitému odstranění způsobených škod. Dle zadavatele byla současně vichřicí Emma způsobená nahodilá těžba v rozsahu, který překračoval rezervy vytvořené smluvními ustanoveními, a proto bylo nutné řešit zpracování kalamitní těžby mimo rámec střednědobé smlouvy. V opačném případě by dle názoru zadavatele byly smluvně vytvořené rezervy

vyčerpány již v počátku smluvního vztahu a zadavatel by neměl na další období trvání smlouvy možnost zpracování nově vytvořené nahodilé těžby. Z výše uvedeného důvodu považuje zadavatel oddělení likvidace následků větrné vichřice Emma od plnění ze stávajících smluvních vztahů z dlouhodobého hlediska i za ekonomicky výhodnější, neboť tím dle svého názoru nejen neohrozil trvání stávající střednědobé smlouvy, ale ponechal si i možnost v průběhu celého trvání střednědobé smlouvy zadávat zpracování nahodilé těžby nově vytvořené nad rámec objemu těžby, který byl stanoven v původním projektu.

12. Současně zadavatel namítá, že zadáním zakázky na zpracování kalamitní těžby ani nemohl (jak uvádí Úřad) znevýhodnit uchazeče ve střednědobých tendrech, kteří nabídli vyšší „reálné“ ceny, ale po ekonomické stránce by zvládli zpracování kalamitní těžby v rámci střednědobé smlouvy, neboť podané nabídky byly hodnoceny podle kritéria nejnižší nabídkové ceny a on nemá povinnost hodnotit nabídkové ceny z hlediska jejich reálnosti a následné schopnosti smluvního partnera reagovat na nepředvídatelné události.

13. Závěrem zadavatel upozorňuje na skutečnost, že v šetřeném jednacím řízení bez uveřejnění zadal veřejnou zakázku, jejíž hodnota nedosahovala částky 2 000 000,- Kč a z hlediska zákona se tedy jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu, kterou není povinen zadávat podle zákona. Vzhledem k této skutečnosti se zadavatel domnívá, že i kdyby nebyly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nemohl jeho postup ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nebyl povinen postupovat podle zákona.

III. Řízení o rozkladu

14. 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 pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.

16. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 23.1.2009 č. j. S314/2008/VZ-950/2009/510/IFa, konstatoval správní delikt zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což zadavateli uložil pokutu ve výši 17 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K možnosti postupu zadavatele formou jednacího řízení bez uveřejnění

17. Zásadní problematikou šetřeného případu je možnost zadavatele zadat předmětnou veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění. K tomuto zadavatel uvádí, že dle svého názoru využil postup upravený v ustanovení § 23 odst. 4 zákona zcela oprávněně, neboť situace krajně naléhavého případu nastala v důsledku větrné vichřice

Emma a ne v důsledku jeho jednání, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí. Interpretace pojmu krajně naléhavého případu ze strany Úřadu je dle zadavatele nepřípustně extenzivní, neboť není možné dle jeho názoru dovozovat vznik krajně naléhavého případu z jednání, které proběhlo až v době, která nastala po větrné vichřici Emma.

18. K námitce zadavatele uvádím následující. K možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění v šetřeném případě se již plně vyjádřil Úřad v napadeném rozhodnutí. Pro úplnost však shrnuji, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění upravuje § 23 zákona, přičemž se jedná o zvláštní druh zadávacího řízení, který může zadavatel využít pouze za splnění všech zákonných podmínek. V souladu s rozhodovací praxí Evropského soudního dvoru, který opakovaně problematiku použití jednacího řízení bez uveřejnění řešil, je potřeba ustanovení umožňující zadání veřejné zakázky bez předchozího uveřejnění vykládat restriktivně, přičemž zadavatel je oprávněn využít tohoto druhu zadávacího řízení pouze při kumulativním splnění všech zákonem taxativně stanovených podmínek. Pokud není splněna byť jen jediná, není možné tohoto druhu jednacího řízení využít.

19. V souladu s § 23 odst. 4 písm. b) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže je nezbytné ji 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. Zadavatel ani Úřad existenci krajně naléhavého případu nepopírají, nicméně mezi nimi dochází k neshodě ohledně příčiny vzniku krajně naléhavého případu, přičemž Úřad ji spatřuje v jednání zadavatele, zatímco zadavatel ji spatřuje ve větrné vichřici Emma. V této souvislosti považuji za významné upozornit na skutečnost, že v době, kdy došlo k větrné vichřici Emma, poskytovaly smlouvy na střednědobé zakázky (smlouvy na lesnické práce s dobou plnění předmětu veřejné zakázky na tři roky, 2008-2010) zadavateli nástroj k odstranění kalamitního stavu na konkrétních územních jednotkách, a to k přednostnímu odstranění kalamitního stavu. Konkrétně na předmětné smluvní územní jednotce měl zadavatel uzavřenou Smlouvu, která jej opravňovala k navýšení těžebních činností v rozsahu do 20% celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním projektu, a to zejména v důsledku vzniku nahodilých těžeb. V okamžiku větrné kalamity Emma tak zadavatel měl k dispozici nástroj, který mu umožňoval přednostní odstranění kalamitního stavu. Dne 2.4.2008 nicméně zadavatel uzavřel se smluvním partnerem dodatek, který zbavil smluvního partnera povinnosti zpracovat kalamitní těžbu v rozsahu přesahujícím roční podíl odvozený z podkladů otevřeného zadávacího řízení 2008-2010. Uzavřením tohoto dodatku tedy zadavatel zbavil smluvního partnera závazku postupovat podle uzavřené Smlouvy a přednostně zpracovat kalamitní těžbu do Smlouvou stanovené výše a následující těžební a pěstební práce byl nucen zadat v jednacím řízení bez uveřejnění.

20. Uzavírám tedy, že přestože zadavatel nebyl schopen objektivně předvídat větrnou vichřici Emma, měl v době této kalamity smlouvu, která mu umožňovala v plném rozsahu zadat těžební činnosti, které vznikly v jejím důsledku, smluvnímu partnerovi. Vznik krajně naléhavého případu tedy nelze dovozovat z větrné kalamity Emma. Až okamžikem uzavření dodatku se zadavatel sám zbavil nástroje, který mu umožňoval přednostní zpracování kalamitní těžby. Okamžikem uzavření výše uvedeného dodatku tedy došlo k situaci, kdy u kalamitní těžby, která přesahovala rozsah odvozený z podkladu otevřeného zadávacího řízení 2008-2010, hrozilo, že nebude nikým

zpracována, se všemi souvisejícími riziky. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem konstatuji, že ke vzniku krajně naléhavého případu došlo až okamžikem uzavření dodatku a to přímo v důsledku jednání zadavatele, neboť mezi jednáním zadavatele a vznikem krajně naléhavého případu existuje přímá souvislost. Nedošlo tedy ke splnění podmínky, že zadavatel krajně naléhavý případ svým jednáním nezpůsobil. Jak bylo uvedeno výše, nesplnění i jediné zákonem stanovené podmínky uvedené v § 23 zákona má za následek nemožnost postupu v souladu s tímto ustanovením. Zadavatel tedy zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění v rozporu se zákonem.

21. Ve vztahu k dalším podmínkám pro použití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel namítá, že zákon v § 23 odst. 4 písm. b) výslovně stanoví pouze nemožnost zadavatele z časových důvodů zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení. Zákon tedy hovoří jednoznačně pouze o jiném druhu zadávacího řízení a nikoli o možnosti zadavatele zadat zakázku jiným způsobem, tedy například v rámci již existujícího smluvního vztahu. Současně je dle zadavatele nepochybné, že s ohledem na nutnost okamžitého zpracování následků vichřice neměl možnost zadat zakázku v jiném druhu zadávacího řízení. Dle názoru zadavatele pak není Úřad oprávněn určovat mu, jakým způsobem má nebo měl postupovat v rámci stávajících smluvních vztahů.

22. K tomuto uvádím následující. Nemožnost zadat veřejnou zakázku z časových důvodů v jiném druhu zadávacího řízení vyplývá zejména z posouzení času potřebného k přípravě jednotlivých druhů zadávacího řízení, včetně všech souvisejících zákonem předepsaných lhůt. Současně tato nemožnost většinou vyplývá z okolností, které jsou spojené s existencí krajně naléhavého případu. Vzhledem ke skutečnosti, že v okamžiku větrné vichřice Emma, měl zadavatel k dispozici Smlouvu, která mu umožňovala v plném rozsahu zadat těžební činnosti smluvnímu partnerovi, nebyl nucen zadat odstranění kalamitního dříví v jiném zadávacím řízení. Přestože zadavatel v době uzavření Smlouvy samozřejmě nemohl předvídat konkrétně větrnou vichřici Emma, zjevně počítal s možným nárůstem těžby v důsledku blíže neurčité kalamitní události a Smlouvu nastavil takovým způsobem, který mu umožňoval zadat nahodilou, resp. kalamitní těžbu smluvnímu partnerovi, aniž by musel vyhlásit zadávací řízení, přičemž je zcela nepochybné, že předmětný článek Smlouvy o nahodilé těžbě byl sjednán právě a zejména z důvodu možné živelné události, na kterou bude nutné neodkladně reagovat. Přestože tedy zadavatel měl k dispozici smluvní nástroj, který mu umožňoval okamžitě reagovat na živelnou událost, tuto možnost nevyužil a naopak svého smluvního partnera této povinnosti zbavil. Je pravda, že zákon v ustanovení § 23 odst. 4 písm. b)výslovně hovoří pouze o nemožnosti zadat z časových důvodů veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, nicméně smyslem této podmínky je minimalizovat případné škody před tím, než zadavatel zajistí řešení nastalé situace. Jinými slovy, tato podmínka se vztahuje k situaci, kdy přijetí určitého plnění nesnese odkladu, respektive situace nemůže být řešena jinak, než prostřednictvím zadání veřejné zakázky. Opětovně však uvádím, že zadavatel v době vzniku krajně naléhavého případu nástrojem k jeho řešení disponoval a odstranění kalamitní situace prostřednictvím zadání veřejné zakázky nebylo nezbytně nutné. Vzhledem k této skutečnosti považuji výše uvedenou námitku zadavatele za bezpředmětnou.

K ostatním námitkám rozkladu

23. Zadavatel dále namítá, že je povinen dodržovat zákon o státním podniku, podle kterého musí při hospodaření se státním majetkem postupovat účelně a hospodárně. Dle jeho

názoru by v případě zpracování kalamity v rámci a za podmínek Smlouvy došlo v budoucnu k neschopnosti smluvního partnera dále plnit své smluvní povinnosti v důsledku předčasného vyčerpání nasmlouvaného rozsahu těžby a on by byl nucen zadat veškeré zbývající práce v novém zadávacím řízení, ve kterém by obdržel výrazně nevýhodnější nabídky.

24. K tomuto uvádím následující. Naprosto souhlasím se zadavatelem, že je povinen nakládat s veřejnými prostředky účelně a hospodárně. V šetřeném případě je však třeba označit jednání zadavatele za zcela nehospodárné. Ekonomická úvaha zadavatele, že by v případě nového zadání veřejné zakázky nedosáhl tak příznivých cen, jako v době zadávání střednědobých veřejných zakázek, zřejmě odpovídá realitě na trhu lesnických služeb, nicméně jedná se o pouhou spekulaci, která navíc nemůže být důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Naprosto reálná je naopak skutečnost, že zadavatel měl v době vzniku kalamity k dispozici výše uvedenou Smlouvu, která mu umožňovala zpracovat kalamitní situaci přednostně a to až do výše 20% celkového objemu roční těžby v metrech krychlových stanoveného v původním projektu a za původně vysoutěženou cenu, přičemž tento limit nebyl vyčerpán. Jednotková cena těchto prací tedy měla odpovídat jednotkové ceně za provedení „řádných“ těžebních prací. Kalamitní těžba v rozsahu do 20% ročního nárůstu těžební činnosti však byla v důsledku jednání zadavatele zpracována za vyšší cenu, než byla cena stanovena původně. V přímém důsledku jednání zadavatele tak na jedné smluvní územní jednotce došlo ke zpracování určitého rozsahu těžby stejným subjektem ne za cenu původně vysoutěženou, ale za cenu vyšší. Jednání zadavatele lze tedy beze zbytku označit za nehospodárné. V této souvislosti dodávám, že i kdyby roční nárůst těžební činnosti dosáhl 19% a pouze 1% zůstalo nevyčerpáno, měl zadavatel povinnost postupovat podle uzavřené Smlouvy. Teprve po úplném vyčerpání stanoveného limitu měl smluvní partner možnost odstoupit od smlouvy a zadavatel mohl zbývající práce zadat v novém zadávacím řízení.

25. Dále zadavatel namítá, že je povinen plnit i své povinnosti vyplývající ze zákona o lesích, včetně zabránění ohrožování či poškozování lesů. K tomuto odkazuji na výše uvedené a opětovně uvádím, že v době větrné vichřice Emma měl zadavatel k dispozici nástroj k likvidaci vzniklé kalamity. Vzhledem k tomu rovněž považuji tuto námitku zadavatele za bezpředmětnou.

26. Zadavatel dále namítá, že nemohl svým jednáním znevýhodnit uchazeče, kteří ve střednědobých tendrech nabídli vyšší „reálné“ ceny, neboť nemá povinnost hodnotit nabídkové ceny z hlediska jejich reálnosti a následné schopnosti smluvního partnera reagovat na nepředvídatelné události. K tomuto uvádím následující. Před podáním nabídek na střednědobé zakázky byli uchazeči seznámeni s tím, že předmětem veřejné zakázky může být vedle přesně stanoveného rozsahu těžebních a pěstebních činností i změna rozsahu předmětu příslušné veřejné zakázky, zejména v důsledku provádění nahodilých těžeb. Na základě Smlouvy tak mohlo na předmětné územní jednotce dojít až k 20% navýšení předmětu veřejné zakázky, s čímž byli uchazeči dopředu obeznámeni a měli možnost tomu přizpůsobit své nabídky. Uzavřením dodatku zadavatel změnil původní předmět veřejné zakázky, ke kterému se vázaly uchazeči nabízené ceny, nicméně, právě naopak od předpokládané (a uchazeči očekávané) situace, došlo k jeho zmenšení. De facto tak došlo postupem zadavatele k rozdělení předmětu veřejné zakázky. Z logiky věci pak všichni uchazeči, kteří ve střednědobých tendrech nabídli

ceny vyšší, ale reálné ve vztahu k původnímu předmětu veřejné zakázky, byli postupem zadavatele znevýhodněni.

27. K námitce zadavatele, že v šetřeném případě zadal v jednacím řízení bez uveřejnění veřejnou zakázku, která naplňuje definici veřejné zakázky malého rozsahu, a jeho postupem tedy nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť veřejné zakázky malého rozsahu není povinen zadávat podle zákona, uvádím následující. Tato námitka zadavatele je bezpředmětná, neboť šetřená veřejná zakázka je fakticky součástí původní veřejné zakázky na střednědobé období od 1.1.2008 do 31.12.2010. Uzavřením dodatku zadavatel de facto předmět původní veřejné zakázky v rozporu se zákonem rozdělil tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty odštěpené veřejné zakázky pod zákonem stanovené limity. Argument zadavatele, že šetřená zakázka je zakázkou malého rozsahu a jako takovou není povinen ji zadávat podle zákona, je z tohoto důvodu irelevantní.

V. Závěr

28. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

29. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

2. Ing. Jan Kotrba, K Orionce 1844/6, 143 00 Praha 4 - Modřany

3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce