



UOHSX003X2AM

TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI
advokátní kancelář, s.r.o. ②

Datum: 9.12.2011

Přijal: KVN.

Kniha: POL.

Pro:

Převzal:

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE**ROZHODNUTÍ**

Č. j.: ÚOHS-S510/2011/VZ-19340/2011/510/HOD

V Brně dne: 8. prosince 2011

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 21. 10. 2011 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 17. 3. 2011 JUDr. Romanem Poláškem, advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 1,

ve věci veřejné zakázky „Provádění lesnických činností s prodejem dříví „při pní“ – rok 2012+“ zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 5. 2011 pod ev. č. 60059587, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 5. 2011 pod ev. č. 2011/S 85-139613,

rozhodl takto:

Správní řízení se podle § 117a písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 cit. zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a cit. zákona.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zastoupený Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 17. 3. 2011 JUDr. Romanem Poláškem, advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Trojanova

12, 120 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 5. 2011 pod ev. č. 60059587, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 5. 2011 pod ev. č. 2011/S 85-139613 oznámení užšího řízení „Provádění lesnických činností s prodejem dříví „při pni“ – rok 2012+“.

2. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce stanovil nejnižší nabídkovou cenu.
3. Na základě podnětu, který Úřad obdržel dne 7. 9. 2011, si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

I. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

4. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S510/2011/VZ-16736/2011/510/HOD ze dne 20. 10. 2011.
6. Rozhodnutím ze dne 20. 10. 2011 č. j. ÚOHS-S510/2011/VZ-16739/2011/510/HOD o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení. Dne 26. 10. 2011 obdržel Úřad proti tomuto rozhodnutí rozklad zadavatele.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-S510/2011/VZ-16737/2011/510/HOD ze dne 11. 11. 2011 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení, jakým způsobem bude zadavatel v zadávacím řízení postupovat v případě odmítnutí uzavření smlouvy ze strany uchazeče, který se po provedeném hodnocení umístil jako první (resp. druhý) v pořadí – zadavatel zejména uvede, za jakých podmínek uzavře smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý (resp. třetí) v pořadí, a zda tyto podmínky byly či budou zveřejněny před výběrem nejvhodnější nabídky. Tímto usnesením stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
8. Usnesením č. j. ÚOHS-S510/2011/VZ-19228/2011/510/HOD ze dne 29. 11. 2011 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
9. Zadavatel nahlédl do správního spisu dne 26. 10. 2011 a dne 30. 11. 2011; protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

II. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K OZNÁMENÍ O ZAHÁJENÍ SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. K oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 24. 10. 2011, v němž uvádí, že z oznámení o zahájení správního řízení není vůbec patrné, který konkrétní postup či úkon zadavatele vzbuzuje pochybnosti Úřadu o jeho souladu se zákonem a v rozporu s ust. § 46 odst. 1 správního řádu s přihlédnutím k ustálené judikatuře Nejvyššího správního soudu není náležitě identifikován předmět zahájeného řízení. Zadavateli tak

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

nemůže být zřejmé, jaké jeho konkrétní jednání bude posuzováno, čímž je mu odejmuta možnost se v daném řízení účinně hájit. Takové řízení je podle názoru zadavatele stíženo vadou, která může mít za následek nepřezkoumatelnost všech dalších úkonů a rozhodnutí Úřadu v zahájeném správním řízení.

11. Zadavatel uvádí, že si není vědom žádného pochybení v předmětném zadávacím řízení a dodává, že zadávací podmínky jsou prakticky totožné se zadávacími podmínkami, které zadavatel použil v předchozích zadávacích řízeních, přičemž byly již podrobeny důkladnému přezkumu jak ve správních řízeních před Úřadem, tak i v soudních řízeních před Krajským soudem v Brně či Nejvyšším správním soudem. Zadavatel má za to, že jsou v daném případě splněny podmínky pro zastavení správního řízení podle § 117a písm. d) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření nebo pro uložení sankce.
12. Zadavatel je přesvědčen, že v daném správním řízení jsou naplněny podmínky pro nařízení ústního jednání, neboť je nezbytné k řádnému uplatnění práv zadavatele, a to obzvláště v případě, kdy Úřad v rozporu s ust. § 46 odst. 1 správního řádu náležitě neidentifikoval předmět zahajovaného řízení. Z tohoto důvodu zadavatel ve smyslu ust. § 49 odst. 3 správního řádu navrhuje, aby Úřad nařídil ve věci ústní jednání.
13. Závěrem zadavatel navrhl, aby Úřad v souladu s ust. § 117a písm. d) zákona správní řízení zastavil.

III. VYJÁDRĚNÍ ZADAVATELE ZE DNE 23. 11. 2011

14. Dne 23. 11. 2011 Úřad obdržel písemné vyjádření zadavatele, v němž uvádí, že v případě, že vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu, má zadavatel dvě možnosti, a to v souladu s ust. § 82 odst. 4 zákona uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí a odmítne-li uzavřít smlouvu tento uchazeč, tak s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí, anebo může na dané části veřejné zakázky zrušit zadávací řízení podle ust. § 84 odst. 2 zákona. Zadavatel taktéž uvádí, že již opakovaně veřejně deklaroval, že případy, kdy vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu, budou posuzovány ad hoc podle objektivních a transparentních pravidel. Podle vyjádření zadavatele je nutno vždy v každém jednotlivém případě posuzovat míru ekonomického přínosu nebo naopak rizika dvou v úvahu přicházejících variant postupu, a to možnosti realizace nového zadávacího řízení oproti možnosti uzavření smlouvy s uchazečem druhým či třetím v pořadí, jakož i další okolnosti plynoucí z postavení státního podniku a plnění jeho úkolů. Zadavatel uvádí, že musí především zohlednit, že proces výběru smluvního partnera v soutěži o veřejnou zakázku je natolik časově i administrativně náročný, že metoda opakovaných pokusů o vysoutěžení veřejné zakázky by vedla k neúměrným průtahům při zahájení lesnických činností a dodávek dříví navazujícímu průmyslu. Zadavatel, coby významný soutěžitel na trhu s dřívím, musí brát v potaz, zda jeho postupem nedojde k ohrožení zásobování trhu dřívím. Pokud by zadavatel zrušil zadávací řízení na příliš mnoha částech veřejné zakázky, mohl by být důsledkem takového kroku dočasný nedostatek dříví na trhu, neboť po dobu plnění zakázky vysoutěžené v jednacím řízení bez uveřejnění by v souladu se zákonem bylo nutné omezit těžbu v lese na minimum, což by mohlo mít negativní dopad na celý lesnický a dřevozpracovatelský sektor.
15. Postup zadavatele podle ust. § 84 odst. 2 písm. c) zákona „en bloc“ na všech částech veřejné zakázky, na kterých nedojde k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, by tak bylo možné

zvolit v případě, kdy bude zřejmé, že na dostatečném počtu částí veřejné zakázky došlo k uzavření smluv s uchazeči umístěnými na prvním místě, a bude tak od počátku roku 2012 v potřebném množství zajištěna dostupnost dřeva v rámci celé ČR. Pokud by však za tímto účelem bylo potřebné uzavřít smlouvy i s uchazeči umístěnými jako druhí či třetí v pořadí, posoudí zadavatel ad hoc výhodnost uzavření každé takové smlouvy. Zadavatel vezme v úvahu např. náklady na uspořádání a administraci jednacích řízení bez uveřejnění, které by byl nucen po zrušení aktuálního zadávacího řízení vyhlásit na nezbytně nutnou dobu, jakož i náklady na uspořádání a administraci nového řádného zadávacího řízení. Zadavatel též přihlédně k riziku, že nikdy nelze předjímat výsledky těchto nových zadávacích řízení, které mohou být pro zadavatele ekonomicky méně výhodné, než uzavření smlouvy s uchazečem druhým či třetím v pořadí. Dále zadavatel uvádí důsledky a rizika postupu při uzavření smlouvy či zrušení zadávacího řízení a rovněž shrnuje, že v souladu se zákonem o státním podniku v každém jednotlivém případě zhodnotí, zda nevynaloží neúměrně vyšší sumu veřejných prostředků v souvislosti s uskutečněním nového zadávacího řízení, jehož výsledek je přitom zcela nejistý, než když uzavře smlouvu zákonem předpokládaným postupem s uchazečem druhým, popř. třetím v pořadí. Při zohledňování ekonomické výhodnosti jednotlivých možností postupu je podle zadavatele zapotřebí také zohlednit, nakolik existuje reálné riziko, že zadavateli bude v novém zadávacím řízení nabídnuta méně výhodná nabídková cena, než byla cena uchazeče dalšího v pořadí.

16. Zadavatel rovněž informuje, že v souladu s ust. § 6 zákona vymezil objektivní, nediskriminační a transparentní interní pravidla, podle kterých bude postupovat při posuzování jednotlivých případů neuzavření smlouvy ze strany uchazeče prvního v pořadí. Tato interní pravidla zadavatel podrobným způsobem popsal v podaném vyjádření, přičemž tyto informace označil jako obchodní tajemství, které je vyloučeno z nahlížení do správního spisu.
17. V souvislosti s problematikou zveřejnění zamýšleného postupu zadavatel vyjádřil obavu, zda zveřejnění konkrétních kritérií pro uzavírání smluv s uchazeči druhými či třetími v pořadí nebude mít spíše negativní dopad. Zadavatel se obává, že právě zveřejnění konkrétních kritérií pro uzavírání smluv s uchazeči dalšími v pořadí může vést k domlouvání mezi jednotlivými uchazeči na přepouštění zakázek.
18. Závěrem zadavatel opakovaně navrhuje, aby Úřad v souladu s ust. § 117a písm. d) zákona správní řízení zastavil. Současně zadavatel Úřad požádal, aby ve správním řízení rozhodl bez zbytečného odkladu.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 1. 12. 2011

19. Dne 1. 12. 2011 Úřad obdržel písemné vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí, ve kterém odkazuje na svá předchozí vyjádření a upozorňuje na skutečnost, že z oznámení o zahájení správního řízení nebylo vůbec patrné, který konkrétní postup či úkon zadavatele vzbuzuje pochybnosti o jeho souladu se zákonem. Zadavatel se proto domnívá, že uvedené oznámení bylo vydáno v rozporu s ust. § 46 odst. 1 správního řádu, když v něm není náležitě identifikován předmět zahajovaného řízení. Podle názoru zadavatele žádné pochybnosti Úřadu nejsou zřejmé ani z obsahu správního spisu, do kterého zadavatel nahlédl dne 30. 11. 2011. Zadavatel si i nadále není vědom žádného pochybení v předmětném zadávacím řízení. Zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s ust. § 117a písm. d) zákona správní řízení

zastavil, a aby v souladu s ust. § 117 odst. 3 zákona zrušil předběžné opatření vydané dne 20. 10. 2011.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona předmětnou věc a po zhodnocení příslušných podkladů, zejména zadávací dokumentace, vyjádření zadavatele ze dne 23. 11. 2011 a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při vymezení postupu týkajícím se uzavření smlouvy z hlediska dodržení zásady transparentnosti postupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Podle ust. § 82 odst. 3 zákona je vybraný uchazeč povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle § 82 odst. 2 zákona. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle § 82 odst. 2 zákona uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.
23. Podle ust. § 84 odst. 2 písm. c) zákona zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud vybraný uchazeč, popřípadě uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 3.
24. Z ust. § 84 odst. 2 písm. c) zákona a ust. § 82 odst. 3 zákona vyplývá, že zákon v situaci, kdy vybraný uchazeč (resp. uchazeč, který se umístil jako druhý v pořadí) odmítne součinnost k uzavření smlouvy, může zadavatel fakultativně postupovat tak, že zruší zadávací řízení, či vyzve k uzavření smlouvy uchazeče, který se umístil jako druhý (resp. jako třetí v pořadí).
25. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad uvádí, že zadávací dokumentace veřejné zakázky neobsahuje uvedení postupu v případě, kdy po výběru nejvhodnější nabídky odmítne vybraný uchazeč uzavřít smlouvu se zadavatelem; podle kapitoly 15 zadávací dokumentace si zadavatel pouze vyhradil právo „zrušit zadávací řízení za podmínek uvedených v § 84 zákona, zejména v případě, kdy vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu nebo neposkytne zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 3 zákona“.
26. Zadávací dokumentace tedy neobsahuje informaci, zda v případě odmítnutí součinnosti ze strany vybraného uchazeče zadavatel zadávací řízení zruší, či osloví uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí. Vzhledem k tomu, že v přijatém podnětu byly vysloveny pochybnosti o tom, zda z pohledu dodržení zásady transparentnosti je možné takový postup zadavatele považovat za učiněný v souladu se zákonem, zabýval se tedy Úřad otázkou, zda zadavatel postupoval v souladu se zásadou transparentnosti, když v zadávací dokumentaci předem

nespecifikoval postup při výběru nejvhodnější nabídky při neposkytnutí součinnosti k uzavření smlouvy.

27. Obecně Úřad konstatuje, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, proto zákon ukládá zadavateli vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná.
28. S ohledem na účel obsahu zadávací dokumentace Úřad v kontextu šetřeného případu neshledal, že by informace, zda v případě odmítnutí součinnosti ze strany vybraného uchazeče zadavatel zruší zadávací řízení, či osloví uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí, mohla mít jakýkoli vliv na obsah nabídky či dokonce na rozhodnutí uchazečů o podání či nepodání nabídky v zadávacím řízení. V této souvislosti taktéž Úřad uvádí, že přezkoumal veškeré podklady, včetně interních pravidel zadavatele (viz bod 16 a 17 tohoto rozhodnutí).
29. Současně dospěl Úřad k závěru, že nelze zadavateli předem upírat možnost výběru či odmítnutí nabídky uchazeče, který se neumístil jako první v pořadí, a to až po zvážení obsahu jeho nabídky. Následně po zvážení dané nabídky by tedy zadavatel měl mít možnost jak vyzvat k poskytnutí součinnosti při uzavření smlouvy uchazeče, který se umístil jako druhý (resp. jako třetí) v pořadí podle ust. § 82 odst. 3 zákona, tak zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. c) zákona). Z tohoto důvodu by tedy postrádalo logiku, kdyby se zadavatel možnosti této volby předem vzdal v zadávací dokumentaci. V šetřeném případě proto vymezení postupu při odmítnutí součinnosti k uzavření smlouvy ze strany vybraného uchazeče (či uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí) nemuselo být zahrnuto v zadávací dokumentaci a jeho neuvedení v zadávací dokumentaci tudíž není ani v rozporu se zásadou transparentnosti zakotvenou v ust. § 6 zákona.
30. Z uvedených důvodů Úřad neshledal v postupu zadavatele, když v zadávací dokumentaci nespécifikoval, zda v případě neposkytnutí součinnosti k uzavření smlouvy ze strany vybraného uchazeče (resp. uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí) přistoupí ke zrušení zadávacího řízení či k vyzvání k poskytnutí součinnosti uchazeče, který se umístil jako druhý (resp. jako třetí v pořadí), porušení zákona.
31. K návrhu zadavatele na nařízení ústního jednání Úřad uvádí, že v daném případě neshledal nařízení ústního jednání jako nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků. Úřad neshledává zejména důvod, pro nějž by zadavatel v daném správním řízení nemohl svá práva uplatňovat písemnou formou. V této souvislosti je třeba doplnit, že zadavateli byla dána možnost se ve stanovené lhůtě vyjádřit k podkladům rozhodnutí, což zadavatel i učinil.
32. S ohledem na výše uvedené závěry Úřad správní řízení podle § 117a písm. d) zastavil, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.

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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

JUDr. Roman Polášek, advokát, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s. r. o.,
Trojanova 12, 120 00 Praha 1

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy