

Č. j. VZ/S166/05-151/4896/05-SH

V Brně dne 26. října 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 1. 9. 2005 podle § 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., na základě návrhu ze dne 1. 9. 2005 uchazeče společnosti SITA Moravia a. s., Holzova 14/730, 628 00 Brno, za niž jedná Ing. Mojmír Zálešák, prokurista společnosti, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele města Rožnov pod Radhoštěm, Masarykovo náměstí 128, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm, zastoupeného RNDr. Václavem Mikuškem, starostou, ve správním řízení právně zastoupeného na základě mandátní smlouvy ze dne 4. 3. 2005 společností JUSTITIA, s. r. o., ul. 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava, za niž jedná Mgr. Vlastimil Křesálek, ze dne 21. 8. 2005 o námitkách ze dne 9. 8. 2005 proti jeho rozhodnutí ze dne 28. 7. 2005 o vyloučení jmenovaného uchazeče z účasti na veřejné zakázce „Svoz tříděného a komunálního odpadu ve městě Rožnov pod Radhoštěm“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12. 5. 2005 pod ev. č. 50008490, **rozhodl** podle § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., **takto:**

Zadavatel – město Rožnov pod Radhoštěm – nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 88 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., neboť stěžovateli SITA Moravia a. s., Brno, nesdělil, zda jeho námitkám vyhovuje či nikoliv, avšak tento úkon neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek jednotlivých uchazečů.

O d ů v o d n ě n í

Město Rožnov pod Radhoštěm, Masarykovo náměstí 128, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm, zastoupené RNDr. Václavem Mikuškem, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 12. 5. 2005 pod ev. č. 50008490 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Svoz tříděného a komunálního odpadu ve městě Rožnov pod Radhoštěm“.

V oznámení zadávacího řízení stanovil zadavatel následující kritéria pro zadání veřejné zakázky:

1. nabídková cena	45 %
2. reklamační podmínky	40 %
3. lhůta pro zprovoznění sběrného dvora	15 %

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel šest nabídek, přičemž dvě z nich vyřadil při otevírání obálek z důvodu jejich neúplnosti. Nabídku uchazeče SITA Moravia a. s., Holzova 14/730, 628 00 Brno, za niž jedná Ing. Mojmír Zálešák, prokurista společnosti (dále jen „SITA Moravia“), zadavatel vyřadil při posuzování nabídek a uchazeče SITA Moravia vyloučil z důvodu nesplnění zadávacích podmínek svým rozhodnutím ze dne 28. 7. 2005 ze zadávacího řízení. Rozhodnutí o vyloučení zadavatel zaslal uchazeči SITA Moravia dopisem ze dne 28. 7. 2005, který jmenovaný uchazeč obdržel dne 5. 8. 2005. Zadavatel téhož dne provedl hodnocení nabídek a rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči .A.S.A., spol. s r. o., Praha.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podal uchazeč SITA Moravia dopisem ze dne 9. 8. 2005 námitky, které zadavatel obdržel dne 10. 8. 2005 a které nevyřídil podle § 88 odst. 3 zákona. Rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 8. 2005 o námitkách uchazeč SITA Moravia obdržel dne 23. 8. 2005. Vzhledem k tomu, že uchazeč SITA Moravia nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 1. 9. 2005 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“).

Orgán dohledu obdržel návrh dne 1. 9. 2005 a tímto dnem bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Uchazeč SITA Moravia ve svém návrhu uvádí, že dne 23. 8. 2005 mu byl doručen přípis zadavatele, kterým bylo pouze zčásti vyhověno námitce jmenovaného uchazeče týkající se procedurálního pochybení zadavatele, avšak zároveň zde bylo uvedeno, že podání nelze považovat za námitku podle zákona. S tímto tvrzením se však uchazeč SITA Moravia neztotožňuje a svůj názor opírá o níže uvedené skutečnosti. Uchazeč SITA Moravia byl vyloučen z další účasti v zadávacím řízení z důvodu, že nesplnil požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci, neboť jeho nabídka obsahovala odlišnou úpravu podmínek překročení ceny a způsobu výpovědi smlouvy (začátku běhu výpovědní lhůty). S tímto tvrzením uchazeč SITA Moravia nesouhlasí a domnívá se, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona, v jehož důsledku hrozí uchazeči SITA Moravia vznik škody spočívající zejména v ušlém zisku při realizaci zadávané veřejné zakázky. Jak vyplývá z rozhodnutí o vyloučení, byl uchazeč SITA Moravia vyloučen dle ust. § 59 odst. 5 zákona. Uchazeč SITA Moravia se domnívá, že jeho vyloučení bylo v daném případě nezákonné, když bylo odůvodněno nesplněním požadavků stanovených v zadávací dokumentaci (odlišná úprava podmínek překročení ceny a způsobu výpovědi smlouvy). Vyloučení uchazeče SITA Moravia na základě uvedených důvodů by bylo podle jeho názoru možné až ve fázi posuzování nabídek dle § 61 zákona, kdy hodnotící komise posoudí nabídku z hlediska splnění zadávacích podmínek, nikoliv ve fázi otevírání obálek dle ust. § 59 odst. 5 zákona, na které odkazuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení. K samotným důvodům vyloučení uchazeč SITA Moravia uvádí, že neshledal žádné rozdíly mezi zadávací dokumentací a obsahem své nabídky, kterými by docházelo ke změně smluvních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a týkajících se úpravy podmínek překročení ceny a způsobu výpovědi smlouvy

(začátku běhu výpovědní lhůty). Uchazeč SITA Moravia je přesvědčen, že (s odkazem na čl. 13.2. návrhu smlouvy, podle kterého je zhotovitel povinen dodržet zadávací dokumentaci při realizaci předmětu smlouvy) je obecně zavázán dodržáním smluvních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci. Domnívá se, že jeho nabídka je ve všech směrech významově totožná se zadávací dokumentací a zadavatel svým jednáním pouze účelově hledá zjevně nedůvodné příčiny, kterými by uchazeči SITA Moravia krátil jeho zákonem předvídaná práva na účast v předmětném zadávacím řízení. V závěru svého podání se uchazeč SITA Moravia domáhá zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení, případně zrušení zadávacího řízení.

V doplnění návrhu ze dne 2. 9. 2005 uchazeč SITA Moravia zčásti zopakoval argumentaci uvedenou v návrhu a dále ke způsobu vyřízení námitek zadavatelem konstatuje, že z přípisu ze dne 21. 8. 2005 nevyplývá, zda a jak zadavatel vyřídil podané námítky, když na jedné straně je konstatován jeho názor, že podané námítky nelze považovat za námítky dle zákona a na druhé straně se zadavatel zabývá obsahem námitek a zčásti jim vyhovuje, byť podle názoru navrhovatele chybně. Zadavatel přisvědčil názoru uchazeče SITA Moravia týkajícímu se procedurálního pochybení (uvedení nesprávného ustanovení zákona) a pokusil se je vyřešit zasláním nového oznámení o vyloučení, ve kterém bylo uvedeno správné zákonné ustanovení. Uchazeč SITA Moravia má za to, že nebyla ze strany zadavatele respektována podmínka bezodkladnosti písemného oznámení o vyloučení. K věcné stránce námitek uchazeč SITA Moravia uvádí, že ustanovení textu jeho nabídky potvrzená zadavatelem pouze jinak (oproti zadávací dokumentaci) terminologicky vyjadřují podmínky plnění veřejné zakázky vyžadované zadavatelem, avšak významově jsou se zadávací dokumentací totožné. Příkladem v nabídce uvedené „zvýšení ceny za odstranění odpadu“ je významově totožné s textem zadávací dokumentace „při zvýšení skládkovného“. Uchazeč SITA Moravia má tedy za to, že se jeho návrh smlouvy v úpravě podmínek překročení ceny jakkoliv neliší od zadávací dokumentace, tj. od požadavků zadavatele. Co se týče úpravy výpovědní lhůty, uchazeč SITA Moravia připouští, že je odlišná od zadavatelem stanoveného požadavku, ale zároveň podotýká, že jeho úprava je po právní stránce správnější s odkazem na ust. § 582 občanského zákoníku. Ke způsobu vyřízení námitek uchazeč SITA Moravia mj. uvádí, že podle jeho názoru je požadavek na prokázání vzniku škody či hrozby škody zcela mimo rámec zákona, neboť zákon důkazní břemeno stěžovateli neukládá. Rovněž není tedy nutné se zabývat argumentací zadavatele prostřednictvím písemného stanoviska Ministerstva pro místní rozvoj ČR, jelikož uchazeč SITA Moravia je vázán pouze zákonem. Uchazeč SITA Moravia je přesvědčen, že na šetřený případ lze aplikovat i ust. § 90 odst. 1 zákona, podle kterého „zadavatel nesmí učinit úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje tomuto zákonu nebo jej obchází anebo se přičí dobrým mravům. Takový úkon je od počátku neplatný.“ Uchazeč SITA Moravia v závěru svého podání požaduje vydání předběžného opatření, kterým bude zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu, pozastavit zadávací řízení, nebo zákaz plnění z uzavřené smlouvy a to do doby vydání pravomocného rozhodnutí ve věci samé.

Zahájení správného řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. VZ/S166/05-151/4492/05-SH ze dne 29. 9. 2005, ve kterém poskytl účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření.

Účastníky řízení podle § 99 zákona jsou:

1. zadavatel,
2. uchazeč SITA Moravia,

3. .A.S.A., spol. s r. o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Petr Vokřál a Ing. Arnošt Kastner, jednatele, jíž byla veřejná zakázka přidělena.

Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 10. 2005 uvedl, že při posuzování námitek stěžovatele vycházel z díkce ust. § 88 odst. 1 zákona. Dospěl k závěru, že námitky byly podány oprávněnou osobou, avšak neobsahují zdůvodnění vzniku škody či hrozby vzniku škody stěžovateli. Zadavatel proto dospěl k závěru, že ze strany stěžovatele nebyla splněna zákonná podmínka pro podání námítka, přičemž svůj závěr opírá o ust. § 1 a § 88 zákona a o stanovisko předkladatele zákona Ministerstva pro místní rozvoj ČR obsažené na internetových stránkách www.verejna-zakazka.cz, podle kterého „dle ust. § 88 odst. 1 musí být nedílnou součástí námítka uvedení vzniku nebo hrozby vzniku škody tomu, kdo námitku podává, přičemž škoda musí mít vztah k porušení zákona úkonem zadavatele“. Tento právní názor zadavatel stěžovateli sdělil dopisem ze dne 21. 8. 2005. Jelikož si je zadavatel vědom zcela odlišného názoru orgánu dohledu ve vztahu k dané problematice, rozhodl se dále přistupovat k písemnosti jako k námitce. Zadavatel po přezkoumání rozhodnutí o vyloučení zjistil, že skutečně obsahuje odkaz na ustanovení § 59 zákona, který pro vyloučení stěžovatele z další účasti v zadávacím řízení není relevantní, neboť jak vyplývá z dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky, zadavatel postupoval podle ust. § 61 zákona. Na tuto písařskou chybu zadavatel reagoval tak, že stěžovateli dne 21. 8. 2005 zaslal sdělení o vyhovění námitce a nové oznámení o vyloučení. Ode dne doručení nového oznámení o vyloučení začal zadavatel stěžovateli znovu počítat 15-ti denní lhůtu pro podání námitek. K dalším pochybnostem vzneseným uchazečem SITA Moravia zadavatel uvádí následující. Podmínky pro překročení nabídkové ceny je oprávněn stanovit pouze zadavatel, a to v souladu s ust. § 48 odst. 3 zákona. Zadavatel tak učinil v čl. 6 zadávací dokumentace. Uchazeč SITA Moravia však ve své nabídce stanovené podmínky mění a upravuje i přesto, že mu to zákon neumožňuje. Uchazeč SITA Moravia narozdíl od podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci uvedl, že výpovědní lhůta začíná běžet od prvního kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena smluvní straně, jíž je určena, že platnost smlouvy zaniká odstoupením od smlouvy za dále stanovených podmínek, že je ve prospěch zhotovitele sjednáno právo úpravy ceny z důvodu zvýšení nákladů na zajišťování činností dle smlouvy, a to zejména zvýšením ceny za odstranění odpadů, a že změna sjednaných cen je možná po předchozím projednání. Co se týče odkazu uchazeče SITA Moravia na občanský zákoník, zadavatel zmiňuje, že zadávací dokumentace v čl. I. přílohy č. 6 upravuje budoucí právní vztah plynoucí z předmětné veřejné zakázky podle obchodního zákoníku. Zadavatel v závěru svého vyjádření navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení zastavil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, návrhu uchazeče SITA Moravia, stanoviska předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 88 odst. 3 zákona, když nesdělil stěžovateli, zda námitkám ze dne 9. 8. 2005 vyhovuje, či nikoliv, přestože byly splněny podmínky stanovené v ust. § 88 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

K posouzení námitek ze dne 9. 8. 2005

Podle § 88 odst. 1 zákona „V případě nadlimitních veřejných zakázek může zadavatelé podat zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel a v případě podlimitních veřejných zakázek

kterýkoliv uchazeč nebo zájemce, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozí vznik škody (dále jen „stěžovatel“). Podání námitek je podmínkou pro případné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.“

Podle § 88 odst. 3 zákona je zadavatel povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

Podle § 96 odst. 3 zákona pokud zadavatel námitky nevyřídil podle § 88 odst. 3 zákona, lze návrh doručit orgánu dohledu nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.

V šetřeném případě uchazeč SITA Moravia (dále jen „stěžovatel“) využil svého práva a dopisem ze dne 9. 8. 2005 podal zadavateli zdůvodněné námitky. Zadavatel po obdržení námitek přezkoumal jejich náležitosti a dopisem ze dne 21. 8. 2005 se k námitkám věcně vyjádřil, avšak zároveň oznámil stěžovateli, že podání nepovažuje za námitky, neboť neobsahuje prokázání vzniku škody či hrozby vzniku škody důsledkem domnělého porušení zákona. Sdělení zadavatele obdržel stěžovatel dne 23. 8. 2005 a reagoval podáním návrhu ze dne 1. 9. 2005 na přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu, v němž upozornil na protiprávní postup zadavatele, jehož povinností je v zákonem stanovené lhůtě odeslat stěžovateli sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv.

S odkazem na výše popisované skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že postup zadavatele při vyřizování námitek neodpovídal zákonné dikci ustanovení § 88 a je v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Citované ustanovení zákona neklade žádné požadavky na formální náležitosti námitek. Ustanovení § 88 odst. 1 zákona ve vztahu k námitkám pouze stanovuje, že námitky musí být zdůvodněné a že jejich podání je podmínkou pro případné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Ustanovení § 88 odst. 2 zákona obsahuje úpravu lhůt pro podání námitek.

Lze souhlasit se závěrem, že ust. § 88 odst. 1 zákona předpokládá, že námitku podává uchazeč nebo zájemce, který má nebo měl zájem na získání veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona vznikla nebo hrozí vznik škody. Osobou oprávněnou k podání námitek je tedy v případě nadlimitní veřejné zakázky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozí vznik škody. Pojem dodavatele je definován v ust. § 11 zákona. V zásadě se jedná o zájemce (§ 12 zákona) nebo uchazeče (§ 13 zákona), ale může se jednat i o jakýkoliv další subjekt, který je schopen poskytnout plnění veřejné zakázky. Současně je však nutno zdůraznit, že podmínky pro podání námitek se vztahují k osobě stěžovatele, oprávněné k podání námitek, nikoliv k náležitostem podaných námitek. Ustanovení § 88 odst. 1 zákona výslovně nestanoví, že nezbytnou náležitostí podaných námitek musí být uvedení a zároveň prokázání zájmu na získání zakázky a vzniku nebo hrozby vzniku škody.

Jedná-li se o zájemce o veřejnou zakázku nebo v šetřeném případě také o uchazeče o veřejnou zakázku, lze zájem na získání veřejné zakázky logicky předpokládat, neboť bez existujícího zájmu by stěžovatel nepředložil zadavateli nabídku. V případě vyloučeného uchazeče, který přichází o možnost dále se účastnit zadávacího řízení, lze vznik škody zcela jednoznačně spojovat s ušlým ziskem vyplývajícím z nemožnosti realizovat veřejnou

zakázku. Situace, kdy by zadavatel neposoudil takového uchazeče jako stěžovatele podle § 88 odst. 1 zákona, zvláště pokud by se jednalo o neoprávněně vyloučeného uchazeče, a odepřel by mu tak jeho právo, by znamenala zkrácení práv stěžovatele na provedení nápravy samotným zadavatelem. V situaci šetřeného případu se požadavek zadavatele na prokázání možného vzniku škody v podaných námitkách jeví formálním a nadbytečným, který snižuje právní jistotu stěžovatele a narušuje princip transparentnosti.

Konstrukce odpovědnostního vztahu mezi zadavatelem jako škůdcem a uchazečem (zájemcem či dodavatelem) jako poškozeným je nastíněna v ust. § 89 zákona, podle kterého „Za škodu způsobenou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku.“

Lze tedy shrnout, že důkazním břemenem nelze zatěžovat stěžovatele již ve fázi podání námitek, neboť samotné dokazování vzniku škody, příp. hrozby jejího vzniku, se může rozvinout až před soudní instancí a tudíž k posouzení relevantnosti prováděných důkazů není a ani nemůže být kompetentní zadavatel (a posléze ani orgán dohledu). V okamžiku, kdy jsou podány námitky a kdy je nutné posoudit, zda byly podány oprávněnou osobou, je rozhodující, zda hrozba vzniku škody objektivně existuje, což je v případě vyloučeného uchazeče nepopiratelné (viz výše).

Ustanovení § 88 odst. 3 zákona upravuje postup zadavatele při vyřizování námitek jednoznačně a srozumitelně, když zadavateli stanoví povinnost námitky vyřídit do 10 dnů od jejich obdržení, resp. odeslat stěžovateli písemné a odůvodněné sdělení o způsobu jejich vyřízení, z něhož musí být zřejmé, zda zadavatel námitkám vyhovuje či nevyhovuje. Žádný jiný způsob vyřízení námitek zákon nepřipouští.

V daném případě se zadavatel dopisem ze dne 21. 8. 2005 fakticky vyjádřil k jednotlivým bodům námitek stěžovatele ze dne 9. 8. 2005, nicméně po formální stránce odmítl podání označit za námitky a zároveň nesdělil stěžovateli, zda námitkám vyhovuje či nikoliv. Uvedeným postupem zadavatel nedodržel způsob vyřízení námitek stanovený v ust. § 88 odst. 3 zákona.

Orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou zákonem v ust. § 88 odst. 3, když nesdělil stěžovateli, zda námitkám ze dne 9. 8. 2005 vyhovuje, či nikoliv, přestože byly splněny podmínky stanovené v ust. § 88 odst. 1 zákona a podání uchazeče SITA Moravia ze dne 9. 8. 2005 mělo být zadavatelem posouzeno jako námitky a jmenovaný uchazeč měl být považován za stěžovatele podle poslední cit. ustanovení zákona.

K vyloučení uchazeče SITA Moravia ze zadávacího řízení

Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uchazeče SITA Moravia, které bylo jmenovanému uchazeči oznámeno dopisem ze dne 28. 7. 2005, uvedl, že důvodem k vyloučení jmenovaného uchazeče je nesplnění požadavku stanoveného zadavatelem - zadavatel stanovil podmínky pro překročení ceny a dále stanovil způsob výpovědi (začátek běhu výpovědní lhůty). Nabídka uchazeče SITA Moravia obsahuje odlišnou úpravu výše uvedených požadavků, a to i přesto, že zákon i zadavatel jejich změnu neumožňoval.

A) Porovnání podmínek změny ceny

čl. 6 zadávací dokumentace

bod 1. Nabídkovou cenu lze překročit v případě změny právních předpisů majících vliv na případnou změnu ceny (např. daňové a účetní předpisy), změny ceny za likvidaci komunálního odpadu (např. úložné na skládce) nebo změny způsobu zajištění svozu. Dále může dojít ke změně nabídkové ceny v těchto případech:

a) při zvýšení ceny skládkového...

bod 3. Ke změně ceny dojde na základě dohody smluvních stran.

nabídka navrhovatele (čl. IV. smlouvy)

bod 4.1 Ve prospěch zhotovitele se sjednává právo upravit sjednané ceny s účinností od 1. ledna každého následujícího kalendářního roku v případě, že dojde ke zvýšení nákladů na zajišťování činností dle smlouvy, a to zejména:

zvýšení ceny za odstranění odpadů...

bod 4.2 Změna sjednaných cen v každém jednotlivém případě je možná po předchozím projednání oběma smluvními stranami na základě dodatku ke smlouvě podepsaného zástupci obou smluvních stran.

B) Porovnání výpovědních podmínek

čl. 3 zadávací dokumentace

bod 1. Zadavatel pro plnění předmětu veřejné zakázky stanovuje obchodní podmínky (§ 273 odst. 1 obchodního zákoníku v platném znění) uvedené v příloze č. 6 zadávací dokumentace.

bod 2. Dodavatel je povinen obchodní podmínky akceptovat. Zadavatel jejich změny neumožňuje.

čl. VI. přílohy č. 6 zadávací dokumentace

bod 2. Smluvní strany mohou ukončit smluvní vztah písemnou dohodou nebo písemnou výpovědí i bez uvedení důvodu s šestiměsíční výpovědní lhůtou, která začíná běžet dnem doručení výpovědi druhé smluvní straně.

nabídka navrhovatele (čl. XI. smlouvy)

bod 11.3 Objednatel i zhotovitel jsou oprávněni tuto smlouvu písemně vypovědět, výpověď musí být udělena v písemné formě a pro tento případ se sjednává šestiměsíční výpovědní lhůta, pokud v přílohách k této smlouvě není uvedeno jinak. Výpovědní lhůta počíná běžet od prvního dne kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena smluvní straně, jíž je určena.

bod 11.4 Platnost této smlouvy zaniká:

c) odstoupením od smlouvy za dále stanovených podmínek.

(důvody odstoupení jsou specifikovány v bodu 11.5 návrhu smlouvy – pozn. orgánu dohledu)

K zadavatelem namítanému rozporu podmínek změny ceny a výpovědních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a uvedených v nabídce uchazeče SITA Moravia lze na základě srovnání předložené dokumentace konstatovat, že ustanovení týkající se počátku běhu výpovědní lhůty a důvodů zániku platnosti smlouvy jsou v nabídce uchazeče SITA Moravia upravena odlišně od zadávací dokumentace. Ustanovení týkající se podmínek pro překročení ceny jsou formulována obecněji než zadávací dokumentace, ale lze pod ně zahrnout případy možného překročení ceny vymezené zadavatelem v zadávací dokumentaci - pod „...zvýšení nákladů na zajišťování činností dle smlouvy...“ uvedené v nabídce uchazeče SITA Moravia lze podřadit „změnu ceny za likvidaci komunálního odpadu nebo způsobu zajištění svozu odpadu“. „Zvýšení ceny za odstranění odpadů“ odpovídá „zvýšení skládkovného“ a „dohodu obou smluvních stran“ lze dosáhnout „projednáním oběma smluvními stranami na základě dodatku ke smlouvě“.

Ke stanovení podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, orgán dohledu dále uvádí, že podstatná odlišnost podmínek vymezených v nabídce uchazeče SITA Moravia spočívá zvláště v následující skutečnosti. Zadavatel v čl. 6 zadávací dokumentace uvedl taxativní (konečný) výčet případů, kdy může dojít ke změně nabídkové ceny („...dále může dojít ke změně nabídkové ceny **v těchto případech**...“), zatímco navrhovatel ve své nabídce (čl. IV. smlouvy) uvedl pouze demonstrativní výčet („...**a to zejména**...“) umožňující v zásadě vztáhnout možnost překročení výše nabídkové ceny i na jiné než stanovené případy, což se jeví z hlediska zákonného požadavku na transparentnost a jednoznačnost vymezení podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, jako nemožné.

S ohledem na výše uvedená zjištění orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při vyloučení uchazeče SITA Moravia v rozporu se zákonem, neboť nabídka jmenovaného uchazeče obsahově neodpovídá zadávacím podmínkám stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci.

K chybně uvedenému ustanovení zákona, na základě kterého zadavatel vyloučil uchazeče SITA Moravia z další účasti ve veřejné zakázce, orgán dohledu konstatuje, že ustanovení §§ 59 odst. 5 a 61 odst. 1 zákona obsahují shodnou úpravu, podle které je vyloučení včetně důvodů zadavatel povinen uchazeči bezodkladně písemně oznámit. Zadavatel v případě šetřené veřejné zakázky splnil zákonem stanovenou povinnost zdůvodnit vyloučení uchazeče SITA Moravia a bezodkladně mu jeho vyloučení oznámit, a to zasláním oznámení o vyloučení jmenovaného uchazeče ze dne 28. 7. 2005. Jak vyplývá z citace zákonných ustanovení, skutečnost, že zadavatel v předmětném oznámení uvedl nesprávně ustanovení zákona, podle kterého byl uchazeč SITA Moravia vyloučen, nelze považovat za nesplnění povinnosti stanovené zákonem zadavateli, a to s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem šetřené veřejné zakázky. Zadavatel v oznámení o vyloučení uchazeče SITA Moravia ze dne 28. 7. 2005 uvedl důvody, které se jednoznačně vztahují k nesplnění zadávacích podmínek podle § 61 odst. 1 zákona a mohou být zadavatelem zjištěny až ve fázi posuzování nabídek, nikoliv při otevírání obálek, kdy je kontrolována jejich úplnost. Zadavatel navíc na podkladě podaných námitek vyhověl stěžovateli a zaslal mu v příloze rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 8. 2005 nové oznámení o jeho vyloučení s uvedením správného zákonného ustanovení, přičemž od jeho doručení počítal znovu běh patnáctidenní lhůty pro podání námitek, takže uchazeč SITA Moravia nebyl krácen na svém právu podat námitky. Vzhledem ke všem zmíněným skutečnostem nelze uvedení nesprávného ustanovení zákona v oznámení o vyloučení uchazeče SITA Moravia považovat za nesplnění povinnosti stanovené zákonem zadavateli proto, že zákon neukládá povinnost uvádět v oznámení o

vyloučení odkaz na konkrétní ustanovení zákona, důvod vyloučení uchazeči SITA Moravia sdělen byl a objektivní důvody pro vyloučení jmenovaného uchazeče existovaly.

S ohledem na výše uvedená zjištění orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při vyloučení uchazeče SITA Moravia v rozporu se zákonem a neuložil proto zadavateli opětovné posouzení nabídky jmenovaného uchazeče v rámci opatření k nápravě.

Podle ust. § 101 odst. 1 zákona shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V šetřeném případě orgán dohledu shledal pochybení zadavatele, které spočívalo ve skutečnosti, že zadavatel nesdělil stěžovateli, zda námitkám ze dne 9. 8. 2005 vyhovuje, či nikoliv, přestože byly splněny podmínky stanovené v ust. § 88 odst. 1 zákona a podání uchazeče SITA Moravia ze dne 9. 8. 2005 mělo být zadavatelem posouzeno jako námitky a jmenovaný uchazeč měl být považován za stěžovatele podle posledně cit. ustanovení zákona.

Současně je však nutno konstatovat, že zjištěné porušení zákonné povinnosti zadavatelem neovlivnilo v konkrétním šetřeném případě stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zadavatel nepostupoval při vyloučení uchazeče SITA Moravia v rozporu se zákonem (viz výše). Nedošlo tedy k naplnění obou podmínek stanovených v ust. § 101 odst. 1 zákona (nevyřízení námitek uchazeče SITA Moravia podstatně neovlivnilo nebo nemohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek) a nelze proto uložit zadavateli opatření k nápravě ve formě opětovného rozhodnutí o námitkách uchazeče SITA Moravia.

Orgán dohledu 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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS pověřený řízením
sekce veřejných zakázek

Obdrží:

JUSTITIA, s. r. o., ul. 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava

SITA Moravia a. s., Holzova 14/730, 628 00 Brno

.A.S.A., spol. s r. o., Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8

Na vědomí:

Rožnov pod Radhoštěm, Masarykovo náměstí 128, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm,
zast. RNDr. Václavem Mikuškem