

Č. j.: 2R 93/05 – Hr

V Brně dne 3. dubna 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 24.11.2005 společností **SITA Moravia a. s., se sídlem Holzova 14/730, 628 00 Brno**, zast. prokuristou společnosti Ing. Mojmírem Zálešákem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.10.2005 č. j. VZ/S166/05-151/4896/05-SH ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Rožnov pod Radhoštěm, zast. starostou RNDr. Václavem Mikuškem, se sídlem Masarykovo náměstí 128, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm**, ve správním řízení zast. na základě mandátní smlouvy ze dne 4.3.2005 Mgr. Vlastimilem Křesálkem, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Svoz tříděného a komunálního odpadu ve městě Rožnov pod Radhoštěm**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12.5.2005 pod ev. č. 50008490, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů, na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. VZ/S166/05-151/4896/05-SH ze dne 26.10.2005

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. Město Rožnov pod Radhoštěm, zast. starostou RNDr. Václavem Mikuškem, se sídlem Masarykovo náměstí 128, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm, ve správním řízení zast. na základě mandátní smlouvy ze dne 4.3.2005 Mgr. Vlastimilem Křesálkem (dále jen „zadavatel“), zadal formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12.5.2005 pod ev. č. 50008490, veřejnou zakázku „Svoz tříděného a komunálního odpadu ve městě Rožnov pod Radhoštěm“. Ve lhůtě pro podání nabídky obdržel zadavatel celkem šest nabídek, přičemž dvě z nich vyřadil při otevírání obálek z důvodu jejich neúplnosti. Uchazeče SITA Moravia a. s., se sídlem Holzova 14/730, 628 00 Brno, zast. prokuristou společnosti Ing. Mojmírem Zálešákem (dále jen „navrhovatel“), zadavatel rozhodnutím ze dne 28.7.2005 vyloučil z důvodu nesplnění zadávacích podmínek. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel námitky a následně dne 1.9.2005 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče .A.S.A., spol. s r. o., se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, zast. jednatelem Ing. Petrem Vokřálem a Ing. Arnoštem Kastnerem.

Napadené rozhodnutí Úřadu

2. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26.10.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S166/05-151/4896/05-SH, kterým v postupu zadavatele konstatoval nesplnění povinnosti dle ustanovení § 88 odst. 3 zákona, když navrhovatel nesdělil, zda jeho námitkám vyhovuje či nikoliv. Současně však Úřad konstatoval, že tento úkon zadavatele neměl vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek jednotlivých uchazečů.
3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že podle ustanovení § 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. Navrhovatel v šetřeném případě svého práva využil a námitky podal. Zadavatel se k nim obecně vyjádřil, avšak současně sdělil, že podání nepovažuje za námitky, neboť neobsahuje prokázání vzniku škody či hrozby vzniku škody důsledkem domnělého porušení zákona. Takový způsob vyřízení námitek dle názoru Úřadu neodpovídá zákonné dikci § 88 odst. 1 zákona, když toto ustanovení neklade žádné požadavky na formální náležitosti námitek, a tedy nestanoví, že nezbytnou náležitostí podaných námitek musí být uvedení a zároveň prokázání zájmu na získání zakázky a vzniku nebo hrozby vzniku škody. Požadavek zadavatele se tak jeví Úřadu jako formální a nadbytečný, který snižuje právní jistotu stěžovatele a narušuje princip transparentnosti. Důkazním břemenem vzniku škody nelze zatěžovat uchazeče už ve fázi podání námitek. Zadavatel se k podaným námitkám fakticky vyjádřil, avšak po formální stránce je odmítl označit za námitky a nesdělil navrhovateli, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, čímž nesplnil svou povinnost dle § 88 odst. 1 zákona.
4. K důvodům vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení Úřad uvádí, že ustanovení týkající se počátku běhu výpovědní lhůty a důvodů zániku platnosti smlouvy jsou

v nabídce navrhovatele upraveny odlišně od zadávací dokumentace. Ustanovení týkající se podmínek pro překročení ceny jsou formulovány obecněji než zadávací dokumentace, ale lze pod ně zahrnout případy možného překročení ceny vymezené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Navrhovatel dále uvedl podmínky, za nichž může dojít ke změně nabídkové ceny, pouze demonstrativním výčtem, zatímco zadavatel požadoval uvedení taxativního výčtu. Zadavatel tedy při vyloučení navrhovatele nepostupoval v rozporu se zákonem, neboť nabídka navrhovatele obsahově neodpovídá zadávacím podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci.

5. K chybně uvedenému ustanovení zákona, podle kterého zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v soutěži pak Úřad uvádí, že toto nelze považovat za nesplnění povinnosti stanovené zákonem, a to s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem šetřené veřejné zakázky. Navrhovatel nebyl krácen na svém právu podat námitky. Současně zákon neukládá povinnost uvádět v oznámení o vyloučení odkaz na konkrétní ustanovení zákona.
6. V závěru svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zjištěné porušení zákonné povinnosti zadavatelem neovlivnilo v konkrétním šetřeném případě stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, tedy nedošlo k naplnění obou podmínek dle § 101 odst. 1 zákona a proto nelze uložit opatření k nápravě ve formě opětovného rozhodnutí o námitkách navrhovatele.

II. Námitky rozkladu

7. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 24.11.2005 rozklad, ve kterém z velké části cituje obsah svého návrhu ze dne 1.9.2005 a doplnění tohoto návrhu ze dne 2.9.2005.
8. Nad rámec svých předchozích podání pak navrhovatel uvádí, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval primárně pochybením zadavatele při vyřizování podaných námitek a spíše okrajově již posuzoval skutková tvrzení navrhovatele stran údajného rozporu nabídky navrhovatele se zadávací dokumentací. Úřad se v napadeném rozhodnutí nezabýval skutkovými tvrzeními navrhovatele ve věci tvrzeného rozporu podmínek ve výpovědi smlouvy, dále se dle názoru navrhovatele naprosto nevypořádal s řadou dalších skutečností, které tento uváděl ve svých podáních, a konečně Úřad nerozhodl procesně přípustným způsobem o podaném návrhu na vydání předběžného opatření.
9. Navrhovatel zejména nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že oproti zadávací dokumentaci obsahuje jeho nabídka demonstrativní výčet případů změny nabídkové ceny a uvádí, že se Úřad zabýval toliko dílčími skutečnostmi vytrženými z kontextu celé nabídky. V tomto kontextu je pak dle názoru navrhovatele především podstatné, že jakékoli zvýšení ceny podléhá předchozímu projednání oběma smluvními stranami, a tedy ať již byly uvedeny jakékoli podmínky pro překročení ceny, pak zadavatel by měl vždy možnost případnému zvýšení ceny bez potíží zabránit neuzavřením příslušného dodatku ke smlouvě. Příslušná část zadávací dokumentace pak dle názoru navrhovatele směřuje k tomu, aby k navýšení ceny nemohlo dojít bez akceptace zadavatele, což v daném případě nabídka navrhovatele nade vší pochybnost splňuje. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje rovněž na čl. 13.2. návrhu smlouvy, podle kterého je zadávací dokumentace součástí této smlouvy a zhotovitel je povinen ji dodržet při realizaci předmětu smlouvy. Proto i samotná obecná smluvní ustanovení by zavazovala navrhovatele při změně cen či výpovědi k dodržení podmínek stanovených zadavatelem.

Skutečnost, že se Úřad k těmto tvrzením navrhovatele v napadeném rozhodnutí nevyjádřil, činí dle názoru navrhovatele toto rozhodnutí nepřezkoumatelným.

10. Za další pochybení Úřadu pak navrhovatel považuje to, že řádně a včas nerozhodl o procesním návrhu na nařízení předběžného opatření, neboť dle ustanovení §§ 43, 46 a násl. zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů, musí být o návrhu na nařízení předběžného opatření řádně a včas rozhodnuto, avšak žádné takové rozhodnutí navrhovatel nezaznamenal, respektive se Úřad jeho návrhem vůbec nezabýval, což je dle názoru navrhovatele nepřipustný postup krátcí práva navrhovatele domáhat se i případného přezkoumání rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření.
11. V závěru svého rozkladu navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí v plném rozsahu a věc vrátil orgánu první instance k dalšímu řízení.

III. Řízení o rozkladu

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:
13. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S166/05-151/4896/05-SH ze dne 26.10.2005 konstatoval v postupu zadavatele takové porušení, které neovlivnilo stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a tedy neuložil opatření k nápravě, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

14. Navrhovatel ve svém rozkladu z velké části opakuje obsah svých dřívějších podání, ke kterým se však již Úřad vyčerpávajícím způsobem vyjádřil v rámci napadeného rozhodnutí, a tedy považuji za nadbytečné jeho tvrzení opakovat.
15. Nad rámec svých dřívějších podání pak navrhovatel v rozkladu především namítá, že se Úřad primárně zabýval pochybením zadavatele při vyřizování námitek a spíše okrajově rozporem nabídky navrhovatele se zadávací dokumentací. K tomu uvádím, že Úřad se v napadeném rozhodnutí na straně 7 a 8 podrobným způsobem zabývá důvody, pro které byla nabídka navrhovatele zadavatelem vyřazena z dalšího posuzování. S výše uvedeným tvrzením navrhovatele se proto nelze ztotožnit, neboť je zřejmé, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečným a vyčerpávajícím způsobem vyjádřil ke všem skutkovým zjištěním, a tedy ani důvody vyloučení navrhovatele z další účasti v soutěži se nezabýval „okrajově“, jak tvrdí navrhovatel.
16. Navrhovatel ve svém rozkladu rovněž uvádí, že k domnělému rozporu jeho nabídky a zadávací dokumentace dospěl Úřad vytržením dílčích skutečností z kontextu celé nabídky a dovozuje, že k jakémukoliv zvýšení ceny nemůže dojít bez souhlasu obou stran, přičemž právě k této skutečnosti příslušná část zadávací dokumentace dle názoru navrhovatele směřuje. K tomu uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí konkrétně cituje z nabídky navrhovatele znění jednotlivých jejích ustanovení a jejich srovnáním se zněním zadávací dokumentace pak dokládá jejich vzájemný rozpor. Nelze v této situaci

hovořit o „vytrhávání dílčích skutečností z kontextu“, neboť je zřejmé, že navrhovatel některá ustanovení zadávací dokumentace, konkrétně kogentní výčet důvodů zvýšení nabídkové ceny, přeformuloval ve své nabídce odlišně a s odlišným významem, když tento kogentní výčet změnil na demonstrativní, a tím připustil existenci i jiných, v nabídce neuvedených důvodů zvýšení této nabídkové ceny. Takový postup je jednoznačně v rozporu se zněním zadávacích podmínek.

17. V této souvislosti rovněž nelze přisvědčit navrhovateli, že znění zadávacích podmínek bylo zaměřeno na to, aby ke zvýšení nabídkové ceny nemohlo dojít bez souhlasu zadavatele. Zadávací podmínky musí být vždy formulovány tak, aby transparentním a nediskriminačním způsobem seznámily všechny uchazeče o veřejnou zakázku s podmínkami, za kterých bude v budoucnu předmět plnění veřejné zakázky realizován. Nabídková cena je pak vždy koncipována jako konečná cena za splnění předmětu veřejné zakázky, přičemž může být měněna pouze podle pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami. Ani navrhovatel a ani zadavatel nejsou oprávněni tato pravidla měnit dodatečně až v průběhu realizace veřejné zakázky, a to ani v případě, že by se na příslušné změně obě strany dohodly.
18. Ve vztahu ke stanovení výpovědních podmínek pak navrhovatel zcela mění smysl požadavku zadávací dokumentace a počátek běhu výpovědní lhůty posunuje na první den měsíce následujícího po doručení výpovědi druhé straně, ačkoliv zadavatel jednoznačně stanovil za počátek této lhůty den doručení výpovědi. I v tomto případě pak navrhovatel formulací „pokud v přílohách k této smlouvě není uvedeno jinak“ připouští přeformulování těchto podmínek případnou budoucí dohodou smluvních stran. Jak již bylo uvedeno výše, takové dodatečné měnění zadávacích podmínek je nepřípustné. Argumentace navrhovatele je tedy v tomto směru bezpředmětná.
19. Rovněž tak odkaz navrhovatele na čl. 13.2. návrhu smlouvy, podle kterého je zadávací dokumentace jako příloha součástí budoucí smlouvy o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky, a budoucí zhotovitel nesmí postupovat v rozporu s ní, nelze považovat za splnění podmínek zadávací dokumentace. Dotčená ustanovení zadávací dokumentace a návrhu smlouvy o dílo si vzájemně protičejí, a tedy není zřejmé, co navrhovatel vlastně nabízí, respektive které z obou rozporných znění má být předmětem akceptace ze strany zadavatele. Nabídka navrhovatele je tedy z pohledu splnění zadávacích podmínek nejasná, tedy neodpovídající podmínkám a zadavatel navrhovatele správně vyloučil z další účasti na otevřeném řízení.
20. V závěru svého rozkladu navrhovatel namítá procesní pochybení Úřadu, když tento žádným způsobem nerozhodl o jeho návrhu na vydání předběžného opatření. K tomu uvádím, že dle ustanovení § 43 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) „správní orgán může před skončením řízení v rozsahu nezbytně nutném pro zajištění jeho účelu uložit účastníkům, aby něco vykonali, něčeho se zdrželi nebo něco strpěli“. Správní řád tedy stanovuje Úřadu jakožto správnímu orgánu možnost a právo, nikoliv však povinnost, předběžné opatření vydat. Je tedy vždy na správním uvážení Úřadu a posouzení všech aspektů dané věci, zda je uložení předběžného opatření účelné, či nikoliv. Nelze proto dovozovat procesní pochybení Úřadu, pokud důvody pro uložení předběžného opatření neshledá a příslušné rozhodnutí nevydává. Současně správní řád v žádném svém ustanovení neukládá správnímu orgánu, aby v takovém případě vydal rozhodnutí, usnesení, či jiný právní úkon, kterým by návrh na vydání předběžného opatření formálně zamítnul.

V. Závěr

21. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, podle jehož § 183 se zrušuje zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád). Podle § 179 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. se řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu je třeba řízení o rozkladu účastníka řízení dokončit podle dosavadní právní úpravy správního řízení.
22. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
23. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

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

Obdrží:

1. JUSTITIA, s. r. o., se sídlem ul. 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava, zast. Mgr. Vlastimilem Křesálek,
2. SITA Moravia a. s., se sídlem Holzova 14/730, 628 00 Brno, zast. Ing. Mojmírem Zálešákem,
3. .A.S.A., spol. s r. o., se sídlem Ďáblická 791/89, 182 00 Praha 8, zast. Ing. Petrem Vokřálem,
4. spis.