



UOHSX00AGZQT

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0232/2017/VZ-25034/2017/512/MHr

Brno: 8. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 6. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Nemocnice Nové Město na Moravě, příspěvková organizace, IČO 00842001, se sídlem Žďárská 610, 592 31 Nové Město na Moravě,
- navrhovatel – A.M.I. – Analytical Medical Instruments, s. r. o., IČO 63983524, se sídlem Letohradská 3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 5. 2017 JUDr. Dušanem Divišem, advokátem, IČO 66206278, se sídlem Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha,
- vybraný dodavatel – MR Diagnostic s. r. o., IČO 25245791, se sídlem Pod Višňovkou 1662/21, 140 00 Praha 4 – Krč,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Plicní ventilátory“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 2. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-004334 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 18. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 035-062932,

vydává toto:

usnesení:

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – A.M.I. – Analytical Medical Instruments, s. r. o., IČO 63983524, se sídlem Letohradská 3, 170 00 Praha 7 – ze dne 16. 6. 2017 v části týkající se možné neplatnosti výzvy k účasti na elektronické aukci tím, že zadavatel – Nemocnice Nové Město na Moravě, příspěvková organizace, IČO 00842001, se sídlem Žďárská 610, 592 31 Nové Město na Moravě – stanovil v článku 14. zadávací dokumentace požadavek „*[v]eškeré úkony zadavatele vůči dodavatelům nebo úkony dodavatelů vůči zadavateli v zadávacím řízení musí mít písemnou formu a musí být stvrzené oprávněnou osobou dodavatele.*“, přičemž výše uvedený navrhovatel výzvu k účasti na elektronické aukci nepotvrdil, a dále v části návrhu týkající se nemožnosti navrhovatele se elektronické aukce konané dne 3. 5. 2017 účastnit, **se** podle

ustanovení § 257 písm. h) citovaného zákona **zastavuje**, neboť předmětným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Nemocnice Nové Město na Moravě, příspěvková organizace, IČO 00842001, se sídlem Žďárská 610, 592 31 Nové Město na Moravě (dále jen „zadavatel“ nebo také „Nemocnice Nové Město na Moravě“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), otevřené řízení na veřejnou zakázku „Plicní ventilátory“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 2. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-004334 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 18. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S035-062932 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem šetřené veřejné zakázky podle článku 4.1 zadávací dokumentace » *je dodávka zdravotnických přístrojů – 10 ks plicních ventilátorů po využití na jednotce následné intenzivní péče a anesteziologicko-resuscitačním oddělen zadavatele.*
Součástí předmětu plnění je i doprava do sídla zadavatele, montáž a uvedení do provozu v souladu s platnou legislativou, instruktáž obsluhy [...] v min rozsahu 1 pracovní den a záruka za jakost [...] s dobou trvání 24 měsíců.«
3. Podle článku 4.2 zadávací dokumentace stanovil zadavatel předpokládanou hodnotu šetřené zakázky na 3 949 000 Kč bez DPH, přičemž se bude podle téhož článku zadávací dokumentace jednat o maximálně přípustnou hodnotu pro účast v zadávacím řízení.
4. Podle článku 17 zadávací dokumentace budou nabídky uchazečů hodnoceny zadavatelem dle jejich „ekonomické výhodnosti vyjádřené nejnižší celkovou nabídkovou cenou za předmět plnění v Kč bez DPH.“ Současně zadavatel v předmětném článku zadávací dokumentace [i v bodu IV.1.6) oznámení o zahájení zadávacího řízení] sdělil, že po hodnocení nabídek bude využita elektronická aukce podle § 120 a § 121 zákona.
5. Jak vyplývá z článku 7.3.2 zadávací dokumentace, byla zadavatelem stanovena lhůta pro podání nabídek do 23. 3. 2017. Jak dále plyne z dokumentu ze dne 23. 3. 2017 nazvaného „Protokol o otevírání obálek s nabídkami“, doručili zadavateli ve stanovené lhůtě svoji nabídku celkem 3 uchazeči.
6. Následně zadavatel odeslal účastníkům šetřeného zadávacího řízení výzvu ze dne 26. 4. 2017 k účasti na elektronické aukci, jež se konala dne 3. 5. 2017. Poté zadavatel dne 4. 5. 2017 rozhodl o výběru dodavatele – MR Diagnostic s. r. o., IČO 25245791, se sídlem Pod Višňovkou 1662/21, 140 00 Praha 4 – Krč (dále jen „vybraný dodavatel“) – přičemž oznámení o výběru bylo navrhovateli – A.M.I. – Analytical Medical Instruments, s. r. o., IČO 63983524, se sídlem Letohradská 3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 5. 2017 JUDr. Dušanem Divišem, advokátem, IČO 66206278, se sídlem Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha (dále jen „navrhovatel“) – doručeno dne 9. 5. 2017.

7. Dne 24. 5. 2017 byly zadavateli doručeny zdůvodněné námitky navrhovatele z téhož dne směřující proti úkonům (výběru dodavatele) a opomenutím zadavatele.
8. Rozhodnutím ze dne 8. 6. 2017 zadavatel námitky navrhovatele odmítl v celém rozsahu. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 8. 6. 2017.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele vedoucí k výběru dodavatele za zákonný, podal dne 16. 6. 2017 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Úřad obdržel předmětný návrh dne 16. 6. 2017 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
11. Účastníkem správního řízení podle § 256 zákona je:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.

Obsah návrhu ze dne 16. 6. 2017

12. V návrhu navrhovatel nejprve uvádí, že celý průběh elektronické aukce nebyl dostatečně zajištěn, čímž se stal naprosto zbytečným, neboť se jej aktivně účastnil pouze jeden účastník. Z tohoto důvodu nebyly dodrženy principy hospodárného, efektivního a účelného vynakládání finančních prostředků.
13. Dále navrhovatel namítá neplatnost úkonu zadavatele v podobě odeslané výzvy ze dne 26. 4. 2017 k účasti na elektronické aukci, neboť zadavatel v bodě 14.1 zadávací dokumentace výslovně stanovil, že „*veškeré úkony zadavatele vůči dodavatelům nebo úkony dodavatelů vůči zadavateli musí mít písemnou formu a musí být stvrzené oprávněnou osobou dodavatele*“ a navrhovatel namítaný úkon nestvrdil. Navíc je podle názoru navrhovatele s podivem, že zadavatel čekal až do dne konání elektronické aukce (tj. 3. 5. 2017) s tím, že navrhovatele kontaktoval a žádal, aby byla výzva k elektronické aukci potvrzena. Navrhovatel k uvedenému dodává, že elektronická komunikace měla dle jeho názoru probíhat pouze kontaktními údaji uvedenými v článku č. 1 zadávací dokumentace, nikoliv tedy z adresy houston@proebiz.com, která byla následně v emailové schránce navrhovatele vyhodnocena jako spam. Uvedená adresa tak měla být podle názoru navrhovatele uvedena v zadávací dokumentaci.
14. Navrhovatel též namítá nemožnost přihlášení se do aukční síně v den konání aukce, neboť se mu „*ani nenačetlo okno k zadání el. podpisu.*“ Nastalou situaci navrhovatel marně řešil s helpdeskem zadavatele, a proto navrhovatel konstatuje, že zadavatel selhal, když neměl zajištěn fungující systém.
15. V rámci dalšího námitkového bodu navrhovatel namítá neprovedené vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení [postup v rozporu s § 121 odst. 1 písm. b) zákona], když

nesplnil minimální technické požadavky zadavatele uvedené v bodě 1.6.15 přílohy č. 2 zadávací dokumentace. Konkrétně navrhovatel namítá, že zadavatel neměl připustit u požadavku „HPO – vysokotlaké připojení O2 a LPO – nízkotlaké připojení O2“ vybraným uchazečem zvolené řešení v podobě mechanické montáže redukce, když „budoucímu využití lépe vyhovuje na trhu obvyklé řešení, které má vstupy dva“ a není tedy redukce třeba.

16. Jako další důvod pro vyloučení vybraného dodavatele navrhovatel uvádí, že minimálně jedna ze tří významných dodávek u vybraného dodavatele nedosáhla zadavatelem (v bodu 8.4 zadávací dokumentace) stanoveného limitu plnění 1 500 000 Kč. Je to tak podle navrhovatele proto, že z kupní smlouvy uzavřené mezi vystavovatelem reference [Fakultní nemocnicí Ostrava, 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba (dále jen „Fakultní nemocnice Ostrava“)] a vybraným uchazečem vyplývá, že součástí plnění byly i položky kancelářské techniky „PC DELL, 1x LCD 27', tiskárna“ v celkové hodnotě 25 000 Kč bez DPH, které nelze pod požadavek zadavatele podřadit.
17. V neposlední řadě navrhovatel namítá i porušení § 46 odst. 2 zákona tím, že umožnil po uplynutí lhůty pro podání nabídek vybranému dodavateli předložit, případně doplnit, údaje, doklady či vzorky, které nebyly součástí nabídky. Takovýmto dokladem by dle navrhovatele byl i případný nový seznam významných dodávek podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona.
18. V této souvislosti navrhovatel namítá i skutečnost, že mu bylo zadavatelem odmítnuto nahlédnout do spisu veřejné zakázky, přičemž navrhovatel svoji námitku opírá o ustanovení § 38 správního řádu a odkazuje i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 40/2016 ze dne 11. 1. 2017. Navíc zadavatel odmítnutí žádosti o nahlížení nikterak neodůvodnil. Uvedený postup zadavatele tak podle navrhovatele vedl k omezení práv na spravedlivý proces dle článku 36 odst. 1 zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“).
19. Závěrem navrhovatel konstatuje, že shora uvedeným postupem zadavatele došlo k nepřípustnému zvýhodnění vybraného dodavatele, přičemž navrhovatel navrhuje, aby Úřad předmětné zadávací řízení podle § 263 zákona zrušil.

Další postup ve správním řízení

20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-18482/2017/512/MHr ze dne 21. 6. 2017, které bylo navrhovateli doručeno tentýž den a zadavateli doručeno dne 22. 6. 2017. Vybranému uchazeči doručil Úřad oznámení o zahájení správního řízení (č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-19733/2017/512/MHr ze dne 30. 6. 2017) dne 3. 7. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 6. 2017

21. Zadavatel ve svém vyjádření, které Úřad obdržel dne 26. 6. 2017, nejprve k průběhu elektronické aukce uvádí, že se jej aktivně účastnili dva uchazeči, a to vybraný dodavatel a dodavatel Dräger Medical s. r. o., Pod Sychrovem I-81/1063, 101 00 Praha 10. Dále pak zadavatel konstatuje, že »neměl a nemá žádný důvod se domnívat, že nabídkové ceny účastníků řízení byly „nadsazené“«, neboť odpovídaly předpokládané hodnotě veřejné zakázky stanovené na základě průzkumu trhu.

22. K nefunkčnosti systému (elektronického nástroje) zadavatel konstatuje, že jde o certifikovaný nástroj, který je zadavatelem využíván od roku 2004 a u něhož se doposud neseťkal s nefunkčností. Ve vztahu k namítanému neúčelnému vynakládání finančních prostředků pak zadavatel dodává, že mu není znám transparentnější postup, než zadání zakázky s pomocí elektronické aukce.
23. Ve věci namítané neplatnosti výzvy k účasti na elektronické aukci zadavatel uvádí, že *»pod pojmem „stvrzení“ měl zadavatel vždy na mysli jakoukoliv notifikaci dokumentu/žádosti/atd., které jsou jednou stranou předkládány druhé – tedy, že se jedná o jednostranný akt.«* Obdobnou formulaci pak zadavatel použil v článku 13.3.1 zadávací dokumentace. Zadavatel též uvádí, že žádný z uchazečů nepožádal o vyjasnění dokumentace a že problém s komunikací postihl pouze navrhovatele. Nadto zadavatel doplňuje, že použití elektronické aukce se řídí jasnými pravidly, jež doléhají i na proces odeslání výzvy k účasti na e-aukci. K návrhu navrhovatele, že měl výzvu odeslat poštou, pak zadavatel pouze dodává, že by tak učinil v rozporu se zadávací dokumentací (článek 14.3).
24. K zadavatelem odeslanému upozornění na nevyzvednutou výzvu k účasti zadavatel uvádí, že tak učinil nad rámec svých povinností. Ve vztahu ke kontaktním údajům pak zadavatel konstatuje, že nikde v zadávací dokumentaci není uvedeno, že by údaje uvedené v článku 1 byly jedinými možnými. Současně nelze podle zadavatele vyhovět i námitce navrhovatele týkající se zařazení emailu z adresy „houston@proebiz.com“ do „spamové pošty“, přičemž předcházející dokument v podobě výzvy k aktivaci elektronické schránky navrhovatel bez problému přijal a schránku aktivoval.
25. Co se týká aktivity navrhovatele v systému PROEBIZ, tak zadavatel uvádí, že tato započala až v den konání aukce v čase 8:33 hod., resp. intenzivně probíhala *„až 5 minut před začátkem soutěžního kola“*. *„Zadavatel v dané věci uvádí, že mezi kontaktní osobou [n]avrhovatele a administrátorem e-aukce v den konání aukce probíhala telefonická i emailová komunikace [...], kdy administrátor na základě žádosti [n]avrhovatele ještě znovu odeslal/zpřístupnil [v]ýzvu k účasti a manuálně zaslal přístupový klíč, který však z důvodu neprovedení řádného přihlášení k e-aukci nebyl použitelný – tato aktivita [z]adavatele vůči [n]avrhovateli probíhala dle Protokolu historie v 8:33 hodin a také v 9:52 hodin. Protokol jednoznačně prokazuje, že [n]avrhovatel použil neplatný elektronický podpis, proto tvrzení [n]avrhovatele, že se mu nenačetlo okno k zadání elektronického podpisu, je naprosto irelevantní.“* K uvedenému zadavatel dodává, že argumentace navrhovatele týkající se přihlašování z více počítačů s několika elektronickými podpisy může mít příčinu technického charakteru na straně navrhovatele, neboť se mělo jednat o jeden „počítač kolegyně“. Zadavatel pak uvedené uzavírá, že navrhovatel nedisponoval platným elektronickým podpisem (platnost pouze do 21. 9. 2016), což je v rozporu s článkem 17.1.2 odst. 4 písm. d) zadávací dokumentace.
26. Ve věci námitky neprovedení vyloučení vybraného dodavatele zadavatel trvá na tom, že neshledal žádný důvod pro jeho vyloučení. Ohledně požadavku na připojení HPO a LPO je podle zadavatele zřejmé, že nespécifikoval, jakým způsobem má být tento požadavek splněn, tedy dvěma či jedním vstupem, čímž připustil různá řešení splnění předmětného požadavku. Dále zadavatel trvá na svém zdůvodnění postupu z rozhodnutí ze dne 8. 6. 2017 o námitkách navrhovatele, neboť podle jeho názoru nepochybně, že *»definici významné dodávky jako dodávky „respirační a pneumologické techniky“ a nikoliv jako dodávky „respiračních a*

pneumologických přístrojů“, předložený seznam významných dodávek i doklady, doplněné na základě žádosti zadavatele dle § 46 odst. 1 zákona (kupní smlouvy k jednotlivým dodávkám) plně odpovídají požadavku zadavatele, resp. splňují požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci dle čl. 8.4 ZD v plném rozsahu.

Zadavatel je přesvědčen, že z rozsahu významné dodávky do FN Ostrava nesměly být vyřazeny přístroje, které [n]avrhovatel jmenuje v rámci návrhu, neboť tyto přístroje jednoznačně a prokazatelně tvoří funkční a z tohoto důvodu i neoddělitelnou součást celku s ohledem na výkony, které jsou v daném případě pomocí respiračních a pneumologických přístrojů prováděny.«

27. K uvedenému pak zadavatel ještě doplňuje, že z § 79 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že splnění předmětného požadavku se prokazuje předložením seznamu významných dodávek „s uvedením ceny a doby jejich poskytnutí“ a že je přesvědčen, že »i diagnostická technika v rámci dodávky pro FN Olomouc [myšleno FN Ostrava, pozn. Úřadu] jednoznačně spadá do zadavatelem definované kategorie „respirační a pneumologické techniky“, neboť zadavatel v rámci požadavku v čl. 8.4 nevymezil, zda musí být technika diagnostická, terapeutická či klinická...atd.«
28. Ve věci možného porušení § 46 odst. 2 zákona zadavatel konstatuje, že řešení (resp. změna) nabídkové ceny nebylo obsahem žádného objasnění či doplnění údajů nebo dokladů vybraným dodavatelem, přičemž dodavatel objasnil a doplnil údaje a doklady, které se týkaly splnění požadavků na technickou kvalifikaci, splnění technických požadavků na předmět veřejné zakázky a splnění podmínek na nabídku.
29. K námitce odepření nahlížení do spisu šetřené veřejné zakázky pak zadavatel uvádí, že nahlížení do „dokumentace o zadávacím řízení“ dle § 216 zákona nespadá do působnosti správního řádu, neboť zadavatel není správním orgánem a neprobíhá u něj správní řízení. Navrhovatelem citovaný rozsudek pak považuje zadavatel za zcela nepřípadný, neboť se týkal nahlížení do spisu u Úřadu a nikoliv nahlížení do dokumentace u zadavatele. Nadto zadavatel doplňuje, že po obdržení žádosti navrhovatele ze dne 18. 5. 2017 byl i telefonicky kontaktován s požadavkem o nahlédnutí do nabídek ostatních uchazečů, k čemuž se vyjádřil v rozhodnutí o námitkách. K uvedenému zadavatel dodává, že stávající právní úprava proces nahlížení do dokumentace o zadávacím řízení speciálně neupravuje, pouze v § 123 zákona je stanovena zadavateli povinnost poskytnout vybrané dokumenty s oznámením o výběru dodavatele. Dále zadavatel doplňuje, že nelze akceptovat názor navrhovatele, že by byl jakkoliv krácen na svých právech na spravedlivý proces.
30. Zadavatel též považuje námitku týkající se nepřipustného zvýhodňování vybraného uchazeče za neopodstatněnou a bezdůvodnou a je tedy nadále přesvědčen o transparentním a nediskriminačním průběhu šetřeného zadávacího řízení.
31. Na závěr zadavatel s ohledem na shora uvedené navrhuje, aby Úřad předmětný návrh navrhovatele zamítl podle § 265 písm. a) zákona.

Další postup ve správním řízení

32. Dne 30. 6. 2017 Úřad odeslal osobě, která byla objednatelkou referenční zakázky Fakultní nemocnici Ostrava žádost o informace č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-19742/2017/512/MHr

z téhož dne, na kterou bylo reagováno stanoviskem ze dne 10. 7. 2017, které Úřad obdržel dne 10. 7. 2017.

33. V návaznosti na obdržené stanovisko Fakultní nemocnice Ostrava odeslal Úřad dne 25. 7. 2017 druhou žádost o informace (č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-21334/2017/512/MHr). Důvodem odeslání byla nezbytnost dalšího zjišťování skutkového stavu v šetřené věci.
34. Odpověď na žádost ze dne 25. 7. 2017 byla Úřadu doručena dne 31. 7. 2017.
35. Dne 3. 8. 2017 Úřad odeslal účastníkům správního řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-22512/2017/512/MHr z téhož dne, ve kterém v souladu s § 61 odst. 1 správního řádu nařídil zadavateli z moci úřední předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
36. Následně dne 4. 8. 2017 určil Úřad účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0232/2017/VZ-22579/2017/512/MHr z téhož dne lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
37. Dne 7. 8. 2017 Úřad umožnil na základě písemné žádosti ze dne 7. 7. 2017 zástupci zadavatele nahlédnout do správního spisu.
38. Úřad dále umožnil dne 14. 8. 2017 zástupci navrhovatele na základě písemné žádosti ze dne 9. 8. 2017 nahlédnout do předmětného správního spisu.

Vyjádření navrhovatele ze dne 14. 8. 2017

39. Dne 14. 8. 2017 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí, v němž se uvádí následující.
40. Navrhovatel nadále nesouhlasí s tvrzeními zadavatele, přičemž se z důvodu procesní hospodárnosti vyjadřuje pouze k nesplnění technické kvalifikace vybraného dodavatele. Navrhovatel se tak nadále domnívá, že nejméně dodávka pro Fakultní nemocnici Ostrava nesplňuje požadavky zadavatele na významnou dodávku, k čemuž navrhovatel odkazuje i na názor České společnosti anesteziologie, resuscitace a intenzivní medicíny ČLK JEP.
41. Dále pak navrhovatel konstatuje, že zadavatel dostatečně neprokázal, že by se v případě předmětných položek jednalo o funkční neoddělitelnou součást celku, přičemž se navrhovatel odvolává na zadávací dokumentace jiných zadavatelů z oboru, kteří *„vždy vyžadují ke splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazečů doložení významných dodávek, kterými se standardně rozumí dodávka konkrétního požadovaného přístroje, nikoli další přístroje jako je diagnostická technika, výpočetní technika, apod.“*
42. S ohledem na výše uvedené navrhovatel nadále trvá na zrušení zadávacího řízení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

43. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností dospěl k závěru, že se správní řízení ve věci části návrhu týkající se možné neplatnosti výzvy k účasti na elektronické aukci tím, že zadavatel stanovil v článku 14. zadávací dokumentace požadavek na stvrzení písemné komunikace oprávněnou osobou dodavatele, a části návrhu týkající se nemožnosti navrhovatele se elektronické aukce konané dne 3. 5. 2017 účastnit, podle

ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť uvedeným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

44. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

45. Podle ustanovení § 211 odst. 6 zákona je při komunikaci uskutečňované prostřednictvím datové schránky dokument doručen dodáním do datové schránky adresáta.

46. Podle ustanovení § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).

47. Podle ustanovení § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti

- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
- b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
- c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.

48. Není-li podle ustanovení § 242 odst. 1 zákona dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

49. Podle ustanovení § 242 odst. 2 zákona musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

50. Podle ustanovení § 244 odst. 3 zákona v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.

51. Podle ustanovení § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédně Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

52. Úřad podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

Skutečnosti plynoucí z dokumentace o zadávacím řízení

53. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 16. 6. 2016 mimo jiné namítá neplatnost výzvy ze dne 26. 4. 2017 k účasti na elektronické aukci i samotný průběh elektronické aukce konané dne 3. 5. 2017.
54. Zadavatel v článku 14.1 zadávací dokumentace uvedl mimo jiné následující požadavek: *„Veškeré úkony zadavatele vůči dodavatelům nebo úkony dodavatelů vůči zadavateli v zadávacím řízení musí mít písemnou formu a musí být stvrzené oprávněnou osobou dodavatele.“*
55. Podle článku 17.1.2 zadávací dokumentace bude elektronická výzva k účasti v on-line veřejné zakázce účastníkům řízení poskytnuta elektronickými prostředky, a to *„doručením do systémem PROe.biz zřízené elektronické schránky účastníka řízení, resp. jeho kontaktní osoby pro e-aukci uvedené v krycím listu nabídky.“*
56. Jak plyne z dokumentu „Protokol historie“ ze dne 22. 6. 2017, navrhovateli byla (i zbylým účastníkům předmětného zadávacího řízení) v čase 10:16:22 dne 26. 4. 2017 zpřístupněna výzva k elektronické aukci a současně zaslán notifikační email na „kasparova@amimedical.cz“ s následujícím textem: *„Dobrý den, toto je Notifikační e-mail, který Vás informuje, že zadavatel Nemocnice Nové město na Moravě, příspěvková organizace zpřístupnil ve Vaší elektronické schránce Výzvu k účasti v elektronické aukci id 1628 pod názvem Plicní ventilátory.“*
57. Dále pak z téhož dokumentu vyplývá, že byla zadavatelem navrhovateli v čase 08:33:54 dne 3. 5. 2017 opětovně zpřístupněna výzva k elektronické aukci a znovu zaslán notifikační e-mail. Poté následovaly v časech 09:51:54, 09:55:25, 09:55:40, 09:57:17 a 10:12:01 neúspěšné pokusy navrhovatele o autorizování přihlášky k výběrovému řízení pomocí elektronického podpisu.

Právní posouzení

58. Úřad se v šetřeném případě nejprve zabýval otázkou, zda navrhovatel své námitky ze dne 24. 5. 2017, zasláné zadavateli prostřednictvím datové schránky, doručil s ohledem na jednotlivé námitkové body včas. K tomuto Úřad uvádí následující.
59. Ze skutkových zjištění posuzované věci plyne, že zadavatel odeslal dne 26. 4. 2017 do elektronické schránky účastníků zadávacího řízení (tedy i navrhovatele) výzvu k elektronické aukci (viz bod 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále pak není mezi účastníky správního řízení sporu o tom, že se s předmětnou výzvou navrhovatel seznámil po obdržení následného upozornění ze strany zadavatele dne 3. 5. 2017, neboť jak sám v návrhu uvádí, snažil se opakovaně přihlásit do aukční síně, ale nedocházelo k načtení okna pro elektronický podpis (blíže bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí), což Úřad považuje za evidentní důsledek obeznámení se s obsahem předmětné výzvy. Samotná elektronická aukce proběhla dne 3. 5. 2017. Poté zadavatel dne 9. 5. 2017 doručil navrhovateli oznámení o výběru dodavatele, s nímž navrhovatel nesouhlasil a proti kterému podal dne 24. 5. 2017 zdůvodněné námitky. Úřad zde pro úplnost dodává, že zadavatel od navrhovatele žádné další námitky neobdržel.

60. Úřad nejprve k námitce platnosti výzvy k účasti ze dne 26. 4. 2017 konstatuje, že se jedná o námitku stěžovatele (navrhovatele) proti úkonu zadavatele, již je zadavatel povinen podle § 121 odst. 2 zákona účastníkům elektronické aukce odeslat, a jako taková musí být v souladu s ustanovením § 242 odst. 2 zákona doručena do 15 dnů od jejího doručení stěžovateli (navrhovateli).
61. Vzhledem ke skutečnosti, že se stěžovatel (navrhovatel) s obsahem výzvy k elektronické aukci najisto seznámil dne 3. 5. 2017, (tzn. že mu byla nejpozději dne 3. 5. 2017 doručena), neboť mu byla ze strany zadavatele znovu poskytnuta a stěžovatel (navrhovatel) činil opakovaně úkony ve snaze se do elektronické aukce přihlásit, dochází Úřad k dílčímu skutkovému závěru, že námitka navrhovatele směřující proti možné neplatnosti výzvy k účasti ze dne 26. 4. 2017, byla podána po lhůtě uvedené v ustanovení § 242 odst. 2 zákona, když nejzazším termínem pro podání námítky bylo datum 18. 5. 2017 a navrhovatel námitku proti tomuto úkonu podal až dne 24. 5. 2017. Navrhovatel tedy nepodal včas řádné námitky dle zákona.
62. Jelikož je z jazykového výkladu ustanovení § 257 písm. h) zákona podání řádných a včasných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v téže věci, je Úřadu zřejmé, že navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku pro podání návrhu. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení, a řízení v části návrhu ze dne 16. 6. 2017 týkající se možné neplatnosti výzvy ze dne 26. 4. 2017 k účasti v elektronické aukci zastavil, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
63. Ve věci námítky týkající se samotného průběhu elektronické aukce, tj. nedostatečného zajištění fungujícího systému elektronické aukce, účelu vlastní aukce a také nemožnosti navrhovatele se předmětné aukce zúčastnit, Úřad konstatuje, že i v tomto případě se jedná o námitky doručené zadavateli po lhůtě pro podání námitek. Je tomu tak proto, že stěžovatel (navrhovatel) doručil předmětné námitky v rozporu s ustanovením § 242 odst. 1 zákona, tj. po uplynutí lhůty 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, neboť za den, kdy se stěžovatel (navrhovatel) o domnělém porušení zákona dozvěděl, je třeba dle Úřadu považovat den konání samotné elektronické aukce, tedy datum 3. 5. 2017. Žádné řádné námitky včas v této věci navrhovatel nepodal.
64. Ze shora uvedeného Úřadu vyplývá, že nejzazším termínem pro podání námítky týkající se samotného průběhu elektronické aukce (nedostatečného zajištění fungujícího systému elektronické aukce, účelu vlastní aukce a také nemožnosti navrhovatele se předmětné aukce zúčastnit) bylo datum 18. 5. 2017, čímž Úřad dospěl k závěru, že i v této části návrhu navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku pro podání návrhu. Z tohoto důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení, a řízení v části návrhu ze dne 16. 6. 2017 týkající se možné neplatnosti průběhu elektronické aukce zastavil, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
65. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavírá, že zahájené správní řízení ve věci části návrhu navrhovatele ze dne 16. 6. 2017 týkající se možné neplatnosti výzvy k účasti na elektronické aukci tím, že zadavatel stanovil v článku 14. zadávací dokumentace požadavek na stvrzení písemné komunikace oprávněnou osobou dodavatele, a části návrhu týkající se nemožnosti

navrhovatele se elektronické aukce konané dne 3. 5. 2017 účastnit, podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavil tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení 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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Nemocnice Nové Město na Moravě, příspěvková organizace, Žďárská 610, 592 31 Nové Město na Moravě
2. JUDr. Dušan Diviš, advokát, Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha
3. MR Diagnostic s. r. o., Pod Višňovkou 1662/21, 140 00 Praha 4 – Krč

Vypraveno dne

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