

Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele

Stěžovatel:

S&T CZ s.r.o.

se sídlem Praha 4, Na Strži 1702/65, PSČ 14000
IČ: 44846029

Obchodní společnost Nemocnice České Budějovice, a.s., se sídlem České Budějovice, B. Němcové 585/54, PSČ 370 01, IČ: 260 68 877, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Českých Budějovicích pod sp. zn. B 1349 (dále jen „**Zadavatel**“), jako zadavatel veřejné zakázky:

Zálohování dat NEMCB Evidenční číslo VZ: Z2019-008516

rozhodla podle § 245 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, o námitkách výše uvedeného stěžovatele S&T CZ s.r.o., v zákonné lhůtě takto:

I. Námitkám stěžovatele se vyhovuje.

II. Zadavatel ruší rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 5. 9. 2019 vydané v zadávacím řízení vedeném za účelem zadání veřejné zakázky s názvem Zálohování dat NEMCB, eviden. č. VZ Z2019-008516, jakož i oznámení o výběru dodavatele ze dne 5. 9. 2019 a další případné úkony na citované rozhodnutí a oznámení navazující.

III. Zadavatel ruší jím provedené posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele IT Specialists s.r.o., se sídlem Praha 7 - Holešovice, Přístavní 1221/15, PSČ 17000, IČ: 28535944.

Odůvodnění:

1. Zadavateli byly dne 10. 9. 2019 doručeny námitky výše uvedeného stěžovatele (dále jen „**Stěžovatel**“) podané ve smyslu § 241 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Zákon**“).
2. Stěžovatel v námitkách napadá oznámení a rozhodnutí Zadavatele o výběru dodavatele ze dne 5. 9. 2019, protože podle něj Zadavatel postupoval v rozporu se

Organizace zapsaná v OR dne 26.11.2003 vedeného Krajským soudem v Č.Budějovicích oddíl B, vložka 1349

Zákonem, když k plnění veřejné zakázky vybral dodavatele, který nesplnil kvalifikaci stanovenou Zadavatelem pro plnění této veřejné zakázky. Stěžovatel v námitkách uvádí, že Zadavatel požadoval s odkazem na § 79 odst. 2 písm. b) Zákona prokázání významných dodávek realizovaných v období posledních 3 let. Toto ustanovení je pro Zadavatele závazné a nelze ho v zadávacích podmínkách ze strany Zadavatele svévolně měnit. V tomto kontextu je podle Stěžovatele nutné vnímat i poznámku Zadavatele „v období roků 2016, 2017 a 2018 za celé toto vymezené období“, kterou uvedl v zadávacích podmínkách. Do sledovaného období rok 2016 bezesporu patří, ale pouze svojí poměrnou částí, která je ohraničena lhůtou 36 měsíců před zahájením zadávacího řízení (tj. počínaje datem 27. 5. 2019 dále). Zadavatel přitom podle Stěžovatele v zadávacích podmínkách nijak neodůvodnil, že by bylo nutné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže zohlednit doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení. V daném případě by to ani podle Stěžovatele nebylo jakkoliv účelné a odůvodnitelné, protože předmětem veřejné zakázky je poměrně běžné plnění, které se obvykle poskytuje v poměrně vysoce konkurenčním prostředí. S ohledem na uvedené proto Stěžovatel setrvává na stanovisku, že významné dodávky měly být prokázány za poslední 3 roky, tj. za období 36 měsíců před zahájením zadávacího řízení. Vybraný dodavatel přitom v rámci tří prokazovaných významných dodávek prokazoval zakázku realizovanou pro MORA MORAVIA, s.r.o. U této zakázky však deklaroval plnění v období únor 2016 až duben 2016. Zadávací řízení přitom bylo zahájeno dne 27. 5. 2019, tzn. že prokazovaná významná zakázka svojí realizací nespada do období posledních 36 měsíců před zahájením zadávacího řízení. Zadavatel k prokázání technické kvalifikace požadoval předložení seznamu tří samostatných plnění, která budou splňovat požadavky zadávací dokumentace a Zákona. Vybraný dodavatel předložil seznam právě tří plnění. Z tohoto však jedno z deklarovaných plnění objektivně neplní zadávací podmínky stanovené Zadavatelem ani příslušného ustanovení Zákona. Nezbyvá proto podle Stěžovatele než uzavřít, že vybraný dodavatel nesplnil technickou kvalifikaci stanovenou Zadavatelem. Zadavatel tak nemůže tohoto dodavatele vybrat k plnění veřejné zakázky a naopak je povinen tohoto dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit pro nesplnění stanovené kvalifikace. Stěžovatel ve svých námitkách navrhuje, aby Zadavatel zrušil stávající rozhodnutí o výběru dodavatele, provedl nové posouzení splnění kvalifikace vítězného účastníka, aby jej následně vyloučil ze zadávacího řízení, a to minimálně z důvodu nesplnění kvalifikace, a aby vydal nové rozhodnutí o výběru dodavatele s tím, že tento vybraný dodavatel bude skutečně plnit veškeré zadávací podmínky stanovené Zadavatelem a Zákonem. V podrobnostech odkazuje Zadavatel na písemné vyhotovení námitek ze dne 10. 9. 2019 s tím, že se k námitkám Stěžovatele vyjádří dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí o námitkách Stěžovatele.

3. Zadavatel posoudil námitky Stěžovatele z hlediska povinných náležitostí podle § 244 Zákona i z hlediska namítaného porušení Zákona a došel k závěru, že námitky mohou být důvodné, a proto jim ve smyslu § 245 odst. 1 Zákona vyhověl. Své rozhodnutí odůvodňuje Zadavatel následujícím způsobem.
4. Zadavatel předně posoudil, zda námitky vykazují všechny Zákonem předepsané náležitosti tak, jak tyto vyplývají z ust. § 244 Zákona, a zda byly Zadavateli doručeny ve lhůtě stanovené Zákonem (§ 242 odst. 2 Zákona), když se jedná o námitky proti úkonu Zadavatele oznamovanému v dokumentech, které je Zadavatel povinen podle Zákona odeslat Stěžovateli. Na základě tohoto posouzení dospěl Zadavatel k závěru, že námitky splňují předepsané zákonné náležitosti vyplývající z předmětného ustanovení Zákona a že byly podány včas, když lhůta pro

podání námitek neskončí před 20. 9. 2019, přičemž námitky Stěžovatele byly podány již dne 10. 9. 2019.

5. Podle § 245 odst. 1 Zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě. Pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě (§ 245 odst. 2 Zákona).
6. Po ověření výše uvedených skutečností se mohl Zadavatel zabývat meritorním přezkoumáním podaných námitek a zejména namítaným pochybením v postupu Zadavatele.
7. Jak již Zadavatel uvedl, námitkám se rozhodl vyhovět, protože shledal, že argumenty Stěžovatele mohou být zčásti důvodnými. Rozhodnutí bylo přijato v zákonné lhůtě, když poslední den lhůty pro rozhodnutí o námitkách připadne na den 25. 9. 2019.
8. Zadavatel z podnětu námitek Stěžovatele přezkoumal svůj postup při výběru dodavatele dle § 122 Zákona a při posuzování splnění podmínek účasti vybraného dodavatele podle § 39 odst. 2 písm. a), odst. 5 Zákona a zjistil, že je pravdivé tvrzení Stěžovatele o tom, že jedna z významných dodávek, na kterou se při prokazování technické kvalifikace odvolal vybraný dodavatel, měla být realizována v období měsíců února až dubna 2016, přičemž zadávací řízení bylo zahájeno dne 23. 5. 2019, kdy bylo k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek odesláno oznámení o zahájení zadávacího řízení (viz § 56 odst. 1 Zákona). V případě výkladu podmínky dle § 79 odst. 2 písm. b) Zákona, podle které může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, zastávaného Stěžovatelem by předmětná významná dodávka byla skutečně realizována mimo vymezené tříleté období. Zadavatel v zadávací dokumentaci vymezil toto tříleté období celými kalendářními roky, a to jednak z důvodu právní jistoty účastníků zadávacího řízení, protože tímto opatřením Zadavatel upřesnil výklad předmětného zákonného ustanovení, jenž byl v minulosti předmětem odborných polemik a nebyl jednotný, a reagoval tím také na skutečnost, že v době pořizování zadávací dokumentace, což je často poměrně dlouhodobý proces, není známo, kdy přesně bude zadávací řízení zahájeno. Současně je nutné tento postup Zadavatele vnímat jako opatření jednoznačně ve prospěch dodavatelů, protože jim rozšiřuje časové období, v rámci kterého mohou prokazovat relevantní významné dodávky, byť se jedná o rozšíření zcela jistě nikoliv zásadní. V posuzovaném případě se pak jedná o Stěžovatelem namítaný rozdíl doby, kdy měla být realizována významná dodávka podle dikce Zákona na straně jedné a podle dikce zadávací dokumentace na straně druhé, zcela nepodstatný, protože tento rozdíl může činit toliko 23 dnů. Vystává tak otázka, zda by případné vyloučení vybraného dodavatele pro takto zanedbatelný rozdíl v počítání doby dle § 79 odst. 2 písm. a) Zákona nebylo v rozporu se zásadou přiměřenosti stanovenou v § 6 odst. 1 Zákona. Podle názoru Zadavatele je prodloužení tříleté doby dle § 79 odst. 2 písm. b) Zákona o období 4 měsíců a 23 dnů (tj. od 1. 1. 2006

do 23. 5. 2016) v zájmu zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže, protože nikoliv podstatné prodloužení tohoto tříletého období jistě rozšiřuje množství dodavatelů, kteří se mohou ucházet o plnění veřejné zakázky, a současně rozhodně není možné namítat, že dodavatel, který realizoval významnou dodávku 3 roky a jeden měsíc před zahájením zadávacího řízení (jako je tomu v případě vybraného dodavatele), již není technicky kvalifikován k plnění veřejné zakázky na rozdíl od dodavatele, který totožnou či srovnatelnou významnou dodávku realizoval v době 2 roků a 11 měsíců před zahájením zadávacího řízení. Zadavatel tak svým postupem otevřel zadávací řízení širšímu okruhu dodavatelů a tím také zvýšil konkurenční prostředí mezi dodavateli, kteří mají zájem se o veřejnou zakázku ucházet, v důsledku čehož by mělo dojít k podání většího množství nabídek, které budou z hlediska nabízených podmínek plnění výhodnější pro Zadavatele.

9. Zadavateli není zřejmé, na základě čeho učinil Stěžovatel závěr, že předmětem veřejné zakázky je poměrně běžné plnění, které se obvykle poskytuje v poměrně vysoce konkurenčním prostředí. Zadavatel se naopak domnívá, že stanovení požadavku na předložení seznamu významných dodávek dle § 79 odst. 2 písm. b) Zákona mohlo být pro některé dodavatele obtížněji splnitelné, a to především s ohledem na požadavek, podle kterého mělo každé z referenčních plnění představovat instalaci zálohovacího řešení v nepřetržitém provozu, tj. v režimu 24/7. Z tohoto důvodu také Zadavatel nevýznamně rozšířil období, ve kterém mohly být významné dodávky poskytovány, a to v zájmu zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže. Ostatně také z nabídek, které Zadavatel v zadávacím řízení obdržel, vyplývá, že účastníci zadávacího řízení odlišní od Stěžovatele v seznamu významných dodávek uvedli 3 nebo nejvýše 4 významné dodávky za účelem prokázání této technické kvalifikace. Vzhledem k těmto počtům referenčních dodávek nelze usuzovat, že by se jednalo o natolik běžné a frekventované plnění, jak ve svých námitkách uvádí Stěžovatel.
10. V neposlední řadě pak Zadavatel k námitkám Stěžovatele podotýká, že z hlediska jejich obsahu je zapotřebí je považovat spíše za námitky směřující proti zadávacím podmínkám, protože vybraný dodavatel podmínky technické kvalifikace splnil v souladu se zadávací dokumentací, avšak Stěžovatel spíše brojí proti tomu, jak Zadavatel v bodu 4.4.1. Zadávací dokumentace vymezil období, ve kterém byla připuštěna realizace významných dodávek, když se domnívá, že v tomto ohledu Zadavatel postupoval v rozporu se Zákonem [§ 79 odst. 2 písm. b)]. V tomto smyslu je pak zapotřebí námitkám Stěžovatele vytknout, že byly podány opožděně, protože je-li dle § 242 odst. 4 Zákona v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Ve lhůtě pro podání nabídek však Stěžovatel žádné námitky, v nichž by rozporoval požadavky na prokázání technické kvalifikace dodavatelů, Zadavateli nedoručil.
11. Přes výše uvedené skutečnosti, které Zadavatel pokládal za nutné uvést k obsahu a podstatě námitkové argumentace Stěžovatele, se Zadavatel rozhodl tímto rozhodnutím námitkám vyhovět, protože má zvláštní zájem na řádném průběhu zadávacího řízení a má rovněž v úmyslu přidělit plnění veřejné zakázky nejen tomu dodavateli, který Zadavateli nabídnul nejvýhodnější podmínky, ale současně také tomu dodavateli, který řádně splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Sledujíc tento zájem, rozhodl se Zadavatel námitkám Stěžovatele vyhovět a dalším postupem podle Zákona (§ 46) u dodavatele, který byl rozhodnutím, zrušeným ve výše uvedeném výroku, původně vybrán k plnění veřejné zakázky, ověřit, zda splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, které spočívají v prokázání technické kvalifikace

dle § 79 odst. 2 písm. b) Zákona. K tomuto opatření přistoupil Zadavatel z toho důvodu, že může být sporné posouzení otázky, zda všechny významné dodávky uvedené v seznamu předloženém vybraným dodavatelem zcela splňují podmínky stanovené Zadavatelem v zadávací dokumentaci. Cílem dalšího postupu Zadavatele je vyjasnit sporné otázky týkající se kvalifikace dříve vybraného dodavatele a tímto zajistit, že postup Zadavatele v zadávacím řízení bude odůvodněný, nediskriminační, přiměřený, srozumitelný a také transparentní. Přestože tedy existují oprávněné pochybnosti o důvodnosti námitek Stěžovatele, rozhodl se jim Zadavatel vyhovět proto, aby si v zadávacím řízení vytvořil prostor pro další objasnění otázek, které mohou být vnímány jako sporné.

12. Z výše uvedených důvodů se Zadavatel rozhodl námitkám Stěžovatele vyhovět a tímto rozhodnutím také zrušil dříve provedené úkony v zadávacím řízení, a sice rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 5. 9. 2019 a oznámení o výběru dodavatele ze dne 5. 9. 2019, jakož i případné další úkony na citované rozhodnutí a oznámení navazující. Zadavatel také zrušil svůj úkon spočívající v posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, a to z toho důvodu, že s ohledem na obsah námitek Stěžovatele provede Zadavatel nové posouzení splnění podmínek účasti. Oproti tomu však Zadavatel nemohl tímto rozhodnutím vyloučit dříve vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, jak se toho také Stěžovatel domáhal, protože by takové rozhodnutí bylo předčasné a v této fázi zadávacího řízení také neopodstatněné. Jak Zadavatel předestřel, bude otázka splnění podmínek účasti v zadávacím řízení dále zkoumána postupem podle § 46 Zákona.
13. Závěrem lze proto shrnout, že Zadavatel shledal důvody pro vyhovění námitkám Stěžovatele a pro zrušení napadených úkonů Zadavatele učiněných v zadávacím řízení. Z důvodů podrobně rozepsaných v předchozích částech tohoto rozhodnutí Zadavatel o námitkách Stěžovatele rozhodnul postupem podle § 245 odst. 1 Zákona způsobem uvedeným ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Pokud zadavatel námitky odmítne, má stěžovatel možnost podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 Zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Stěžovatel má povinnost doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

V Českých Budějovicích dne 19. září 2019

MUDr. Ing. Michal Šnorek, Ph.D.
předseda představenstva
Nemocnice České Budějovice, a.s.

MUDr. Jaroslav Novák, MBA
člen představenstva
Nemocnice České Budějovice, a.s.