



UOHSX004JGNO

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S503/2012/VZ-23126/2012/514/JNv

Brno 6. prosince 2012

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 27. 8. 2012 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2,
- navrhovatel – Fresenius Medical Care – ČR, s. r. o., IČ 45790884, Evropská 423/178,
- vybraný uchazeč – BAXTER CZECH spol. s r. o., IČ 49689011, Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5 – Smíchov,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Vaky na krev“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011262 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2012 pod zn. 2012/S 69-114386,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 – nedodržel postup stanovený v ustanovený v § 96 odst. 4 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a § 96 odst. 4 písm. e) citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona tím, že: nejednoznačným způsobem stanovil informace týkající se postupu při elektronické aukci a podmínky, za kterých budou uchazeči oprávněni v rámci elektronické aukce podávat nové aukční hodnoty, tj. podmínky

za kterých bude systém elektronické aukce akceptovat nové aukční hodnoty zadávané ke konci aukčního kola, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší:**

- výzvu k účasti v e-aukci ze dne 12. 7. 2012,
- hodnocení nabídek prostřednictvím elektronické aukce konané dne 24. 7. 2012,
- rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky ze dne 27. 7. 2012.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, **se zadavateli – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 – ukládá uhradit náklady** řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 (dále jen „zadavatel“) uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011262 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2012 pod zn. 2012/S 69-114386, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Vaky na krev“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V čl. 2 zadávací dokumentace je uvedeno, že předmětem plnění veřejné zakázky jsou průběžné dodávky vaků na odběr krve a vaků na odběr krve pro in-line de leukotizaci.
3. Zadavatel zvolil jako hodnotící kritérium nejnížší nabídkovou cenu, přičemž jak je uvedeno v čl. 8 zadávací dokumentace, jako prostředek pro hodnocení nabídek bude použita elektronická aukce (dále jen „e-aukce“).
4. V protokolu o otevírání obálek ze dne 14. 5. 2012 je uvedeno, že do lhůty pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem 5 nabídek uchazečů, z nichž všechny vyhověly kontrole úplnosti podle § 78 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“).
5. Výzvou k účasti v e-aukci ze dne 12. 7. 2012 bylo 5 uchazečů vyzváno k účasti v e-aukci, která se uskutečnila dne 24. 7. 2012.

6. Zadavatel dne 27. 7. 2012 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče BAXTER CZECH spol. s r. o., IČ 49689011, Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jen „vybraný uchazeč“), neboť v e-aukci konané dne 24. 7. 2012 byla jeho nabídka vyhodnocena jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou.
7. Zadavatel obdržel dne 8. 8. 2012 námitky uchazeče Fresenius Medical Care – ČR, s. r. o., IČ 45790884, Evropská 423/178, 160 00 Praha 6 (dále jen „Fresenius Medical Care – ČR s. r. o.“ nebo „navrhovatel“) proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Dne 10. 8. 2012 zadavatel námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o nevyhovění námitkám bylo uchazeči Fresenius Medical Care – ČR s. r. o. doručeno dne 16. 8. 2012.
8. Vzhledem k tomu, že uchazeč Fresenius Medical Care – ČR s. r. o. nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 27. 8. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu byl i návrh na nařízení předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona (návrh na uložení zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení).
9. Úřad obdržel návrh dne 27. 8. 2012 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 27. 8. 2012.

## **II. Obsah návrhu**

10. Navrhovatel uvádí, že jako prostředek pro hodnocení nabídek byla v zadávací dokumentaci stanovena e-aukce prostřednictvím aukčního systému PROe.biz (dále jen „systém“). Navrhovatel byl zadavatelem vyzván k účasti v e-aukci, které se zúčastnil. Pro e-aukci byl stanoven minimální krok snížení nabídkové ceny na 0,10 Kč vztahující se k stávající hodnotě položky příslušného uchazeče. Při posledním pokusu změny nabídkové ceny (zadání nové aukční hodnoty) u druhé položky, tj. „odběrové vaky in-line vaky pro deleukotizaci“ na částku 399,90 Kč, upozornil systém navrhovatele, že změna není možná. Přitom cena, na kterou navrhovatel reagoval, byla v tento okamžik 400 Kč a předchozí cena navrhovatele 403,90 Kč. Požadavek minimálního kroku snížení nabídkové ceny byl tak splněn. Čas do konce aukčního kola byl minimálně 8 sekund. Systém přesto změnu neakceptoval. Při opětovném pokusu změny nabídkové ceny již uplynul čas aukčního kola a navrhovateli tak nebylo umožněno dále pokračovat v e-aukci. Navrhovatel byl tak znevýhodněn oproti jiným uchazečům.
11. Navrhovatel se z výše uvedeného důvodu domnívá, že došlo k porušení zásad transparentnosti a nediskriminace stanovených v § 6 zákona, když zadavatel použil pro hodnocení nabídek systém, který neumožnil všem uchazečům řádnou účast v e-aukci (a změnu nabídkové ceny) za stejných podmínek. Systém akceptoval selektivně pouze některé zadávané změny, a na základě tohoto systému rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky.
12. Navrhovatel dále uvádí, že neprodleně po uskutečnění e-aukce upozornil zadavatele na nefunkčnost systému a žádal opakování e-aukce. Zadavatel na stížnost nijak nereagoval a dne 27. 7. 2012 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky s nabídkovou cenou za jeden rok plnění ve výši 4 628 400 Kč. Nabídka navrhovatele se umístila jako druhá v pořadí s nabídkovou cenou za jeden rok plnění ve výši 4 629 200 Kč. V případě, že by systém

akceptoval novou jednotkovou cenu navrhovatele u druhé položky, byla by výsledná nabídková cena navrhovatele za jeden rok plnění ve výši 4 597 200 Kč.

13. V rozhodnutí o námitkách ze dne 10. 8. 2012 zadavatel uvádí, že navrhovatel zadal opětovně stejnou nabídkovou cenu, kterou již jednou zadal. Navrhovatel tuto skutečnost popírá, neboť cena byla to jediné, co se mohlo měnit, proto by bylo nelogické, aby navrhovatel znovu zadával stejnou nabídkovou cenu. Co se týče tvrzení zadavatele, že uchazeči takticky vyčkávají celou minutu bez reakce, a mění nabídkové ceny v posledních sekundách ke konci aukčního kola, navrhovatel uvádí, že jedna minuta k učinění rozhodnutí, zda bude nabídková cena snížena a realizaci tohoto rozhodnutí, která je vzhledem k nutné autorizaci poměrně složitá, je spíše nedostatečná a pokud se objeví v systému chyba, jak tomu bylo v uvedeném případě, nemá již uchazeč v daném časovém limitu čas uskutečnit změnu nabídkové ceny.
14. Závěrem navrhovatel žádá Úřad, aby zrušil hodnocení nabídek prostřednictvím e-aukce konané dne 24. 7. 2012 a rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky ze dne 27. 7. 2012.

### **III. Vyjádření zadavatele k návrhu**

15. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 31. 8. 2012 uvádí, že e-aukce se účastnili všichni uchazeči, kteří podali nabídku. Ve výzvě k účasti v e-aukci ze dne 12. 7. 2012 (dále jen „výzva“) a při přihlašování do systému byli všichni uchazeči upozorněni, že se systém v průběhu e-aukce aktualizuje každých 3 – 5 sekund. Po ukončení e-aukce obdržel zadavatel stížnost na funkčnost systému od navrhovatele týkající se nemožnosti změnit nabídkovou cenu.
16. Na základě výše uvedené stížnosti zadavatel zkontroloval všechny protokoly historie e-aukce a následně zkontaktoval provozovatele systému. Z protokolů historie e-aukce vyplývá, že navrhovatel zadával poslední změnu nabídkové ceny v čase 9:22:56 hod. (pozn. Úřadu: přílohou vyjádření zadavatele k návrhu je kompletní historie uchazečů e-aukce). Tato změna však nebyla systémem akceptována, neboť se jednalo o cenu, kterou měl navrhovatel u předmětné položky již zaznamenanou. Skutečnost, jaká cena je systémem přijata a jaká nikoliv, nemůže zadavatel jakkoliv ovlivnit. Současně byla tato změna učiněna 4 sekundy před uplynutím času aukčního kola. Pokud by si navrhovatel chybu uvědomil, již by nestihl provést opravu, neboť systém se aktualizuje v rozmezí 3 – 5 sekund.
17. Z vyjádření provozovatele systému vyplývá, že se během konání e-aukce žádná technická chyba nestala a v případě navrhovatele došlo k tomu, že zadal znovu stejnou nabídkovou cenu. Pokud by k problémům v systému došlo, bylo by to zaznamenáno v protokolu historie e-aukce a problém by nastal u všech uchazečů. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel námitce navrhovatele nevyhověl.
18. Zadavatel uvádí, že často dochází k situaci, kdy uchazeč omylem zadá jinou aukční hodnotu, než měl v úmyslu a následně uvádí, že šlo o chybu systému. Všichni uchazeči jsou vždy upozorněni na skutečnost, že systém se v průběhu e-aukce aktualizuje každých 3 – 5 sekund a je tedy nutné sledovat čas do konce aukčního kola. Pokud uchazeč zadá změnu 5 a méně sekund před koncem aukčního kola, musí počítat s tím, že tato změna nemusí již být systémem akceptována. Pokud tedy navrhovatel takticky vyčkával a na poslední chvíli zadal nesprávně jinou částku, než měl v úmyslu, nemůže následně požadovat opakování celého aukčního kola. Podle zadavatele je jedna minuta pro zadání změny dostatečná.

19. Závěrem zadavatel uvádí, že jakákoliv chyba systému není v protokolu jeho historie zaznamenána, tato skutečnost nebyla namítána jinými uchazeči, ani prokázána provozovatelem systému či navrhovatelem. Zadavatel tak konstatuje, že došlo k selhání lidského faktoru nikoliv systému. S ohledem na tuto skutečnost žádá zadavatel Úřad o zamítnutí návrhu navrhovatele.

#### **IV. Řízení před správním orgánem**

20. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S508/2012/VZ-16922/2012/514/JNv ze dne 12. 9. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S508/2012/VZ-16908/2012/514/JNv ze dne 12. 9. 2012 určil účastníkům řízení lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení svá stanoviska, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
22. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S508/2012/VZ-17459/2012/514/JNv ze dne 17. 9. 2012 uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno, neboť získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to zejména, zda zadavatel jasně vymezil podmínky, za kterých budou uchazeči oprávněni v rámci e-aukce podávat nové aukční hodnoty, resp. zda zadavatel použil pro hodnocení nabídek systém, který umožnil všem uchazečům řádnou účast v e-aukci.
23. Přípisem č. j. ÚOHS-S508/2012/VZ-18138/2012/514/JNv ze dne 1. 10. 2012 seznámil Úřad účastníky řízení s novými skutečnostmi ve správním řízení. K zajištění účelu správního řízení Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S508/2012/VZ-18132/2012/514/JNv ze dne 1. 10. 2012 určil účastníkům řízení nové lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení svá stanoviska, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

#### **V. Vyjádření zadavatele ze dne 21. 9. 2012**

24. Zadavatel úvodem odkazuje na své podání ze dne 31. 8. 2012. Dále uvádí, že ve výzvě, která je vyhotovována provozovatelem systému je poučení, že je nutno se soustředit na čas do konce aukčního kola, neboť tento časový údaj se mění v rozmezí 3 – 5 sekund, pokud do ukončení kola zbývá méně než 24 hodin. Všichni uchazeči tedy byli seznámeni s fungováním systému a museli si být vědomi rizika zadávání nových aukčních hodnot ke konci aukčního kola. Vzhledem k tomu, že navrhovatel zadal 4 sekundy před koncem aukčního kola stejnou částku, nemohla být tato částka akceptována ani v tomto čase, neboť tato částka již byla navrhovatelem jednou vložena. Zadavatel je přesvědčen, že navrhovatel byl řádně informován o průběhu e-aukce a současně mohl čerpat ze svých dřívějších zkušeností, neboť se nejedná o první navrhovatelovu účast v zadávacím řízení zadavatele.

## **VI. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 21. 9. 2012**

25. Vybraný uchazeč uvádí, že aukční kolo začalo dne 24. 7. 2012 v čase 9:00, uchazeči začali své nabídkové ceny u položky „odběrové vaky in-line vaky pro deleukotizaci“ snižovat v čase okolo 9:07:21 hod. a další snížení proběhla v čase 9:11:55 hod. a 9:17:44 hod. Vybraný uchazeč snížil svou nabídkovou cenu na konečnou hodnotu v čase 9:21:17 hod. Poté následovalo snížení nabídkové ceny dalším uchazečem na 400 Kč. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že navrhovatel reagoval právě na tuto částku, tj. 400 Kč a chtěl svou nabídkovou cenu snížit s 403,90 Kč na 399,90 Kč.
26. Navrhovatel uvádí, že při posledním pokusu změny ceny na cenu 399, 90 Kč systém navrhovatele upozornil, že změna není možná, přičemž čas do konce aukčního kola byl podle navrhovatele minimálně 8 sekund a při opětovném pokusu o změnu ceny čas aukčního kola uplynul. K tomuto navrhovatel uvádí, že z přiloženého „printscreenu“ je patrné, že do ukončení aukčního kola v momentě, kdy bylo možné reagovat na cenu 400 Kč, zbývala minimálně 1 minuta a 26 sekund, nikoliv 8 sekund. Vybraný uchazeč se tak domnívá, že navrhovatel měl na změnu nabídkové ceny a autorizaci dostatek času.
27. Podle navrhovatele zadavatel použil pro hodnocení nabídek systém, který neumožnil všem uchazečům řádnou účast v e-aukci (a změnu nabídkové ceny) za stejných podmínek. Vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že zadavatel umožňuje po skončení e-aukce každému uchazeči „stáhnout“ historii průběhu e-aukce se všemi provedenými operacemi s přesností na sekundy, kterou by měl mít k dispozici i navrhovatel. Jelikož tvrzená omezená funkčnost systému nastala pouze u navrhovatele, nelze vyloučit, že nemožnost zadání změny ceny nastala v důsledky technické chyby v systému navrhovatele. V e-aukci je vždy nutné počítat s rychlostí serveru uchazeče, rychlostí autorizace a reakční dobou serveru poskytovatele e-aukce. K vyzkoušení těchto parametrů podle názoru vybraného uchazeče slouží počáteční běh aukčního kola, v tomto případě 20 minut.
28. S ohledem na výše uvedené má vybraný uchazeč zájem na zjištění skutkového stavu a navrhuje provedení důkazů prostřednictvím kompletní historie průběhu e-aukce, tj. zda v průběhu e-aukce nastala omezená funkčnost systému, která způsobila nemožnost navrhovatele zadat nižší cenu nebo zda tento stav nemohl být způsoben jinou skutečností.

## **VII. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 4. 10. 2012**

29. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření uvádí, že podle jeho názoru zadavatel splnil požadavky uvedené v § 96 odst. 4 písm. d) zákona. Z dikce tohoto ustanovení vyplývá, že zákon nepožaduje, aby zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně uvedl informace o podmínkách akceptace, resp. neakceptace nově vložených aukčních hodnot ke konci aukčního kola. Skutečnost, že pokud uchazeč podá novou aukční hodnotu 5 nebo méně sekund před koncem aukčního kola, nemusí být tato již akceptována, je dostatečně zřejmá a vyplývá z výzvy.
30. Vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že navrhovateli jsou podmínky pro účast v e-aukcích zřejmé, neboť se jich již v minulosti účastnil, např. v roce 2011 v rámci veřejné zakázky „Vaky na krev II“ zadávané Fakultní nemocnici Plzeň. S největší pravděpodobností navrhovatel zadával novou aukční hodnotu v posledních sekundách e-aukce, proto mu mělo být zřejmé, že změna nabídkové ceny v posledních sekundách aukčního kola nemusí

být systémem akceptována, neboť pro samotnou změnu hodnoty je nutno provést více úkonů (zadání hodnoty, potvrzení, znovupotvrzení hodnoty, výběr certifikátu, zadání hesla a potvrzení). Výčet těchto úkonů je uveden na straně 8 výzvy. Navrhovatel v návrhu sám uvádí, že: *„jedna minuta k učinění rozhodnutí, zda bude nabízená cena snížena a realizaci tohoto rozhodnutí, která je vzhledem k nutné autorizaci poměrně složitá, poměrně složitá, spíše nedostatečná...“*. Je tedy s podivem, že navrhovatel vložil 4 sekundy před koncem aukčního kola novou aukční hodnotu, když sám uvádí, že pro tento úkon je jedna minuta nedostačující.

31. Nelze tedy vyloučit, že navrhovatel takticky vyčkával bez reakce a měnil aukční hodnotu v posledních sekundách ke konci aukčního kola. Vybraný uchazeč je tak přesvědčen, že navrhovatel si byl vědom, že v průběhu 4 až 8 sekund je velmi obtížné, ne-li nemožné, změnu aukční hodnoty úspěšně provést a pokud chtěl aukční hodnotu snížit, měl tak učinit v dostatečném časovém předstihu.
32. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeč požaduje, aby Úřad návrhu navrhovatele nevyhověl a zrušil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

#### **VIII. Vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2012**

33. Zadavatel uvádí, že výzva v čl. „Co můžete v zadávacím kole“ obsahuje větu: *„Zvláště se soustřeďte na čas do konce kola. Tento časový údaj se mění obvykle v rozmezí 3 – 5 sekund (pokud do ukončení kola zbývá méně než 24 hodin).“* Tato informace se analogicky aplikuje i na následující odstavec výzvy popisující aukční kolo a ve stejném znění je uvedena i v popisu prostředí e-aukce. Při prvním přihlášení do systému je uchazeč povinen potvrdit, že souhlasí s veškerými pravidly e-aukce, se kterými byl seznámen. Mimo jiné byl také informován o tom, že zadávací kolo slouží k seznámení se s funkcí systému. Následně po přihlášení mohl v zadávacím kole sledovat, že čas uvedený v levém horním prostředí e-aukce se mění každé 3 sekundy nikoliv každou jednu sekundu. Stejným způsobem se mění čas uvedený v levém horním rohu prostředí e-aukce.
34. Zadavatel dále uvádí, že při zadávání nových aukčních hodnot je nutno brát zřetel na skutečnost, že rychlost aktualizace záleží nejen na systému, ale také na rychlosti internetové konektivity přihlášených uchazečů. Vzhledem k tomu, že při zadání nové aukční hodnoty je nutno ji elektronicky podepsat a zadat heslo, není možné prakticky stihnout zadat novou aukční hodnotu v několika posledních sekundách aukčního kola, ale zadání každé aukční hodnoty přibližně 5 sekund trvá. Pokud navrhovatel 4 vteřiny před koncem zadal novou aukční hodnotu, nebylo možné, aby ji již změnil. Navrhovatel byl tak s funkcí systému řádně seznámen.
35. Podle protokolu historie e-aukce navrhovatel v čase 8 sekund před koncem aukčního kola žádnou novou aukční hodnotu nezadal. Jediný úkon, který navrhovatel učinil, bylo v čase 9:22:56 hod. a to zadání částky 403,90 Kč, tj. částky kterou již navrhovatel jednou zadal, avšak aukční kolo nebylo prodlouženo, neboť nebyla splněna podmínka minimálního kroku snížení nabídkové ceny. Závěrem zadavatel uvádí, že postupoval v souladu se zákonem a k pochybení došlo na straně navrhovatele.

## **IX. Závěry Úřadu**

36. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení v § 96 odst. 4 písm. d) zákon a § 96 odst. 4 písm. e) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že: nejednoznačným způsobem stanovil informace týkající se postupu při elektronické aukci a podmínky, za kterých budou uchazeči oprávněni v rámci e-aukce podávat nové aukční hodnoty, tj. podmínky za kterých bude systém e-aukce akceptovat nové aukční hodnoty zadávané ke konci aukčního kola, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

## **X. Relevantní ustanovení zákona**

37. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
38. Podle § 17 písm. l) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
39. Podle § 96 odst. 4 písm. d) zákona při využití elektronické aukce musí zadavatel v zadávacích podmínkách uvést alespoň informace týkající se postupu při elektronické aukci.
40. Podle § 96 odst. 4 písm. e) zákona při využití elektronické aukce musí zadavatel v zadávacích podmínkách uvést alespoň podmínky, za kterých budou uchazeči oprávněni v rámci elektronické aukce podávat nové aukční hodnoty, zejména stanovení minimálních rozdílů pro jednotlivá podání aukčních hodnot, je-li to vzhledem k jejich povaze vhodné.

## **XI. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce**

41. V čl. 8 zadávací dokumentace je uvedeno, že jako prostředek pro hodnocení nabídek bude využita e-aukce. K realizaci bude využito aukčního systému PROe.biz. Nabídky uchazečů budou hodnoceny na základě nabídkové ceny. V souladu s § 97 odst. 2 zákona budou v účasti v e-aukci a k podání nových aukčních hodnot vyzváni ti uchazeči, kteří nebyli v rámci předběžného hodnocení vyloučeni ze zadávacího řízení, a to zasláním výzvy. Výzva bude zaslána elektronickými prostředky. Součástí výzvy budou podle § 96 odst. 4 písm. c) zákona informace, které budou uchazeči poskytnuty v průběhu e-aukce a podle § 96 odst. 4 písm. d) zákona informace, které se týkají postupu při e-aukci. V e-aukci bude stanoven minimální rozdíl cenových podání aukčních hodnot ve výši 0,10 Kč a dále maximální rozdíl cenových podání ve výši 50 %. Údaje k minimálnímu rozdílu při podání nových aukčních hodnot se vztahují k aktuální nabídce uchazeče, údaje k maximálnímu rozdílu podání nových aukčních hodnot se vztahují k nejnižší nabídce v aukční síni.
42. Ve výzvě je v části „harmonogram“ uvedeno, že dne 24. 7. 2012 v 9:00 bude e-aukce zahájena a všem uchazečům se zobrazí nejnižší nabídková cena. Po dobu 00 hod. 20 min. mají jednotliví uchazeči možnost své nabídky ještě upravovat (pouze směrem dolů). Nová cenová nabídka položky nemůže být shodná se stávající minimální cenou. Jednotkovou cenu



je možno snižovat minimálně o 0,10 Kč. Minimální krok se vztahuje ke stávající hodnotě položky, kterou daný uchazeč požaduje změnit (tj. porovnává se s předchozí hodnotou této položky u daného uchazeče). Aukční kolo bude prodlouženo o 1 minutu při jakékoliv změně ceny v poslední 1 minutě.

43. Ve výzvě v části „návod“ v čl. „co můžete v zadávacím kole“ je uvedeno, že: *„Zadávací kolo slouží k zadání vstupních cenových nabídek a volitelných podmínek. V tomto kole si můžete prohlédnout a vyzkoušet práci v e-aukčním prostředí a následně zde podáte nabídku nových aukčních hodnot dle par. 97 odst. 2 zákona 137/2006 Sb. Zvláště se soustředte do konce kola. Tento časový údaj se mění obvykle v rozmezí 3 – 5 sekund (pokud do ukončení kola zbývá méně než 24 hodin). Pokud se tak neděje, pravděpodobně máte přerušeno spojení a bude potřeba se do e-aukční síně znovu přihlásit. V tomto kole je vaší povinností zadat vstupní cenové nabídky (nové aukční hodnoty). Každou vloženou cenu je nutné potvrdit stiskem klávesy enter! Každou vloženou cenu musíte elektronicky podepsat pomocí vašeho elektronického kvalifikovaného podpisu. Vždy po stisknutí klávesy enter, e-aukční sw otevře nové okno, ve kterém uvidíte vámi zadanou cenu (pro kontrolu) a budete vyzváni k vložení certifikátu a hesla. V případě, že byste novou cenovou nabídku elektronicky nepodepsali, nebude tato nová aukční hodnota odeslána do systému.“*
44. Ve výzvě je v části „návod“ v čl. „co můžete v aukčním kole“ uvedeno, že: *„Celý průběh elektronické aukce od odeslání výzvy až po ukončení výzvy je zaprotokolován do historie. Veškeré prováděné operace jsou zaznamenávány s přesností na vteřiny.“*
45. Z protokolu „kompletní historie uchazečů“ vyplývá, že navrhovatel v čase 9:22:56 hod. provedl změnu hodnoty položky z ceny 403,90 Kč na cenu 403,90 Kč, přičemž tato změna nebyla systémem akceptována.

## **XII. K podmínkám zadávání nových aukčních hodnot v e-aukci stanovených v zadávací dokumentaci**

46. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že se v průběhu e-aukce pokusil zadat novou aukční hodnotu (novou cenovou nabídku) nejméně 8 sekund před koncem aukčního kola, přičemž nabídková cena jiného uchazeče, na kterou navrhovatel reagoval, byla v tuto chvíli 400 Kč. Nabídková cena navrhovatele byla 403,90 Kč, přičemž jak uvádí, pokoušel se zadat novou aukční hodnotu a to 399,90 Kč, avšak tato nebyla systémem akceptována a při opětovném pokusu zadání čas aukčního kola uplynul. Navrhovatel se domnívá, že tato skutečnost byla způsobena nefunkčností systému.
47. Z protokolu „kompletní historie uchazečů“ je patrné, že poslední úkon před koncem aukčního kola (9:23:00 hod.) učinil navrhovatel, když potvrdil (odeslal, zadal) v čase 9:22:56 hod., tj. 4 sekundy před koncem aukčního kola nabídkovou cenu 403,90 Kč, přičemž jeho předchozí nabídková cena byla taktéž 403,90 Kč (pozn. Úřadu: tedy nikoliv minimálně 8 sekund do konce aukčního kola jak uvádí navrhovatel). Tuto změnu nabídkové ceny však systém neakceptoval, a proto nebylo aukční kolo prodlouženo o další minutu a bylo v čase 9:23:00 hod. ukončeno.
48. Jak uvádí zadavatel, se skutečností, že se systém aktualizuje každých 3 – 5 sekund, a tedy s rizikem, že pokud uchazeč potvrdí novou aukční hodnotu v čase „blízkém“ ke konci aukčního kola, nemusí být nová aukční hodnota systémem akceptována, byli seznámeni

všichni uchazeči, neboť podle něj toto upozornění vyplývá z výzvy, kde je uvedeno, že: „Zvláště se soustřeďte do konce kola. Tento časový údaj se mění obvykle v rozmezí 3 – 5 sekund (pokud do ukončení kola zbývá méně než 24 hodin)“. Uvedená formulace by tak de facto měla popisovat důsledek rizika zadání nové aukční hodnoty na „poslední chvíli“ následujícím způsobem. Pokud je stanovena nejzazší doba aktualizace systému (časové prodlevy mezi potvrzením nové aukční hodnoty na počítači uchazeče a jejím zapsáním do systému, způsobená a závisící na rychlosti internetové konektivity nebo např. na aktuální vytíženosti systému) v délce až do 5 sekund, může dojít k situaci, kdy pokud uchazeč potvrdí novou aukční hodnotu na svém počítači (v čase 5 a méně sekund do konce aukčního kola, který je zobrazen v aukčním prostředí) a než by mělo dojít k jejímu zápisu do systému, uplyne mezitím čas aukčního kola a proto již tato nová aukční hodnota nebude systémem akceptována. Obdobně se vyjadřuje i zadavatel (viz bod 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Platí tedy, že pokud čas signalizující uplývání aukčního kola obsahuje hodnotu 5 a méně sekund a uchazeč právě v tomto čase potvrdí novou aukční hodnotu, pak tato nemusí již být systémem akceptována.

49. Podle Úřadu však shora uvedenou situaci, ke které může dojít při zadání nové aukční hodnoty ke konci aukčního kola, předmětná formulace ve výzvě nepopisuje, resp. z ní nijak nevyplývá. Z uvedené formulace pouze vyplývá, že se časový údaj signalizující konec aukčního kola mění obvykle v rozmezí 3 – 5 sekund, nikoliv že nemusí dojít k zápisu aukční hodnoty uchazeče, který ji potvrdí v čase 5 sekund a menším do konce aukčního kola. Podle Úřadu tak nebyla neúspěšná (neakceptovaná) změna aukční hodnoty navrhovatele způsobena nefunkčností systému, ale tím, že navrhovatel potvrdil novou aukční hodnotu v čase 4 sekundy do konce aukčního kola a proto tato nová aukční hodnota nebyla již systémem, jak je odůvodněno shora, akceptována.
50. Jestliže tedy z uvedené formulace nevyplývá, že v několika posledních sekundách nemusí být nová aukční hodnota systémem přijata, uchazeči by teoreticky mohli počítat i s tím, že v rámci hodnocení nabídek prostřednictvím e-aukce mohou potvrdit novou aukční hodnotu i jednu sekundu před koncem aukčního kola a ta bude systémem akceptována. Úřad poukazuje i na skutečnost, že v uvedené formulaci se nevyskytuje ani slovo „aktualizace“, které zadavatel i vybraný uchazeč ve svých vyjádřeních používají.
51. Jelikož Úřad získal pochybnosti, zda zadavatel v zadávacích podmínkách, resp. ve výzvě dostatečně jasně a transparentně vymezil informace týkající se postupu při e-aukci, resp. podmínky, za kterých budou uchazeči oprávněni v rámci e-aukce podávat nové aukční hodnoty podle § 96 odst. 4 písm. d) a e) zákona a z vyjádření zadavatele ze dne 31. 8. 2012 vyplývá, že na tuto skutečnost byli uchazeči upozorněni i při přihlašování do systému, seznámil dne 1. 10. 2012 Úřad se svými pochybnostmi účastníky řízení a určil usnesením ze dne 1. 10. 2012 zadavateli lhůtu k provedené úkonu – předložení dokladů, ze kterých bude vyplývat, že seznámil uchazeče při přihlašování do systému se skutečností, že se systém aktualizuje každých 3 – 5 sekund. Z vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2012 vyplývá, že stejná formulace jako je uvedena ve výzvě (viz bod 48 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je uvedena ve stejném znění i v systému.
52. Úřad dále uvádí, že jak je patrné z „kompletní historie uchazečů“ navrhovatel potvrdil v čase 9:22:56 hod. stejnou částku, tj. 403,90 Kč, kterou měl již u položky „odběrové vaky in-line vaky pro deleukotizaci“ zaznamenanou od 9:20:54 hod. K argumentu zadavatele, že i kdyby

si navrhovatel svoji chybu uvědomil, resp. promptně by se pokusil nabídkovou cenu 403,90 Kč změnit na 399,90 Kč, jak uvádí navrhovatel ve svém návrhu, že se o tuto změnu pokusil, stejně by tento úkon již nestihl učinit, neboť jak zadavatel uvádí ve svém vyjádření ze dne 4. 10. 2012, zadání nové aukční hodnoty přibližně 5 sekund trvá (pozn. Úřadu: úkony uchazeče vztahující se k podání nové aukční hodnoty jsou uvedeny v bodě 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Podle Úřadu však není vyloučeno, že by tato doba nemohla být i kratší, jelikož ta je jednak závislá na pohotovosti lidského faktoru obsluhujícího počítač přihlášeného uchazeče a výkonu hardwaru a navrhovatel by tak novou aukční hodnotu mohl teoreticky stihnout zadat.

53. Obecně vzato je z pohledu nabízejícího účelem aukce koncentrace poptávky, za účelem získání co nejvýhodnějších podmínek pro nabízejícího. V uvedeném konkrétním případě uchazeči procesem střetávání svých nabídek soutěží o „získání“ veřejné zakázky prostřednictvím snižování nabídkových cen, neboť hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena. Z logiky věci lze předpokládat, že pokud je aukce časově omezena, může zvláště ke konci aukce docházet k zintenzivnění vzájemného „přebíjení“ nabídek prostřednictvím snižování nabídkových cen, neboť uchazeči mohou záměrně takticky vyčkávat a podat nabídku co nejtěsněji ke konci aukce s úmyslem „přebít“ nabídkové ceny všech ostatních uchazečů. V tomto případě však aukce probíhala elektronickou formou přes síťové rozhraní a tato skutečnost, jak je výše odůvodněno zapříčinila časovou prodlevu mezi okamžikem potvrzením nové aukční hodnoty a jejím zápisem do systému. Z tohoto důvodu by měl zadavatel zvláště pečlivě dbát na to, aby před konáním e-aukce dostatečně jasně a transparentně seznámil uchazeče s podmínkami e-aukce, a zvláště pečlivě vymezil časový okamžik a poučil řádně uchazeče o tom, kdy tito mohou ještě potvrdit nabídku a ta bude systémem bezpečně akceptována, resp. podal uchazečům informace, týkající se postupu při e-aukci a podmínek, za kterých budou uchazeči v e-aukci postupovat, resp. oprávněni podávat nové aukční hodnoty v souladu s ustanoveními § 96 odst. 4 písm. d) a e) zákona.
54. Zadavatel i vybraný uchazeč uvádějí, že riziko a tedy z něho vyplývající shora uvedená situace při zadávání nových aukčních hodnot ke konci aukčního kola musela být navrhovateli zřejmá, neboť se v minulosti již několika e-aukcí zúčastnil. K tomuto Úřad uvádí, že není relevantní, zda si byl této skutečnosti navrhovatel, potažmo ostatní uchazeči vědomi, protože v zadávacích podmínkách předmětné veřejné zakázky o ní podle Úřadu dostatečně jasně a transparentně poučen nebyl, resp. nebyli, avšak v souladu se zákonem poučení být měli.
55. Na základě shora uvedeného je patrné, že zadavatel v zadávacích podmínkách, resp. výzvě, dostatečně jasně a transparentně nevymezil skutečnost, že pokud je nová aukční hodnota potvrzena uchazečem v čase 5 sekund a menším ke konci aukčního kola, nemusí již systém tuto hodnotu zaznamenat a právě v tomto čase navrhovatel podal aukční hodnotu, která nebyla systémem akceptována. I když navrhovatel zadal stejnou aukční hodnotu, jakou již měl u položky „odběrové vaky in-line vaky pro deleukotizaci“ zaznamenanou, Úřad nevyklučuje situaci, že by ji nemohl do konce aukčního kola stihnout změnit, pokud by navrhovatel kalkuloval s tím, že k žádné prodlevě mezi potvrzením aukční hodnoty a zápisem do systému nedochází, což také z výzvy nevyplývá. Vzhledem k tomu, že tato skutečnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel

netransparentně vymezil „chování“ systému ke konci aukčního kola, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

### **XIII. Uložení nápravného opatření**

56. Úřad je při rozhodování podle § 118 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil tím, že v zadávacích podmínkách, resp. ve výzvě zasláné uchazečům nevymezil transparentně „chování“ systému ke konci aukčního kola, resp. podmínky za kterých bude systém akceptovat nové aukční hodnoty v čase 5 sekund a menším ke konci aukčního kola, avšak předmětná výzva byla zaslána pouze těm uchazečům, kteří nebyli po předběžném hodnocení nabídek vyloučeni v souladu s ustanovením § 97 odst. 2 zákona, pak Úřad konstatuje, že není nutné rušit celé zadávací řízení, ale lze zjednat nápravu tím, že bude zrušena výzva k účasti ve aukci ze dne 12. 7. 2012, hodnocení nabídek prostřednictvím e-aukce konané dne 24. 7. 2012 a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 7. 2012. Zadávací řízení tak Úřad vrací do stavu před zasláním výzvy k účasti v e-aukci, resp. hodnocení nabídek.
57. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

### **NÁKLADY ŘÍZENÍ**

58. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
59. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byly zrušeny všechny úkony související s hodnocením nabídek a výběrem nejvhodnější nabídky, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a zadávací řízení bylo vráceno do stavu před hodnocením nabídek, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol – 2012000508.

## POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dnů 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 7, Brno. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu 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

1. Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2
2. Fresenius Medical Care – ČR, s. r. o., Evropská 423/178
3. BAXTER CZECH spol. s r. o., Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5 – Smíchov

### Vypraveno dne

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