



UOHSX00B6BJL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0041/2018/VZ-14945/2018/323/PBI

Brno 22. května 2018

V řízení o rozkladu ze dne 12. 3. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **O2 Czech Republic a.s.**, IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 00 Praha - Michle, společnost ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 12. 2017 Tomášem Pfefferem, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0502/2017/VZ-05786/2018/523/HVo ze dne 23. 2. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 22. 12. 2017 na návrh navrhovatele z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Zoologická zahrada hl. m. Prahy, příspěvková organizace**, IČO 00064459, se sídlem U Trojského zámku 120/3, 171 00 Praha – Troja,

učiněných v rámci veřejné zakázky s názvem „**Služby mobilního operátora**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 13. 10. 2017 na profilu zadavatele dne 15. 10. 2017,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0502/2017/VZ-05786/2018/523/HVo ze dne 23. 2. 2018

potvrzují

a rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení vedené zadavatelem

1. Zadavatel Zoologická zahrada hl. m. Prahy, příspěvková organizace, IČO 00064459, se sídlem U Trojského zámku 120/3, 171 00 Praha - Troja, (dále jen „**zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zadávací řízení na veřejnou zakázku „Služby mobilního operátora“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dle § 53 odst. 1 zákona uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 13. 10. 2017 na profilu zadavatele dne 15. 10. 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění služeb mobilního operátora pro potřeby zadavatele. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 1. 11. 2017 do 10:00 hodin. Ve lhůtě pro podání nabídek byly podány 2 nabídky, a to nabídka společnosti O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 00 Praha – Michle, (dále jen „**navrhovatel**“) a nabídka společnosti Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, 155 00 Praha 5, (dále jen „**2. účastník**“ nebo „**vybraný dodavatel**“).
3. Nabídky byly hodnoceny podle nejnižší nabídkové ceny bez DPH stanovené za předpokládaný rozsah mobilních služeb. Nabídkovou cenu měli účastníci stanovit oceněním 34 položek mobilních služeb s tím, že jednotkové ceny těchto položek (dále také jako „**aukční hodnoty**“) budou moci snižovat v elektronické aukci dle § 120 a 121 zákona (dále jako „**elektronická aukce**“).
4. Informace o elektronické aukci byly uvedeny v příloze č. 4 zadávací dokumentace nazvané „Podmínky elektronické aukce“ (dále jen „**příloha č. 4 zadávací dokumentace**“). K realizaci elektronické aukce byl použit elektronický nástroj PROEBIZ (dále jen „**elektronický nástroj PROEBIZ**“), jehož provozovatelem je společnost NAR marketing s.r.o., IČO 64616398, se sídlem Masarykovo náměstí 52/33, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, (dále jen „**provozovatel elektronické aukce**“). Elektronická aukce sestávala z jednoho aukčního kola

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku, v daném případě ve smyslu § 53 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

v délce 30 minut (dále jen „**aukční kolo**“) s možností jeho prodlužování v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace.

5. Elektronické aukce, která proběhla dne 24. 11. 2017 od 9:00 do 9:54 hodin na základě výzvy k účasti v elektronické aukci (dále jen „**výzva k účasti v elektronické aukci**“), se zúčastnili navrhovatel a 2. účastník, který v elektronické aukci nabídl nejnižší nabídkovou cenu.
6. Navrhovatel dne 30. 11. 2017 doručil zadavateli „*námítky proti průběhu elektronické aukce*“ (dále jen „**námítky**“), které zadavatel rozhodnutím ze dne 11. 12. 2017 odmítl. Zadavatel následně rozhodl o výběru 2. účastníka, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

Návrh ze dne 22. 12. 2017

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 zákona, obdržel dne 22. 12. 2017 návrh navrhovatele podle § 250 odst. 1 zákona z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**návrh**“).
8. Dle navrhovatele nedodržel zadavatel v zadávacím řízení postup stanovený v § 6 odst. 1 zákona, a to zejména zásadu transparentnosti, když v průběhu elektronické aukce umožnil snižování nejnižších nabídkových cen, aniž přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce. Navrhovatel uvedl, že v případě, kdy existuje minimálně jeden z účastníků, který má zájem jím nabízené hodnoty dále snižovat a aktivně usiluje o prodloužení elektronické aukce, je její ukončení nesprávné.
9. Navrhovatel v návrhu namítal, že žádné z posledních pěti snížení aukční hodnoty provedených navrhovatelem nemělo za následek prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty, a to přesto, že tak zadavatel „*přislíbil*“ v příloze č. 4 zadávací dokumentace a ve výzvě k účasti v elektronické aukci, a že navrhovatel „*nebyl objektivně schopen ovlivnit prodloužení aukčního kola, resp. pořadí nabídek*“.
10. Navrhovatel dále uvedl, že ceny snižoval i 2. účastník, i přesto, že byl aktuálně na prvním místě, a že navrhovatel „*viděl kompletní aktuálně nejnižší jednotkové nabídkové ceny až v okamžiku, kdy sám zadal a potvrdil snížené nabídkové ceny*“, a že měl málo času na to, aby zareagoval na změny prováděné 2. účastníkem.
11. Navrhovatel rovněž namítal, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nebyla vybrána ekonomicky nejvýhodnější nabídka, neboť konečná nabídková cena vybraného dodavatele je „*výrazně vyšší*“ než cena, která byla zadavateli za odběr poptávaných služeb v době podání návrhu účtována a „*výrazně překračuje*“ přepokládanou hodnotu veřejné zakázky.
12. Navrhovatel se návrhem domáhal, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení hodnocení nabídek provedeného s využitím elektronické aukce a veškerých navazujících úkonů učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, případně aby zrušil celé zadávací řízení.

Zahájení správního řízení

13. Dne 22. 12. 2017, kdy byl Úřadu návrh doručen, bylo podle § 249 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 2. 2018

14. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 23. 2. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0502/2017/VZ-05786/2018/523/HVo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
15. Úřad ve *výroku I.* napadeného rozhodnutí konstatoval, že správní řízení se ve vztahu k části návrhu navrhovatele směřující *proti umožnění snižování nejnižších nabídkových cen, aniž by přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce* dle přílohy č. 4 zadávací dokumentace, podle § 257 písm. h) zákona *zastavuje*, neboť předmětné části návrhu nepředcházely námitky podané ve lhůtě podle § 242 odst. 4 zákona, tj. námitky podané nejpozději do 1. 11. 2017, když námitky obsahující argumentaci odpovídající předmětné části návrhu byly podány až dne 30. 11. 2017.
16. Ve *výroku II.* napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že návrh navrhovatele se podle ustanovení § 265 písm. a) zákona v části týkající se *průběhu elektronické aukce* ze dne 24. 11. 2017 *zamítá*, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Z odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí

17. Ve vztahu k části návrhu navrhovatele týkající se tvrzeného porušení § 6 odst. 1 zákona zadavatelem „*když v průběhu elektronické aukce umožnil snižování nejnižších nabídkových cen, aniž přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce*“, resp. že „*v případě, kdy existuje minimálně jeden z účastníků, který má zájem jím nabízené hodnoty dále snižovat a aktivně usiluje o prodloužení elektronické aukce, je její ukončení nesprávné*“, Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že tato materiálně nesměřuje proti průběhu elektronické aukce, ale vůči zadávacím podmínkám, konkrétně příloze č. 4 zadávací dokumentace, ve které jsou uvedeny podmínky ukončení elektronické aukce. Z § 242 odst. 4 zákona vyplývá, že pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Lhůta pro podání nabídek byla v předmětném zadávacím řízení stanovena na 1. 11. 2017 a námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny až dne 30. 11. 2017. Vzhledem k tomu, že ve výše vymezené části návrhu nebyly podány včasné námitky, Úřad podle § 257 písm. h) zákona správní řízení v této části bez dalšího zastavil.

Z odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí

18. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že nemá důvod pochybovat o věrohodnosti elektronického nástroje, ve kterém elektronická aukce probíhala, ani o jeho provozovateli, neboť elektronický nástroj PROEBIZ je adekvátně certifikován a splňuje požadavky na funkčnost i prostředí elektronického nástroje, přičemž v šetřeném případě nebyla objevena žádná skutečnost, která by svědčila o opaku.
19. Úřad dále uvedl, že zadavatel splnil podmínky pro použití elektronické aukce a poskytl Úřadu dokumenty, z nichž nevyplývá žádný důvod, proč by měl Úřad o regulérním průběhu aukce pochybovat. Úřad dále konstatoval, že navrhovatel byl s pravidly elektronické aukce

prokazatelně předem seznámen, a to vzhledem k tomu, že byl schopen v průběhu aukčního kola dosáhnout celkem 9krát změny v pořadí nabídek. Z protokolu historie a souhrnného protokolu elektronické aukce vyplývá, že změny hodnot položek navrhovatele po čase 09:51:06 nebyly dostatečné pro změnu aktuálního pořadí.

20. K námitce navrhovatele, že „*viděl kompletní aktuálně nejnižší jednotkové nabídkové ceny až v okamžiku, kdy sám zadal a potvrdil snížené nabídkové ceny*“, Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že z vyjádření provozovatele elektronické aukce a jím poskytnutého výpisu z tzv. access logu ze závěru elektronické aukce vyplývá, že aktualizace aukční síně probíhala v pravidelných intervalech 3-5 sekund, popř. intervalu kratším při zadávání nových aukčních hodnot navrhovatelem.
21. K námitce navrhovatele, že zadavatel nevybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že úkolem zadavatele je, aby elektronická aukce proběhla v souladu s právními předpisy a se zadávacími podmínkami. Samotný předpoklad, že by v zadávacím řízení mohlo být dosaženo výhodnější nabídkové ceny, nesmí být důvodem pro nerespektování výsledků elektronické aukce, nebo pro realizaci nové elektronické aukce. Takovýto postup by byl v rozporu se zásadami zákona, neboť by umožňoval zadavateli svévolně ovlivňovat průběh zadávacího řízení.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 12. 3. 2018

22. Dne 12. 3. 2018 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti oběma výrokům napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 23. 2. 2018. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“) připadl na sobotu 10. 3. 2018. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 12. 3. 2018. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu k výroku I. napadeného rozhodnutí

23. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že námitka směřující proti „*umožnění snižování nejnižších nabídkových cen, aniž by přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce*“ *nebyla podána opožděně, neboť zadávací podmínky žádným způsobem nenaznačovaly, natož, aby výslovně uváděly, že v průběhu elektronické aukce bude možné snižování nejnižších nabídkových cen, aniž bude docházet k prodloužení doby trvání elektronické aukce.*
24. Navrhovatel dále konstatuje, že postup, kdy se Úřad uvedenou částí návrhu nijak věcně nezabýval s odkazem na jeho opožděnost, resp. opožděnost námitek, které mu předcházely, je *v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu, neboť Úřad při zamítnutí návrhu běžně rozhoduje o porušení zákona zadavatelem a přezkoumává zákonnost zadávacích podmínek nad rámec návrhu z moci úřední – viz např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S495/2012/VZ-20217/2012/512/PDr, č. j. ÚOHS-S292/2011/VZ-19633/2011/510/MGr, č. j. ÚOHS-S44/2012/VZ-4556/2012/510/KČe a č. j. ÚOHS-R38/2012/VZ-9825/2012/310/IPs. Úřad tak dle názoru navrhovatele postupoval v rozporu se zásadou legitimního očekávání; navrhovatel v této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 50/2009.*

25. Navrhovatel dále uvádí, že námitka směřující proti „*umožnění snižování nejnižších nabídkových cen, aniž by přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce*“ je rovněž námitkou proti samotnému průběhu elektronické aukce, že námitky navrhovatele napadající průběh elektronické aukce je třeba chápat jako jeden *nedělitelný celek* tvořený vzájemně úzce provázanými skutečnostmi a argumenty, které nelze bez důsledků rozdělit a část z nich pominout, a že napadené rozhodnutí, které se částí relevantních námitek nezabývalo, *nevychází z řádně zjištěného skutkového stavu*.

Námitky rozkladu k výroku II. napadeného rozhodnutí

26. Navrhovatel trvá na tom, že *postup zadavatele v průběhu elektronické aukce byl nezákonný a netransparentní a hodnocení nabídek bylo neobjektivní*. Navrhovatel nesouhlasí s tím, co Úřad uvedl k průběhu elektronické aukce a jejímu ukončení v bodech 110 a 112 odůvodnění napadeného rozhodnutí – „*jelikož další změna v dalších 2 minutách a 54 sekundách neproběhla, neměl systém důvod délku trvání aukce automaticky o 2 minuty prodlužovat*“, resp. že „*elektronická aukce v souladu se zadávacími podmínkami skončila v čase 9:54:00 hodin*“ –, a trvá na tom, co uvedl v bodě 12 a násl. svého návrhu. *Navrhovatel aktivně usiloval o prodloužení elektronické aukce, resp. změnu aktuálního pořadí nabídek, k čemuž však nedošlo*. Navrhovatel rovněž uvedl, že mu bylo v průběhu elektronické aukce znemožněno, aby na postup 2. účastníka mohl adekvátním způsobem reagovat, a že neměl možnost zasáhnout do pořadí nabídek podáním nových aukčních hodnot, neboť *vždy, když svoji nabídkovou cenu snížil, zjistil, že tato již byla 2. účastníkem snížena*, a změna nabídkové ceny navrhovatele tak nevyvolala předpokádanou změnu pořadí účastníků. Není přitom relevantní, že změny pořadí se mu předtím dosáhnout podařilo.
27. Navrhovatel dále namítá, že v průběhu elektronické aukce *neměl k dispozici informace, které by mu umožnily ovlivnit prodloužení aukčního kola*. Navrhovatel opakovaně, stejně jako v návrhu, odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S608/2012/VZ-10321/2013/523/JPe, v němž Úřad mimo jiné uvedl, že „*je povinností zadavatele stanovit takové podmínky prodloužení aukčního kola, aby byli účastníci s ohledem na informace, které mají v průběhu elektronické aukce k dispozici, schopni prodloužení aukčního kola ovlivnit*“.
28. Navrhovatel nesouhlasí s názorem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí, že výsledná výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů je zcela mimo dispozici zadavatele. Navrhovatel má za to, že *zadavatel není oprávněn akceptovat nabídku, která je pro něj méně ekonomicky výhodná*, a že takový postup odporuje cíli zákona, kterým je na prvním místě zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.
29. Navrhovatel uzavírá, že napadené rozhodnutí nepovažuje za správné, že je *v rozporu se zákonem a správním řádem*, zejména se zásadami vedení správního řízení zakotvenými v § 2 odst. 4 a § 3 správního řádu, a že Úřad neposoudil šetřený případ ve všech vzájemných souvislostech, řádně neprošetřil postup zadavatele a nevyrovnal se s argumentací navrhovatele.

Závěr rozkladu

30. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele ze dne 19. 3. 2018 k rozkladu

31. Dne 19. 3. 2018 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k rozkladu, v němž uvádí, že s napadeným rozhodnutím „*souhlasí v plném rozsahu*“.
32. K námitkám rozkladu k výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel uvedl, že průběh elektronické aukce a její jednotlivá pravidla byla popsána v příloze č. 4 zadávací dokumentace, a že k předmětné příloze ani samotnému průběhu elektronické aukce neobdržel žádné dotazy účastníků a podmínky elektronické aukce nebyly nijak měněny či upravovány. Byť navrhovatel uvádí, že námitky směřují proti samotnému průběhu elektronické aukce, dle přesvědčení zadavatele veškeré rozporované skutečnosti vyplývaly již ze samotných zadávacích podmínek.
33. K námitkám rozkladu k výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel uvedl, že účastník byl schopen ovlivnit pořadí nabídek za předpokladu, že by snížil své nabídkové hodnoty natolik, aby byly nižší než nabídkové hodnoty aktuálně prvního účastníka elektronické aukce, a že skutečnost, že navrhovatel nebyl schopen dosáhnout prodloužení aukčního kola, je důsledek nedostatečného snížení nabídkových hodnot z jeho strany. Na druhou stranu to, že byl navrhovatel schopen několikrát snížit své nabídkové hodnoty a dosáhnout prodloužení aukčního kola, dle zadavatele poukazuje na skutečnost, že funkcionality nástroje byla stanovena správně a nástroj fungoval dle předem avizovaných pravidel.
34. Ke konečné výši nabídkové ceny vybraného dodavatele zadavatel uvedl, že nemohl postupovat jinak, než přijmout výsledek elektronické aukce, a to bez ohledu na konečnou výši nabídkových cen, neboť neexistuje zákonný způsob na zrušení zadávacího řízení z důvodu údajně vysoké nabídkové ceny, jak uvádí navrhovatel.

V. Řízení o rozkladu

35. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
38. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

VI. Posouzení námitek rozkladu týkajících se výroku I. napadeného rozhodnutí

39. Navrhovatel v rozkladu k výroku I. napadeného rozhodnutí uvádí, že *námitku směřující proti „umožnění snižování nejnižších nabídkových cen, aniž by přitom docházelo k prodloužení*

doby trvání elektronické aukce“, nepodal opožděně. Úřad výrok I. napadeného rozhodnutí odůvodnil v bodech 56 až 62, s jejichž závěry se ztotožňuji.

40. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.
41. V příloze č. 4 zadávací dokumentace je mimo jiné uvedeno, že *„elektronická aukce bude obsahovat jediné Aukční kolo, které bude ukončeno v souladu s § 121 odst. 8 písm. b) zákona v případě, že nebudou podány nové aukční hodnoty, které by měnily pořadí nabídek. Délka Aukčního kola bude nastavena na pevně stanovený čas 30 minut s možností jeho prodlužování dle následujících parametrů. Pokud v posledních 2 minutách stanovené doby dojde v eAukční síni k takové změně aukční hodnoty, která způsobí změnu aktuálního pořadí nabídek, bude trvání eAukce prodlouženo o další 2 minuty, a to počínaje okamžikem provedené změny. Tímto způsobem bude trvání eAukce prodlužováno až do doby, kdy v posledních 2 minutách běhu Aukčního kola nedojde ke změně aktuálního pořadí nabídek“.* Tato zadávací podmínka odpovídá ustanovení § 121 odst. 8 písm. b) zákona, podle něhož elektronická aukce končí, pokud zadavatel neobdrží po předem stanovenou dobu nové aukční hodnoty, které by měnily pořadí nabídek.
42. Navrhovatel v rozkladu nerozporuje skutečnost, že všechny své námitky ve smyslu § 241 zákona doručil zadavateli po lhůtě pro podání nabídek (viz body 2 a 6 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že v této lhůtě musí být v souladu s § 242 odst. 4 zákona podány námitky proti zadávací dokumentaci, ani to, že v případě, kdy návrhu nepředcházely včas podané námitky, je Úřad povinen dle § 257 písm. h) zákona řízení zastavit (viz bod 40 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
43. Navrhovatel však v rozkladu namítá, že zadávací dokumentace vůbec neuvádí, že bude možné snižování nejnižších nabídkových cen, aniž bude docházet k prodloužení doby trvání elektronické aukce, a proto jeho námitky nemohou být námitkami proti zadávací dokumentaci a lhůta dle § 242 odst. 4 zákona tak není aplikovatelná.
44. Z přílohy č. 4 zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá (viz bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí), za jakých podmínek mělo být aukční kolo prodlužováno, a že se tak nemělo dít při každém snížení aukční hodnoty, jak očekával navrhovatel. Konkrétně musely být kumulativně splněny 2 podmínky, aby vlivem snížení aukční hodnoty došlo k prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty: (i) snížení aukční hodnoty změnilo aktuální pořadí účastníků, resp. jejich nabídek a (ii) k takovému snížení aukční hodnoty došlo v průběhu 2 minut před aktuálním koncem aukčního kola. Není tedy pravdou, že by zadávací dokumentace neuváděla, že bude možné snižování nejnižších nabídkových cen, aniž bude docházet k prodloužení doby trvání elektronické aukce.
45. V souladu s § 242 odst. 4 zákona měly být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek, tj. do 1. 11. 2017 do 10:00 hodin. Navrhovatel své námitky doručil zadavateli až dne 30. 11. 2017, a to včetně námitky, že zadavatel *„v průběhu elektronické aukce umožnil snižování nejnižších nabídkových cen, aniž přitom docházelo k prodloužení doby trvání elektronické aukce“*, resp. námitky, že

„v případě, kdy existuje minimálně jeden z účastníků, který má zájem jím nabízené hodnoty dále snižovat a aktivně usiluje o prodloužení elektronické aukce, je její ukončení nesprávné“. Jak Úřad v bodě 60 ve spojení s bodem 7 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, citovaná námitka směřuje proti zadávací dokumentaci, konkrétně její příloze č. 4. Vzhledem k tomu, že tato námitka navrhovatele byla zadavateli doručena po lhůtě uvedené v § 242 odst. 4 zákona, tedy opožděně, nebyl navrhovatel oprávněn podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. Úřad proto rozhodl správně, když řízení ohledně této části návrhu, které nepředcházely včas podané námitky, v souladu s § 257 písm. h) zákona zastavil. S ohledem na to považuji tuto námitku navrhovatele za nedůvodnou.

46. K námitce navrhovatele, že *„postup, kdy se Úřad částí návrhu věcně nezabýval s odkazem na jeho opožděnost, resp. opožděnost námitek, které mu předcházely, je v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu a zásadou legitimního očekávání“*, neboť Úřad při zamítnutí návrhu běžně rozhoduje o porušení zákona zadavatelem a přezkoumává zákonnost zadávacích podmínek nad rámec návrhu z moci úřední, uvádím následující.
47. Dle § 2 odst. 4 správního řádu správní orgán dbá na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.
48. Zákon v § 242 stanoví lhůty pro podání námitek ve smyslu § 241 zákona proti postupu zadavatele a jejich nedodržení sankcionuje v § 257 písm. h) zákona povinností Úřadu zastavit správní řízení o návrhu, jemuž nepředcházely řádně a včas podané námitky. Úřad v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele tuto zákonnou úpravu respektuje, čemuž odpovídá i konstantní rozhodovací praxe Úřadu, v rámci níž za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) návrhy, kterým nepředcházely řádně a včas podané námitky, zamítal, neboť nebyly podány oprávněnou osobou a za současné právní úpravy Úřad řízení o takových návrzích v souladu s § 257 písm. h) zákona zastavuje (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S1052/2014/VZ-2976/2014/542/JVo ze dne 29. 1. 2015, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S3/2013/VZ-10139/2013/513/JWe ze dne 31. 5. 2013, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S6/2015/VZ-7663/2015/511/JNp ze dne 24. 3. 2015, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S432/2014/VZ-17744/2014/524/ZKu ze dne 25. 8. 2014 nebo rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0266/2015/VZ-13456/2015/512/MHr ze dne 5. 6. 2015).
49. Pouze v případě, kdy Úřadu vznikne důvodné podezření, že došlo k porušení zákona, může zahájit správní řízení z moci úřední a přezkoumat zadávací dokumentaci bez ohledu na lhůtu pro podání námitek proti zadávací dokumentaci (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 51/2013-180 ze dne 1. 4. 2015). Nejvyšší správní soud v této souvislosti v rozsudku č. j. 7 As 108/2015-96 ze dne 29. 1. 2016 uvedl, že *„je pouze v dispozici správního orgánu I. stupně, zda zahájí správní řízení z moci úřední či nikoliv. Pokud v dané věci správnímu orgánu I. stupně nevzniklo důvodné podezření, že došlo k porušení zákona, pak neměl povinnost správní řízení z moci úřední zahájit“*.
50. V případě následujících tří rozhodnutí Úřadu, na která navrhovatel v rozkladu odkazuje, Úřad zahájil správní řízení z moci úřední proto, že mu vzniklo důvodné podezření, že byl porušen zákon, resp. ZVZ.
51. V řízení, které předcházelo vydání rozhodnutí č. j. ÚOHS-S495/2012/VZ-20217/2012/512/PDr ze dne 26. 10. 2012 Úřad z moci úřední zjistil porušení ZVZ zadavatelem spočívající

v nevyloučení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikačního předpokladu v požadovaném rozsahu.

52. Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S292/2011/VZ-19633/2011/510/MGr ze dne 1. 2. 2012 konstatoval, že námitky navrhovatele směřují svým obsahem proti zadávacím podmínkám a nikoliv proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, tudíž navrhovatel nepodal námitky řádně a včas a není tedy oprávněnou osobou pro podání návrhu. Úřad současně z moci úřední zjistil, že zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky není v souladu se ZVZ, a proto zadávací řízení, resp. jeho příslušnou část, zrušil.
53. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S44/2012/VZ-4556/2012/510/KČe ze dne 21. 5. 2012 Úřad předmětné správní řízení zastavil, neboť navrhovatel vzal svůj návrh zpět. Úřad však současně shledal, že zadavatel porušil ZVZ, když nevyloučil některé uchazeče z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění zadávacích podmínek, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a proto v této věci zahájil správní řízení z moci úřední.
54. Na rozdíl od právě uvedených rozhodnutí, Úřad v rámci správního řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, neshledal důvodné podezření, že zadávací dokumentace, konkrétně její příloha č. 4, trpí nezákonností, a proto řízení z moci úřední nezahájil. Jelikož Úřad neměl v této věci povinnost zahájit správní řízení z moci úřední, nemohla být jeho postupem porušena zásada legitimního očekávání, jak namítá navrhovatel, který v této souvislosti v rozkladu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 50/2009.
55. Navrhovatel dále v rozkladu cituje rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu č. j. ÚOHS-R38/2012/VZ-9825/2012/310/IPs ze dne 30. 5. 2012 (dále jen „**dřívější rozhodnutí**“). V návaznosti na § 2 odst. 4 správního řádu uvádím, že případ řešený dřívějším rozhodnutím nelze srovnávat s případem řešeným v napadeném rozhodnutí. V případě šetřeném v napadeném rozhodnutí podal navrhovatel návrh proti průběhu závěru elektronické aukce, v tomto návrhu však napadal i zadávací podmínky. Úřad v části návrhu, které nepředcházely včas podané námitky proti zadávací dokumentaci, zastavil správní řízení. Naopak v případě šetřeném v dřívějším rozhodnutí příslušný navrhovatel podal návrh proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť byl dle jeho názoru vybrán uchazeč, který měl být vyloučen ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace. Úřad s tímto názorem navrhovatele souhlasil a rozhodl, že zadavatel porušil ZVZ, když nevyloučil vybraného uchazeče. Proti tomuto rozhodnutí podal *vybraný uchazeč* rozklad, v němž mimo jiné napadal i zadávací podmínky. V odůvodnění dřívějšího rozhodnutí byly námitky vybraného uchazeče proti zadávacím podmínkám vypořádány i přesto, že bylo možné konstatovat, že měl vybraný uchazeč podat proti zadávacím podmínkám nejprve námitky u zadavatele. *To, že tyto námitky rozkladu byly vypořádány, však nemělo žádný vliv na výrok dřívějšího rozhodnutí.*
56. Z uvedeného nelze dovozovat, že je možné podat námitky proti zadávací dokumentaci po lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona až v rámci námitek proti průběhu elektronické aukce, a Úřad je i přesto povinen zadávací dokumentaci přezkoumat, jak dovozuje navrhovatel.
57. S ohledem na uvedené se nejedná o skutkově shodný nebo podobný případ a je třeba odmítnout námitku navrhovatele, že Úřad napadeným rozhodnutím porušil zásadu legitimního očekávání. K porušení zásady legitimního očekávání ve smyslu § 2

odst. 4 správního řádu by došlo pouze v případě, kdyby praxí Úřadu bylo vydávání rozhodnutí, v nichž by vyhovoval návrhům směřujícím proti zadávací dokumentaci, aniž by jim předcházely řádně a včas podané námitky.

58. V souvislosti s dřívějším rozhodnutím uvádím, že se jím již zabýval předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R39/2013/VZ-5825/2013/310/DBa ze dne 3. 4. 2013 (dále jen „**rozhodnutí ÚOHS-R39/2013**“) a následné rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 51/2013 – 180 ze dne 1. 4. 2015 a Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 108/2015 – 96 ze dne 29. 1. 2016. Předmětem těchto soudních řízení bylo zodpovězení otázky, zda Úřad rozhodl správně, pokud opřel své rozhodnutí o zamítnutí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele o správný úsudek, že žalobce není oprávněnou osobou pro podání návrhu na zahájení řízení, neboť nepodal včas námitky proti zadávací dokumentaci. Soudy konstatovaly, že proti obsahu zadávací dokumentace žalobce nepodal včas námitky, což znamená, že nebyl následně oprávněn k podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Žalobce v uvedených soudních řízeních rovněž namítal porušení zásady legitimního očekávání ze strany Úřadu, když v případě řešeném rozhodnutím ÚOHS-R39/2013 nepostupoval stejně jako v případě řešeném dřívějším rozhodnutím. K tomu Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 7 As 108/2015 – 96 ze dne 29. 1. 2016 uvedl, že je „*námitka nedůvodná, neboť se jednalo o rozhodnutí ve skutkově odlišných případech, která nemohla vyvolat legitimní očekávání stěžovatele, že zadávací dokumentace bude přezkoumána nad rámec nosných důvodů rozhodnutí*“. V právě šetřeném případě se rovněž napadené rozhodnutí a dřívější rozhodnutí týkají skutkově odlišných případů, a proto nemůže námitka navrhovatele obstát.
59. V návaznosti na námitku navrhovatele rovněž upozorňuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 102/2016 – 99 ze dne 23. 1. 2018, který konstatuje, že „*vydání jediného rozhodnutí jistě nelze označit za ustálenou, jednotnou a dlouhodobou praxi žalovaného*“, nebo na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 114/2015-332 ze dne 23. 1. 2018, který odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, publikované pod č. 1915/2009 Sb. NSS, dle kterého „*[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi.*“, a následně v rámci řešeného případu konstatuje, že „*osamocené rozhodnutí nezakládá ustálenou správní praxi ve smyslu definice podané Nejvyšším správním soudem v usnesení jeho rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132*“.
60. Vzhledem k tomu, že se rozhodnutí Úřadu, resp. předsedy Úřadu uvedená v rozkladu týkala skutkově odlišných případů než napadené rozhodnutí, lze konstatovat, že Úřad v případě napadeného rozhodnutí nerozhodl v rozporu se svou dosavadní rozhodovací praxí a neporušil tak zásadu legitimního očekávání, a proto mám uvedenou námitku navrhovatele za nedůvodnou.

VII. Posouzení námitek rozkladu týkajících se výroku II. napadeného rozhodnutí

61. Navrhovatel v návrhu i rozkladu napadá závěr elektronické aukce v čase od 09:51:42 do 09:54:00, kdy 5krát předložil novou aukční hodnotu, resp. snížil jednotkovou cenu jedné z 34

položek, a současně tak i svou aktuální celkovou nabídkovou cenu. Uvedená snížení nabídkové ceny však nevedla, v rozporu s očekáváním navrhovatele, k prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty.

62. V souvislosti s námitkou navrhovatele, že „*postup zadavatele byl v závěru elektronické aukce nezákonný a netransparentní a hodnocení nabídek bylo neobjektivní a aukce skončila předčasně*“, se Úřad nejdříve zabýval *věrohodností a funkčností elektronického nástroje PROEBIZ*, v němž elektronická aukce proběhla. Úřad zjistil, že elektronický nástroj PROEBIZ, verze 3.4g, je adekvátně certifikován a splňuje požadavky na funkčnost i prostředí elektronického nástroje, a proto nemá důvod pochybovat o jeho věrohodnosti (body 90 a 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
63. Úřad posoudil podklady, které obdržel od zadavatele i provozovatele elektronické aukce (protokol historie, souhrnný protokol elektronické aukce vč. protokolů o účasti jednotlivých uchazečů, otisk eAukční síně, protokol komunikace a výpis z access logu, viz body 84, 91 a 93 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a konstatoval, že po celou dobu trvání elektronické aukce neexistuje žádný záznam o omezení funkcionality elektronického nástroje a z ničeho nevyplývá žádný zásah do záznamů o jeho funkčnosti (body 105 a 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
64. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v rozkladu nic proti elektronickému nástroji PROEBIZ nenamítá, ani já nemám, v návaznosti na uvedené, důvod pochybovat o jeho věrohodnosti a funkčnosti.
65. K námitce navrhovatele, že „*vždy, když svoji nabídkovou cenu snížil, zjistil, že tato již byla účastníkem, který byl na prvním pořadí, snížena*“, resp. že „*viděl kompletní aktuálně nejnižší jednotkové nabídkové ceny až v okamžiku, kdy sám zadal a potvrdil snížené nabídkové ceny*“, Úřad v bodu 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace informace o nejlepších aukčních hodnotách měla být zobrazována účastníkům v průběhu elektronické aukce spolu s informací o nejlepší celkové nabídkové ceně a o aktuálním pořadí (v souladu s § 121 odst. 7 zákona²). Z vyjádření provozovatele elektronické aukce vyplývá, že elektronický nástroj PROEBIZ je standardně nastaven tak, že se uvedené údaje aktualizují automaticky v časovém intervalu cca 3 sekundy (to vyplývá i z části „Návod“ výzvy k účasti v elektronické aukci), a že veškeré stavy systému jsou zaznamenávány do tzv. access logu, v němž lze dohledat i všechny chybové stavy (k tomu viz body 31, 92, 93 a 102 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
66. Konkrétně ve vztahu k šetřené elektronické aukci provozovatel elektronické aukce uvedl, že v access logu je viditelné, že aktualizace probíhala každé cca 3 vteřiny u navrhovatele i 2. účastníka, nefiguruje zde žádná známka o výpadku systému, a všechny záznamy jsou se stavovým kódem 200, což je standardní kód pro úspěšný HTTP požadavek. Pokud by se kterémukoliv uživateli neprováděla aktualizace aukční síně, musel by požadavek končit chybovým stavem nebo by v access logu nebyl (popř. by v něm byla časová mezera). Úřad

² V § 121 odst. 7 zákona je uvedeno, že po celou dobu elektronické aukce je zadavatel povinen účastníkovi elektronické aukce zpřístupnit informaci o jeho aktuálním pořadí. Pokud si to zadavatel vyhradil v zadávací dokumentaci a určil způsob poskytnutí informací, může poskytovat také informace o aukčních hodnotách nebo o počtu účastníků aukce. Zadavatel může účastníkům elektronické aukce kdykoli v průběhu elektronické aukce oznámit počet účastníků elektronické aukce.

ověřil, že stavový kód HTTP 200 se objevuje ve všech řádcích o aktivitě navrhovatele v časových intervalech vždy do 5 vteřin v předmětném výpisu, a že dle seznamu stavových kódů protokolu HTTP, jenž je veden organizací IANA, se jedná o standardní odpověď pro úspěšný HTTP požadavek (viz body 94, 101, 107 a 118 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

67. Pokud tedy nebyly shledány chyby ve fungování elektronického nástroje PROEBIZ a aktualizace probíhala řádně, pak sama skutečnost, že účastníci své nabídkové ceny snižovali a vybraný dodavatel byl úspěšnější ve své strategii, nic nemění na závěrech Úřadu o zákonnosti průběhu elektronické aukce.
68. Jak jsem ověřil, Úřad se s námitkou navrhovatele, že „*vždy, když svoji nabídkovou cenu snížil, zjistil, že tato již byla účastníkem, který byl na prvním pořadí, snížena*“, řádně vypořádal již v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v rozkladu netvrdí žádné nové skutečnosti, shledal jsem tuto námitku nedůvodnou.
69. K námitce navrhovatele, že „*aktivně usiloval o prodloužení elektronické aukce, resp. změnu aktuálního pořadí nabídek, k čemuž však nedošlo*“, resp. že žádné z posledních pěti snížení aukční hodnoty v časech 9:51:42, 9:52:12, 9:53:07, 9:53:35, 9:53:54 nemělo za následek prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty, Úřad nejdříve zkoumal, jakým způsobem je v zadávacích podmínkách upraveno použití elektronické aukce, a konstatoval, že její podmínky jsou stanoveny v příloze č. 4 zadávací dokumentace (bod 78 ve spojení s body 7 a 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí a bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak už je uvedeno v bodě 44 odůvodnění tohoto rozhodnutí, v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace měla být elektronická aukce prodloužována vždy o 2 minuty (nad pevně stanovenou dobu aukčního kola v délce 30 minut) za současného splnění 2 podmínek: (i) snížení aukční hodnoty změnilo aktuální pořadí účastníků, resp. jejich nabídek a (ii) k takovému snížení aukční hodnoty došlo v průběhu 2 minut před aktuálním koncem aukčního kola.
70. Ve světle toho bylo třeba posoudit, zda předkládání nových aukčních hodnot mělo garantované následky.
71. Jak Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl (viz body 87, 88 a 100 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a já jsem ověřil, z protokolu historie a souhrnného protokolu elektronické aukce (viz bod 63 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývají následující údaje:
 - V čase 9:49:19 předložil navrhovatel novou aukční hodnotu, čímž se dostal na první místo před 2. účastníka (jeho celková nabídková cena byla v tento okamžik nižší než celková nabídková cena 2. účastníka). Jelikož se tak stalo 41 vteřin před plánovaným ukončením aukčního kola, došlo v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace k prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty.
 - Následně 2. účastník v čase 9:51:06 předložil novou aukční hodnotu, a protože se dostal na první místo před navrhovatele, a stalo se tak 54 vteřin před plánovaným ukončením aukčního kola, byla elektronická aukce prodloužena o další 2 minuty do času 9:54:00.
 - V čase 9:51:42 navrhovatel předložil novou aukční hodnotu, resp. snížil jednotkovou cenu položky „Datový roaming – balíček 250 MB – Svět + Evropa nonEU“. Toto snížení nezpůsobilo změnu v pořadí nabídek (navrhovatel byl stále na druhém místě) a ke snížení nedošlo

v průběhu 2 minut před plánovaným koncem elektronické aukce, proto v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace nedošlo k prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty.

- V časech 9:52:12, 9:53:07, 9:53:35, 9:53:54 předložil navrhovatel nové aukční hodnoty u dalších položek. Rovněž 2. účastník snižoval své aukční hodnoty (v časech 9:51:58, 9:53:06, 9:53:33 a 9:53:44). Uvedená čtyři snížení jednotkových cen ze strany navrhovatele se sice uskutečnila 2 minuty před plánovaným koncem elektronické aukce, a byla tudíž splněna první podmínka, avšak ani v jednom případě se navrhovateli nepodařilo snížit celkovou nabídkovou cenu tak, aby byla nižší, než aktuální celková nabídková cena 2. účastníka, čímž nedošlo ke změně pořadí a nebyla splněna druhá podmínka potřebná k tomu, aby mohla být elektronická aukce prodloužena o další 2 minuty.
72. Lze tedy shrnout, že v návaznosti na pravidla stanovená zadavatelem v příloze č. 4 zadávací dokumentace, žádné z posledních pěti snížení aukční hodnoty navrhovatelem nemělo způsobit prodloužení aukčního kola o další 2 minuty. Pokud tedy elektronická aukce skončila v 9:54:00, stalo se tak, jak Úřad správně uvedl, v souladu se zadávacími podmínkami (body 110, 112, 115 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
73. Jak vyplývá z protokolu historie, elektronická aukce byla 12x prodloužena s tím, že k 9 prodloužením došlo vlivem předložení nových aukčních hodnot ze strany navrhovatele (viz bod 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí).³ V těchto případech bylo aukční kolo správně prodloužováno, neboť vždy byly splněny obě podmínky vyplývající z přílohy č. 4 zadávací dokumentace. V kontextu toho není pravdivé tvrzení navrhovatele, že „neměl objektivně možnost zasáhnout do pořadí nabídek podáním nových aukčních hodnot“, resp. že „nebyl schopen ovlivnit prodloužení aukčního kola“. Navrhovatel byl 9x schopen ovlivnit prodloužení aukčního kola a stejným způsobem mohl ovlivnit prodloužení aukčního kola i v závěru elektronické aukce. Pokud navrhovatel v rozkladu uvádí, že „změna nabídkové ceny navrhovatele nevyvolala předpokládanou změnu pořadí účastníků“, svědčí to o tom, že navrhovatel špatně pochopil zadavatelem nastavený princip prodloužování délky trvání aukčního kola, když se domníval, že k jeho prodloužení dojde pokaždé, když sníží jednotkovou cenu.
74. K námitce, že „navrhovateli bylo v průběhu elektronické aukce prakticky znemožněno, aby na postup účastníka, který byl na prvním pořadí, mohl adekvátním způsobem reagovat“, resp. měl málo času na to, aby zareagoval na jím prováděné změny, Úřad zjistil, že se informace dle § 121 odst. 7 zákona a přílohy č. 4 zadávací dokumentace pravidelně v elektronickém nástroji PROEBIZ aktualizovaly (body 65 a 66 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tak svou povinnost splnil. Zadavatel však již nemohl ovlivnit to, v jaký okamžik, s jakou frekvencí a v jaké výši budou jednotliví účastníci elektronické aukce měnit jednotlivé aukční hodnoty. Snadno proto mohla nastat situace, že účastníci předkládali nové aukční hodnoty ve stejný okamžik nebo v krátkém sledu po sobě (např. 2. účastník provedl změnu aukční hodnoty v čase 9:53:06 a navrhovatel v čase 9:53:07). Proto bylo v části „Návod“ výzvy k účasti v elektronické aukci uvedeno doporučení nečekat s vkládáním aukčních hodnot na poslední

³ Pro vyloučení pochybností uvádím, že disproporce mezi počtem prodloužení způsobených navrhovatelem (9 prodloužení) a 2. účastníkem (3 prodloužení) vznikla v souladu s přílohou č. 4 zadávací dokumentace tak, že 2. účastník několikrát předložil novou aukční hodnotu, která měla vliv na pořadí – dostal se na první místo (byla splněna 1. podmínka), avšak dříve než 2 minuty před plánovaným ukončením aukčního kola (nebyla splněna 2. podmínka).

sekundy probíhajícího kola, a to i vzhledem k technické podstatě fungování internetových systémů (více viz bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

75. Zadavatel rovněž nemá vliv na to, zda účastník, který je aktuálně na prvním místě, bude snižovat aukční hodnoty i nadále, anebo počká na předložení nových aukčních hodnot ze strany ostatních účastníků. Navrhovatel v této souvislosti nic nebránilo v tom, aby použil stejnou taktiku jako 2. účastník a snižoval nabídkové ceny bez ohledu na aktuální pořadí.
76. Z charakteru elektronické aukce plyne, že se může stát pro účastníky hůře přehlednou a mohou se dostat do časové tísně, nikoliv však vlivem pochybení zadavatele. Např. v čase 9:53:54, kdy došlo k poslednímu předložení aukční hodnoty v průběhu celé elektronické aukce, navrhovatel snížil jednotkovou cenu jedné z položek z 270 Kč na 258 Kč. Toto snížení nebylo dostatečné k tomu, aby se dostal na první místo (rozdíl mezi výslednými nabídkovými cenami byl 9.664 Kč). Stačilo však, aby navrhovatel snížil předmětnou položku o další 4 Kč na 254 Kč, čímž by se dostal na první místo před 2. účastníka, v důsledku čehož by došlo k prodloužení elektronické aukce o další 2 minuty. To se však nestalo a elektronická aukce skončila v čase 9:54:00 v souladu se zadávacími podmínkami.
77. S ohledem na výše uvedené mám námitku navrhovatele, že postup zadavatele v průběhu elektronické aukce byl nezákonný a netransparentní a hodnocení nabídek bylo neobjektivní a aukce skončila předčasně, za nedůvodnou a ztotožňuji se se závěrem Úřadu (mj. bod 122 odůvodnění napadeného rozhodnutí), že elektronická aukce proběhla v souladu se zadávacími podmínkami, když zadavatel dal v zadávacích podmínkách jasně, srozumitelně a transparentně najevo, za jakých podmínek dojde prodloužení aukčního kola.
78. Námitka navrhovatele, že *„neměl k dispozici informace, které by mu umožnily ovlivnit prodloužení aukčního kola“*, podpořená odkazem na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S608/2012/VZ-10321/2013/523/JPe ze dne 4. 6. 2013, ke kterému se Úřad vyjádřil v bodech 117 a 118 odůvodnění napadeného rozhodnutí, byla vypořádána již v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Navrhovatel měl především k dispozici přílohu č. 4 zadávací dokumentace, kde byly popsány podmínky prodloužování aukčního kola (bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dále uvedena informace, jaké údaje budou účastníkům v průběhu elektronické aukce zobrazovány (bod 65 odůvodnění tohoto rozhodnutí), které se, jak Úřad zjistil, průběžně aktualizovaly (bod 66 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Další údaje byly účastníkům poskytnuty prostřednictvím výzvy k účasti v elektronické aukci, jejíž součástí byly mj. kapitoly „Harmonogram“, „Návod“ a dokument „Popis aukčního prostředí PROEBIZ v 3.4g“; v části „Harmonogram“ byly znovu zopakovány informace z přílohy č. 4 zadávací dokumentace dle předchozí věty tohoto rozhodnutí. V neposlední řadě, jak Úřad správně uvedl v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí, navrhovatel celkem 9x ovlivnil prodloužení aukčního kola, což dokazuje, že měl k dispozici potřebné informace. S ohledem na výše uvedené mám tuto námitku navrhovatele za nedůvodnou.
79. K námitce navrhovatele, že *„nesouhlasí s názorem Úřadu, že výsledná výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů je zcela mimo dispozici zadavatele“*, uvádím následující.
80. Jak Úřad v bodě 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně konstatoval, úkolem zadavatele bylo zajistit, aby se elektronická aukce uskutečnila v souladu se zadávacími podmínkami a právními předpisy. Zadavatel však již nemá a nemůže mít žádný vliv na to, jak se jednotliví účastníci budou v rámci takové elektronické aukce chovat, zejména zda a o kolik

sníží své aukční hodnoty. V kontextu toho lze dát za pravdu Úřadu, že *„výsledná výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů je zcela mimo dispozici zadavatele“*, neboť je výhradně v dispozici dodavatelů, a proto považují tuto námitku navrhovatele za nedůvodnou.

81. Dle navrhovatele, *„pokud je objektivně zřejmé, že existuje dodavatel, navíc kvalifikovaný účastník zadávacího řízení, který byl a stále je připraven nabídnout nižší nabídkovou cenu než vybraný uchazeč, tj. navrhovatel, zadavatel není oprávněn akceptovat nabídku, která je pro něj méně ekonomicky výhodná“*. K tomu uvádím, že navrhovatel měl příležitost předložit nejnižší nabídkovou cenu kdykoliv v průběhu elektronické aukce, která trvala 54 minut. Pokud navrhovatel nyní uvádí, že je stále připraven nabídnout nižší cenu než vybraný uchazeč, musím konstatovat, že po skončení elektronické aukce to již není možné, a proto námitku považuji za nedůvodnou.
82. K námitce navrhovatele, že *„zadavatel není oprávněn akceptovat nabídku, která je pro něj méně ekonomicky výhodná“*, a že *„postup zadavatele odporuje cíli zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky“*, uvádím, že je pravdou, že cílem zákona je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel však musí současně dbát na dodržování jednotlivých ustanovení zákona a zásad zadávání veřejných zakázek uvedených v § 6 zákona, v šetřeném případě především na zásadu transparentnosti a právní jistoty účastníků.
83. Za situace, kdy zadavatel provedl řádné zadávací řízení na veřejnou zakázku, musí jeho výsledek respektovat, ledaže by byl naplněn některý z důvodů pro zrušení zadávacího řízení uvedených v § 127 zákona.
84. Vzhledem k tomu, že elektronická aukce proběhla v souladu se zákonem a zadavatel nemůže libovolně disponovat zadávacím řízením pouhým odkazem na to, že *„nabídka je méně ekonomicky výhodná“*, shledal jsem námitku navrhovatele nedůvodnou.
85. K námitce navrhovatele, že *„námitky napadající průběh elektronické aukce je třeba chápat jako jeden nedělitelný celek tvořený vzájemně úzce provázanými skutečnostmi a argumenty, které nelze bez důsledků rozdělit a část z nich pominout, a že napadené rozhodnutí, které se částí relevantních námitek nezabývalo, nevychází z řádně zjištěného skutkového stavu“*, uvádím následující.
86. Dle § 3 správního řádu nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu.
87. Úřad se s námitkami napadajícími průběh elektronické aukce vypořádal, a to v rámci odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí. V souvislosti s tímto výrokem zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, když si opatřil všechny relevantní podklady pro vydání napadeného rozhodnutí, správně aplikoval příslušné právní normy a následně rozhodl ve věci tak, že návrh navrhovatele v části týkající se průběhu elektronické aukce zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Relevantními podklady pro vydání napadeného rozhodnutí byly zejména zadávací dokumentace vč. její přílohy č. 4, výzva k účasti v elektronické aukci, protokoly a výpis z access logu, které Úřad obdržel od

zadavatele i provozovatele elektronické aukce (viz bod 63 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a vyjádření provozovatele elektronické aukce a účastníků správního řízení.

88. Rovněž v případě výroku I. Úřad rozhodl na základě dostatečných podkladů a za správného aplikování právních norem, když řízení týkající se části návrhu směřující proti zadávací dokumentaci zastavil, neboť mu nepředcházely včas podané námitky. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal důvodné podezření, že zadávací dokumentace je v rozporu se zákonem, nezahájil v této věci řízení z moci úřední.
89. V návaznosti na to, že se Úřad zabýval všemi námitkami navrhovatele na základě řádně zjištěného skutkového stavu a rozhodl tak, jak mu umožňovaly právní normy – ohledně části námitek rozhodl procesně (výrok I.) a ohledně větší části námitek vydal meritorní rozhodnutí (výrok II.), považují uvedené námitky navrhovatele za nedůvodné.
90. K námitkám navrhovatele, že *„napadené rozhodnutí je v rozporu se zákonem a správním řádem, zejména se zásadami vedení správního řízení zakotvenými v § 2 odst. 4 a § 3 správního řádu, a že Úřad neposoudil šetřený případ ve všech vzájemných souvislostech, řádně neprošetřil postup zadavatele a nevyrovnal se s argumentací navrhovatele“*, uvádím, že se jedná pouze o obecné námitky, a proto i mé vypořádání se s nimi bude pouze obecné.
91. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, že se zadavatel nedopustil porušení zákona. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Napadené rozhodnutí je tedy zákonné a věcně správné. Rovněž řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, je v souladu s právními předpisy. Vzhledem k tomu shledávám výše uvedené námitky nedůvodnými.

VIII. Závěr

92. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele. Vzhledem k tomu jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Zoologická zahrada hl. m. Prahy, příspěvková organizace, U Trojského zámku 120/3, 171 00 Praha - Troja
2. Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov

Vypraveno dne:

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