



UOHSX00483AZ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R194/2011/VZ-8066/2012/310/PSe

V Brně dne 12. dubna 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 8. 2011 navrhovatelem –

- společností **T-Mobile Czech Republic a. s.**, IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, zastoupenou na základě plné moci ze dne 30. 5. 2011 JUDr. Jindřichem Vítkem – advokátem, se sídlem Nad Petruskou 1, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S411/2010-8841/2011/530/RKr ze dne 18. 7. 2011 vydaném ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Českého rozhlasu**, IČ: 45245053, se sídlem Vinohradská 1409/12, 120 99 Praha 2,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Poskytování mobilních hlasových a datových služeb mobilního operátora pro Čro**“ zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60046926, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 2. 2010 pod ev. č. 2010/S 31-044608, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Telefónica Czech Republic, a.s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) 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-S411/2010-8841/2011/530/RKr ze dne 18. 7. 2011

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Český rozhlas, IČ 45245053, se sídlem Vinohradská 1409/12, 120 99 Praha 2, (dále jen „**zadavatel**“), zahájil zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Poskytování mobilních hlasových a datových služeb mobilního operátora pro Čro“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "**zákon**")¹, v otevřeném řízení v otevřeném řízení podle § 27 zákona, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60046926 (dále jen "**veřejná zakázka**"). Jako základní hodnotící kritérium byla nejnižší nabídková cena, přičemž bylo stanoveno, že bude provedena elektronická aukce na aukčním software PROe.biz. (dále také „**e-aukce**“).
2. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 8. 2010 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídku od uchazeče – společnosti Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) a uchazeče – společnosti T-Mobile Czech Republic a. s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“).
3. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 18. 8. 2010 vyplývá, že v závěru e-aukce navrhovatel reklamoval výsledky soutěžního kola, neboť nemohl v poslední minutě měnit jakékoliv hodnoty. Při následné kontrole průběhu e-aukce však nebyly zjištěny žádné nedostatky na straně zadavatele ani na straně poskytovatele aukčního softwaru.
4. Navrhovatel nesouhlasil s rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a podal proti němu námitky dopisem datovaným dne 6. 8. 2010 (pravděpodobně správně „6. 9. 2010“), kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 15. 9. 2010 nevyhověl.
5. Navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem a podal dopisem ze dne 27. 9. 2010 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "**Úřad**"). Úřad obdržel návrh dne 27. 9. 2010 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S411/2010/VZ-16084/2010/530/RKr ze dne 26. 10. 2010. Za účastníky řízení Úřad označil podle § 116 zákona zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.
7. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S411/2010-16117/2010/530/RKr z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
8. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S411/2010-16120/2010/530/RKr ze dne 26. 10. 2010 rozhodl o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona.

II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad po zhodnocení všech podkladů vydal dne 18. 7. 2011 rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S411/2010-8841/2011/530/RKr (dále jen „**rozhodnutí**“), kterým podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh zamítnul, neboť shledal, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jelikož zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Úřad v odůvodnění rozhodnutí uvedl, že zadavatel při posouzení technického problému týkajícího se elektronické aukce nezanedbal povinnost postupovat transparentně a nediskriminačně, neboť se snažil pečlivě a zodpovědně posoudit příčiny výpadku možnosti zadávat nové hodnoty navrhovatelem před koncem elektronické aukce.
10. Úřad v bodě 44. odůvodnění rozhodnutí uvedl, že z povahy elektronické aukce je zřejmé, že se jedná o specifický proces hodnocení nabídek, který může zadavatel realizovat pouze tehdy, pokud použije takový elektronický nástroj, který prošel atestačním řízením a byl pro tuto činnost schválen Ministerstvem vnitra. Poskytovat tyto elektronické nástroje k provedení elektronické aukce pak může právě jen subjekt, jehož elektronický nástroj byl atestován. Proto byl správný postup zadavatele obrátit se s problematikou nemožnosti snižování nabídkové ceny navrhovatelem právě na zmíněný odborně způsobilý subjekt, tedy na společnost Sentinel s. r. o. Tento subjekt jednoznačně uvedl, že není chyby na straně zadavatele a dále uvedl, že navrhovatel ke konci elektronické aukce zadával cenu, ovšem na server neodesílal data s podpisem. Dále konstatoval, že kdyby došlo k odesílání příslušných dat na server, vše by se projevilo v historii případu.
11. Úřad na základě prověření skutečností uvedených v návrhu, vyjádření zadavatele a předložené dokumentace shledal, že navrhovatel neprokázal, že by chyba spočívající v nemožnosti dalšího snižování nabídkové ceny byla na straně zadavatele. Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při provádění e-aukce v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace (viz § 6 zákona).

III. Námitky rozkladu

12. Proti rozhodnutí podal navrhovatel v zákonné lhůtě dne 22. 8. 2011 rozklad, v němž napadá rozhodnutí v celém rozsahu a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

Námitky rozkladu navrhovatele

13. Navrhovatel v podaném rozkladu uvádí, že považuje za nesprávný závěr Úřadu, že „zadavatel při posouzení technického problému týkajícího se elektronické aukce nezanedbal povinnost postupovat transparentně a nediskriminačně, neboť se snažil pečlivě a zodpovědně posoudit příčiny výpadku možnosti zadávat nové hodnoty navrhovatelem před koncem elektronické aukce“. Podle tvrzení navrhovatele, během aukce poté, co navrhovatel oznámil zadavateli poruchu, jejímž důsledkem byla nemožnost úspěšného zaslání nabídkových cen, zadavatel odkázal navrhovatele na konec aukce. Až po ukončení elektronické aukce začal zadavatel řešit příčinu této události.
14. Dle navrhovatele je tak zřejmé, že zadavatel porušil princip nediskriminace dle ustanovení § 6 zákona, když nepostupoval v souladu s pravidly on-line výběrových řízení PROe.biz, která jsou pro zadavatele závazná, a to s ohledem na ustanovení § 149 odst. 6 písm. j) zákona a § 96 odst. 4 písm. d) zákona. Zákon podle navrhovatele sice přímo neupravuje způsob, jakým postupovat při vzniku poruchy, avšak právě dle § 96 odst. 4 písm. d) zákona musí zadavatel takový postup závazně stanovit, neboť tento spadá pod informace týkající se postupu při elektronické aukci.
15. Podle navrhovatele je také nepochybné, že funkčnost programu PROe.biz mohla a zřejmě i byla ovlivněna doprovodnými programy, které byly nedostatečně specifikovány v zadávacích podmínkách, ačkoli byly pro samotný chod elektronické aukce nepostradatelné. Technické nároky zadavatele k bezproblémové účasti v elektronické aukci byly nastaveny následujícím způsobem: „požadavek instalace jednoho z těchto webových prohlížečů: Microsoft Internet Explorer verze 5.5 a vyšší nebo Mozilla Firefox 1.0 a vyšší, zapnuté cookie a dále Java Software“ bez stanovení konkrétní verze, přičemž míra spolehlivosti softwaru Java je mj. odvislá i od její verze. Dále pak každý takový typ programu jako je PROe.biz je konstruován ve vztahu k určité verzi Javy. V případě užití jiných verzí Javy tak jejich kompatibilita s takovým programem, a tedy i jejich spolehlivost, může být a je často ovlivněna i touto skutečností. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje na email, zasláný společností NAR marketing s.r.o., která vyvinula program PROe.biz, zadavateli, ve kterém se tato vyjádřila k předmětné poruše v tom smyslu, že obdobnou anomálii zaregistrovali již v minulosti a byla způsobena pádem JRE (Javy) na straně účastníka. Z uvedeného tak dle navrhovatele vyplývá, že je nezbytné i software Java, stejně jako tomu bylo učiněno u webových prohlížečů, blíže specifikovat v zadávací dokumentaci. V případě, že tak zadavatel neučiní, je nezbytné, aby při potížích softwaru, nainstalovaného dle parametrů a požadavků zadavatele, to byl zadavatel, který ponese odpovědnost za poruchu.
16. V této souvislosti je však podle navrhovatele zřejmé, že k chybě mohlo dojít sice na straně účastníka, ale v důsledku nedostatečných technických instrukcí ze strany zadavatele. Navrhovatel odkazuje na § 97 odst. 3 zákona, který stanovuje, že zadavatel je povinen ve výzvě k účasti v elektronické aukci informovat dodavatele o veškerých technických údajích, které jsou nezbytné k účasti v elektronické aukci. Zadavatel, který tak nedostatečně informoval o technických požadavcích, tedy nesdělil všechny nezbytné údaje k bezproblémovému průběhu elektronické aukce ze strany uchazeče, tak zároveň i porušil povinnost uloženou mu zákonem.
17. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že výpisy z tzv. access logů nebyly nastaveny tak, aby historii aukce plně zaznamenaly, tj. ze samotného výpisu, který byl dán k dispozici jak navrhovateli, tak i Úřadu, nevyplývá nic jiného, než že se navrhovatel, jakožto účastník

elektronické aukce, snaží bezúspěšně snížit nabídkovou cenu. Příčina však zaznamenaná není. Access logy obecně slouží k uchování informací o operacích učiněných serverem, tj. včetně požadavků doručených serveru či odpovědí zaslanych serverem. Access logy však mohou být nastaveny, tj. programově definovány, takovým způsobem, aby byly zaznamenány všechny informace související se serverem, tj. u kterého z účastníků nastal problém (porucha), jaký typ poruchy se vyskytl či příčina této poruchy. Předmětné access logy však nebyly nastaveny způsobem, který by poskytoval tento typ informací. Pokud však access logy nebyly nastaveny způsobem, který by zaznamenával poruchy včetně jejich příčin, nemůže být tato skutečnost připisována k tíži navrhovatele. Je to koneckonců zadavatel, který by měl prokázat i v souladu s principem transparentnosti, že porucha nenastala v důsledku jím nedostatečně definovaných parametrů k účasti v elektronické aukci.

18. Navrhovatel rovněž zdůrazňuje, že v důsledku poruchy a neadekvátní reakce ze strany zadavatele poté, co mu byla během elektronické aukce porucha nahlášena, nedošlo k finanční úspoře ze strany zadavatele. Jedním z účelů zákona je zajistit, aby veřejné prostředky byly využity efektivně a ekonomicky, což se však nestalo. Navrhovatel v této souvislosti opět odkazuje na výpis z předmětných access logů, z něhož nepochybně vyplývá, že se navrhovatel v rozhodné době snažil snížit nabídkovou cenu. Výsledná cena tak mohla být nižší než ta, kterou zadavatel docílil v poslední rozhodující minutě e-aukce prakticky za účasti jejího jediného účastníka.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

19. Dne 13. 9. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že nesouhlasí s podaným rozkladem ani s argumentací, o níž se navrhovatel opírá, a to jak po právní, tak věcné stránce. Zadavatel nadále setrvává na svém stanovisku vyjádřeném v rozhodnutí o námitkách navrhovatele a ve svém vyjádření k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Podle vyjádření zadavatele byly technické požadavky aukčního systému všem uchazečům předem známy, elektronická aukce po technické stránce po celou dobu jejího konání, až do chvíle problému nahlášeného navrhovatelem, bezproblémově probíhala, z čehož lze usuzovat, že uchazečem použité technické nástroje fungovaly a účast v elektronické aukci umožnily. Dle zadavatele veškeré jím předložené důkazy vedly a vedou zadavatele jednoznačně k tomu, že pochybení nastalo na straně navrhovatele, a to ať z technického důvodu nebo selháním lidského faktoru.
20. V situaci, kdy bylo zadavateli navrhovatelem oznámeno údajné pochybení v průběhu elektronické aukce, začal se tímto oznámením neprodleně zabývat a za tímto účelem kontaktoval poskytovatele aukčního software, jako společnost odborně způsobilou a disponující uvedeným atestovaným aukčním nástrojem. Z důkladné kontroly průběhu soutěžního kola a protokolů elektronické aukce a po ověření funkčnosti systému během elektronické aukce studiem záznamů access logu serveru, nebylo zjištěno pochybení v nastavení elektronické aukce ani selhání systému na straně poskytovatele, které by mohlo u navrhovatele napadenou situaci způsobit. Bylo zjištěno, že možnými příčinami mohlo být selhání technického vybavení navrhovatele či nesprávný postup při potvrzení změny ceny elektronickým podpisem (nepotvrzení změny či užití tlačítka „storno“). Z doložených dokumentů tak dle zadavatele vyplývá, že pochybení nenastalo na straně zadavatele ani provozovatele systému elektronické aukce.

21. Zadavatel opětovně uvádí, že finanční úspory při realizaci elektronické aukce dosáhl, neboť již nyní šetří cca 30% původních nákladů měsíčně vydávaných za tytéž služby původnímu poskytovateli, tedy navrhovatel. Dle zadavatele je spekulativní, zda by dosáhl úspory vyšší v případě, že by elektronická aukce pokračovala.

Doplnění rozkladu navrhovatelem

22. Dne 29. 9. 2011 obdržel Úřad od navrhovatele doplnění rozkladu ze dne 19. 8. 2011, v němž se vyjadřuje ke skutečnostem uvedeným ve vyjádření zadavatele k rozkladu.
23. K tvrzení zadavatele týkajícímu se popisu aukčního prostředí PROe.biz navrhovatel uvádí, že v tomto skutkovém případě nelze dle jeho názoru vyloučit vnější narušení a zadavatel měl poté, co mu byla navrhovatelem telefonicky nahlášena nemožnost podávat aukční hodnoty, manuálně aukční kolo ukončit.
24. Dle navrhovatele nemůže být účel technické podpory naplněn pouhým zřízením krizové linky, bez toho, aby po spojení s touto linkou a po vznesení věcného a zcela jasného požadavku nenásledovala adekvátní odpověď, či alespoň pokus o ní, což v tomto případě bohužel nastalo a navrhovatel adekvátní odpověď na svůj dotaz neobdržel.
25. K tvrzení zadavatele, které se týká záznamu access logu, navrhovatel uvádí, že v tomto konkrétním případě jde o záznam virtuální komunikace mezi navrhovatelem a prostředím, ve kterém se uskutečňuje elektronická aukce. Ze záznamu access logu je patrné, že navrhovatel v průběhu celé elektronické aukce mění hodnoty nabídkové ceny a tyto hodnoty jsou prostředím, v němž se uskutečňuje elektronická aukce, vyhodnoceny jako odeslané, avšak po změně nabídkové ceny v čase 11:17:05 již access log nezaznamenává, že by provedená změna byla odeslána. Tato skutečnost není dle navrhovatele věrohodným důkazem prokazujícím, že chyba musela vzniknout na jeho straně. Navrhovatel uvádí, že access log je monitorovací systém a je otázkou nastavení, a to jak vnitřního, tak vnějšího, která data bude a která nebude zaznamenávat. Mnohem důležitější se v této situaci jeví fakt, že navrhovatel, jakmile zjistil, že se mu opakovaně nedaří odeslat změnu nabídkové ceny, oznámil telefonicky tuto skutečnost zadavateli a dále to, že zadavatel ač v tuto chvíli neměl informace o tom, co tuto anomálii způsobuje, aukci ukončil.
26. Podle námitky navrhovatele informuje zadavatel ve svém vyjádření dále o tom, že výpisy z access logů nezaznamenávají případné výpadky technického vybavení na straně navrhovatele. Navrhovateli není vůbec jasné, jak tedy může zadavatel tvrdit, že jedinou možnou příčinnou tohoto výpadku je chyba na straně navrhovatele, což ostatně zadavatel tvrdí i ve vyjádření, kde dokonce poukazuje na to, že tento fakt je a byl zcela zřejmý. Dle názoru navrhovatele, by se měl Úřad v rámci přezkoumávání předmětného rozhodnutí zaměřit na důvěryhodnost důkazu záznamu z access logu, o který zadavatel opírá své tvrzení o chybě, jež se měla vyskytnout na straně navrhovatele a na základě uvážení tohoto rozhodnout, zda tento argument je dostatečně přesvědčivý pro obhajobu postupu zadavatele dle zásad § 6 zákona, tedy zásad dodržování transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Závěr rozkladu

27. Závěrem navrhovatel uvádí, že vzhledem k okolnostem případu, kdy z důvodu delší doby trvání řízení již nelze po Úřadu požadovat, aby vydal rozhodnutí zákazu plnění ze smlouvy,

by měla být zadavateli alespoň udělena pokuta za spáchání správního deliktu dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Navrhovatel proto navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

28. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem správnímu orgánu rozhodujícímu o rozkladu. Úřad s odkazem na charakter případu neprováděl po obdržení rozkladu žádné nové důkazy.
29. 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 ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že neučinil vlastní závěry ohledně posouzení klíčových otázek řízení a namísto toho se odkázal na tvrzení (byť odborně způsobilého) subjektu a nedostatečně tak odůvodnil výrok svého rozhodnutí č. j. ÚOHS-S411/2010-8841/2011/530/RKr ze dne 18. 7. 2011, nedodržel ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu a učinil své rozhodnutí nepřezkoumatelným. Nedodržení tohoto ustanovení správního řádu má za následek nezákonnost rozhodnutí.
31. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

V. K námitkám rozkladu

32. K namítanému rozporu jednání zadavatele s ustanovením § 149 odst. 6 písm. j) zákona, z důvodu nezajištění technické podpory a servisu v případě poruchy v průběhu elektronické aukce, mám za to, že zadavatel v průběhu elektronické aukce zajistil technickou podporu a servis ve smyslu zákona. Zadavatel prokázal zajištění technické podpory a servisu v případě poruchy uvedením kontaktů na hotline poskytovatele aukčního software ve výzvě k účasti v elektronické aukci zaslané navrhovateli 13. 8. 2010. Podle námítky navrhovatele nemůže být účel technické podpory naplněn pouhým zřízením krizové linky, bez toho, aby po spojení s touto linkou a po vznesení věcného a zcela jasného požadavku nenásledovala adekvátní odpověď, či alespoň pokus o ni. Z výpisu z access logu serveru však vyplývá, že k neodeslání změny ceny navrhovatele v elektronické aukci došlo poprvé v čase 11:17:05, přičemž do tohoto okamžiku neměl navrhovatel s odesláním změny ceny problém. O odeslání změny ceny se navrhovatel neúspěšně pokoušel u položek označených v elektronické aukci čísly 17940, 17928 a 17935 celkem 10-krát, a to v časovém rozpětí od 11:17:05 až do 11:17:58. Z výpisu telefonních hovorů Ing. Libora Komárka, zástupce navrhovatele, vyplývá, že navrhovatel kontaktoval zadavatele, konkrétně paní Veroniku Jarkovou, v čase 11:17:53, tedy 7 sekund před koncem elektronické aukce, a hovor byl ukončen v 11:19:47. Již na začátku telefonického hovoru mezi zadavatelem a navrhovatelem tak došlo k uběhnutí doby aukčního kola. Vzhledem k tomu není možné rozumně předpokládat, že během doby 7 sekund od započetí telefonického rozhovoru je možné realizovat smysluplný telefonický

rozhovor se sdělením relevantních informací, vyhodnotit obsah těchto informací zadavatelem, resp. poskytovatelem a ještě v tomto časovém intervalu dokončit relevantní zásahy do probíhající e-aukce, tj. aukční kolo prodloužit či aukci předběžně ukončit. Stejný účinek jako uvedené zásahy do probíhající e-aukce mohou mít nápravná opatření, jichž se navrhovatel ve svém návrhu domáhá – tj. zrušení rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky a pokračování nebo provedení nové elektronické aukce. Tímto závěrem tak navrhovatel není krácen na svých právech, neboť ta může beze zbytku naplnit jinou procesní cestou, o což také v tomto řízení usiluje.

33. K námitce navrhovatele, že zadavatel jednal v rozporu s pravidly on-line výběrových řízení PROe.biz, když nechal elektronickou aukci bez zastavení či případného prodloužení dojít do konce, považují za prokázané, že Pravidla online výběrových řízení PROe.biz jsou souhrnnými pravidly pro jakýkoliv druh elektronické aukce. V tomto případě se však uchazeči o veřejnou zakázku měli řídit dokumentem Popis aukčního prostředí PROe.biz (dále jen „**Popis**“), o čemž byli informováni ve výzvě k účasti v elektronické aukci. V Popisu v části VII. „Ukončení e-aukce“ je mimo jiné uvedeno, že elektronická aukce může být ukončena i manuálně, v případě, že dojde k vnějšímu narušení v průběhu elektronické aukce. Z uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel v případě vnějšího narušení v průběhu elektronické aukce má možnost elektronickou aukci manuálně prodloužit. Závěr o vnějším narušení může samozřejmě být vyvozen i z technických potíží na straně některého z účastníků e-aukce. Tento závěr však z výše uvedených (časových) důvodů poskytovatel neučinil.
34. K námitkám navrhovatele, které se vztahují k části odůvodnění rozhodnutí, v němž se Úřad zabývá nezanedbáním povinnosti zadavatele posoudit příčiny výpadku, uvádím následující. Závěr Úřadu, že „zadavatel při posouzení technického problému týkajícího se elektronické aukce nezanedbal povinnost postupovat transparentně a nediskriminačně, neboť se snažil pečlivě a zodpovědně posoudit příčiny výpadku možnosti zadávat nové hodnoty navrhovatelem před koncem elektronické aukce“ považují za správný. V protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 18. 8. 2010 je uvedeno, že po následné kontrole elektronické aukce, která proběhla dne 17. 8. 2011 od 10:30 do 11:18 hodin, nebyly zjištěny žádné nedostatky na straně zadavatele ani na straně poskytovatele aukčního softwaru. Z uvedeného je patrné, že zadavatel se po ukončení elektronické aukce zabýval odhalením problému navrhovatele a prověřil možné pochybení jak na straně poskytovatele softwaru, tak možné nedostatky na straně zadavatele. Odlišnou otázkou samozřejmě zůstává, zda závěry, ke kterým zadavatel, resp. poskytovatel v rámci jeho posouzení došel, jsou správné či nikoli. Odpověď na tuto odlišnou a klíčovou otázku se však vztahuje k jiným námitkám navrhovatele, týkajícím se doprovodných programů nejednoznačně specifikovaných v zadávacích podmínkách (viz bod 15 tohoto odůvodnění).

Důvody nepřezkoumatelnosti

35. Úřad v bodě 44 odůvodnění rozhodnutí uvádí: “Tento subjekt (Sentinet s. r. o. – poskytovatel elektronického nástroje k provedení elektronické aukce) jednoznačně uvedl, že není chyby na straně zadavatele a dále uvedl, že navrhovatel ke konci elektronické aukce zadával cenu, ovšem na server neodesílal data s podpisem. Dále konstatoval, že kdyby došlo k odesílání příslušných dat na server, vše by se projevilo v historii případu.” Žádné další vlastní závěry ohledně zkoumání skutkového stavu zde, ani jinde v odůvodnění rozhodnutí Úřad neuvádí.

36. Přitom právě vlastní závěr ohledně skutkového stavu, kdy „navrhovatel ke konci elektronické aukce na server neodesílal data s podpisem“, je pro rozhodnutí ve věci klíčový. Úřad podle § 113 a násl. zákona provádí řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Je tedy úkolem Úřadu učinit na základě dokazování zjištění skutkového stavu věci, o němž nejsou dány důvodné pochybnosti, v tom směru, zda důvody selhání datové komunikace byly či nebyly na straně zadavatele. Závěry úřadu pak musejí být právě a toliko vztaženy k úkonům zadavatele. V tomto ohledu nejde o vadu řízení, která nemohla mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost v intencích námitek rozkladu.
37. Nadto se jeví jako nedostatečně odůvodněný vlastní závěr Úřadu ohledně použití doprovodného programu Java Software (jre = Java Runtime Environment) při e-aukci. V tomto směru je nutné zkoumat, zda doprovodný software na koncové stanici PC navrhovatele byl či nebyl v souladu se zadávacími podmínkami zadavatele, resp. poskytovatele aukčního softwaru a zda případný nesoulad měl či neměl za následek neodesílání dat s podpisem ke konci e-aukce navrhovatelem.
38. Výše popsaná nepřezkoumatelnost nebrání ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 212/2006-74 zabývat se výše uvedenými námitkami rozkladu, které mohou mít význam pro další řízení a rozhodnutí ve věci.

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci Úřadu k novému projednání.
40. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Jindřich Vítek, advokát, Nad Petruskou 1, 120 00 Praha 2
2. Telefonica Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4
3. Český rozhlas, Vinohradská 1409/12, 120 99 Praha 2

Vypraveno dne:

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