



UOHSX0093S3J

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0686/2016/VZ-00517/2017/521/MŽi

Brno 4. ledna 2017

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 31. 10. 2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 9. 11. 2016 obchodní společností eCentre, a.s., IČO 27149862, se sídlem Argentinská 286/38, Holešovice, 170 00 Praha 7,
- navrhovatel – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 26. 10. 2016 Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, IČO 87705508, s místem podnikání Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha – Břevnov,
- vybraný uchazeč – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Stodůlky, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 3. 2016 Mgr. Michalem Horou, advokátem, ev. č. ČAK 11184, IČO 71457453, se sídlem Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha – Nové Město,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Veřejná zakázka na poskytování mobilních telekomunikačních služeb pro statutární město Ostrava, právnické osoby zřízené a založené statutárním městem Ostrava, popřípadě městskými obvody“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 6. 2016 pod ev. č. zakázky 636467 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 122-219344,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle – ze dne 31. 10. 2016 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem zadání veřejné zakázky „Veřejná zakázka na poskytování mobilních telekomunikačních služeb pro statutární město Ostrava, právnické osoby zřízené a založené statutárním městem Ostrava, popřípadě městskými obvody“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 6. 2016 pod ev. č. zakázky 636467 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 122-219344, se podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 9. 11. 2016 obchodní společností eCentre, a.s., IČO 27149862, se sídlem Argentinská 286/38, Holešovice, 170 00 Praha 7 (dále jen „zadavatel“), který je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil podle zákona dne 22. 6. 2016 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Veřejná zakázka na poskytování mobilních telekomunikačních služeb pro statutární město Ostrava, právnické osoby zřízené a založené statutárním městem Ostrava, popřípadě městskými obvody“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 6. 2016 pod ev. č. zakázky 636467 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 122-219344 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel je v šetřené veřejné zakázce centrálním zadavatelem podle § 3 odst. 1 písm. b) zákona. Zadavatel se v souladu s § 151 zákona nechal při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením zastoupit obchodní společností eCentre, a.s., IČO 27149862, se sídlem Argentinská 286/38, Holešovice, 170 00 Praha 7 (dále jen „společnost eCentre, a.s.“).
3. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v čl. 1. „PŘEDMĚT A MÍSTO PLNĚNÍ“ zadávací dokumentace následovně: „*Předmětem veřejné zakázky je poskytování telekomunikačních služeb centrálnímu zadavateli, resp. pověřujícím zadavatelům (...), a to po dobu 14 kalendářních měsíců počínaje od 1. 11. 2016 do 31. 12. 2017.*“ Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je podle čl. 6. „KRITÉRIA HODNOCENÍ NABÍDKY“ zadávací dokumentace nejnižší nabídková cena, přičemž zadavatel se rozhodl hodnotit nabídky uchazečů s využitím elektronické aukce podle § 96 a § 97 zákona.

4. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 9. 8. 2016 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 3 nabídky, přičemž všechny nabídky vyhovely kontrole v souladu s § 71 odst. 7 zákona a § 72 odst. 5 zákona.
5. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel na základě výsledku elektronické aukce konané v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dne 18. 8. 2016 od 9:00 hod. (dále jen „elektronická aukce konaná dne 18. 8. 2016“) rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž následně v důsledku vyhovění námitkám navrhovatele – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 26. 10. 2016 Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, IČO 87705508, s místem podnikání Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha – Břevnov (dále jen „navrhovatel“) – rozhodl o zrušení předmětného rozhodnutí o nejvhodnější nabídce a současně rozhodl o provedení nového hodnocení nabídek.
6. Z dokumentace o veřejné zakázce dále vyplývá, že zadavatel rozhodl též o zrušení elektronické aukce konané v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dne 20. 9. 2016 od 9:00 hod. (dále jen „elektronická aukce konaná dne 20. 9. 2016“) a současně rozhodl o provedení nového hodnocení nabídek.
7. Ze zprávy o realizaci elektronické aukce ze dne 27. 9. 2016 (dále jen „zpráva o realizaci elektronické aukce“) vyplývá, že elektronické aukce v předmětném zadávacím řízení na veřejnou zakázku se konala dne 27. 9. 2016 v čase od 10:00 hod. do 12:36 hod. (dále jen „elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016“), přičemž nejnižší celkové ceny dosáhl uchazeč Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Stodůlky, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 3. 2016 Mgr. Michalem Horou, advokátem, ev. č. ČAK 11184, IČO 71457453, se sídlem Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha – Nové Město (dále jen „vybraný uchazeč“). Nejnižší dosažená celková cena dle zprávy o realizaci elektronické aukce činí 6 972 313,04 Kč bez DPH.
8. Hodnotící komise na svém jednání konaném dne 27. 9. 2016 doporučila zadavateli rozhodnout o výběru nabídky vybraného uchazeče. Zadavatel pak přípisem ze dne 5. 10. 2016 oznámil rozhodnutí o výběru nabídky vybraného uchazeče.
9. Dne 12. 10. 2016 obdržel zadavatel námitky navrhovatele z téhož dne proti průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 a dále proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Námitkám navrhovatele zadavatel rozhodnutím ze dne 20. 10. 2016 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno dne 21. 10. 2016, nevyhověl.
10. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím zadavatele o námitkách neztotožnil, podal dne 31. 10. 2016 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu taktéž dne 31. 10. 2016.

II. OBSAH NÁVRHU

11. Navrhovatel v návrhu brojí proti průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 a dále proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
12. Navrhovatel předně shrnuje průběh zadávacího řízení, přičemž poukazuje na skutečnost, že elektronická aukce v zadávacím řízení na veřejnou zakázku se konala třikrát, a to v termínech

18. 8. 2016, 20. 9. 2016 a 27. 9. 2016. Elektronická aukce konaná dne 18. 8. 2016 dle navrhovatele nebyla realizována transparentně a v souladu se zadávacími podmínkami, proto podal proti postupu zadavatele námitky a tento jim vyhověl. Navrhovatel dále doplňuje, že elektronická aukce konaná 20. 9. 2016 byla z důvodu netransparentnosti a nepřehlednosti zrušena přímo zadavatelem.
13. Navrhovatel v návrhu dále uvádí, že se účastnil elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016, přičemž *„v jejímž průběhu, a to přibližně dvě a půl hodiny po jejím zahájení, (...) došlo k nečekanému technickému problému, který [n]avrhovateli znemožnil jeho další účast a úpravu jeho nabídkové ceny. Dočasná nedostupnost aukčního prostředí v řádu několika minut, která znamenala nemožnost úpravy cenových položek ve stanoveném časovém limitu 2 minuty, pak způsobila automatické ukončení [t]řetí aukce¹ bez možnosti zásahu ze strany [n]avrhovatele.“* Navrhovatel poukazuje na to, že o technických problémech neprodleně informoval zadavatele, tento však přesto rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.
14. Navrhovatel vyjadřuje své přesvědčení, že elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016 *„nebyla realizována transparentně, v souladu se ZVZ² a zadávacími podmínkami (...)“*, přičemž *„[r]ozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které závěr [t]řetí aukce respektuje, nelze tedy rovněž považovat za zákonné.“*
15. Navrhovatel dále odkazuje na svá tvrzení uvedená v námitkách ze dne 12. 10. 2016, přičemž dodává, že se zadavatel nevypořádal s některými zásadními argumenty, které byly v námitkách uvedeny.
16. Navrhovatel dále uvádí, že elektronická aukce byla ukončena proti jeho vůli, přičemž poukazuje na to, že byl připraven dále snižovat nabídkovou cenu, což dle jeho názoru dokládá jeho aktivní účast a dále pak i výsledky elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016. K tomu doplňuje, že zadavatel postupuje v rozporu se základním smyslem a účelem zákona, neboť *„směřuje k zadání veřejné zakázky za cenu podstatně vyšší, než jaké by mohl při zajištění řádné elektronické aukce dosáhnout.“*
17. Navrhovatel uvádí, že nemá k dispozici důkazy o technické chybě elektronického nástroje, jehož prostřednictvím byla realizována elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016, neboť těmito disponuje zadavatel, a dodává, že dle jeho názoru zadavatel v rozhodnutí o námitkách *„rezignoval na přezkoumání namítaného nedostatku (poruchy) aukční síně.“*
18. Navrhovatel dále v návrhu odkazuje na část zadávací dokumentace upravující průběh elektronické aukce a následně s odkazem na průběh a výsledky elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016 opakovaně uvádí, že byl připraven dále snižovat nabídkovou cenu a současně dovozuje, že k dalšímu snižování nabídkové ceny byli připraveni i ostatní uchazeči. Navrhovatel uzavírá, že nedostupnost aukční síně mu zabránila v dalším snižování nabídkové ceny.
19. K povaze technického problému, který způsobil nedostupnost aukční síně, navrhovatel uvádí, že tento nebyl způsoben nahrávacím softwarem užívaným navrhovatelem při aukcích, jak se zpočátku domníval zaměstnanec navrhovatele. Navrhovatel uvádí, že předmětný zaměstnanec nemá technické vzdělání, tudíž nemohl vyhodnotit důvod vzniku technického

¹ tj. elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 – pozn. Úřadu

² zákonem – pozn. Úřadu

problému. Doplňuje, že z prověření oddělení správy IT vyplynulo, že nedostupnost aukční síně byla způsobena samotnou aplikací aukční síně ve webovém prostředí. Navrhovatel zcela odmítá, že by technický problém vznikl na jeho straně.

20. Navrhovatel dále označuje „*aukční prostředí eCentre*“ za nedokonalé a nespolehlivé, přičemž opakovaně poukazuje na to, že elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016 a dne 20. 9. 2016 byly zrušeny. Dále opakovaně uvádí, že důkazy o tom, zda došlo v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 k technické chybě elektronického nástroje, disponuje zadavatel.
21. Dále navrhovatel s odkazem na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S343/2010/VZ-16850/2010/540/PVé ze dne 3. 1. 2011 poukazuje na důležitost řádného hodnocení nabídek, přičemž vyjadřuje své přesvědčení, že v šetřeném případě nebylo řádné hodnocení nabídek zajištěno, neboť navrhovateli byla v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 znemožněna účast a navrhovatel tudíž „*nemohl ovlivnit, aby v průběhu elektronické aukce nabídl nižší celkovou nabídkovou cenu než ostatní uchazeči.*“
22. Navrhovatel dále v návrhu poukazuje s odkazem na relevantní judikaturu soudů na klíčovost zásady transparentnosti a následně dodává, že v šetřeném případě nebyla zásada transparentnosti dodržena.
23. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel „*nedodržel postup stanovený v § 96 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 ZVZ, a to zejména zásadou transparentnosti, neboť nezajistil provedení hodnocení nabídek prostřednictvím elektronické aukce tak, aby se jí mohli po celou dobu jejího trvání aktivně účastnit všichni uchazeči o veřejnou zakázku, což v konečném důsledku podstatným způsobem ovlivnilo výsledek elektronické aukce a vyloučilo volnou hospodářskou soutěž o [v]eřejnou zakázku.*“ Současně označuje za nezákonné i rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky.
24. Navrhovatel také uvádí, že „*zadavatel postupoval tak při vyřizování námitek v rozporu s § 111 odst. 1 ZVZ, čímž naplnil znaky správního deliktu dle § 121 písm. g) ZVZ.*“
25. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby bylo rozhodnuto o zrušení hodnocení nabídek provedené s využitím elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 a všech následujících úkonů, včetně rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, případně aby bylo zrušeno celé šetřené zadávací řízení.
26. Navrhovatel současně navrhuje, aby Úřad nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít v šetřeném zadávacím řízení smlouvu.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. Úřad obdržel návrh dne 31. 10. 2016 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
28. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.

29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-44211/2016/521/MŽi ze dne 2. 11. 2016.
30. Dne 10. 11. 2016 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 8. 11. 2016 spolu s částí dokumentace o veřejné zakázce.

Vyjádření zadavatele ze dne 8. 11. 2016

31. Zadavatel ve svém vyjádření odkazuje na rozhodnutí o námitkách, přičemž dodává, že tvrzení navrhovatele obsažená v návrhu *„nelze považovat za prokázaná[,] v mnoha částech za nadbytečná a pro posouzení namítaných skutečností nerozhodná.“*
32. Dále zadavatel uvádí, že navrhovatel *„nedoložil své tvrzení o technické závadě, kterým by prokazoval, že technická závada by byla způsobena jednáním zadavatele, resp. že tato nebyla způsobena jednáním samotného stěžovatele.“³*
33. Zadavatel dále ve svém vyjádření uvádí, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 *„nedošlo k technické ani žádné jiné závadě na aukčním softwaru zadavatele“*, k čemuž dodává, že telefonát zaměstnance navrhovatele není důvodem pro přerušení aukce, neboť právě takový postup, tj. zásah do plně automatického hodnocení nabídek, by byl v rozporu se zásadou transparentnosti. Zadavatel dále doplňuje, že *„[e]lektronický nástroj elektronické aukce je certifikován a splňuje veškeré požadavky zákona a prováděcích předpisů.“*
34. Tvrzení navrhovatele o tom, že technická závada byla způsobena zadavatelem, označuje zadavatel za účelové a uvádí, že *„[v]eškeré procesní postupy a úkony v rámci hodnocení nabídek při elektronické aukci konané dne 27. 9. 2016 byly provedeny plně dle zákonných pravidel a pravidel zadavatele.“* Jako nedůvodné pak zadavatel označuje i zmínky navrhovatele vztahující se k elektronickým aukcím konaným dne 18. 8. 2016 a dne 20. 9. 2016. Dodává, že zrušení elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 by bylo v rozporu se zákonem, neboť pro takové zrušení neexistuje žádný prokazatelný důvod.
35. Zadavatel ve svém vyjádření dále odmítá, že by se nevypořádal se zásadními argumenty navrhovatele uvedenými v námitkách, přičemž současně odmítá, že by při přezkoumání námitek postupoval v rozporu s § 111 zákona.
36. V závěru vyjádření zadavatel opakovaně konstatuje, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 nedošlo k žádné závadě.

Další průběh správního řízení

37. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46072/2016/521/MŽi ze dne 18. 11. 2016 určil navrhovateli lhůtu pro předložení dokladu, ze kterého bude vyplývat datum doručení stejnopisu návrhu na zahájení správního řízení zadavateli.
38. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46076/2016/521/MŽi ze dne 18. 11. 2016 určil zadavateli lhůtu pro doplnění dokumentace o veřejné zakázce, která dosud Úřadu nebyla předložena, zejména e-mailu a přípisu navrhovatele ze dne 28. 9. 2016 zaslaných po ukončení elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 a dále pak výzev k podání nové aukční hodnoty do elektronické aukce zaslaných uchazečům dle § 97 odst. 2 zákona.

³ tj. navrhovatele – pozn. Úřadu

39. Přípisem č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46109/2016/521/MŽi ze dne 18. 11. 2016 požádal Úřad společnost eCentre, a.s., jako výrobce a současně provozovatele elektronického nástroje, jehož prostřednictvím byla realizována elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016, o zaslání záznamu o průběhu předmětné elektronické aukce, a to konkrétně o takový výstup z elektronického nástroje, do kterého není možno zasáhnout, o popis způsobu vzniku zaslání záznamu, a dále o přesnou specifikaci obsahu jednotlivých sloupců v části „Historie“ přílohy č. 1 „Otisk e-aukční síně (podrobné výsledky elektronické aukce)“ zprávy o realizaci elektronické aukce ze dne 27. 9. 2016 (dále jen „otisk e-aukční síně“), o detailní vysvětlení údajů obsažených v řádcích č. 767 a 768 a o sdělení, zda odhlášení Jiřího Gondeka a Milana Unzeitiga v čase 12:36:19 bylo automatické a v jakém důsledku k němu případně došlo.
40. Přípisem č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46205/2016/521/MŽi ze dne 18. 11. 2016 požádal Úřad uchazeče T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, Chodov, 148 00 Praha 4 (dále jen „uchazeč T- Mobile Czech Republic a.s.“) o sdělení, zda v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 zaznamenal technické problémy s funkčností elektronického nástroje, jehož prostřednictvím byla elektronická aukce realizována.
41. Dne 18. 11. 2016 bylo Úřadu doručeno do datové schránky vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 11. 2016.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 11. 2016

42. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření uvádí, že *„elektronická aukce (...) z jeho pohledu proběhla zcela korektně a žádné technické potíže nebyly zaznamenány. Aukční prostředí umožňovalo po celou dobu trvání aukce aktivní účast uchazečů a provádění dalších úprav nabídkové ceny.“*
43. Vybraný uchazeč poukazuje na to, že ačkoliv navrhovatel prováděl v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 úpravy nabídkové ceny, jednalo se o takové úpravy, které neměly vliv na pořadí nabídek *„a jeho nabídka i po takových úpravách byla stále pouze druhá v pořadí z pohledu výhodnosti pro zadavatele.“*
44. Podání návrhu pak vybraný uchazeč považuje za ryze účelové jednání ze strany navrhovatele, neboť ten je současným poskytovatelem služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky.
45. K tvrzení navrhovatele, že byl dále ochoten snižovat nabídkovou cenu, vybraný uchazeč uvádí, že to měl předně provést v průběhu aukce, a dále, že tomuto průběh aukce nenasvědčoval. Samotná výše nabídkové ceny navrhovatele v elektronické aukci konané dne 18. 8. 2016 pak dle vybraného uchazeče není zárukou, že obdobnou nabídkovou cenu chtěl navrhovatel předložit i při elektronické aukci konané dne 27. 9. 2016.
46. V závěru svého vyjádření vybraný uchazeč vyjadřuje své přesvědčení, že *„úkony zadavatele, které jsou předmětem návrhu podaného navrhovatelem, byly dle názoru vybraného uchazeče stejně jako průběh dotčeného zadávacího řízení zcela v souladu s právní úpravou zadávání veřejných zakázek a navrhovatelem podaný návrh považuje za zcela nedůvodný,“* proto navrhuje, aby Úřad návrh v celém rozsahu zamítl.

Další průběh správního řízení

47. Dne 21. 11. 2016 obdržel Úřad od navrhovatele doklad, ze kterého vyplývá datum doručení stejnopisu návrhu na zahájení správního řízení zadavateli.
48. Dne 22. 11. 2016 obdržel Úřad od uchazeče T- Mobile Czech Republic a.s., přípis z téhož dne, v němž uvádí, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 zaznamenal problémy a nestandardní fungování.
49. Dne 23. 11. 2016 obdržel Úřad zbývající část dokumentace o veřejné zakázce spolu s vyjádřením společnost eCentre, a.s., z téhož dne. Společnost eCentre, a.s., ve vyjádření popisuje způsob, jakým je možno vygenerovat záznam o průběhu elektronické aukce, uvádí, jakým způsobem jsou zaznamenávány chyby elektronického nástroje, jehož prostřednictvím byla realizována elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016. Dále pak uvádí, že předmětný elektronický nástroj byl po celou dobu konání elektronické aukce dne 27. 9. 2016 „*v provozu bez omezení funkcionalit (...)*“, proto není v otisku e-aukční sítě uvedena hodnota „mimo provoz“, příp. „omezení funkcionality neumožňující realizovat elektronické úkony, které jinak prostřednictvím daného elektronického nástroje realizovat lze“ podle § 6 odst. 2 písm. b) a písm. c) vyhlášky č. 9/2011 Sb., kterou se stanoví podrobnější podmínky týkající se elektronických nástrojů a úkonů učiněných elektronicky při zadávání veřejných zakázek a podrobnosti týkající se certifikátu shody (dále jen „vyhláška č. 9/2011 Sb.“). Společnost eCentre, a.s., ve vyjádření dále osvětluje některé údaje uvedené v jednotlivých sloupcích otisku e-aukční sítě a způsob fungování předmětného elektronického nástroje.
50. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46958/2016/521/MŽi ze dne 24. 11. 2016 uložil Úřad na návrh navrhovatele zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
51. Dne 5. 12. 2016 doložila na základě telefonické žádosti Úřadu společnost eCentre, a.s., podklady o dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz dne 27. 9. 2016, zprávu z posouzení ze dne 16. 9. 2016, která je nedílnou součástí certifikátu elektronického nástroje, a dále pak vyjádření k dotazu, jak se v otisku e-aukční sítě projeví ztráta připojení některého z účastníků aukce.
52. Usnesením č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-48347/2016/521/MŽi ze dne 7. 12. 2016 určil Úřad navrhovateli lhůtu pro sdělení, zda považuje ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu, resp. vlastní nabídnuté ceny pro jednotlivá podání aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 za předmět obchodního tajemství podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.
53. Usnesením č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-48356/2016/521/MŽi ze dne 7. 12. 2016 určil Úřad vybranému uchazeči lhůtu pro sdělení, zda považuje ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu, resp. vlastní nabídnuté ceny pro jednotlivá podání aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 za předmět obchodního tajemství podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.
54. Přípisem č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-48361/2016/521/MŽi ze dne 7. 12. 2016 požádal Úřad uchazeče T-Mobile Czech Republic a.s. o sdělení, zda považuje ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu, resp. vlastní nabídnuté ceny pro jednotlivá podání

aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 za předmět obchodního tajemství podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.

55. Dne 8. 12. 2016 bylo Úřadu doručeno sdělení navrhovatele, v němž uvádí, že „*nepovažuje informace v záznamu o elektronických úkonech, provedených v průběhu elektronické aukce, realizované v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dne 27. 9. 2016 od 10:00 hod., za obchodní tajemství ve smyslu § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.*“
56. Dne 9. 12. 2016 bylo Úřadu doručeno sdělení uchazeče T-Mobile Czech Republic a.s. ze dne 9. 12. 2016, v němž uvádí, že ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu, resp. vlastní nabídnuté ceny pro jednotlivá podání aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 považuje za předmět obchodního tajemství podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.
57. Dne 13. 12. 2016 bylo Úřadu doručeno sdělení vybraného uchazeče z téhož dne, v němž uvádí, že ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu, resp. vlastní nabídnuté ceny pro jednotlivá podání aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 považuje za předmět obchodního tajemství podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku.
58. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-49149/2016/521/MŽi ze dne 14. 12. 2016 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
59. Dne 20. 12. 2016 umožnil Úřad vybranému uchazeči nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0686/2016/VZ.
60. Žádný z účastníků řízení se ve stanovené lhůtě ani později již nevyjádřil.
61. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-00250/2017/521/MŽi ze dne 4. 1. 2017 Úřad zrušil předběžné opatření nařízené rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0686/2016/VZ-46958/2016/521/MŽi ze dne 24. 11. 2016 spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

62. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě dalších zjištění, zejména vyjádření uchazeče T-Mobile Czech Republic a.s. a vyjádření a podkladů doložených společnostmi eCentre, a.s., rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

63. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
64. Podle § 17 písm. c) zákona se elektronickou aukcí rozumí proces sloužící k hodnocení nabídek, v jehož rámci zadavatel používá elektronické nástroje umožňující předkládání

nových snížených nabídkových cen, případně nových hodnot nabídek, a který současně umožňuje sestavit aktuální pořadí nabídek při použití automatických metod jejich hodnocení.

65. Podle § 81 odst. 1 zákona rozhodne zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky toho uchazeče, jehož nabídka byla podle hodnotících kritérií vyhodnocena jako
- a) ekonomicky nejvýhodnější, nebo
 - b) nabídka s nejnižší nabídkovou cenou.
66. Podle § 96 odst. 1 věty první může zadavatel v otevřeném řízení, užším řízení, jednacím řízením s uveřejněním nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení využít elektronickou aukci jako prostředek pro hodnocení nabídek.
67. Podle § 96 odst. 4 zákona musí zadavatel při využití elektronické aukce v zadávacích podmínkách uvést alespoň
- a) hodnotící kritéria, která lze vyjádřit v číslech a jejichž hodnoty budou předmětem elektronické aukce,
 - b) případná omezení nových hodnot nabídek uchazečů odpovídajících hodnotícím kritériím podle písmene a), které budou předkládat v průběhu elektronické aukce (dále jen "aukční hodnota"),
 - c) informace, které budou uchazečům poskytnuty v průběhu elektronické aukce, případně údaj o tom, kdy jim takové informace budou poskytnuty,
 - d) informace týkající se postupu při elektronické aukci,
 - e) 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, a
 - f) informace týkající se použitých elektronických prostředků a další technické informace nezbytné pro elektronickou komunikaci.
68. Podle § 97 odst. 2 zákona zadavatel po předběžném hodnocení vyzve všechny uchazeče, kteří nebyli v rámci předběžného hodnocení vyloučeni, aby podali nové aukční hodnoty do elektronické aukce. Výzva musí být zaslána uchazečům elektronickými prostředky.
69. Podle § 97 odst. 9 zákona je zadavatel oprávněn ukončit elektronickou aukci
- a) v předem stanovený den a hodinu,
 - b) jestliže neobdrží žádné nové aukční hodnoty, které by splňovaly požadavky na minimální rozdíl pro jednotlivá podání; v takovém případě může zadavatel ve výzvě podle odstavce 2 uvést též dobu, která musí uplynout od přijetí posledního podání s novou aukční hodnotou před tím, než elektronickou aukci ukončí, nebo
 - c) byl-li vyčerpán počet aukčních kol, stanovený ve výzvě podle odstavce 2.
70. Podle § 97 odst. 10 zákona uvede zadavatel způsob ukončení elektronické aukce ve výzvě podle odstavce 2. Pokud zadavatel zvolí způsob ukončení elektronické aukce podle odstavce 9 písm. c), případně v kombinaci podle písmene b), uvede ve výzvě k účasti v elektronické aukci též potřebné časové údaje o každém aukčním kole.

71. Podle § 114 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh pouze
- a) proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení,
 - b) proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému tímto zákonem nebo předběžným opatřením podle § 117 odst. 1, nebo
 - c) v případě postupu zadavatele podle § 82 odst. 3.

Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.

72. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

73. Podle § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel

- a) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c), s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5,
- b) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d), nebo
- c) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a současně postupuje podle § 82 odst. 3.

74. Podle § 149 odst. 2 zákona se elektronickými nástroji se pro účely tohoto zákona rozumí programové vybavení, případně jeho součásti, které jsou spojeny se sítí nebo službou elektronických komunikací a umožňují prostřednictvím této sítě nebo služby provádění úkonů v elektronické podobě podle tohoto zákona, včetně zpracování zahrnujícího digitální kompresi a uchování dat. Zadavatel může použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace, tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi.

75. Podle § 149 odst. 9 zákona musí zadavatel zajistit, aby elektronické nástroje, jejichž prostřednictvím jsou úkony při zadávání veřejných zakázek uskutečňovány, prokazatelně splňovaly požadavky stanovené tímto zákonem a prováděcími právními předpisy. Splnění požadavků na elektronické nástroje lze vždy prokázat certifikátem shody, který vydal subjekt posuzování shody akreditovaný vnitrostátním akreditačním orgánem na základě zvláštního právního předpisu. Podrobnosti týkající se podmínek pro vydání certifikátu shody, údajů v certifikátu shody a platnosti certifikátu shody stanoví prováděcí právní předpis.

76. Podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 9/2011 Sb. povede o provedených elektronických úkonech a veškerých dalších činnostech elektronického nástroje zadavatel evidenci. Součástí této evidence musí být alespoň

- a) určení elektronického úkonu nebo další činnosti elektronického nástroje,
- b) čas provedení elektronického úkonu nebo činnosti uvedený s přesností na sekundu,

c) identifikátor osoby, která elektronický úkon provedla nebo činnost elektronického nástroje zahájila,

d) záznam o případném chybovém výsledku elektronického úkonu nebo další činnosti elektronického nástroje.

77. Podle § 6 odst. 2 vyhlášky č. 9/2011 Sb. musí být kromě záznamů podle odstavce 1 zaznamenány i informace o systémovém stavu elektronického nástroje podle písmen b) a c) s uvedením časové informace podle § 7. Systémovým stavem je stav, ve kterém se v daném okamžiku nebo intervalu nachází elektronický nástroj, a který odpovídá jedné ze tří možných hodnot

a) v provozu,

b) mimo provoz,

c) omezení funkcionality neumožňující realizovat elektronické úkony, které jinak prostřednictvím daného elektronického nástroje realizovat lze.

78. V příloze „SPECIFIKACE POŽADAVKŮ PRO PROKAZOVÁNÍ SHODY ELEKTRONICKÝCH NÁSTROJŮ“ vyhlášky č. 9/2011 Sb. jsou vymezeny požadavky, jejichž splnění musí provozovatel elektronického nástroje prokázat pro účely certifikace, a to konkrétně obecné legislativní požadavky, specifické legislativní požadavky, požadavky na řízení zdrojů a systémové požadavky.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

79. V bodě 3.1 zadávací dokumentace je uvedeno, že „[u]chazeč stanoví nabídkovou cenu celou částkou na základě ocenění jednotlivých položek uvedených v položkovém rozpočtu.“

80. V čl. 6 „KRITÉRIA HODNOCENÍ NABÍDKY“ zadávací dokumentace je uvedeno následující:

„6.1. Centrální zadavatel se rozhodl hodnotit nabídky uchazečů podle kritéria nejnižší nabídkové ceny, s využitím elektronické aukce v souladu s § 96 a § 97 zákona.

- Předmětem hodnocení bude celková nabídková cena zpracovaná v souladu s článkem 3. této zadávací dokumentace.

- Informace o průběhu elektronické aukce (dále jen e-aukce) budou dále dodavatelům, kteří nebyli vyloučeni v rámci tzv. předběžného hodnocení nabídek, poskytnuty elektronicky na uvedenou emailovou adresu dle bodu 6.2.2. této zadávací dokumentace v tzv. výzvě k účasti v e-aukci.

- Soutěžní kolo elektronické aukce bude probíhat 30 minut. Soutěžní kolo bude prodlouženo o dvě minuty při jakkoliv změně ceny v posledních dvou minutách.

(...)

- Po tzv. předběžném hodnocení nabídek rozešle centrální zadavatel všem uchazečům, kteří nebyli ze zadávacího řízení vyloučeni, elektronickými prostředky v zákonem stanovené lhůtě min. dvou pracovních dnů předem výzvu k podání elektronických nabídek do e-aukce - aukčních hodnot. Veškeré informace o průběhu vlastní elektronické aukce budou uchazečům poskytnuty na e-mailovou adresu uvedenou v nabídce dle čl. 6.2.2 této zadávací dokumentace.

- Výzva bude obsahovat:

1. termín konání e-aukce,
2. kontakt na administrátora e-aukce,
3. technické přístupy do e-aukce, tzn. přesná internetová adresa e-aukce, přístupové jméno a přístupové heslo uchazeče do e-aukce.

(...)

6.2.1 Veškeré další informace k účasti v elektronické aukci podle § 96 zákona nalezne dodavatel v „Systémovém dokumentu pro účast v e-aukci – Pravidla“ (Příloha č. 1 této zadávací dokumentace).

6.2.3 V průběhu e-aukce spolu centrální zadavatel a uchazeči komunikují výlučně prostředky elektronické komunikace. Počítač, ze kterého se bude uchazeč přihlašovat do e-aukce, musí mít uchazeč funkční připojení k internetu, které v době přihlášení musí být aktivní, a nainstalovaný internetový prohlížeč typu Google Chrome 49.0. a vyšší, Mozilla Firefox 1.0 nebo vyšší, anebo Microsoft Internet Explorer verze 5.5 nebo vyšší.

6.2.4 Funkční nastavení internetového prohlížeče:

Pro správné fungování aukčního sw je nutné mít v internetovém prohlížeči správně nastavenou funkci pro soubory cookie. Počítač musí mít nainstalovaný aktuální Java Software (jre = Java Runtime Environment). Tento software je nutný pro korektní chod e-aukčního sw, při podepisování dat kvalifikovaným uznávaným elektronickým podpisem (nutné při podávání nových aukčních hodnot). Java Software je možné stáhnout z adresy <http://www.java.com/>. Tento software je zdarma. Dodavatel musí vlastnit platný uznávan[ý] elektronický podpis, jež splňuje požadavky zákona č. 227/2000 Sb[.], v platném znění. V případě, že dodavatel nevlastní platný kvalifikovaný certifikát, pro účast v e-aukci si jej musí pořídit.“

81. Z přílohy č. 1 „Systémový dokument pro účast v e-aukci – Pravidla“ zadávací dokumentace (dále jen „příloha č. 1 zadávací dokumentace“) vyplývá, že elektronická aukce se bude realizovat prostřednictvím elektronického nástroje E-CENTRE – Verze 2.1.0., a dále pak, že společnost eCentre, a.s., je provozovatelem uvedeného elektronického nástroje.
82. Ve čl. I. „Výklad pojmů“ přílohy č. 1 zadávací dokumentace je uvedeno, že aukční síň je „prostředí, ve kterém uchazeči podávají nové aukční hodnoty. Je umístěno na určené adrese <https://aukce.ecentre.cz/>, nebo <http://ecentre.proebiz.com> ve veřejné datové síti Internet (dále také vstupní portál)“ .
83. V oznámení o rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky ze dne 2. 9. 2016, které bylo následně zrušeno usnesením č. 0421/RM1418/68 přijatým na 68. schůzi rady města Ostravy, jsou uvedeny následující výsledné nabídkové ceny z elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016

– vybraný uchazeč	3 694 741,82 Kč bez DPH
– navrhovatel	3 724 825,30 Kč bez DPH
– uchazeč T-Mobile Czech Republic a.s.	7 230 934,90 Kč bez DPH.

84. Ve „Výzvě k účasti v e-aukci pro Statutární město Ostrava“ ze dne 22. 9. 2016 (dále jen „výzva k účasti v e-aukci“) je uvedeno, že elektronická aukce „se uskuteční na adrese: <https://aukce.ecentre.cz> dne 27. 9. 2016 se zahájením od 10:00 hodin“ a dále pak, že „22.09.2016 23:00 bude zpřístupněn e-aukční portál pro zadávání vstupních nabídek, přičemž každý uchazeč vidí jen svou nabídku. (...) 27.9.2016 10:00 bude elektronická aukce zahájena a všem uchazečům se zobrazí nejnižší cenová nabídka ve sloupci Nej. Po dobu 00 hod. 30 min. mají jednotliví uchazeči možnost své nabídky ještě upravovat (pouze směrem dolů). Nová cenová nabídka položky nemůže být shodná se stávající minimální cenou jednotlivých položek. (...) Aukční (soutěžní) kolo bude prodlouženo o 2 min. p[ř]i jakékoliv změně ceny v posledních 2 min.“
85. Otisk e-aukční síně sestává z následujících částí: „Souhrnný protokol“, „Historie“, „Komunikace“, „Protokol účastníka: ,Vodafone Czech Republic““, „Protokol účastníka: ,O2 Czech Republic a.s.““ a „Protokol účastníka: ,T-Mobile Czech Republic, a.s.,““.
86. V části „Historie“ otisku e-aukční síně (dále jen „evidence provedených úkonů“) jsou na řádcích č. 1 až č. 796 evidovány jednotlivé úkony provedené v aukční síni v termínu od 22. 9. 2016 15:38:42 do 27. 9. 2016 14:19:59. Úkony provedené v samotném průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 od 10:00 hod. jsou zaznamenány od řádku č. 413 (čas 10:00:14) dále.
87. Evidence provedených úkonů sestává z následujících sloupců: pořadové číslo řádku, „Datum a čas“, „Popis“, „Původní hodnota“, „Vložená hodnota“, „Nová hodnota“, „Úspěch“, „Firma“, „Osoba“, „Provedl“, „IP adresa“ a „Fáze“.
88. Z evidence provedených úkonů vyplývá, že od 11:15:48 (tj. řádek č. 672) do konce elektronické aukce (tj. do 12:36 hod.) prováděl změny hodnot jednotlivých položek pouze navrhovatel.
89. V časovém rozmezí, který navrhovatel uvedl v návrhu jako čas, kdy došlo k technické závadě, tj. v čase od 12:30 hod. do 12:36 hod., kdy byla elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016 ukončena, jsou v evidenci provedených úkonů zaznamenány následující údaje:
- v řádku č. 763 je v čase 12:31:46 zaznamenána změna hodnoty u položky označené „#35: mezinárodní roaming – příchozí – Evropa – státy mimo EU“ provedená navrhovatelem,
 - v řádku č. 764 je v čase 12:31:47 zaznamenáno prodloužení, ve sloupci „Původní hodnota“ je uveden čas 12:32:00 a ve sloupci „Nová hodnota“ je uveden čas 12:34:00,
 - v řádku č. 765 je v čase 12:32:03 zaznamenána změna hodnoty u položky označené „#35: mezinárodní roaming – příchozí – Evropa – státy mimo EU“ provedená navrhovatelem,
 - v řádku č. 766 je v čase 12:32:03 zaznamenáno prodloužení, ve sloupci „Původní hodnota“ je uveden čas 12:34:00 a ve sloupci „Nová hodnota“ je uveden čas 12:36:00,
- Odhlášení navrhovatele z aukční síně je zaznamenáno v řádku č. 767 v čase 12:36:19 a v řádku č. 769 je pak v čase 12:36:35 zaznamenáno následné přihlášení navrhovatele do aukční síně.
- Informace o systémovém stavu „mimo provoz“ nebo „omezení funkcionality neumožňující realizovat elektronické úkony, které jinak prostřednictvím daného elektronického nástroje realizovat lze“ podle § 6 odst. 2 písm. b) a c) vyhlášky č. 9/2011 Sb. nejsou v evidenci

provedených úkonů zaznamenány za celou dobu trvání předmětné elektronické aukce, tudíž ani v čase od 12:30 hod. do 12:36 hod.

90. Z přípisu společnosti eCentre, a.s., ze dne 23. 11. 2016 vyplývá, že zaměstnanec navrhovatele pan Gondek (dále jen „zaměstnanec navrhovatele“) po skončení elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 telefonicky kontaktoval administrátora předmětné elektronické aukce pana Svobodu (dále jen „administrátor aukce“), kterému sdělil, „že se mu na PC, ze kterého byl připojen, zasekl nahrávací SW, pomocí kterého si nahrával průběh aukce screenováním obrazovky. Reagoval tak, že musel své PC restartovat a než se přihlásil zpět do aukce, tak bylo aukční kolo dle regulí ukončeno.“ Z uvedeného přípisu dále vyplývá, že zaměstnanec navrhovatele žádal administrátora „o znovuzprovoznění aukce nebo o zopakování aukce v náhradním termínu“, což administrátor aukce odmítl.
91. Dne 27. 9. 2016 v 13:54 hod. byla zástupci zadavatele zaměstnancem navrhovatele z adresy jiri.gondek@o2.cz odeslána e-mailová zpráva s předmětem „Žádost o posouzení průběhu e-aukce z důvodu technických problémů v jejím průběhu“, ve které je uvedeno následující: „Za Uchazeče O2 Czech Republic a.s. si Vás dovoluujeme informovat, že v průběhu dnešní e-aukce VZ – „Veřejná zakázka na poskytování mobilních telekomunikačních služeb pro statutární město Ostrava, právnické osoby zřízené a založené statutárním městem Ostrava, popřípadě městskými obvody“ došlo technickým potížím na zařízení, ze kterého jsme se e-aukce účastnili. Po poslední změně položky v čase 12:32:03 došlo ke kolapsu nahrávacího software, který jsme při e-aukci používali. Tento kolaps zablokoval přístup do e-aukčního prostředí. Po restartu systému došlo zároveň k nekontrolovatelnému odhlášení z e-aukční síně a znovu přihlášení, ale až po uplynutí vymezeného času. Přes veškerou snahu Uchazeče, o opětovné nastartování e-aukčního prostředí a přihlášení se do něj, se to podařilo až v čase 12:36:35. Mezitím, jak již bylo řečeno, vypršel časový limit pro provádění změn e-aukčních položek a tudíž k automatickému ukončení e-aukce.“
92. V dopise navrhovatele ze dne 28. 9. 2016 adresovaném zadavateli je uvedeno, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 „došlo zhruba po 2 hodinách od začátku e-aukce (tedy v době kdy docházelo k prodloužení soutěžního kola jen v případě změny ceny jakékoliv položky) k výpadku dostupnosti aukčního prostředí.“ Navrhovatel v dopise dále uvádí následující: „Dočasná nedostupnost aukčního prostředí v řádu několika minut měla za důsledek nemožnost úpravy cenových položek ve stanoveném časovém limitu 4 minut a aukce tak byla automaticky ukončena bez možnosti našeho dodatečného zásahu. (...) V zájmu objektivního vyhodnocení veřejného zakázky i nezanedbatelného ekonomického dopadu Vás tímto žádám o objektivní zhodnocení uvedených skutečností a z nich vzniklé situace. Navrhujeme přijetí potřebných kroků k opakování soutěže, která zabezpečí rovné podmínky pro všechny uchazeče a zadavateli bude garantovat ekonomickou smysluplnost vysoutěžených podmínek.“
93. Usnesením č. 04879/RM1418/70 rozhodla rada města na 70. schůzi rady města Ostravy konané dne 4. 10. 2016 „na základě výsledků elektronického výběrového řízení o pořadí nabídek a výběru nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce na poskytování mobilních telekomunikačních služeb, kterou je nabídka společnosti Vodafone Czech Republic a.s., se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Stodůlky, Praha 5, PSČ: 155 00, IČ: 25788001 (...)“.

Elektronický nástroj E-CENTRE – Verze 2.1.0

94. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, byl pro realizaci elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 použit elektronický nástroj E-CENTRE – Verze 2.1.0 (viz k tomu bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
95. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že elektronický nástroj E-CENTRE – Verze 2.1.0 je opatřen certifikátem č. V9P150001 s platností od 21. 9. 2016 do 20. 9. 2018 a dále certifikátem č. V9F150002 s platností od 21. 9. 2016 neomezeně.
96. Z obou uvedených certifikátů vyplývá, že elektronický nástroj E-CENTRE – Verze 2.1.0 prošel certifikací Elektrotechnického zkušebního ústavu, jenž je certifikačním orgánem č. 3018 akreditovaným Českým institutem pro akreditaci, o.p.s., a dále že společnost eCentre, a.s., je výrobcem předmětného elektronického nástroje. V certifikátech je dále uvedeno, že „[p]rodukt⁴ je ve shodě s požadavky Přílohy k Vyhlášce č. 9/2011 Sb.“
97. Ve zprávě z posouzení č. 502789-01 ze dne 21. 9. 2015, která je nedílnou součástí předmětných certifikátů (dále jen „zpráva z posouzení“), je v části L3 „Pořizování záznamů o elektronických úkonech“ bodu 5.1 „Obecné legislativní požadavky“ ve sloupci „Název technického požadavku“ k požadavku „Pořízení záznamu o elektronickém úkonu“ uvedeno následující: „*Běžné logy na web serveru (Apach). Log každého případu je součástí databáze, historii nelze smazat, (...)*“.
98. V části L4 „Zaznamenání času elektronického úkonu“ bodu 5.1 „Obecné legislativní požadavky“ ve sloupci „Název technického požadavku“ je k požadavku „Zaznamenání času elektronického úkonu“ uvedeno následující: „*Zaznamenání času je provedeno v záznamech protokolu historie v čase sec + pořadí NTP na úrovni operačního systému (...)*“.

Další zjištěné skutečnosti

99. V přípisu uchazeče T- Mobile Czech Republic a.s. ze dne 22. 11. 2016 je uvedeno, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 zaznamenal problémy a nestandardní fungování, které spočívalo v tom, že přibližně hodinu se „*neměnila hodnota celkové nabídkové ceny, ačkoliv bylo průběžně vidět, že uchazeči editovali vstupní data pro příhozy*“.
100. Ve vyjádření společnosti eCentre, a.s., ze dne 23. 11. 2016 je uvedeno, že „*[v]eškeré dotazy na webserver jsou logovány (včetně chyb). Sledování chyb, které by mohly mít vliv na provoz elektronického nástroje[,] je rozděleno do několika úrovní:*
- *sledování HW – probíhá na platformě VMware a je zde taky logováno⁵.*
 - *sledování OS – jednotlivé komponenty aplikace (web server, databáze a podpůrné servery) a zatížení (procesoru a paměti) jsou pomocí SNMP monitorovány a logovány na monitorovacím serveru.*
 - *samotná aplikace je periodicky dotazována https requestem na svůj stav a logována na monitorovacím serveru.*
 - *jednotlivé requesty⁶ klientů jsou logovány na webovém serveru.“*

⁴ tj. elektronický nástroj – pozn. Úřadu

⁵ tj. zaznamenáváno – pozn. Úřadu

⁶ tj. požadavky – pozn. Úřadu

101. V přípisu společnosti eCentre, a.s., ze dne 5. 12. 2016 označeném „Logování dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz“ jsou obsaženy grafy označené 1a, 1b, 2a a 2b, které obsahují záznamy o logování dostupnosti serveru „aukce.ecentre.cz“ dne 27. 9. 2016 v čase od 1:20 hod. do 23:20 hod. s následujícími vysvětlivkami: „*Graf 1 ukazuje konektivitu⁷ na TCP/IP testovanou pomocí ping⁸. Check⁹ se provádí jednou za 5 min. Část a) ukazuje časovou odezvu, část b) grafické vyjádření stavu. Pokud nepřijde odezva na první ping, je služba ve stavu ‚Warning‘. Jestliže nepřijde odpověď ani na třetí odezvu, je ve stavu ‚Critical‘.*

Graf 2 ukazuje test na konektivitu do SQL databáze pomocí http Requestu – tedy funkčnost celé aplikace. Check se provádí jednou za 10 min. Část a) ukazuje velikost vrácené odezvy, část b) je grafické vyjádření stavu. Pokud nepřijde odezva na první Request, je služba ve stavu ‚Warning‘. Jestliže nepřijde ani na třetí, je ve stavu ‚Critical‘.

Z grafů vyplývá, že aplikace byla funkční dne 27. 9. 2016 od 2:00 do 22:00, pouze v čase 9:45 a 11:50 došlo ke statusu ‚Warning‘. Jednalo se o jednorázové výpadky v řádu milisekund, které neměly vliv na další bezproblémovou dostupnost serveru.“

U grafu 1a, resp. 1b jsou graficky znázorněny výpadky v čase 9:45 hod a v čase 11:50 hod. Z barevného vyobrazení výpadku na grafu 1b je zřejmé, že se jednalo stav „Warning“.

U grafu 2a, resp. 2b není znázorněn v čase od 1:20 hod. do 23:20 hod. žádný výpadek.

Právní posouzení

K průběhu elektronické aukce

102. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že z dikce zákona vyplývá, že elektronická aukce je specifickým procesem hodnocení nabídek, který může zadavatel realizovat pouze za dodržení zákonem stanovených podmínek. Stěžejní podmínkou pak je, aby elektronický nástroj, který zadavatel pro elektronickou aukci hodlá použít, prokazatelně splňoval požadavky stanovené zákonem a prováděcími právními předpisy. Mezi tyto požadavky pak patří nejen to, aby elektronický nástroj neporušoval zákaz diskriminace, byl (s ohledem na předmět veřejné zakázky) obecně dostupný a slučitelný s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi, ale mj. také povinnost vést evidence o provedených elektronických úkonech a dalších činnostech a o systémovém stavu elektronického nástroje, což jsou záznamy, které zachycují samotný průběh elektronické aukce a jejichž prostřednictvím je možno provést zpětnou kontrolu.
103. Splnění požadavků stanovených zákonem a prováděcími právními předpisy pak lze prokázat např. certifikátem shody vydaným subjektem posuzování shody akreditovaným vnitrostátním akreditačním orgánem na základě zvláštního právního předpisu. Posuzováním shody se pak rozumí certifikační audit podle certifikačních pravidel certifikačního orgánu, v jehož rámci se z hlediska funkcionality elektronického nástroje a z hlediska prostředí, ve kterém je elektronický nástroj provozován, posuzuje shoda elektronického nástroje s požadavky zákona a prováděcích právních předpisů k zákonu (viz k tomu § 8 a násl. vyhlášky č. 9/2011 Sb.).

⁷ tj. propojení – pozn. Úřadu

⁸ programového nástroje umožňujícího prověřit funkčnost spojení se vzdáleným programem v síti (viz <http://it-slovník.cz/pojem/ping>) – pozn. Úřadu

⁹ tj. prověření – pozn. Úřadu

104. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že pro realizaci elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 byl zadavatelem použit elektronický nástroj E-CENTRE – Verze 2.1.0 opatřený certifikátem shody (viz bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
105. Z dokumentace o veřejné zakázce a z výzvy k účasti v e-aukci vyplývá, že soutěžní kolo elektronické aukce bude probíhat 30 minut, přičemž bude vždy prodlouženo o dvě minuty, pokud dojde k jakékoliv změně ceny v posledních dvou minutách (viz k tomu bod 80. a bod 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
106. Dle tvrzení navrhovatele došlo v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016, a to přibližně dvě a půl hodiny po začátku aukce, k blíže nespecifikovanému technickému problému na straně zadavatele, který navrhovateli znemožnil další účast v předmětné elektronické aukci, v důsledku čehož byla elektronická aukce následně ukončena v době, kdy byl navrhovatel připraven pokračovat v dalším snižování nabídkové ceny.
107. Skutečnost, že elektronický nástroj má např. certifikát shody vydaný subjektem posuzování shody akreditovaným vnitrostátním akreditačním orgánem na základě zvláštního právního předpisu, je „jen“ základním požadavkem transparentní a férové hospodářské soutěže (a zde konkrétně řádné elektronické aukce).
108. Zcela nezastupitelným požadavkem je i řádné fungování předmětného elektronického nástroje, jinak by se stala soutěž po formálním ověření, že je elektronický nástroj v souladu s právními předpisy, pouze prázdnou schránkou. Zásadní pro transparentnost celé soutěže je, aby byl předmětný elektronický nástroj funkční a umožnil všem zúčastněným subjektům řádnou soutěž (v posuzovaném případě zejména napadenou elektronickou aukci), přičemž taktika při snižování nabídkové ceny se vždy odvíjí od strategie dodavatelů. Soutěž musí být vedena transparentně a elektronický nástroj k tomu musí vytvořit odpovídající platformu.
109. Nicméně na druhé straně platí, že pokud někdo namítá nestandardní chování elektronického nástroje, které neumožňovalo dodavateli řádně soutěžit (ať jeho strategie při snižování nabídkové ceny byla jakákoli, např. že vyčkával se svými úkony na co nejpozdější dobu), je třeba k tomu uvést, že skutkově podložená (zjištěná) pochybnost o transparentnosti takového procesu plynoucí z chování nástroje, zaznamenaného v procesu takové soutěže (zde elektronická aukce) jde na vrub odpovědnosti zadavatele.
110. Nemůže však jít o pouhé tvrzení určitého subjektu. Je jistě právem každého hospodářského subjektu, aby namítal, že elektronická aukce neprobíhala zákonným způsobem a že nástroj nebyl funkční. Tomu pak musí odpovídat předmětná skutková zjištění o abnormálním chování elektronického nástroje. Jistě není úkolem dodavatele, aby identifikoval důvody, proč elektronický nástroj zadavatele nefungoval řádně. Je na zadavateli, aby prokázal, že elektronický nástroj se choval (a fungoval) tak, že elektronická aukce probíhala transparentně a férově.
111. Pokud však zjištění (zejména záznam o elektronických úkonech provedených v rámci elektronické aukce) [1.] nesvědčí o anomáliích ve fungování elektronického nástroje a [2.] nevyplývají ze všech zjištění učiněných Úřadem ani žádné zásahy v záznamech o funkčnosti nástroje, v jejichž důsledku by bylo lze usuzovat na narušení transparentnosti, nelze založit závěry o nefunkčnosti elektronického nástroje, a tím i nezákonnosti průběhu elektronické aukce na pouhé dobré víře v takové tvrzení určitého hospodářského subjektu,

když tomuto tvrzení nenasvědčují žádné skutkové okolnosti. Je tomu tak proto, že v případě přijetí opačného závěru by postačilo jakémukoli hospodářskému subjektu v případě, že by již nemohl předložit výhodnější nabídku, jen tvrdit, že elektronická aukce je stížena technickým problémem (a vskutku není jeho povinností jej identifikovat, neboť zadavatel – a nikoli dodavatel – má zajistit funkční nástroj), čímž by zmařil jakékoli férově vedené hodnocení nabídek všech zúčastněných dodavatelů.

112. Úřad tedy poté, co v předmětné věci na základě tvrzení uvedených v návrhu nabyt pochybnosti o tom, zda elektronický nástroj fungoval v rámci elektronické aukce řádně, zjišťoval, zda jakékoli důkazy o jejím průběhu svědčí o nefunkčnosti elektronického nástroje tak, jak popisoval navrhovatel, a zda není elektronická aukce stížena prvky netransparentnosti v důsledku nestandardních jevů v jejím průběhu, jež by byly dány anomáliemi v evidenci úkonů po dobu trvání elektronické aukce.
113. Úřad k tomu uvádí, že v evidenci provedených úkonů není po celou dobu trvání elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 žádný záznam o omezení funkcionality, případně o nefunkčnosti elektronického nástroje podle § 6 odst. 2 písm. b) a c) vyhlášky č. 9/2011 Sb., v jejímž důsledku by nebylo možno v průběhu předmětné elektronické aukce realizovat úkony. Z evidence provedených úkonů dále vyplývá, že v čase od 12:30 hod. do 12:36 hod., kdy byla elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016 ukončena, došlo ze strany navrhovatele podvkrát ke změně hodnoty u položky označené „#35: mezinárodní roaming – příchozí – Evropa – státy mimo EU“, a to v čase 12:31:46 a v čase 12:32:03. V důsledku uvedených změn hodnoty pak docházelo k prodloužení elektronické aukce, a to po první změně do 12:34 hod. a po druhé změně do 12:36 hod. V evidenci provedených úkonů pak není záznam o tom, že by v předmětném časovém rozmezí došlo k odhlášení navrhovatele z aukční síně. K tomuto pak došlo až v čase 12:36:19, tedy po ukončení aukce (viz k tomu bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
114. Úřad se přitom zaměřil pro posouzení, zda je splněna shora popsána podmínka ad 2), též na to, zda nebylo s některými zachycenými záznamy manipulováno. Přitom Úřad ze zprávy z posouzení zjistil, že záznamy o elektronických úkonech jsou součástí databáze, přičemž historii záznamů není možno smazat. Součástí těchto záznamů je pak i zaznamenání času (viz k tomu bod 97. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
115. Z uvedeného vyplývá, že v případě technických komplikací, jež by způsobily byť i jen omezení funkcionality elektronického nástroje, by takováto chyba byla zaznamenána v evidenci provedených úkonů, příp. v jiné části otisku e-aukční síně, neboť, a to Úřad považuje za nezbytné v tomto pro úplnost zdůraznit, elektronická aukce konaná dne 27. 9. 2016 byla realizována prostřednictvím certifikovaného elektronického nástroje E-CENTRE – Verze 2.1.0 výrobcem a provozovatelem tohoto elektronického nástroje, tj. společností eCentre, a.s., nikoliv samotným zadavatelem.
116. Z grafů obsažených v přípisu společnosti eCentre, a.s., ze dne 5. 12. 2016 označeném „Logování dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz“ pak vyplývá, že ke krátkým výpadkům dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz došlo dne 27. 9. 2016 pouze v čase 9:45 hod a v čase 11:50 hod. O skutečnosti, že se jednalo o výpadky krátké, které neměly vliv na následnou dostupnost serveru svědčí ta skutečnost, že tyto výpadky nebyly ze strany jednotlivých uchazečů zaznamenány, jak vyplývá z obsahu samotného návrhu, z vyjádření vybraného

uchazeče i z vyjádření uchazeče T-Mobile Czech Republic a.s. V čase od 12:30 hod. do 12:36 hod. pak nejsou žádné výpadky dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz zaznamenány.

117. Z vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 11. 2016 vyplývá, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 nezaznamenal žádné technické potíže (viz k tomu bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
118. Ke sdělení uchazeče T- Mobile Czech Republic a.s. obsaženém v přípisu ze dne 22. 11. 2016, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 zaznamenal problémy a nestandardní fungování (viz k tomu bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádí Úřad následující.
119. Z evidence provedených úkonů vyplývá, že v čase od 11:15 do konce elektronické aukce, tj. do 12:36 hod., prováděl změny hodnot pouze navrhovatel, a to průběžně po celou uvedenou dobu tak, že docházelo k opakovanému prodloužení elektronické aukce. I přes tuto skutečnost však nedošlo ke změně celkové (tj. nejnižší) nabídkové ceny, neboť změny hodnot nebyly prováděny v takovém rozsahu, aby celková nabídková cena navrhovatele byla nižší než celková nabídková cena vybraného uchazeče.
120. Z uvedeného vyplývá, že uchazečem T- Mobile Czech Republic a.s. uváděná skutečnost nebyla důsledkem nestandardního fungování elektronického nástroje E-CENTRE – Verze 2.1.0, ale důsledkem obchodní strategie navrhovatele, který prováděl po dobu více než jedné hodiny změny nabídkových cen u jednotlivých položek pouze v takovém rozsahu, že po celou dobu nedošlo ke změně nejnižší nabídkové ceny.
121. Vzhledem k výše uvedenému Úřadu s ohledem na zjištěný skutkový stav nezbyvá než uzavřít, že nevyplývalo, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 došlo v čase od 12:30 hod. do 12:36 hod. k technickému problému na straně zadavatele, který by způsobil nedostupnost aukčního prostředí, a tím by navrhovateli znemožnil další účast v předmětné elektronické aukci, a to ani k omezení funkcionality elektronického nástroje, ani k omezení dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz.
122. Navrhovatel v návrhu jako důkaz navrhuje výslech zaměstnance navrhovatele ohledně průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016. Úřad zhodnotil, že v šetřeném případě nebude provádět důkaz svědeckou výpovědí, a to z následujících důvodů.
123. Podle § 51 odst. 1 správního řádu lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Jde zejména o listiny, ohledání, svědeckou výpověď a znalecký posudek.
124. Popis průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 v čase od poslední změny nabídkové ceny u položky „#35: mezinárodní roaming – příchozí – Evropa – státy mimo EU“ provedené navrhovatelem až do ukončení aukce ze strany dotčeného zaměstnance navrhovatele je Úřadu znám, neboť tvoří součást dokumentace o veřejné zakázce (jedná se o záznam telefonického hovoru a obsah zaslané e-mailové zprávy – viz bod 90. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tento důkaz vyhodnotil jako bezprostřední, tj. důkaz, jehož nositel bezprostředně podává zprávu o určité skutečnosti (určitá osoba vypovídá o určitém zážitku), a jako takový je pro účely posouzení případu bezpochyby relevantní. Otázky správního orgánu, jež by směřovaly v rámci výslechu k doplnění nebo vysvětlení

výpovědi či k objasnění věrohodnosti svědkových údajů (účel výslechu) však v této věci neposoudil jako pro řízení významné. Úřad vycházel z tvrzení navrhovatele a ty konfrontoval se zjištěními hodnocenými dle shora popsanych zásad.

125. Nadto lze důvodně předpokládat, že při zachování autentičnosti vypovídaných skutečností by obsah výpovědi zaměstnance navrhovatele byl totožný s jeho popisem podaným bezprostředně po ukončení elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016. Na tomto místě je třeba též zdůraznit, že smyslem svědecké výpovědi coby důkazního prostředku obecně je zjistit, co svědek vnímal svými smysly. S ohledem na to, že skutečnosti vnímané smysly daného zaměstnance se mohly těžko v průběhu času změnit, nezbylo by než případné rozpory v jeho popisu vnímaných skutečností přičíst na vrub přinejmenším tomu, jak si později sám v sobě vnímané skutečnosti interpretoval; v takovém případě je však třeba dát přednost – coby věrohodnějšímu – bezprostřednímu popisu vnímaných skutečností. S ohledem na skutečnost, že výpověď dané osoby by tak nemohla nijak přispět k objasnění věci, jeví se Úřadu provedení navrhovaného důkazu svědeckou výpovědí nadbytečným a rozporným se zásadou procesní ekonomie podle § 6 odst. 2 správního řádu.
126. Podstatou posuzování tedy bylo, zda se tvrzení navrhovatele odráží též ve skutkovém stavu zjištěném ve shora uvedených intencích. Úřad tedy na základě zjištěného skutkového stavu musel uzavřít, že tvrzení navrhovatele nebyla prokázána. Pokud skutková zjištění nesvědčí o anomáliích ve fungování elektronického nástroje a nevyplývuly ze všech zjištění učiněných Úřadem ani žádné zásahy v záznamech o funkčnosti nástroje, v jejichž důsledku by bylo lze usuzovat na narušení transparentnosti, nemohla být prokázána tvrzení navrhovatele o nefunkčnosti elektronického systému. Nic by na tom nezměnilo ani to, pokud by svědek vypověděl, že „*přece ví, co na vlastní oči viděl*“ a že to, co vypověděl, je „*na 100 % pravda*“. Závažností důkazu svědecké výpovědi se rozumí její relevance pro rozhodnutí, tedy zda se tato výpověď týká skutečností, které jsou právně významné pro rozhodnutí orgánu a zda o něj může soud (resp. Úřad) opřít svá skutková zjištění. Správní orgán proto neprovede takový výslech svědka, který je pro věc nerozhodný v tom smyslu, že nemůže směřovat ke zjištění skutkového stavu věci.
127. K tomu je třeba jednoznačně uvést, že Úřad v rámci hodnocení důkazů nepřistupoval k tvrzení navrhovatele s nedůvěrou, nýbrž zjišťoval, zda se tato tvrzení ve světle dalších provedených důkazů posouzených dle zásad, které uvedl shora, mohou jevit natolik legitimními, že to odůvodňuje zrušení úkonů zadavatele. To se však nestalo, jak je v odůvodnění tohoto rozhodnutí výše a na následujících řádcích v podrobnostech vyloženo.

K zásadě transparentnosti

128. Úřad k zásadě transparentnosti, vyjádřené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, v obecné rovině uvádí, že tato je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. Otázkou výkladu zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti podaným Krajským soudem v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010, a to že požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatellově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře*

kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“. V rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 pak bylo dovozeno, že „[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. (...) Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“ S ohledem na výše uvedené závěry vyplývající z judikatury soudů lze konstatovat, že z pohledu dodržení zásady transparentnosti obstojí pouze taková elektronická aukce, která bude realizována prostřednictvím elektronického nástroje splňujícího požadavky stanovené zákonem a prováděcími právními předpisy, neboť v takovém případě je o veškerých elektronických úkonech a dalších činnostech stejně jako o systémovém stavu elektronického nástroje vedena evidence, jejímž prostřednictvím může Úřad zpětně přezkoumat její průběh.

129. V šetřeném případě byla elektronická aukce realizována prostřednictvím elektronického nástroje E-CENTRE – Verze 2.1.0 (viz k tomu bod 94. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž Úřadu byl předložen otisk e-aukční síně, jehož součástí tvořila evidence provedených úkonů. Současně byly Úřadu předloženy grafy, jimiž společnost eCentre, a.s., prokázala dostupnost serveru „aukce.ecentre.cz“ v průběhu dne 27. 9. 2016. Z uvedených podkladů mohl Úřad zpětně přezkoumat průběh předmětné elektronické aukce, přičemž v postupu zadavatele při průběhu elektronické aukce neshledal žádné prvky, které by způsobily úplnou nekontrolovatelnost postupu zadavatele, příp. zhoršily kontrolovatelnost postupu zadavatele. Z uvedených podkladů Úřad také nezískal pochybnosti o důvodech jednotlivých kroků zadavatele, neboť tyto byly při elektronické aukci konané dne 27. 9. 2016 činěny v souladu se zadávacími podmínkami, resp. výzvou k účasti v e-aukci – elektronická aukce byla dne 27. 9. 2016 zahájena v 10:00 hod, aukční kolo trvalo 30 minut a následně byla aukce opakovaně prodlužována o 2 minuty. V okamžiku, kdy nedošlo v posledních dvou minutách k jakémoliv změně nabídkové ceny, byla aukce ukončena. Na základě uvedených podkladů pak Úřad dospěl k závěru, že v průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 nedošlo v čase od 12:30 hod. do 12:36 hod. k technickému problému na straně zadavatele, který by způsobil nedostupnost aukčního prostředí, a tím by navrhovateli znemožnil další účast v předmětné elektronické aukci (viz k tomu výše bod 102. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
130. Vzhledem k výše uvedenému nedospěl Úřad k závěru, že z důkazů o průběhu elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 by bylo možné definovat prvky svědčící o narušení transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona.

K rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky

131. Zadavatel je povinen rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky toho z uchazečů, jehož nabídka byla vyhodnocena podle hodnotících kritérií jako ekonomicky nejvýhodnější, nebo jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou.
132. V šetřeném případě zadavatel jako prostředek pro hodnocení nabídek využil elektronickou aukci, proto byl při rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky vázán výsledky elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 (viz k tomu bod 93. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

133. Navrhovatelův návrh směřuje proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky z toho důvodu, že toto respektuje výsledky elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016, neboť je přesvědčen o její netransparentnosti a realizaci v rozporu se zákonem a zadávacími podmínkami.
134. Úřad výše v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel postupoval při realizaci elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 v souladu se zákonem, neboť na jeho straně nedošlo k technickému problému, jenž by způsobil nedostupnost aukčního prostředí (viz k tomu bod 121. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a v souladu se zásadou transparentnosti. Z uvedeného vyplývá, že hodnocení nabídek v šetřené veřejné zakázce proběhlo zákonným způsobem, a proto je rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vycházející z takového hodnocení také zákonné.

K dalším argumentům navrhovatele

135. Úřad uzavírá, že nebylo prokázáno, že by technické problémy, tj. údajná nedostupnost aukčního prostředí, vznikly v důsledku omezení funkcionality elektronického nástroje (vč. omezení dostupnosti serveru aukce.ecentre.cz). Povinností zadavatele je zajistit bezporuchovost a dostupnost elektronického nástroje, jehož prostřednictvím je elektronická aukce realizována. Na druhé straně musí tomu odpovídat i zajištění bezproblémové funkčnosti zařízení dodavatele, jehož prostřednictvím se dodavatel účastní elektronické aukce. Skutečnost, že pro technické či jiné obtíže na straně uchazeče, nemající příčinu v postupu zadavatele (tj. zadavatel zajistil funkční elektronický nástroj a v zadávací dokumentaci specifikoval potřebné nastavení internetového prohlížeče a nezbytný software pro správné fungování aukčního softwaru – viz k tomu bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí), došlo k problémům při e-aukci, nemůže být sama o sobě brána k tíži zadavatele.
136. K tomu Úřad nad rámec po učiněných zjištěních, s nimiž navrhovatele seznámil, dodává, že sám navrhovatel ani pro úplnost nedoložil žádné podklady, které by svědčily o tom, že technické problémy vznikly na straně zadavatele, ani podklady, které by jakýmkoliv způsobem zpochybňovaly doklady prokazující průběh elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 (tj. evidenci provedených úkonů) nebo doklady prokazující dostupnost serveru aukce.ecentre.cz. Nadto navrhovatel svá tvrzení o tom, že technická závada nevznikla na jeho straně, nepodložil žádnými důkazy. Navrhovatel se omezil na tvrzení, že *„[j]ak již [n]avrhovatel uvedl i v námitkách, detailní prověření PC techniky zaměstnanci oddělení správy IT ukázalo, že nedostupnost aukční sítě nezapříčinil software [n]avrhovatele, nýbrž samotná aplikace aukční sítě ve webovém prostředí. Navrhovatel zásadně odmítá, že by technický problém vznikl na jeho straně, ať už vlivem jeho hardware či software. Navrhovatel měl po celou dobu průběhu elektronické aukce plně funkční zařízení způsobilé zajistit účast [n]avrhovatele v elektronické aukci.“*
137. Úřad také nerozporuje tvrzení navrhovatele, že byl připraven v elektronické aukci konané dne 27. 9. 2016 nadále snižovat nabídkovou cenu, nicméně se neztotožňuje s jeho závěrem, že k těmto byli připraveni i ostatní uchazeči. Z výsledných nabídkových cen elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016 lze dovozovat cenovou politiku v té konkrétní elektronické aukci, nelze z nich však predikovat postup jednotlivých uchazečů při elektronické aukci konané dne 27. 9. 2016, neboť cenová strategie toho kterého uchazeče mohla v průběhu

času dojít změn. Tak jako nemá Úřad právo určovat a zpochybňovat strategii navrhovatele v posuzované elektronické aukci, stejně pak platí i pro navrhovatele při určování toho, jak se jiní dodavatelé – soutěžitelé chtěli chovat. Jiný přístup by vedl k tomu, že pokud by toto navrhovatel najisto věděl, neslo by to známky zapovězených dohod.

138. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel nejednal s péčí řádného hospodáře, neboť dle výsledných nabídkových cen z elektronické aukce konané dne 18. 8. 2016 by při neexistenci technického problému „*nabídková cena vybraného uchazeče mohla být prokazatelně cca poloviční*“, Úřad uvádí následující.
139. Jak již bylo uvedeno výše, odpovídá zadavatel toliko za funkčnost a dostupnost elektronického nástroje, jehož prostřednictvím je elektronická aukce realizovaná. Jakékoliv technické problémy vně jeho odpovědnosti pak nemohou být důvodem pro zrušení elektronické aukce, ač by případně při nové elektronické aukci mohl dosáhnout výhodnější nabídkové ceny. Úřad zdůrazňuje, že výsledná výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů je zcela mimo dispozici zadavatele. Jeho úkolem je, aby elektronická aukce proběhla v souladu s právními předpisy a v souladu se zadávacími podmínkami. Samotný předpoklad, že by v zadávacím řízení mohlo být dosaženo výhodnější nabídkové ceny, proto nesmí být v žádném případě důvodem pro nerespektování výsledků elektronické aukce, nebo pro realizaci nové elektronické aukce. Takovýto postup by byl v přímém rozporu se základními zásadami zákona, především se zásadou transparentnosti, neboť by umožňoval zadavateli svévolně ovlivňovat průběh zadávacího řízení. Lze tedy uzavřít, že jestliže elektronická aukce proběhne v souladu se zákonem a podmínkami obsaženými v zadávací dokumentaci, zadavatel je povinen akceptovat její výsledek, ač by byl přesvědčen o tom, že v důsledku vnějších okolností nezískal pro předmět plnění veřejné zakázky nejvýhodnější cenu. Opačný přístup by vedl k libovůli zadavatele a z elektronické aukce by se stal jen prázdný, reálnou soutěží zainteresovaných subjektů nenaplňený, institut.
140. S argumentem navrhovatele, že samotná certifikace elektronického nástroje nevylučuje možnost vniku technického problému, se Úřad v obecné rovině ztotožňuje, jak ostatně uvedl již výše, nicméně považuje za nezbytné doplnit, že právě certifikát shody u elektronického nástroje prokazuje splnění zákonných požadavků, a to včetně vedení záznamů o systémovém stavu elektronického nástroje podle § 6 odst. 2 vyhlášky č. 9/2011 Sb. Pokud by tedy došlo k omezení funkcionality certifikovaného elektronického nástroje, pak by toto omezení bylo součástí evidence o provedených elektronických úkonech a veškerých dalších činnostech elektronického nástroje. Stěžejní však zde je, že Úřad hodnotil splnění dalších podmínek popsaných shora, přičemž jejich naplnění, které by vedlo ke zrušení úkonů zadavatele, se neprokázalo.

Závěr

141. Podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona nemohou být dány, neboť v posuzované věci nebyla uzavřena smlouva a nebyl logicky ani podán návrh na uložení zákazu plnění smlouvy dle § 114 odst. 2 zákona. Vzhledem k tomu, že Úřad konstatoval, že zadavatel při realizaci elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016 postupoval transparentně, v souladu se zákonem a se zadávacími podmínkami, tudíž i rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky,

ve kterém zadavatel vycházel z výsledků elektronické aukce konané dne 27. 9. 2016, bylo učiněno v souladu se zákonem, a nezjistil tedy důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona podává v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. eCentre, a.s., Argentinská 286/38, Holešovice, 170 00 Praha 7
2. Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha – Břevnov
3. Mgr. Michal Hora, advokát, Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha – Nové Město

Vypraveno dne

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