



UOHSX00C0XRW

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0528/2018/VZ-03706/2019/542/VHu

Brno: 28. února 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 29. 12. 2018 na návrh ze dne 28. 12. 2018, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 7. 1. 2019 Mgr. Michalem Mazlem, advokátem, ČAK 13419, se sídlem Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2,
- navrhovatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava - Muglinov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „DATA_VPN PL_4380“ v dynamickém nákupním systému na základě výzvy k podání nabídek č. j. MV-126879-798/KAP-2017 ze dne 21. 6. 2018, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“, bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 8. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744,

vydává toto

usnesení:

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava - Muglinov – ze dne 28. 12. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha 7 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „DATA_VPN PL_4380“ v dynamickém nákupním systému na základě výzvy k podání nabídek č. j. MV-126879-798/KAP-2017 ze dne 21. 6. 2018, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem

zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“, bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 8. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744, se podle ustanovení § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť předmětnému návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 7. 1. 2019 Mgr. Michalem Mazlem, advokátem, ČAK 13419, se sídlem Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2 (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 21. 6. 2018 prostřednictvím certifikovaného elektronického nástroje E-ZAK umístěného na adrese <https://dns.kivs.cz> (dále jen „nástroj E-ZAK“) výzvu k podání nabídek č. j. MV-126879-798/KAP-2017 z téhož dne (dále jen „výzva“) na veřejnou zakázku „DATA_VPN PL_4380“ zadávanou v dynamickém nákupním systému, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“, bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 8. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dle čl. 1 výzvy se zadavatel nechal ve smyslu ustanovení § 43 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) při provádění úkonů podle zákona smluvně zastoupit Národní agenturou pro komunikační a informační technologie, s.p., IČO 04767543, se sídlem Kodaňská 1441/46, 101 00 Praha 10.
3. Dle čl. 3 výzvy je předmětem veřejné zakázky *„poskytování služeb, jejichž konkrétní specifikace je uvedena v Poptávkovém listu (dále [ve výzvě] jen ‚Služby‘ nebo jednotlivě jako ‚Služba‘), který je Přílohou č. 1 Výzvy.“* (...) *„Technická specifikace jednotlivé Služby je uvedena v příslušném (příslušných) katalogovém (katalogových) listu (listech), který (které) jsou přílohou č. 2 Výzvy“*.
4. Dle přílohy č. 2 výzvy, konkrétně dle katalogového listu s ID listu: DATA_VPN_001.01 jsou předmětem veřejné zakázky služby spočívající v *„[p]řipojení lokality koncového uživatele do prostředí IP MPLS VPN“*.
5. Dle čl. 6 výzvy zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 16. 7. 2018 10:00 hod. Hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek je dle čl. 7 výzvy ekonomická výhodnost nabídky – nejnižší nabídková cena, přičemž zadavatel se pro účely hodnocení nabídek rozhodl využít dle § 120 odst. 3 zákona elektronickou aukci.
6. Z dokumentace vztahující se k zadávání předmětné veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“), konkrétně z doloženého print screenu detailu veřejné zakázky z nástroje E-

ZAK vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 3 elektronické nabídky.

7. Prostřednictvím nástroje E-ZAK odeslal zadavatel dne 18. 7. 2018 výzvu k podání nových aukčních hodnot č. j. MV-126879-819/KAP-2017 z téhož dne (dále jen „výzva k podání nových aukčních hodnot“), ve které mj. uvedl, že elektronická aukce bude realizována prostřednictvím nástroje E-ZAK a bude zahájena dne 25. 7. 2018 v 9:00 hodin.
8. Zadavatel ve výzvě k podání nových aukčních hodnot současně vymezil, že *„[ú]častník bude při elektronické aukci měnit ‚Nabídkovou cenu CELKOVOU pro hodnocení‘ za daný Poptávkový list“* a že *„[v]šichni účastníci mohou v průběhu on-line aukce svou nabídku pouze vylepšovat (tedy snižovat celkovou nabídkovou cenu). Snižování nabídkové ceny účastníkem je omezeno ustanovením § 113 zákona o mimořádně nízké nabídkové ceně“*.
9. Z protokolu o průběhu e-aukce vyplývá, že elektronická aukce konaná dne 25. 7. 2018 na veřejnou zakázku DATA_VPN_PL_4380 (dále jen „elektronická aukce“ či „aukce“) byla ukončena téhož dne v čase 9:50 hodin, přičemž navrhovatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava - Muglinov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava (dále jen „navrhovatel“) – se jakožto účastník této aukce se svojí nabídkovou cenou ve výši 5 028 804 Kč umístil na třetím místě.
10. Navrhovatel dle záznamu o odeslané zprávě v nástroji E-ZAK dne 25. 7. 2018 zaslal zadavateli žádost o prověření průběhu aukce (dále jen „žádost“ či „podnět“), ve které zadavateli sdělil, že v posledních vteřinách průběhu předmětné elektronické aukce došlo k chybě při odečítání času. Navrhovatel uvedl, že zaregistrované změny chování parametrů čas do konce a aktuální čas serveru měly za následek, že jím zadávaná hodnota nebyla, z důvodu doručení požadavku na změnu aukčních hodnot na server až po ukončení aukce, akceptována. Kromě prověření vzniklé situace navrhovatel zadavatele požádal i o zrušení předmětné aukce.
11. Dne 25. 7. 2018 zadavatel v reakci na obdrženou žádost zaslal navrhovateli odpověď, ve které uvedl, že předmětný požadavek na prověření vzniklé situace v rámci průběhu elektronické aukce postoupil správci aplikace.
12. Prostřednictvím žádosti o vyjádření a poskytnutí informací ze dne 11. 10. 2018 zadavatel navrhovatele požádal o poskytnutí informací týkajících se specifikace operačního systému, doprovodných programů, webového prohlížeče počítače použitého při účasti na předmětné elektronické aukci a o sdělení, zda obdobné nestandardní chování bylo ze strany navrhovatele pozorováno i v rámci jiných zadávacích řízení uskutečněných prostřednictvím DNS KIVS, popř. o zaslání pořízených videonahrávek z těchto elektronických aukcí. Navrhovatel na zde uvedenou žádost o vyjádření a poskytnutí informací odpověděl prostřednictvím přípisu ze dne 26. 10. 2018, ve kterém zadavateli sdělil požadované informace.
13. Z dokumentace dále vyplývá, že zadavatel žádostmi o poskytnutí informací oslovil i zbývající 2 účastníky elektronické aukce a žádostmi o vyjádření k průběhu elektronické aukce i poskytovatele elektronického nástroje.

14. Vyjádřením k podnětu na prověření průběhu elektronické aukce ze dne 28. 11. 2018 zadavatel navrhovateli sdělil, že dospěl k závěru, že není na místě přijetí žádného nápravného opatření ve smyslu ustanovení § 49 zákona, neboť zjištěné skutečnosti dle něj nevedou k závěru, že elektronický nástroj v průběhu elektronické aukce nefungoval či fungoval nestandardně, a že by tvrzené nestandardní chování, pokud k němu došlo, ovlivňovalo možnost navrhovatele podat v rámci elektronické aukce novou aukční hodnotu.
15. Dne 10. 12. 2018 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele z téhož dne (dále jen „námitky proti vyjádření“), v nichž navrhovatel uvedl, že směřují proti vyjádření k podnětu na prověření průběhu elektronické aukce ze dne 28. 11. 2018 (dále jen „vyjádření“). Navrhovatel v námitkách proti vyjádření uvedl, že nesouhlasí se závěrem zadavatele uvedeným ve vyjádření, neboť má za to, že postupem zadavatele v rámci elektronické aukce, resp. zadavatelem chybně a netransparentně nastaveným elektronickým nástrojem došlo k porušení zákona. Navrhovatel též uvedl, že o namítaném porušení zákona se dozvěděl dne 28. 11. 2018, kdy mu bylo doručeno vyjádření.
16. Z dokumentace vyplývá, že zadavatel námitky navrhovatele proti vyjádření rozhodnutím č. j. MV-146131-3/KAP-2018 ze dne 20. 12. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl. Jelikož navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v rozhodnutí o námitkách, podal dne 29. 12. 2018 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 28. 12. 2018 (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

17. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 28. 12. 2018 brojí primárně proti postupu zadavatele, jenž dle jeho názoru nezajistil transparentní průběh elektronické aukce. Navrhovatel se především domnívá, že postupem zadavatele v rámci elektronické aukce, resp. že v důsledku zadavatelem chybně a netransparentně nastaveného elektronického nástroje došlo k porušení zákona.
18. Úvodem návrhu navrhovatel popsal dosavadní hlavní milníky průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel mj. sdělil, že dne 25. 7. 2018 podal k prověření průběhu elektronické aukce konané dne 25. 7. 2018 podnět, v němž popsal nestandardní chování elektronického nástroje užitého pro realizaci elektronické aukce. Dané nestandardní chování dle navrhovatele spočívalo v nepravdělné změně hodnoty parametrů „čas do konce“ a „aktuální čas serveru“ v poslední minutě trvání předmětné elektronické aukce a zejména v neakceptování posledního příhozu navrhovatele, jenž měl být výherní, a který dle navrhovatelova záznamu měl proběhnout včas.
19. S výše uvedeným projevem elektronického nástroje navrhovatel spojuje i důsledek v podobě neakceptace nově zadávané aukční hodnoty z důvodu doručení požadavku na změnu aukčních hodnot na server až po ukončení elektronické aukce.
20. Navrhovatel uvedl, že zadavatel na základě podaného podnětu shromáždil dostupné informace a podklady o průběhu elektronické aukce, získal vyjádření účastníků elektronické aukce a opakovaně si vyžádal i stanovisko provozovatele elektronického nástroje. Následně zadavatel dne 28. 11. 2018 vydal vyjádření, ve kterém dospěl k závěru, že není na místě

přijetí žádného nápravného opatření dle § 49 zákona. Navrhovatel též dodal, že rozhodnutím ze dne 4. 12. 2018 zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

21. Dne 10. 12. 2018 podal navrhovatel námitky proti vyjádření, v nichž shrnul, že aukční systém (elektronický nástroj) je zatížen vadami, které navrhovatel nemohl předpokládat a ani na ně reagovat. Navrhovatel je přesvědčen, že jednoznačně prokázal, že pokud daný aukční systém, elektronický nástroj, na straně navrhovatele nebo jeho provozovatele nefunguje korektně, pak o tom není navrhovatel nijak informován, např. výstražnou hláškou, že aukční systém nekomunikuje správně s aukčním serverem, a to i dlouhodobě. V takových situacích dle navrhovatele aukční systém, elektronický nástroj, poskytuje zavádějící informace, na základě kterých nastala situace, kdy aukčním systémem nebyla akceptována aukční hodnota navrhovatele, ačkoli byla vložena dle aktuálního času serveru/prohlížeče včas, přičemž dle navrhovatele měla být vzhledem ke své výši hodnotou výherní.
22. Ve vztahu k argumentaci uvedené v námitkách proti vyjádření navrhovatel uvedl, že je přesvědčen, že zadavatel by měl za účelem zachování transparentnosti zadávacího řízení na veřejnou zakázku postupovat v souladu s § 49 zákona, protože by měl předmětnou elektronickou aukci i veřejnou zakázku jako takovou zrušit a vypsát novou tak, aby finálních aukčních hodnot bylo dosaženo korektně a transparentně.
23. Navrhovatel se dále vyjádřil k rozhodnutí o námitkách, jimž zadavatel námitky navrhovatele proti vyjádření odmítl. Dle navrhovatele v něm zadavatel dospěl k závěru, že prověřením průběhu elektronické aukce byla vyloučena jeho nefunkčnost či funkčnost nestandardní, jejíž původ by byl na straně zadavatele či elektronického nástroje, a že popisované nestandardní projevy elektronického nástroje byly způsobeny výlučně příčinami na straně navrhovatele, což má dokládat i absence těchto projevů vůči ostatním účastníkům elektronické aukce.
24. Navrhovatel sdělil, že podstatou předmětného návrhu je posouzení a prokázání skutečnosti, že zadavatel porušil zákon, neboť nezajistil transparentní průběh zadávacího řízení veřejné zakázky, zejména nezajistil prostřednictvím elektronického nástroje transparentní průběh elektronické aukce, i když ustanovení § 6 zákona jednoznačně stanovuje, že zadavatel při postupu dle zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
25. Navrhovatel za účelem zasazení předmětného návrhu do reálné situace, s cílem objasnit důvody a vzájemné souvislosti svých podání uvedl, že je současným poskytovatelem soutěžených telekomunikačních služeb s měsíční fakturací přibližně 110 tisíc Kč, což dle něj zhruba odpovídá výchozí aukční hodnotě, která byla pro něj také kvůli systému poslední platnou hodnotou. Navrhovatel sdělil, že má enormní zájem v poskytování daných služeb pokračovat, a proto v rámci elektronické aukce vložil nabídkovou cenu na úrovni 2,8 mil. Kč. Elektronický nástroj ji však nepřijal, ačkoli by tato nabídková cena byla cenou výherní.
26. Navrhovatel též uvedl, že se účastní velkého počtu aukcí, a že v jejich průběhu příležitostně zaznamenal problémy s aukčním systémem, avšak s ohledem na rozsah vzniklých škod je aktivně neřešil. V šetřeném případě je dle navrhovatele škoda vzniklá selháním aukčního systému významná z pohledu jeho hospodaření, a proto danou situaci řešit musí.
27. Dle navrhovatele patrně v důsledku chybné komunikace (nesprávným výkladem) mezi ním a zadavatelem podal navrhovatel pouze, se zadavatelem dohodnutý, podnět, což

navrhovatel vnímal současně jako automatický odklad konečného řešení do doby prošetření podnětu. Navrhovatel uvedl, že v tomto postupu ho utvrzoval i přístup zadavatele, který dle něj čekal s dalšími kroky v zadávacím řízení, s vyloučením navrhovatele, až do okamžiku ukončení prošetření podnětu. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud by byl takto zadavatel nepostupoval, jistě by jej vyloučil bezprostředně poté, co navrhovatel neodevzdal poptávkový list ve lhůtě 4 pracovních dní po skončení elektronické aukce. Z popsaného přístupu zadavatele navrhovatel dovozuje, že rovněž zadavatel spatřuje vzájemnou vazbu mezi předmětným podnětem, námitkami proti vyjádření a tímto návrhem.

28. Ve vztahu k rozhodnutí o námitkách navrhovatel uvedl, že si je vědom toho, že potíže při jiných aukcích nejsou předmětem tohoto návrhu, avšak poukazem na ně chtěl navrhovatel upozornit na skutečnost, že elektronický nástroj měl v nedávné minulosti opakované potíže z hlediska fungování, přičemž tyto potíže způsobují netransparentnost elektronických aukcí a zadávacího řízení.
29. Navrhovatel je přesvědčen, že elektronický nástroj by měl při jakékoli problematické, nestandardní, situaci prokazatelně a včas informovat účastníky aukce o vzniklých potížích, což se však při předmětné elektronické aukci ani v jiných zmiňovaných případech nestalo.
30. Navrhovatel též zdůraznil, že plní veškeré požadavky zadavatele na softwarové a hardwarové prostředky a respektuje i veškerá omezení nezbytná pro bezproblémové fungování elektronického nástroje.
31. Navrhovatel očekává, že bude elektronický nástroj fungovat korektně, nebo v opačném případě bude navrhovatel o této zásadní skutečnosti v reálném čase informován. V šetřeném případě však dle navrhovatele v průběhu elektronické aukce nastala situace, nestandardní chování, pro kterou žádný z výše uvedených předpokladů a požadavků na transparentní zadávací řízení neplatí.
32. Dle navrhovatele provozovatel aukčního softwaru, elektronického nástroje, prostřednictvím zadavatele prohlásil, že se lokální aukční software synchronizuje s časem serveru každých 5 s, avšak daný provozovatel žádným způsobem neprokázal, zda konkrétní aukční prostředek navrhovatele korektně každých 5 s synchronizován s aukčním serverem byl. V případě, že tomu tak skutečně bylo, se navrhovatel dotazuje, jak je možné, že došlo k posunu času o 4 s zpět i přesto, že byl aukční prostředek navrhovatele korektně každých 5 s synchronizován, a jak je možné, že mezi dvěma synchronizacemi došlo k dilataci o 4 s.
33. V opačném případě navrhovatel pokládá otázku, jak je možné, že je akreditován a provozován aukční software, elektronický nástroj, který žádným způsobem neupozorňuje, a to ani v dlouhodobém horizontu, na ztrátu spojení s elektronickým nástrojem, a stále dochází k odpočtu času, jako by elektronický nástroj fungoval korektně.
34. Navrhovatel se domnívá, že v šetřeném případě nedošlo v posledních 5 vteřinách elektronické aukce k zadavatelem tvrzené ztrátě spojení, která měla být i příčinou neakceptace posledního příhozu navrhovatele. Dle navrhovatele s největší pravděpodobností došlo chybou elektronického nástroje ke změně zobrazení zbývajících času do konce aukce z 6 s na 10 s, ačkoli stále reálně do konce aukce zbývalo cca 6 s. Navrhovatel je přesvědčen, že aukční hodnota tak byla akceptována ihned po jejím vložení,

avšak navrhovatel byl elektronickým nástrojem mylně informován o zbývajícím času do konce elektronické aukce, který dle navrhovatele nebyl cca 4 s, ale ve skutečnosti již došlo k ukončení elektronické aukce. Zde popsané nekorektní chování elektronického nástroje je dle navrhovatele přímou příčinou neakceptace jím naposledy vkládané aukční hodnoty.

35. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel by si měl, namísto obecného prohlášení o komunikaci s provozovatelem elektronického nástroje, vyžádat konkrétní záznamy všech navrhovatelem rozporovaných aukcí a měl by si zajistit základní informace, zda v každé rozporované aukci došlo ke korektní synchronizaci času, a to každých 5 s, jak deklaruje provozovatel elektronického nástroje, a k jaké časové dilataci, dopřesnění časových údajů, při každé synchronizaci došlo. Navrhovatel předpokládá, že v případě, že systém funguje korektně, může dojít mezi 5 s synchronizacemi k dilataci času pouze v řádu nanosekund. Předně by měl zadavatel dle navrhovatele zjistit, k jakým konkrétním úkonům v posledních 10 s předmětné elektronické aukce došlo a stejný úkon by měl dle jeho názoru následovat i u ostatních aukcí, u nichž navrhovatel doložil nestandardní chování elektronického nástroje.
36. Navrhovatel učinil součástí předmětného návrhu též návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0528/2018/VZ.
37. Navrhovatel dále uvedl, že v důsledku výše uvedeného netransparentního postupu zadavatele mu hrozí újma na jeho právech spočívající v tom, že navrhovatel byl vyloučen ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel přitom zdůraznil, že má vážný zájem na získání dané veřejné zakázky, a to v rámci transparentního zadávacího řízení, pročež se domáhá, aby zadavatel zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení, a aby celou veřejnou zakázku, resp. elektronickou aukci, zrušil a vypsal novou tak, aby finálních aukčních hodnot bylo dosaženo korektním a transparentním způsobem.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

38. Úřad obdržel předmětný návrh dne 29. 12. 2018 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 29. 12. 2018. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
39. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0528/2018/VZ-00184/2019/542/VHu ze dne 3. 1. 2019.
40. Usnesením č. j. ÚOHS-S0528/2018/VZ-00346/2019/542/VHu ze dne 7. 1. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a k zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
41. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0528/2018/VZ-00680/2019/542/VHu ze dne 9. 1. 2019 Úřad dle § 61 odst. 2 správního řádu rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž by mělo být zadavateli zakázáno uzavřít smlouvu na veřejnou

zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení sp.zn.S0528/2018/VZ vedeného Úřadem.

42. Pro úplnost Úřad poznamenává, že z důvodu procesní ekonomie po obdržení podkladů vztahujících se k zastavení správního řízení již považoval za neúčelné stanovit účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261 odst. 3 zákona, neboť Úřad je povinen dle § 6 odst. 2 správního řádu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby co možná nejméně zatěžoval. Za situace, kdy je zřejmé, že je dán důvod pro zastavení správního řízení podle § 257 písm. h) zákona, by vyjádření účastníků řízení k otázkám, jejichž závazné posouzení mělo být obsahem rozhodnutí za situace, kdy by nebyl dán důvod pro zastavení správního řízení, a jejichž okruh (tedy předmět řízení) byl vymezen na základě podaného návrhu navrhovatele, mohlo účastníkům řízení způsobit toliko zbytečné náklady, aniž by takové vyjádření mohlo ovlivnit výsledek správního řízení. Z tohoto důvodu Úřad lhůtu podle § 261 odst. 3 zákona účastníkům řízení nestanovil.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 8. 1. 2019

43. Úřad obdržel dne 8. 1. 2019 vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření k návrhu“). Úvodem předmětného vyjádření k návrhu zadavatel shrnul obsah návrhu navrhovatele a k jednotlivým argumentům navrhovatele sdělil následující skutečnosti.
44. Zadavatel se předně odkázal na odůvodnění rozhodnutí o námitkách, ve kterém se dle svého názoru podrobně se všemi tvrzeními navrhovatele k průběhu elektronické aukce a k jeho polemice se závěry uvedenými ve vyjádření vypořádal. Zadavatel tedy zastává názor, že navrhovatel v rámci návrhu nepředkládá žádná nová tvrzení či argumentaci, se kterou by se již dostatečně nevypořádal v rozhodnutí o námitkách. Prostřednictvím vyjádření k návrhu se tak zadavatel opětovně vyjádřil k tvrzením, na nichž navrhovatel staví svou argumentaci.
45. Zadavatel se ve vyjádření k návrhu zabýval převážně navrhovatelem tvrzeným netransparentním průběhem zadávacího řízení, resp. elektronické aukce, a okolnostmi týkajícími se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. V rámci vyjádření k návrhu se zadavatel též odkázal na konkrétní příklady z rozhodovací praxe Úřadu.
46. Zadavatel uvedl, že na základě podnětu navrhovatele a námitek proti vyjádření provedl podrobný přezkum průběhu elektronické aukce, opatřil pro tyto účely veškeré dostupné podklady, a na základě uskutečněného přezkumu vyloučil jako příčinu tvrzeného nestandardního chování skutečnost na straně elektronického nástroje či zadavatele.
47. Jako pravděpodobná příčina navrhovatelem popsaných projevů elektronického nástroje, za předpokladu, že k nim skutečně došlo, se dle zadavatele jeví skutečnost vzniklá na straně navrhovatele, a to zpomalení internetového připojení či snížení rychlosti komunikačního spojení mezi serverem a klientským počítačem v důsledku přetížení systému klientského počítače. Zadavatel též uvedl, že nedisponuje dostatečnými podklady, aby mohl v tomto ohledu učinit zcela exaktní závěr.
48. Zadavatel sdělil, že má možnost ověřit chování elektronického nástroje pouze na své straně a nikoli na straně a v prostředí, na počítačích, jednotlivých účastníků elektronické aukce. Je zároveň přesvědčen, že dle ustálené rozhodovací praxe Úřadu musí učinit na základě

dokazování zjištění skutkového stavu věci, o němž nejsou dány důvodné pochybnosti, závěr v tom směru, zda důvody selhání datové komunikace byly na straně zadavatele či nikoli. Zadavatel věří, že v tomto ohledu učinil komplexní a dostatečné dokazování a opatřil veškeré podklady potřebné pro relevantní rozhodnutí ve věci.

49. Zadavatel uvedl, že v rámci přezkumu mj. ověřil, zda doprovodný software na koncové stanici PC navrhovatele byl v souladu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky, a to prostřednictvím žádosti o poskytnutí informací adresované navrhovateli.
50. Zadavatel si dle vyjádření k návrhu dále ověřil chování elektronického nástroje v průběhu elektronické aukce, a to opakovaným dotazem na poskytovatele elektronického nástroje a výpisem z tzv. Access logu (protokolu o elektronické aukci), z něhož dle zadavatele vyplynula absence chybových hlášek elektronického nástroje v průběhu aukce. Zadavatel si též vyžádal vyjádření, zda obdobné nestandardní chování elektronický nástroj vykazoval i vůči ostatním účastníkům elektronické aukce, a to s negativním výsledkem.
51. Zadavatel si rovněž opakovaně vyžádal vyjádření od poskytovatele elektronického nástroje, a to k jeho funkčnosti v průběhu elektronické aukce, k vysvětlení tvrzení navrhovatele a k určení možné příčiny nestandardního chování, za předpokladu, že k němu došlo, navrhovatelem popsaným způsobem. Zadavatel rovněž sdělil, že současně bylo od poskytovatele elektronického nástroje vyžádáno vyjádření, zda může být protokol o průběhu elektronické aukce dodatečně upravován, kdy tato odpověď byla striktně negativní.
52. Zadavatel na základě opatřených podkladů odmítá tvrzení navrhovatele, že jím provedené podání nové aukční hodnoty, které nebylo elektronickým nástrojem akceptováno z důvodu doručení této aukční hodnoty na server elektronické aukce až po jejím skončení, bylo provedeno včas. Dle zadavatele byla naopak předmětná aukční hodnota na aukční server doručena až po skončení elektronické aukce, o čemž má svědčit i záznam uvedený v rámci protokolu o e-aukci.
53. Zadavatel se domnívá, že navrhovatel nesprávně spojuje okamžik podání nové aukční hodnoty s jejím odesláním z aukčního prostředí účastníka elektronické aukce. Rozhodným pro přijetí nové aukční hodnoty však není dle zadavatele okamžik jejího odeslání v prostředí účastníka, tj. okamžik, kdy účastník elektronické aukce zadá ve svém prostředí pokyn k odeslání nové aukční hodnoty, nýbrž její doručení na aukční server, k čemuž dle protokolu o průběhu elektronické aukce došlo až po skončení dané aukce.
54. Z výše uvedeného důvodu zadavatel v rámci zadávacích podmínek opakovaně, např. ve výzvě k účasti v elektronické aukci či v pravidlech elektronické aukce, upozorňuje účastníky aukce, že při vkládání hodnot tzv. „na poslední chvíli“, tj. v posledních vteřinách před skončením trvání elektronické aukce, nemusí být nová aukční hodnota na server aukce doručena včas, a to právě s ohledem na množství skutečností, na straně účastníka, kam lze zařadit např. kvalitu a rychlost jeho internetového připojení, které rychlost doručení nové aukční hodnoty na server ovlivňují. Zadavatel v tomto kontextu poukázal na to, že pokud navrhovatel uvádí, že plní veškeré požadavky a doporučení zadavatele vztahující se k postupu v rámci elektronických aukcí, je zřejmé, že v daném případě uvedené doporučení ve vztahu ke vkládání hodnot na poslední chvíli nerespektoval.

55. Tvrdí-li navrhovatel, že předmětnou novou aukční hodnotu odeslal minimálně 5 s před skončením elektronické aukce, zadavatel k tomuto uvedl, že není rozhodující čas odeslání aukční hodnoty, nýbrž čas doručení na server aukce. Pokud dal navrhovatel pokyn k odeslání dané hodnoty 5, resp. spíše 4, vteřiny před koncem aukce a v důsledku zpomalení připojení či jiné skutečnosti na jeho straně se nepovedlo tuto hodnotu doručit aukčnímu serveru elektronického nástroje před skončením elektronické aukce, zadavatel je přesvědčen, že tuto skutečnost nelze přičítat k tíži zadavatele. Zadavatel proto nepovažuje za správné tvrzení navrhovatele, že poslední příhoz proběhl včas, neboť z protokolu o průběhu elektronické aukce vyplývá, že nová aukční hodnota byla navrhovatelem vložena až po skončení elektronické aukce.
56. Zadavatel nepovažuje za správný ani závěr navrhovatele, v němž spojuje neakceptaci jím podané aukční hodnoty s popsáním nestandardním chováním elektronického nástroje, tedy s tím, že v rámci aukčního prostředí navrhovatele došlo v důsledku synchronizace času aukčního softwaru a času serveru elektronické aukce k posunutí časoměry zpět tak, že byly přidány 4 vteřiny trvání elektronické aukce. Zadavatel zdůraznil, že jedinou příčinou neakceptace nových aukčních hodnot podaných navrhovatelem byla skutečnost, že danou aukční hodnotu, z důvodů na straně navrhovatele, se nepodařilo doručit na server aukce před skončením elektronické aukce.
57. Zadavatel se dále vyjádřil k námitce navrhovatele, že pokud aukční systém, elektronický nástroj, na straně navrhovatele či provozovatele nefunguje korektně, a to z jakýchkoli důvodů, tak o tom není navrhovatel nijak informován, např. výstražnou hláškou, že aukční systém nekomunikuje s aukčním serverem korektně. Dle zadavatele navrhovatel dává tuto skutečnost do souvislosti s nepřijetím jím podané aukční hodnoty v rámci elektronické aukce.
58. Zadavatel je přesvědčen o absenci jakékoli příčinné souvislosti mezi tím, zda elektronický nástroj upozorňuje účastníky na ztrátu jejich internetového připojení, či na jakýkoli jiný problém na straně účastníka, a tím, že nová aukční hodnota byla v rámci elektronické aukce navrhovatelem doručena až po jejím skončení. Zadavatel uvedl, že již v rozhodnutí o námitkách vysvětlil, že aplikace „Aukční síň“ neobsahuje žádnou funkcionalitu v podobě upozornění na ztrátu spojení ze strany účastníka elektronické aukce. Došlo-li by k výpadku v komunikaci při synchronizaci dat, aplikace by dle zadavatele učinila pokus o obnovení celé stránky v prohlížeči, která by se v případě chyby spojení znovu již nenačetla, a uživatel by obdržel standardní chybu prohlížeče o nemožnosti načíst webové stránky. Tato skutečnost však dle zadavatele neovlivňuje transparentní průběh elektronických aukcí, neboť účastník má, s ohledem na výše uvedené, možnost v kterémkoli okamžiku elektronické aukce zjistit, zda nedošlo k výpadku jeho spojení.
59. Zadavatel též vyvrací tvrzení, že provozovatel elektronické aukce či zadavatel není o nekorektním fungování elektronického nástroje informován. V takové situaci by dle zadavatele byla chybová hláška zaznamenána v protokolu o průběhu e-aukce, avšak v šetřeném případě elektronický nástroj jakýkoli záznam o nekorektním fungování nevygeneroval, což dle zadavatele dokládá jeho řádnou funkčnost. Zadavatel k tomuto dodává, že elektronický nástroj však není schopen kontrolovat a zaznamenávat funkčnost či ztrátu internetového připojení na straně účastníka elektronické aukce.

60. Jako irelevantní ve vztahu k předmětu správního řízení zadavatel odmítá skutečnosti uváděné navrhovatelem, že by jím uvedená nabídka dle výsledků elektronické aukce mohla být nejvýhodnější a v případě její akceptace by potenciálně došlo k úspoře finančních prostředků na straně zadavatele, dále že navrhovatel je stávajícím poskytovatelem služeb tvořících předmět veřejné zakázky a informace týkající se množství elektronických aukcí, jichž se navrhovatel účastní.
61. K dalším navrhovatelem uváděným příkladům nestandardního chování elektronického nástroje zadavatel sdělil, že k nim mělo dojít v jiných zadávacích řízeních v rámci DNS KIVS, tedy tvrzená pochybení elektronického nástroje, pokud k nim skutečně došlo, neměla na předmětné zadávací řízení vliv, neboť žádným způsobem neovlivnila řádný průběh a transparentnost dané elektronické aukce. Zadavatel tak uvádí, že předloženými záznamy nelze prokazovat nefunkčnost elektronického nástroje v průběhu elektronické aukce.
62. Zadavatel se též vyjádřil k argumentaci navrhovatele, jenž rozporuje tvrzení, že každých 5 vteřin průběžně dochází k synchronizaci času mezi aplikací/prohlížečem a serverem elektronické aukce, a uvádí, že pokud by byla tato synchronizace prováděna, nemohlo by dojít k tak výrazné korekci času, tj. k přidání 4 vteřin délky trvání elektronické aukce. Zadavatel se v tomto kontextu odkázal na svá předchozí vyjádření k možným příčinám nestandardního chování elektronického nástroje, které jsou dle zadavatele v předmětném případě výlučně na straně navrhovatele. Jako příklad zadavatel uvádí vytížení systému počítače navrhovatele či zpomalení připojení k internetu, v jejichž důsledku by mohlo dojít i k navrhovatelem popisovanému chování elektronického nástroje, jež mohlo způsobit i nestandardní projevy při synchronizaci času.
63. Pro úplnost zadavatel uvedl, že předmětný elektronický nástroj disponuje všemi potřebnými certifikáty, a že je zcela v souladu s požadavky příslušných právních předpisů.
64. V neposlední řadě se zadavatel vyjádřil k nesplnění povinnosti navrhovatele doručit do 4 pracovních dnů od skončení elektronické aukce tzv. upravený poptávkový list. Zadavatel je přesvědčen, že skutečnost, že na základě podnětu byl prověřován průběh elektronické aukce, neměla žádný vliv v podobě odkladu či vyloučení povinnosti navrhovatele jakožto účastníka elektronické aukce doručit zadavateli v příslušné lhůtě upravený poptávkový list korespondující s výsledky elektronické aukce. Zadavatel odmítá, že by v rámci telefonické a elektronické komunikace s navrhovatelem po skončení elektronické aukce byl vysloven z jeho strany jakýkoli pokyn či sdělení, jež by umožnilo činit v této věci závěr opačný. Zadavatel uvedl, že pouze navrhovatele vyzval, aby svůj podnět na prověření průběhu elektronické aukce zaslal formální cestou elektronické komunikace používané v rámci DNS KIVS, a aby případně připojil i podklady pro svá tvrzení. Následně zadavatel shromažďoval podklady a komunikoval se zainteresovanými subjekty, avšak do ukončení prověření průběhu elektronické aukce v zadávacím řízení nečinil žádné další úkony směřující k uzavření smlouvy, neboť by je, v případě potenciálního zrušení elektronické aukce, bylo nutné také zrušit. Daná skutečnost však nemá dle zadavatele žádný vliv na povinnosti účastníků spojené s účastí v elektronické aukci.
65. Zadavatel je přesvědčen, že pokud by navrhovatel považoval prověření průběhu elektronické aukce za odklad konečného řešení do doby prošetření podnětu, zaslal by

upravený poptávkový list do 4 pracovních dnů od doručení vyjádření, avšak ani to navrhovatel neučinil, pročez považuje danou argumentaci navrhovatele za účelovou.

66. Závěrem zadavatel odmítá, že by se nedostatečně vypořádal s předchozími námitkami proti vyjádření. Zadavatel zastává názor, že předmětné námitky vypořádal maximálně konkrétně a podrobně, a mírou jejich vypořádání i přesáhl požadavky dané § 245 odst. 1 zákona.
67. Návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky považuje zadavatel za nadbytečný, neboť je v současné době vázán blokační lhůtou ve smyslu ustanovení § 246 odst. 1 zákona a domnívá se, že v příslušné lhůtě může být ve správním řízení ze strany Úřadu vyhotoveno rozhodnutí ve věci. Zadavatel dodává, že z opatrnosti nemá v úmyslu přistoupit k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, dokud nebude ze strany Úřadu rozhodnuto o návrhu navrhovatele.
68. Na základě všeho výše uvedeného zadavatel nepovažuje námitky navrhovatele za oprávněné a domnívá se, že není důvod k nařízení jakéhokoli nápravného opatření, pročez by měl být návrh navrhovatele ze strany Úřadu dle § 265 písm. a) zákona zamítnut.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

69. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že správní řízení se podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť předmětnému návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

70. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil právní postavení zadavatele podle § 4 zákona.
71. Dle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
72. Dle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku ČR“), jsou organizačními složkami státu mj. ministerstva a jiné správní úřady státu.
73. Ministerstvo vnitra je tak ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o majetku ČR organizační složkou státu, a tím i veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, pročez se na něj při zadávání předmětné veřejné zakázky zákon vztahuje.

Relevantní ustanovení zákona

74. Dle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma (dále jen "stěžovatel").
75. Dle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti

- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek,
- b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
- c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.

76. Dle § 241 odst. 3 zákona námitky týkající se jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, může podat pouze účastník zadávacího řízení.
77. Dle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
78. Dle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
79. Dle § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76 zákona, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
80. Dle § 244 odst. 2 zákona pokud nejde o námitky, na které se vztahují lhůty podle § 242 odst. 2 až 5 zákona, musí být také uvedeno, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
81. Dle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Právní posouzení

82. Úřad v obecní rovině uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele a jejich podání je jednou z podmínek pro následné podání návrhu (mimo návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy) na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Platí tak, že návrh je až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele, neboť prvotním nástrojem jsou námitky, jež jsou podávány přímo zadavateli, kterému je zákonem dána povinnost, aby se v rozhodnutí o námitkách ke všem skutečnostem v námitkách uvedeným podrobně a srozumitelně vyjádřil.
83. Účelem institutu námitek tak je, aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel, dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky a argumenty, přičemž uvedené může mít zásadní vliv na rozhodnutí stěžovatele, zda dále brojit proti postupu zadavatele podáním návrhu u Úřadu či nikoli. Zákon proto vyžaduje, aby byly veškeré námitky nejprve uplatněny u zadavatele, a to řádně a včas.

84. Zákon přitom definuje konkrétní časový okamžik v průběhu zadávacího řízení, v jehož rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k podání námitek, neboť každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té které fázi zadávacího řízení, ve které se zrovna zadávací řízení nachází. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 1. 2011, jehož závěry, byť byl vydán ve vztahu k dnes již neúčinnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze použít i ve vztahu k aktuální účinné právní úpravě. Z uvedeného rozsudku mj. vyplývá, že *„[k]oncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je totiž založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve“*.
85. Skutečnost, že tyto závěry soud učinil při posuzování dodržení lhůty pro podání námitek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, nic nemění na jejich obecné aplikovatelnosti i vzhledem k zákonu, a tedy i na jejich použití pro přezkoumávaný případ, neboť dokreslují obecnou povinnost stěžovatele s uplatněním námitek bezdůvodně neotálet.
86. Stejně jako by bylo nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci týkající se námitek stěžovatele (kterou přitom musí znát již od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl), nelze ani přisvědčit argumentacím navrhovatele, které mohl zadavateli namítat již prostřednictvím námitek a to v zákonem stanovené lhůtě.
87. V situaci, kdy tedy stěžovatel nevyužije možnosti podání námitek, resp. takto neučiní včas a řádně, tzn. s veškerými zákonnými náležitostmi, není oprávněn domáhat se ochrany svých práv před Úřadem. V šetřeném případě se tedy Úřad zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro podání návrhu spočívající v povinnosti podat námitky řádně a včas. Řádnost a včasnost podaných námitek je přitom nutné posuzovat mj. právě s ohledem na dodržení lhůty pro jejich podání.
88. Podání námitek zákon podmiňuje splněním podmínek uvedených v § 241 a následujících ustanoveních zákona. Podstatnou podmínkou při využití institutu námitek je tedy i dodržení zákonných lhůt pro jejich podání zadavateli. Lhůty pro podání námitek upravuje ustanovení § 242 zákona, kde v § 242 odst. 1 zákona je stanoveno, že (není-li dále v zákoně uvedeno jinak) námitky musí být zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl. Pro námitky, jež jsou mířeny proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, je ustanovením § 242 odst. 2 zákona dáno, že musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

89. Jak vyplývá z dokumentace, navrhovatel podal dne 10. 12. 2018 námitky proti vyjádření, které zadavatel obdržel téhož dne. Navrhovatel v rámci těchto námitek uvádí, že spatřuje porušení zákona ze strany zadavatele ve skutečnosti, že *„nezajistil transparentní průběh zadávacího řízení ohledně Veřejné zakázky, zejména nezajistil prostřednictvím Elektronického nástroje transparentní průběh Elektronické aukce ohledně Veřejné zakázky, ačkoliv ustanovení § 6 Zákona jednoznačně stanovuje, že „[z]adavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.“*
90. Navrhovatel se prostřednictvím námitek proti vyjádření domáhá, aby zadavatel těmto námitkám vyhověl, zrušil uskutečněné rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení a celou veřejnou zakázku, resp. elektronickou aukci zrušil a vypsal novou tak, aby finálních aukčních hodnot bylo dosaženo korektním a transparentním způsobem.
91. Jako rozhodný okamžik, kdy se navrhovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl, navrhovatel v námitkách proti vyjádření uvedl den 28. 11. 2018, kdy mu bylo doručeno vyjádření.
92. Již v čl. II. námitek proti vyjádření navrhovatel uvedl, že nesouhlasí se závěrem zadavatele uvedeným ve vyjádření, neboť je přesvědčen, že postupem zadavatele v rámci elektronické aukce, resp. zadavatelem chybně a netransparentně nastaveným elektronickým nástrojem, došlo k porušení zákona. Navrhovatel tak na základě obdrženého vyjádření dovozuje, že skutečnost, proti které brojí námitkami proti vyjádření, se dozvěděl právě prostřednictvím předmětného vyjádření.
93. Navrhovatel v námitkách proti vyjádření a následně i v návrhu uvádí, že porušení zákona spatřuje v postupu zadavatele, neboť nezajistil transparentní průběh zadávacího řízení, zejména nezajistil prostřednictvím elektronického nástroje transparentní průběh elektronické aukce. Vzhledem k tomu, že námitky navrhovatele směřují do průběhu zadávacího řízení, konkrétně do průběhu elektronické aukce, Úřad se primárně zaměřil na zjištění, zda se navrhovatel o tomto domnělém porušení zákona zadavatelem skutečně dozvěděl až prostřednictvím vyjádření.
94. Z dokumentace vyplývá (viz body 7. a 9. odůvodnění tohoto usnesení), že předmětná elektronická aukce byla konaná dne 25. 7. 2018 v 9:00 hodin a ukončena byla téhož dne v čase 9:50 hodin. Téhož dne také navrhovatel, jakožto účastník elektronické aukce, v reakci na její průběh zaslal zadavateli žádost o prověření průběhu aukce. Obsahem této žádosti byl popis průběhu posledních vteřin aukce, kdy dle navrhovatele došlo k chybě při odečítání času, jejímž následkem nebyla akceptována jím zadávaná hodnota, a to z důvodu doručení požadavku na změnu aukčních hodnot na server až po ukončení aukce.
95. V rámci šetření průběhu elektronické aukce zadavatel zaslal navrhovateli žádost o vyjádření a poskytnutí informací ze dne 11. 10. 2018, ve které zadavatel uvedl, že žádost (o prověření průběhu aukce) podaná navrhovatelem dne 25. 7. 2018 *„nemá povahu námitek ve smyslu ust. § 241 an. ZZVZ [zákona, pozn. Úřadu]“*, pročež ji zadavatel posoudil jako *„podnět účastníka zadávacího řízení k přijetí nápravného opatření ve smyslu ust. § 49 ZZVZ“*. Navrhovatel tuto skutečnost nijak, a to ani později, nerozporoval, pročež nadále byla v podáních zadavatele i navrhovatele předmětná žádost ze dne 25. 7. 2018 označována jako podnět.

96. Z výše uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě navrhovatel zjevně měl pochyby o řádném, tedy, jak již sám uvádí v rámci podaných námitek proti vyjádření a v následném návrhu, o transparentním průběhu zadávacího řízení, a to v závěrečné fázi, resp. při ukončení, elektronické aukce, kdy pozoroval nestandardní chování ohledně odečítání času, a kdy jím zadávaná hodnota nebyla systémem akceptována. Navrhovatel přitom již prostřednictvím podaného podnětu zadavatele žádal o zrušení aukce.
97. Dne 28. 11. 2018 zadavatel vyhotovil vyjádření, v němž dospěl k závěru, že „*není na místě přijetí žádného nápravného opatření ve smyslu ust. § 49 zákona*“. Zadavatel ve vyjádření dospěl k tomu, že nelze učinit závěr, že elektronický nástroj v průběhu elektronické aukce fungoval nestandardně či že nefungoval, a že by navrhovatelem tvrzené nestandardní chování ovlivňovalo možnost navrhovatele podat v elektronické aukci novou aukční hodnotu.
98. Ač tedy následně navrhovatel označuje námitky jako směřující proti vyjádření, z obsahu těchto námitek nevyplývá, že by ve svém základu směřovaly ke skutečnosti, že k domnělému porušení zákona ze strany zadavatele došlo úkonem oznamovaným ve vyjádření. Ačkoli navrhovatel nesouhlasí se závěrem zadavatele uvedeným ve vyjádření, obsah námitek a označené porušení zákona navrhovatelem jednoznačně cílí již na průběh elektronické aukce. Navrhovatel, obdobně jako v rámci podaného podnětu, brojí proti samotnému průběhu zadávacího řízení, konkrétně proti průběhu elektronické aukce, který neshledává transparentním. Hlavní myšlenkou navrhovatele vyjádřenou prostřednictvím námitek proti vyjádření, je především záměr, aby „*finálních aukčních hodnot bylo dosaženo korektním a transparentním způsobem*“. Nelze tak souhlasit s tvrzením, že o porušení zákona se navrhovatel dozvěděl až na základě vyjádření, za situace, kdy navrhovatel spatřuje porušení zákona v netransparentním průběhu elektronické aukce.
99. Vzhledem ke skutečnosti, že námitky proti vyjádření ve své podstatě směřují (obdobně jako podaný podnět) proti průběhu elektronické aukce, když navrhovatel v námitkách proti vyjádření uvádí domněnku, že zadavatel „*nezajistil prostřednictvím elektronického nástroje transparentní průběh elektronické aukce*“, a navrhovatel měl zjevně pochyb o řádném průběhu elektronické aukce již v den jejího konání, dnem rozhodným pro počátek běhu lhůty pro podání námitek proti průběhu elektronické aukce, tedy v šetřeném případě lhůty dle § 242 odst. 1 zákona, byl den konání předmětné aukce, kdy navrhovatel získal pochyb o jejím řádném (transparentním) průběhu, tedy den 25. 7. 2018.
100. Chtěl-li navrhovatel brojit proti skutečnostem vyvstalým v průběhu zadávacího řízení prostřednictvím prvotního nástroje procesní obrany vymezeného zákonem, tedy námitkami, byl povinen za účelem jejich podání dodržet veškeré zákonem stanovené náležitosti, a to i zákonem určenou lhůtu v délce 15 dní. V šetřeném případě, vzhledem k obsahu podaných námitek (směřujících proti průběhu elektronické aukce), poslední den této zákonné lhůty připadl na 9. 8. 2018. Do této doby však navrhovatel žádné námitky zadavateli nedoručil, přičemž ani na základě výše uvedeného nelze učinit závěr, že by předmětný podnět měl zastupovat řádné podání námitek.
101. Z výše uvedeného je tudíž zřejmé, že navrhovatel námitky směřující proti průběhu elektronické aukce neuplatnil u zadavatele včas, tedy ve lhůtě do 9. 8. 2018, protože nesplnil

jednu ze základních podmínek pro podání návrhu u Úřadu, již je právě řádné a včasné podání námitek.

102. Úřad pro úplnost dodává, že si je vědom skutečnosti, že navrhovatel v čl. III. námitek proti vyjádření reaguje na jednotlivé body šetření zadavatele uvedené v rámci vyjádření. Mimo to, že mnohé skutečnosti zde uvedené mohl navrhovatel zadavateli předložit bez ohledu na obsah vyjádření, podstatnou skutečností zůstává, že hlavní rovina námitek proti vyjádření, tedy porušení zákona, směřuje již do samotného průběhu elektronické aukce.
103. Předmětná argumentace mezi zadavatelem a navrhovatelem (vyplývající z vyjádření a námitek proti vyjádření) se opět týká převážně možných důvodů a okolností navrhovatelem již v podnětu uvedeném nestandardním chování elektronického nástroje a následného neakceptování hodnoty zadané navrhovatelem. Daná argumentace by však měla možnost se rozvinout i v rámci vypořádání včasně podaných námitek, popř. v následném návrhovém řízení u Úřadu. Úřad proto závěrem ve vztahu k institutu námitek opětovně připomíná (blíže viz bod 84. odůvodnění tohoto usnesení), že s ohledem na zákonem koncipovanou souslednost jednotlivých kroků v zadávacím řízení, je třeba tohoto ochranného prostředku využít bezprostředně poté (v zákonem stanovené lhůtě), co byla zjištěna případná pochybení zadavatele, a to za účelem zachování transparentního a efektivního procesu zadávání veřejných zakázek, tzn., aby bylo mj. zabráněno zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu námitek, jež mohly být v návaznosti na dané úkony smysluplně uplatněny dříve, tedy bez zbytečného odkladu. Pokud by Úřad akceptoval přístup uplatněný navrhovatelem, stal by se postup podávání námitek zcela nepřehledným, jelikož by se faktický okamžik zjištění navrhovatele o domnělém porušení zákona ze strany zadavatele mohl účelově posouvat v čase skrze využití zákonem neupravených „procesních“ úkonů. S jejich existencí však zákon nespojuje žádné právní účinky z hlediska zachování/posouvání lhůt pro podání řádných námitek, a tudíž nemohou nahradit zákonem předjímané prostředky ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele.
104. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nevyužil v zákonné lhůtě primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy podání námitek, nezbývá Úřadu než v souladu s výše uvedeným ustanovením § 257 písm. h) zákona správní řízení zastavit, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno. Podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení

o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Mgr. Michal Mazel, advokát, Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2
2. JUDr. Pavel Zajíc, advokát, Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava

Vypraveno dne:

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