



UOHSX00HD8TF

USNESENÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0113/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-11432/2023/500

Brno 22. 3. 2023

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 16. 2. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – město,
- navrhovatel – 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 7. 2. 2019 Mgr. Martinem Dolečkem, advokátem, ev. č. ČAK 10533, Sokol, Novák, Trojan, Doleček a partneři, advokátní kancelář s.r.o., IČO 24196509, se sídlem Na strži 2102/61a, Krč, 140 00 Praha 4,
- vybraný dodavatel – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, Chodov, 148 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Mobilní hlasové a datové služby pro statutární město Brno, městské části města Brna a organizace města Brna“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 5. 2022 pod ev. č. zakázky Z2022-019628, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2022 pod ev. č. 2022/S 100-277222, ve znění pozdějších oprav,

vydává toto:

usnesení:

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Stodůlky, 155 00 Praha 5 – ze dne 16. 2. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – město – učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Mobilní hlasové a datové služby pro statutární

město Brno, městské části města Brna a organizace města Brna“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 5. 2022 pod ev. č. zakázky Z2022-019628, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2022 pod ev. č. 2022/S 100- 277222, ve znění pozdějších oprav, **se podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – město (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle § 56 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 19. 5. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Mobilní hlasové a datové služby pro statutární město Brno, městské části města Brna a organizace města Brna“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 5. 2022 pod ev. č. zakázky Z2022-019628, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2022 pod ev. č. 2022/S 100- 277222, ve znění pozdějších oprav (dále jen „zadávací řízení“).
2. Předmětem zadávacího řízení je dle bodu 3.1. zadávací dokumentace ze dne 19. 5. 2022 (dále jen „zadávací dokumentace“) uzavření rámcové dohody na následné poskytování mobilních hlasových a datových služeb a zajištění všech činností souvisejících se zajištěním požadovaných služeb.
3. Předpokládaná hodnota plnění činí dle bodu 3.3. zadávací dokumentace 19 200 000 Kč bez DPH.
4. Zadavatel si v bodě 11. zadávací dokumentace vyhradil, že v souladu s ust. § 120 odst. 1 zákona po hodnocení nabídek na uzavření rámcové dohody provede elektronickou aukci.
5. Zadavatel stanovil v bodě 16. zadávací dokumentace lhůtu pro podání nabídek do 23. 6. 2022, 10:00 hod., kterou následně opakovaně prodloužil až do 4. 7. 2022, 10:00 hod.
6. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek dvě nabídky, a to od navrhovatele – 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 7. 2. 2019 Mgr. Martinem Dolečkem, advokátem, ev. č. ČAK 10533, Sokol, Novák, Trojan, Doleček a partneři, advokátní kancelář s.r.o., IČO 24196509, se sídlem Na strži 2102/61a, Krč, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“), a vybraného dodavatele – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, Chodov, 148 00 Praha 4 (dále jen „vybraný dodavatel“).
7. Přípisem ze dne 11. 7. 2022 zadavatel vyzval navrhovatele a vybraného dodavatele k podání nových aukčních hodnot do elektronické aukce (dále jen „výzva k účasti v e-aukci“).

8. Elektronická aukce se uskutečnila dne 14. 7. 2022 v čase od 10:00 do 10:40 hod., jak vyplývá z protokolu o průběhu elektronické aukce ze dne 14. 7. 2022 (dále jen „protokol o průběhu elektronické aukce“).
9. Zadavatel na základě výsledku elektronické aukce vyhodnotil, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku předložil vybraný dodavatel. Oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 12. 2022 (dále jen „oznámení o výběru dodavatele“) zadavatel odeslal vybranému dodavateli téhož dne a navrhovateli dne 12. 1. 2023.
10. Dne 25. 1. 2023 navrhovatel podal proti oznámení o výběru ze dne 22. 12. 2022 námitky (dále jen „námitky“).
11. Zadavatel části námitek vyhověl a dne 2. 2. 2023 zaslal vybranému dodavateli a navrhovateli nové oznámení o výběru z téhož dne, ve zbylé části zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 9. 2. 2023 jako opožděné odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).
12. Dne 16. 2. 2023 podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

13. Navrhovatel má za to, že zadavatel postupoval v souvislosti s oznámením o výběru dodavatele, jakož i s hodnocením nabídek v rozporu se zákonem. Navrhovatel předně uvádí, že elektronická aukce, jejímž prostřednictvím byly hodnoceny nabídky a na jejímž základě bylo rozhodnuto o výběru, byla provedena v rozporu se zadávacími podmínkami, neboť navrhovateli bylo znemožněno reagovat na nabídku, resp. nově zadané aukční hodnoty jiného dodavatele.
14. Navrhovatel uvádí, že ačkoliv došlo k zadání nových aukčních hodnot těsně před ukončením posledního kola elektronické aukce, k prodloužení aukčního kola již nedošlo a navrhovatel nemohl reagovat na zadané aukční hodnoty jiného účastníka, v důsledku čehož přišel o dosavadní prvenství v elektronické aukci. Takové ukončení elektronické aukce je dle navrhovatele v rozporu s uživatelskou příručkou, kterou dle navrhovatele zadavatel učinil součástí zadávacích podmínek a tato rovnocenně doplňovala informace ohledně průběhu e-aukce uvedené v zadávací dokumentaci a výzvě k účasti v e-aukci. V této souvislosti navrhovatel zmiňuje možné porušení ust. § 120 odst. 4 písm. d) a e) zákona, § 36 odst. 3 zákona a porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek.
15. Navrhovatel dále poukazuje na netransparentnost a nezákonnost průběhu hodnocení prostřednictvím elektronické aukce, když dle zadávacích podmínek měl mít v celém průběhu elektronické aukce informaci o svém aktuálním pořadí na základě zadaných aukčních hodnot, což se nestalo, neboť se informaci o tom, že jeho nabídka je druhá v pořadí, dozvěděl až v okamžiku zadání posledních aukčních hodnot. Dle navrhovatele tak elektronický nástroj, ve kterém elektronická aukce probíhala, nezobrazoval průběh elektronické aukce správně.
16. K nefunkčnosti elektronického nástroje navrhovatel dále doplňuje, že tento neaktualizoval všechny navrhovatelem změněné aukční hodnoty, což se promítlo i do celkového výsledku hodnocení nabídek. Navrhovatel uvádí, že dle protokolu o průběhu elektronické aukce provedl

v rámci posledního příhozu změnu u položek „Datový tarif s FUP 10 GB“, „Datový tarif s FUP 5 GB“ a „Datový tarif s FUP 500 GB“, přestože ve skutečnosti navrhovatel změnil hodnotu rovněž u položky „Tarif s vnitrostátním neomezeným voláním a SMS v rámci ČR a provozem v rámci EU“.

17. Navrhovatel požaduje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení výběru dodavatele a úkonů spojených s hodnocením nabídek prostřednictvím elektronické aukce, případně aby zrušil celé zadávací řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo dne 16. 2. 2023, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
19. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.
20. Zahájení správního řízení Úřad oznámil jeho účastníkům dne 17. 2. 2023.
21. Dne 23. 2. 2023 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“).

Vyjádření zadavatele

22. Zadavatel předně uvádí, že návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, proto by měl Úřad správní řízení podle § 257 písm. h) zákona zastavit.
23. K první části návrhu, ve které navrhovatel namítá rozpor elektronické aukce, resp. způsob jejího ukončení se zadávacími podmínkami, zadavatel uvádí, že přestože navrhovatel formálně brojí proti rozhodnutí o výběru, obsahově jsou námitky totožné s námitkami podanými dne 15. 7. 2022, na jejichž základě bylo následně Úřadem zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad potvrdil správnost postupu zadavatele v souvislosti s odmítnutím námitek, přičemž tento závěr potvrdil i předseda Úřadu.
24. Zadavatel pokračuje, že pokud měl navrhovatel pochybnosti o jednoznačnosti či srozumitelnosti zadávacích podmínek, mohl využít institutu vysvětlení zadávací dokumentace, případně směřovat námitky proti zadávacím podmínkám a tyto uplatnit do skončení lhůty pro podání nabídek.
25. K tvrzené nefunkčnosti elektronického nástroje, v jehož rámci proběhla elektronická aukce, zadavatel konstatuje, že již v rozhodnutí o námitkách uvedl, že navrhovatel měl možnost se s hodnotami jiného účastníka elektronické aukce seznámit, přičemž tato skutečnost byla zadavateli potvrzena provozovatelem elektronického nástroje, jehož vyjádření si zadavatel vyžádal pro posouzení námitek. Zadavatel dále doplňuje, že účastníci zadávacího řízení byli ve výzvě k účasti v e-aukci ze strany zadavatele upozorněni a bylo jim výslovně doporučeno, aby nenechávali snížení hodnoty na poslední vteřiny ostrého kola elektronické aukce.

26. K námitce, že elektronický nástroj neprovedl změnu hodnot u všech navrhovatelem zadávaných položek, zadavatel uvádí, že tuto skutečnost rovněž ověřoval u provozovatele elektronického nástroje, který potvrdil jeho správné fungování. Zadavatel pokračuje, že přestože byl navrhovateli protokol o průběhu elektronické aukce k dispozici bezprostředně po jejím ukončení, rozporuje průběh elektronické aukce bezmála 200 dní od jejího konání, tedy opožděně.

Další průběh správního řízení

27. Usnesením ze dne 28. 2. 2023 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
28. Dne 6. 3. 2023 požádal Úřad společnost QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Heršpická 813/5, Štýřice, 639 00 Brno (dále jen „společnost QCM, s.r.o.“), jakožto dodavatele systémů pro správu veřejných zakázek včetně elektronického nástroje E-ZAK, v jehož rámci proběhla elektronická aukce, o poskytnutí stanoviska, přičemž požadoval sdělit, „*[j]aké informace o předmětné elektronické aukci navrhovatel (Vodafone Czech Republic a.s.) v E-ZAKu viděl bezprostředně po jejím ukončení*“ a „*zda a kdy si navrhovatel zobrazil protokol o průběhu e-aukce*“.
29. Dne 13. 3. 2023 společnost QCM, s.r.o., Úřadu zaslala obraz z testovacího rozhraní elektronické aukce, na kterém byla zobrazena aukční síň v případě již skončené e-aukce. Společnost QCM, s.r.o., uvedla, že „*[v]zhled a funkcionalita aukční síně závisí na několika faktorech:*
- *zda aukce právě probíhá, nebo již byla ukončena,*
 - *zda má uživatel oprávnění pouze pozorovat průběh aukce, nebo zda může také měnit aukční hodnoty své nabídky*
 - *jaké údaje o průběhu e-aukce zadavatel zpřístupnil.*

Přihlášený uživatel zde vidí tučně zvýrazněnou svou nabídku a pořadí, na kterém se umístil v rámci dané e-aukce. Pokud to zadavatel připustil, jsou vidět též nabídky ostatních účastníků, hodnoty vítězné nabídky a nejlepší aukční hodnoty dosažené v jednotlivých kritériích. Na detailu ukončené e-aukce si uživatel může zobrazit Protokol e-aukce – historii změn aukčních hodnot své nabídky.“ Společnost QCM, s.r.o., Úřadu dále sdělila, že navrhovatel si zobrazil protokol o průběhu elektronické aukce v čase „2022-07-14 10:46:10.337967“ a „2022-08-12 16:22:42.418579“.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

30. Úřad před samotným posouzením merita věci ověřoval, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, proto nezbývá, než správní řízení podle § 257 písm. h) zákona zastavit. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

31. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona pro účely tohoto zákona se rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
 1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
32. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
33. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
34. Podle § 120 odst. 1 zákona zadavatel si může v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo ve výzvě k podání žádosti o účast podle § 58 odst. 5 zákona vyhradit, že po hodnocení nabídek provede elektronickou aukci. V takovém případě zadavatel postupuje v zadávacím řízení tak, aby se do ukončení elektronické aukce nemohli její účastníci vzájemně identifikovat.
35. Podle § 120 odst. 4 zákona při využití elektronické aukce musí zadavatel v zadávací dokumentaci uvést alespoň
 - a) kritéria hodnocení, která lze vyjádřit v číslech a jejichž hodnoty budou předmětem elektronické aukce,
 - b) případná omezení hodnot nabídek účastníků zadávacího řízení odpovídajících kritériím hodnocení podle písmene a), které budou předkládat v průběhu elektronické aukce,
 - c) informace, které budou účastníkům zadávacího řízení poskytnuty v průběhu elektronické aukce, případně údaj o tom, kdy jim takové informace budou poskytnuty,
 - d) informace týkající se postupu při elektronické aukci včetně způsobu jejího ukončení podle § 121 odst. 8 zákona,
 - e) podmínky, za kterých budou účastníci zadávacího řízení 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 použitého elektronického nástroje a další technické informace nezbytné pro elektronickou komunikaci.
36. Podle § 121 odst. 7 zákona po celou dobu elektronické aukce je zadavatel povinen účastníkovi elektronické aukce zpřístupnit informaci o jeho aktuálním pořadí. Pokud si to zadavatel vyhradil v zadávací dokumentaci a určil způsob poskytnutí informací, může poskytovat také informace o aukčních hodnotách nebo o počtu účastníků aukce. Zadavatel může účastníkům elektronické aukce kdykoli v průběhu elektronické aukce oznámit počet účastníků elektronické aukce.

37. Podle § 121 odst. 8 zákona elektronická aukce končí
- uplynutím předem stanovené doby,
 - pokud zadavatel neobdrží po předem stanovenou dobu nové aukční hodnoty, které by měnily pořadí nabídek, nebo
 - byl-li vyčerpán předem stanovený počet aukčních kol.
38. Podle § 123 zákona zadavatel odešle bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacích řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení
- zpráva o hodnocení nabídek, pokud proběhlo hodnocení nabídek,
 - výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat
 - seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a
 - u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 zákona, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,
 - seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a) zákona,
 - výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b) zákona.
39. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
40. Podle § 241 odst. 2 zákona námitky podle odstavce 1 cit. ustanovení zákona se podávají písemně a lze je podat proti
- všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
41. Podle § 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.
42. Podle § 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.
43. Podle § 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.

44. Podle § 242 odst. 4 zákona, pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
45. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Zjištěné skutečnosti

46. Dle bodu 11.4. zadávací dokumentace „*[v] průběhu elektronické aukce účastník zadávacího řízení uvidí své momentální pořadí a momentálně nejlepší aukční hodnotu, případně další informace o dotčených cenách nebo hodnotách, a to způsobem stanoveným ve výzvě k účasti v elektronické aukci*“.
47. Dle bodu 11.7. zadávací dokumentace „*[v]eškeré informace nezbytné pro individuální připojení k elektronickému nástroji použitému pro provedení elektronické aukce, datum a čas zahájení elektronické aukce, případně další informace týkající se postupu při elektronické aukci a jejího nastavení, budou uvedeny ve výzvě k účasti v elektronické aukci, která bude odeslána elektronicky nejpozději 2 pracovní dny před zahájením elektronické aukce všem účastníkům zadávacího řízení, kteří nebyli vyloučeni ze zadávacího řízení před odesláním výzvy k účasti v elektronické aukci*“.
48. Dle bodu 11.8. zadávací dokumentace „*[e]lektronická aukce se bude skládat z 1 aukčního kola. Délka aukčního kola bude 15 minut s tím, že pokud v posledních 5 minutách aukčního kola podá některý účastník zadávacího řízení nižší aukční hodnotu pro příslušnou jednotkovou cenu, než je doposud nejnižší aukční hodnota, bude aukční kolo prodlouženo vždy o 5 minut, a to nejvíce pětkrát*“.
49. Dle bodu 11.9. zadávací dokumentace „*[e]lektronická aukce končí*
- a) *uplynutím předem stanovené doby,*
 - b) *pokud centrální zadavatel neobdrží po předem stanovenou dobu nové aukční hodnoty, které by měnily pořadí nabídek, nebo*
 - c) *byl-li vyčerpán předem stanovený počet aukčních kol*“.
50. Dle bodu 11.12. zadávací dokumentace „*[ú]častník zadávacího řízení je povinen před zahájením vlastní elektronické aukce provést registraci a ověření technických prostředků a připojení a seznámit se s ovládáním ve zkušební aukční síni, která bude zpřístupněna od okamžiku odeslání výzvy k účasti v elektronické aukci, a případné problémy ohlásit na kontaktní adrese uvedené ve výzvě k účasti v elektronické aukci. Na pozdější technické problémy zjištěné na straně účastníka zadávacího řízení nebude brán zřetel*“.
51. Dle bodu 11.14. zadávací dokumentace „*[b]ližší podrobnosti k průběhu, pravidlům a podmínkám elektronické aukce jsou uvedeny v Uživatelské příručce pro dodavatele systému E-ZAK dostupné na <https://ezak.e-tenders.cz/data/manual/EZAK-Manual-Dodavatele.pdf> a budou účastníkům zadávacího řízení poskytnuty ve výzvě k účasti v elektronické aukci a prostřednictvím elektronického nástroje*“.

52. Dle bodu 2. „Datum a čas zahájení elektronické aukce, trvání elektronické aukce“ výzvy k účasti v e-aukci „[e]lektronická aukce se bude skládat z jednoho aukčního kola a bude zahájena dne 14. 7. 2022 v 10:00 hod. Své nové aukční hodnoty může účastník vkládat v tento den od uvedeného času v základním ostrém kole, které potrvá minimálně 15 min s tím, že pokud v posledních 5 minutách aukčního kola podá některý účastník zadávacího řízení nižší aukční hodnotu pro příslušnou jednotkovou cenu, než je doposud nejnižší aukční hodnota, bude aukční kolo prodlouženo vždy o 5 minut, a to nejvíce pětkrát.

Elektronická aukce končí po vypršení základního času ostrého kola, respektive času posledního prodloužení.

Zadavatel upozorňuje a doporučuje nenechávat snížení hodnoty na poslední vteřiny ostrého kola elektronické aukce. Dle rychlosti a stability konektivity internetového připojení účastníka nemusí dojít k řádnému přenesení nové hodnoty do řídicího serveru elektronického nástroje E-ZAK. (...)

53. Dle bodu 5. „Další informace“ výzvy k účasti v e-aukci „[p]o ukončení elektronické aukce bude automaticky elektronickým nástrojem E-ZAK vygenerován protokol o průběhu elektronické aukce s konečným pořadím jednotlivých účastníků, ve kterém budou uvedeny konečné celkové nabídkové ceny účastníků.“
54. Z protokolu o průběhu elektronické aukce vyplývá, že navrhovatel provedl v čase 10:39 změnu hodnot u položek „Datový tarif s FUP 10 GB“, „Datový tarif s FUP 5 GB“ a „Datový tarif s FUP 500 MB“.

Posouzení věci Úřadem

55. Úřad předně považuje za vhodné uvést, že v oblasti zadávání veřejných zakázek a přezkumu postupu zadavatelů je obecně kladen vysoký důraz na efektivitu vedených řízení (mimo jiné i s ohledem na to, že správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele fakticky zadávací proces zastavuje, resp. zdržuje), což se projevuje mimo jiné v důrazu na to, aby byly konkrétní skutkové okolnosti a námitky prezentovány ve lhůtách k tomu určených (jinými slovy řečeno, aby si dotčené subjekty svévolně nenechávaly argumenty skryté „na potom“ a pomocí jejich uplatňování v následných fázích ať již zadávacího, nebo správního řízení procesní postup zpomalovaly či blokovaly).
56. Jednou z podmínek pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele je řádné a včasné podání námitek (nejedná-li se o návrh na zákaz plnění smlouvy ve smyslu § 254 zákona). Platí, že námitky jsou primárním institutem ochrany dodavatele před nezákonným postupem zadavatele, kterým zadavatel dostává možnost na namítané skutečnosti reagovat. Návrh je až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele. Pokud tedy navrhovatel před podáním návrhu nevyužije možnosti podání námitek se všemi zákonnými náležitostmi, není oprávněn domáhat se návrhem ochrany svých práv před Úřadem. K tomu Úřad podotýká, že řádnost a včasnost podaných námitek je nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůt pro jejich podání.
57. Zákon pro podání námitek vymezuje konkrétní časové okamžiky v průběhu zadávacího řízení, v jejichž rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k jejich podání. Každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té

kteří fázi zadávacího řízení, ve které se předmětné zadávací řízení nachází. 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. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele, neboť si nelze představit situaci, kdy např. v pokročilé či závěrečné fázi zadávacího řízení, kdy má dojít k provedení výběru dodavatele, budou rozporovány zadávací podmínky, podle kterých celé zadávací řízení probíhalo (viz k tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 1. 2011). Přestože se uvedený rozsudek vztahuje ke starší právní úpravě v podobě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze jeho závěry bez pochyby aplikovat i ve vztahu k zákonu.

58. Optikou výše uvedeného Úřad nazíral na námítky uplatněné navrhovatelem v šetřeném případě. Byť navrhovatel formálně označuje návrh (potažmo námítky) tak, že směřuje proti výběru dodavatele, fakticky námítky navrhovatele směřují proti průběhu elektronické aukce, přičemž rovněž otevírají otázku vymezení způsobu ukončení elektronické aukce v zadávacích podmínkách. Navrhovatel tak návrhem nerozporuje postup zadavatele v souvislosti s výběrem dodavatele, nýbrž úkony, které výběru dodavatele předcházely. K tomu Úřad opakuje, že veškeré námítky musejí být uplatňovány ve lhůtách k tomu určených, tzn., že samotný úkon spočívající v rozhodnutí o výběru, o němž má zadavatel povinnost účastníky řízení informovat prostřednictvím oznámení o výběru, stěžovateli neotevírá možnost rozporovat veškeré předcházející úkony, které k tomuto výběru vedly, neboť tyto měly být rozporovány ve lhůtách k tomu určených, pakliže byly stěžovateli známy.
59. V této souvislosti Úřad rekapituluje základní milníky průběhu zadávacího řízení, které jsou rozhodné pro posouzení včasnosti navrhovatelem uplatněných námitek. Lhůta pro podání nabídek byla v šetřeném případě prodloužena do 4. 7. 2022, 10:00 hod. Elektronická aukce proběhla dne 14. 7. 2022 v čase od 10:00 do 10:40 hod., přičemž účastníkům elektronické aukce byl k dispozici protokol o průběhu elektronické aukce, který si navrhovatel zobrazil dne 14. 7. 2022. Zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, přičemž oznámení o výběru doručil navrhovateli dne 12. 1. 2023.
60. První okruh námitek (konkrétně body 5. – 27. námitek) spočívá v tvrzení, že elektronická aukce byla ukončena jinak, než bylo stanoveno v zadávacích podmínkách, resp. v uživatelské příručce, na kterou zadávací podmínky odkazovaly. Způsob ukončení elektronické aukce dle navrhovatele nebyl v zadávacích podmínkách vymezen zcela jasně a srozumitelně.
61. Co se týče údajné nejasnosti ve vymezení způsobu ukončení elektronické aukce v zadávacích podmínkách, k tomu Úřad uvádí, že tyto námítky navrhovatele byly již Úřadem řešeny v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0349/2022/VZ, ve kterém Úřad nad rámec procesního zastavení správního řízení rovněž konstatoval, že „dotčené zadávací podmínky upravující ukončení elektronické aukce byly v zadávací dokumentaci vymezeny jasně a srozumitelně“. Na závěry Úřadu učiněné v usnesení č. j. ÚOHS-31217/2022/500 ze dne 8. 9. 2022, jehož správnost byla potvrzena i rozhodnutím předsedy Úřadu¹, tak Úřad v plném rozsahu odkazuje i ve vztahu k právě řešenému. Pakliže navrhovatel měl za to, že prodloužení

¹ sp. zn. ÚOHS-R0131/2022/VZ, č. j. ÚOHS-40068/2022/161 ze dne 18. 11. 2022

aukčního kola maximálně pětkrát odporuje zákonu, měl tuto skutečnost namítat ve lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona, tedy nejpozději do 4. 7. 2022, 10:00 hod.

62. Co se týče tvrzení, že elektronická aukce měla být ukončena v rozporu se zadávacími podmínkami (ačkoliv se tak vzhledem k výše uvedenému nestalo), nejedná se o skutečnost, se kterou by byl navrhovatel seznámen až v okamžiku doručení oznámení o výběru dodavatele, nýbrž o skutečnost, která byla nepochybně zřejmá ihned po ukončení elektronické aukce, které se navrhovatel aktivně účastnil, tedy dne 14. 7. 2022. Pokud chtěl navrhovatel účinně rozporovat způsob ukončení elektronické aukce ve smyslu rozpornosti se zadávacími podmínkami, měl tak učinit ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona, tedy nejpozději do 29. 7. 2022.
63. K obdobnému závěru Úřad dospěl i při posuzování včasnosti námitek rozporujících funkčnost elektronického nástroje, v jehož rámci elektronická aukce probíhala. Sám navrhovatel uvádí, že se informaci o tom, že je jeho nabídka až druhá v pořadí, dozvěděl v okamžiku zadání posledních aukčních hodnot, přestože byl předtím vyobrazen v rámci aukčního systému jako první v pořadí. Společnost QCM, s.r.o., Úřadu rovněž potvrdila, že pořadí, na kterém se dodavatel umístil, je dodavateli známo bezprostředně po ukončení elektronické aukce. Je tedy s podivem, že s uplatněním těchto námitek navrhovatel vyčkával až do okamžiku oznámení o výběru dodavatele, tedy cca půl roku po ukončení elektronické aukce. Včasné uplatnění předmětné námitky mělo proběhnout rovněž ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona, tedy nejpozději do 15 dnů ode dne ukončení elektronické aukce, tj. do 29. 7. 2022.
64. Co se týče toho, že elektronický nástroj v souvislosti se zadáním posledních aukčních hodnot navrhovatelem neaktualizoval všechny jím změněné položky, Úřad uvádí, že historie změn aukčních hodnot v nabídce, resp. jednotlivých položek, je zachycena v protokolu o průběhu elektronické aukce. Z protokolu o průběhu elektronické aukce vyplývá, že navrhovatel změnil hodnoty pouze u tří položek (viz výše v bodě 54. odůvodnění tohoto usnesení). Společnost QCM, s.r.o., Úřadu sdělila, že si navrhovatel, resp. osoba navrhovatele, která prováděla změny aukčních hodnot², protokol o průběhu elektronické aukce poprvé zobrazila dne 14. 7. 2022 v čase 10:46. Pokud tedy elektronický nástroj neprovedl změnu u čtyř položek, jak uvádí navrhovatel, nýbrž změnil pouze tři, měl navrhovatel tuto skutečnost rozporovat opět ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona, tedy nejpozději do 29. 7. 2022.
65. Závěrem Úřad shrnuje, že ačkoliv navrhovatel námitky podané ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona formálně označil tak, že tyto směřují proti oznámení o výběru dodavatele, po posouzení jejich obsahu je nutno dojít k závěru, že navrhovatel rozporuje jednak zadávací podmínky (které měly být rozporovány nejpozději ve lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona) a jednak průběh elektronické aukce, tedy skutečnosti, se kterými byl prokazatelně obeznámen již dne 14. 7. 2022, tj. bezprostředně po ukončení elektronické aukce a tyto měl tedy účinně rozporovat ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona, tj. do 29. 7. 2022. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad dospěl k závěru, že nebyla splněna podmínka pro vedení správního řízení, neboť námitky navrhovatele byly podány opožděně, proto Úřad rozhodl o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.
66. Pro úplnost Úřad poznamenává, že z důvodu procesní ekonomie již považoval za neúčelné stanovit účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261

² Jak vyplývá z čestného prohlášení ze dne 23. 1. 2023, které bylo přílohou námitek – pozn. Úřadu.

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, účastníkům řízení mohlo způsobit toliko zbytečné náklady, aniž by takové vyjádření mohlo ovlivnit výsledek správního řízení. Z toho důvodu Úřad lhůtu podle § 261 odst. 3 zákona účastníkům řízení nestanovil.

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, Černá Pole, 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

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží:

1. statutární město Brno, Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – město
2. Mgr. Martin Doleček, advokát, Na strži 2102/61a, Krč, 140 00 Praha 4
3. T-Mobile Czech Republic a.s., Tomíčkova 2144/1, Chodov, 148 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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