



UOHSX0039H8N

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R63/2010/VZ-16790/2010/310/PMo

V Brně dne: 8.11.2010

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 25.5.2010 zadavatelem –

- **Všeobecnou zdravotní pojišťovnou České republiky**, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 – Vinohrady, IČ 41197518, za niž jedná MUDr. Pavel Horák, CSc., MBA, ředitel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2010, č. j. ÚOHS-S44/2010/VZ-3146/2010/540/VKu, o přezkoumání úkonů zadavatele –

Všeobecné zdravotní pojišťovny České republiky, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 – Vinohrady, IČ 41197518, za niž jedná MUDr. Pavel Horák, CSc., MBA, ředitel,

jehož dalším účastníkem správního řízení je společnost –

- **T-Mobile Czech Republic a.s.**, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, IČ 64949681, za niž jedná Philipp Humm, předseda představenstva, a Terrence Edward Valeski, místopředseda představenstva,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Poskytování mobilních telekomunikačních služeb**“ zadávané dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25.8.2009 pod evidenčním číslem 60035415 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.8.2009 pod evidenčním číslem 2009/S 163-236698,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2010, č.j. ÚOHS-S44/2010/VZ-3146/2010/540/VKu

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 – Vinohrady, IČ 41197518, za niž jedná MUDr. Pavel Horák, CSc., MBA, ředitel (dále jen "zadavatel"), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Poskytování mobilních telekomunikačních služeb" (dále jen „veřejná zakázka“), a to v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25.8.2009 pod evidenčním číslem 60035415 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26.8.2009 pod evidenčním číslem 2009/S 163-236698.
2. Zadavatel vymezil předmět plnění dané veřejné zakázky v článku 2.1 zadávací dokumentace jako uzavření smlouvy na poskytování hlasových telekomunikačních služeb prostřednictvím GSM sítě mobilního operátora a mobilních datových služeb. V článku 6 přílohy č. 1 zadávací dokumentace stanovil zadavatel následující podmínku: "Stávající závazky z důvodu dotace mobilních služeb budou k předpokládanému termínu zahájení plnění, tj. k 1.1.2010 ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH. Uchazeč se zavazuje uhradit stávajícímu operátorovi do 30 dnů od podpisu smlouvy tuto částku za dotované tarify, které byly poskytnuté ke službám (smlouvám), jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena (nedošlo ke splnění závazku → zadavatel musí uhradit smluvní pokutu)".
3. Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky s tím, že zadavatel stanovil následující dílčí hodnotící kritéria: 1. "Celková nabídková cena bez DPH" (s vahou 65 %), 2. "Úroveň zákaznické podpory" (s vahou 15 %), a 3. "Datové služby" (s vahou 20 %). Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 24.9.2009 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem tři nabídky, a sice nabídku společnosti Vodafone Czech Republic, a.s., se sídlem Vinohradská 167, 100 00 Praha, IČ 25788001, za niž jednájí Muriel Anton, předseda představenstva, a Pavel Kos, člen představenstva (dále jen "Vodafone"), dále nabídku společnosti T-Mobile Czech Republic, a.s., se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00

Praha, IČ 64949681, za niž jednájí Philipp Humm, předseda představenstva a Terrence Edward Valeski, místopředseda představenstva (dále jen "vybraný uchazeč") a nabídku společnosti Telefónica O2 Czech Republic, a.s., se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, IČ 60193336, za niž jednájí Salvador Anglada Gonzales, předseda představenstva, a Jesús Pérez de Uriguen, 1. místopředseda představenstva (dále jen "Telefónica").

4. Při otevírání obálek hodnotící komise posoudila všechny tři nabídky z pohledu obsahové úplnosti a konstatovala, že všechny tyto nabídky jsou obsahově úplné ve smyslu § 71 odst. 8 zákona. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 1.10.2009 a ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že na základě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky se na prvním pořadí umístila nabídka vybraného uchazeče. Hodnotící komise poté posuzovala nabídky z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách s tím, že žádnou z nabídek nevyřadila z dalšího posuzování a hodnocení. Dne 8.10.2009 zadavatel na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Dne 18.11.2009 byla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva.
5. Na základě obdrženého podnětu v závislosti na výše uvedených skutečnostech získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") pochybnosti, zda zadavatel při stanovení podmínky úhrady smluvní pokuty vybraným uchazečem stanovené v článku 6 přílohy č. 1 zadávací dokumentace postupoval v souladu s ust. § 6 a § 45 odst. 3 zákona. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S44/2010/VZ-1995/2010/540/VKu ze dne 12.2.2010 a téhož dne vydal usnesení č. j. ÚOHS-S44/2010/VZ-2012/2010/540/VKu, kterým stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Oba účastníci správního řízení obdrželi oznámení o jeho zahájení dne 16.2.2010, a tímto dnem tak bylo zahájeno správní řízení z moci úřední.

Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30.4.2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S44/2010/VZ-3146/2010/540/VKu, v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 45 odst. 3 zákona, když určitému dodavateli zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že v článku 6 přílohy č. 1 zadávací dokumentace stanovil povinnost uchazeče, jehož nabídka bude v zadávacím řízení vybrána jako nejvhodnější, uhradit stávajícímu poskytovateli telekomunikačních služeb částku ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH za dotované mobilní služby, které byly poskytnuty ke stávajícím smlouvám, jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 18.11.2009 uzavřena smlouva. Za spáchání tohoto správního deliktu pak Úřad ve výroku II. rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč.
7. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí se Úřad soustředil na otázku stanovení podmínek zadání předmětné veřejné zakázky. Podotkl, že podle ust. § 6 zákona je zadavatel

při postupu podle tohoto zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podle ust. § 45 odst. 1 zákona se pak v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby technickými podmínkami rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem s tím, že podle ust. § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.

8. Dále Úřad poznamenal, že v článku 6 přílohy č. 1 zadávací dokumentace zadavatel stanovil následující podmínku: "Stávající závazky z důvodu dotace mobilních služeb budou k předpokládanému termínu zahájení plnění, tj. k 1.1.2010 ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH. Uchazeč se zavazuje uhradit stávajícímu operátorovi do 30 dnů od podpisu smlouvy tuto částku za dotované tarify, které byly poskytnuté ke službám (smlouvám), jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena (nedošlo ke splnění závazku → zadavatel musí uhradit smluvní pokutu)". Úřad poté poukázal na vyjádření zadavatele ze dne 25.2.2010, ve kterém prakticky výlučně odkazuje na okolnosti zadání předchozí veřejné zakázky z roku 2005 s tím, že podle Úřadu z tohoto vyjádření jednoznačně vyplývá, že předmětná částka se týká plnění, které není předmětem dané veřejné zakázky, ale je závazkem zadavatele z předchozího zadávacího řízení. Zadavatel se k odběru dotovaných mobilních služeb zavázal na základě dřívější veřejné zakázky a jeho tehdejší závazek nelze přenášet na vybraného uchazeče vzešlého z nyní zadávané veřejné zakázky.
9. Pokud se jedná o samotný závazek k odběru dotovaných služeb a s tím spojenou sankci při jeho nedodržení, Úřad uvedl, že takový závazek není v rozporu se zákonem. V rozporu se zákonem však dle Úřadu je přenášení závazku na budoucího vybraného uchazeče v rámci nového zadávacího řízení. Důvody, které zadavatele vedly ke sjednání tohoto závazku s dosavadním poskytovatelem mobilních služeb, nejsou předmětem přezkumu ze strany Úřadu. Navíc se vztahují pouze k předchozímu zadávacímu řízení, pro posouzení předmětné veřejné zakázky jsou proto irelevantní.
10. Zadavatelův požadavek na úhradu uvedené částky vedl k tomu, že jednotliví uchazeči museli předmětnou sumu zakalkulovat do svých nabídkových cen, což potvrdili oba uchazeči, kteří se účastnili zadávacího řízení vedle vybraného uchazeče. Dle Úřadu je proto zřejmé, že zadavatel tak obdržel cenově nadhodnocené nabídky s tím, že pokud by zadávacími podmínkami nepřenesl povinnost úhrady svého vlastního smluvního závazku, který nemá vztah k předmětu dané veřejné zakázky, na potenciálního vybraného uchazeče, mohl obdržet nabídky s podstatně nižší nabídkovou cenou, což podle něj potvrzují i stanoviska uchazečů Vodafone a Telefónica. Svým postupem, kdy zadavatel po budoucím vybraném uchazeči požadoval úhradu za nedodržené závazky stávajícímu poskytovateli, zaručil dosavadnímu poskytovateli služeb konkurenční výhodu. Úřad zdůraznil, že závazek, jehož úhradu zadavatel po budoucím vybraném uchazeči požadoval, zadavateli vznikl uzavřením jednotlivých účastnických smluv o poskytování telekomunikačních služeb během trvání platnosti předchozí smlouvy uzavřené se stávajícím poskytovatelem mobilních služeb dne 30.6.2005 na dobu čtyř let od nabytí její účinnosti. V důsledku toho, že tyto dvouleté individuální

účastnické smlouvy byly uzavřeny v průběhu období platnosti původní smlouvy s dosavadním poskytovatelem uvedených služeb, vznikla současně i povinnost zadavatele čerpat poskytované služby a platit za ně úhrady i po skončení platnosti původní smlouvy.

11. Úřad dále uvedl, že jako následek nedodržení sjednané doby trvání jednotlivých účastnických smluv byla sjednána povinnost zadavatele uhradit stávajícímu poskytovateli smluvní pokutu ve výši zbývajících měsíčních paušálů splatných do konce sjednané doby trvání příslušných účastnických smluv s tím, že neexistuje žádný objektivní důvod, proč by měl zadavatel po uchazečích oprávněně požadovat vyrovnání závazku, který mu vznikl na základě jeho jednání v předchozím smluvním vztahu. Doplnil, že přenášení tohoto závazku na uchazeče je diskriminující a má přímý vliv na zvýšení nabídkových cen předložených jednotlivými uchazeči, kteří zadavatelem stanovenou částku do svých nabídkových cen zakalkulovali. Každý z uchazečů má vlastní cenovou politiku a ceny poskytovaných služeb, byť dotované, jsou do značné míry určovány konkurenčním prostředím na trhu. Zadavatel tak ve skutečnosti nutí ostatní uchazeče, aby od něj "koupili" předmětné dotované mobilní služby, které měly být dodány stávajícím poskytovatelem za jím určené ceny. Tuto situaci přitom způsobil sám zadavatel, když v předchozím období uzavřel jednotlivé účastnické smlouvy. Mohl ji totiž řešit i jiným způsobem, například splacením svých předchozích závazků.
12. Podle dalšího konstatování Úřadu došlo v důsledku postupu zadavatele ke zvýhodnění vybraného uchazeče, který byl rovněž dosavadním poskytovatelem mobilních služeb, a který na rozdíl od ostatních uchazečů nenese v souvislosti s uvedenou podmínkou žádné náklady, neboť závazek z předchozích smluv ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH by měl dle podmínek zadání vybraný uchazeč uhradit sám sobě. To mu umožnilo oproti ostatním uchazečům kalkulovat nižší nabídkovou cenu, což dle Úřadu dokládá jak vyjádření těchto uchazečů, tak i samotný průběh předmětné veřejné zakázky. Následně Úřad odkázal na dokumentaci o dané veřejné zakázce, z níž vyplývá, že vybraný uchazeč nabídl cenu 9 221 386,80,- Kč bez DPH, uchazeč Telefonica 13 036 943,04,- Kč bez DPH a uchazeč Vodafone cenu 29 321 248,80,- Kč bez DPH. Na základě těchto skutečností Úřad uzavřel, že nabídkové ceny ostatních dvou uchazečů jsou oproti nabídkové ceně vybraného uchazeče výrazně vyšší. Zadavatel přitom v rámci vymezení základního hodnotícího kritéria pro zadání veřejné zakázky stanovil nejvyšší váhu (65 %) právě dílčímu hodnotícímu kritériu "Celková nabídková cena bez DPH". Úřad proto neakceptoval názor zadavatele, že jím zvolený postup je v podstatě jedinou možností, jak umožnit soutěž vedoucí ke změně operátora.
13. Následně Úřad zpochybnil námitku zadavatele, že jím zvolený postup zaručuje maximálně hospodárné nakládání s veřejnými prostředky s tím, že zákon podle Úřadu tuto otázku neřeší. Podotkl, že základním cílem zákona je přezkum postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, tedy dodržení závazných pravidel při vynakládání veřejných finančních prostředků. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit řádnou soutěž o předmět veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu je i přezkum Úřadu zaměřen na postup zadavatele podle zákona, tedy postup, který je transparentní a respektující zásady stejného zacházení a zákazu diskriminace.

14. Pokud se jedná o uložení pokuty zadavateli v důsledku naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dle Úřadu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatným způsobem ovlivnit hodnocení nabídek, vzal Úřad při stanovení její výše v potaz cenu dané veřejné zakázky, která činí 10 973 450,29,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty tak činí částku 548 673,- Kč. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v potaz skutečnost, že zadavatel svým postupem přímo ovlivnil výši nabídkových cen jednotlivých uchazečů a narušil tak soutěžní prostředí. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky zaručí konkurenční výhodu některému z dodavatelů, je dle ustálené rozhodovací praxe jedním z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují soutěžní prostředí a narušují hospodářskou soutěž. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci odpovědného subjektu. Z údajů výroční zprávy zadavatele za rok 2008 vyplývá, že v roce 2008 dosahoval příjmů ve výši 141 171,5 mil. Kč a výdajů ve výši 137 099,8 mil. Kč. Před uložení pokuty Úřad zjistil, že v daném případě je splněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona – a sice, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do deseti let ode dne, kdy bylo spácháno. Ke spáchání správního deliktu došlo uzavřením smlouvy dne 18.11.2009 a správní řízení bylo zahájeno dne 16.2.2010. Předmětná lhůta tedy byla zachována.

II. Námitky rozkladu

15. Úřad obdržel proti shora uvedenému rozhodnutí dne 25.5.2010 rozklad, v němž zadavatel napadá předmětné rozhodnutí. V první řadě zpochybňuje konstatování Úřadu, podle kterého požádal o stanovisko pouze uchazeče Telefónica a Vodafone. Ti ve svém vyjádření údajně sdělili, že předmětnou částku 5 202 244,- Kč zahrnuli do své nabídkové ceny. Zadavatel v této souvislosti podotýká, že podobný dotaz nebyl též vznesen na vybraného uchazeče a tak nemohlo být zjištěno, zda i tento uchazeč při kalkulaci nabídkové ceny vzal tuto částku v potaz. Místo toho Úřad automaticky vyvozuje, že by vybraný uchazeč nemusel danou částku zahrnovat do svých cenových kalkulací. Vzhledem k tomu, že podle něj v zadávacích podmínkách požadoval, aby poskytnutý hlasový tarif neobsahoval žádné závazky z jednotlivých účastnických smluv, tak podpisem nové smlouvy na základě veřejné zakázky byly veškeré závazky u stávajícího operátora anulovány, čímž tomuto operátorovi poklesly plánované výnosy v částce 5 202 244,- Kč. Dedukci Úřadu o tom, že porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace proto považuje za neopodstatněnou.
16. Zadavatel dále podotýká, že podnět, na jehož základě bylo předmětné správní řízení zahájeno, podal uchazeč Telefónica, a to nikoliv ve lhůtě 15 dní od okamžiku, kdy se seznámil se zadávacími podmínkami, ale až po rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Samotný podnět byl navíc podán v rámci vyjádření k jinému nesouvisejícímu správnímu řízení vedeném Úřadem. Vzhledem k tomu, že v tomto jiném správním řízení, ve kterém byla řešena stejná otázka jako v nyní šetřeném případě, byl uchazeč Telefónica v pozici vybraného uchazeče a současně stávajícího poskytovatele telekomunikačních služeb, který vůči zadavateli uplatňoval povinnost uhradit částku za dotované telefony a kdy ve svém vyjádření

jednoznačně deklaroval, že tento postup je běžnou obchodní praxí, považuje zadavatel podnět podaný touto společností za účelový.

17. Poté zadavatel konstatuje, že obchodní politika dotovaných telefonů, v rámci které je odběratel nucen uzavírat jednotlivé účastnické smlouvy na 24 měsíců, je podle něj jednáním hraničícím s nekalou soutěží. Uvádí, že není objektivně schopen realizovat veřejnou zakázku tak, aby v okamžiku ukončení smlouvy s mobilním operátorem byly současně ukončeny i všechny jednotlivé účastnické smlouvy.
18. Následně zadavatel vyjadřuje nesouhlas s tím, že se předmětná částka týká plnění, které není předmětem dané veřejné zakázky, ale je závazkem zadavatele z předchozího zadávacího řízení. Podotýká, že předmětný závazek nevznikl na základě předchozí smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, ale vyplývá z jeho všeobecných obchodních podmínek. Podle něj se tak jedná o jednostrannou politiku mobilního operátora, kterou nemohl zadavatel nijak ovlivnit s tím, že v případě změny mobilního operátora na základě výsledku zadávacího řízení by stávající mobilní operátor danou částku oprávněně požadoval po zadavateli. Zadavatel konstatuje, že podmínka úhrady částky 5 202 244,- Kč bez DPH za dotované mobilní služby, které byly poskytnuty ke stávajícím smlouvám, jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena, byla stanovena transparentně s tím, že jiný postup podle něj nebyl možný.

Závěr rozkladu

19. Z uvedených důvodů zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S44/2010/VZ-3146/2010/540/VKu ze dne 30.4.2010 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zákonný postup, když určitému dodavateli zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že v zadávací dokumentaci stanovil povinnost uchazeče, jehož nabídka bude v zadávacím řízení vybrána jako nejvhodnější, uhradit stávajícímu poskytovateli telekomunikačních služeb

částku ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH za dotované mobilní služby, které byly poskytnuty ke stávajícím smlouvám, jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 18.11.2009 uzavřena smlouva, a tím, že za spáchání tohoto správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

23. S argumentací zadavatele se nelze v žádném případě ztotožnit. Jak již bylo konstatováno v napadeném rozhodnutí, neexistuje žádný objektivní důvod, proč by měl zadavatel po uchazečích o danou veřejnou zakázku oprávněně požadovat vyrovnání závazku, který mu vznikl na základě jeho jednání v předchozím smluvním vztahu. Je zřejmé, že přenášení tohoto závazku na jednotlivé uchazeče je diskriminující a má přímý vliv na zvýšení nabídkových cen předložených jednotlivými uchazeči, kteří zadavatelem stanovenou částku zakalkulovali do svých nabídkových cen. Každý z uchazečů má vlastní cenovou politiku a ceny poskytovaných služeb, byť dotované, jsou do značné míry určovány konkurenčním prostředím na trhu. Zadavatel tak ve skutečnosti ostatní uchazeče nutí, aby od něj "koupili" tyto dotované mobilní služby, které měly být dodány stávajícím poskytovatelem za jím určené ceny s tím, že tuto situaci způsobil sám zadavatel, když v předchozím období uzavřel jednotlivé účastnické smlouvy. Je evidentní, že ji mohl řešit i jiným způsobem, např. splacením svých předchozích závazků.
24. Dále považuji za vhodné opakovaně zdůraznit, že zadavatel zvýhodnil konkrétního uchazeče, který byl rovněž dosavadním poskytovatelem mobilních služeb a který na rozdíl od ostatních uchazečů nenese v souvislosti s danou podmínkou žádné náklady, neboť závazek z předchozích smluv ve výši 5 202 244,- Kč bez DPH by měl dle zadávacích podmínek uhradit vybraný uchazeč sám sobě. Vedle toho ostatní uchazeči museli předmětnou částku zakalkulovat do svých nabídkových cen. Pokud by zadavatel nepřenesl povinnost úhrady svého vlastního smluvního závazku na potenciálního vybraného uchazeče, mohl obdržet nabídky s podstatně nižší nabídkovou cenou.
25. Pokud se jedná o námitku zadavatele poukazující na to, že Úřad nevyzval k vyjádření i vybraného uchazeče, je vhodné podotknout následující skutečnosti. Vybraný uchazeč, který byl rovněž dosavadním poskytovatelem mobilních služeb, nenese na rozdíl od ostatních uchazečů v souvislosti s vymezenou podmínkou žádné náklady, neboť závazek z předchozích smluv by měl dle podmínek zadání uhradit sám sobě. Vybranému uchazeči byla jako účastníku řízení stanovena usnesením lhůta, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůta, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Vybraný uchazeč se v průběhu správního řízení až do vydání rozhodnutí ve věci žádným způsobem nevyjádřil.
26. Vyhovět nelze ani námitce spočívající v konstatování, že zadavatel v zadávacích podmínkách současně požadoval, aby nově poskytnutý hlasový tarif neobsahoval žádné závazky z jednotlivých účastnických smluv, čímž vybranému uchazeči poklesly plánované výnosy

v částce 5 202 244,- Kč. V této souvislosti zdůrazňuji, že zmíněná podmínka nijak nesouvisí s výše uvedeným požadavkem zadavatele na úhradu smluvní pokuty za v minulosti poskytnuté dotované tarify. Zadavatel si tímto způsobem pouze zajistil, aby se v budoucnu nedostal do obdobné situace jako nyní, kdy by mu mohla opět vzniknout povinnost uhradit smluvní pokutu za dotované tarify, u nichž nebude dodržena celá doba trvání smlouvy. Svým postupem zadavatel současně sám vyvrací svůj argument, že ze strany mobilního operátora se u smluvních pokut za nedodržení smluvních závazků z jednotlivých účastnických smluv jedná o jednostrannou politiku, kterou zadavatel nemůže nijak ovlivnit. S ohledem na uvedenou podmínku je zřejmé, že zadavatel má možnost existenci i obsah svých budoucích závazků ovlivnit prostřednictvím zadávacích podmínek.

27. Odmítnout je třeba také námitku zadavatele, podle které předmětný závazek nevznikl na základě předchozí smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, ale vyplývá z jeho všeobecných obchodních podmínek. V této souvislosti konstatuji, že z dokumentace o veřejné zakázce jednoznačně vyplývá, že daný závazek vznikl na základě smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jejíž přílohou jsou i všeobecné obchodní podmínky vybraného uchazeče.
28. Akceptovat nelze ani námitku poukazující na to, že podnět, na základě něhož bylo předmětné správní řízení zahájeno, nebyl doručen v zákonem stanovené lhůtě 15 dnů od okamžiku, kdy se podavatel podnětu seznámil se zadávacími podmínkami. Podotýkám, že zákon nestanoví žádné lhůty, v rámci kterých je stěžovatel oprávněn podat podnět k Úřadu. Subjektivní patnáctidenní lhůta ode dne, kdy se stěžovatel dozví o domnělém porušení zákona v důsledku úkonu zadavatele, je zákonem stanovena pouze pro podání námitek zadavateli, nikoliv pro podání podnětu k Úřadu. Skutečnost, že byl tento podnět podán v rámci vyjádření v jiném správním řízení, je v této souvislosti zcela irelevantní. Dále je vhodné doplnit, že správní řízení, na které zadavatel odkazuje, bylo Úřadem vedeno pod sp. zn. S238/2009/540/JSI. Úřad v něm z důvodu existence podmínky stanovené zadavatelem obdobně jako v nyní šetřeném případě uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení s tím, že rozhodnutí č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-14382/2009/540/JSI/VKu ze dne 3. 3. 2010 nabylo právní moci dne 24. 3. 2010.

V. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
30. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 – Vinohrady
2. T-Mobile Czech Republic a.s., Tomíčková 2144/1, 149 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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