



UOHSX004JDTF

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S220/2008/VZ-19299/2012/514/MDI

Brno 15. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 15. 9. 2008 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, jejímž jménem jedná plk. Ing. Drahoslav Ryba, generální ředitel Hasičského záchranného sboru České republiky,
- vybraný uchazeč – Telefónica 02 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, za niž jedná Luis Antonio Malvido, předseda představenstva, a Jesús Pérez de Uriguen, 1. místopředseda,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Smlouva o zabezpečení krizové komunikace“ zadávané jako zakázka malého rozsahu na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007,

rozhodl takto:

Správním řízení **se** podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, jejímž jménem jedná plk. Ing. Drahoslav Ryba, generální ředitel Hasičského záchranného sboru České republiky (dále jen „zadavatel“), zaslal dne 3. 10. 2007 výzvu k podání nabídky na uzavření smlouvy o zabezpečení krizové komunikace třem dodavatelům, společnostem: T-Mobile Czech Republic a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 1, za niž jedná Roland Mahler, předseda představenstva, a Terrence Edward Valeski, místopředseda představenstva (dále jen „T-Mobile Czech Republic a. s.“), Vodafone Czech Republic, a. s., IČ 25788001 se sídlem Vinohradská 167, 100 00 Praha 10, za niž jedná Muriel Anton, předseda představenstva, a Pavel Hlavinka, člen představenstva (dále jen „Vodafone Czech Republic, a. s.“) a Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, za niž jedná Luis Antonio Malvido, předseda představenstva, a Jesús Pérez de Uriguen, 1. místopředseda (dále jen „Telefónica O2 Czech Republic, a. s.“ a „vybraný uchazeč“) v rámci veřejné zakázky, zadávané jako zakázka malého rozsahu „Smlouva o zabezpečení krizové komunikace“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky od společnosti Telefónica O2 Czech Republic, a. s. a společnosti T-Mobile Czech Republic a. s. Zadavatel si dne 31. 10. 2007 vyžádal od obou uchazečů doplňující informace. Po posouzení nabídek zadavatel rozhodl rozhodnutím ze dne 20. 12. 2007 o přidělení veřejné zakázky malého rozsahu uchazeči Telefónica O2 Czech Republic, a. s.
3. Dne 29. 4. 2008 uzavřel zadavatel smlouvu o zabezpečení krizové komunikace č. j. MV-37337-1/PO-2008 (dále jen „smlouva“) s vybraným uchazečem, a to na dobu tří let, s účinností od 1. 7. 2008.

II. Řízení před Úřadem

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 27. 6. 2008 podnět týkající se postupu zadavatele při uzavření smlouvy o zabezpečení krizové komunikace s vybraným uchazečem.
5. Úřad na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění získal pochybnosti, zda zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v souladu se zákonem, když pořízení plnění zadal jako veřejnou zakázku malého rozsahu, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.
6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S220/2008/VZ-15905/2008/540/VK ze dne 11. 9. 2008, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. S220/2008/VZ-16046/2008/540/VK ze dne 11. 9. 2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
8. Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 15. 9. 2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.
9. Úřad vydal dne 10. 11. 2008 rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa ze dne 19. 2. 2009, a které bylo následně rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-15589/2011/310/ASc ze dne 30. 11. 2011 zrušeno.
10. Oznámení o pokračování ve správním řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S220/2008/VZ-20536/2011/540/MDI ze dne 22. 12. 2011. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S220/2008/VZ-20569/2011/540/MDI ze dne 22. 12. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Úřad dne 24. 1. 2012 vrátil zadavateli pokutu ve výši 150 000 Kč, kterou dne 15. 4. 2009 uhradil zadavatel na účet Úřadu, a to v souvislosti s nabytím právní moci rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa ze dne 19. 2. 2009 a které bylo následně rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-15589/2011/310/ASc ze dne 30. 11. 2011 zrušeno.

III. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

12. Z obdržných dokladů vyplývá, že zadavatel zadal veřejnou zakázku jako zakázku malého rozsahu na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007. Předmět veřejné zakázky zadavatel specifikoval jako zabezpečení nastavení přednostního spojení pro subjekty podílející se na krizové komunikaci, nasazení mobilních základnových stanic, informační podporu pro uživatele a předávání informací o stavu sítě mobilního operátora (poruchy, výluky) zadavateli v reálném čase. Počet subjektů, respektive mobilních telefonních čísel, jichž by se mělo nastavení přednostního spojení týkat, zadavatel vymezil v rozmezí 15 000 až 30 000 kusů.
13. V bodu 9 výzvy k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007 zadavatel stanovil maximální přípustnou částku, kterou zadavatel za období tří let, na kterou bude smlouva s vybraným uchazečem uzavřena, a to ve výši 2 000 000 Kč.
14. Následně zadavatel uzavřel dne 29. 4. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem, a to na dobu určitou v délce trvání tří let, s účinností od 1. 7. 2008.
15. Podle bodu 3. 2. uzavřené smlouvy může být mobilní telefonní číslo účastníka krizové komunikace zařazeno mezi krizová telefonní čísla pouze v případě, že:
 - a) vlastníkem SIM karty, k níž je přiřazeno, je vybraný uchazeč a

b) účastník krizové komunikace jeho prostřednictvím odebírá paušální (post-paid) služby.

16. Z dopisu, který byl zaslán jednotlivým účastníkům krizové komunikace, vyplývá, že pokud si do 27. 6. 2008 nezvolí žádnou paušální službu, bude jim od 1. 7. 2008 automaticky aktivován tarif O2 Bronz.

IV. Vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2008

17. Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2008, které bylo Úřadu doručeno dne 25. 9. 2008, v němž zadavatel uvádí, že pochybnosti Úřadu o svém postupu považuje za nedůvodné. Zadavatel má za to, že v rámci veřejné zakázky postupoval zcela v souladu s ustanovením § 12 zákona a předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil podle ustanovení § 13 až 15 zákona. Zadavatel odkázal konkrétně na ustanovení § 13 odst. 1 zákona, které uvádí, že předpokládanou hodnotou veřejné zakázky se rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, a na ustanovení § 13 odst. 8 zákona, podle kterého je zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty povinen sečíst předpokládané hodnoty obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. Podle názoru zadavatele je z citovaných ustanovení zřejmé, že při stanovení předpokládané hodnoty vychází vždy jen z peněžitých závazků, které předpokládá, že v souvislosti s realizací veřejné zakázky vzniknou pouze jeho osobě.
18. Zadavatel ve svém vyjádření dále analyzoval náklady, které mu z uzavřené smlouvy dosud vznikly a byly v nepatrné finanční výši. V této souvislosti zmínil, že od 1. 7. 2008 byl tarif O2 Bronz automaticky aktivován pouze u cca 10 telefonních čísel účastníků krizové komunikace zadavatele. Dále uvedl, že účastníci krizové komunikace zadavatele užívají pouze mobilní telefonní čísla, u nichž byl i před zadáním veřejné zakázky vlastníkem SIM karty vybraný uchazeč a zadavatel do budoucna navíc předpokládá snížení jejich počtu. Zadavatel konstatoval, že pro případ zvýšení počtu SIM karet je na základě smluvních podmínek stanoven poplatek 1,- Kč.
19. Podle názoru zadavatele výpočty Úřadu ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky v oznámení o zahájení správního řízení vychází ze situace, kdy paušální služby jsou využívány jen pro potřeby krizové komunikace a kromě krizových situací by mobilní telefony nebyly používány. Zadavatel uvedl, že i v případě správného výpočtu nákladů, tedy při zohlednění poměru běžných hovorů a přednostních hovorů za krizových situací, by podíl předmětu zakázky na poplatcích za paušální služby byl téměř nulový, a to vzhledem k tomu, že poslední významné použití přednostní komunikace spadá do roku 2002.
20. Závěrem zadavatel konstatoval, že Úřad do předpokládané hodnoty zahrnuje v rozporu s ustanovením § 13 odst. 8 zákona výdaje, které s předmětem veřejné zakázky vůbec nesouvisí. Zadavatel uvedl, že ve zcela jiném, podstatně nižším objemu (s ohledem na jejich souvislosti s předmětem služeb zakázky a jiných služeb, které nebyly předmětem zakázky) mohou vznikat výdaje některému z účastníků krizové komunikace, avšak téměř nikdy nemohou v souvislosti s plněním veřejné zakázky vzniknout zadavateli. S ohledem na uvedené, zadavatel navrhl zastavení správního řízení.

V. Rozhodnutí Úřadu ze dne 10. 11. 2008

21. Úřad vydal dne 10. 11. 2008 rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž porušil ustanovení § 13 odst. 2 zákona, a šetřenou veřejnou zakázku zadal jako zakázku malého rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto zakázku byla dne 29. 4. 2008 uzavřena s vybraným uchazečem smlouva. Za spáchání uvedeného správního deliktu byla zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.
22. Úřad své rozhodnutí odůvodnil tak, že z výzvy k podání nabídky na uzavření smlouvy ze dne 3. 10. 2007 vyplývá, že nastavení přednostního spojení bude vyžadováno vždy cestou zadavatele, který bude vybranému uchazeči předávat seznamy čísel, informace o úrovni přednostního spojení a bude mu oznamovat i nastavení, odebrání či změnu priority. V rámci vymezení předmětu veřejné zakázky výzva dále stanovila, že předpokládaný počet účastníků krizové komunikace se pohybuje v rozmezí 15 000 až 30 000.
23. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že zabezpečení nastavení přednostního spojení pro subjekty podílející se na krizové komunikaci je zdarma, přičemž veškeré SIM karty, u nichž bude přednostní spojení nastaveno, budou podléhat standardním cenovým tarifům pro komunikaci v mobilní síti vybraného uchazeče. Tomuto obsahově odpovídá i čl. 7 smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.
24. Smlouva všem účastníkům krizové komunikace podle bodu 3. 2. zakládá povinnost odebírat paušální služby, a to pouze od vybraného uchazeče. Z bodu 3. 2. smlouvy vyplývá, že i v případě, kdy účastník krizové komunikace v době uzavření smlouvy již disponuje příslušnou SIM kartou a není tedy na základě smlouvy nucen ke změně operátora, vzniká mu povinnost odběru některé z paušálních služeb vybraného uchazeče. Účastníci krizové komunikace tak nemají volnost při výběru mobilního operátora a navíc jsou nuceni odebírat jeho služby formou paušálních služeb. Užívání karty pro „běžné“ hovory je tedy spjato s jejich užíváním pro případy krizové komunikace.
25. Vybraný uchazeč je tedy na základě uzavřené smlouvy odměňován převážně třetími osobami. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč se v průběhu správního řízení nevyjádřil, vycházel Úřad při zjišťování cen služeb poskytovaných vybraným uchazečem z informací uvedených na oficiálních internetových stránkách vybraného uchazeče. Zde Úřad zjistil, že cena tarifu O2 Bronz byla 180,- Kč bez DPH. Nejlevnějším tarifem bez nutnosti odběru dalších paušálních služeb na jiné telefonní číslo byl v době vydání prvostupňového rozhodnutí tarif O2 NEON XS, jehož cena byla 110,- Kč včetně DPH. Cena bez DPH nebyla uvedena, při DPH ve výši 19 % ji lze určit na 92,44 Kč. Z internetových stránek vyplývalo, že tarif O2 NEON XS je možné aktivovat pouze u zákazníků přecházejících z předplacené služby O2 Karta, není tak určen pro nové paušální zákazníky ani pro zákazníky přecházející od jiného operátora. Na tento tarif nebylo možné přejít ani ze standardních paušálních tarifů. Vzhledem k tomu, že Úřad nezískal vyjádření vybraného uchazeče, pominul při určení nejnižšího možného tarifu otázku, zda by podmínky pro jeho aktivaci reálně mohli splnit všichni účastníci krizové komunikace a tarif O2 NEON XS tak pro účely tohoto řízení považuje za nejnižší možný.

26. Na základě těchto zjištěných a výše uvedených údajů Úřad dospěl k závěru, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovená v souladu se zákonem by byla minimálně ve výši 49 917 600,- Kč (15 000 účastníků x 92,44 Kč x 36 měsíců). Úřad při svém výpočtu přitom vyšel z minimálního počtu účastníků krizové komunikace, z nejnižšího zjištěného tarifu vybraného uchazeče a doby trvání smlouvy, pominul případné další služby, zejména aktivační poplatky a platby za uskutečněné hovory. Vzhledem k určené výši předpokládané hodnoty se jedná o veřejnou zakázku nadlimitní ve smyslu § 12 odst. 1 zákona, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.
27. K otázce úplatnosti poskytovaných služeb ze strany zadavatele Úřad uvedl, že zadavateli ze smlouvy (kromě plateb za hovory uskutečněné prostřednictvím SIM karet zadavatele a paušálních plateb spojených s těmito SIM kartami) sice nevzniká přímý peněžitý závazek vůči vybranému uchazeči za poskytování služeb všem účastníkům krizové komunikace, avšak de facto se jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, když o nastavení přednostního spojení i priority rozhoduje zadavatel. Ačkoliv se u financování veřejných zakázek zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani nepřímou úhradu třetími osobami. V daném případě je tak pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky určující výše plnění, kterou vybraný uchazeč obdrží, a to bez ohledu na to, od kterého subjektu ji obdrží.
28. Úřad tedy v rámci svého rozhodování dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když chybně určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a veřejnou zakázku zadal jako veřejnou zakázku malého rozsahu na základě výzvy. Vzhledem k tomu, že zadavatel před uzavřením předmětné smlouvy neprovedl následkem chybně určené předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky.
29. Proti rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008, které bylo zadavateli i vybranému uchazeči doručeno dne 18. 11. 2008 podali oba účastníci řízení rozklad.

VI. Rozklad zadavatele ze dne 26. 11. 2008

30. Zadavatel podal dne 26. 11. 2008 rozklad proti rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008, ve kterém uvedl, že při určení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, když do ní zahrnul všechna předpokládaná plnění ze své strany. Zadavatel má za to, že plnění dalších subjektů ve prospěch vybraného uchazeče nelze označit za peněžní výdaje zadavatele. V této souvislosti zadavatel odmítá závěr Úřadu, že ačkoliv se u financování veřejných zakázek zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani přímou úhradu třetími osobami.
31. Zadavatel je přesvědčen, že závěr Úřadu, že je v daném případě rozhodující výše plnění, kterou vybraný uchazeč obdrží, a to bez ohledu na to, od jakého subjektu, nemá oporu v zákoně, neboť zákon pojem „subjekt“ nedefinuje. Zadavatel z toho vyvozuje, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tak tedy podle názoru Úřadu

určující výše plnění, kterou vybraný uchazeč obdrží od kteréhokoliv subjektu, bez ohledu na to, zda vůbec tento subjekt je v jakékoliv souvislosti s danou veřejnou zakázkou.

32. Ve vztahu ke smlouvě uzavřené s vybraným uchazečem zadavatel uvádí, že smlouva nezakládá žádnému účastníkovi krizové komunikace povinnost odebrat paušální služby pouze prostřednictvím vybraného uchazeče. Účastník krizové komunikace může k zajištění spojení v rámci krizové komunikace využít kteréhokoliv poskytovatele služeb. Pokud vybraný uchazeč získá platby od účastníků krizové komunikace, pak se tak stane pouze na základě smluvních vztahů mezi ním a jimi.
33. K povinné aktivaci některého z tarifů vybraného uchazeče zadavatel uvádí, že zákazníci vybraného uchazeče si na základě uzavřené smlouvy nemuseli nechat aktivovat žádný z tarifů, smlouvu k danému telefonnímu číslu mohli vypovědět, případně mohli využít služby „dočasné odpojení na prázdniny“.
34. Zadavatel se dále neztotožňuje s kalkulací minimální výše přepokládané hodnoty veřejné zakázky provedené v napadaném rozhodnutí. Podle názoru zadavatele nebyla ze strany Úřadu vzata v úvahu možnost využití služby „dočasné odpojení na prázdniny“, počet 15 000 účastníků, který byl v rámci výpočtu v napadeném rozhodnutí použit, nelze podle jeho názoru považovat za číslo znamenající minimální nebo průměrný počet. Ve vztahu k počtu účastníků zadavatel uvádí, že tento není závazně ve smlouvě stanoven a počet účastníků využívajících služeb vybraného uchazeče nelze ani odhadnout.
35. Zadavatel dále konstatuje, že pro zadání šetřené veřejné zakázky malého rozsahu nelze použít druhy zadávacího řízení podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona, a to vzhledem k tomu, že zadavatel vystupuje samostatně a ne ve smyslu § 2 odst. 8 zákona nebo § 3 zákona.
36. Zadavatel v rámci svého rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí připustil, že některým účastníkům mohou vznikat výdaje, záleží však přitom na nich, zda využijí např. služby „dočasné odpojení na prázdniny“. Podle názoru zadavatele může tak díky neznalosti produktů vybraného uchazeče nastat ojediněle situace, kdy účastník např. bude za aktivaci při vzniku krizového stavu hradit poplatek. Zadavatel se však neztotožňuje s tvrzením, že všem účastníkům krizové komunikace fakticky vznikají výdaje, jak je uvedeno v napadaném rozhodnutí.
37. K případnému využívání předplacených SIM karet zadavatel konstatuje, že SIM karty jsou v těchto případech běžně prodávány zcela anonymně, nebylo by tak ve většině případů dohledatelné, kdo dané číslo ve skutečnosti využívá a zda je oprávněným subjektem krizové komunikace. Využívání předplacených SIM karet se tak zadavateli jeví jako velmi problematické. Možnost snadné identifikace je rovněž důvodem pro stanovení podmínky využívání tarifních služeb v čl. 3. 2. smlouvy s vybraným uchazečem. Jakákoliv změna uživatele telefonního čísla je tak zjištělná a dohledatelná.
38. Zadavatel uvádí, že účastníci žádají o úplatné poskytnutí služeb na základě vlastního rozhodnutí, zadavatel svým souhlasem pouze stvrzuje, že se skutečně jedná o oprávněné účastníky krizové komunikace. Sám zadavatel o nastavení přednostního spojení a priority nerozhoduje.
39. Závěrem zadavatel konstatuje, že výzvu k podání nabídek zaslal všem třem mobilním operátorům působícím v dané době na území České republiky, nemohl tak tedy svým

postupem podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a ani nemohlo dojít k žádnému zvýhodnění uchazečů. Zadavatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno nebo změněno tak, že bude vyhověno rozkladu.

VII. Rozklad vybraného uchazeče ze dne 28. 11. 2008

40. Vybraný uchazeč podal dne 28. 11. 2008 rozklad proti rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008. Vybraný uchazeč v rozkladu uvedl, že předmětem smlouvy uzavřené se zadavatelem bylo poskytování přednostního spojení telefonních hovorů účastníků krizové komunikace při krizových stavech. Nastavení priority i realizace přednostního spojení je zdarma, přičemž uskutečněné hovory budou zpoplatněny v souladu s podmínkami smluv uzavřených mezi účastníky krizové komunikace s vybraným uchazečem. Pokud má účastník krizové komunikace s vybraným uchazečem uzavřenou smlouvu o poskytování paušálních služeb, je oprávněn požádat o přiřazení priority.
41. Podle názoru vybraného uchazeče nejsou účastníci krizové komunikace na základě uzavřené smlouvy nuceni k odběru jeho paušálních služeb. Závazky účastníků krizové komunikace z jednotlivých smluv o poskytování paušálních služeb nevyplývají z plnění šetřené veřejné zakázky a vzhledem k ustanovení § 13 odst. 1 zákona je tak nelze započítat do předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
42. Vybraný uchazeč považuje závěr, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je rozhodující výše plnění, kterou obdrží, a to bez ohledu na to, od jakého subjektu, za učiněný v rozporu se zákonem, zejména pak ustanovením §§ 14 a 15 zákona.
43. Ke spornému znění textu smlouvy v bodě 3. 2. vybraný uchazeč uvádí, že podle jeho názoru toto ustanovení smlouvy znamená, že přednostní spojení nemůže být poskytováno telefonnímu číslu s předplacenou kartou. Smlouva však účastníkům krizové komunikace nezakládá povinnost žádat o přednostní spojení a užívat ho. Účastníci krizové komunikace mají navíc právo požádat o přerušování poskytovaných služeb, tzv. „dočasného odpojení na prázdniny“, a to standardně na dobu až 12 měsíců. Vzhledem k tomu, že tuto službu je možné využívat i opakovaně, nemusí účastníci krizové komunikace po celou dobu paušál platit vůbec.

VIII. Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu ze dne 15. 12. 2008

44. Úřad usnesením č. j. S220/2008/VZ-24497/2008/540VK ze dne 3. 12. 2008 určil vybranému uchazeči lhůtu, aby se vyjádřil k rozkladu podanému zadavatelem.
45. Vybraný uchazeč se k rozkladu zadavatele vyjádřil dne 15. 12. 2008.
46. Tvrzení obsažená ve vyjádření k rozkladu jsou téměř shodná s obsahem rozkladu podaného zadavatelem i samotným vybraným uchazečem.

IX. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 2. 2009

47. Předseda Úřadu ve správním řízení o rozkladu zadavatele doručeném dne 28. 11. 2008 a o rozkladu vybraného uchazeče doručeném dne 1. 12. 2008 rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa ze dne 19. 2. 2009, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008 a podané rozklady byly zamítnuty.

48. Předseda Úřadu dospěl k závěru, že Úřad svým rozhodnutím č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008, kterým současně uložil zadavateli pokutu ve výši 150 000 Kč za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
49. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky ve svém rozhodnutí předseda Úřadu konstatuje, že podle § 7 odst. 1 zákona platí, že veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb. Pro splnění podmínky úplatnosti tedy nemusí zadavateli vzniknout přímý finanční závazek. Významná je v této situaci skutečnost, že se fakticky jedná o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele či na jeho závaznou „objednávku“, byť je úplata za tyto služby poskytována ze strany třetích osob a nikoliv přímo od zadavatele. Tato situace představuje pouze jinou konstrukci způsobu úhrady odměny vybranému uchazeči za poskytnutí služeb a nemůže být důvodem pro změnu charakteru tohoto plnění, neboť pořád se jedná o součást plnění veřejné zakázky, a tedy jeho hodnota musí být zahrnuta do celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
50. Jestliže tedy v rámci šetřené veřejné zakázky zadavatel sjednal s vybraným uchazečem zabezpečení krizové komunikace, avšak aby bylo zajištěno řádné fungování této služby, jsou všichni účastníci krizové komunikace povinni mít s vybraným uchazečem uzavřenou smlouvu o odběru paušální (post-paid) služby, neboť bez splnění tohoto dílčího kroku by zabezpečení krizové komunikace nebylo možné. Úhrada za odběr této paušální služby ze strany účastníků krizové komunikace je tak dalším příjmem vybraného uchazeče, který představuje finanční závazek vyplývající fakticky z uzavřené smlouvy, a proto musí být zohledněn při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
51. Předseda Úřadu se ztotožnil s prvostupňovým rozhodnutím a konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 13 odst. 2 zákona, když nedodržel postup pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a šetřenou veřejnou zakázku zadal jako zakázku malého rozsahu.
52. Ke kalkulaci výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky Úřadem, předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že co se týče zadavatelem namítané skutečnosti, že Úřad při své kalkulaci předpokládané hodnoty veřejné zakázky nezohlednil možnost dočasného přerušování poskytování služeb, tzv. „odpojení na prázdniny“, v jejímž rámci uživatel nemusí po dobu až 12 měsíců platit poplatek za paušální tarif, přičemž tuto službu je možno podle zadavatele i vybraného uchazeče využít opakovaně, tato tvrzená skutečnost nevyplývá z žádného smluvního dokumentu uzavřeného mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, ani z dalších kroků vybraného uchazeče, když obesílal jednotlivé účastníky krizové komunikace. Z veřejně dostupných informací o službách vybraného uchazeče vyplývá, že služba „dočasné odpojení na prázdniny“ znamená odpojení provedené na žádost zákazníka, na dobu maximálně 12 měsíců, přičemž cena aktivace služby je 100 Kč bez DPH. Po uplynutí maximální množné doby je zákazník povinen požádat o znovuzapojení, a to minimálně na dobu 3 měsíců. Až po uplynutí této doby je možno opětovně využít služby „odpojení na prázdniny“. Tedy využití služby „odpojení na prázdniny“ je obecně zpoplatněno, přičemž po uplynutí stanovené doby je nutno telefonní číslo opět minimálně na dobu 3 měsíců aktivovat a po dobu této lhůty hradí uživatel poplatky podle zvoleného paušálu. Nad rámec ještě předseda Úřadu uvedl, že jak bylo zjištěno službu dočasného odpojení nelze aktivovat u zákazníků, kteří mají

vůči vybranému uchazeči nějaký nedoplatek, a současně nelze tento tarif aktivovat u uživatelů, kteří obdrželi dotovaný telefon, neboť aktivace této služby by znamenala porušení smluvních podmínek a s tím spojené uplatnění sankcí.

53. Ze smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nevyplývá, že by v případě zájmu účastníků krizové komunikace byly podmínky k využití služby „odpojení na prázdniny“ jakkoliv modifikovány a ve vztahu k šetřené veřejné zakázce upraveny do té podoby, jakou uvádí zadavatel i vybraný uchazeč ve svých rozkladech.
54. K další namítané skutečnosti ve vztahu ke kalkulaci minimální výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedené Úřadem směřující proti počtu 15 000 účastníků, který byl ve výpočtu použit, předseda Úřadu uvedl, že stanovení tohoto počtu uchazečů vyplynulo z textu výzvy zadavatele ze dne 3. 10. 2007. Tato výzva ve vymezení předmětu veřejné zakázky v bodě 1 uvádí, že „přednostní spojení musí být nastaveno pro 15 000 až 30 000 mobilních telefonních čísel“. S ohledem na skutečnost, že důvodem pro realizaci veřejné zakázky bylo uplynutí doby, na kterou byl dřívější smluvní vztah o dodávkách služeb mobilních telefonů pro krizové řízení uzavřen, lze mít za to, že zadavatel vycházel ze zkušeností z dosavadního smluvního vztahu a na jejich základě stanovil i výše předpokládaný počet účastníků krizové komunikace, přičemž tento postup předpokládá také § 13 odst. 2 zákona.
55. K námitce závaznosti smlouvy pro třetí osoby předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky č. 328/2001 Sb., o některých podrobnostech zabezpečení integrovaného záchranného systému, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), slouží ke krizové komunikaci veřejná mobilní telekomunikační síť, ve které je spojení jištěno v rámci regulačních opatření uplatněním přednostního spojení. V § 30 vyhlášky je pak stanoveno, že mobilní telekomunikační síť podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky slouží k zabezpečení spojení mezi složkami v místě zásahu a z místa zásahu na operační a informační středisko, dále ke spojení mezi operačními středisky základních složek a rovněž ke spojení mezi operačním a informačním střediskem a operačními středisky, dispečinkou nebo pracovišti ostatních složek. Které subjekty patří mezi složky integrovaného záchranného systému, upravuje § 4 odst. 1 odst. 1 až 3 zákona č. 239/2000 Sb., o integrovaném záchranném systému a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o integrovaném záchranném systému“).
56. Využití mobilní telekomunikační sítě podle ustanovení § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky představuje způsob zajištění krizové komunikace ve vyhláškou stanovených případech. Nejedná se tedy o dobrovolné rozhodnutí účastníků krizové komunikace využít možnosti služby přednostního spojení, tato povinnost účastníkům krizového řízení de facto vyplývá z vyhlášky. V daném případě se tedy nejedná o dobrovolné rozhodnutí účastníků krizového řízení, zda možnosti služby přednostního spojení využijí či nikoliv. Z tohoto důvodu se předseda Úřadu neztotožnil v rámci rozhodnutí s tvrzením zadavatele, že ze smlouvy nevyplývá jakákoliv povinnost třetích osob odebírat jakékoliv služby od vybraného uchazeče a poskytovat mu za to odměnu.
57. Předseda Úřadu se v rámci svého rozhodnutí č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa ze dne 19. 2. 2009 vyjádřil i k dalším namítaným skutečnostem v rozkladech, zejména pak k možnosti či nemožnosti využívání předplacených SIM karet

v rámci krizové komunikace. Předseda Úřadu se neztotožňuje s názorem zadavatele, že využití těchto SIM karet by bylo problematické vzhledem k jejich anonymitě, a to z důvodu, že účastníci krizové komunikace žádají o zabezpečení přednostního spojení pro konkrétní čísla.

58. K zadatelově argumentaci, že svým postupem nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť oslovil všechny mobilní operátory, kteří v dané době působili na území České republiky, a tedy všichni operátoři měli možnost podat výhodnější nabídku, předseda Úřadu uvedl, že tato skutečnost byla zohledněna při stanovení výše uložené pokuty.
59. K poslední namítané skutečnosti, nemožnosti využití druhu zadávacího řízení vymezeného v § 21 odst. 1 zákona předseda Úřadu uvedl, že považuje tuto námitku za irelevantní, neboť předmětem správního řízení vůbec nebylo posouzení toho, zda zadavatel měl být případně účastníkem sdružení zadavatelů podle § 2 odst. 8 zákona nebo měl vystupovat jako centrální zadavatel podle § 3 zákona, neboť tato otázka je pro právní posouzení věci bezpředmětná.

X. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně a Nejvyšším správním soudem

60. Proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 2. 2009 č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa byla podána zadavatelem žaloba, o níž bylo Krajským soudem v Brně (dále jen „krajský soud“) původně rozhodnuto v soudním řízení vedeném pod sp. zn. 62 Ca 21/2009. Rozsudkem č. j. 62 Ca 21/2009-74 ze dne 4. 11. 2010 byla žaloba zadavatele zamítnuta. Krajský soud se ve všech, pro posouzení věci podstatných otázkách, ztotožnil se závěry Úřadu.
61. Proti výše uvedenému rozhodnutí krajského soudu zadavatel podal kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu (dále jen „NSS“), který výše uvedený rozsudek krajského soudu rozsudkem č. j. 9 Afs 3/2011-106 ze dne 29. 6. 2011 zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení se závazným právním názorem NSS.
62. Za tohoto stavu bylo tedy o žalobě rozhodováno opakovaně a krajský soud byl povinen podle § 110 odst. 3 zákona č. 150/2002 Sb., soudního správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, respektovat závazný právní názor deklarovaný NSS, který zjištěné skutečnosti vyhodnotil zčásti jinak než předtím krajský soud.

XI. Opětovné řízení před Krajským soudem v Brně

63. Krajský soud při plném respektování již dříve vysloveného právního názoru NSS dospěl k závěru, že žaloba zadavatele je důvodná a ve věci rozhodl rozsudkem ze dne 4. 8. 2011 č. j. 62 Af 36/2011-106. Za klíčovou otázku označil soud posouzení toho, jaké plnění mělo být zahrnuto do „plnění zadavatele“, ve vztahu k němuž měla být stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky, jejíž výše určovala postup podle zákona. Soud tedy stanovil, že je třeba posoudit, zda do předpokládané hodnoty veřejné zakázky bylo třeba zahrnout kromě plnění, které vybranému uchazeči měl hradit sám zadavatel také plnění, které měli hradit po dobu účinnosti smlouvy zadavatele s vybraným uchazečem ze dne 29. 4. 2008 i účastníci krizové komunikace za odběr paušálních služeb.

64. Obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky je shodná s cenou obsaženou v nabídce vybraného uchazeče, přičemž platba je uskutečňována přímo zadavatelem a k jeho tíži. To však neznamená, že pokud je úhrada plnění podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu (byť i fakticky jinými subjekty, pokud pro ně povinnost k této úhradě plyne ze smlouvy uzavřené zadavatelem), že takové plnění přestává být veřejnou zakázkou. Soud dále konstatoval, že je-li plnění přímo odvislé od smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a dodavatelem (v daném případě tedy vybraným uchazečem) plněním z veřejných prostředků, pak musí být vytvořeny předpoklady, aby smluvní vztah byl ze strany zadavatele uzavřen při zajištění fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení pravidel vyplývajících ze zákona. Povahu smluvního vztahu nelze posuzovat ani podle toho, zda plnění z veřejných prostředků souvisejících s předmětem smlouvy, má být fakticky realizováno pouze smluvními stranami nebo jinými subjekty. Soud považuje situaci, kdy plnění z veřejných prostředků realizuje sám zadavatel z jemu svěřených veřejných prostředků za zřejmě obecně častější, avšak naplnění znaků veřejné zakázky nelze omezovat pouze na tyto případy. K tomuto východisku dalších úvah dospěl krajský soud již v předchozím rozsudku č. j. 62 Ca 21/2009-74 ze dne 4. 11. 2010 a NSS pak v rozsudku o kasační stížnosti ze dne 29. 6. 2011 č. j. 9 Afs 3/2011-106 tento dílčí názor akceptoval. Do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy nutno zahrnout nejen finanční úhrady poskytované dodavateli přímo zadavatelem samotným, ale i finanční plnění poskytovaná jinými subjekty za předpokladu, že je takové plnění v přímé souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a tento třetí subjekt je povinen dodavateli z určitého důvodu fakticky plnit. V navazujících úvahách, které jsou pro posuzovanou věc podstatné, se však NSS od úvah vyjádřených v předchozím rozsudku krajského soudu ze dne 4. 11. 2010 odchýlil a tyto úvahy NSS, které jsou dále blíže vysvětleny, byly a jsou pro další rozhodnutí určujícími.
65. Nutným předpokladem pro posouzení stěžejní otázky, zda zadavatel pochybil při stanovení ceny veřejné zakázky podle § 13 zákona, je ověření, zda a případně které subjekty krizové komunikace byly povinny využívat veřejnou mobilní telekomunikační síť, a fakticky tak z důvodu výše zmíněné smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem byly povinny tomuto uchazeči plnit. Mobilní telekomunikační síť je podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky prostředkem krizové komunikace. Úřad původně (stejně jako krajský soud ve svém předchozím rozsudku ze dne 4. 11. 2010) dospěl k názoru, že účastník krizové komunikace musí v případě potřeby této komunikace veřejnou mobilní síť využít, NSS naopak dospěl k závěru odlišnému, který je pro další posuzování daného případu závazný, a který byl převzat i rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Af 36/2011-127 ze dne 4. 8. 2011.
66. Úvaha soudu vycházela především z definice pojmu „krizové řízení“ obsaženého v zákoně č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů a rovněž ze zákona o integrovaném záchranném systému, který definuje jednotlivé složky záchranného systému i jejich vzájemnou krizovou komunikaci, která se uskutečňuje mj. i prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě, v níž je spojení jištěno v rámci regulačních opatření uplatněním přednostního spojení. Právě zajištění služby přednostního spojení pro krizová telefonní čísla účastníků krizové komunikace bylo předmětem smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Přednostní spojení je tedy způsobem zajištění komunikace účastníků krizového řízení, a to zejména v době eskalace krizové situace, kdy požadavky na realizaci volání

v rámci jednotlivých sítí několikanásobně rostou. Účastníci krizové komunikace, kteří disponují mobilním telefonním číslem, na něž je aktivována služba přednostního spojení, tak mají v těchto situacích větší možnost „se dovolat“, než ostatní uživatelé. Služba přednostního spojení je na základě smlouvy zajištěna pouze pro mobilní telefonní čísla v rámci sítě operátora Telefónica O2, tedy vybraného uchazeče.

67. V těchto souvislostech soud zdůraznil nutnost rozlišování popsané „krizové komunikace“ jako nadřazeného pojmu a „přednostního spojení pro mobilní telefonní čísla účastníků krizové komunikace“, který je pouze jedním z prostředků sloužících k zajištění této krizové komunikace. Zásady způsobu vedení krizové komunikace a spojení v integrovaném záchranném systému upravují ustanovení §§ 29 a 30 vyhlášky. Jednotlivé prostředky sloužící ke krizové komunikaci stanoví ustanovení § 29 odst. 2 této vyhlášky pod písm. a) – h), přičemž prostředek veřejná mobilní telekomunikační síť, uvádí vyhláška pod písm. d) tohoto ustanovení. V § 30 odst. 1 vyhláška jako primární způsob vzájemného spojení subjektů krizové komunikace stanoví způsoby uvedené v ustanovení § 29 odst. 2 písm. a) – c) nebo písm. e) vyhlášky. Z uvedeného plyne, že spojení prostřednictvím mobilní sítě s přednostním spojením podle písm. d) není podle právní úpravy základním způsobem komunikace složek integrovaného záchranného systému. V ustanovení § 30 odst. 2 až 4 vyhlášky, z nichž Úřad ve svém hodnocení vycházel, jsou pak zakotveny způsoby krizové komunikace buď pro konkrétní složky, nebo pro konkrétní situace. Právní úprava, obsažená v § 30 odst. 2 až 4 vyhlášky je tak speciální právní úpravou k základním způsobům krizové komunikace podle § 30 odst. 1 předmětné vyhlášky.
68. Při rozboru zásad způsobu krizové komunikace soud zdůraznil, že z dikce ustanovení § 30 odst. 2 až 4 vyhlášky je zřejmé, že ani pro jednu z obsažených situací nestanovil zákonodárce jako jediný a dokonce ani jako preferovaný způsob krizové situace spojení prostřednictvím mobilní telekomunikační sítě s přednostním spojením ve smyslu § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky. Pro každou ze situací či každého z účastníků krizové komunikace stanoví totiž vyhláška alternativní použití určených prostředků, případně použití i dalších prostředků, nelze-li použít prostředků podle věty první. Rozhodnutí, který z komunikačních prostředků bude v konkrétní situaci použit, je tedy závislé na více faktorech.
69. Na základě komplexního výkladu zejména § 30 vyhlášky lze konstatovat, že příslušná právní úprava nestanovuje povinnost celého okruhu účastníků krizové komunikace využívat v případě potřeby veřejnou mobilní telekomunikační síť, v níž je spojení jištěno uplatněním přednostního spojení. Původní závěr Úřadu a krajského soudu, podle něhož všichni účastníci krizové komunikace, musí fakticky od vybraného uchazeče odebírat paušální služby, tedy nemá oporu v právních předpisech. V rámci šetřené veřejné zakázky zadavatel zajišťoval prostřednictvím smlouvy s vybraným uchazečem možnost jednotlivým účastníkům krizové komunikace aktivovat si u vybraného dodavatele službu přednostního spojení za sjednaných podmínek, není však stanovena povinnost této možnosti využít. K zajištění spojení v rámci krizové komunikace tedy mohou její účastníci mimo jiné využít i služeb kteréhokoliv poskytovatele mobilních služeb, který splňuje nejlépe jejich požadavky.
70. Soud tedy učinil závěr, že názor a argumentace Úřadu, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky byl zadavatel povinen započíst i cenu paušálního tarifu, placeného na základě smlouvy s jednotlivými účastníky krizové komunikace se opírá o nesprávné

východisko týkající se povinnosti jednotlivých účastníků krizové komunikace využívat veřejnou mobilní telekomunikační síť s uplatněním přednostního spojení podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky. Závěr Úřadu, že k řádnému fungování služby zabezpečování krizové komunikace s uplatněním přednostního spojení musí mít všichni účastníci krizové komunikace s vybraným uchazečem uzavřenu smlouvu o paušálním odběru služby (post-paid služba) a za ni vybranému uchazeči platit je tedy závěrem nezákonným. Konstrukce Úřadu, podle níž předpokládaná hodnota veřejné zakázky měla zahrnovat nejen plnění, které vybranému uchazeči měl hradit sám žalobce, ale též plnění, které měli hradit účastníci krizové komunikace odebírající od vybraného uchazeče po dobu účinnosti smlouvy paušální služby, je tak nesprávná a nezákonná.

XII. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 30. 11. 2011

71. Na základě rozhodnutí krajského soudu č. j. 62 Af 36/2011-127 ze dne 4. 8. 2011 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R199,200/2008/02-15589/2011/310/ASc ze dne 30. 11. 2011.
72. V rámci opětovného rozhodování předseda Úřadu zejména s přihlédnutím k právním závěrům učiněným NSS a krajským soudem, rozhodl tak, že napadené prvostupňové rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, přičemž v dalším řízení je Úřad povinen řídit se právními závěry uvedenými v rozsudku NSS č. j. 9 Afs 3/2011-106 ze dne 29. 6. 2011, v rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 36/2011-127 ze dne 4. 8. 2011 a rozhodnutím předsedy Úřadu ÚOHS-R199,200/2008/02-15589/2011/310/ASc ze dne 30. 11. 2011.

XIII. Závěry Úřadu

73. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení, na základě vysloveného závazného právního názoru NSS, krajského soudu a předsedy Úřadu a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení správního řízení vedeného z moci úřední podle § 118 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
74. Zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku jako zakázku malého rozsahu na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007. Zadavatel zaslal výzvu k podání nabídky všem operátorům, kteří v dané době působili na území České republiky. Nabídku zadavatel obdržel od dvou mobilních operátorů, a to společnosti T-Mobile Czech Republic a. s. a vybraného uchazeče.
75. Předmětem zkoumání Úřadu na základě přijatého podnětu a následně ve správním řízení, vedeném pod sp. zn. S220/2008 byla skutečnost, zda zadavatel při zadání předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zejména zda byla zadavatelem správně stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
76. Úřad ve svém rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10. 11. 2008, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS- R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa ze dne 19. 2. 2009 konstatoval, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když chybně určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a zakázku zadal

jako zakázku malého rozsahu na základě výzvy. Vzhledem k tomu, že zadavatel následkem této skutečnosti neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

77. Úřad v rámci svého původního rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel nesprávně určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, když nezohlednil plnění, která budou na základě uzavřené smlouvy vybranému uchazeči plynout od všech účastníků krizové komunikace, neboť Úřad nesprávně vyhodnotil, že smlouva zakládá všem účastníkům krizové komunikace povinnost odebírat paušální služby od vybraného uchazeče a tedy i tato plnění měla být podle původního názoru Úřadu započtena do předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad v rámci svého původního prvostupňového rozhodnutí dospěl k názoru, že minimální předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 49 917 600 Kč (viz. bod 24 a 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž by se tedy jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku a zadavatel by byl povinen postupovat podle zákona při jejím zadávání.
78. Úřad opřel svůj právní názor o skutečnost, že zadavateli smlouvy sice nevzniká přímý peněžitý závazek vůči vybranému uchazeči, avšak de facto se jedná o úplatné poskytování služeb na základě požadavku zadavatele, když o nastavení přednostního spojení i priority rozhoduje zadavatel. Ačkoliv se u financování veřejných zakázek zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit nepřímou úhradu třetími osobami. V daném případě by tak byla pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky určující výše plnění, kterou vybraný uchazeč za poskytnutí předmětu veřejné zakázky obdrží. Z tohoto důvodu měla být při určení předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky, podle tehdejší úvahy Úřadu, zohledněna plnění, která budou na základě uzavřené smlouvy vybranému uchazeči plynout od všech účastníků krizové komunikace.
79. Na základě právního názoru vysloveného v rozsudku NSS č. j. 9 Afs 3/2011-106 ze dne 29. 6. 2011 a v rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 36/2011-127 ze dne 4. 8. 2011, se kterým se Úřad seznámil a kterým je nyní vázán, Úřad opětovně přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a při jeho plném respektování dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem.

XIV. Relevantní ustanovení zákona a vyhlášky

80. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizována na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.
81. Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je dodavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení nebo před jeho zahájením.
82. Podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou, předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky se stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy na dodávky.
83. Podle § 15 odst. 1 zákona se § 14 odst. 1 zákona pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby použije obdobně.

84. Podle § 29 odst. 2 vyhlášky ke krizové komunikaci slouží:
- a) účelová telekomunikační síť ministerstva, která zabezpečuje hlasovou a datovou komunikaci a připojení hromadné radiokomunikační sítě integrovaného záchranného systému,
 - b) hromadná radiokomunikační síť integrovaného záchranného systému provozovaná ministerstvem a její využití k běžnému provozu složek jako jediného radiokomunikačního prostředku se používá tam, kde byl ukončen přechod z radiokomunikačních technologií do hromadné sítě,
 - c) veřejná pevná telekomunikační síť, ve které je spojení jistěno v rámci regulačních opatření uplatněním přednostního spojení,
 - d) veřejná mobilní telekomunikační síť, ve které je spojení jistěno v rámci regulačních opatření uplatněním přednostního spojení,
 - e) prostředky mobilní telekomunikační sítě vyčleněné k zajištění spojení orgánů krizového řízení a obcí,
 - f) záložní rádiová síť v přímém režimu na určeném kmitočtu, případně v režimu umožňujícím propojení,
 - g) spojky nebo vytvořená rádiová síť pro tranzitní přenos zpráv, které se použijí při selhání všech technologií, nebo
 - h) mobilní telekomunikační sítě a zařízení, jejichž nasazení může povolit velitel zásahu nebo územně příslušné operační a informační středisko při nedostatečné kapacitě standardně používaných spojovacích prostředků.
85. Ustanovení § 30 odst. 1 vyhlášky stanovuje, že vzájemné spojení subjektů krizové komunikace se zabezpečuje podle § 29 odst. 2 písm. a) až c) nebo písm. e) vyhlášky.
86. Podle § 30 odst. 2 vyhlášky spojení mezi složkami v místě zásahu a z místa zásahu na operační a informační středisko se zabezpečuje podle § 29 odst. 2 písm. b) a d) vyhlášky. Nelze-li postupovat podle věty první, spojení se zabezpečuje podle § 29 odst. 2 písm. c) a písm. e) až h) vyhlášky.
87. Podle § 30 odst. 3 vyhlášky spojení mezi operačními středisky základních složek se zabezpečuje podle § 29 odst. 2 písm. a) až e) vyhlášky. Nelze-li postupovat podle věty první, je zabezpečeno spojení podle § 29 odst. 2 písm. f) nebo g) vyhlášky tak, aby bylo vzájemně na sobě nezávislé.
88. Podle § 30 odst. 4 vyhlášky spojení mezi operačním a informačním střediskem a operačními středisky, dispečinky nebo pracovišti ostatních složek se zabezpečuje podle § 29 odst. 2 písm. c) a d) vyhlášky a případně po schválení ministerstvem také podle § 29 odst. 2 písm. a) a b) vyhlášky.

XV. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

89. Úřad konstatuje, že obecně platí zásada, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky má zadavatel povinnost zahrnout nejen finanční úhrady poskytované dodavateli přímo zadavatelem, ale i finanční plnění, která jsou v přímé souvislosti s danou veřejnou zakázkou,

byť jsou poskytována jinými subjekty. Současně však musí být splněna podmínka, že těmto subjektům musí být v rámci takové veřejné zakázky stanovena povinnost dodavateli z nějakého důvodu plnit.

90. V rámci šetřené veřejné zakázky však nedošlo ke kumulativnímu splnění všech podmínek, aby se mohla uplatnit obecná konstrukce pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť třetím subjektům v daném případě nevznikla povinnost poskytnout dodavateli jakékoliv plnění.
91. Jestliže, že by třetí subjekty v daném případě dodavateli plnily, dělo by se tak na základě jejich svobodné vůle, nikoliv z důvodu stanovení nějaké povinnosti.
92. Jelikož v rámci šetřené veřejné zakázky nelze do předpokládané hodnoty veřejné zakázky započíst i cenu paušálních (post-paid) tarifů (viz bod 68 a 69 odůvodnění tohoto rozhodnutí), placených na základě smlouvy jednotlivými účastníky krizové komunikace, a zadavatel tedy nebyl povinen tato plnění do předpokládané hodnoty veřejné zakázky započíst, jeho postup při „zadávání“ veřejné zakázky malého rozsahu byl postupem zákonným.
93. V šetřeném případě nelze započítávat platby spojené s paušálními (post-paid) službami do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť jak již ve svých rozhodnutích uvedl NSS a krajský soud, výchozím bodem celé situace je již samotný výklad pojmů „krizová komunikace“ a „přednostní spojení pro mobilní telefonní čísla účastníků krizové komunikace“. Přičemž pojem „krizová komunikace“ je nutné chápat jakožto pojem nadřazený k pojmu „přednostní spojení pro mobilní telefonní čísla účastníků krizové komunikace“, který představuje pouze jeden z prostředků sloužících k zajištění krizové komunikace, kdy správným výkladem těchto pojmů je nutné dojít k závěru, že smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nezakládá povinnost odebrat paušální služby zadavatele účastníkům krizové komunikace. Tento krok je vázán čistě na jejich volní úvaze, nikoliv na zákonem stanovené povinnosti, jak uvedl Úřad ve svém původním rozhodnutí.
94. Spojení prostřednictvím mobilní sítě s přednostním spojením podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky není totiž podle právní úpravy základním způsobem komunikace složek integrovaného záchranného systému. Současně je z dikce ustanovení § 30 odst. 2 vyhlášky zřejmé, že ani pro jednu z obsažených situací nestanovil zákonodárce jako jediný, a dokonce ani jako preferovaný, způsob krizové komunikace spojení prostřednictvím mobilní sítě s přednostním spojením podle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky. Vyhláška stanovuje pro každou ze situací krizové komunikace alternativní použití určených prostředků. Rovněž je zřejmé, že např. v oblastech, ve kterých není dostatečné pokrytí mobilním signálem dodavatele, se jeví jako neúčelné pokoušet se o používání mobilního spojení, byť se službou přednostního spojení, ale naopak se jako efektivní jeví použití jiného prostředku, jehož funkčnost je spolehlivě zajištěna. Lze tedy konstatovat, že příslušná právní úprava nestanovuje povinnost celého okruhu účastníků krizové komunikace využívat v případech potřeby veřejnou mobilní telekomunikační síť, v níž je spojení jištěno uplatněním přednostního spojení.
95. Při stanovení předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky, kdy v rámci šetřeného případu, do její předpokládané hodnoty nejsou v souladu s dikcí vyhlášky promítnuta plnění

spojená s paušálními (post-paid) službami a s přihlédnutím k nabídkové ceně vybraného uchazeče, který nabídl zabezpečení nastavení přednostního spojení pro subjekty, kteří vlastní SIM kartu vybraného uchazeče, podílející se na krizové komunikaci zdarma, a v případě nutnosti vyžádání nové SIM karty by poplatek ze strany zadavatele činil 1 Kč, jak zadavatel uvedl ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2008, lze konstatovat, že veřejná zakázka svým finančním rozsahem nepřekročí limit stanovený pro zakázky malého rozsahu, tedy částku 2 000 000 Kč.

96. Vychází-li tedy Úřad při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky z právního názoru, že do předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky nejsou započítávána plnění spojená s paušálními (post-paid) službami, vznikly by zadavateli náklady maximálně v řádu několika tisíc Kč. Jak vyplývá z nabídky vybraného uchazeče, zabezpečení nastavení přednostního spojení pro subjekty podílející se na krizové komunikaci je zdarma. Z vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2008 vyplývá, že pokud by byl zadavatel výjimečně nucen požádat o vydání nové SIM karty, uhradil by na základě zvýhodněných podmínek zadavateli 1,- Kč za každou nově vydanou SIM kartu.
97. V případě, že by zadavatel po celou dobu, na kterou byla uzavřena smlouva v rámci předmětné veřejné zakázky, nepožadoval od vybraného uchazeče vydání žádné nové SIM karty, neměl by zadavatel v souvislosti s danou veřejnou zakázkou spojeny žádné finanční výdaje, neboť samotné zabezpečení nastavení přednostního spojení pro subjekty podílející se na krizové komunikaci je zdarma. K takové situaci by došlo pouze za předpokladu, že o nastavení přednostního spojení v rámci krizové komunikace by nepožádal žádný oprávněný subjekt, anebo požádaly pouze subjekty, které již vlastní SIM kartu vybraného uchazeče.
98. Za předpokladu, že by zadavatel po vybraném uchazeči požadoval vydání nové SIM karty, pro každého z maximálního předpokládaného počtu účastníků krizové komunikace (počet účastníků krizové komunikace byl ve výzvě k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007 stanoven v rozmezí 15 000 – 30 000), která je zpoplatněna na základě zvýhodněných podmínek částkou 1,- Kč, finanční výdaje zadavatele v rámci šetřené veřejné zakázky by tak činily 30 000,-Kč.
99. Současně Úřad uvádí, že sám zadavatel v rámci výzvy k podání nabídky ze dne 3. 10. 2007 uvedl v bodě 9, že maximální cena, kterou zadavatel za služby v rámci dané veřejné zakázky dodávané po dobu 3 let uhradí, bude ve výši 2 000 000 Kč.
100. Úřad vzhledem ke shora uvedenému neshledal v postupu zadavatele porušení zákona, a proto správní řízení podle § 118 zákona zastavil, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
2. Telefónica 02 Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

Vypraveno dne

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