



UOHSX0014JXJ

Č. j.: UOHS-R199,200/2008/02-1894/2009/310/LJa

V Brně dne 19. února 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 28.11.2008

- **Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7**, jejímž jménem jedná genmjr. Ing. Miroslav Štěpán, generální ředitel Hasičského záchranného sboru České republiky,

a o rozkladu doručeném dne 1.12.2008 společností

- **Telefónica O2 Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4**, zast. předsedou představenstva Salvadorem Angladou Gonzalesem a 1. místopředsedou představenstva Ing. Jurákem Šedivým,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10.11.2008 č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – České republiky – Ministerstva vnitra, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Smlouva o zabezpečení krizové komunikace**“ jako zakázky malého rozsahu na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3.10.2007, 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, ustavené dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10.11.2008 č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – České republiky – Ministerstva vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, jejímž jménem jedná genmjr. Ing. Miroslav Štěpán, generální ředitel Hasičského záchranného sboru České republiky (dále jen „zadavatel“), při uzavření smlouvy o zabezpečení krizové komunikace se společností Telefónica O2 Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, zast. předsedou představenstva Salvadorem Angladou Gonzalesem a 1. místopředsedou představenstva Ing. Jurákem Šedivým (dále jen „vybraný uchazeč“). Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci, a protože po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče.

Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad 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 a veřejnou zakázku „Smlouva o zabezpečení krizové komunikace“ zadal jako zakázku malého rozsahu, čímž porušil § 13 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a současně na tuto veřejnou zakázku uzavřel dne 29.4.2006 smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání tohoto správního deliktu Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 150 000,- Kč.
3. V odůvodnění rozhodnutí je uvedeno, 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. Smlouva uzavřená s vybraným uchazečem stanoví, že mobilní telefonní číslo účastníka krizové komunikace může být zařazeno mezi krizová telefonní čísla pouze v případě, že vlastníkem SIM karty, k níž je přiřazeno, je vybraný uchazeč a účastník krizové komunikace jeho prostřednictvím odebírá paušální služby. Cena nejlevnějšího tarifu nabízeného vybraným uchazečem je dle zjištění Úřadu 92,44 Kč bez DPH. Ve výzvě k podání nabídky na uzavření smlouvy ze dne 3.10.2007 je v rámci vymezení předmětu veřejné zakázky stanoveno, že předpokládaný počet účastníků krizové komunikace se pohybuje v rozmezí 15 000 až 30 000 uchazečů. Smlouva byla uzavřena na dobu trvání 3 let. Úřad na základě výše uvedených údajů vyčíslil, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovená v souladu se zákonem dosahuje minimální výše 49 917 600,- Kč (15 000 účastníků x 92,44 Kč x 36 měsíců). Vzhledem k takto určené výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky se jedná o veřejnou zakázku nadlimitní ve smyslu § 12 odst. 1 zákona.

4. Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí dále uvádí, že zadavateli ze 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 ani nepřímou úhradu třetími osobami. V daném případě je tak pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky určující výše plnění, kterou vybraný uchazeč za poskytnutí předmětu veřejné zakázky obdrží. Z toho důvodu měla být při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zohledněna plnění, která budou na základě uzavřené smlouvy vybranému uchazeči plynout od všech účastníků krizové komunikace.
5. Zadavatel tedy 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 následkem této skutečnosti neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

II. Námitky rozkladů

Námitky rozkladu zadavatele

6. Proti rozhodnutí Úřadu podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 28.11.2008. Zadavatel v rozkladu uvádí, že je přesvědčen, že se svým postupem nedopustil správního deliktu a nesouhlasí s uložení pokuty. Domnívá se, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky určil zcela v souladu se zákonem, když do této předpokládané hodnoty zahrnul veškerá předpokládaná plnění ze své strany, neboť plnění dalších subjektů ve prospěch vítězného uchazeče nejsou peněžním výdajem na straně zadavatele. Zadavatel tedy v této souvislosti odmítá závěr Úřadu, že ačkoliv se u financování veřejných zakázek zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani přímou úhradu třetími osobami. Toto tvrzení je dle jeho názoru v rozporu s § 13 odst. 1 zákona, přičemž dále poukazuje na § 13 odst. 8 zákona a namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl, která konkrétní pravidla stanovená zákonem zadavatel porušil.
7. Tvrzení Úřadu, že v daném případě je rozhodující výše plnění, kterou vybraný uchazeč obdrží, a to bez ohledu na to, od kterého subjektu, nemá dle názoru zadavatele oporu v zákoně, neboť zákon pojem „subjekt“ nedefinuje. Zadavatel z toho vyvozuje, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy dle 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.
8. Zadavatel v rozkladu rovněž namítá, že tvrzení, že vybraný uchazeč je na základě smlouvy odměňován třetími osobami, není pravdivé, neboť uzavřená smlouva žádnému účastníkovi nezakládá povinnost poskytovat nějaké plnění a pokud je uchazeč odměňován třetími osobami, děje se tak vždy jen na základě dobrovolně uzavřených smluvních vztahů mezi nimi.
9. Ve vztahu ke smlouvě uzavřené s vybraným uchazečem zadavatel v rozkladu uvádí, že tato smlouva pouze upravuje podmínky, jak získat bezplatně službu přednostního

- spojení v síti mobilního operátora – vybraného uchazeče. Smlouva žádnému subjektu krizové komunikace nezakládá povinnost odebírat paušální služby pouze prostřednictvím vybraného uchazeče, neboť k zajištění spojení v rámci krizové komunikace mají její subjekty možnost využít služeb kteréhokoli mobilního nebo fixního poskytovatele telekomunikačních služeb.
10. K povinné aktivaci některého z tarifů vybraného uchazeče pak zadavatel uvádí, že zákazník si nemusel nechat aktivovat žádný z tarifů. Smlouvu k danému telefonnímu číslu mohl vypovědět nebo využít služby „Dočasného odpojení SIM na prázdniny“, díky níž nemusí uživatel po dobu 12 měsíců platit žádný poplatek za tarif. Tuto službu je dle zadavatele možno využívat i opakovaně a tudíž po celou dobu platnosti smlouvy o zabezpečení krizové komunikace.
 11. Zadavatel dále nesouhlasí s kalkulací minimální výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedené Úřadem v napadeném rozhodnutí. Zadavatel namítá, že Úřad vůbec nezohlednil možnost využití služby „Dočasného odpojení SIM na prázdniny“, díky níž uživatel nemusí po dobu 12 měsíců platit žádný poplatek za post-paid tarif, přičemž tuto službu může zákazník využít i opakovaně, tj. po celé 3 roky trvání smlouvy s vybraným uchazečem. Rovněž počet 15 000 účastníků, který byl ve výpočtu Úřadu použit, nelze dle zadavatele považovat za údaj znamenající minimální nebo průměrný počet účastníků, neboť tento ve smlouvě není stanoven a nelze jej ani odhadnout. Zadavatel konstatuje, že smlouva o zabezpečení krizové komunikace nezavazuje nikoho k aktivaci služby přednostního spojení a tedy počet účastníků majících aktivovanou službu přednostního spojení může být i menší než 15 000, přičemž znovu poukazuje na skutečnost, že účastník krizové komunikace může využít pro krizovou komunikaci kteréhokoli mobilního operátora v ČR. Počet účastníků byl dle zadavatele ve výzvě uveden pouze z hlediska technických parametrů na požadované služby, přičemž zadavatel nikdy neuvedl, že uváděné počty účastníků jsou pro uchazeče nějak závazné.
 12. K případnému využívání předplacených SIM karet zadavatel uvádí, že SIM karty jsou v těchto případech běžně prodávány zcela anonymně, což pro oblast krizového řízení nelze akceptovat, neboť u předplacených služeb nelze spolehlivě identifikovat uživatele tohoto čísla ani dohledat, zda je zapojen do krizového řízení či nikoliv. Z těchto důvodů se využívání předplacených SIM karet jeví zadavateli jako velmi problematické. Uvádí přitom, že možnost snadné identifikace uživatele je hlavním důvodem existence článku 3.2. smlouvy s vybraným uchazečem, kde je stanovena podmínka využívání post-paid tarifu, neboť v tomto případě je jakákoliv změna uživatele telefonního čísla snadno zjištělná a dohledatelná.
 13. Zadavatel se v rozkladu dále důrazně ohrazuje proti tvrzení uvedenému v rozhodnutí, že výdaje na základě smlouvy fakticky vznikají všem účastníkům krizové komunikace. V této souvislosti zadavatel znovu konstatuje, že účastník krizové komunikace není smlouvou vázán k odebírání jakýchkoliv služeb od vybraného uchazeče, neboť ke krizové komunikaci může využívat služeb ostatních mobilních operátorů. Zadavatel dále připouští, že některým účastníkům krizové komunikace mohou vzniknout výdaje, avšak záleží na nich, zda využijí např. zmíněné služby „Dočasného odpojení SIM na prázdniny“. Dle názoru zadavatele tak může díky neznalosti produktů vybraného uchazeče nastat ojediněle situace, kdy účastník bude např. za aktivaci při vzniku krizového stavu hradit poplatek.

14. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že účastníci krizové komunikace žádají o úplatné poskytnutí služeb na základě vlastního rozhodnutí, zadavatel svým souhlasem pouze potvrzuje, že se skutečně jedná o oprávněné účastníky krizové komunikace. Sám zadavatel o nastavení přednostního spojení a priority nerozhoduje.
15. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že pro zadání šetřené veřejné zakázky malého rozsahu nelze použít druhy zadávacího řízení dle § 21 odst. 1 zákona, a to vzhledem k tomu, že zadavatel vystupuje samostatně a ne ve smyslu § 2 odst. 8 nebo § 3 zákona.
16. Závěrem rozkladu zadavatel uvádí, že všechny subjekty, kterým byly uděleny licence mobilních operátorů na území ČR, byly vyzvány k účasti na šetřené veřejné zakázce malého rozsahu. Zadavatel tak svým postupem nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky, neboť všichni operátoři měli možnost podat výhodnější nabídku, a ani nemohlo dojít k žádnému znevýhodnění uchazečů.

Závěr rozkladu zadavatele

17. Vzhledem k výše uvedenému se zadavatel domáhá zrušení napadeného rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK, nebo jeho změny tak, že Úřad plně vyhoví rozkladu.

Námítky rozkladu vybraného uchazeče

18. Vybraný uchazeč v rozkladu uvádí, že předmětem smlouvy uzavřené se zadavatelem je 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 a vybraným uchazečem. Pokud má účastník krizové komunikace s vybraným uchazečem uzavřenu smlouvu o poskytování paušálních služeb, je oprávněn požádat o přiřazení priority. Vybraný uchazeč přitom zdůrazňuje, že účastník krizové komunikace je oprávněn (nikoliv povinen) smlouvu uzavřenou se zadavatelem využít, neboť smlouva neukládá povinnost žádnému účastníkovi krizové komunikace žádat o zařazení svého čísla mezi krizová. Závatky účastníků krizové komunikace z jednotlivých smluv o poskytování paušálních služeb dle vybraného uchazeče nevyplývají z plnění šetřené veřejné zakázky a vzhledem k § 13 odst. 1 zákona je tak nelze do předpokládané hodnoty veřejné zakázky započítat.
19. 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 s textem zákona, konkrétně § 14 a 15 zákona.
20. Ujednání čl. 3.2. smlouvy uzavřené se zadavatelem, které stanoví, že telefonní číslo účastníka může být zařazeno mezi krizová čísla pouze v případě, že účastník odebírá prostřednictvím vybraného uchazeče paušální služby, znamená dle názoru vybraného uchazeče pouze to, že přednostní spojení nemůže být poskytováno telefonnímu číslu s předplacenou kartou. Účastníci krizové komunikace mají navíc možnost požádat o přerušování poskytování služeb, tzv. dočasné odpojení SIM karty na prázdniny, během něhož nemusí sjednanou paušální částku po stanovenou dobu hradit, přičemž na možnosti využívat přednostního spojení za krizového stavu se nic nemění. Přerušování je standardně poskytováno na dobu 12 měsíců, avšak službu je možné využívat i

opakovaně, proto nemusí účastníci krizové komunikace po celou dobu trvání smlouvy platit paušál vůbec.

Závěr rozkladu vybraného uchazeče

21. Vzhledem k výše uvedenému se vybraný uchazeč domáhá zrušení napadeného rozhodnutí č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK nebo jeho změny tak, že Úřad plně vyhoví rozkladu.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele

22. Vybraný uchazeč se k rozkladu zadavatele vyjádřil dopisem ze dne 15.12.2008. Uvádí v něm, že smlouva uzavřená se zadavatelem nezakládá povinnost účastníků krizové komunikace využívat služby vybraného uchazeče ani povinnost požádat o zařazení svého čísla mezi krizová. Smlouva účastníkům krizové komunikace umožňuje, pokud mají s vybraným uchazečem uzavřenou smlouvu o poskytování služeb, požádat, aby jejich telefonnímu číslu byla přiřazena priorita. Vybraný uchazeč dále potvrzuje, že účastníci mohou pro potřebu krizové komunikace využívat služeb i jiných operátorů, přičemž smlouvou uzavřenou se zadavatelem není zapovězeno ani uzavření smluv o poskytování přednostního spojení s ostatními mobilními operátory.
23. Vybraný uchazeč dále vyjadřuje souhlas s tím, že plnění poskytnutá dalšími subjekty ve prospěch vítězného uchazeče nejsou peněžními výdaji na straně zadavatele, a proto je nelze zahrnout do předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Závěry Úřadu považuje v tomto bodě za učiněné v rozporu s § 14 a 15 zákona.
24. Vybraný uchazeč se rovněž ztotožňuje se závěry zadavatele ohledně případného použití SIM karet s předplacenými službami a uvádí, že jsou pro dané užívání vzhledem k jejich anonymitě nevhodné. Z tohoto důvodu bylo do smlouvy zahrnuto ujednání, že telefonní číslo účastníku krizové komunikace lze mezi krizová telefonní čísla zahrnout pouze v případě odběru paušální (post-paid) služby. Vybraný uchazeč dále nesouhlasí se závěrem, že toto ujednání zakládá každému účastníku krizové komunikace povinnost nepřetržitého odběru paušálních služeb, a znovu odkazuje na možnost dočasného přerušování poskytování služeb formou odpojení SIM karty na prázdniny.
25. Vybraný uchazeč považuje s ohledem na vše výše uvedené návrh zadavatele na zrušení nebo změnu rozhodnutí za opodstatněný. V dalším odkazuje na vlastní rozklad.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. Po projednání obou podaných rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou 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 podaných rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S220/2008/VZ-18880/2008/540/VK ze dne 10.11.2008 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. V odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladů

Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

28. Zadavatel v rozkladu namítá, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky určil zcela v souladu se zákonem, když do této předpokládané hodnoty zahrnul pouze veškerá plnění předpokládaná ze své strany a nikoliv plnění dalších subjektů ve prospěch vítězného uchazeče.
29. K této otázce uvádím, že dle § 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. Při výkladu tohoto ustanovení je nutno vycházet především z funkčního pojetí tam uvedené definice. Pro splnění podmínky úplatnosti tedy nemusí zadavateli vzniknout přímý finanční závazek. Významná je v této souvislosti 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 nikoli 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.
30. V šetřeném případě tedy 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 tohoto kroku by zabezpečení krizové komunikace nebylo možné (jak ještě bude doloženo níže). 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. V této souvislosti tedy není rozhodující skutečnost, zda úhrada za odběr paušální služby je vybranému uchazeči poskytována přímo od zadavatele nebo prostřednictvím třetích osob, neboť se v každém případě fakticky jedná o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele na základě uzavřené smlouvy. Celkový rozsah veřejné zakázky a tedy celkový peněžitý závazek zde přitom nevyplývá přímo z textu ustanovení uzavřené smlouvy, ale je určen i na základě další právních skutečností (včetně právních předpisů), které zabezpečení krizové komunikace provázejí.
31. Dále v této souvislosti konstatuji, že současná konstantní rozhodovací praxe Úřadu potvrzuje, že pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je určující výše peněžního plnění, kterou vybraný uchazeč v souvislosti s poskytnutím předmětu veřejné zakázky obdrží, a to bez ohledu na to, jakým subjektem je toto plnění poskytováno. V rámci řízení o rozkladu jsem se proto ztotožnil se závěrem Úřadu, že zadavatel svým postupem porušil ustanovení § 13 odst. 2 zákona, když nedodržel postup pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a šetřenou veřejnou zakázku zadal jako zakázku malého rozsahu.

32. Závěr zadavatele uvedený v rozkladu, podle kterého je dle názoru Úřadu určující výše plnění, kterou vybraný uchazeč obdrží od kteréhokoliv třetího subjektu, bez ohledu na to, zda vůbec tento subjekt je v jakémkoliv vztahu s danou veřejnou zakázkou, je nutno odmítnout jako zavádějící dezinterpretaci napadeného rozhodnutí Úřadu. Výklad § 7 zákona, který Úřad předložil v napadeném rozhodnutí, znamená, že pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je nutno zohlednit nejen peněžní plnění, která jsou poskytována vybranému uchazeči přímo ze strany zadavatele, ale rovněž ta plnění, která jsou v souvislosti s plněním předmětu dané veřejné zakázky vybranému uchazeči poskytována ze strany třetích subjektů. Z toho vyplývá, že interpretace právního závěru Úřadu naznačená zadavatelem v rozkladu je mylná, neboť souvislost subjektu poskytujícího plnění s danou veřejnou zakázkou je vyjádřena tím, že poskytované plnění je vázáno na předmět veřejné zakázky.

K námitce závaznosti smlouvy pro třetí osoby

33. K tvrzení zadavatele uvedenému v rozkladu, podle něhož smlouva uzavřená s vybraným uchazečem žádnému subjektu krizové komunikace nezakládá povinnost odebírat paušální služby pouze prostřednictvím vybraného uchazeče, neboť k zajištění spojení v rámci krizové komunikace mají její subjekty možnost využít služeb kteréhokoli mobilního nebo fixního poskytovatele telekomunikačních služeb, uvádím následující.
34. Vyhláška č. 328/2001 Sb., o některých podrobnostech zabezpečení integrovaného záchranného systému, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), upravuje v § 29 zásady způsobu krizové komunikace. Dle § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky slouží ke krizové komunikaci veřejná mobilní telekomunikační síť, ve které je spojení jištěno v rámci regulačních opatření uplatněním přednostního spojení. Ustanovení § 30 vyhlášky, které upravuje organizaci spojení v záchranném integrovaném systému, pak v odst. 2 až 4 stanoví, že mobilní telekomunikační síť dle § 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, dispečinky nebo pracovišti ostatních složek. Které subjekty patří mezi složky integrovaného záchranného systému upravuje § 4 odst. 1 až 3 zákona č. 239/2000 Sb., o integrovaném záchranném systému a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.
35. Využití mobilní telekomunikační sítě dle ustanovení § 29 odst. 2 písm. d) vyhlášky tedy představuje způsob zajištění krizové komunikace ve vyhláškou stanovených případech. Nejedná se přitom o dispozitivní ustanovení, kterým by účastníkům krizové komunikace byla dána volnost uvážení v tom, jaký způsob zajištění krizové komunikace si pro danou situaci zvolí. Proto, je-li pro danou situaci v § 30 odst. 2 až 4 vyhlášky vymezeno jako způsob zajištění krizové komunikace využití veřejné mobilní telekomunikační sítě, ve které je spojení jištěno uplatněním přednostního spojení, je účastník krizové komunikace povinen této sítě v případech stanovených vyhláškou využít. Přestože tedy smlouva uzavřená s vybraným uchazečem výslovně nestanoví povinnost účastníků krizové komunikace využít možnosti služby přednostního spojení, fakticky tato povinnost účastníkům krizového řízení vyplývá z vyhlášky. Nejedná se tedy o dobrovolné rozhodnutí účastníků krizového řízení, zda možnosti služby přednostního spojení využijí či nikoli. Z tohoto důvodu je nutno odmítnout tvrzení zadavatele

uvedené v rozkladu, že ze smlouvy nevyplývá jakákoliv povinnost třetích osob odebírat jakékoliv služby od vybraného uchazeče a poskytovat mu za to odměnu. Stejně je třeba odmítnout tvrzení zadavatele, že k tomuto odměňování dochází na základě s nimi dobrovolně uzavřených smluvních vztahů, neboť vzhledem k výše citované právní úpravě, zabezpečení krizové komunikace představují ujednání mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, tedy vznik faktického závazku třetích osob (účastníků krizové komunikace) vstoupit do smluvního vztahu s vybraným uchazečem a odebírat od něj úplatné služby.

36. V této souvislosti je zásadní také skutečnost, že nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že jednotliví účastníci krizové komunikace se mohou s žádostmi o zabezpečení služby přednostního spojení obracet na jiné operátory dle vlastního výběru. Jak se uvádí v nedatovaném záznamu o průběhu šetřené veřejné zakázky, podepsaném plk. Ing. Luděkem Štolbou, ředitelem Odboru komunikačních a informačních systémů Generálního ředitelství HZS ČR, oba předkladatelé nabídek „splnili zadání výběrového řízení, nicméně nejsou schopni zabezpečit přenositelnost priority spojení vzájemně mezi mobilními sítěmi.“ Tento záznam rovněž dále uvádí, že „možnost zajišťování služeb v oblasti zabezpečení krizové komunikace prostřednictvím více dodavatelů byla konzultována i s ČTÚ, MPO, AČR a MV SSK, přičemž zástupci těchto subjektů taktéž upřednostňují uzavření smlouvy s jedním dodavatelem, z důvodu neschopnosti zabezpečení přenositelnosti priority spojení vzájemně mezi dvěma mobilními sítěmi“. Z výše uvedeného tedy nade vši pochybnost vyplývá, že technicky není proveditelné zabezpečit prioritu spojení účastníků krizové komunikace mezi dvěma či více mobilními sítěmi, a je tedy za účelem zabezpečení tohoto spojení nezbytné, aby toto probíhalo pouze v rámci služeb poskytovaných jedním mobilním operátorem, v tomto případě vybraným uchazečem. Je proto nutno odmítnout tvrzení zadavatele, že účastníci krizové komunikace mají možnost pro zajištění přednostního spojení využít služeb kteréhokoli mobilního poskytovatele telekomunikačních služeb, neboť toto tvrzení naprosto neodpovídá realitě zadání šetřené veřejné zakázky.

Ke kalkulaci minimální výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky Úřadem

37. Zadavatel v rozkladu dále vyjadřuje nesouhlas s kalkulací minimální výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedené Úřadem. Namítá, že Úřad ve výpočtu vůbec nezohlednil možnost dočasného přerušení poskytování služeb, tzv. „dočasného odpojení SIM karty na prázdniny“, v jejímž rámci uživatel nemusí po dobu 12 měsíců platit poplatek za paušální tarif, přičemž tuto službu je dle zadavatele možno využít i opakovaně.
38. K tomu uvádím, že výše 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 poskytovaných vybraným uchazečem pak vyplývá, že služba „dočasného odpojení na prázdniny“ znamená odpojení provedené na žádost zákazníka, a to na dobu maximálně 12 měsíců. Po dobu tohoto odpojení jsou u daného telefonního čísla přerušeny veškeré služby, nelze z něj tedy volat ani přijímat hovory, a to s výjimkou tísňových linek (112, 150, 155, 156 a 158). Cena aktivace služby je 100,- Kč bez DPH. Po uplynutí maximální možné doby 12 měsíců je zákazník povinen požádat o znovuzapojení telefonního čísla, a to minimálně na dobu 3 měsíců. Až po jejím uplynutí je případně znovu možné využít dočasného odpojení na prázdniny.

Službu dočasného odpojení nelze aktivovat u zákazníků, kteří mají vůči vybranému uchazeči pohledávku po lhůtě splatnosti. Ze získaných podkladů dále vyplývá, že u zákazníků, kteří obdrželi dotovaný telefon, by aktivace této služby znamenala porušení smluvních podmínek a s tím spojené uplatnění sankcí.

39. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že i využití služby dočasného odpojení na prázdniny je obecně zpoplatněno, přičemž po uplynutí stanovené doby je nutno telefonní číslo na danou minimální dobu opět aktivovat a po tuto dobu pak uživatel platí poplatky dle zvoleného paušálu. Ze smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem přitom nevyplývá, že by v případě zájmu účastníků krizové komunikace o využití výše uvedené služby byly podmínky pro její využívání jakýmkoli způsobem modifikovány a ve vztahu k šetřené veřejné zakázce upraveny do té podoby, jakou uvádí zadavatel a vybraný uchazeč v rozkladech. Tvrzení rozkladů jsou tedy v tomto smyslu účelová. Stejný závěr je nutno učinit v souvislosti se skutečností, že aktivace služby dočasného odpojení na prázdniny má za následek přerušování poskytování veškerých služeb u daného telefonního čísla s výjimkou možnosti tísňového volání. Využití této služby tedy fakticky vylučuje jakoukoli běžnou – a tedy i krizovou – komunikaci, a proto není možné o využití této služby pro telefonní čísla účastníků krizové komunikace uvažovat.
40. Další námitka vybraného uchazeče ve vztahu ke kalkulaci minimální výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedené Úřadem směřuje proti počtu 15 000 účastníků, který byl ve výpočtu použit. K tomu uvádím, že stanovení tohoto počtu uchazečů vyplynulo z textu výzvy zadavatele ze dne 3.10.2007, která 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 šetřené veřejné zakázky bylo uplynutí doby, na kterou byl dřívější smluvní vztah o dodávkách služeb a mobilních telefonů pro krizové řízení uzavřen, lze mít za prokázané, že zadavatel vycházel ze zkušeností z dosavadního smluvního vztahu a na jejich základě stanovil i výše předpokládaný počet účastníků krizové komunikace. Obdobný postup předpokládá také § 13 odst. 2 zákona, který říká, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanoví zadavatel na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění. V této souvislosti je rovněž – s ohledem na to, co je uvedeno výše v bodě 36 – nutno odmítnout tvrzení zadavatele, že počet účastníků nelze odhadnout také vzhledem k tomu, že účastník krizové komunikace může využít pro krizovou komunikaci kteréhokoli mobilního operátora v ČR.

K dalším námitkám rozkladů

41. Zadavatel se dále v rozkladu vyjadřuje k možnosti využívání předplacených SIM karet, přičemž uvádí, že jejich využití je pro účely krizového řízení problematické vzhledem k jejich anonymitě, tedy nemožnosti snadné identifikace uživatele daného telefonního čísla. Argumentaci zadavatele, že by v případě využití předplacených SIM karet nebylo dohledatelné, je-li uživatel příslušného mobilního telefonního čísla oprávněným subjektem krizové komunikace, považuji za neopodstatněnou, neboť účastníci krizové komunikace žádají o zabezpečení přednostního spojení pro konkrétní telefonní čísla.
42. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že vzhledem k tomu, že všechny subjekty, kterým byly uděleny licence mobilních operátorů na území ČR, byly vyzvány k účasti na šetřené veřejné zakázce malého rozsahu, nemohl svým postupem podstatně ovlivnit

výběr nejvýhodnější nabídky, neboť všichni operátoři měli možnost podat výhodnější nabídku. K tomu uvádím, že skutečnost, že zadavatel zaslal výzvu k účasti na šetřené veřejné zakázce všem operátorům, byla zohledněna při stanovení výše uložené pokuty. To vyplývá již z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, které pokutu stanovilo při dolní hranici její možné výše vymezené v § 120 odst. 2 zákona a preferovalo tak preventivní charakter uložené sankce. Je však nutno odmítnout argument zadavatele, že jeho postup nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky. Zadavatel následkem chybně určené předpokládané hodnoty veřejné zakázky neprovedl před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem zadávací řízení ve smyslu zákona. Není možné vyloučit, že v případě správného postupu při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a především při vymezení faktického celkového objemu této veřejné zakázky (včetně všech „doprovodných“ mobilních telefonních služeb) by se operátor, který na výzvu vůbec nereagoval, zadávacího řízení se svou nabídkou zúčastnil, případně že by některý z operátorů podal nabídku jinou, než jakou podal na základě zaslání výzvy. Vzhledem k této skutečnosti mohl postup zadavatele potenciálně vést k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

43. K poslednímu tvrzení zadavatele, že pro šetřenou veřejnou zakázku nebylo možno využít žádný z druhů zadávacího řízení vymezených dle § 21 odst. 1 zákona, neboť ve všech uvedených druzích zadávacích řízení je základní otázkou, zda zadavatel vystupuje samostatně nebo ve smyslu § 2 odst. 8 nebo § 3 zákona, přičemž zadavatel v šetřené zakázce vystupoval samostatně, uvádím, že tento argument je nutno odmítnout jako irelevantní. Předně je nutno konstatovat, že předmětem správního řízení vůbec nebylo posouzení toho, zda zadavatel měl být případně účastníkem sdružení zadavatelů dle § 2 odst. 8 zákona nebo měl vystupovat jako centrální zadavatel dle § 3 zákona, neboť tato otázka je pro právní posouzení věci naprosto bezpředmětná. Zadavatel je veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 písm. a) zákona, který může pro zadání veřejné zakázky využít v souladu s § 21 zákona všechny druhy zadávacích řízení uvedené v § 21 odst. 1 zákona. Ustanovení § 2 odst. 8 zákona stanoví, že pokud je účastníkem sdružení zadavatelů veřejný zadavatel, vztahují se na sdružení zadavatelů ustanovení zákona platná pro veřejného zadavatele. Ustanovení § 3 odst. 2 zákona pak stanoví, že s výjimkou situace, kdy centrální zadavatel provádí centralizované zadávání dle § 3 odst. 1 zákona výlučně pro sektorové zadavatele nebo na jejich účet, provádí centralizované zadávání podle ustanovení zákona platných pro veřejného zadavatele. Zadavatelem uvedené situace dle § 2 odst. 8 nebo § 3 zákona by tedy neměly žádný dopad na skutečnost, že zadavatel by měl vždy při provedení zadávacího řízení povinnost postupovat dle ustanovení zákona platných pro veřejného zadavatele.

K námitkám rozkladu vybraného uchazeče

44. S ohledem na skutečnost, že námitky uvedené v rozkladu vybraného uchazeče se fakticky argumentačně kryjí s námitkami rozkladu zadavatele, se kterými jsem se řádně vypořádal výše, odkazuji ve vztahu k námitkám rozkladu vybraného uchazeče na tuto argumentaci.
45. Na základě shora uvedených skutečností jsem se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí.

V. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
47. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo vnitra, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
2. Telefónica O2 Czech Republic, a. s., se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4
3. spis

Na vědomí:

4. Generální ředitelství Hasičského záchranného sboru České republiky, se sídlem Kloknerova 26, 148 01 Praha 414

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce