



UOHSX0094UYH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-02790/2017/532/ZČa

Brno: 26. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správních řízeních, která byla zahájena dne 25.11.2016 na návrh z téhož dne a dne 14.12.2016 z moci úřední, a která byla spojena dne 29.12.2016 do společného řízení, jehož účastníky jsou

- zadavatel – **Česká republika – Vězeňská služba České republiky**, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle,
- navrhovatel – **O2 Czech Republic a.s.**, IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 - Michle, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23.11.2016 Tomášem Pfefferem, členem Sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov, a
- vybraný uchazeč – **BVfon Czech Telecommunication, s.r.o.**, IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 1.12.2016 JUDr. Martinem Kartnerem, ev. č. ČAK 13398, advokátem advokátní kanceláře CHSH Kališ & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 29416680, se sídlem Týn 639/1, 110 00 Praha 1,

ve věci návrhu ze dne 25.11.2016 na uložení zákazu plnění „Koncesní smlouvy o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězňených osob“ uzavřené dne 7.11.2016 mezi jmenovaným zadavatelem a jmenovaným vybraným uchazečem v koncesním řízení „**GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby**“, a

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, jmenovaným zadavatelem v koncesním řízení „**GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby**“, v jehož rámci byla dne 7.11.2016 uzavřena „Koncesní smlouva o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězněných osob“,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle, se dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, tím, že dne 7.11.2016 uzavřel s vybraným uchazečem – BVfon Czech Telecommunication, s.r.o., IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1 – „Koncesní smlouvu o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězněných osob“ v koncesním řízení „**GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby**“, realizovaném podle § 5 odst. 2 citovaného zákona jako koncesní řízení malého rozsahu, bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 citovaného zákona, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení uveřejnit, neboť se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH, a mělo být tedy v souladu s § 6 odst. 1 citovaného zákona zahájeno uveřejněním oznámení o jeho zahájení.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli – Česká republika – Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 – Nusle – podle § 27 odst. 2 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

III.

Zadavateli – Česká republika – Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle – **se** podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz plnění** „Koncesní smlouvy o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězněných osob“ uzavřené dne 7.11.2016 s vybraným uchazečem – BVfon Czech Telecommunication, s.r.o., IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1 – v koncesním řízení „**GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby**“.

IV.

Podle § 26 odst. 2 a 4 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006

Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, se zadavatel – Česká republika – Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle, **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. KONCESNÍ ŘÍZENÍ

1. Z článku II. „Vymezení plnění“ koncesní dokumentace vyplývá, že zadavatel – Česká republika – Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle (dále jen „zadavatel“), realizoval koncesní řízení „GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby“ (dále jen „koncesní řízení“), podle § 5 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), jako koncesní řízení malého rozsahu, neboť předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace „Koncesní smlouvy o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězněných osob“, činil za období trvání koncesní smlouvy méně než 20 mil. Kč.
2. V předmětném článku koncesní dokumentace je dále vymezen předmět plnění koncesního řízení jako „(...) poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby (...)“ a „(...) dodávka telefonních přístrojů v předpokládaném počtu – 850 ks. (...)“.
3. Zadavatel v bodu VI. „Hodnotící kritéria a způsob hodnocení nabídek“ koncesní dokumentace stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické výhodnosti nabídky.
4. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 25.10.2016, obdržel zadavatel v tomto koncesním řízení tři nabídky, a to nabídku vybraného uchazeče – BVfon Czech Telecommunication, s.r.o., IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 1.12.2016 JUDr. Martinem Kartnerem, ev. č. ČAK 13398, advokátem advokátní kanceláře CHSH Kališ & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 29416680, se sídlem Týn 639/1, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“), navrhovatele – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 - Michle, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23.11.2016 Tomášem Pfefferem, členem Sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov (dále jen „navrhovatel“) a společnosti M-Communications s.r.o., IČO 24209759, se sídlem Jungmannova 22/9, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „M-Communications s.r.o.“).
5. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26.10.2016 vyplývá, že žádná z nabídek nebyla z koncesního řízení vyřazena, přičemž hodnotící komise vyhodnotila nabídku vybraného uchazeče jako ekonomicky nejvhodnější.

6. Dne 7.11.2016 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem na výše uvedený předmět plnění „Koncesní smlouvu o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězňených osob“ (dále jen „koncesní smlouva“).

II. KE SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ ZAHÁJENÉMU NA NÁVRH VEDENÉMU POD SP. ZN. S0726/2016/VZ

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 24 koncesního zákona, obdržel dne 25.11.2016 od navrhovatele návrh z téhož dne na uložení zakazu plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 7.11.2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem v předmětném koncesním řízení realizovaném podle § 5 odst. 2 koncesního zákona jako koncesní řízení malého rozsahu.

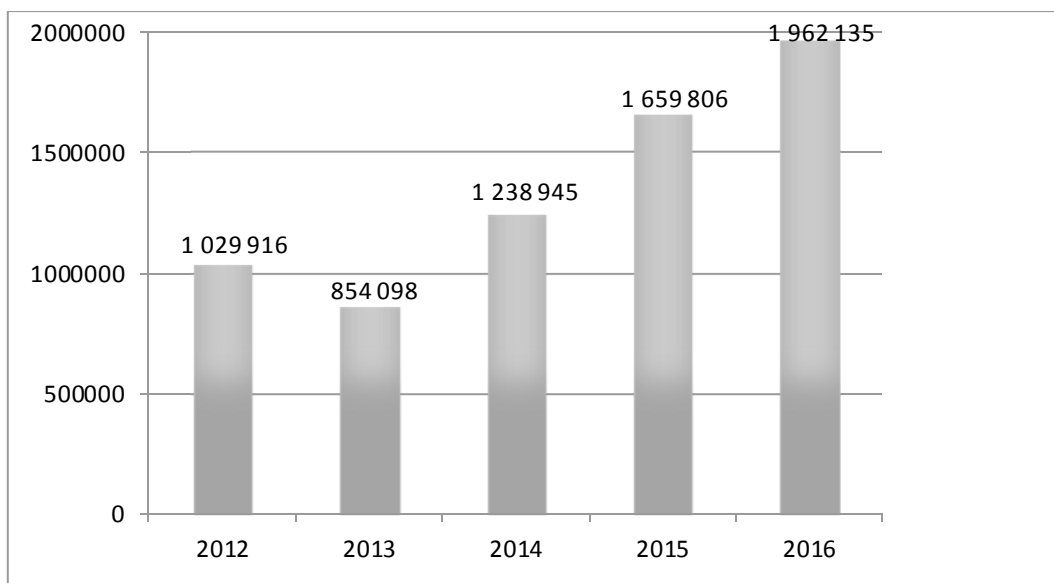
Obsah návrhu navrhovatele

8. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel neurčil správně výši předpokládaného příjmu koncesionáře a koncesní smlouvu z tohoto důvodu nebyl oprávněn uzavřít mimo režim koncesního zákona pouze s odkazem na jeho zásady. Navrhovatel tak má za to, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, neboť uzavřel koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, přičemž zadavatel přitom neuveřejnil ani dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a koncesní smlouvu uzavřel bezprostředně poté, co doručil oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uchazečům, čímž jim znemožnil uplatnění jakýchkoli obranných prostředků.
9. Navrhovatel v návrhu uvádí, že získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, neboť s odkazem na § 4 koncesního zákona a § 2 odst. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon (dále jen „vyhláška“), provedl vlastní kalkulaci na základě nabídkové ceny vybraného uchazeče při čerpání předpokládaného příjmu koncesionáře v limitní částce 20 000 000 Kč bez DPH, přičemž dospěl k následujícím hodnotám:

celkový limit koncese malého rozsahu	20 000 000 Kč bez DPH
roční limit při délce trvání koncese 8 let	2 500 000 Kč bez DPH
denní limit koncese malého rozsahu	6 849 Kč bez DPH
minutová cena vybraného uchazeče	1,62 Kč bez DPH
denní počet možných minut hovorů	4 281 minut
počet vězňených v ČR k 15. 11. 2016	22 525 osob
denní možnost jednoho vězňeného telefonovat	11,4 sekundy

10. Z tabulky dle navrhovatele vyplývá, že vysoutěžený denní „příděl“ na jednoho vězňeného by i při dosažení limitní hodnoty 20 mil. Kč bez DPH za osmileté období byl pouhých 11,4 sekundy, přičemž tato hodnota je na první pohled nereálná a svědčí o tom, že předpokládaný příjem koncesionáře byl zadavatelem zkeslen směrem dolů, neboť zdravým úsudkem nelze předpokládat, že by vězňené osoby využívaly komunikační služby v průměru necelých 12 sekund denně, respektive jednu minutu týdně, pokud by si předchozích šest dní spořily. Vzhledem k tomu, že cena komunikačních služeb v porovnání s minulostí výrazně klesla, lze podle názoru navrhovatele do budoucna naopak předpokládat strmý nárůst objemu telekomunikačních služeb.

11. Navrhovatel dále sděluje, že je dosavadním poskytovatelem telekomunikačních služeb vězňům osobám, když v 35 věznicích provozuje 256 veřejných telefonních automatů. Z těchto automatů vězněné osoby uskutečňují telefonní hovory prostřednictvím předplacených karet, přičemž v tuto chvíli jde o karty O2 TRICK s vnitrostátními cenami 5 Kč včetně DPH za minutu hovoru v pevné síti a 15 Kč včetně DPH za minutu hovoru v mobilní síti. Navrhovatel v návrhu předkládá graf, kterým dokládá, že v letech 2012 až 2016 byl z těchto telefonních automatů zrealizován následující objem minut hovorů:



12. Ke grafu navrhovatel uvádí, že údaje za roky 2012 až 2015, včetně prvních 8 měsíců roku 2016, vycházejí ze skutečného stavu, přičemž objem posledních 4 měsíců roku 2016 je započten rovnoměrným odhadem. Dále navrhovatel sděluje, že pokles v roce 2013 byl způsoben skokovým snížením počtu vězňů osob po amnestii, udělené prezidentem Václavem Klausem, přičemž mimo amnestii je z grafu patrný pravidelný meziroční nárůst objemu volání o 15 - 30%. Navrhovatel předesílá, že za dvanáct měsíců předcházejících vyhlášení neformálního poptávkového řízení na koncesi malého rozsahu, tedy od počátku září roku 2015 do konce srpna roku 2016, bylo z 256 telefonních automatů, umístěných v českých věznicích, zrealizováno konkrétně 1 884 563 minut hovorů. Navrhovatel v příloze č. 3 návrhu uvádí informace, jež zobrazují počty provolaných minut k jednotlivým telefonním automatům, měsícům a směrům telefonního provozu. Ze stejného časového období je dle navrhovatele zřejmé i dlouhodobé rozložení směrů volání:

směr	počet minut	podíl
mezinárodní volání	180 546	10%
volání do mobilních sítí	1 355 641	72%
volání do pevných sítí	348 375	18%

13. Z doručeného návrhu dále plyne, že navrhovatel vypočítal předpokládaný příjem koncesionáře z reálného objemu ročně protelefonovalých minut (1 884 563) a ceny vybraného uchazeče za minutu hovoru (1,62 Kč), přičemž po dosažení konkrétních hodnot postupem dle přílohy č. 1 k vyhlášce, lze dle jeho názoru dospět k následujícím hodnotám:

Rok předp. platnosti koncesní sml.	Předpokládaný příjem koncesionáře v daném roce	Diskontní koeficient koncesionáře	Současná hodnota předpokl. příjmu v daném roce
1	3 052 991 Kč	0,9709	2 964 149 Kč
2	3 052 991 Kč	0,9426	2 877 750 Kč
3	3 052 991 Kč	0,9151	2 793 792 Kč
4	3 052 991 Kč	0,8885	2 712 583 Kč
5	3 052 991 Kč	0,8626	2 633 510 Kč
6	3 052 991 Kč	0,8375	2 556 880 Kč
7	3 052 991 Kč	0,8131	2 482 387 Kč
8	3 052 991 Kč	0,7894	2 410 031 Kč
Celkem	24 423 931 Kč		21 431 083 Kč

14. Navrhovatel v této souvislosti podotýká, že již základní výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře za 8 let, provedený postupem dle vyhlášky, potvrzuje, že tento jednoznačně přesahuje limitní hodnotu 20 mil. Kč, stanovenou v § 5 odst. 2 koncesního zákona, ač základní výpočet nezohledňuje aspekty, které výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře nadále zvyšují, a to cena za volání do zahraničí a nárůst objemu volání. Podle údajů navrhovatele činí volání do zahraničí zhruba 10% z celkového objemu minut, které se pak neoceňují nízkou cenou pro tuzemské volání (např. u vybraného uchazeče 1,62 Kč), nýbrž standardní cenou telekomunikačního operátora pro volání do jednotlivých zahraničních států, přičemž tato cena je obvykle násobně vyšší a dosahuje minimálně 10 Kč za minutu volání (cena volání do vzdálenějších nebo dokonce exotických zemí se však může vyšplhat i na 30 - 50 Kč za minutu).
15. Navrhovatel doplňuje, že k nárůstu objemu komunikačních služeb, čerpaných vězňými osobami, dojde v průběhu účinnosti koncesní smlouvy dvojnásobem. Předně dojde k významnému nárůstu poté, co bude vězňům osobám umožněno volání za výrazně nižší ceny, než byly nuceny vynakládat doteď, přičemž se dá počítat s minimálním nárůstem provolaných minut o polovinu, reálně se však dá předpovídat dvojnásobek či trojnásobek současného objemu. Vodítkem v tomto ohledu může být dle navrhovatele i poměr nové ceny k ceně předchozí. Cena vybraného uchazeče 1,62 Kč za minutu je při volání do mobilních sítí, které v provozu vězňů osob převažuje, zhruba 7,5 krát nižší, než cena volání s doposud používanými telefonními automaty, která činila 12,40 Kč za minutu volání do mobilních sítí (15 Kč včetně DPH za impuls, přičemž impuls je u volání do mobilních sítí zaznamenáván každých 60 sekund). Volání do pevných sítí, které činí v provozu vězňů osob menší část (cca 18% z celku), je pak levnější zhruba 2,5 krát, když předchozí výdaje na něj činily 4,12 Kč za minutu (impuls byl zaznamenáván každých 180 sekund). Navrhovatel provedl upravený výpočet, ve kterém tyto aspekty promítl: 10% provolaných minut ocenil vyšší jednotkovou cenou 10 Kč za minutu (reálné ceny za zahraniční volání jsou 10-50 Kč za minutu), celý provoz povýšil jednorázovým 1,5 násobným růstem (reálné snížení ceny je přitom 2,5 - 7,5 násobné) a provoz v následujících letech postupně povyšoval o 10% (reálné meziroční zvýšení dosahuje 15-30%). Postupem dle přílohy č. 1 k vyhlášce pak navrhovatel dochází k následujícímu předpokládanému příjmu koncesionáře:

Rok předpokl.	Předpokládaný příjem koncesionáře v daném roce	Diskontní koeficient	Současná hodnota předpokládaného příjmu
---------------	--	----------------------	---

platnosti koncesní sml.		koncesionáře	v daném roce
1	6 948 382 Kč	0,9709	6 746 184 Kč
2	7 643 220 Kč	0,9426	7 204 500 Kč
3	8 407 542 Kč	0,9151	7 693 742 Kč
4	9 248 297 Kč	0,8885	8 217 112 Kč
5	10 173 126 Kč	0,8626	8 775 339 Kč
6	11 190 439 Kč	0,8375	9 371 993 Kč
7	12 309 483 Kč	0,8131	10 008 841 Kč
8	13 540 431 Kč	0,7894	10 688 816 Kč
Celkem	79 460 921 Kč		68 706 526 Kč

16. Navrhovatel zdůrazňuje, že i kdyby v upraveném výpočtu nezohlednil nárůst objemu volání, ale bral v potaz pouze reálně vyšší ceny 10% podílu zahraničního volání, činila by celková současná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře 32 517 039 Kč; z tohoto důvodu v šetřeném případě trvá na tom, že došlo k porušení postupu stanoveného pro realizaci koncesního řízení a uzavření koncesní smlouvy. Navrhovatel sděluje, že nemá k dispozici výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře provedený při přípravě koncesního řízení zadavatelem, nicméně ze zpracovaných tabulek je však dle jeho názoru zřejmé, že hranice 20 mil Kč bez DPH stanovená v § 5 odst. 2 koncesního zákona jako limitní pro předpokládaný příjem koncesionáře bude za dobu trvání koncesní smlouvy překročena zcela určitě a pokud navrhovatel do výpočtu zahrnuje volání do zahraničí a očekávaný nárůst, potom se tak stane hned několikanásobně.
17. Navrhovatel dále sděluje, že zadavatel uzavřel koncesní smlouvu bezprostředně poté, co uchazečům doručil oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, čímž jim fakticky znemožnil podání jakýchkoli obranných prostředků. Z tohoto důvodu má tedy navrhovatel za to, že se tím zadavatel dopustil přinejmenším porušení základních zásad stanovených v § 3a koncesního řízení, a to zejména zásady rovného zacházení, když tímto jednáním zvýhodnil vybraného uchazeče oproti ostatním uchazečům a dále zásadu transparentnosti koncesního řízení. Navrhovatel doplňuje, že v právě popsaném postupu by tak mohlo být dle jeho názoru shledáno i naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona a současně také správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona; zákaz plnění koncesní smlouvy by tak mohl být uložen rovněž dle § 25 odst. 2 písm. b) koncesního zákona.
18. Navrhovatel zároveň konstatuje, že mu nejsou známy žádné skutečnosti nasvědčující tomu, že by v daném případě existovaly důvody ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona, které by vylučovaly uložení zákazu plnění koncesní smlouvy. Navrhovatel naopak uvádí, „(...) že při uzavírání koncesní smlouvy musí být v prvé řadě zohledněn zájem na zákonném koncesním řízení, které zajistí hospodárné a efektivní čerpání finančních prostředků, byť ty tu nejsou primárně čerpány z veřejných rozpočtů, resp. veřejný zájem, jehož naplňování KZ rovněž sleduje.“ I pokud by tedy zadavatel ve správním řízení hypoteticky prokázal, že uložení zákazu plnění by došlo k naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona, byly by dle navrhovatele splněny veškeré podmínky pro uložení zákazu plnění tak, jak jej navrhuje navrhovatel.

19. Navrhovatel pro úplnost uvádí, že je osobou aktivně legitimovanou k podání tohoto návrhu, neboť měl a má i nadále zájem na plnění předmětných komunikačních služeb. V důsledku postupu zadavatele vznikla navrhovateli újma na jeho právech spočívající v tom, že se nemohl o získání veřejné zakázky ucházet v řádném koncesním řízení vyhlášeném podle koncesního zákona, a to včetně možnosti podat řádné opravné prostředky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a koncesní smlouva s ním tedy nebyla uzavřena. K provedení důkazů navrhovatel navrhuje dokumentaci koncesního řízení a podklady, na základě nichž zadavatel určil předpokládaný příjem koncesionáře, včetně informací o plnění obdobných komunikačních služeb pro vězněné osoby za předchozí období.
20. Na základě výše uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona zadavateli zákaz plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 7.11.2016 v předmětném koncesním řízení. V případě prokázání existence důvodů hodných zvláštního zřetele se navrhovatel domáhá, aby byl zákaz plnění smlouvy podle předchozího odstavce uložen s účinností do 2 měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

Průběh správního řízení zahájeného na návrh

21. Dnem 25.11.2016, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 24a koncesního zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci návrhu na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy.
22. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-47205/2016/532/ZČa ze dne 28.11.2016. V citovaném oznámení Úřad mimo jiné zadavatele upozornil, že v souladu s § 24b odst. 6 koncesního zákona je povinen zaslat Úřadu své vyjádření k obdržení návrhu do 7 dnů od jeho doručení a společně s tímto vyjádřením zaslat příslušnou dokumentaci koncesní smlouvy. Dále byl zadavatel upozorněn, že je povinen současně označit případné důvody pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona.
23. Účastníky řízení podle § 24d koncesního zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
24. Usnesením č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-47217/2016/532/ZČa ze dne 28.11.2016 Úřad stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-48505/2016/532/ZČa ze dne 8.12.2016 Úřad stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení, zda při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře zohlednil vedle ceny a objemu vnitrostátních hovorů taktéž cenu a objem hovorů mezinárodních a v jaké výši, a doložení těchto skutečností, popř. sdělení, z jakého důvodu cenu a objem mezinárodních hovorů do předpokládaného příjmu koncesionáře nezahrnul. Citovaným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení, zda eviduje objem uskutečňovaných

zahraničních hovorů, a pokud ano, doložení údajů o objemu uskutečněných zahraničních hovorů v předcházejících čtyřech letech.

26. Usnesením č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-49133/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení, zda eviduje objem uskutečňovaných mezinárodních hovorů, a pokud ano, doložení údajů o objemu uskutečněných mezinárodních hovorů v předcházejících čtyřech letech relevantními podklady zachycujícími přehled odchozích mezinárodních hovorů. Předmětným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – zaslání vyjádření k dokumentu, který byl součástí návrhu a obsahuje mimo jiné přehled o objemu uskutečněných mezinárodních hovorů v období září 2015 – srpen 2016.

Vyjádření zadavatele ze dne 5.12.2016

27. Zadavatel k doručenému návrhu sděluje, že před zahájením koncesního řízení provedl výpočet předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného celkového příjmu koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy. Zadavatel popisuje, že předně stanovil předpokládaný roční rozsah provolaných minut za poslední 3 roky (2013 - 2015) a stanovil předpokládanou cenu za 1 minutu volání ve výši 2 Kč bez DPH, přičemž u výše minutové sazby vycházel při stanovení předpokládané ceny hovorného z cen současných operátorů na našem trhu a možných nákladů na provozování systému. Zadavatel uvádí, že navrhovatel, jakožto stávající dodavatel, poskytuje zadavateli následující tarify:

volání do mobilní sítě 02	0,24 Kč / minutu (bez DPH)
volání do sítí ostatních operátorů	0,12 Kč / minutu (bez DPH)
volání do pevných sítí	0,24 Kč / minutu (bez DPH)

28. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že předpokládaný příjem koncesionáře, který je zpracován v příložené tabulce, stanovil ve výši cca desetkrát vyšší než je aktuální cena volání. Zadavatel má tedy za to, že výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře byl proveden v souladu s vyhláškou a její přílohou č. 1, přičemž předpokládaný příjem koncesionáře je dle tohoto výpočtu 18 251 220 Kč.

Rok	Diskontní koeficient	Celkový počet provolaných minut za uvedené období (2013 - 2015)	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Celková cena volání za doložené období v Kč bez DPH
1	0,9709	1 300 000,00	2,00	2 524 340,00
2	0,9426	1 300 000,00	2,00	2 450 760,00
3	0,9151	1 300 000,00	2,00	2 379 260,00
4	0,8885	1 300 000,00	2,00	2 310 100,00
5	0,8626	1 300 000,00	2,00	2 242 760,00
6	0,8375	1 300 000,00	2,00	2 177 500,00
7	0,8131	1 300 000,00	2,00	2 114 060,00
8	0,7894	1 300 000,00	2,00	2 052 440,00
Celková cena za 8 roků trvání koncesní smlouvy				18 251 220,00

29. Zadavatel taktéž provedl výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře podle nabídky vybraného uchazeče, který nabídl cenu za 1 minutu volání ve výši 1,62 Kč bez DPH

(viz tabulka níže). Za období 8 let při předpokládaném objemu 1 660 000 minut (počet minut skutečně provolaných v roce 2015 – údaj o počtu provolaných minut byl převzat z návrhu navrhovatele) a ceně 1,62 Kč za minutu volání činí příjem vybraného uchazeče 18 877 377,24 Kč bez DPH. Z této skutečnosti lze podle zadavatele dovodit, že stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře před zahájením koncesního řízení stanovil zadavatel velice přesně.

Hodnota 1 660 000 minut – skutečně provolané minuty v roce 2015 – dle údajů navrhovatele uvedených v návrhu na zákaz plnění, 1,62 Kč – nabídková cena vybraného uchazeče:

Rok	Diskontní koeficient	Celkový počet provolaných minut za uvedené období	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Celková cena volání za doložené období v Kč bez DPH
1	0,9709	1 660 000,00	1,62	2 610 944,28
2	0,9426	1 660 000,00	1,62	2 534 839,92
3	0,9151	1 660 000,00	1,62	2 460 886,92
4	0,8885	1 660 000,00	1,62	2 389 354,20
5	0,8626	1 660 000,00	1,62	2 319 703,92
6	0,8375	1 660 000,00	1,62	2 252 205,00
7	0,8131	1 660 000,00	1,62	2 186 588,52
8	0,7894	1 660 000,00	1,62	2 122 854,48
Celková cena za 8 roků trvání koncesní smlouvy				18 877 377,24

30. Zadavatel je tudíž přesvědčen, že byl oprávněn postupovat podle § 5 odst. 2 koncesního zákona a sděluje, že předmětné koncesní řízení zahájil „otevřenou výzvou“, na základě čehož usuzuje, že se do koncesního řízení mohli přihlásit všichni dodavatelé, kteří splnili podmínky zadavatele. Zadavatel podotýká, že ze strany navrhovatele, který (jako dosavadní poskytovatel služby) znal jako jediný detailní informace o rozsahu poskytovaných služeb, nebyla v průběhu koncesního řízení doručena žádná námitka, resp. žádost o dodatečné informace vztahující se k předpokládané výši příjmu koncesionáře nebo druhu řízení. Zadavatel má za to, že postupoval transparentně, nediskriminačně a se všemi uchazeči zacházel stejně, tedy v souladu s ustanovením § 3a koncesního řízení. Při postupu podle části druhé koncesního zákona by přitom podle zadavatele nedošlo při hodnocení nabídek uchazečů k rozdílnému výsledku; z tohoto důvodu by i uložení zakazu plnění koncesní smlouvy znamenalo značnou újmu na právech vězňených osob, jejichž právo telefonovat je zaručeno zákonem. Zadavatel podotýká, že se jedná o specifickou skupinu osob, jejichž sociální a ekonomické postavení je na velmi nízké úrovni, proto i samotné telefonování za dosavadní sazby, které poskytuje navrhovatel, by pro ně znamenalo značnou újmu. Zadavatel se proto domnívá, že návrh na zákaz plnění koncesní smlouvy má jediný účel, a to zajistit navrhovateli pro další období příjem dle dosavadních vysokých tarifů.
31. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel doložil, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře nebylo dosaženo hodnoty 20 000 000 Kč bez DPH, navrhuje, aby Úřad zamítl návrh na uložení zakazu plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 7.11.2016 v předmětném koncesním řízení.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 8.12.2016

32. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření sděluje, že navrhovatel nebyl oprávněn návrh podat, neboť neprokázal, jaká újma mu hrozí či vznikla tvrzeným porušením koncesního zákona. Vybraný uchazeč zdůrazňuje, že navrhovatel v průběhu lhůty pro podání nabídek nevzněl jakoukoliv námitku týkající se nesprávně zvoleného režimu koncesního řízení, byť disponoval údajnými objemy provolaného času v posledních letech, přičemž ty využívá až v rámci řízení před Úřadem. Z uveřejněné zprávy o posouzení a hodnocení nabídek zároveň dle vybraného uchazeče vyplývá, že nabídka navrhovatele nebyla z koncesního řízení vyřazena a pouze z důvodu nejméně výhodné ceny za volání se umístila jako poslední v pořadí. Z tohoto důvodu je vybraný uchazeč přesvědčen, že navrhovateli úkonem zadavatele žádná újma nehrozila či nevznikla a pokud by koncesní řízení probíhalo v režimu koncesního zákona, pak by stejně újma navrhovateli nevznikla, neboť s ohledem na jeho nabídkovou cenu by v koncesním řízení neuspěl. Vybraný uchazeč se proto domnívá, že navrhovatel podal svůj návrh pouze s cílem zablokovat výsledek koncesního řízení a získat tak co nejdelší období pro případné další poskytování předmětných služeb za nepřiměřené ceny.
33. Vybraný uchazeč považuje výpočty navrhovatele, ze kterých vychází z jeho nabídkové ceny za irelevantní, neboť na základě těch zadavatel před zahájením koncesního řízení kvalifikovaný předpokládaný příjem nestanovuje. Vybraný uchazeč dále sděluje, že ve své nabídce nabídl cenu za minutové volání ve výši 1,62 Kč bez DPH (0,027 Kč bez DPH za 1 sekundu volání). Koncesní smlouva je uzavřena na dobu určitou v délce 4 let s možností prodloužení o čtyři roky (tj. není jisté, zda koncesní smlouva bude trvat celých 8 let a nelze vyloučit, že příjem koncesionáře bude zdaleka nižší, než jak uvádí navrhovatel). Pro výpočet průměrného počtu provolaných minut za rok použil vybraný uchazeč údaje uvedené v návrhu navrhovatele, ve kterém navrhovatel uvádí, že v roce 2012 bylo provoláno 1 029 916 minut, v roce 2013 bylo provoláno 854 098 minut, v roce 2014 bylo provoláno 1 238 945 minut, v roce 2015 bylo provoláno 1 659 806 minut a v roce 2016 bylo provoláno 1 962 135 minut. S ohledem na nižší objem provolaných minut v roce 2012 a 2013, vypočítává vybraný uchazeč průměrný roční objem provolaných minut pouze za roky 2014 až 2016. Pokud se tyto objemy provolaných minut zprůměrují, pak z toho dle vybraného uchazeče vychází 1 620 295 minut za rok. Na základě výše uvedených údajů tedy předpokládaný příjem koncesionáře za celou dobu plnění koncesní smlouvy podle názoru vybraného uchazeče činí částku ve výši 18 425 848 Kč bez DPH, a to s ohledem na níže provedené výpočty v souladu s přílohou č. 1 vyhlášky.

Rok	Předpokládaný příjem koncesionáře v daném roce v Kč bez DPH	Diskontní koeficient	Současná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce v Kč bez DPH
1	2 624 877 (tj. 1 620 295 * 1,62)	0,9709	2 548 493
2	2 624 877	0,9426	2 474 209
3	2 624 877	0,9151	2 402 025
4	2 624 877	0,8885	2 332 203
5	2 624 877	0,8626	2 264 219
6	2 624 877	0,8375	2 198 334
7	2 624 877	0,8131	2 134 287

8	2 624 877	0,7894	2 072 078
Celkový příjem koncesionáře za celou dobu trvání koncesní smlouvy v Kč bez DPH dle Vyhlášky			18 425 848

34. Z výše uvedeného tedy dle vybraného uchazeče vyplývá, že i kdyby se předpokládaný příjem koncesionáře počítal z nabídkové ceny vybraného uchazeče, pak je jeho příjem nižší než 20 mil. Kč bez DPH, přičemž i podle těchto výpočtů předpokládaný příjem koncesionáře obsahuje finanční rezervu ve výši cca 1 500 000 Kč pro případné mezinárodní volání či tvrzený nárůst v objemu provolaných minut. Navíc u karty O2 TRICK účtuje navrhovatel stanovenou částku nikoliv po vteřinách či minutách, ale po tzv. impulsech, přičemž impuls v případě karty O2 TRICK činí 180 sekund místních a dálkových hovorů a 60 sekund v případě hovorů do mobilních sítí v ČR, tzn. za každý takto zahájený impuls platí uživatel stanovenou částku bez ohledu na skutečnou délku hovoru. S ohledem na výše uvedené proto nelze podle vybraného uchazeče vyloučit, že přehledy o objemu volání uvedené v návrhu se týkají impulsů či případně minut, nikoliv však sekund, na základě kterých jediných by bylo možné přesně určit skutečně provolaný čas. Pokud se jedná o přehled impulsů, pak se vybraný uchazeč domnívá, že výsledky jsou značně zkreslené, neboť nelze vyloučit, že hovor trval výrazně kratší dobu než celý impuls nebo více impulsů (např. krátce po zahájení impulsu byl hovor ukončen, přesto se v přehledu objevuje jako impuls celý). Pokud se jedná o provolané minuty, pak výsledky jsou méně, nicméně pořád podstatným způsobem zkresleny, neboť opět nelze vyloučit, že jednotlivé hovory byly kratšího trvání než 1 či více minut (např. po zahájení hovoru byly ukončeny, aniž by uživatel skutečně provolal jednu celou minutu).
35. Vybraný uchazeč se dále domnívá, že vzhledem k existenci alternativních postupů a intenzivnějšímu ukládání alternativních trestů a i s ohledem na naplněnost českých věznic nelze vyloučit, že počty vězňů budou stagnovat, resp. do budoucna spíše klesat. K tvrzené ceně navrhovatele ohledně volání do zahraničí vybraný uchazeč poukazuje na obecný trend snižování cen roamingu v Evropské unii. Vybraný uchazeč považuje dále tvrzení navrhovatele ohledně neexistence důvodů hodných zvláštního zřetele podle § 25 odst. 3 koncesního zákona za nesprávné, neboť vězněné osoby mají právo telefonovat a případný zákaz plnění by s ohledem buď na přerušení této možnosti či telefonování za podstatně vyšší sazby toto právo minimálně značně ztížil.
36. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeč žádá, aby Úřad postupem podle § 25 odst. 4 koncesního zákona návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy zamítl.

Vyjádření zadavatele ze dne 12.12.2016

37. Zadavatel ve svém sdělení k usnesení č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-48505/2016/532/ZČa ze dne 8.12.2016 uvedl, že při výpočtech předpokládaného příjmu koncesionáře prověřil počet cizinců ve výkonu trestu v letech 2013 – 2015. Ve výkonu trestu bylo v roce 2012 – 1 150 cizinců z celkového počtu vězňů 20 544, tj. 5,60%, v roce 2013 – 892 cizinců z celkového počtu vězňů 14 283, tj. 6,24%, v roce 2014 – 983 cizinců z celkového počtu vězňů 16 441, tj. 5,97%, v roce 2015 – 1 175 cizinců z celkového počtu vězňů 18 852, tj. 6,23%. Zadavatel dále prověřil počet uskutečněných telefonických hovorů cizinců v letech 2013 – 2015, přičemž cizinci protelefonovali v roce 2012 – 18 000 minut 1/3 mezinárodních hovorů (6 000 min.), v roce 2013 – 15 000 minut 1/3 mezinárodních hovorů (5 000 min.), v roce 2014 – 23 000 minut 1/3 mezinárodních hovorů (7 667 min.) a v roce 2015 – 31 000 minut 1/3

mezinárodních hovorů (10 333 min.). Zadavatel dodává, že neneviduje údaje o tom, kolik cizinců má bydliště nebo rodinu na území České republiky, přičemž však většina vězňených osob Vietnamu, Slovenska, Ukrajiny, Ruska i dalších zemí, má svou rodinu a zázemí na území České republiky. Většina hovorů uskutečněných cizinci je tak dle zadavatele vnitrostátních. Zadavatel v dalším sděluje, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře provedl na základě známých údajů porovnání počtu těchto hovorů a zjistil, že do zahraničí je uskutečněna pouze asi jedna třetina telefonních hovorů; z tohoto důvodu údaje o počtu hovorů do zahraničí byly stanoveny v této výši. Zadavatel poznamenává, že navrhovatel, který je dosavadním poskytovatelem telefonních služeb, údaje o realizovaných hovorech zadavateli neposkytl. Zadavatel uvádí, že při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel z údajů za roky 2013 – 2015, přičemž na základě usnesení Úřadu rozšířil tuto tabulku i o rok 2012.

38. Zadavatel dále uvádí, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vzal do úvahy i sazby mezinárodních volání jednoho z operátorů a při zohlednění průměrné výše ceny vycházel ze sazby 15 Kč bez DPH. Tuto sazbu, včetně DPH, rovněž navrhovatel poskytuje na kartě 02 TRICK, která je ve věznicích využívána, přičemž ze statistické ročenky vyplývá, že počet vězňených osob ze vzdálených zemí a tedy dražších tarifních pásem je zanedbatelný. Zadavatel doplňuje, že rovněž předpokládal snižování mezinárodních tarifů (v souladu s politikou Evropské komise ke snižování cen za telekomunikační služby a roamingových cen). Zadavatel sděluje, že mu bylo známo, že doba poskytování služeb vybraným uchazečem se v prvním roce sníží o 3 – 6 měsíců, tedy o dobu nutnou pro instalaci nových přístrojů. Předpokládaný příjem za toto období bude dle zadavatele tedy nižší o 600 000 – 1 200 000 Kč bez DPH. Předpokládaný příjem koncesionáře za mezinárodní hovory, dle níže uvedeného výpočtu, dosahuje částky 842 364 Kč bez DPH. Dále zadavatel uvedl, že číselný údaj za první rok příjmu je tedy ve vyjádření zadavatele k Úřadu ze dne 5.12.2016 brán jako kompenzace za mezinárodní hovory. Zadavatel poznamenává, že v celkovém předpokládaném příjmu koncesionáře není započten ani počet hovorů uskutečněných zaměstnanci a příslušníky zadavatele. Zadavatel podotýká, že koncesní dokumentace požadovala účtování hovorů po vteřinách, tedy skutečně provolanou dobu a nikoliv, jako doposud účtoval navrhovatel, minutové, resp. třiminutové intervaly.

Předpokládaný příjem koncesionáře za mezinárodní hovory

1 rok	koeficient	Celkový počet provolaných minut	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Celková cena volání za doložené období v Kč bez DPH
1	0,9709	8 000,00	15,00	116 508,00
2	0,9426	8 000,00	15,00	113 112,00
3	0,9151	8 000,00	15,00	109 812,00
4	0,8885	8 000,00	15,00	106 620,00
5	0,8626	8 000,00	15,00	103 512,00
6	0,8375	8 000,00	15,00	100 500,00
7	0,8131	8 000,00	15,00	97 572,00
8	0,7894	8 000,00	15,00	94 728,00
CELKEM				842 364,00

39. Zadavatel má za to, že celkem tedy předpokládaný příjem uchazeče činí částku ve výši 19 093 741 Kč bez DPH. Z výše uvedených údajů je dle zadavatele zřejmé, že mezinárodní telefonické hovory neovlivnily výši předpokládaného příjmu koncesionáře natolik, aby koncesní řízení nemohlo být vyhlášeno v souladu s ustanovením § 5 odst. 2 koncesního zákona. Zadavatel považuje podání navrhovatele za obstrukční s cílem zajistit poskytování služeb podle dosavadní smlouvy, tj. na základě tarifů více než 7 krát vyšších než vysoutěžená cena hovorného, a zajistit si tento příjem po dobu trvání správního řízení, resp. nového koncesního řízení. Přitom zadavatel opětovně zdůrazňuje, že v průběhu koncesního řízení nevznesl navrhovatel žádnou připomínku k zadávacím podmínkám, určení předpokládaného příjmu koncesionáře nebo hodnotícím kritériím. Průběh koncesního řízení, i při stanovení vyššího předpokládaného příjmu koncesionáře, by tak dle zadavatele neovlivnil výsledek výběru uchazeče. Zadavatel má za to, že případné nové koncesní řízení by bylo ovlivněno skutečností, že uchazeči odkryli své cenové nabídky a nabízené technologie a došlo by tak ke znevýhodnění vybraného uchazeče.

Vyjádření zadavatele ze dne 20.12.2016

40. Zadavatel ve svém sdělení k usnesení č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-49133/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016 uvedl, že navrhovatel údaje o realizovaných hovorech zadavateli neposkytl. Zadavatel opakuje, že neeviduje mezinárodní telefonické hovory; evidovány jsou pouze hovory uskutečněné cizími státními příslušníky. Zadavatel opětovně poznamenává, že neeviduje údaje o tom, kolik cizinců má bydliště nebo rodinu na území České republiky, přičemž však většina cizích vězněných osob má svou rodinu a zázemí na území České republiky, z tohoto důvodu je většina hovorů uskutečněných cizinci vnitrostátních. Zadavatel dále opakuje, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zjistil, že do zahraničí je uskutečněna pouze asi jedna třetina telefonních hovorů.
41. Zadavatel se dále vyjádřil k dokumentu, který je součástí návrhu a obsahuje mimo jiné přehled o objemu uskutečněných mezinárodních hovorů v období září 2015 – srpen 2016. Zadavatel uvádí, že navrhovatel nesdělil zadavateli před zahájením koncesního řízení žádné relevantní údaje o uskutečňovaných hovorech, přestože o tyto údaje zadavatel žádal, a to s odůvodněním, že vztah mezi zadavatelem a navrhovatelem je založen na nájemním vztahu, přičemž informace o počtech hovorů a případném finančním obratu na základě Rámcové smlouvy o nájmu plochy k umístění telefonních automatů a nájmu monitorovacích zařízení ze dne 15.8.2001, ve znění pozdějších dodatků, nebyl povinen navrhovatel zadavateli sdělit.
42. Zadavatel zdůrazňuje, že mu navrhovatel poskytl „(...) pouze údaj o počtu uskutečněných hovorů bez uvedení jejich doby trvání nebo údaje, zda se jedná o vnitrostátní hovor, mezinárodní hovor či hovor prostřednictvím TRICK karty. (...)“, přičemž z těchto údajů nemohl zadavatel relevantně zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře. Podle zadavatele z těchto údajů nelze odvodit počet provolaných minut, a to také proto, že navrhovatel účtuje hovorné po impulzech (1 min. při telefonování do mobilních sítí a 3 min. při volání na pevné linky), z tohoto důvodu zadavatel v koncesním řízení stanovil požadavek na účtování hovorného po vteřinách, čímž dochází rovněž ke snížení doby a ceny hovoru. Zadavatel tak považuje za obtížné vyjádřit se k podkladům přiloženým navrhovatelem k návrhu na zákaz plnění z koncesní smlouvy. Zadavatel sděluje, že byl tedy odkázán vycházet ze svých odhadů při stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného celkového příjmu

koncesionáře. Zadavatel má ovšem za to, že tyto hodnoty (se započtením mezinárodních hovorů) byly stanoveny velice přesně, přičemž v dalším odkazuje na svá předchozí vyjádření. Zadavatel doplňuje, že vycházel i ze skutečnosti, že v následujících letech dojde ke snížení počtu vězněných osob s ohledem na využívání alternativních trestů a poznamenává, že připravuje rovněž novou veřejnou zakázku na telefonování prostřednictvím služby na principu Skype.

43. Zadavatel je tedy přesvědčen, že návrh navrhovatele je obstrukcí s cílem zajistit poskytování služeb podle dosavadní smlouvy, tj. na základě tarifů více než 7 krát vyšších než vysoutěžená cena hovorného a s cílem zajistit tento příjem po dobu trvání správního řízení, resp. nového koncesního řízení. Zadavatel opětovně upozorňuje, že navrhovatel nevnese žádnou připomínku v průběhu celého koncesního řízení, přitom případné nové koncesní řízení by bylo ovlivněno skutečností, že uchazeči již odkryli své cenové nabídky a nabízené technologie a došlo by tak ke znevýhodnění vybraného uchazeče.

Vyjádření zadavatele ze dne 22.12.2016

44. Zadavatel ve svém dalším vyjádření k usnesení č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-49133/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016 zopakoval své argumenty z vyjádření ze dne 20.12.2016 a dále uvedl, že požadavek zadavatele na nový systém telefonování vězněných osob je nutno od základu vybudovat ve všech organizačních jednotkách zadavatele, přičemž z bezpečnostních důvodů ho nelze spustit pouze někde nebo jen částečně, z tohoto důvodu je zřejmé, že příjem koncesionáře bude po dobu až 180 dnů po podpisu smlouvy téměř nulový. Zadavatel doplňuje, že na tuto dobu byl nucen s navrhovatelem stávající smlouvu dne 21.11.2016 prodloužit.
45. Zadavatel uzavírá, že nová koncepce vězeňství předpokládá přednost osobního kontaktu před telefonováním, přičemž se počítá i s alternativními tresty a novým způsobem hlasové a obrazové komunikace přes internet. Zadavatel se domnívá, že to bude znamenat významné snížení hovorů klasickým způsobem a tím i snížení předpokládaného příjmu koncesionáře. S odkazem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že ke spáchání správního deliktu nedošlo.

III. KE SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ ZAHÁJENÉMU Z MOCI ÚŘEDNÍ VEDENÉMU POD SP. ZN. S0753/2016/VZ

Postup Úřadu před zahájením správního řízení z moci úřední

46. Úřad v rámci své činnosti obdržel dne 25.11.2016 návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy v předmětném koncesním řízení (viz bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě doručeného návrhu Úřad požádal zadavatele o zaslání dokumentace o šetřeném koncesním řízení. Po přezkoumání obdržené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele s koncesním zákonem a z uvedeného důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

Průběh správního řízení zahájeného z moci úřední

47. Účastníkem správního řízení je podle § 24d koncesního zákona zadavatel.
48. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad zadavateli oznámením č. j. ÚOHS-S0753/2016/VZ-49169/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016. Citovaným oznámením Úřad

seznámil zadavatele se svými pochybnostmi o tom, zda zadavatel před zahájením koncesního řízení stanovil předpokládaný příjem koncesionáře v souladu s koncesním zákonem, resp. v souladu s vyhláškou, a zda se tedy jedná o koncesní řízení malého rozsahu. Úřad zde uvedl, že koncesní zákon u koncesí, které nejsou koncesemi malého rozsahu, tj. činí-li předpokládaný příjem koncesionáře 20 000 000 Kč bez DPH a více, ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení. Zadavatel se tak nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup. Úřad v citovaném oznámení tedy sdělil své pochybnosti o tom, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, když uzavřel koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, ačkoli by byl, v případě zákonného postupu (v případě správního stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře), povinen toto oznámení uveřejnit.

49. Dnem 14.12.2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 24a koncesního zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona zadavatelem.
50. Usnesením č. j. ÚOHS-S0753/2016/VZ-49287/2016/532/ZČa ze dne 15.12.2016 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které je oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Citovaným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení.

IV. KE SPOLEČNÉMU SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ

Průběh společného správního řízení

51. Usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-49289/2016/532/ZČa ze dne 29.12.2016 Úřad spojil správní řízení vedené pod sp. zn. S0726/2016/VZ/ na návrh ze dne 25.11.2016 se správním řízením vedeným pod sp. zn. S0753/2016/VZ zahájeným z moci úřední dne 14.12.2016, neboť obě správní řízení se týkají koncesního řízení, v jehož rámci byla dne 7.11.2016 uzavřena mezi zadavatelem a vybraným uchazečem koncesní smlouva.
52. Účastníky správního řízení podle § 24d koncesního zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
53. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-49297/2016/532/ZČa ze dne 30.12.2016 stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Citovaným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení a doložení skutečnosti, v jakém rozsahu již bylo realizováno plnění na základě koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení. Citovaným usnesením Úřad také opětovně stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení. Současně Úřad citovaným usnesením účastníkům řízení oznámil, že uvedená správní řízení spojil.

54. Dne 4.1.2017 bylo navrhovateli umožněno nahlédnutí do správního spisu tohoto spojeného správního řízení.
55. Dne 5.1.2017 bylo vybranému uchazeči umožněno nahlédnutí do správního spisu tohoto spojeného správního řízení.
56. Dne 17.1.2017 bylo vybranému uchazeči umožněno nahlédnutí do správního spisu tohoto spojeného správního řízení.
57. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-00408/2017/532/ZČa ze dne 5.1.2017 opětovně stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládané hodnoty předmětu šetřené koncesní smlouvy.
58. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-00655/2017/532/ZČa ze dne 6.1.2017 stanovil navrhovateli a vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy.
59. Úřad zároveň vyzval žádostí ze dne 6.1.2017 uchazeče v šetřeném koncesním řízení – M-Communications s.r.o., o sdělení výše jeho předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy.
60. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-01986/2017/532/ZČa ze dne 18.1.2017 stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu účastníkům řízení opětovně lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Citovaným usnesením Úřad dále stanovil zadavateli a vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení a doložení skutečnosti, v jakém rozsahu již bylo realizováno plnění na základě koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 3.1.2017

61. Zadavatel ve svém vyjádření k usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-49297/2016/532/ZČa ze dne 30.12.2016 k rozsahu již realizovaného plnění na základě koncesní smlouvy uvedl, že v současné době vybraný uchazeč vypracoval finální verzi projektových dokumentací pro instalaci telefonních automatů a monitorovacích zařízení ve 30 organizačních jednotkách zadavatele, přičemž pro zbývajících 5 organizačních jednotek je projektová dokumentace rozpracována. Zadavatel dále sděluje, že byla zahájena instalace datového spojení pro systém telefonování odsouzených a vybraný uchazeč zahájil úpravu software pro systém telefonování podle požadavků zadavatele. Zadavatel dodává, že o skutečném rozsahu provedených činností a zejména rozsahu vynaložených finančních prostředků má komplexní informaci vybraný uchazeč, přičemž zadavateli nevznikly žádné finanční výdaje vynaložené na realizaci předmětu koncesní smlouvy a vybraný uchazeč neměl žádné příjmy na základě plnění dle koncesní smlouvy, neboť poskytování služeb, tj. zabezpečení telefonování vězňů, doposud nebylo zahájeno.
62. Zadavatel dále ve svém vyjádření k výši předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy uvádí, že před zahájením koncesního řízení stanovil jak předpokládanou hodnotu, tak rovněž předpokládaný příjem koncesionáře. Zadavatel zde dále sděluje: „*Podle metodiky MMR ke koncesnímu zákonu je touto předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy hodnota nákladů vynaložená zadavatelem na realizaci předmětu koncesní smlouvy. Zadavateli nevznikají žádné výdaje spojené s realizací předmětu koncese. Náklady na elektrickou energii budou dle koncesní smlouvy přeneseny na poskytovatele služby.*“

Povinnost zabezpečit telefonování vězňným osobám vyplývá ze zákona č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody. Do zadávacích podmínek proto bylo jako hodnotící kritérium zavedeno posouzení administrativní zátěže zaměstnanců a příslušníků spojené s provozem systému zabezpečených komunikačních služeb.“

63. Zadavatel k vyjádření přikládá přílohu s názvem „Stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncese a stanovení předpokládaného celkového příjmu koncesionáře“ ze dne 12.5.2016, ve které je uvedeno určení předpokládaného celkovému příjmu koncesionáře, kdy zadavatel vychází z předpokládaného ročního rozsahu provolaných minut ve výši 1 300 000 minut (průměr za roky 2013 až 2015) a z předpokládané ceny za 1 minutu volání ve výši 2,00 Kč bez DPH. Předpokládaný příjem koncesionáře dle tohoto výpočtu zadavatele pak činí částku ve výši 18 251 220 Kč. Dále je zde uvedeno, že předpokládaný rozsah provolaných minut do zahraničí činí 8 000 minut, což při sazbě 15 Kč bez DPH činí 842 364 Kč, přičemž výpočet byl proveden v souladu s přílohou č. 1 vyhlášky za dobu 8 let. Je zde tedy konstatováno, že při stanovení předpokládaného celkového příjmu koncesionáře nebylo dosaženo hodnoty 20 000 000 Kč bez DPH. Zadavatel dále uvádí, že předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy je hodnota nákladů vynaložená zadavatelem na realizaci předmětu koncesní smlouvy, přičemž konstatuje, že mu nevznikají žádné výdaje spojené s realizací předmětu koncese.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 10.1.2017

64. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření opakovaně zdůrazňuje, že navrhovatel nebyl a není jakkoliv oprávněn k podání návrhu na zákaz plnění koncesní smlouvy, neboť neprokázal podstatnou náležitost návrhu, a to je vznik nebo hrozba vzniku újmy. Pokud by totiž koncesní řízení probíhalo v celém režimu koncesního zákona, navrhovatel by stejně žádnou újmu neutrpěl, neboť s ohledem na jeho nejvyšší nabídkovou cenu by v koncesním řízení neuspěl. Vybraný uchazeč sděluje, že ani z ničeho nevyplývá, že by navrhovatel v předmětném koncesním řízení v průběhu lhůty pro podání nabídek vnesl jakoukoliv námitku týkající se údajně nesprávně zvoleného režimu provedeného koncesního řízení. Navrhovatel dále uvádí, že jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, nabídka navrhovatele splnila veškeré požadavky zadavatele a v druhém hodnotícím kritériu byla hodnocena nejvyšším počtem bodů; nabídka navrhovatele se tedy umístila na posledním místě pouze z důvodu nejméně výhodné ceny, což zřetelně dokládá, že výsledek koncesního řízení je zcela objektivní a lze ho i zpětně objektivně potvrdit. Ani uzavřením smlouvy podle názoru vybraného uchazeče nemohla být navrhovateli způsobena újma, neboť se předmětného koncesního řízení zúčastnil, podal včas nabídku a zároveň nevznese žádné námitky, což svědčí o tom, že podmínky koncesního řízení byly pro navrhovatele zcela vyhovující.
65. Vybraný uchazeč dále upozorňuje, že vzhledem k tomu, že na relevantním trhu se vyskytují pouze 3 potenciální uchazeči, a to ti, kteří se koncesního řízení účastnili, účast jiných uchazečů nebyla ani předpokládaná, resp. koncesního řízení se zúčastnili všichni relevantní dodavatelé.
66. Pro názornost pak vybraný uchazeč předkládá kalkulaci, vyjadřující, o kolik draže by vycházelo měsíční zajištění telekomunikačních služeb navrhovatelem na základě jeho současných cen dle účinné smlouvy. V této kalkulaci pak promítá skutečnost, že dle současné smlouvy navrhovatel poskytuje jinou cenu za impuls při volání do mobilní sítě (12,4 Kč bez

DPH za 1 minutu, přičemž dle údajů navrhovatele tyto hovory tvoří 82% všech uskutečněných hovorů) a jinou cenu za volání do pevné sítě (4,12 Kč bez DPH za 1 minutu s přihlédnutím k tvrzení navrhovatele, že tyto tvoří 18% z uskutečněných hovorů), přičemž vybraný uchazeč garantuje cenu 1,62 Kč bez DPH za 1 minutu bez ohledu na to, zda osoba volá do mobilní či pevné sítě. Vybraný uchazeč uvádí taktéž přehled, znázorňující, o kolik dráže za 1 rok by telekomunikační služby vycházely, pokud by byly poskytovány navrhovatelem namísto vybraného uchazeče.

67. Vybraný uchazeč uvádí, že pokud by Úřad vyhověl návrhu navrhovatele, pak by prodloužil stav, kdy jsou předmětné telekomunikační služby poskytovány pro vězněné osoby značně nevýhodně, při stanoveném předpokladu o více než 900 000 Kč měsíčně dráže. To by dle vybraného uchazeče představovalo situaci, která je nejen v rozporu s dobrými mravy a zájmy vězněných osob, které bez možnosti jakékoliv jiné volby budou nuceni využívat značně nevýhodných služeb navrhovatele, ale i v rozporu s veřejným zájmem celé společnosti.
68. Vybraný uchazeč k tomu dodává, že Úřad, resp. příslušný soud v minulosti již jednoznačně stanovil, že i ekonomické hledisko, tj. výhodnost řešení pro zadavatele je klíčovým faktorem při zadávání veřejných zakázek, resp. koncesních řízení. V této souvislosti vybraný uchazeč odkazuje např. na rozhodnutí Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 65/2011 - 95, ve kterém bylo konstatováno, že „(...) přestože je smyslem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek zajištění férově a co nejširší soutěže o veřejnou zakázku a přestože je třeba ZVZ vykládat se zohledněním tohoto základního smyslu, není důvodu ZVZ mechanicky aplikovat tak, že by měla probíhat fakticky jen „soutěž pro soutěž“ i za cenu dramaticky, podstatně a nepřiměřeně vyšších nákladů hrazených z veřejných prostředků.“. Vybraný uchazeč uvádí, že byť se rozhodnutí týká zákona o veřejných zakázkách, je s ohledem na skutečnost, že jak veřejné zakázky, tak i koncese představují veřejné prostředky, a s ohledem na značnou provázanost obou právních norem aplikovatelné i na koncesní zákon. Navíc, diskutovaný případ se týkal situace, kdy zadavatel využil tzv. jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zadání veřejné zakázky „na přímo“ dodavateli. V posuzovaném případě proběhla hospodářská soutěž mezi relevantními subjekty, jejíž výsledek pro zadavatele, resp. budoucí uživatele přinesl nejvýhodnější řešení. O to více by v takovém případě Úřad měl podle názoru vybraného uchazeče k ekonomičnosti řešení v souladu s citovaným rozhodnutím přihlédnout.
69. Vybraný uchazeč v dalším poukazuje na vyjádření zadavatele, že ten si objemy volání od navrhovatele v minulosti již před zahájením koncesní řízení vyžádal, přičemž navrhovatel mu je však neposkytl, z čehož vybraný uchazeč usuzuje, že navrhovatel evidentně zájem na transparentní a férové soutěži neměl. Vybraný uchazeč konstatuje, že byť se nedomnívá, že existují důvody pro uložení zákazu plnění koncesní smlouvy, považuje tvrzení navrhovatele ohledně údajné neexistence důvodů hodných zvláštního zřetele podle § 25 odst. 3 koncesního zákona za nesprávné, neboť vězněné osoby mají právo telefonovat a případný zákaz plnění by s ohledem na buď přerušení této možnosti či telefonování za podstatně vyšší sazby toto právo minimálně značně ztížil.
70. K argumentu navrhovatele, že zadavatel uzavřel koncesní smlouvu bezprostředně po doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, čímž měl uchazečům znemožnit uplatnění obranných prostředků, vybraný uchazeč podotýká, že s ohledem na skutečnost, že se jednalo o koncesi malého rozsahu, byl zadavatel oprávněn uzavřít koncesní smlouvu

bezprostředně po doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uchazečů. Vybraný uchazeč dodává, že i kdyby proti výsledku koncesního řízení byly podány námitky, s pravděpodobností hraničící s jistotou by tyto nic na skutečnosti, že smlouva by byla uzavřena s vybraným uchazečem, nezměnily, neboť všichni tři účastníci koncesního řízení splnili kvalifikační i jiné požadavky zadavatele, všichni tři účastníci koncesního řízení získali maximální možný počet bodů v kvalitativním subkritériu „administrativní zátěž zaměstnanců a příslušníku spojená s provozem systému zabezpečených komunikačních služeb“, hodnocení jednotlivých účastníků se pouze lišilo v subkritériu „max. cena volání za 1 vteřinu v Kč bez DPH“ s ohledem na jejich nabídkové ceny, což je nicméně objektivně vyhodnotitelné kritérium, tzn. kdykoliv lze dle vybraného uchazeče prokázat, že nabídková cena vybraného uchazeče byla nejvýhodnější a v řízení by opět uspěl. Vybraný uchazeč doplňuje, že jeho nabídková cena byla více než dvakrát nižší než nabídková cena navrhovatele (0,027 Kč bez DPH x 0,064 Kč bez DPH za vteřinu), přičemž tato cena je realistická a na této skutečnosti by žádný opravný prostředek nemohl nic změnit, nehledě na to, že navrhovatel by ani v rámci opravného prostředku nemohl svou nabídkovou cenu upravit.

71. Vybraný uchazeč sděluje, že již započal s příslušnými značnými investicemi, aby byl schopen zajistit požadované plnění řádně a včas a instalační práce již v současnosti probíhají na 16 určených lokalitách. S ohledem na nemalé smluvní pokuty zejména ze strany zadavatele vybraný uchazeč nemohl postupovat ani jinak, a to ani poté, co byl podán předmětný návrh.
72. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeče žádá, aby Úřad postupem podle § 25 odst. 4 koncesního zákona návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy zamítl.

Vyjádření navrhovatele ze dne 11.1.2017

73. Navrhovatel uvedeným vyjádřením reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-00655/2017/532/ZČa ze dne 6.1.2017, kterým Úřad stanovil navrhovateli a vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy. Navrhovatel uvádí, že nesouhlasí s výkladem pojmu „předpokládána hodnota“, který Úřad provedl, tedy nesouhlasí s tím, že předpokládaná hodnota zahrnuje výdaje zadavatele i výdaje koncesionáře. Podle navrhovatele je zřejmé, již z povahy samotné koncese, že výdaje neleží na straně zadavatele, když jeho jediným závazkem je umožnit brát koncesionáři užitky vyplývající z poskytování služeb. Dále pak uvádí, že tatáž situace nastává i u koncesionáře, který naopak za plnění koncese získává příjmy. Zadavateli ani koncesionáři tedy dle názoru navrhovatele žádné výdaje nevznikají.
74. Dále pak navrhovatel uvádí, že v předmětném koncesním řízení kalkuloval s příjmem koncesionáře ve výši 144 051 206 Kč bez DPH, přičemž následně uvádí, s využitím jakých předpokladů takový výpočet provedl (roční počet provolaných minut, navýšení počtu hovorů s ohledem na snížení cen hovorného a obecný postupný nárůst objemu volání, vlastní nabídková cena atd.). Vlastní náklady navrhovatele, spojené s plněním telekomunikačních služeb v rámci koncese, pak dle navrhovatele dosahují cca 85 % z příjmu koncesionáře, tzn. částku 122 443 525 Kč, která by se tedy dle navrhovatele dala označit za jeho výdaje. Navrhovatel k tomu dále uvedl, které výdajové položky představují pro navrhovatele v předmětném koncesním řízení náklady: náklady na návrh, vybudování, údržbu a provoz systému, náklady na dodávku, údržbu a provoz telefonních přístrojů, náklady na realizaci

telefonních hovorů, náklady na personální a provozní zajištění veřejné zakázky, náklady na zajištění rizik koncese.

75. Dále navrhovatel uvádí, že pro určení, zda byl zadavatel povinen postupovat podle zákona, je rozhodující předpokládaný příjem koncesionáře, tudíž navrhovateli není zřejmé, z jakého důvodu Úřad požaduje sdělení údajů o jeho předpokládaných výdajích. Dále navrhovatel uvádí, že předpokládaná hodnota v daném případě odpovídá předpokládanému příjmu koncesionáře, neboť tento představuje výdaje třetích osob. Navrhovatel zároveň odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30. 6. 2010, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R93,94/2010/VZ-687/2011/310/JSI ze dne 26. 1. 2011, ve kterém Úřad z předpokládaného příjmu, resp. předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy určil i pokutu uloženou zadavateli.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16.1.2017

76. Vybraný uchazeč uvedeným vyjádřením reagoval na již výše uvedené usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-00655/2017/532/ZČa ze dne 6.1.2017, kterým Úřad stanovil navrhovateli a vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení výše předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy. Vybraný uchazeč uvádí, že náklady, které mu doposud vznikly, jsou zejména náklady spojené s objednávkou hardwaru, telefonních souprav, přístupových karet a vývojem softwaru, přičemž k zajištění předmětného plnění již použil nezanedbatelnou část svých investic k uvedenému účelu určených a instalační práce již byly započaty v 27 z celkově 40 dohodnutých věznicích. Vybraný uchazeč dále uvádí, že vyčíslení předpokládané výše nákladů je složité, neboť některé náklady mohou sloužit i k plnění jiných veřejných zakázek.
77. Vybraný uchazeč sděluje, že již podniká veškeré nezbytné kroky k realizaci předmětného plnění, přičemž řada z nich je nevratného charakteru (př. provedení stavebních úprav, softwarové úpravy, nákup hardwaru, smlouvy uzavřené s dalšími dodavateli zařízení či služeb, které jsou nezbytné pro plnění předmětných služeb). Vybraný uchazeč dále popisuje složitou situaci, ve které se ocitl, když je povinen na základě uzavřené smlouvy plnit předmět koncese, přičemž mu však v případě uložení zákazu plnění smlouvy hrozí, že smlouvu nebude moci dále plnit a jeho investice budou zmařeny.
78. Vybraný uchazeč pak opětovně sděluje, že předpokládaný příjem koncesionáře je nižší než 20 mil. Kč, přičemž údaj o nákladech spojených s plněním koncesní smlouvy nepovažuje za relevantní pro dané správní řízení.

Vyjádření uchazeče M-Communications s.r.o. ze dne 17.1.2017

79. Uchazeč M-Communications s.r.o. tímto vyjádřením reagoval na již výše uvedenou žádost ze dne 6.1.2017, kterou byl Úřadem jakožto uchazeč v předmětném koncesním vyzván ke sdělení výše jeho předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy.
80. Uchazeč M-Communications s.r.o. zde uvedl, že jeho očekávané výdaje za celou dobu plnění koncesní smlouvy by činily částku ve výši 257 657 616 Kč, přičemž by se přitom skládaly z následujících položek. Jedná se o mzdové náklady ve výši 12 596,712 Kč/rok, přičemž tato položka představuje předpokládané roční mzdové náklady při plném provozu, které jsou tvořeny součtem superhrubé mzdy a nákladů na fakturaci. Dále jde o ostatní náklady ve výši

2 271 240 Kč bez DPH/rok, přičemž tato položka představuje roční související náklady. Dále pak investiční náklady ve výši 27 000 000 Kč bez DPH (jednorázově), přičemž tato položka představuje celkové investiční náklady. Poslední položkou jsou náklady na provolané minuty ve výši 13 964 250 Kč bez DPH/rok, přičemž tato položka představuje roční náklady na provolané minuty bez DPH. Tato výše nákladů je dle uchazeče konzervativním předpokladem a vychází z předpokládaných 24 090 000 provolaných minut/rok, přičemž tohoto výpočtu dosáhl vynásobením počtu vězňených osob (22 000) počtem provolaných minut za den (3) a počtem dní v roce (365), což odpovídá skutečnostem vyplývajícím z pilotního projektu realizovaného v prostorách zadavatele v minulých letech.

Vyjádření zadavatele ze dne 23.1.2017

81. Zadavatel uvedeným vyjádřením reagoval na již výše uvedené usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-01986/2017/532/ZČa ze dne 18.1.2017, kterým Úřad stanovil účastníkům řízení opětovně lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí a dále stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení a doložení skutečnosti, v jakém rozsahu již bylo realizováno plnění na základě koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení.
82. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že v současné době vybraný uchazeč dodal hardware do organizačních jednotek zadavatele a tento je průběžně instalován. Zadavatel dále sděluje, že kabeláž je vybudována ve 30-ti organizačních jednotkách, přičemž v 9-ti je pouze rozpracována. Zadavatel dodává, že vybranému uchazeči poskytl data pro instalaci do systému telefonování. Na závěr zadavatel poznamenává, že o skutečném rozsahu provedených činností a zejména rozsahu vynaložených finančních prostředků má komplexní informaci vybraný uchazeč, přičemž zadavateli nevznikly žádné finanční výdaje vynaložené na realizaci předmětu koncesní smlouvy. Zadavatel doplňuje, že vybraný uchazeč neměl žádné příjmy na základě plnění dle koncesní smlouvy, neboť poskytování služeb, tj. zabezpečení telefonování vězňených osob, doposud nebylo zahájeno.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 23.1.2017

83. Vybraný uchazeč uvedeným vyjádřením taktéž reagoval na již výše uvedené usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-01986/2017/532/ZČa ze dne 18.1.2017, kterým Úřad stanovil účastníkům řízení opětovně lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí a dále stanovil vybranému uchazeči lhůtu k provedení úkonu – sdělení a doložení skutečnosti, v jakém rozsahu již bylo realizováno plnění na základě koncesní smlouvy, která byla uzavřena dne 7.11.2016 v šetřeném koncesním řízení.
84. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k rozsahu již zrealizovaného plnění odkazuje na své vyjádření ze dne 16.1.2017 v části týkající se předpokládaných nákladů a doplňuje, že v současnosti probíhá realizace plnění v 39-ti z celkových 40-ti věznic, z toho 29 věznic čeká pouze na instalaci příslušného hardwarového vybavení, které již bylo vybranému uchazeči dodáno (kabelové rozvody v rozsahu dle koncesní smlouvy jsou dokončeny ve 30-ti věznicích). Vybraný uchazeč dodává, že v současnosti jsou také vyrobeny telefonní karty pro vězně potřebné k uskutečnění hovorů a již byla vyrobena i telefonní záznamová zařízení pro možnost nahrávání jednotlivých hovorů. V neposlední řadě byly dle vybraného uchazeče zapracovány specifické softwarové požadavky do technického řešení vybraného uchazeče dle podmínek zadavatele v zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč uzavírá, že technická

příprava vybraného uchazeče pro řádné a včasné plnění koncesní smlouvy se blíží do své finální verze.

85. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí sděluje, že odkazuje na všechna svá předešlá vyjádření a doplňuje, že navrhovatel neuvedl žádné bližší kalkulace, proč jeho náklady dosahují zrovna 85 % jeho předpokládaného příjmu (122 443 525 Kč) a považuje tuto částku za irelevantní pro výpočet předpokládané hodnoty koncesní smlouvy, když ta je stanovena zadavatelem před zahájením koncesního řízení. Vybraný uchazeč dodává, že navrhovatel je velká nadnárodní organizace se značným počtem zaměstnanců poskytující širokou škálu telekomunikačních služeb, s čímž se pojí i vyšší náklady, přičemž u vybraného uchazeče se jedná o relativně malý, efektivní tým odborníků, který nabízí kvalitní a na náklady šetrné řešení specializující se pouze na telekomunikační služby pro vězně.
86. Vybraný uchazeč dále pokládá navrhovatelem vypočítaný předpokládaný příjem za neúměrně vysoký, když navrhovatel počítá s jednorázovým 50 % skokovým navýšením provolaných minut a každoročním 10 % navýšením, aniž by tyto předpoklady měly reálný základ. Vybraný uchazeč dále považuje údaj o počtu provolaných minut (1 884 563) za nevěrohodný, neboť navrhovatel nepředložil žádné důkazy prokazující, že se jedná o skutečně provolané minuty v minulých letech v rámci plnění pro zadavatele a pokládá je za zkreslené, když z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že navrhovatel v současnosti účtuje volání po tzv. impulzech a nikoli minutách.
87. Vybraný uchazeč k výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, jak jej uvedl Úřad v oznámení o zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. S0753/2016/VZ ze dne 14.12.2016, sděluje, že hodnota 7 Kč za 1 minutu volání je maximální možnou nabídkovou cenou v rámci koncesního řízení, přičemž se jedná o hodnotu hraniční, a tedy ne nutně uchazeči koncesního řízení reálně nabídnutou, což potvrzují nabídkové ceny všech uchazečů v předmětném koncesním řízení. Vybraný uchazeč poznamenává, že zadavatel uvedl, že vycházel z ceny 2 Kč za 1 minutu a průkazně doložil, že s touto cenou počítal s ohledem na ceny nabízené telefonními operátory v současnosti na trhu a s ohledem na cenu navrhovatele, za kterou poskytuje zadavateli telekomunikační služby. Vybraný uchazeč dodává, že předpokládaný příjem koncesionáře stanovuje před zahájením koncesního řízení zadavatel, přičemž ten prokázal, že jeho kalkulace se zakládají na reálných podkladech, což potvrzuje i skutečnost, že předpokládaný příjem koncesionáře vypočítaný na základě nabídkové ceny vybraného uchazeče je pořád pod hranicí 20 mil. Kč za celou dobu plnění. Vybraný uchazeč závěrem namítá, že i pokud by některý uchazeč koncesního řízení nabídl maximální možnou hodnotu 7 Kč za 1 minutu volání a tento údaj by byl relevantním při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, pak nelze vyloučit, že s ohledem na výhradu zadavatele v zadávací dokumentaci na str. 9, kde je uvedeno: „Zadavatel si vyhrazuje možnost zrušení tohoto řízení.“, by bylo takové koncesní řízení zrušeno.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

88. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace koncesní smlouvy, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výročíh tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

89. Úřad uvádí, že pro potřeby další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se jeví vhodným na tomto místě učinit závěr, do které kategorie veřejných zadavatelů, konkretizovaných v § 2 odst. 1 koncesního zákona, náležel v šetřeném případě zadavatel.
90. Podle § 2 odst. 1 koncesního zákona se veřejným zadavatelem pro účely tohoto zákona rozumí
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem nebo jiným zadavatelem nebo je státem nebo jiným zadavatelem ovládána nebo stát nebo jiný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu.
91. Zadavatel byl zřízen na základě zákona č. 555/1992 Sb., o Vězeňské službě a justiční strážích České republiky, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle § 1 odst. 3 citovaného zákona je zadavatel správním úřadem a účetní jednotkou.
92. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, jsou ministerstva a jiné správní úřady státu organizačními složkami státu. Organizační složka státu podle § 3 odst. 2 citovaného zákona není právnickou osobou. Tím není dotčena její působnost nebo výkon předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů a její jednání v těchto případech je jednáním státu.
93. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel je organizační složkou státu, tedy vystupuje v právních vztazích jménem České republiky a je tedy veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) koncesního zákona, byl povinen při uzavírání předmětné koncesní smlouvy postupovat podle koncesního zákona.

K aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu

94. Vybraný uchazeč je přesvědčen, jak uvádí ve svých vyjádřeních ze dne 8.12.2016 a ze dne 10.1.2017, že navrhovatel nebyl oprávněn návrh na zákaz plnění koncesní smlouvy podat, neboť neprokázal, jaká újma mu hrozí či vznikla tvrzeným porušením koncesního zákona zadavatelem. Úřad tudíž nejprve považuje za nezbytné vypořádat se s otázkou, zda je navrhovatel osobou aktivně legitimovanou k podání návrhu. K tomuto Úřad sděluje následující.
95. Podle § 12 odst. 3 koncesního zákona se pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření koncesní smlouvy použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.

96. Podle § 110 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
97. Podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách poslední věty, může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
98. Podle § 24b odst. 2 koncesního zákona lze po uzavření koncesní smlouvy podat návrh pouze proti uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění koncesního řízení nebo proti porušení zákazu uzavření koncesní smlouvy.
99. Podle § 24b odst. 3 koncesního zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o složení kauce podle § 24c koncesního zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením koncesní smlouvy rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
100. Podle § 25 odst. 2 koncesního zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b koncesního zákona uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 a § 12 odst. 5 koncesního zákona, nebo
 - b) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona.
101. Ve světle shora citovaného Úřad uvádí, že ustanovení § 24b odst. 2 koncesního zákona umožňuje podat návrh na zahájení správního řízení výjimečně i poté, co byla uzavřena koncesní smlouva. Tato možnost však platí pouze pro návrh podávaný podle § 24b odst. 2 koncesního zákona, tedy návrh směřující proti uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění koncesního řízení nebo proti porušení zákazu uzavření koncesní smlouvy vyplývajícího z koncesního zákona ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách. Úřad dodává, že tímto návrhem se lze domáhat pouze uložení zákazu plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 koncesního zákona.
102. Z výše uvedených ustanovení zákona o veřejných zakázkách a koncesního zákona vyplývá, že osobu, které svědčí aktivní legitimace k podání návrhu, lze definovat jako dodavatele, který má nebo měl zájem na získání plnění určité koncesní smlouvy a kterému v důsledku domnělého porušení zákona zadavatelem hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu na zákaz plnění koncesní smlouvy je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů (podmínek):
- jedná se o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání plnění určité koncesní smlouvy a

- kterému v důsledku domnělého porušení zákona zadavatelem hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
103. Pro úplnost považuje Úřad za nutné dodat, že tyto požadavky vyplývají též z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 1 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, který stanoví, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle prováděcích pravidel, která mohou stanovit členské státy každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Skutečnost, že se uvedená „přezkumná směrnice“ vztahuje i na koncese na služby pak explicitně vyplývá z bodu 81 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26.2.2014, o udělování koncesí.
104. Uvedené ustanovení komunitární směrnice bylo rovněž předmětem výkladu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“). Z rozsudku SDEU C-410/01 ze dne 19.6.2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) vyplývá, že jednotlivé členské státy sice mají možnost stanovit konkrétní pravidla pro řízení, v nichž je přezkoumáván postup zadavatele, vždy se však musí pohybovat v rámci směrnice 89/665/EHS (resp. směrnice 2007/66/ES, která uvedenou směrnicí novelizovala, pozn. Úřadu). SDEU konstatoval, že pojem zájem na získání veřejné zakázky nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost dané směrnice. V rozsudku SDEU ze dne 24.6.2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, s. I-0000, bod 24 pak bylo konstatováno: *„Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma.“*
105. Prvou podmínkou aktivní legitimace navrhovatele je tedy skutečnost, že se jedná o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání plnění určité koncesní smlouvy.
106. Navzdory absenci legislativní definice sousloví „zájem na získání veřejné zakázky“, lze dovodit, že tento zájem bezpochyby má, resp. projevuje jej, taková osoba, jež do konkrétního zadávacího, popř. koncesního řízení podala svou nabídku, potažmo žádost o účast. Úřad dodává, že podmínku zájmu na získání určité veřejné zakázky, v šetřeném případě tedy zájmu na získání plnění koncesní smlouvy, je nutno považovat za splněnou zpravidla tehdy, jestliže příslušný dodavatel alespoň potenciálně mohl poptávané plnění pro zadavatele zajišťovat. Daný závěr je podle názoru Úřadu možné dovodit i ze shora citovaných rozsudků, podle nichž má být právo navrhovatele na podání návrhu na přezkum postupu zadavatele chápáno extenzivně. V šetřeném případě Úřad konstatuje, že zájem navrhovatele na získání plnění koncesní smlouvy je zcela evidentní, neboť v předmětném koncesním řízení podal řádně nabídku, která byla následně posuzována a hodnocena, přičemž z dokumentace koncesního řízení vyplývá, že nabídka navrhovatele splnila veškeré zákonné požadavky i požadavky stanovené zadavatelem, tzn. navrhovatel prokázal mimo jiné i splnění požadované kvalifikace, a byl tedy bezpochyby osobou, která objektivně mohla a zároveň i chtěla plnit předmět koncesní smlouvy.

107. Druhá podmínka aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu vyžaduje, aby dodavateli v důsledku domnělého porušení zákona zadavatelem hrozila nebo vznikla újma na jeho právech. V této souvislosti je nutné předně uvést, že újma je pojmem širším než pojem škoda a měla by být v souladu s výše citovanou evropskou judikaturou a evropskými směrnicemi vykládána extenzivně, aby nedocházelo k omezování možnosti přezkumu postupu zadavatelů.
108. Při posuzování, zda podmínka hrozící nebo vzniklé újmy byla ve zde posuzovaném případě splněna, Úřad vycházel mimo jiné z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc ze dne 15.7.2010, v němž je uvedeno: *„Co se týče vyjádření újmy, lze souhlasit s navrhovatelem (a potažmo i s napadeným rozhodnutím), že v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stadiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější.“* Úřad dále konstatoval v jiném svém rozhodnutí (č. j. ÚOHS-S28/2010/VZ-3550/2010/510/IFa ze dne 23.3.2010), že *„(...) újma nemusí být vyčíslena, stačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli (...)“*. V rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S42/2010/VZ-4128/2010/530/EDo ze dne 26. 4. 2010 pak Úřad uvedl, že *„(...) zákon sice požaduje uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku počínání zadavatele hrozí nebo vznikla, nicméně způsob či rozsah jejího uvedení již zákon blíže nespecifikuje. (...) Již z povahy věci je implicitně zřejmé, že se dodavatel, který má zájem na získání určité veřejné zakázky a který se proto také účastní zadávacího řízení, v němž není vybrán z důvodu domnělého porušení zákona zadavatelem, bude cítit poškozen upřením mu možnosti danou zakázku realizovat. S účastí v zadávacím řízení a s podáním nabídky jsou navíc pro dodavatele vždy spojeny určité náklady, které dodavatel v případě nezískání zakázky z důvodu domnělého porušení zákona zadavatelem vynaloží marně.“* Úřad dále v této věci odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S0621/2015/VZ-29269/2015/511/BMa ze dne 21.9.2015 nebo rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R1/2013/2012/VZ-8819/2013/310/JRa ze dne 15.5.2013.
109. V posuzovaném případě navrhovatel podal návrh ze dne 25.11.2016 na zákaz plnění koncesní smlouvy, v němž namítal pochybení zadavatele při stanovení výše předpokládaného příjmu koncesionáře, přičemž zároveň v návrhu uvedl, že újmu na svých právech spatřuje v tom, že *„(...) měl a má i nadále zájem na plnění předmětných komunikačních služeb. V důsledku postupu Centrálního zadavatele vznikla Navrhovateli újma na jeho právech spočívající v tom, že se nemohl o získání veřejné zakázky ucházet v řádném koncesním řízení vyhlášeném podle KZ, a to včetně možnosti podat řádné opravné prostředky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a koncesní smlouva s ním tedy nebyla uzavřena. Navrhovatel je přitom dodavatelem, který by mohl plnění komunikačních služeb poskytnout.“* Úřad v této části v souvislosti se zněním § 24b odst. 3 koncesního zákona, který stanovuje náležitosti návrhu a uvádí, že návrh musí obsahovat mimo jiné i označení porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, činí dílčí závěr, že tato náležitost návrhu byla s ohledem na výše citovanou část návrhu navrhovatele splněna, když navrhovatel v návrhu explicitně uvedl, v čem spatřuje újmu, která mu postupem zadavatele vznikla.

110. Výše uvedené skutečnosti uváděné v návrhu navrhovatele, které by měly prokazovat újmu, která byla postupem zadavatele navrhovateli způsobena, pak Úřad v souladu s výše uvedenými rozhodnutími Úřadu považuje zároveň za skutečnosti, které újmu, která navrhovateli mohla postupem zadavatele vzniknout, odůvodňují dostatečně. V případě, kdy se navrhovatel zúčastnil koncesního řízení, které v důsledku chybného výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře (viz dále v textu odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) neproběhlo v souladu s koncesním zákonem, tzn. zadavatel v jeho průběhu nepostupoval podle části druhé koncesního zákona, která upravuje průběh koncesního řízení a stanovuje zadavateli konkrétní povinnosti, prostřednictvím kterých mají být naplňovány základní zásady koncesního řízení, mohla, resp. byla tím navrhovateli způsobena újma na jeho právech, spočívající zejména v tom, že bylo porušeno právo navrhovatele na zákonný průběh koncesního řízení. Nelze se ztotožnit se zadavatelem a vybraným uchazečem, kteří namítají, že i v případě, že by předmětné koncesní řízení proběhlo v souladu s částí druhou koncesního zákona, nic by to na věci nezměnilo, neboť předmětné koncesní řízení proběhlo transparentně a nediskriminačně a všechny nabídky by i v koncesním řízení podle části druhé koncesního zákona byly hodnoceny stejně. Taková argumentace je však dle názoru Úřadu nepřijatelná, neboť v případě postupu zadavatele v souladu s koncesním zákonem by jednak muselo být uveřejněno oznámení o zahájení tohoto koncesního řízení a mohly by se ho tedy zúčastnit i jiní uchazeči, zadavatel by musel dodržet veškeré odpovídající zákonné lhůty (lhůta pro podání nabídek byla v šetřeném koncesním řízení kratší, než dovoluje koncesní zákon, viz bod 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a navrhovatel by tak mohl mít více času na vypracování nabídky a jeho nabídka by mohla být kvalitativně i kvantitativně jiná, dále by měli všichni uchazeči, včetně navrhovatele, jistotu podání všech zákonných opravných prostředků a z toho vyplývající garanci povinnosti zadavatele je řádně vypořádat, přičemž takových aspektů, kterými se odlišuje postup zadavatele podle zákona a mimo něj, lze sledovat více. Úřad v této věci odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 50/2006-137 ze dne 29.4.2008, kde soud k problematice veřejných subjektivních práv svědčících fyzickým a právnickým osobám uvedl, že *„Jediné garantované právo je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení (...)“*, přičemž v šetřeném případě Úřad konstatuje, že právě toto právo navrhovatele mohlo, resp. bylo postupem zadavatele mimo koncesní řízení, resp. postupem, kdy zadavatel koncesní řízení nerealizoval v souladu s částí druhou koncesního zákona, porušeno. Jak již Úřad uvedl výše, konkrétní újma vzhledem k navrhovateli v souvislosti s absencí postupu zadavatele podle části druhé koncesního zákona, může spočívat v tom, že navrhovatel neměl dostatek času, resp. zákonnou lhůtu na vypracování své nabídky, a zejména v tom, že nemohl uplatnit všechny opravné prostředky, neboť jestliže zadavatel nepostupuje podle zákona, je vůbec otázkou, zda byli potenciální dodavatelé, popř. uchazeči oprávněni námitky vůbec podat (z postupu zadavatele, kdy uzavřel předmětnou koncesní smlouvu několik dní po oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, pak zřetelně vyplývá, že zadavatel právo podat námitky proti výběru nejvhodnější nabídky v zákonné lhůtě navrhovateli prokazatelně neposkytl).
111. S ohledem na výše uvedené Úřad uvádí, že návrh ze dne 25.11.2016 na zákaz plnění koncesní smlouvy obsahuje „vylíčení“ rozhodných skutečností, a to včetně popisu skutečnosti, v důsledku které navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Úřad se tedy

neztotožňuje s názorem vybraného uchazeče, že navrhovatel ve svém návrhu existenci újmy neprokázal.

112. Zadavatel i vybraný uchazeč dále shodně namítají, že navrhovatel v průběhu lhůty pro podání nabídek nevznesl jakoukoliv námitku týkající se nesprávně zvoleného režimu koncesního řízení a z toho důvodu nebyl navrhovatel oprávněn podat návrh. V této věci ovšem Úřad zdůrazňuje, že z ustanovení § 12 odst. 3 koncesního zákona v návaznosti na § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že návrh na uložení zákazu plnění smlouvy může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek. Jelikož tedy podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy není předchozí podání námitek, nelze skutečnost, že navrhovatel nepodal předchozí námitky žádným způsobem zohlednit, neboť to není, v případě návrhu na zákaz plnění smlouvy, zákonným předpokladem pro podání návrhu v této věci. Vzhledem k tomu, že zadavatel nepostupoval podle části druhé koncesního zákona, mohl navrhovatel, jak již je naznačeno výše, předpokládat i to, že k podání námitek ani není oprávněn. Předmětná námitka zadavatele a vybraného uchazeče je tudíž z výše uvedeného důvodu v tomto případě irelevantní, neboť skutečnost, že navrhovatel v šetřeném případě nepodal předchozí námitky, nemá žádný vliv na možnost podat návrh na zákaz plnění předmětné koncesní smlouvy. Úřad dodává, že ač u návrhu na přezkum úkonů je předchozí podání námitek jedním ze základních předpokladů pro podání návrhu, u návrhu na zákaz plnění zákon předchozí podání námitek nevyžaduje, a Úřad se tedy nemůže touto skutečností zabývat, ani ji nijak zohlednit.
113. Ve světle všech shora předestřených skutečností tak Úřad uzavírá, že navrhovatel je v šetřeném případě dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, čili se jedná o dodavatele oprávněného k podání předmětného návrhu.

Relevantní ustanovení právních předpisů

114. Ustanovení § 3a koncesního zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
115. Ustanovení § 4 koncesního zákona stanoví, že před zahájením koncesního řízení zadavatel zjistí předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy (dále jen „předpokládaný příjem koncesionáře“); způsob výpočtu předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí právní předpis.
116. Podle § 2 odst. 1 vyhlášky se předpokládaným příjmem koncesionáře rozumí součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy; při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře se postupuje podle přílohy č. 1 k této vyhlášce.
117. Podle § 2 odst. 2 vyhlášky se předpokládaný příjem koncesionáře vyčísluje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy.
118. Z přílohy č. 1 vyhlášky vyplývá, že současná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč) se zjistí vynásobením předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč) a diskontního koeficientu dle následující tabulky.

Rok předpokládané

Diskontní

Rok předpokládané

Diskontní

platnosti koncesní smlouvy	koeficient	platnosti koncesní smlouvy	koeficient
1	0,9709	11	0,7224
2	0,9426	12	0,7014
3	0,9151	13	0,6810
4	0,8885	14	0,6611
5	0,8626	15	0,6419
6	0,8375	16	0,6232
7	0,8131	17	0,6050
8	0,7894	18	0,5874
9	0,7664	19	0,5703
10	0,7441	...	

119. Z přílohy č. 1 vyhlášky dále vyplývá, že veškeré příjmy se uvádějí v reálné hodnotě (tj. v cenové úrovni roku předpokládané platnosti koncesní smlouvy, bez úpravy o inflaci v jednotlivých letech) bez daně z přidané hodnoty.
120. Podle § 5 odst. 1 koncesního zákona zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.
121. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona nemusí zadavatel postupovat podle této části zákona (část druhá, pozn. Úřadu), činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a koncesního zákona.
122. Podle § 6 odst. 1 koncesního zákona se koncesní řízení zahajuje uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení.
123. Podle § 7 odst. 1 koncesního zákona je oznámení o zahájení koncesního řízení výzvou neomezenému počtu dodavatelů k podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace; oznámení se uveřejní podle § 31 koncesního zákona.
124. Podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b koncesního zákona uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 koncesního zákona a § 12 odst. 5 koncesního zákona.
125. Podle § 25 odst. 3 koncesního zákona Úřad zákaz plnění koncesní smlouvy dle § 25 odst. 2 neuloží, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Ekonomický zájem na plnění koncesní smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění koncesní smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou koncesní smlouvou, zejména náklady vyplývající z prodloužení při plnění koncesní smlouvy, náklady spojené se zahájením nového koncesního řízení, náklady spojené se změnou subjektu

plnění koncesní smlouvy a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy.

126. Podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona.
127. Podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, jde-li o správní delikt podle § 27 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona.
128. Podle § 31 odst. 1 koncesního zákona, oznámení o zahájení koncesního řízení, jde-li o nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce, a oznámení koncesionáře podle § 15 odst. 1 koncesního zákona se uveřejní v informačním systému o veřejných zakázkách podle zákona o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie prostřednictvím Úřadu pro úřední tisky Evropských společenství. Pro uveřejnění oznámení se použije formulář podle přímo použitelného předpisu Evropských společenství.
129. Podle § 31 odst. 2 koncesního zákona se oznámení o zahájení koncesního řízení u ostatních koncesních smluv uveřejní pouze v informačním systému podle § 31 odst. 1 koncesního zákona. Pro uveřejnění oznámení se použije formulář, který obsahuje zejména identifikační údaje o zadavateli, stručný popis koncesního projektu, kritéria pro výběr koncesionáře; podrobnosti obsahu formuláře stanoví prováděcí právní předpis.
130. Podle § 31 odst. 3 koncesního zákona zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení, může uveřejnit oznámení o záměru uzavřít smlouvu.
131. Podle § 31 odst. 4 koncesního zákona platí pro uveřejňování příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace koncesního řízení

132. Z profilu zadavatele (https://ezak.vscr.cz/contract_display_4512.html) vyplývá, že zadavatel zveřejnil na svém profilu koncesní dokumentaci k předmětnému koncesnímu řízení dne 20.9.2016 a lhůtu pro podání nabídek stanovil do 25.10.2016. Úřad doplňuje, že na první straně koncesní dokumentace zadavatel uvedl, že se jedná o „zadávací dokumentaci“: *„Ve smyslu zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen koncesní zákon) a zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“)“.*
133. V článku II. „Vymezení plnění“ koncesní dokumentace je vymezen předmět plnění koncesního řízení jako *„(...) poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby (...)“ a „(...) dodávka telefonních přístrojů v předpokládaném počtu – 850 ks. (...)“.*
134. V předmětném článku zadavatel dále stanovil: *„(...) Jelikož předpokládaný příjem koncesionáře činí za období trvání koncesní smlouvy 10 let méně než 20 mil. Kč, nemusel Zadavatel v souladu s § 5 odst. 2 koncesního zákona postupovat podle části druhé koncesního zákona. Zadavatel se tak rozhodl realizovat koncesní řízení v režimu tzv. „koncese malého rozsahu“. Zadavatel je i v tomto případě povinen při výběru poskytovatele pro uzavření*

koncesní smlouvy dodržet základní zásady práva veřejného zadávání, zejména zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. (...)“.

135. Z dodatečných informací č. 1 ze dne 12.10.2016 vyplývá, že zadavatel v rámci dotazu č. 2 uvedl, že „(...) *doba trvání koncesní smlouvy je maximálně 8 roků.*“.
136. V článku V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace zadavatel uvedl: „*Uchazeč ve své nabídce uvede cenu v české měně jako cenu nejvýše přípustnou po celou dobu trvání smlouvy, a to v členění bez DPH, sazba a výše DPH a včetně DPH. (...)*.“ a dále „(...) *Zadavatel stanoví, že hovorné bude účtováno po vteřinách a nejvyšší přípustná cena za 1 minutu telefonního hovoru činí 7,- Kč bez DPH.*“.
137. Z bodu II. „Cenový model“ přílohy č. 1 koncesní smlouvy vyplývá: „*A. Navržení cenového modelu pro vězněné osoby – poskytovatel navrhne základní cenu v České republice (vteřinová tarifkace) a dále pak bonusy, slevy a volání do zahraničí v cenách obvyklých u operátorů na našem trhu. Volání do zahraničí bude zpoplatněno tarifem shodným, za který poskytovatel zajišťuje službu v daném období veřejnosti.*“.
138. Z dodatečných informací č. 1 ze dne 12.10.2016 vyplývá, že zadavatel v rámci dotazu č. 1 uvedl, že „(...) *uchazečem navržené ceny za volání do zahraničí budou odpovídat cenám obvyklým na trhu v České republice.*“.
139. Dne 7.11.2016 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem koncesní smlouvu.

K výroku I. rozhodnutí – spáchání správního deliktu zadavatelem

140. Z doručené dokumentace koncesního řízení v šetřeném případě plyne, že zadavatel v koncesní dokumentaci definoval předmět plnění koncesního řízení jako „(...) *poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby (...)*“ a „(...) *dodávka telefonních přístrojů v předpokládaném počtu – 850 ks. (...)*“. Zadavatel zde uvedl, že období trvání koncesní smlouvy je 10 let, nicméně v dodatečných informacích č. 1 ze dne 12.10.2016 v rámci dotazu č. 2 upřesnil, že doba trvání koncesní smlouvy je maximálně 8 let.
141. Z předmětné koncesní dokumentace dále plyne: „(...) *Jelikož předpokládaný příjem koncesionáře činí za období trvání koncesní smlouvy 10 let méně než 20 mil. Kč, nemusel Zadavatel v souladu s § 5 odst. 2 koncesního zákona postupovat podle části druhé koncesního zákona. Zadavatel se tak rozhodl realizovat koncesní řízení v režimu tzv. „koncese malého rozsahu“. Zadavatel je i v tomto případě povinen při výběru poskytovatele pro uzavření koncesní smlouvy dodržet základní zásady práva veřejného zadávání, zejména zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. (...)*“.
142. Úřad na tomto místě sděluje, že z výše uvedených skutečností vyplývá, že zadavatel při uzavření předmětné koncesní smlouvy ze dne 7.11.2016 nepostupoval podle části druhé koncesního zákona, neboť mimo jiné s ohledem na zadavatelem sdělené informace v koncesní dokumentaci ve vztahu k poptávanému plnění nelze zjištěnou hodnotu předpokládaného příjmu koncesionáře považovat za nižší než 20 000 000 Kč a předmětné koncesní řízení nebyl zadavatel oprávněn realizovat jako koncesní řízení malého rozsahu podle § 5 odst. 2 koncesního zákona.

143. Obecně lze uvést, že při výběru smluvního partnera pro uzavření koncesní smlouvy musí veřejný zadavatel dodržet zákonem stanovený postup. Koncesní řízení je normativně upraveným procesem, který je zahájen uveřejněním oznámení o jeho zahájení, které je zároveň výzvou neomezenému počtu dodavatelů k podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace, přičemž toto oznámení se uveřejní podle § 31 koncesního zákona. Koncesní řízení směřuje k uzavření koncesní smlouvy, přičemž jeho účelem je umožnění transparentní a nediskriminační soutěže mezi jednotlivými dodavateli. Koncesní řízení je tedy vedeno stejným účelem a je založeno na stejných zásadách jako zadávací řízení podle zákona o veřejných zakázkách. Provázanost úpravy koncesního řízení v rámci koncesního zákona s úpravou zadávacího řízení v zákoně o veřejných zakázkách je přitom značná. Lze tedy konstatovat, že koncesní řízení je zvláštní formou zadávacího řízení, přičemž podstatná část jeho úpravy je obsažena v zákoně o veřejných zakázkách.
144. Úřad dále doplňuje, že povinnost zadat koncesní smlouvu v koncesním řízení, tj. provést výběr dodavatele pro uzavření koncesní smlouvy postupem upraveným v druhé části koncesního zákona, zadavatel ovšem nemá, jde-li o koncesní smlouvu, u níž je předpokládán příjem koncesionáře nižší než 20 000 000 Kč bez DPH. Koncesní zákon pak zadavateli ukládá pouze povinnost takové koncesní řízení malého rozsahu realizovat podle zásad zakotvených v § 3a koncesního zákona.
145. V návaznosti na právě uvedené, a zejména s ohledem na obsah doručeného návrhu, se proto Úřad nejprve zabýval otázkou, zda byl zadavatel před uzavřením koncesní smlouvy povinen vybrat příslušného koncesionáře v koncesním řízení podle části druhé koncesního zákona či nikoliv.
146. Z ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona vyplývá, že zadavatel je povinen při uzavírání koncesní smlouvy postupovat v koncesním řízení, pokud předpokládán příjem koncesionáře je roven nebo činí více než 20 000 000 Kč bez DPH.
147. Předně Úřad uvádí, že ustanovení § 4 koncesního zákona stanovuje zadavateli mimo jiné povinnost zjistit předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy, a to před zahájením koncesního řízení. Způsob výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí právní předpis.
148. Povinnost zadavatele zjistit předpokládaný příjem koncesionáře před zahájením koncesního řízení, je v zákoně stanovena, neboť s ohledem na jeho výši zadavatel následně rozhodne o svém postupu dle části druhé koncesního zákona nebo ve smyslu § 5 odst. 2 koncesního zákona má možnost koncesní řízení zrealizovat jako „koncesní řízení malého rozsahu“. Pokud tedy předpokládaný příjem koncesionáře nedosáhne částky 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, nemá zadavatel povinnost postupovat podle části druhé koncesního zákona. Výše předpokládaného příjmu koncesionáře je tak zásadní pro zodpovězení otázky, zda je zadavatel povinen zadávat smlouvu v rámci koncesního řízení podle zákona či nikoliv. Vzhledem k tomu, že stanovení výše předpokládaného příjmu koncesionáře představuje jednu z podmínek pro posouzení, zda na postup zadavatele dopadá či nedopadá část druhá koncesního zákona, pak kvalifikované, objektivní a řádné zjištění celkového předpokládaného příjmu koncesionáře ze strany zadavatele před zahájením koncesního řízení je zcela esenciální.

149. V souladu s § 2 odst. 1 prováděcí vyhlášky se pak předpokládaným příjmem koncesionáře rozumí součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Postup při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví příloha č. 1 této vyhlášky, ve které je vymezeno, že současná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč) se zjistí vynásobením předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč) a diskontního koeficientu stanoveného pro jednotlivé roky v této příloze. Předpokládaný příjem koncesionáře se vyčísľuje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy.
150. Při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře je tedy zadavatel povinen reflektovat veškeré možné předpokládané příjmy, které mohou budoucímu koncesionáři z realizace předmětu koncesní smlouvy plynout; zadavatel tak v rámci jeho výpočtu musí vycházet zejména z charakteru předmětu koncesní smlouvy. V šetřeném případě, kdy je předmětem koncesní smlouvy poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby, bylo tedy logicky nutné při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře kalkulovat jednak s předpokládaným objemem protelefonoovaných minut, popř. sekund za období trvání předmětné koncesní smlouvy, a jednak s cenou, která bude za „protelefonovanou“ časovou jednotku účtována. Co se týče předpokládaného objemu navazovaných telefonických spojení, zde mohl zadavatel vycházet zejména z hodnot vyplývajících z uplynulých let a určit tak průměrnou hodnotu, která by mohla představovat na základě minulých údajů i budoucí předpokládaný objem protelefonoovaných časových jednotek. Při stanovení ceny hovorů, která by mohla být budoucím koncesionářem účtována, pak bylo potřebné zohlednit veškeré údaje, které by mohly být relevantní při stanovení její výše; jedná se v tomto případě zejména o reflektování cen současných, cen zadavatelem do budoucna předpokládaných, reflektování odlišností cen mezinárodních hovorů, hovorů na pevnou linku, hovorů do sítě jiných operátorů a o zohlednění dalších položek, které by mohl uchazeč (koncesionář) do ceny hovoru vzhledem k jeho případným dalším nákladům na realizaci koncesní smlouvy zahrnout, přičemž bylo nezbytné zároveň zohlednit i veškeré další okolnosti s realizovaným koncesním řízením související, a to vše pochopitelně s ohledem na dobu trvání koncesní smlouvy.
151. Úřad ve věci uvádí, že ve zde posuzovaném případě zadavatel postupoval tak, jak ostatně vyplývá z jeho vyjádření ze dne 5.12.2016, že stanovil předpokládanou cenu za 1 minutu volání ve výši **2 Kč bez DPH**, přičemž k této skutečnosti uvedl, že u výše minutové sazby vycházel při stanovení předpokládané ceny hovorného z cen současných operátorů na našem trhu a možných nákladů na provozování systému. Zadavatel dále sdělil tarify poskytované stávajícím dodavatelem a uvedl, že předpokládaný příjem koncesionáře stanovil ve výši cca desetkrát vyšší než je aktuální cena volání, přičemž objem protelefonoovaných časových jednotek stanovil s ohledem na předcházející období. Z tohoto důvodu má zadavatel tedy za to, že výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, který dle jeho propočtů (viz bod 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí) činí částku ve výši 18 251 220 Kč, provedl v souladu s vyhláškou a její přílohou č. 1.
152. Z koncesní dokumentace, a to zejména z jejího čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“, však vyplývá: „Uchazeč ve své nabídce uvede cenu v české měně jako cenu nejvýše přípustnou po celou dobu trvání smlouvy, a to v členění bez DPH, sazba a výše DPH a včetně DPH. (...)“ a

dále „(...) *Zadavatel stanoví, že hovorné bude účtováno po vteřinách a nejvyšší přípustná cena za 1 minutu telefonního hovoru činí 7,- Kč bez DPH.*“ Úřad dodává, že předmětná koncesní smlouva byla uzavřena na dobu maximálně 8 let.

153. Úřad k výše uvedenému ustanovení koncesní dokumentace sděluje, že jestliže zadavatel v čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace stanovil zřetelně a srozumitelně všem potenciálním dodavatelům předmětu koncesní smlouvy nejvyšší přípustnou cenu za 1 minutu telefonního hovoru ve výši 7 Kč bez DPH, je z takového postupu zřejmé, že zadavatel v době zahájení předmětného koncesního řízení kalkuloval s tím, že toto je nejvyšší přípustná cena, která může být uchazeči nabídnuta a kterou je ochoten akceptovat, resp. za kterou je ochoten předmět plnění v tomto koncesním řízení zadat. Z tohoto článku koncesní dokumentace je tedy nepochybné, že zadavatel počítal s tím, že maximální cena hovoru může dosáhnout i částky ve výši 7 Kč bez DPH za minutu hovoru. V případě, že by některý z uchazečů takovou cenu nabídl, musel by ji zadavatel akceptovat, a tato částka by tedy činila hodnotu, za kterou bude uchazeč hovory poskytovat a zejména účtovat, a bude tedy představovat hodnotu, která bude zároveň příjmem takového dodavatele (koncesionáře). Z právě uvedeného je tudíž zřejmé, že (ač Úřad vzhledem k tarifům stávajícího dodavatele a k tarifům ostatních uchazečů o předmět koncesní smlouvy vnímá tuto maximální částku za poměrně vysokou, nicméně nikoliv nereálnou, pokud by měl vzít Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel mohl tuto nejvyšší přípustnou cenu vytvořit jako průměr cen, které by mohl uchazeč nabídnout, a to s ohledem na nutnost zohlednění cen za mezinárodní hovory, popř. za hovory do pevné sítě, popř. hovory do sítě jiného operátora a dále taktéž s ohledem na náklady vznikající v souvislosti s realizací předmětu koncese – náklad na instalaci telefonních přístrojů apod.) měl zadavatel povinnost při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vycházet právě z této konkrétní částky, tzn. z maximálního předpokladu, který výslovně a předem uvedl. Je zřejmé, že zadavatel s touto částkou určitým způsobem kalkuloval, a byl tedy povinen ji zohlednit i při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, neboť tato hodnota, tzn. 7 Kč/minuta představuje nejvyšší přípustnou cenu za minutu volání, která může být nabídnuta a která tedy může představovat nejvyšší možný příjem koncesionáře. Postupem, kdy tuto, v koncesní dokumentaci stanovenou nejvyšší přípustnou cenu hovoru, při předmětném výpočtu zadavatel nepoužil a aplikoval ničím nepodloženou minutovou sazbu ve výši 2 Kč bez DPH, zapříčinil situaci, kdy předpokládaný příjem koncesionáře stanovil ve výši 18 251 220 Kč, přičemž tato hodnota s ohledem na výše uvedené neodpovídá skutečnému, zadavatelem předpokládanému nejvyššímu možnému příjmu koncesionáře, který by mohl plynout z plnění koncesní smlouvy a se kterým zadavatel musel prokazatelně počítat.
154. Úřad k argumentu zadavatele, že při stanovení předpokládané ceny hovorného vycházel z cen současných operátorů na našem trhu a možných nákladů na provozování systému, přičemž cenu současného operátora až desetkrát navýšil uvádí, že mu není zřejmé, jakým způsobem zadavatel dospěl k závěru, že pokud zvýší cenu hovoru současného poskytovatele desetkrát, dospěje tak relevantním způsobem k reálné částce, která by měla představovat hodnotu, na základě které bude proveden relevantní výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, když takový postup, tedy provedení výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře na základě ceny současného operátora desetkrát znásobené, v sobě nezahrnuje žádnou logickou úvahu a žádným způsobem nezohledňuje údaje, které jsou pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře v tomto konkrétním případě racionální a

zejména samotným zadavatelem předpokládané. Za situace, kdy zadavatel v koncesní dokumentaci jasně vymezil maximální cenu hovoru ve výši 7 Kč bez DPH/minuta, je zřejmé, že zadavatel musel počítat s tím, že existuje možnost, že některý z uchazečů takovou cenu nabídne; v případě, že tedy zadavatel s takovou eventuální možností počítal, byl povinen při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře z této, jím umožněné, maximální ceny, vycházet. Ostatně ani sám zadavatel nikde neuvedl, proč se při jím, údajně předem stanoveném, předpokládaném příjmu koncesionáře ve výši 2 Kč/minuta tak výrazně odchýlil od údaje uvedeného v koncesní dokumentaci, tzn. ceny hovorného ve výši 7 Kč/minuta. Stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře není exaktní disciplínou a vždy nelze určit všechny proměnné a jejich konkrétní hodnoty, které by měly být při tomto výpočtu zohledněny, nicméně v případě, že si zadavatel sám stanoví maximální přípustnou cenu hovoru za minutu, tedy jednu ze zásadních proměnných, která do výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vstupuje, ve výši 7 Kč/minuta, nelze potom v rámci výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře kalkulovat s jinou, nižší hodnotou, když je zřejmé, že zadavatel počítá s tím, resp. je ochoten přijmout tuto hodnotu, jako hodnotu, za kterou budou předmětné služby poskytovány a je s ní tedy povinen zároveň kalkulovat jako s možným příjmem koncesionáře. Z uvedeného důvodu považuje Úřad i námitku vybraného uchazeče, že v koncesní dokumentaci stanovená hodnota 7 Kč za 1 minutu volání je maximální možnou nabídkovou cenou v rámci koncesního řízení, přičemž se jedná o hodnotu hraniční, která nemusí být reálně nabídnuta, za irelevantní, neboť zadavatel byl srozuměn se skutečností, že maximální cena, kterou bylo možno nabídnout v tomto koncesním řízení, byla právě tato částka ve výši 7 Kč/min. a byl tudíž povinován s touto částku při svém výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře také počítat.

155. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 5.12.2016 popsal, jakým způsobem postupoval při výpočtu předpokládaného celkového příjmu koncesionáře a uvedl, že před provedením konkrétního výpočtu předně stanovil předpokládaný roční rozsah provolaných minut za poslední 3 celé roky, přičemž **celkový počet provolaných minut za uvedené období (2013 – 2015) činil 1 300 000,00 minut**. Na základě těchto informací provedl tudíž Úřad výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, a to tak, že sečetl předpokládané příjmy koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy (8 let), přičemž aplikoval čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace, v němž je uvedeno, že nejvyšší přípustná cena za 1 minutu telefonního hovoru činí 7 Kč bez DPH, a při výpočtu vycházel z let 2013 až 2015, kdy byl zadavateli znám objem telefonních hovorů (1 300 000,00 minut) za toto období, jak uvedl ve svém vyjádření ze dne 5.12.2016.

Rok	Diskontní koeficient	Celkový počet provolaných minut za uvedené období (2013 - 2015)	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Celková cena volání za doložené období v Kč bez DPH
1	0,9709	1 300 000,00	7,00	8 835 190,00
2	0,9426	1 300 000,00	7,00	8 577 660,00
3	0,9151	1 300 000,00	7,00	8 327 410,00
4	0,8885	1 300 000,00	7,00	8 085 350,00
5	0,8626	1 300 000,00	7,00	7 849 660,00
6	0,8375	1 300 000,00	7,00	7 621 250,00

7	0,8131	1 300 000,00	7,00	7 399 210,00
8	0,7894	1 300 000,00	7,00	7 183 540,00
Celková cena				63 879 270,00

156. Na podkladě takto provedeného propočtu Úřadu je evidentní, že předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy, činí v šetřeném případě za 8 let trvání koncesní smlouvy částku ve výši 63 879 270 Kč bez DPH (při využití zadavatelem vymezeného relevantního období pro stanovení celkového počtu provolaných minut). Lze tudíž jednoznačně dovodit, že předpokládaný příjem koncesionáře v tomto případě bezesporu přesáhne limit 20 000 000 Kč bez DPH. Úřad na tomto místě zdůrazňuje, že při tomto výpočtu vycházel čistě z informací uvedených zadavatelem, kdy kalkuloval s finanční hodnotou stanovenou zadavatelem v podmínkách koncesního řízení a objemem hovoru 1 300 000 minut/rok, tak jak to učinil zadavatel při svém výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, který předložil Úřadu jako přílohu svého vyjádření k návrhu.
157. Úřad v šetřeném případě podpůrně vycházel i z informací poskytnutých v návrhu navrhovatele na zákaz plnění koncesní smlouvy ze dne 25.11.2016, na základě kterého se o pochybnostech ohledně výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře dozvěděl a které tudíž uvedl i v oznámení č. j. ÚOHS-S0753/2016/VZ-49169/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016.
158. V obdrženém návrhu, na jehož základě Úřad vede správní řízení pod sp. zn. S0726/2016, je uveden zrealizovaný objem hovorů z telefonních automatů umístěných v českých věznicích, a to za roky 2012 až 2016 (přičemž roky 2012 až 2015 včetně prvních osmi měsíců roku 2016 vycházejí ze skutečného stavu a objem posledních 4 měsíců roku 2016 je započten rovnoměrným odhadem). Úřad na základě těchto informací provedl výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, a to tak, že sečetl předpokládané příjmy koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy (8 let), přičemž aplikoval čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace, v němž je uvedeno, že nejvyšší přípustná cena za 1 minutu telefonního hovoru činí 7 Kč bez DPH. Úřad při výpočtu vycházel z uplynulých let 2012 – 2015, kdy byl navrhovateli znám objem telefonních hovorů za celé období, přičemž průměr uskutečněných minut hovorů za tyto roky činil 1 195 691,25 minut/rok.

Rok	Diskontní koeficient	Průměr objemu minut hovorů za uvedené období (2012 - 2015)	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Předpokládaný příjem koncesionáře (bez DPH)
1	0,9709	1 195 691,25	7,00	8 126 276,44
2	0,9426	1 195 691,25	7,00	7 889 410,00
3	0,9151	1 195 691,25	7,00	7 659 239,44
4	0,8885	1 195 691,25	7,00	7 436 601,73
5	0,8626	1 195 691,25	7,00	7 219 822,91
6	0,8375	1 195 691,25	7,00	7 009 739,95
7	0,8131	1 195 691,25	7,00	6 805 515,89
8	0,7894	1 195 691,25	7,00	6 607 150,71
				58 753 757,07

159. Z výše uvedeného propočtu Úřadu je ovšem nesporné, že při kalkulaci se zadavatelem předpokládanou nejvyšší možnou cenou hovoru 7 Kč/minuta bez jakýchkoli pochyb přesáhne předpokládaný příjem koncesionáře za 8 let trvání koncesní smlouvy limit 20 000 000 Kč bez DPH. Úřad přitom zdůrazňuje, že výpočet prováděl s využitím dat pro stanovení průměru objemu minut hovorů za období let 2012 až 2015 uvedených v doručeném návrhu, oproti zadavateli, který, jak plyne z jeho vyjádření ze dne 5.12.2016, vycházel při svém výpočtu z hodnoty 1 300 000 minut/rok, je tedy zcela zřejmé, že objem minut užitých Úřadem ve výši 1 195 691,25 minut/rok vyplývající z údajů předložených navrhovatelem dokonce nižší než objem minut užitých zadavatelem ve výši 1 300 000 minut/rok. Uvedené rovněž znamená, že zadavatel při svém výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel dokonce z vyššího objemu hovorů než navrhovatel, popř. ve výše uvedeném případě Úřad, a to 1 300 000 minut/rok.
160. Úřad dále ve věci sděluje, že z bodu II. „Cenový model“ přílohy č. 1 koncesní smlouvy vyplývá: „A. Navržení cenového modelu pro vězněné osoby – poskytovatel navrhne základní cenu v České republice (vteřinová tarifkace) a dále pak bonusy, slevy a volání do zahraničí v cenách obvyklých u operátorů na našem trhu. Volání do zahraničí bude zpoplatněno tarifem shodným, za který poskytovatel zajišťuje službu v daném období veřejnosti.“. Z dodatečných informací č. 1 ze dne 12.10.2016 pak vyplývá, že zadavatel v rámci dotazu č. 1 uvedl, že „(...) uchazečem navržené ceny za volání do zahraničí budou odpovídat cenám obvyklým na trhu v České republice.“. Z výše uvedeného znění koncesní dokumentace tedy vyplývá, že uchazeči mohli nabízet různé ceny volání do zahraničí, přičemž je zřejmé, že i zadavatel počítal s tím, že cena volání do zahraničí se může lišit od ceny běžného volání a dle názoru Úřadu zadavatel byl při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře tedy povinen zohlednit i tuto skutečnost. Vzhledem k výše uvedenému znění koncesní dokumentace a vzhledem k tomu, že Úřadu nebylo zcela zřejmé, zda zadavatel při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře zohlednil vedle ceny a objemu vnitrostátních hovorů taktéž cenu a objem hovorů mezinárodních, stanovil zadavateli lhůtu ke sdělení skutečností týkajících se mezinárodních hovorů (viz bod 25. a 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
161. Zadavatel ve svých vyjádřeních ze dne 12.12.2016 a ze dne 3.1.2017 mimo jiné uvedl, že při výpočtech předpokládaného příjmu koncesionáře prověřil počet uskutečněných telefonických hovorů cizinců, přičemž většina hovorů uskutečněných cizinci byla vnitrostátních a do zahraničí byla uskutečněna pouze asi jedna třetina telefonních hovorů. Zadavatel zde dále uvedl, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vzal do úvahy i sazby mezinárodních volání jednoho z operátorů a při zohlednění průměrné výše ceny vycházel ze sazby 15 Kč bez DPH, přičemž předpokládal snižování mezinárodních tarifů a taktéž zohlednil skutečnost, že doba poskytování služeb vybraným uchazečem se v prvním roce sníží o 3 – 6 měsíců, tedy o dobu nutnou pro instalaci nových přístrojů. Dle zadavatele je číselný údaj za první rok příjmu ve vyjádření zadavatele k Úřadu ze dne 5.12.2016 brán jako kompenzace za mezinárodní hovory. Zadavatel dle citovaných vyjádření provedl propočet předpokládaného příjmu koncesionáře za mezinárodní hovory, když vycházel z celkového počtu provolaných minut mezinárodních hovorů za roky 2012 až 2015 ve výši 8 000 minut a z maximální ceny za 1 minutu volání ve výši 15 Kč bez DPH; předpokládaný příjem koncesionáře za mezinárodní hovory tak podle zadavatele dosahuje částky ve výši 842 364 Kč bez DPH (viz bod 38. a 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel je tedy přesvědčen, že celkový předpokládaný příjem koncesionáře činí částku ve výši 19 093 741 Kč

bez DPH, přičemž je dle jeho názoru zřejmé, že mezinárodní telefonické hovory neovlivnily výši předpokládaného příjmu koncesionáře natolik, aby koncesní řízení nemohlo být vyhlášeno jako koncesní řízení malého rozsahu.

162. Úřad k výše uvedenému vyjádření zadavatele konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel stanovil předpokládaný příjem koncesionáře, jak již Úřad odůvodnil výše, chybně již tehdy, když nereflektoval čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace, v němž je uvedeno, že nejvyšší přípustná cena za 1 minutu volání činí 7 Kč bez DPH. Celkový předpokládaný příjem koncesionáře tak za 8 let trvání koncesní smlouvy činil částku ve výši 63 879 270 Kč bez DPH (při využití zadavatelem vymezeného relevantního období pro stanovení celkového počtu provolaných minut). Zadavatelem stanovený předpokládaný příjem koncesionáře za mezinárodní hovory ve výši 842 364 Kč (jak uvádí až ve svém vyjádření ze dne 12.12.2016) tak zjevně nemá žádný vliv na skutečnost, že zadavatel výše popsaným způsobem již překročil limit 20 000 000 Kč, a vznikla mu tedy povinnost postupovat podle části druhé koncesního zákona. Úřad přitom podotýká, že z doručených podkladů není zřejmé, že by zadavatel tyto mezinárodní hovory reflektoval již při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, když částku ve výši 842 364 Kč bez DPH připočítává k předpokládanému příjmu koncesionáře až dodatečně, přičemž až následně, ve svém vyjádření ze dne 12.12.2016, uvádí, že celkový příjem koncesionáře činí částku ve výši 19 093 741 Kč bez DPH.
163. Úřad i přes výše uvedené, tedy i přesto, že předpokládaný příjem koncesionáře přesáhne 20 000 000 Kč, již za situace, pokud by zadavatel kalkuloval s jím stanovenou nejvyšší přípustnou cenou hovoru za minutu volání ve výši 7 Kč, považuje za nezbytné, vyjádřit se i ke způsobu stanovení předpokládaného příjmu vyplývajícímu budoucímu koncesionáři z mezinárodních hovorů, který provedl zadavatel. Jedná se zejména o skutečnost, že údaje o počtu minut provolaných do zahraničí, které poskytl zadavatel a které poskytl navrhovatel, jakožto současný provozovatel se výrazně liší, přičemž postup, jakým zadavatel zjišťoval počet minut hovorů realizovaných do zahraničí, se Úřadu nejeví jako stěžejní, když, jak uvádí zadavatel zejména ve svém vyjádření ze dne 12.12.2016, poněkud nelogicky zjišťoval počet zahraničních vězňů, počet jimi uskutečněných telefonických hovorů, skutečnost, zda mají rodinu v zahraničí atd., neboť tyto údaje nic nevypovídají o počtu skutečně provolaných minut do zahraničí, když i vězeň, který je původem z České republiky, může mít bezpochyby zázemí v zahraničí a bude tudíž taktéž uskutečňovat zahraniční hovory. Úřad má za to, že zadavatel v tomto případě při svém výpočtu nezohlednil, resp. následně ani neposkytl Úřadu žádné relevantní údaje, které by prokazovaly počet minut provolaných do zahraničí, se kterými zadavatel v rámci výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře kalkuloval. Úřad nadto zdůrazňuje, že podle údajů navrhovatele – současného poskytovatele služeb – činí volání do zahraničí zhruba 10 % z průměru objemu minut hovorů. Úřad při svých závěrech vycházel z průměru dle navrhovatele uskutečněných hovorů za období let 2012 až 2015 ve výši 1 195 691,25 minut/rok, tzn. 119 569,125 minut/rok za zahraniční hovory, kdy je tato částka několikanásobně vyšší než údaj zadavatele o počtu provolaných minut do zahraničních ve výši 8 000 minut/rok. Úřad tudíž důvodně předpokládá, že počet minut provolaných do zahraničí je mnohem vyšší, než uvádí zadavatel. Úřad doplňuje, že kdyby zadavatel kalkuloval s částkou 2 Kč/minuta (kterou si zadavatel, dle názoru Úřadu poněkud nelogicky, stanovil jako cenu hovorného) a zohlednil počet minut provolaných do zahraničí, které uvádí navrhovatel ve výši 119 569,125 minut/rok, s cenou zahraničního hovoru 15

Kč/min použitou při výpočtu předpokládaného příjmu zadavatelem, činil by předpokládaný příjem koncesionáře částku výrazně vyšší než je zákonem povolený limit 20 000 000 Kč, a to částku ve výši 27 698 199,78 Kč (viz níže uvedená tabulka). Je tedy zřejmé, že pokud by zadavatel alespoň řádně zohlednil objem hovorů uskutečňovaných do zahraničí, dospěl by i v případě předpokladu, že cena hovoru bude 2 Kč/min (jak již Úřad uvedl výše, nepovažuje tuto částku za relevantní pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, neboť tak zadavatel nerespektuje vlastní předpoklad, že cena hovoru může být až 7 Kč/min) k závěru, že předpokládaný příjem koncesionáře přesahuje 20 000 000 Kč. Dokonce i v případě, že objem mezinárodních hovorů by tvořil pouze 5 % z průměru objemu minut hovorů za období let 2012 až 2015 ve výši 1 195 691,25 minut/rok, tzn. 59 784,56 minut/rok a bylo by kalkulováno po vzoru zadavatele s cenami za vnitrostátní hovor ve výši 2 Kč/min a 15 Kč/min za zahraniční hovor, překročil by předpokládaný příjem koncesionáře 20 000 000 mil Kč, neboť by se v tomto případě jednalo o částku ve výši 22 242 493,53 Kč (viz níže uvedená tabulka).

1 076 122,125 x 2	119 569,125 x 15,00	součet	koeficient	Součet X koeficient	rok
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,9709	3 830 958,9	1
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,9426	3 719 293,29	2
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,9151	3 610 784,31	3
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,8885	3 505 826,53	4
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,8626	3 403 630,8	5
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,8375	3 304 591,7	6
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,8131	3 208 314,63	7
2 152 244,25	1 793 536,88	3 945 781,13	0,7894	3 114 799,62	8
				27 698 199,78	

1 135 906,69 x 2,00	59 784,56 x 15,00	součet	koeficient	Součet X koeficient	rok
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,9709	3 076 376,05	1
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,9426	2 986 705,19	2
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,9151	2 899 569,19	3
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,8885	2 815 284,91	4
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,8626	2 733 218,64	5
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,8375	2 653 687,24	6
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,8131	2 576 373,85	7
2 271813,38	896 768,40	3 168 581,78	0,7894	2 501 278,46	8
				22 242 493,53	

164. Úřad doplňuje, že z postupu zadavatele vyplývá, že zadavatel při svém výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře nezohlednil ani případné rozdílné ceny pro volání do mobilních sítí a volání na pevnou linku, když je zcela patrné, že jde o aspekt, proměnnou, která zcela jistě na stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře může mít taktéž vliv, a to zejména s ohledem na skutečnost, že i současný poskytovatel poskytuje hovory na pevnou

linku a do mobilní sítě za různé ceny, přičemž ani koncesní dokumentace nevyklučuje, že by různé ceny do mobilních sítí a na pevné linky mohl nabídnout uchazeč i v tomto koncesním řízení (ač se tak zřejmě v šetřeném případě nestalo, neboť nabídky uchazečů takové rozčlenění neobsahují; nicméně to je pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, který je prováděn před zahájením koncesního řízení zcela irelevantní). Zadavatel je povinen kalkulovat se všemi potenciálními možnostmi a se všemi faktory, které mohou předpokládaný příjem budoucího koncesionáře ovlivnit a které tedy musí být v rámci takového výpočtu reflektovány. Úřadu tedy není zřejmé, proč zadavatel při svém výpočtu nezohlednil i tyto okolnosti. Skutečnost, že ceny za hovory do mobilní a pevné sítě jsou poskytovány za různé ceny je zadavateli přitom známa, neboť, jak je uvedeno v doručeném návrhu a následně i ve vyjádřeních zadavatele (např. vyjádření zadavatele ze dne 5.11.2016), v současné době vězněné osoby uskutečňují telefonní hovory prostřednictvím předplacených karet, přičemž vnitrostátní cena za minutu hovoru v pevné síti činí částku ve výši 5 Kč a v mobilní síti činí částku ve výši 15 Kč (na tomto místě je možné podotknout, že uvedené ceny mohou zároveň odůvodňovat i nejvyšší přípustnou cenu stanovenou zadavatelem ve výši 7 Kč, která dle názoru Úřadu měla být podkladem pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře, když zprůměrováním uvedených cen současného poskytovatele služeb a zohledněním objemu minut provolaných v jednotlivých sítích mohl zadavatel bezpochyby dospět k částce 7 Kč/minuta a z toho důvodu ji také stanovil jako nejvyšší přípustnou cenu, přičemž ta měla být, jak vyplývá z výše uvedeného i podkladem pro zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře, neboť představuje logický a zejména samotným zadavatelem v koncesní dokumentaci stanovený předpoklad, že cena za minutu hovoru by mohla dosáhnout až této výše). Nad rámec zde uvedené argumentace lze doplnit, že právě vymezení podmínek koncesního řízení je značně zmatečné, tím nepřehledné a netransparentní, když právě z nich nevyplývá, jestli uchazeči měli oceňovat samostatně cenu hovorů na pevné a mobilní linky, popř. zda finanční limit 7 Kč/minuta stanovený zadavatelem v čl. V. koncesní dokumentace se vztahuje i k maximální možné nabízené ceně pro zahraniční hovory (čemuž však neodpovídá informace zadavatele v průběhu správního řízení, že zahraniční hovory kalkuloval při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře ve výši 15 Kč/minuta). Právě způsob, jakým zadavatel nastavil podmínky koncesního řízení, vyvolávají u Úřadu oprávněné pochybnosti o postupu zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře.

165. Zadavatel dále argumentuje tím, že provedl následný výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře podle nabídky vybraného uchazeče, jenž nabídl cenu za 1 minutu volání ve výši 1,62 Kč bez DPH, přičemž použil údaj o počtu provolaných minut za rok 2015 z doručeného návrhu (po zaokrouhlení 1 660 000 Kč, pozn. Úřadu), přičemž předpokládaný příjem koncesionáře by tak činil částku ve výši 18 877 377,24 Kč. Z této skutečnosti lze podle zadavatele dovodit, že předpokládaný příjem koncesionáře před zahájením koncesního řízení stanovil velice přesně. K tomu Úřad předně uvádí, že snaha zadavatele dovozovat správnost postupu při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře tím, že vybraný uchazeč, popř. i jiní uchazeči nabídli ceny, ze kterých vyplývá, že by příjem koncesionáře nemusel dosáhnout částky 20 000 000 Kč, není úplně relevantní, neboť zadavatel je povinen stanovovat předpokládaný příjem koncesionáře před zahájením koncesního řízení, a je tedy povinen vycházet z v té době dostupných informací a na základě vlastních relevantně podložených předpokladů. Úřad má za to, že i v případě, že by tedy ceny vybraného uchazeče skutečně vedly k závěru, že příjem vybraného koncesionáře bude do 20 000 000 Kč, neznamenaloby

to, že předpokládaný příjem koncesionáře byl zadavatelem před zahájením koncesního řízení stanoven správně. Úřad nadto uvádí, že v tomto konkrétním případě se nemůže se zadavatelem ztotožnit ani v tom, že příjem vybraného uchazeče za žádných okolností nedosáhne částky 20 000 000 Kč, a nemůže tak přisvědčit ani námitce vybraného uchazeče, že kalkulace zadavatele se zakládají na reálných podkladech, což potvrzuje i skutečnost, že předpokládaný příjem koncesionáře vypočítaný na základě nabídkové ceny vybraného uchazeče je pod hranicí 20 mil. Kč za celou dobu plnění. V případě zohlednění zahraničních hovorů v počtu minut uváděných navrhovatelem (119 569,125 minut/rok, tj. 10% z objemu minut protelefonovaných v letech 2012 – 2015 dle údajů navrhovatele) s cenami nabídnutými vybraným uchazečem (1,62 Kč/minuta za vnitrostátní hovory a 23,50 Kč/minuta za mezinárodní hovory, přičemž Úřad uvádí, že se jedná o cenu nejnížší, která platí pro vybraná mezinárodní pásma), by totiž předpokládaný příjem koncesionáře částku 20 000 000 Kč překročil (dle výpočtu Úřadu by se jednalo o částku 31 946 107,63 Kč – viz tabulka níže). K tomu Úřad poznamenává, že vybraný uchazeč má zahraniční hovory rozděleny do tří zón, přičemž Úřadem kalkulovaná částka je nejnížší cena zahraničních hovorů, kdy zóna 3 pro zahraniční hovory dokonce několikanásobně převyšuje výše uvedenou částku 23,50 Kč/minuta. Ve vztahu k Úřadem kalkulované zóně 1 zahraničních hovorů lze konstatovat, že se jedná o pásma pravděpodobně nejvíce využívaná, kdy i právě z tohoto důvodu kalkuloval výlučně s cenou těchto hovorů, byť je zjevné, že cena může být i několika násobně vyšší.

1 076 122,125 x 1,62	119 569,125 x 23,50	součet	koeficient	Součet X koeficient	rok
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,9709	4 420 694,383	1
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,9426	4 291 839,042	2
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,9151	4 166 626,254	3
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,8885	4 029 575,166	4
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,8626	3 927 583,659	5
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,8375	3 813 298,533	6
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,8131	3 702 200,642	7
1 743 317,842	2 809 874,437	4 553 192,279	0,7894	3 594 289,985	8
				31 946 107,63	

Úřad v této věci připouští, že objem zahraničního volání vychází z údajů poskytnutých navrhovatelem a s údaji uváděnými zadavatelem se velmi liší (k relevanci stanovení objemu mezinárodního volání zadavatelem však Úřad odkazuje na bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde Úřad konstatoval, že zadavatel nepředložil takové údaje, které by jím uváděný objem mezinárodních hovorů potvrzovaly), nicméně i pokud by Úřad kalkuloval s tím, že volání do zahraničí činí pouhých 5 % z průměru objemu minut hovorů za období let 2012 až 2015 ve výši 1 195 691,25 minut/rok (tzn. 59 784,56 minut/rok), přičemž by použil ceny za vnitrostátní a mezinárodní hovory vybraného uchazeče (viz výše), činil by předpokládaný příjem koncesionáře taktéž částku vyšší než 20 000 000 Kč, a to částku 22 779 670,61 Kč.

1 135 906,69 x 1,62	59 784,56 x 23,50	součet	koeficient	Součet X koeficient	rok
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,9709	3 150 673,42	1
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,9426	3 058 836,92	2

1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,9151	2 969 596,5	3
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,8885	2 883 276,68	4
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,8626	2 799 228,44	5
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,8375	2 717 776,28	6
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,8131	2 638 595,69	7
1 840 168,84	1 404 937,16	3 245 106	0,7894	2 561 686,68	8
				22 779 670,61	

Úřad má tedy vzhledem k výše popsanému za to, že zadavatelův podpůrný výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře ve výši 18 877 377,24 Kč je lichý, a to z toho důvodu, že zadavatel v něm nezohlednil cenu vybraného uchazeče za mezinárodní hovory, ani objem těchto mezinárodních hovorů a nelze mu tedy přikládat žádnou relevanci.

166. Úřad pro dokreslení situace ve věci uvádí, že pokud by přistoupil na argumentaci zadavatele spočívající ve snaze prokázat správnost výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře odkazem na nabídky podané v předmětném koncesním řízení, pak ani příjem dalších uchazečů by na základě jimi nabídnutých cen, nebyl nižší než 20 000 000 Kč. Vzhledem k výše uvedené argumentaci zadavatele se tedy Úřad zcela nad rámec výše uvedeného pokusil vypočítat předpokládaný příjem koncesionáře při zohlednění cen nabídnutých ostatními uchazeči. Vycházel nejprve z průměru objemu minut hovorů za období let 2012 až 2015 uvedených v doručeném návrhu ve výši 1 195 691,25 minut/rok (jedná se dokonce o nižší objem hovorů, než s kterým kalkuloval zadavatel, pozn. Úřadu) a z ceny za 1 minutu volání ve výši 3,48 Kč bez DPH (shodná cena volání vnitrostátního i do zahraničí, pozn. Úřadu), kterou nabídla ve své nabídce společnost M-Communications s.r.o., která se umístila jako druhá v pořadí a předpokládaný příjem koncesionáře by činil za dobu trvání koncesní smlouvy částku ve výši 29 209 004,55 Kč.

1 195 691 x 3,48	koeficient	Výsledek	rok
4 161 004,68	0,9709	4 039 919,44	1
4 161 004,68	0,9426	3 922 163,01	2
4 161 004,68	0,9151	3 807 735,38	3
4 161 004,68	0,8885	3 697 052,66	4
4 161 004,68	0,8626	3 589 282,64	5
4 161 004,68	0,8375	3 484 841,42	6
4 161 004,68	0,8131	3 383 312,9	7
4 161 004,68	0,7894	3 284 697,1	8
		29 209 004,55	

167. Úřad taktéž provedl podpůrný výpočet z průměru objemu minut hovorů za období let 2012 až 2015 uvedených v doručeném návrhu ve výši 1 195 691,25 minut/rok a z informace navrhovatele, že podíl mezinárodních volání je ve výši 10 % tohoto objemu minut (viz tabulka níže v bodu 168. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
168. Úřad nejdřív aplikoval nabízené ceny volání navrhovatele, a to cenu vnitrostátního volání ve výši 3,84 Kč/min. a cenu mezinárodního volání ve výši 2,47 Kč/min., přičemž tato cena byla nejnižším nabízeným zahraničním tarifem ze všech nabídek uchazečů (Úřad pro úplnost

uvádí, že i navrhovatel má zahraniční hovory rozděleny do pěti zón, přičemž Úřadem kalkulovaná cena je cenou nejnižší) a dospěl k následujícímu.

1 076 122,125 x 3,84	119 569,125 x 2,47	součet	koeficient	Součet x koeficient	rok
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,9709	4 298 800,237	1
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,9426	4 173 497,892	2
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,9151	4 051 737,663	3
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,8885	3 933 962,314	4
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,8626	3 819 286,316	5
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,8375	3 708 152,434	6
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,8131	3 600 117,903	7
4 132 308,96	295 335,7387	4 427 644,698	0,7894	3 495 182,724	8
				31 080 737,46	

169. Úřad se tudíž neztotožňuje s názorem zadavatele, že s ohledem na svůj následný podpůrný výpočet vycházející z cen nabídnutých uchazeči v předmětném koncesním řízení stanovil předpokládaný příjem koncesionáře „velice přesně“. Z výše uvedených propočtů Úřadu je přitom zcela zřejmé, že i předpokládaný příjem koncesionáře vypočítaný dle nabídek ostatních uchazečů, bezpochyby překročil zákonem stanovený limit 20 000 000 Kč pro realizaci koncesního řízení malého rozsahu, a to včetně nabídky vybraného uchazeče. Takže i podle argumentace zadavatele spočítaná předpokládaná hodnota vede k tomu, že zadavatel nemohl postupovat v koncesním řízení malého rozsahu. Opětovně však Úřad akcentuje, že výše uvedené propočty Úřad realizoval pouze s ohledem na argumentaci zadavatele, neboť ani v případě, že by výše uvedené výpočty při zohlednění uchazeči nabízených cen, nepřesáhly částku 20 000 000 Kč, nemuselo by to nutně znamenat, že předpokládaný příjem koncesionáře byl stanoven v souladu se zákonem.
170. Na základě výše uvedeného nemůže tudíž v šetřeném případě obstát ani totožná námitka vybraného uchazeče, který předpokládaný příjem koncesionáře účelově vypočítává z průměrného ročního objemu provolaných minut za roky 2014 až 2016 (za užití údajů o objemu provolaných minut z doručeného návrhu) ve výši 1 620 295 minut/rok a z jím nabídnuté ceny za minutu volání ve výši 1,62 Kč bez DPH, přičemž tento příjem činí podle jeho názoru částku ve výši 18 425 848 Kč bez DPH. Úřad na tomto místě opětovně akcentuje, že cenu, kterou nabídne vybraný uchazeč, zadavatel před zahájením koncesního řízení neznal, takže, jak již bylo uvedeno výše, měl zadavatel povinnost kalkulovat s cenou, kterou, jak vyplývá z čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace ve výši 7 Kč bez DPH/minuta, považoval za teoreticky možnou, resp. pro něho akceptovatelnou a která tedy mohla být nabídnuta a mohla představovat nejvyšší možný příjem koncesionáře. Úřad nadto opětovně uvádí, že v případě zohlednění zahraničních hovorů nelze zcela přesvědčivě potvrdit (s ohledem na nejasnost ohledně počtu minut realizovaných do zahraničí), že příjem vybraného uchazeče nebude vyšší než 20 000 000 Kč (blíže viz bod 165. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nicméně vzhledem ke skutkovým okolnostem, které Úřad náležitě v předmětném rozhodnutí zdokladoval a vypořádal, se nejeví jako pravděpodobné, že by v případě plnění vybraného uchazeče po dobu 8 let (tzn. po dobu, na kterou je nutno předpokládaný příjem koncesionáře ve vztahu k podmínkám koncesního řízení reflektovat) byl nižší než 20 000 000 Kč.

171. Vybraný uchazeč současně v průběhu správního řízení namítá, že i pokud by některý uchazeč koncesního řízení nabídl maximální možnou hodnotu 7 Kč za 1 minutu volání a tento údaj by byl relevantním při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, pak nelze vyloučit, že s ohledem na výhradu zadavatele v zadávací dokumentaci na str. 9, kde je uvedeno: „Zadavatel si vyhrazuje možnost zrušení tohoto řízení.“, by bylo takové koncesní řízení zrušeno. Jak již ovšem Úřad konstatoval výše, povinností zadavatele je stanovit předpokládaný příjem koncesionáře před zahájením koncesního řízení, a to dle § 2 odst. 1 vyhlášky, přičemž na této povinnosti zadavatele nic nemění možnost zadavatele, kterou si vyhradil v koncesní dokumentaci, následně, tedy již po zahájení koncesního řízení v režimu, který mu stanovuje § 5 koncesního zákona v závislosti na výši předpokládaného příjmu koncesionáře, předmětné koncesní řízení zrušit. Jedná se přitom pouze o eventualitu, kterou zadavatel není povinen využít. Úřad z uvedeného důvodu považuje tuto námitku vybraného uchazeče za bezpředmětnou.
172. Zadavatel ve věci namítá, že mu navrhovatel poskytl pouze údaj o počtu uskutečněných hovorů bez uvedení jejich doby trvání nebo údaje, zda se jedná o vnitrostátní hovor, mezinárodní hovor či hovor prostřednictvím TRICK karty, přičemž z těchto údajů nemohl zadavatel relevantně zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře a byl odkázán vycházet ze svých odhadů. Úřad k předmětné námitce sděluje, že pouze zadavatel je jedinou osobou zodpovědnou za řádné zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře, a je tedy povinen zajistit si veškeré podklady, které k takovému výpočtu potřebuje. Zadavatel tudíž nemůže přenášet odpovědnost na jiné subjekty a je povinen vynaložit veškeré úsilí k tomu, aby potřebné údaje získal; nelze se tedy odvolávat na jiné subjekty, protože povinnost relevantně zjistit předpokládaný příjem koncesionáře a tomu uzpůsobit druh koncesního řízení stíhá pouze zadavatele. Nadto v šetřeném případě není nejzásadnější skutečností objem hovorů, nýbrž cena hovoru, když Úřad zjistil, že v případě, že by zadavatel kalkuloval s cenou, kterou umožnil, jakožto cenu maximální, kterou jsou uchazeči oprávněni za minutu hovoru nabídnout (7 Kč/minuta) překročil by předpokládaný příjem koncesionáře stanovenou hranici i v případě, že by zadavatel počítal s objemem hovorů, který považoval za správný, tedy i bez jeho rozdělení na hovory mezinárodní, popř. hovory na pevné linky. Zároveň je třeba podotknout, že Úřadu navrhovatel údaje o objemu mezinárodních hovorů poskytl, a je tedy s podivem, že zadavateli navrhovatel tyto informace odmítl poskytnout. Na tomto místě je třeba uvést, že zadavatel žádné podklady, které by prokázaly, že navrhovatel výslovně odmítl uvedené údaje zadavateli poskytnout, v rámci správního řízení nepředložil a nebyly ani součástí dokumentace předmětného koncesního řízení. Je tedy otázkou, jakou snahu vůbec zadavatel v souvislosti s přípravou koncesního řízení vynaložil.
173. Vybraný uchazeč namítá, že navrhovatelem vypočítaný předpokládaný příjem je neúměrně vysoký, když navrhovatel počítá s jednorázovým 50 % skokovým navýšením provolaných minut a každoročním 10 % navýšením, přičemž údaj o počtu provolaných minut (1 884 563) považuje za nevěrohodný, neboť navrhovatel nepředložil žádné důkazy prokazující, že se jedná o skutečně provolané minuty v minulých letech v rámci plnění pro zadavatele a pokládá je za zkreslené, když navrhovatel v současnosti účtuje volání po tzv. impulzech a nikoli minutách. Úřad má ovšem za to, jak uvedl v bodu 172. odůvodnění tohoto rozhodnutí, že pouze zadavatel je povinován k náležitému zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře, kdy sám zadavatel si pro účely předmětného koncesního řízení stanovil

předpokládaný rozsah volání v objemu 1 300 000 minut/rok. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, za situace, kdy zadavatel kalkuloval s výší hovoru 7 Kč za 1 minutu, není ani za těchto okolností možno přijmout argumentaci, že by byl předpokládaný příjem koncesionáře nižší než 20 000 000 Kč. Úřad ostatně ani při svých úvahách o hodnotě předpokládaného příjmu koncesionáře nikdy nekalkuloval s vybraným uchazečem uváděným rozsahem protelefonovaných minut, dokonce počítal s hodnotou nižší, než-li sám zadavatel, a i za této situace bylo nutno konstatovat, že předpokládaný příjem koncesionáře převyšuje zákonem stanovenou hodnotu pro „koncesi malého rozsahu“ (viz např. závěry obsažené v bodu 155. a 158. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

174. K námitce zadavatele, že nová koncepce vězeňství předpokládá přednost osobního kontaktu před telefonováním, počítá se s alternativními tresty a novým způsobem hlasové a obrazové komunikace přes internet, čímž dojde ke snížení předpokládaného příjmu koncesionáře, Úřad sděluje, že výše uvedené by mohlo mít vliv maximálně na počet protelefonovaných minut, nikoliv ale na cenu hovoru, se kterou měl zadavatel při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře kalkulovat (podrobněji viz výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad dodává, že je otázkou, jaký skutečný vliv budou mít zadavatelem uváděné skutečnosti, zejména tedy zvýšené procento ukládání alternativních trestů, na počty vězňených osob, když problematika alternativních trestů, resp. jejich využívání a ukládání, se řeší již téměř deset let, de facto od platnosti zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník a dosud nedošlo co do počtu vězňených osob k žádnému zásadnímu posunu. Nadto navrhovatel tvrdí, že objem hovorů se z důvodu poklesu ceny volání bude zvyšovat; je tedy zřejmé, že co se týče objemu hovorů do budoucna, vstupuje do předpokladu o výši této hodnoty mnoho faktorů, které nelze zcela specifikovat a relevantně kvantifikovat, nicméně způsob, jakým zadavatel tuto hodnotu stanovil, tedy když vycházel z průměru objemu hovorů z minulých let, se jeví Úřadu jako správný; problematická je v tomto případě zejména skutečnost, že zadavatel v tomto objemu hovorů nerozlišil hovory uskutečňované do zahraničí, popř. na pevné linky a vycházel z budoucí ceny hovoru, která nebyla žádným způsobem relevantně podložena, resp. sám zadavatel si protiřečí, když v koncesní dokumentaci kalkuluje s částkou 7 Kč/minuta a následně v rámci správního řízení předkládá informaci o ceně hovorů ve výši 2 Kč/minuta.
175. Jak již Úřad uvedl výše, koncesní zákon dává možnost nepostupovat podle části druhé zákona, pokud předpokládaná hodnota v penězích vyjádřeného plnění z koncesní smlouvy nedosahuje výše 20 000 000 Kč bez DPH. Koncesní zákon u koncesí, které nejsou koncesemi malého rozsahu, tj. činí-li předpokládaný příjem koncesionáře 20 000 000 Kč bez DPH a více ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení. Zadavatel nezohlednil při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře všechny relevantní údaje a nepostupoval tak při jeho výpočtu v souladu se zákonem, resp. vyhláškou; předpokládaný příjem koncesionáře tudíž, jak vyplývá z výše uvedeného, přesáhl dle odůvodněného názoru Úřadu hodnotu 20 000 000 Kč, a proto byl zadavatel při uzavírání koncesní smlouvy ze dne 7.11.2016 povinen postupovat v koncesním řízení podle koncesního zákona. K námitce zadavatele, že předmětné koncesní řízení zahájil „otevřenou výzvou“, na základě čehož usuzuje, že se do koncesního řízení mohli přihlásit všichni dodavatelé, kteří splnili podmínky zadavatele a koncesní řízení tedy proběhlo zcela v souladu se základními zásadami, musí Úřad konstatovat, že předmětná výzva zadavatele neodpovídá požadavku koncesního zákona, který s koncesním řízením podle § 5 odst. 1 koncesního zákona (kdy předpokládaný příjem koncesionáře činí částku vyšší než 20 000 000 Kč), zákonitě spojuje

uveřejnění oznámení o jeho zahájení ve smyslu § 6 odst. 1 koncesního zákona, jehož smyslem je právě oznámení ve Věstníku veřejných zakázek co nejširšímu okruhu dodavatelů, že bylo zahájeno určité koncesní řízení. Uveřejnění předmětné výzvy je tedy v daném případě irelevantní a nemá vliv na nezákonnost postupu zadavatele, neboť zadavatel byl povinen postupovat podle zákona, tedy i uveřejnit oznámení o zahájení předmětného koncesního řízení postupem dle koncesního zákona, ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách, přičemž dle koncesního zákona není výzva uveřejněná na profilu zadavatele dostačující a její uveřejnění tedy zadavatele nezbavuje odpovědnosti za spáchání předmětného správního deliktu.

176. K námitce vybraného uchazeče, že na relevantním trhu se vyskytují pouze 3 potenciální dodavatelé, a to ti, kteří se koncesního řízení účastnili a účast jiných uchazečů nebyla ani předpokládána, resp. že se koncesního řízení zúčastnili všichni relevantní dodavatelé, Úřad odkazuje zejména na výše uvedené, neboť uvedenou skutečnost, tedy tvrzení o jakémsi uzavřeném okruhu uchazečů, nelze tvrdit právě a zejména za situace, kdy zadavatel neuveřejnil oznámení o zahájení předmětného koncesního řízení; závěr, že existují pouze tři potenciální dodavatelé, by mohl být učiněn, resp. mohla by být Úřadem blíže zkoumána a šetřena relevance tohoto tvrzení až za situace, kdy by měl Úřad určitým způsobem vymezen okruh potenciálních uchazečů, a to minimálně tím, že by měl najisto postaveno, že všichni potenciální uchazeči se o předmětném koncesním řízení mohli kvalifikovaně a postupem předpokládaným zákonem dozvědět, což je však za situace, kdy zadavatel oznámení o zahájení vůbec neuveřejnil, zcela vyloučeno. Nelze se dovolávat toho, že žádní další uchazeči neexistují, když k jakémusi „prověření existence“ takových potenciálních uchazečů slouží právě institut uveřejňovaných oznámení o zahájení koncesních řízení, na jehož aplikaci zadavatel zcela rezignoval. Nadto je obecně známo, že se na českém trhu pohybují i další poskytovatelé předmětných telekomunikačních služeb, kteří by mohli být potenciálními uchazeči v předmětném koncesním řízení.
177. Zadavatel i vybraný uchazeč shodně namítají, že ani v případě postupu zadavatele podle části druhé koncesního zákona by nedošlo při hodnocení nabídek uchazečů k rozdílnému výsledku (když nabídka navrhovatele se umístila jako poslední v pořadí). Vybraný uchazeč poznamenává, že i kdyby proti výsledku koncesního řízení byly podány námitky, smlouva by byla uzavřena s vybraným uchazečem, neboť všichni tři účastníci koncesního řízení splnili požadavky zadavatele, získali maximální možný počet bodů v kvalitativním subkritériu „administrativní zátěž zaměstnanců a příslušníku spojená s provozem systému zabezpečených komunikačních služeb“, přičemž hodnocení jednotlivých účastníků se s ohledem na jejich nabídkové ceny lišilo pouze v subkritériu „max. cena volání za 1 vteřinu v Kč bez DPH“, když dle vybraného uchazeče lze prokázat, že nabídková cena vybraného uchazeče byla nejvýhodnější a v řízení by opět uspěl. Úřad k těmto námitkám uvádí následující.
178. Jeden z hlavních účelů koncesního zákona tkví v zájmu zákonodárce na co možná nejehospodárnějším vynakládání veřejných prostředků. Pokud by zadavatel postupoval v souladu s koncesním zákonem a provedl koncesní řízení zahájené uveřejněním jeho oznámení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky také od jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o předmětnou koncesi, a

případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, se zúžil, neboť tím, že zadavatel nepostupoval podle koncesního zákona, zcela rezignoval na příslušnou uveřejňovací povinnost imanentně spjatou s koncesním řízením, v důsledku čehož se o jeho záměru uzavřít koncesní smlouvu vůbec nedozvěděl relevantní okruh dodavatelů. Je tedy zcela irelevantní řešit následný průběh hodnocení nabídek, když k zásadnímu pochybení došlo již na počátku koncesního řízení, když zadavatel zákonným způsobem neuveřejnil oznámení o jeho zahájení, čímž způsobil, že se o předmětném koncesním řízení kvalifikovaným způsobem nedozvěděli všichni potenciální dodavatelé. Uvedeným postupem tak zadavatel spáchal správní delikt dle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, přičemž Úřad dodává, že skutková podstata tohoto správního deliktu nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky a je tedy zcela irelevantní, zda následný postup zadavatele mohl, popř. měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Z výše uvedeného je zřejmé, že zákon obecně považuje jednání spočívající v neuveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení za natolik narušující hospodářskou soutěž, že prokázání vlivu na výběr ani nemusí být součástí skutkové podstaty, protože to implicitně plyne z toho, že zadavatel neuveřejnil oznámení o zahájení koncesního řízení, což samo o sobě znamená, že se o probíhajícím řízení platně a zákonným způsobem nemuseli dozvědět všichni potenciální dodavatelé, čímž je samo o sobě následné hodnocení deformováno.

179. Ačkoliv tedy zadavatel uvedl, že se jedná o koncesi malého rozsahu, u které předpokládáný příjem koncesionáře je méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a zadavatel tak nemusí postupovat podle části druhé koncesního zákona, Úřad konstatuje, že zadavatel nestanovil předpokládáný příjem koncesionáře v souladu s koncesním zákonem, resp. vyhláškou, když při výpočtu kalkuloval s objemem minut hovorů ve výši 1 300 000 a s cenou volání za 1 minutu hovoru ve výši 2 Kč, když v koncesní dokumentaci (viz čl. V. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ koncesní dokumentace) stanovil, že nejvyšší přípustná cena za 1 minutu telefonního hovoru může činit až 7 Kč bez DPH a měl tedy s touto částkou kalkulovat, jako s možnou nejvyšší cenou hovoru, kterou mohou uchazeči nabídnout a která tedy může být zároveň i možným, zadavatelem „povoleným“, předpokládáným příjmem koncesionáře. Závěrem Úřad k argumentaci zadavatele a vybraného uchazeče týkající se skutečnosti, že přehledy o objemu volání uvedené v návrhu se týkají impulsů či případně minut, nikoliv však sekund, na základě kterých jediných by bylo možné přesně určit skutečně provolaný čas a hodnoty poskytnuté navrhovatelem tak mohou být značně zkreslené, uvádí, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel při výpočtu předpokládáného příjmu koncesionáře kalkuloval s objemem provolaných minut ve výši 1 300 000 minut/rok a Úřad ve výše uvedených propočtech dokonce s objemem minut nižším než zadavatel, je pak zřejmé, že se jedná o hodnoty velmi obdobné a uvedené tedy nemá na výpočet předpokládáného příjmu koncesionáře vliv.
180. Úřad k výše uvedenému shrnuje, že pro uzavření koncesní smlouvy zadavatel nevybral koncesionáře v koncesním řízení podle části druhé zákona. V šetřeném případě tak zadavatel neoznámil zahájení koncesního řízení v souladu s § 31 odst. 4 zákona, ač měl povinnost tak učinit, neboť se jednalo o koncesní smlouvu na služby ve smyslu § 31 odst. 2 koncesního zákona, která se uveřejňuje ve Věstníku veřejných zakázek, přičemž se na uveřejňování informací v souvislosti s koncesními smlouvami obdobně použijí ustanovení § 146 a § 147 zákona o veřejných zakázkách. Úřad konstatuje, že zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona s odkazem na

svůj předchozí nezákonný postup spočívající v nesprávném stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře a na to navazujícím nezákonném postupu mimo koncesní řízení podle zákona.

181. Se zřetelem ke shora uvedenému je tedy možno učinit závěr, že postup zadavatele, když dne 7.11.2016 uzavřel s vybraným uchazečem koncesní smlouvu v šetřeném koncesním řízení, které realizoval podle § 5 odst. 2 koncesního zákona jako koncesní řízení malého rozsahu, aniž by uveřejnil oznámení o zahájení koncesního řízení, je rozporný se zákonem. V šetřeném případě se totiž jednalo, jak Úřad odůvodnil výše, o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH, a zadavateli tak vznikla povinnost toto oznámení uveřejnit. Úřad shrnuje, že ve zde posuzované věci mělo být v souladu s § 6 odst. 1 koncesního zákona toto koncesní řízení zahájeno uveřejněním jeho oznámení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona.
182. Jak plyne z výše uvedeného, zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, neboť neuveřejnil příslušné oznámení o zahájení koncesního řízení, ač k tomu byl povinen a koncesní smlouvu již dne 7.11.2016 s vybraným uchazečem uzavřel.
183. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K aplikaci příslušné právní úpravy

184. Úřad na tomto místě uvádí, že nepřehlédl, že dne 1.10.2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
185. Úřad ve věci uvádí, že v šetřeném případě zadavatel zveřejnil koncesní dokumentaci na svém profilu dne 20.9.2016, přičemž z titulní strany koncesní dokumentace vyplývá, že se jedná o „zadávací dokumentaci“: „*Ve smyslu zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen koncesní zákon) a zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“)*“. Úřad tudíž konstatuje, že zadavatel realizoval předmětné koncesní řízení malého rozsahu podle koncesního zákona, tzn. v jeho znění účinném do 30.9.2016 (přede dnem nabytí účinnosti nového ZZVZ).
186. S odkazem na přechodné ustanovení § 274 odst. 1 písm. c) ZZVZ postupoval Úřad ve správních řízeních, která byla zahájena dne 25.11.2016 na návrh z téhož dne a dne 14.12.2016 z moci úřední, a která byla spojena dne 29.12.2016 do společného řízení vedeného pod sp. zn. S0726,S0753/2016/VZ, podle koncesního zákona, nikoliv podle ZZVZ, neboť tato správní řízení, byla zahájena po dni nabytí účinnosti nového ZZVZ, avšak týkají se koncesního řízení realizovaného podle koncesního zákona, jak již Úřad konstatoval výše. K právě uvedenému Úřad doplňuje, že dle § 2 odst. 2 ZZVZ je veřejnou zakázkou i koncese na služby podle § 174 odst. 3 ZZVZ, z čehož vyplývá, že ZZVZ se vztahuje i na koncesní smlouvy a koncesní řízení.
187. Úřad při zvažování právní úpravy, která bude aplikována pro případ spáchaného správního deliktu, jak bylo konstatováno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, uvádí následující.
188. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího

zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Předmětné ústavní pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Z uvedeného důvodu se Úřad zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání zadavatele popsané ve výroku I. tohoto rozhodnutí posuzovat s ohledem na posouzení příznivější právní úpravy.

189. V této souvislosti lze uvést, že jednání zadavatele je správním deliktem podle obou právních předpisů, tzn. jak podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, tak podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy zadavatel v rozporu s koncesním zákonem nepostupoval podle části druhé koncesního zákona, když nesprávně stanovil výši předpokládaného příjmu koncesionáře a koncesní řízení realizoval jako koncesní řízení malého rozsahu a neuveřejnil oznámení o jeho zahájení, pochyb, neboť tímto postupem výrazně omezil soutěžní prostředí, když jiní dodavatelé nemuseli mít povědomost o předmětném koncesním řízení a tudíž ani možnost se o poptávané plnění ucházet (blíže viz bod 178. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
190. Co se týče výše sankce, kterou je možné za spáchání správního deliktu v šetřené věci uložit, pak dle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, jde-li o správní delikt podle § 27 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona. Dle § 268 odst. 3 písm. a) ZZVZ se za správní delikt podle § 268 odst. 1 ZZVZ, jde-li o porušení pravidel stanovených pro postup pro zadávání koncesí, uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty koncese, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li předpokládanou hodnotu koncese zjistit, jde-li o správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a), b) nebo c) ZZVZ. Co se týče skutečnosti, že ZZVZ stanovuje, na rozdíl od koncesního zákona, horní hranici výše sankce pro případ, že předpokládanou hodnotu koncese nelze zjistit, Úřad uvádí, že jelikož v tomto konkrétním případě Úřad výši předpokládané hodnoty zjistil, není tento rozdíl pro rozhodování o tom, která z úprav je pro zadavatele příznivější relevantní. Z výše uvedeného je evidentní, že zadavateli by při ukládání sankce dle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta jako dle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. I v případě, že by byly zpochybněny závěry Úřadu ve vztahu k výši předpokládané hodnoty předmětné koncese, nebylo by možno považovat ZZVZ za příznivější úpravu, neboť pokuta ukládaná zadavateli při ukládání sankce ve výši do 5 % z předpokládané hodnoty koncese dovozené Úřadem na základě informací předložených účastníky předmětného koncesního řízení, je nižší, nežli hodnota „do 20 000 000 Kč“, která by byla uplatněna při domněnce, že předpokládanou hodnotu koncese nelze v šetřeném případě zjistit.
191. Za tohoto stavu věci není dle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro zadavatele příznivější, a proto jednání zadavatele Úřad posuzoval s odkazem na přechodné ustanovení § 274 odst. 1 písm. c) ZZVZ podle koncesního zákona.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

192. Podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona.
193. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, tím, že dne 7.11.2016 uzavřel s vybraným

uchazečem koncesní smlouvu v šetřeném koncesním řízení realizovaném podle § 5 odst. 2 koncesního zákona jako koncesní řízení malého rozsahu, bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení uveřejnit, neboť se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH, a mělo být tedy v souladu s § 6 odst. 1 koncesního zákona zahájeno uveřejněním oznámení o jeho zahájení.

194. Výše specifikovaným postupem tak zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) zákona.
195. Podle § 27b odst. 3 koncesního zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
196. Jak již Úřad uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz bod 188. odůvodnění tohoto rozhodnutí), čl. 40 odst. 6 Listiny zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem v situaci, když je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
197. Podle § 270 odst. 3 ZZVZ (účinného od 1.10.2016) odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
198. Úřad se proto ve vztahu k posouzení, zda nemohlo dojít k zániku odpovědnosti zadavatele za posuzovaný správní delikt, zabýval tím, zda by k němu nedošlo při aplikaci pozdější právní úpravy. V šetřeném případě se Úřad o možném spáchání správního deliktu dozvěděl z podkladů obsažených v návrhu na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy, jenž byl Úřadu doručen dne 25.11.2016 v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0726/2016/VZ. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 7.11.2016, kdy zadavatel uzavřel předmětnou koncesní smlouvu s vybraným uchazečem. Zahájení správního řízení z moci úřední vedeného pod sp. zn. S0753/2016/VZ oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0753/2016/VZ-49169/2016/532/ZČa ze dne 14.12.2016, přičemž dnem 14.12.2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 24a koncesního zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení z moci úřední.
199. Z výše uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za tento správní delikt nezanikla, a to ani v případě, byla-li by posuzována podle zákona pozdějšího (§ 270 odst. 3 ZZVZ). Úřad dodává, že zákonodárce novým zákonem o zadávání veřejných zakázek sice snižuje hranici pro trvání odpovědnosti zadavatele, Úřad ovšem konstatuje, že odpovědnost zadavatele v tomto případě trvá i podle nové právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu.
200. Podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, jde-li o správní delikt podle § 27 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona.
201. Podle § 1 vyhlášky tvoří předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy, přičemž Úřad uvádí, že se jedná o celkový

předpokládaný objem výdajů bez ohledu na to, zda jde o výdaje vynaložené na straně zadavatele nebo koncesionáře.

202. Pro potřeby stanovení horní hranice možné pokuty vycházel Úřad z vyjádření zadavatele ze dne 3.1.2017, ve kterém Úřadu mimo jiné sdělil, že co se týče hodnoty nákladů vynaložených zadavatelem na realizaci předmětu koncesní smlouvy, nevznikají mu žádné výdaje spojené s realizací předmětu koncesní smlouvy.
203. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel uvedl, že jeho výdaje na předmět plnění koncesní smlouvy nejsou žádné a vzhledem k obsahu pojmu „předpokládaná hodnota“ předmětu koncesní smlouvy, která je tvořena předpokládanými výdaji vynaloženými jak na straně zadavatele, tak na straně koncesionáře, vyžádal si Úřad od navrhovatele a vybraného uchazeče usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-00655/2017/532/ZČa ze dne 6.1.2017 a od uchazeče M-Communications s.r.o. žádostí ze dne 6.1.2017 sdělení výše jejich předpokládaných výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy. Vybraný uchazeč ve vyjádření ze dne 16.1.2017 k výše citovanému usnesení neuvedl žádnou konkrétní, ani přibližnou částku jeho výdajů spojených s realizací předmětu šetřené koncesní smlouvy. Z vyjádření navrhovatele ze dne 11.1.2017 plyne, že částka, která by se dle navrhovatele dala označit za jeho výdaje, je částka ve výši 122 443 525 Kč. Uchazeč M-Communications s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 17.1.2017 uvedl, že jeho očekávané výdaje za celou dobu plnění koncesní smlouvy by činily částku ve výši 257 657 616 Kč.
204. Vycházejí tedy z toho, že zadavatel uvedl nulovou částku, co se týče jeho výdajů na předmět plnění koncesní smlouvy a ze skutečnosti, že zadavatel předpokládané výdaje dodavatelů nezjišťoval, resp. nezjistil předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy relevantním způsobem, byl Úřad povinen, s ohledem na ustanovení § 3 správního řádu, postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonů s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Úřad byl tedy povinen zjistit relevantní údaje nezbytné pro předmětné správní řízení, přičemž má za to, že výše uvedenými zjištěními dostal své povinnosti. Následně tedy Úřad vycházel z hodnot poskytnutých uchazeči a zjištěné skutečnosti aplikoval způsobem, který je pro zadavatele výhodnější, když jako předpokládanou hodnotu, tedy základ pro výpočet horní hranice pokuty kalkuloval s nižší ze zjištěných částek. Z tohoto důvodu vzal Úřad jako částku představující předpokládanou hodnotu a zároveň tedy částku, která je základem pro stanovení horní hranice pokuty, částku uvedenou navrhovatelem, neboť je z obou poskytnutých částek (122 443 525 Kč a 257 657 616 Kč) nejnižší. Úřad přitom sděluje, že ukládaná pokuta (viz dále) se horní hranici sankce ani v nejmenším nepřibližuje. S ohledem na způsob, jakým předpokládanou hodnotu stanovil zadavatel a s ohledem na jeho odkaz na stanovisko, popř. metodiku Ministerstva pro místní rozvoj, považuje Úřad za nutné dodat, že předpokládaná hodnota u koncese nemůže být dle názoru Úřadu, zejména s ohledem na znění § 1 vyhlášky a s ohledem na samotný charakter koncese, tvořena pouze výdaji zadavatele. Ustanovení § 1 vyhlášky uvádí, že předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy tvoří předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci koncesní smlouvy; vyhláška (Úřad na tomto místě nemůže nezmínit, že není zrovna vhodně formulována) tedy nijak nespecifikuje o jaké výdaje, resp. čí výdaje by se mělo jednat, tudíž nelze toto ustanovení vykládat tak, že by se mělo jednat pouze o výdaje zadavatele, a to právě s ohledem na charakter koncese, kdy v rámci koncesní smlouvy zadavatel přenáší většinu

rizik (jedná se o jeden ze znaků koncese a v případě, že by tomu tak nebylo, nejednalo by se vůbec o koncesní smlouvu), tedy i většinu výdajů souvisejících s uzavřenou koncesní smlouvou právě na koncesionáře. Jestliže tedy § 1 vyhlášky hovoří o výdajích, přičemž nespécifikuje, o výdaje které ze stran koncesní smlouvy by se mělo jednat, a jelikož je z povahy koncese zřejmé, že výdaje zadavatele mohou být velmi často nulové, což by vedlo při nezákonném postupu zadavatele k nulové výši pokuty, což by vlastně zadavatele při účelovém využití (zneužití) takového výkladu motivovalo (tedy v příkrém rozporu s účelem sankce) k nezákonnému postupu vůči dodavatelům, je výklad, že předpokládaná hodnota koncese zahrnuje pouze výdaje zadavatele, zjevně nesprávný.

205. Úřad považuje za vhodné se na tomto místě vyjádřit podrobněji ke sdělení navrhovatele ze dne 11.1.2017, ve kterém navrhovatel uvedl svoje předpokládané výdaje spojené s plněním předmětné koncesní smlouvy a zároveň se vyjádřil tak, že mu není zřejmé, z jakého důvodu Úřad takovou informaci požaduje. Pro určení výše pokuty navrhovatel Úřad odkázal na rozhodnutí Úřadu (viz dále), ve kterých Úřad ukládal pokutu z předpokládaného příjmu koncesionáře, nikoliv z předpokládané hodnoty (podrobný obsah předmětného vyjádření viz body 73. až 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k tomu uvádí, že podle § 50 odst. 2 správního řádu opatřuje správní orgán podklady pro vydání rozhodnutí, přičemž účastníci jsou povinni při poskytování podkladů pro vydání rozhodnutí poskytovat veškerou potřebou součinnost; v případě, že tedy Úřad požadoval po účastníku (účastnících) údaje týkající se jeho (jejich) předpokládaných výdajů, byl tento (tito) především povinen mu je bez dalšího poskytnout. K jeho (jejich) hodnocení, jakou důležitost takové informace pro správní orgán mají (uvedené se zároveň vztahuje jak na navrhovatele, tak i k vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 1. 2017, který taktéž vyjadřuje pochybnost, zda jsou požadované údaje o jeho předpokládaných výdajích souvisejících s předmětem koncesní smlouvy důležité pro správní řízení), se správní orgán samozřejmě též vyjádří. Správní orgán je povinen podle § 50 odst. 3 správního řádu zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. K čemu Úřad tyto údaje potřeboval, vyložil shora, kdy je zcela zřejmé, že byly nezbytné pro zjištění, které předpokládá zákon ve znění, který je na tuto věc aplikován. Navrhovatel zde chybně odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30.6.2010, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R93,94/2010/VZ-687/2011/310/JSI ze dne 26.1.2011, pokud dovozuje, že takto by Úřad měl v posuzované věci postupovat. Pokud by tak Úřad učinil, postupoval by v rozporu se zákonem, což je nepřípustné. Navrhovatel zjevně přehlíží, že se jím uvedená rozhodnutí vztahují k již neplatnému znění § 27 odst. 2 koncesního zákona. Podle koncesního zákona, ve znění rozhodném pro uložení pokuty za spáchaný správní delikt v tomto posuzovaném případě, nelze, jako tomu bylo v navrhovatelem uváděných rozhodnutích, uložit za správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona pokutu z předpokládaného příjmu koncesionáře, a navrhovatelem uváděná rozhodnutí jsou tudíž, co do způsobu uložení sankce, v dané věci neaplikovatelná. Úřad k tomu uvádí, že zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, došlo k úpravě tohoto ustanovení koncesního zákona, když za správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona lze uložit pokutu pouze z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy.

206. Úřad na základě údajů uvedených výše v bodu 203. odůvodnění tohoto rozhodnutí tudíž sděluje, že horní hranice možné pokuty (5 % z částky ve výši 122 443 525 Kč) v souladu s § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 6 122 176 Kč.
207. Podle § 27b odst. 2 věty první koncesního zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
208. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6.12.2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Ve stejném rozsudku je dále uvedeno, že *„úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.“*
209. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27.3.2008, kde soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“*
210. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaných rozsudcích, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
211. Hlavním kritériem, které je podle § 27b odst. 2 věty první koncesního zákona rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Pokud jde o význam neurčitěho právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán především konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem pouze skutková podstata správního deliktu, ale také intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Neboli, jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Z hlediska určení výměry pokuty je tedy nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013). Koncesní zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnost, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
212. Z hlediska závažnosti správního deliktu vzal tedy Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu a akcentuje skutečnost, že účelem koncesního řízení podle koncesního zákona je

zejména zabezpečení volné a efektivní soutěže o předmět koncesní smlouvy a tím také dosažení efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů.

213. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a přihlednutí k výše uvedenému uvádí Úřad následující.
214. Ke způsobu, resp. okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že v šetřeném případě zadavatel postupoval tak, že předmětné koncesní řízení realizoval podle § 5 odst. 2 koncesního zákona jako koncesní řízení malého rozsahu, neboť podle tvrzení zadavatele se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil méně než 20 000 000 Kč bez DPH. Za této situace, kdy zadavatel vyhodnotil předmětné koncesní řízení jako koncesní řízení malého rozsahu, tudíž ani následně neuveřejnil oznámení o zahájení tohoto koncesního řízení. Zadavatel tímto postupem v rozporu s § 6 odst. 1 koncesního zákona nezahájil předmětné koncesní řízení uveřejněním jeho oznámení, ač měl povinnost tak učinit, neboť, jak Úřad uvedl v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí, předpokládaný příjem koncesionáře v předmětném koncesním řízení činil dle zjištění Úřadu více než 20 000 000 Kč bez DPH a zadavatel tedy nebyl oprávněn aplikovat § 5 odst. 2 koncesního zákona a obejít tak koncesní zákon provedením koncesní řízení malého rozsahu. Z postupu zadavatele při zjišťování předpokládaného příjmu koncesionáře pak lze identifikovat, že zadavatel nevyvinul řádné úsilí, aby předpokládaný příjem koncesionáře relevantně zjistil, když bylo v rámci správního řízení zjištěno, že si zadavatel neopatřil potřebné doklady, dokumenty, popř. další relevantní informace, nerefletoval rozdílnost cen mezinárodních hovorů, cen na pevné linky, ani svůj vlastní předpoklad, že cena hovoru může být ve výši až 7 Kč/minuta. Z uvedeného je evidentní, že v šetřeném případě došlo ze strany zadavatele k hrubé nedbalosti při zjišťování předpokládaného příjmu koncesionáře, což vedlo k tomu, že zadavatel realizoval předmětné koncesní řízení jako koncesní řízení malého rozsahu a neuveřejnil oznámení o zahájení předmětného koncesního řízení.
215. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že uzavřením koncesní smlouvy bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení zadavatel mohl zmařit účast dalších potenciálních dodavatelů v koncesním řízení a odepřel tak širší konkurenci, která by mohla vést k výběru ekonomicky výhodnější nabídky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel oznámení o zahájení koncesního řízení řádně uveřejnil, mohli se ho zúčastnit i jiní potenciální dodavatelé než pouze 3 uchazeči, jak tomu bylo v tomto případě, neboť v tomto případě tak mohl nabídku podat pouze uchazeč, který měl k dispozici informace nezbytné pro zpracování nabídky, které ovšem nebyly zveřejněné v předmětném oznámení postupem, jak vyžaduje ustanovení § 31 odst. 4 koncesního zákona (odkazující ohledně uveřejňování na příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách). Úřad konstatuje, že v šetřeném případě tak předmětné koncesní řízení neproběhlo v souladu se zákonem.
216. Obecně lze konstatovat, že uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení je jedním z nejzávažnějších porušení zákona a tomu má odpovídat i přiměřenost sankce. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu a závažnosti jeho následku vycházel Úřad tedy především ze skutečnosti, že zadavatel při uzavírání koncesní smlouvy nepostupoval podle koncesního zákona, přičemž toto jednání spočívající v ignoraci koncesního zákona je přitom třeba pokládat za typově nejzávažnější, neboť při

něm dochází k úplné negaci všech principů, na kterých je koncesní zákon postaven, zejména pak k negaci základního účelu koncesního zákona, kterým je zajištění co možná nejširší hospodářské soutěže. V posuzovaném případě je objektem správního deliktu zájem, aby zadavatel včas uveřejnil oznámení o zahájení koncesního řízení, neboť předmětné oznámení může mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, když se z něho dozvídají základní údaje o tom, jakým způsobem bude plnění koncesní smlouvy realizováno (zejména pak základní informace o předmětu, lhůtách a způsobu realizace koncesního řízení), které jsou zásadní pro rozhodování, zda v takovém koncesním řízení podají nabídku. Oznámení o zahájení koncesního řízení tak lze pokládat na pomyslné stupnici důležitosti jednotlivých uveřejňovaných dokumentů za jeden z těch nejdůležitějších.

217. Úřad zdůrazňuje, že zadavatel tím, že předmětné koncesní řízení podřadil pod § 5 odst. 2 koncesního zákona jako „koncesní řízení malého rozsahu“, ač nebyla splněna podmínka tohoto ustanovení, tedy že předpokládaný příjem koncesionáře činí méně než 20 000 000 Kč bez DPH a tedy ani neuveřejnil oznámení o zahájení předmětného koncesního řízení, výrazně omezil soutěžní prostředí, když jiní dodavatelé nemuseli mít povědomí o předmětném koncesním řízení a tudíž ani možnost se o plnění předmětu koncese ucházet. Soutěžní prostředí je přitom základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 3a koncesního zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti.
218. Co se týče okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad po posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech shledal při stanovení výše pokuty polehčující okolnost, a to tu skutečnost, že zadavatel svým postupem zcela nevyločil soutěžní prostředí, když v rámci šetřeného koncesního řízení obdržel celkem 3 nabídky. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel alespoň částečně podle koncesního zákona v následujícím průběhu koncesního řízení postupoval, když provedl jak posouzení nabídek z hlediska splnění kvalifikačních předpokladů i podmínek stanovených zadavatelem, tak následně i hodnocení nabídek. Obě uvedené skutečnosti považuje Úřad za výrazně polehčující, nicméně se nejedná o skutečnosti, které by mohly nezákonný postup zadavatel při neuveřejnění oznámení o zahájení předmětného koncesního řízení zhojit.
219. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech, neshledal Úřad další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
220. Při určení výměry pokuty se Úřad v souladu s ustanovením § 27b odst. 2 věta druhá koncesního zákona zabýval rovněž otázkou, v jakém finančním rozsahu již bylo ze smlouvy plněno a uvádí k tomu následující.
221. Koncesní smlouva na realizaci šetřené veřejné zakázky byla uzavřena dne 7.11.2016.
222. Z bodu 1 čl. I. „Předmět smlouvy“ koncesní smlouvy vyplývá: „*Koncesionář se touto smlouvou zavazuje poskytovat objednateli na vlastní odpovědnost a náklady zabezpečené služby elektronických komunikací pro vězněné obviněné a odsouzené osoby.*“ Bod 4 tohoto článku koncesní smlouvy zní: „*Koncesionář se zavazuje vybudovat komunikační infrastrukturu objednatel, včetně jejího případného rozšíření, na vlastní náklady tak, aby byly služby poskytovány v souladu s touto smlouvou.*“ Bod 6 tohoto článku koncesní smlouvy zní: „*Výše nájemného za případné poskytnutí plochy na umístění technologie nebo za komunikační infrastrukturu zadavatele, včetně vyúčtování za skutečně odebranou elektrickou energii,*

nutnou pro uskutečnění hovorů (nikoliv pro záznam a monitorování hovorů), bude stanoveno samostatnou smlouvou.“.

223. V bodu 1 čl. III. „Cenová a platební ujednání“ koncesní smlouvy je uvedeno: *„Poskytování telekomunikačních služeb a úhrada za jejich poskytování odsouzeným osobám je předmětem dohody mezi koncesionářem a odsouzenými osobami; koncesionář se však zavazuje dodržovat cenový model uvedený v příloze č. 2 této smlouvy.“* V bodu 2 výše citovaného článku koncesní smlouvy je dále uvedeno: *„Objednatel nehradí koncesionáři cenu za dodávku, instalaci a zprovoznění telefonních přístrojů, monitorovacích a záznamových zařízení, cenu za poskytování podpory, údržby, zajištění pohotovosti a dostupnosti služeb, cenu za poskytnutí software pro práci se získanými daty, ani cenu za zajištění ukládání a archivace zabezpečené komunikace, neboť poskytnutí přístroje, monitorovací a záznamová zařízení a poskytnutý software pro práci se získanými daty zůstávají ve vlastnictví koncesionáře.“.*
224. Úřad v této věci dodává, že zadavatel na základě usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-01986/2017/532/ZČa ze dne 18.1.2017, ve svém vyjádření ze dne 23.1.2017 k rozsahu již realizovaného plnění na základě koncesní smlouvy sdělil, že v současné době vybraný uchazeč dodal hardware do organizačních jednotek zadavatele a tento je průběžně instalován. Zadavatel dále sděluje, že kabeláž je vybudována ve 30-ti organizačních jednotkách, přičemž v 9-ti je pouze rozpracována a dodává, že vybranému uchazeči poskytl data pro instalaci do systému telefonování. Na závěr zadavatel poznamenává, že o skutečném rozsahu provedených činností a zejména rozsahu vynaložených finančních prostředků má komplexní informaci vybraný uchazeč, přičemž opakuje, že mu nevznikly žádné finanční výdaje vynaložené na realizaci předmětu koncesní smlouvy a vybraný uchazeč neměl žádné příjmy na základě plnění dle koncesní smlouvy, neboť poskytování služeb, tj. zabezpečení telefonování vězňených osob doposud nebylo zahájeno. Vybraný uchazeč na základě shora citovaného usnesení ve svém vyjádření ze dne 23.1.2017 k rozsahu již realizovaného plnění na základě koncesní smlouvy uvedl, že v současnosti probíhá realizace plnění v 39-ti z celkových 40-ti věznic, z toho 29 věznic čeká pouze na instalaci příslušného hardwarového vybavení, které již bylo vybranému uchazeči dodáno a dodává, že v současnosti jsou také vyrobeny telefonní karty pro vězně potřebné k uskutečnění hovorů a již byla vyrobena i telefonní záznamová zařízení pro možnost nahrávání jednotlivých hovorů. Dle vybraného uchazeče byly zapracovány specifické softwarové požadavky do technického řešení vybraného uchazeče dle podmínek zadavatele v zadávací dokumentaci, přičemž dodává, že technická příprava vybraného uchazeče pro řádné a včasné plnění koncesní smlouvy se blíží do své finální verze. V návaznosti na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v souladu s § 25 odst. 2 koncesního zákona přihlédl při určení výměry pokuty rovněž k těmto skutečnostem, tedy že jsou podnikány úkony vyplývající z předmětné smlouvy, nicméně doposud nedošlo k poskytování telefonických služeb prostřednictvím vybraného uchazeče.
225. Vycházejí z výše uvedeného je zřejmé, že finanční náklady na předmět plnění koncesní smlouvy přecházejí na koncesionáře. Z vyjádření zadavatele plyne, že vybraný uchazeč již zahájil přípravné práce k realizaci předmětu plnění, které spočívají ve vypracování projektových dokumentací pro instalaci telefonních automatů a monitorovacích zařízení, dodání hardware do organizačních jednotek zadavatele, úpravě software pro

system telefonování a zahájení instalace datového spojení pro system telefonování odsouzených. Z vyjádření vybraného uchazeče taktéž plyne, že je dokončována technická příprava pro následné plnění koncesní smlouvy. V návaznosti na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v souladu s § 25 odst. 2 koncesního zákona přihlédl při určení výměry pokuty rovněž k těmto skutečnostem.

226. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Úřad dále konstatuje, že z informačního portálu Ministerstva financí (dostupný na webových stránkách <http://monitor.statnipokladna.cz/2016/statni-rozpocet/oss-sf/00212423>) je zřejmé, že zadavatel dle schváleného rozpočtu v roce 2016 disponoval příjmy ve výši 1 105 749 000 Kč.
227. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že uloženou pokutu nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou) ekonomickou podstatu zadavatele. Úřad posoudil vzhledem k okolnostem případu stanovenou pokutu za přiměřenou.
228. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného koncesním zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování koncesního zákona, resp. k jednání, které je s koncesním zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6.12.2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
229. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce. Zadavatel tedy může, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
230. Po zvážení všech okolností šetřeného případu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, zejména kontinuálnímu, zatím stále trvajícím plnění, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující. Stanovená výše pokuty podle Úřadu přitom

dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, přičemž ve vztahu k zadavateli akcentuje právě preventivní účinek uložené sankce.

231. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť koncesní smlouva na předmětné plnění byla již uzavřena a nápravy tak nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
232. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – uložení zákazu plnění koncesní smlouvy

233. Podle § 24b odst. 2 koncesního zákona lze po uzavření koncesní smlouvy podat návrh pouze proti uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění koncesního řízení nebo proti porušení zákazu uzavření koncesní smlouvy.
234. Podle § 12 odst. 3 koncesního zákona se pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření koncesní smlouvy použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, poslední věty, může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
235. Podle § 25 odst. 2 koncesního zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b koncesního zákona uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 a § 12 odst. 5 koncesního zákona, nebo
 - b) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona.
236. Z výše uvedeného ustanovení § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona vyplývá, že zákaz plnění koncesní smlouvy může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění koncesní smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele (viz § 12 odst. 3 koncesního zákona v návaznosti na § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách). Jak dále vyplývá z citovaného ustanovení koncesního zákona, základním předpokladem pro uložení zákazu plnění koncesní smlouvy je zde skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona. To, že se zadavatel v šetřeném případě tohoto správního deliktu dopustil, dovodil Úřad již výše v rámci odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí.
237. Úřad dále uvádí, že ustanovení § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 koncesního zákona, § 12 odst. 5 koncesního zákona, přičemž všechny tyto podmínky musí být splněny kumulativně.

238. K otázce uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít koncesní smlouvu Úřad uvádí, že podle § 31 odst. 3 koncesního zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení, uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu, případně tak může zadavatel postupovat v případě, kdy byl ze zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení, ale neučinil tak. Jelikož uveřejnění tohoto oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda oznámení o záměru uzavřít smlouvu bylo v daném konkrétním případě skutečně řádně uveřejněno, tedy zda konkrétní oznámení zejména po obsahové stránce naplňuje účel tohoto institutu.
239. Úřad ovšem v šetřeném případě konstatuje, že na základě vlastní činnosti zjistil, že zadavatel dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu způsobem podle § 31 odst. 3 koncesního zákona neuveřejnil, přičemž Úřad doplňuje, že toto zadavatel ani sám netvrdil. Na základě výše uvedených skutečností má Úřad tudíž za prokázané, že zadavatel neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona; z tohoto důvodu již Úřad dále nezkoumal ani splnění dalších uvedených podmínek, neboť, jak již bylo uvedeno výše, pro neuložení zákazu plnění smlouvy by tyto podmínky musely být splněny kumulativně.
240. Úřad ve věci konstatuje, že podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona uloží na návrh navrhovatele zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona (v šetřeném případě zadavatel neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení koncesního řízení, přičemž ani neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona). Jelikož Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona (viz výrok I. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a navrhovatel v návrhu navrhuje uložení zákazu plnění koncesní smlouvy, je Úřad oprávněn v šetřeném případě uložit zákaz plnění koncesní smlouvy.
241. Podle § 25 odst. 4 písm. b) koncesního zákona však Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 25 odst. 2 koncesního zákona, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle § 25 odst. 3 koncesního zákona.
242. Úřad podle § 25 odst. 3 koncesního zákona neuloží zákaz plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 koncesního zákona, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Ekonomický zájem na plnění koncesní smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění koncesní smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou koncesní smlouvou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění koncesní smlouvy, náklady spojené se zahájením nového koncesního řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění koncesní smlouvy a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy.
243. Vzhledem k ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona proto musí Úřad nejdříve posoudit, zda v konkrétním šetřeném případě neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, které vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy, resp. které vylučují uložení zákazu plnění této smlouvy. Pojem „důvody hodné zvláštního zřetele“ je typickým neurčitým právním pojmem,

přičemž na základě množství judikatury lze konstatovat, že slovní spojení „důvody hodné zvláštního zřetele“ je vždy třeba „(...) vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“ (viz. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010). V tomto konkrétním případě lze při výkladu tohoto pojmu vycházet i z evropských směrnic, když uvedené ustanovení koncesního zákona je transpozicí čl. 2d odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11.12.2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (dále jen „směrnice EP a Rady 2007/66/ES“), upravující výjimky z vyslovení zákazu plnění koncesní smlouvy. Dle citovaného článku směrnice EP a Rady 2007/66/ES mohou členské státy stanovit, že orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na veřejném zadavateli, nesmí považovat smlouvu za neúčinnou, i když byla zakázka zadána protiprávně z důvodů uvedených v odstavci 1 tohoto článku, pokud tento orgán po posouzení všech důležitých skutečností shledá, že naléhavé důvody související s veřejným zájmem vyžadují zachování účinků smlouvy. Úřad na tomto místě poznamenává, že text ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona se drží úpravy ve výše uvedených přezkumných směrnících (směrnice 2007/66/ES, resp. 89/665/EHS), oproti jejich textu je zde ovšem vynechán termín „související s veřejným zájmem“. Úřad nicméně zdůrazňuje, že důvodem vynechání předmětného sousloví není snaha o změnu smyslu tohoto ustanovení koncesního zákona; takový výklad by zcela postrádal smyslu, když i zákon o veřejných zakázkách v § 118 odst. 3 popisuje tyto důvody jako důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem. Neuvedení tohoto „zpřesnění“ předmětného pojmu bylo vedeno spíše snahou o odstranění možných obtíží spojených s výkladem termínu „veřejný zájem“ na základě jiných vnitrostátních předpisů. Úřad ve věci dodává, že současně nelze předpokládat, že by za důvod hodný zvláštního zřetele měl být pokládán zájem „soukromý“, tzn. např. zájem dosavadního dodavatele, což vyplývá i z výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu. Z výše popsaného důvodu Úřad tudíž v šetřeném případě zjišťoval, zda v tomto konkrétním případě existují důvody hodné zvláštního zřetele, přičemž tyto důvody zároveň v souladu s výše uvedeným vykládá jako důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, které by vylučovaly uložení zákazu plnění této koncesní smlouvy.

244. Pojem „veřejný zájem“ je taktéž typickým neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem přitom nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen. Naznačený postup při interpretaci tohoto neurčitého právního pojmu vyplývá i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28.7.2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004.

245. V daném případě je tedy třeba posoudit, zda jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující v souladu s ustanovením § 25 odst. 4 písm. b) koncesního zákona pokračování plnění smlouvy. K tomu Úřad dodává, že pokud jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, pak je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ustanovení § 25 odst. 4 písm. b) koncesního zákona zamítnout. Ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona je však třeba vykládat v souladu s obecnými právními zásadami restriktivně, a to z následujících důvodů. Ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona představuje výjimku z pravidla upraveného v § 25 odst. 2 koncesního zákona, které zajišťuje, že v případech tam uvedených dojde k nápravě nezákonného stavu (tj. stavu, kdy zadavatel postupoval, a to kvalifikovaným způsobem, v rozporu se zákonem) mimo jiné tím, že smlouva, která byla uzavřena v rozporu se zákonem (a tedy v rozporu s veřejným zájmem zákonem sledovaným, tj. zájmem na zabezpečení soutěže dodavatelů o předmět koncesní smlouvy, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů), nebude moci být plněna. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem podle § 25 odst. 3 koncesního zákona se tak musí jednat o tak závažné důvody, které převáží veřejný zájem sledovaný zákonem.
246. Důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele, jak vyplývá z ustanovení § 25 odst. 4 písm. b) koncesního zákona nese osoba, která se jich dovolává.
247. Úřad v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0726/2016/VZ-47205/2016/532/ZČa ze dne 28.11.2016 upozornil zadavatele, že v případě návrhu na zákaz plnění je zadavatel povinen Úřadu mimo jiné i označit případné důvody pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona.
248. Zadavatel se ke správnímu řízení zahájenému na návrh vyjádřil dopisem ze dne 5.12.2016, přičemž ve svém vyjádření uvádí, že uložení zakazu plnění koncesní smlouvy by znamenalo značnou újmu na právech vězňených osob, jejichž právo telefonovat je zaručeno zákonem. Zadavatel zde dále podotýká, že se jedná o specifickou skupinu osob, jejichž sociální a ekonomické postavení je na velmi nízké úrovni, proto i samotné telefonování za dosavadní sazby, které poskytuje navrhovatel, by pro ně znamenalo značnou újmu.
249. Úřad dále uvádí, že z článku II. „Vymezení plnění“ koncesní dokumentace vyplývá, že předmět plnění koncesního řízení byl vymezen jako „(...) poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby (...)“ a „(...) dodávka telefonních přístrojů v předpokládaném počtu – 850 ks. (...)“. Z bodu 1 čl. I. „Předmět smlouvy“ koncesní smlouvy vyplývá: „Koncesionář se touto smlouvou zavazuje poskytovat objednateli na vlastní odpovědnost a náklady zabezpečené služby elektronických komunikací pro vězňené obviněné a odsouzené osoby.“. Úřad na základě výše uvedeného připomíná, že předmětem šetřené koncesní smlouvy je tedy především poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací pro vězňené obviněné a odsouzené osoby.
250. Úřad se ztotožňuje se zadavatelem, že vězňené osoby bezpochyby požívají práva na uskutečňování telefonických hovorů a zadavatel je tedy povinen jim možnost využití tohoto jejich práva zajistit, nicméně obtíže, jaké bude mít zadavatel se zajištěním takového práva, nemohou být důvodem pro neuložení zakazu plnění nezákonně uzavřené smlouvy, neboť jak vyplývá z § 25 odst. 3 koncesního zákona náklady spojené se změnou subjektu plněního

koncesní smlouvu a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy. V případě uložení zákazu plnění předmětné smlouvy je tedy na zadavateli, aby zajistil, že právo vězňů telefonovat nebude nijak ohroženo; je povinností zadavatele toto právo vězňů nadále kontinuálně zajišťovat, což činí i v současné době. Existují právní nástroje, které může zadavatel využít, aby této své povinnosti dostál (např. prodloužením smlouvy se stávajícím dodavatelem do ukončení nového koncesního řízení). Úřad se neztotožňuje ani s názorem zadavatele (současně tuto námitku vnesl i vybraný uchazeč), že telefonování vězňů za sazby, které poskytuje v současné době navrhovatel, by pro ně znamenalo značnou újmu a pokud by Úřad prodloužil stav, kdy jsou předmětné telekomunikační služby poskytovány pro vězněné osoby nevýhodně, bylo by to v rozporu s veřejným zájmem celé společnosti. K tomu Úřad uvádí, že je zřejmé, že navrhovatel poskytuje tyto služby za určené sazby již řadu let, tudíž skutečnost, že vězněné osoby budou telefonovat určitou delší dobu nutnou pro realizaci nového koncesního řízení za ceny vyšší, než nabídl uchazeč v předmětném koncesním řízení, bezpochyby nemůže obstát a nemůže převážit nad zájmem společnosti, vybrat koncesionáře v transparentním a zákonném koncesním řízení, protože v případě nově provedeného, zákonného koncesního řízení by zadavatel mohl obdržet od uchazečů ještě výhodnější podmínky plnění předmětu koncese. Úřad tudíž tento argument nepovažuje za důvod hodný zvláštního zřetele spojený s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy.

251. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel ve svých vyjádřeních neuvedl žádné důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které by měly být relevantní pro neuložení zákazu plnění smlouvy, přičemž ani Úřad neshledal žádné důvody, které by byly hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, a které by tedy vyžadovaly pokračování plnění smlouvy, přičemž přitom vycházel i z předmětu plnění šetřené koncesní smlouvy, u kterého zkoumal, zda tuto činnost lze označit za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, a jakou „hodnotu“ veřejného zájmu by tato činnost měla.
252. Je totiž nutné vzít v potaz i skutečnost, že současně nesmí převážit jiný, závažnější, byť partikulární, zájem. Ústavní soud totiž k této otázce definování veřejného zájmu ve správním řízení již několikrát vyložil, že *„veřejný zájem v konkrétní věci by měl být zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění správního rozhodnutí pak musí zřetelně vyplynout, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování (...).“* (nálezn ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04).
253. Úřad v daném případě zdůrazňuje skutečnost, že je současně nutno přihlídnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání koncesí podle koncesního zákona. Účelem koncesního řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování některého z uchazečů.
254. V šetřeném případě důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, by mohly být spatřovány v ohrožení, za předpokladu, že by byl uložen zákaz plnění smlouvy, že systém poskytování zabezpečených telekomunikačních služeb pro vězněné osoby v organizačních jednotkách zadavatele by se stal zcela nefunkčním nebo nebude provozován v důsledku

toho, že nebude prováděna jeho údržba, podpora a servis, příp. by tento systém nefungoval řádně, neboť by nebylo zajištěno ukládání a archivace zabezpečené komunikace a informace o přístupu k datům. K uvedenému však Úřad dodává, že poskytování zabezpečených telekomunikačních služeb pro vězněné osoby již dlouhodobě zajišťuje navrhovatel, a to i v současnosti, když zadavatel, jak uvádí ve svém vyjádření ze dne 22.12.2016, prodloužil dne 21.11.2016 stávající smlouvu s navrhovatelem. Nemůže tudíž nastat situace, že by Úřadem uložený zákaz plnění předmětné koncesní smlouvy způsobil nefunkčnost stávajícího systému, tzn. neumožňoval by zabezpečené telekomunikační služby pro vězněné osoby. Zákaz plnění předmětné smlouvy tedy nebude mít za žádných okolností za následek vyloučení možnosti vězněných osob (zabezpečeně) telefonovat, resp. je pouze na zadavateli, aby dostal svým povinnostem a jejich splnění zajistil. Zadavatel má v šetřeném případě možnost provést nové koncesní řízení, a to v souladu s koncesním zákonem, přičemž na dobu nutnou pro toto koncesní řízení je povinen fungování tohoto systému zajistit, neboť odpovědnost za kontinuitu této služby (zabezpečeného telefonování vězňů) nese zadavatel. Z právě uvedeného důvodu Úřad v šetřeném případě tudíž neshledal, že by činnost, která je realizována na základě šetřené koncesní smlouvy, ač takovou činnost bezpochyby lze označit za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, mohla převážit zájem na zákonné realizaci koncesních řízení a vyžadovala by pokračování plnění koncesní smlouvy uzavřené v rozporu se zákonem.

255. Z uvedených důvodů Úřad neshledal v šetřeném případě důvody, pro které by zákaz plnění smlouvy nemohl uložit.
256. K institutu zákazu plnění smlouvy dále Úřad dodává, že zákaz plnění, resp. tento druh nápravného opatření lze považovat za specifický prostředek ochrany hospodářské soutěže. Zákaz plnění smlouvy má být, s ohledem na skutečnost, že jejím uložením dochází k podstatnému narušení právní jistoty stran uzavřené smlouvy, ukládán pouze v případech zcela flagrantního porušení zákona, což je dáno zákonným zakotvením striktních podmínek pro možnost uložení tohoto druhu nápravného opatření a zároveň možností, za splnění určitých podmínek souvisejících s veřejným zájmem, toto nápravné opatření neuložit. Zakotvení možnosti uložit zákaz plnění smlouvy vychází a je v zákoně zakotveno v souladu se směrnicí EP a Rady 2007/66/ES, která v bodě 13 uvádí, že *„Za účelem boje proti protiprávnímu přímému zadávání zakázek, které Soudní dvůr označil za nejzávažnější porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele či zadavatele by měly být stanoveny účinné, přiměřené a odrazující sankce.“*. Výslovně je zde pak uvedeno, že *„Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou. Neúčinnost by neměla být automatická, nýbrž by měla být prohlášena nezávislým orgánem příslušným k přezkumu nebo by měla být výsledkem jeho rozhodnutí.“*. Bod 14 citované směrnice přitom dále uvádí, že *„Přímé zadávání ve smyslu této směrnice zahrnuje veškeré zakázky zadané bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v Úředním věstníku Evropské unie ve smyslu směrnice 2004/18/ES. To odpovídá postupu bez předchozí výzvy k účasti v soutěži ve smyslu směrnice 2004/17/ES.“* Úřad na tomto místě pro úplnost opětovně uvádí, že výše citovaná směrnice, jež se vztahuje k zákonu o veřejných zakázkách je analogicky aplikovatelná i ve vztahu ke koncesnímu zákonu, neboť je zřejmé, že přezkumná směrnice se vztahuje i na koncese na služby, přičemž Úřad v tomto odkazuje např. na bod 81 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26.2.2014, o udělování koncesí.

257. Je zřejmé, že institut zákazu plnění smlouvy zakotvený v koncesním zákoně je odrazem evropských směrnic a česká zákonná úprava toto pojetí zachovává, když i podle koncesního zákona může být zákaz plnění smlouvy uložen pouze v případech podstatného omezení, popř. úplného vyloučení hospodářské soutěže o plnění koncesní smlouvy (viz konkrétní důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy stanovené v § 25 odst. 2 koncesního zákona).
258. V šetřeném případě došlo k podstatnému omezení hospodářské soutěže, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu s koncesním zákonem a provedl koncesní řízení zahájené uveřejněním jeho oznámení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky také od jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o předmětnou koncesi, a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, se tímto postupem zadavatele podstatně zúžil, neboť o jeho záměru uzavřít koncesní smlouvu se nedozvěděl veškerý relevantní okruh dodavatelů. V tomto případě tudíž nelze než uložit zákaz plnění koncesní smlouvy, neboť koncesní smlouva byla uzavřena ve smyslu citované směrnice „přímým zadáním“, když jejímu uzavření nepředcházelo zveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení (v tomto konkrétním případě na národní úrovni).
259. Úřad k námitce zadavatele a vybraného uchazeče, že případné nové koncesní řízení by bylo ovlivněno skutečností, že uchazeči odkryli své cenové nabídky a nabízené technologie a došlo by tak ke znevýhodnění vybraného uchazeče, sděluje, že vybraný uchazeč se může cítit za této situace znevýhodněn, nicméně toto není důvodem pro neuložení zákazu plnění koncesní smlouvy. Nelze tímto odůvodňovat neuložení zákazu plnění smlouvy. Zde se jistě jedná výhradně o zájem vybraného uchazeče, popř. i dalších uchazečů v předmětném koncesním řízení, a nikoli o zájem veřejný. K tomu, že vybraný uchazeč již započal s plněním koncesní smlouvy, lze zde jen uvést, že toto musí s vybraným uchazečem vyřešit zadavatel dle pravidel v občanskoprávních předpisech. Úřad podotýká, že v případě, že byla vybranému uchazeči postupem zadavatele způsobena určitá škoda, lze takovou situaci vypořádat případně v rámci soukromoprávní odpovědnosti a z toho vyplývající případné náhrady škody. Úřad dodává, že pokud by měl reflektovat i domnělé poškození jednotlivých uchazečů, popř. vliv rozhodnutí Úřadu na následné nové řízení, nemohl by tak zrušit žádné zadávací, popř. koncesní řízení, ani uložit zákaz plnění smlouvy, protože předmětná situace logicky nastane téměř vždy, což je de facto vyjádřeno i v § 25 odst. 3 koncesního zákona, který explicitně uvádí, že ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou koncesní smlouvou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění koncesní smlouvy, náklady spojené se zahájením nového koncesního řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění koncesní smlouvy a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy. Pokud zadavatel nepostupuje dle zákona (koncesního zákona), nemůže svým pochybením zhojit nezákonný postup s prostým odkazem, že již bylo započato s plněním dle smlouvy, jež byla uzavřena, ač jí nepředcházela postup dle zákona.
260. Vybraný uchazeč namítá, že i ekonomické hledisko, tj. výhodnost řešení pro zadavatele, je klíčovým faktorem při zadávání veřejných zakázek, resp. koncesních řízení, a odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 65/2011 - 95, ve kterém bylo konstatováno, že *„(...) přestože je smyslem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek zajištění férově a co nejširší soutěže o veřejnou zakázku a přestože je třeba ZVZ vykládat se*

zohledněním tohoto základního smyslu, není důvodu ZVZ mechanicky aplikovat tak, že by měla probíhat fakticky jen „soutěž pro soutěž“ i za cenu dramaticky, podstatně a nepřiměřeně vyšších nákladů hrazených z veřejných prostředků.“. Úřad by tak dle vybraného uchazeče měl přihlídnout k ekonomičnosti řešení v souladu s citovaným rozhodnutím, neboť v tomto případě proběhla hospodářská soutěž mezi relevantními subjekty, jejíž výsledek pro zadavatele, resp. budoucí uživatele přinesl nejuvhodnější řešení.

261. Úřad k uvedené námitce ovšem sděluje, že v šetřeném případě sice nebyla hospodářská soutěž naprosto vyloučena, když se koncesního řízení zúčastnili alespoň 3 uchazeči, nicméně Úřad má za to, že v případě, kdy by zadavatel postupoval podle části druhé koncesního zákona a neodepřel tak širší konkurenci, mohli se předmětného koncesního řízení zúčastnit i jiní potenciální dodavatelé než pouze 3 uchazeči, jak tomu bylo v tomto případě. Je nesporné, že se minimálně o záměru zadavatele mohli dozvědět i další uchazeči, pokud by neporušil zákon tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Úřad má za to, že v šetřeném případě uložení zákazu plnění koncesní smlouvy a následné provedení nového koncesního řízení v souladu se zákonem, by naopak mohlo vést k výběru ekonomicky výhodnější nabídky, než byla nabídka vybraného uchazeče. Právě k tomuto je totiž postup stanovený zákonem určen. Z tohoto důvodu je Úřad přesvědčen, že v tomto případě uložení zákazu plnění nedochází k mechanické aplikaci koncesního zákona, když má za to, že právě toto řešení může být následně podkladem pro výhodnější řešení pro zadavatele. Ve zde posuzovaném případě se tudíž nejedná o případ „soutěže pro soutěž“, neboť lze s vysokou pravděpodobností předvídat, že následné koncesní řízení na předmět plnění koncesní smlouvy provedené v souladu se zákonem může pro zadavatele představovat širší soutěžní prostředí a s tím právě související efektivnější vynakládání veřejných prostředků.
262. Na základě výše uvedených skutečností rozhodl Úřad podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona a uložil zákaz plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 7.11.2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a to v celém rozsahu.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – náklady řízení

263. Podle § 26 odst. 2 koncesního zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle ustanovení § 25 odst. 2 koncesního zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou stanovenou prováděcím právním předpisem.
264. Podle § 26 odst. 4 koncesního zákona pro náklady řízení platí dále ustanovení zákona o veřejných zakázkách.
265. Výše uvedené ustanovení koncesního zákona odkazuje na prováděcí právní předpis, vyhlášku č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, která v § 1 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele činí částku ve výši 30 000 Kč.
266. Úřad tedy na základě výše uvedených ustanovení koncesního zákona ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách aplikoval ustanovení citované vyhlášky a vzhledem k tomu, že ve výroku III. tohoto rozhodnutí Úřad v důsledku nezákonného postupu zadavatele uložil zákaz plnění koncesní smlouvy podle ustanovení § 25 odst. 2 koncesního zákona, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

267. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2016000726.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí 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, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánem a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Česká republika – Vězeňská služba České republiky, Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 - Nusle
2. Tomáš Pfeffer, člen Sdružení INDOC, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov
3. JUDr. Martin Kartner, advokát advokátní kanceláře CHSH Kališ & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Týn 639/1, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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