



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudkyň JUDr. Ing. Venduly Sochorové a Mgr. Ing. Veroniky Baroňové ve věci

žalobkyně a): **BVfon Czech Telecommunication, s. r. o.**
sídlem V Celnici 1031/4, Praha 1
zastoupená advokátem JUDr. Martinem Kartnerem
sídlem Týn 639/1, Praha 1

žalobkyně b): **Česká republika – Vězeňská služba České republiky**
sídlem Soudní 1672/1a, Praha 4
zastoupená advokátem Mgr. Františkem Korbelem, Ph.D.
sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kapitána Jaroše 7, Brno

o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0161,R0163/2017/VZ-00307/2018/321/ZSř,

takto:

- I. Žaloby se zamítají.
- II. Žalobkyně nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se nepřiznává náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Zadavatel (Česká republika – Vězeňská služba České republiky) uveřejnil dne 20. 9. 2016 na svém profilu výzvu k podání nabídek do koncesního řízení „GŘ OL – Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězněné osoby“ realizovaného jako koncesní řízení malého rozsahu podle § 5 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, s tím, že předpokládaný příjem koncesionáře za dobu trvání koncesní smlouvy bude činit méně než 20 000 000 Kč bez DPH. Koncesního řízení se zúčastnili tři dodavatelé: BVfon Czech Telecommunication, s. r. o. (dále též „BVfon“), M-Communications s. r. o. a O2 Czech Republic, a. s. (dále též „O2“). Dne 7. 11. 2016 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem (BVfon) koncesní smlouvu o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězněných osob.
2. Poté dne 25. 11. 2016 obdržel žalovaný návrh od O2 (navrhovatel) na uložení zákazu plnění předmětné koncesní smlouvy. Domníval se, že zadavatel nesprávně určil výši předpokládaného příjmu koncesionáře a nebyl oprávněn uzavřít koncesní smlouvu mimo režim koncesního zákona bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona. Podle navrhovatele měl zadavatel zohlednit nárůst objemu komunikačních služeb, jakož i objem zahraničního volání. Limitní hranice 20 milionů Kč vyplývající z § 5 odst. 2 koncesního zákona pro předpokládaný příjem koncesionáře je v dané věci zcela jistě překročena.
3. Dne 14. 12. 2016 zahájil žalovaný se zadavatelem správní řízení z moci úřední. Jeho předmětem bylo prověření, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona tím, že uzavřel koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení, ačkoli byl povinen toto oznámení uveřejnit.
4. Usnesením ze dne 29. 12. 2016 žalovaný spojil obě správní řízení (řízení vedené na návrh navrhovatele i sankční řízení zahájené z moci úřední) ke společnému projednání, neboť obě správní řízení se týkají téhož koncesního řízení, v němž byla dne 7. 11. 2016 uzavřena koncesní smlouva s vybraným uchazečem. Účastníky tohoto řízení byli zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč.
5. Dne 26. 1. 2017 žalovaný pod č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-02790/2017/532/ZČa, rozhodl, že se žalobkyně b) jako zadavatel dopustila správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, uzavřela-li na základě výše zmíněného výběrového řízení realizovaného jako koncesní řízení malého rozsahu se žalobkyní a) jako s vybraným uchazečem smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení, přičemž se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH (výrok I.). Za spáchání předmětného deliktu uložil žalovaný žalobkyni b) pokutu ve výši 100 000 Kč (výrok II.). Současně uložil podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona zákaz plnění koncesní smlouvy uzavřené mezi žalobkyněmi dne 7. 11. 2016 (výrok III.) a žalobkyni b) povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok IV.).
6. Proti citovanému rozhodnutí podaly obě žalobkyně rozklad. O nich rozhodl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 17. 5. 2017, č. j. ÚOHS-R0033,R0034/2017/VZ-15135/2017/323/ZSř, tak, že prvostupňové rozhodnutí ze dne 26. 1. 2017 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Prvostupňovému orgánu vytkl, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť vychází z nedostatečně zjištěného skutkového stavu. Odmítl závěry Úřadu, který výpočet předpokládané hodnoty příjmu koncesionáře stanovil na základě maximální ceny volání ve výši 7 Kč za minutu bez DPH deklarované v zadávací dokumentaci. Uložil Úřadu, aby doplnil skutkový stav, nevycházel z nepodložených tvrzení jiných účastníků řízení a zohlednil protichůdné zájmy účastníků na výsledku řízení.

7. V dalším řízení Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 14. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-26760/2017/532/ZČa, obdobně jako v prvním rozhodnutí ze dne 26. 1. 2017 konstatoval, že se žalobkyně b) jako zadavatel dopustila správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona (výrok I.). Za spáchání předmětného deliktu uložil žalovaný žalobkyni b) pokutu ve výši 100 000 Kč (výrok II.). Současně uložil podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona zákaz plnění koncesní smlouvy uzavřené mezi žalobkyněmi dne 7. 11. 2016 s účinností 12 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí (výrok III.) a žalobkyni b) povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok IV.).
8. Předseda žalovaného rozkladu zadavatele i vybraného uchazeče zamítl a rozhodnutí správního orgánu I. stupně ze dne 14. 9. 2017 potvrdil.

II. Shrnutí obsahu žalob

II. A) Žaloba BVfon (vybraný uchazeč)

9. BVfon jako vybraný uchazeč shrnul dosavadní průběh řízení a uvedl, že zadavatel na základě svého kvalifikovaného odhadu ohledně výše předpokládaného příjmu koncesionáře postupoval v režimu koncese malého rozsahu. Jeho postup byl téměř v souladu s pravidly zakotvenými v části 2 koncesního zákona, neboť uveřejnil otevřenou výzvu k podání nabídek na profilu zadavatele, vyhotovil zadávací dokumentaci, umožnil podávání dodatečných informací, nabídku podali všichni relevantní dodavatelé na trhu a proběhla mezi nimi standardní a transparentní soutěž. Komise řádným způsobem posoudila a vyhodnotila podané nabídky, výběr nejvhodnější nabídky byl oznámen po uplynutí více než týdenní lhůty pro podání případných připomínek. Jediným rozdílem je, že zadavatel neuveřejnil výzvu ve Věstníku veřejných zakázek.
10. Vybraný uchazeč je dotčen na svých právech všemi výroky napadeného rozhodnutí, neboť to ruší výsledky koncesního řízení a koncesní smlouvu jako takovou. Má za to, že rozhodnutí je nezákonné a nepřezkoumatelné. Týmiž vadami podle něj trpí i rozhodnutí správního orgánu I. stupně. Navrhl rovněž příznání odkladného účinku žalobě.
11. Žalobkyně a) v prvé řadě brojí proti posouzení otázky jejího účastenství v předmětném řízení. V bodě 77 napadeného rozhodnutí dospěl předseda žalovaného k závěru, že vybraný uchazeč není oprávněn k podání rozkladu proti výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí. V bodě 79 nicméně dodal, že se v účelném rozsahu též zabýval námitkami vybraného uchazeče i vůči těmto výrokům s ohledem na provázanost předmětů obou spojených správních řízení. Uvedený závěr je pro žalobkyni a) naprosto překvapivý a v rozporu se zásadou legitimního očekávání. Rovněž první rozklad žalobkyně a) proti rozhodnutí ze dne 26. 1. 2017 směřoval proti všem výrokům.
12. Podle žalobkyně a) došlo k porušení práva na spravedlivý proces. V průběhu společného řízení byla jako plnohodnotný účastník žalovaný několikrát vyzývána k součinnosti a k poskytnutí řady informací. Vždy poskytla řádnou součinnost. Žalovaný na sdělených informacích založil svá rozhodnutí a nyní tvrdí, že se žalobkyni a) nemělo být jednáno jako s účastníkem. Pokud by tomu tak skutečně bylo, mělo by to vliv na zákonnost postupu při opatřování podkladů pro rozhodnutí. Žalobkyně a) rovněž v průběhu řízení mnohokrát nahlížela do spisu. V případě, že by k tomu nebyla oprávněna, znamenalo by to vadný procesní postup během celého správního řízení.
13. Aktuálně účinná právní úprava zadávání veřejných zakázek a koncesí stanoví, že v řízení o uložení zákazu plnění smlouvy je účastníkem řízení navrhovatel a strany smlouvy, tedy i vybraný dodavatel (viz § 256 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů; dále též „ZZVZ“). Zahájil-li zadavatel koncesní řízení pár dnů před účinností zákona o zadávání veřejných zakázek, měl žalovaný při posouzení účastenství tuto novou právní úpravu zohlednit.

14. S ohledem na provázanost všech výroků napadeného rozhodnutí, žalobkyně a) zdůrazňuje, že se jí napadené rozhodnutí týká ve všech výrocích, zejména ve výroku I. Podle § 25 koncesního zákona totiž Úřad uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) zákona. Přestože předseda žalovaného uváděl, že se s námitkami žalobkyně vypořádal, neučinil tak. Napadené rozhodnutí tak je nezákonné a nepřezkoumatelné.
15. Vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí spatřuje žalobkyně a) v tom, že žalovaný na jednu stranu po zadavateli požadoval odůvodnění postupu při stanovení předpokládané ceny volání ve výši 2 Kč za minutu volání, oproti tomu bez jakéhokoli ověření přijal údaje navrhovatele, že náklady spojené s plnění koncese dosahují 85 % z příjmu, aniž by požadoval bližší vysvětlení. Navrhovatel navíc v průběhu řízení uváděl předpokládané výdaje, jejichž hodnoty se zásadně rozcházejí, což zpochybnilo jejich věrohodnost. Totéž lze tvrdit o deklarovaných nákladech třetího dodavatele M-Communications.
16. Žalobkyně a) je přesvědčena, že napadené rozhodnutí je nekonzistentní. Odůvodnění si vzájemně odporuje a péče, kterou žalovaný vyžaduje po zadavateli při stanovení předpokládané hodnoty příjmu koncesionáře, je v hrubém nepochopitelném poměru se způsobem, jakým sám žalovaný postupuje při plnění svých povinností a stanovení předpokládaných nákladů koncesionáře. Žalovaný na jednu stranu vytýká zadavateli, že nepostupoval ve standardním koncesním řízení, v němž by mohl obdržet výhodnější nabídky než od vybraného uchazeče. Na jiném místě však uvádí, že nelze vyloučit, že cena nabídnutá žalobkyní a) představuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
17. Odkázala na rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 4. 2014, č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-7638/2014/523/Opi, v němž žalovaný řízení o správním deliktu zadavatele koncesního řízení v souladu se zásadou *in dubio pro reo* zastavil s tím, že nebylo možné s jistotou konstatovat předpokládanou výši příjmu koncesionáře, tudíž ani porušení povinností zadavatele. Podle ní byl prostor pro takový postup i v nyní projednávané věci. Žalovaný však v rozporu se svojí dosavadní praxí porušení povinností zadavatele dovedl, přestože v bodech 303 a 311 konstatoval, že při propočtu s nabídkovou cenou vybraného uchazeče nepřesáhne předpokládaný příjem koncesionáře 20 milionů Kč.
18. Podle žalobkyně a) žalovaný dále nepřipustně dovedl porušení povinností zadavatele za použití analogie v neprospěch účastníka. V bodě 297 prvostupňového rozhodnutí žalovaný zadavateli vytýkal, že nepostupoval podle § 13 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZZVZ“). Podle žalobkyně a) zadavatel analýzu trhu provedl.
19. Mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách není dán vztah vzájemné subsidiarity. Závěr žalovaného, že zadavatel byl povinen učinit před zahájením koncesního řízení průzkum trhu, nemá oporu v koncesním zákoně ani v jeho prováděcím předpise. K tomu žalobkyně a) odkazuje i na § 175 ZZVZ, podle kterého se při výpočtu předpokládané hodnoty koncese nepoužijí ustanovení týkající se určení předpokládané hodnoty veřejných zakázek. Je tak jasná snaha zákonodárce oddělit povinnosti zadavatele při určení předpokládané hodnoty (příjmu) v případě veřejných zakázek a koncesí.
20. Žalobkyně a) zpochybňuje rovněž správnost závěrů žalovaného, který při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel z domnělé cenové úrovně telefonních služeb na trhu. Předseda žalovaného potvrdil, že pro ověření předpokládaného příjmu lze využít průměr nabídkových cen obdržených v rámci výběrového řízení. Uvedený závěr je chybný již z toho důvodu, že předpokládaný příjem koncesionáře je nutné stanovit na počátku koncesního řízení, kdy výši nabídkových cen zadavatel znát nemůže.
21. Stanovení cenové úrovně na trhu je otázkou odbornou, nikoliv právní. Při výpočtu domnělé ceny se žalovaný dopustil zjevných chyb. Neobstojí závěr, že třetina spotřebitelů si vybere cenu nejlevnější, třetina službu střední ceny a třetina cenu nejdražší. Absurditu postupu lze

dokumentovat i na hypotetickém případě, kdy by některých z účastníků nabídl cenu dramaticky vyšší. Logikou Úřadu by pak odpovídajícím způsobem vzrostla i tržní cena. Žalovaný uvádí, že mimořádně nízká nabídková cena žalobkyně a) je exces, aniž by se tomu blíže věnoval. Žalobkyně a) však zdůrazňuje, že za cenu, kterou v koncesním řízení nabídla, již téměř rok telekomunikační služby poskytuje v souladu se smluvními podmínkami. To prokazuje racionalitu a bezvadnost její nabídkové ceny.

22. Správnost výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře je nutné odvíjet od nejlepší nabídky, neboť ta je cenou, za kterou se služby budou ve skutečnosti poskytovat. Uvedený závěr má oporu rovněž v čl. 8 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí (koncesní směrnice), nebo v § 184 ZZVZ. Zmíněné pravidlo slouží k ověření správnosti výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře provedeného zadavatelem před zahájením řízení na základě hodnoty koncese ve vítězné nabídce. Stanovil-li žalovaný tržní cenu prostým aritmetickým průměrem nabídkových cen, jsou jeho závěry chybné; navíc postrádají odborné posouzení.
23. Dalšího pochybení ohledně výpočtu se žalovaný dopustil v bodě 296 prvostupňového rozhodnutí. Uvádí, že aritmetický průměr činí částku 2,46 Kč za minutu, nikoliv 2 Kč za minutu, jak uváděl zadavatel. Žalovaný však kalkuluje s cenami včetně DPH, přestože žalobkyně a) na nutnost výpočtu ceny bez DPH v průběhu řízení upozorňovala. V souladu s přílohou č. 1 koncesní vyhlášky se veškeré příjmy koncesionáře uvádějí bez daně z přidané hodnoty. Využil-li žalovaný data z internetové stránky www.cenyvolani.cz, měl zohlednit, že je určena pro koncové spotřebitele, a proto ceny zde uvedené jsou včetně DPH. K tomu žalobkyně a) přiložila příslušné ceníky obsahující informaci o zahrnutí DPH v ceně služby. Pokud by byl výpočet o DPH očištěn, klesl by příjem koncesionáře pod hranici 20 milionů Kč a úvaha zadavatele o vypsání koncese malého rozsahu by byla správná.
24. Podle žalobkyně a) žalovaný v průběhu řízení řádně a dostatečně nezjistil skutkový stav věci. Zadavatel v průběhu správního řízení jasně popsal, jak postupoval při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře. Stanovil roční rozsah provolaných minut (1 300 000 minut/rok) na základě údajů z minulých let a předpokládanou cenu za 1 minutu volání ve výši 2 Kč bez DPH za použití tržních cen a tarifů poskytovaných zadavatelem navrhovatelem na základě rámcové dohody o poskytování mobilních služeb ze dne 29. 2. 2016. Ceny dle rámcové dohody se pohybují okolo 0,20 Kč za minutu. Pro vytvoření dostatečné finanční rezervy vynásobil zadavatel tuto částku deseti. Poté provedl výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře v souladu s přílohou č. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., koncesní vyhláška, ve znění pozdějších předpisů, na jehož základě určil předpokládaný příjem koncesionáře ve výši 18 521 220 Kč bez DPH.
25. Žalovaný v bodech 282 – 288 prvostupňového rozhodnutí uvádí, že rámcová dohoda nepředstavuje službu stejného či podobného předmětu plnění jako koncesní smlouva. S tímto závěrem žalobkyně a) nesouhlasí. Zmiňované smlouvy mají přinejmenším podobný předmět plnění. V obou případech se jedná o poskytování telekomunikačních služeb koncovým uživatelům, kteří dohromady tvoří početnější skupinu zákazníků. V tomto ohledu není rozhodné, o jaký koncový přístroj se jedná (zda o mobilní telefon, domácí přístroj nebo veřejný telefonní automat). Všechny možné varianty poskytování telekomunikačních služeb jsou analogické. V případě soutěžení telekomunikačních služeb pro početnější okruh koncových uživatelů dochází k poskytování množstevních slev, zvýhodněných cen či jiných bonifikačních balíčků. Zadavatel tak zcela legitimně očekával, že vítězný dodavatel tyto skutečnosti ve své nabídce zohlední. Další odlišnost podle žalovaného spočívá v tom, že v případě rámcové dohody šlo o veřejnou zakázku, ale zde o koncesi. Žalobkyně a) upozorňuje na nekonzistentnost a protichůdnost odůvodnění rozhodnutí žalovaného. Na jedné straně mu nečiní problém dovodit povinnost zadavatele ze zákona o veřejných zakázkách, na straně druhé však dochází

k závěru o tom, že zadavatel neoprávněně využívá údaje z veřejné zakázky při absenci existence konkrétní koncese.

26. Nelze rovněž souhlasit s tím, že uvedený závěr žalovaný přijal bez provedení jakýchkoli odborných posouzení. Předseda žalovaného takový postup aproboval, přestože v prvním zrušujícím rozhodnutí žalovanému vytkl, že legitimní úvahu zadavatele žalovaný nemůže bez dalšího nahradit úvahou vlastní. Žalovaný se rovněž nedostatečně zabýval argumentací upozorňující na vzájemnou rozpornost dat prezentovaných navrhovatelem v průběhu řízení, že v přehledech volání za jednotlivé roky jsou zahrnuty i telefonní hovory uskutečněné po internetu prostřednictvím služby O2 Xcall. Předseda žalovaného v bodu 231 konstatoval, že tyto skutečnosti není nezbytné zjišťovat.
27. Bez řádného odůvodnění zůstala podle žalobkyně a) její argumentace o účtování telekomunikačních služeb po impulzech. Impulz v případě mobilních telefonů představuje délku 1 minuty a u pevných sítí 3 minuty. Je-li telefonování zaznamenáno po impulzech, jsou data poskytnutá navrhovatelem o počtu hovorů zvětšená a zkrácená. Žalovaný námitky žalobkyně a) odmítl s tím, že zadavatel si stanovil limit 1 300 000 minut/rok, proto není nutné zabývat se danou argumentací. S tím žalobkyně a) nesouhlasí, neboť je povinností žalovaného zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch účastníka, a to i bez návrhu.
28. Nedostatečný je rovněž závěr žalovaného o objemu zahraničních hovorů. Podle žalobkyně a) tento objem činí 2-3%, což žalobkyně dokládala v podání ze dne 4. 7. 2017, oproti navrhovatelem tvrzeným 10 %.
29. Žalobkyně a) rovněž upozornila na skutečnost, že žalovaný v některých bodech rozhodnutí zcela spoléhal na data poskytnutá navrhovatelem, aniž by ověřil validitu a autenticitu takových údajů, a to přesto, že předseda žalovaného v prvním zrušujícím rozhodnutí upozornil na kontradiktorní zájem navrhovatele na výsledku řízení. Rozhodnutí správních orgánů obou stupňů tak podle žalobkyně a) vycházejí z nedostatečně zjištěného skutkového stavu, a tudíž jsou nepřezkoumatelná.
30. Na základě popsaných důvodů žalobkyně a) navrhla, aby soud zrušil rozhodnutí správních orgánů obou stupňů, věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení a přiznal jí náhradu nákladů řízení.

II. B) Žaloba Vězeňské služby České republiky (zadavatel)

31. Žalobkyně b) úvodem poznamenala, že před zahájením koncesního řízení provedla řádný odhad předpokládaného příjmu koncesionáře a tomu přizpůsobila druh koncesního řízení. Před zahájením koncesního řízení oslovila O2 (tehdejšího poskytovatele služeb) s žádostí o poskytnutí relevantních informací. Obdržela však pouze strohé informace o počtu uskutečněných hovorů bez další specifikace s tím, že jde o obchodní tajemství. Za použití získaných údajů a dalších ekonomických úvah a ukazatelů dospěla k závěru, že předpokládaný příjem koncesionáře nepřesáhne 20 milionů Kč, proto konala koncesní řízení malého rozsahu. V něm byl vybrán BVfon, jehož nabídková cena 1,62 Kč za minutu vnitrostátního volání byla ještě nižší než cena, s jakou žalobkyně b) při zadání koncese kalkulovala.
32. Závěry žalovaného, že žalobkyně b) porušila § 4 koncesního zákona, jsou nesprávné. Žalobkyně b) neměla povinnost podle něj postupovat. Napadené rozhodnutí obsahuje řadu vadných konstrukcí, které popírají zásady práva na spravedlivý proces. Potvrzuje prvostupňové rozhodnutí s obdobnými vadami. Žalobkyně b) proto považuje za hospodárné, aby soud zrušil rozhodnutí správních orgánů obou stupňů.
33. Zadavatel uvádí, že z důvodu chybějících exaktních dat od navrhovatele byl nucen stanovit příjem koncesionáře pomocí svého kvalifikovaného odhadu. Žalobkyně b) nedisponuje hmatatelnými důkazy o požadavcích vůči společnosti O2; je však zřejmé, že tyto podklady vyžadovala a O2 je odmítla poskytnout.

34. Při stanovování předpokládaného příjmu koncesionáře vzal zadavatel v potaz informaci o počtu hovorů, zohlednil počet zahraničních vězňů v souvislosti s četností jejich volání, ponechal v počtu provolaných minut prostor pro možnou odchylku od svého odhadu, provedl ekonomickou analýzu cen nabízených operátory na trhu, provedl analýzu cen poskytovaných žalobci navrhovatelem, tyto ceny navýšil o dostatečnou přírážku tak, aby tato cena dokázala pojmout případnou přírážku nového poskytovatele za vstupní náklady. Podrobil tyto hodnoty výpočtu a shledal, že předpokládaný příjem nepřevyšuje hranici pro zadání koncesního řízení malého rozsahu (činil 18 251 220 Kč).
35. Správnost výpočtu ověřil na základě nejvýhodnější nabídky. Při očekávaném počtu 1 300 000 provolaných minut za rok (z toho 1 292 000 tuzemského volání a 8 000 zahraničního volání) za ceny dle vítězné nabídky (1,62 Kč/min bez DPH pro tuzemské hovory a průměrně 7,69 Kč/min bez DPH pro zahraniční hovory) činí předpokládaný příjem koncesionáře 15 124 364,83 Kč bez DPH. Podmínky dle § 5 odst. 2 koncesního zákona tedy byly splněny. V takovém případě není relevantní posuzovat, nakolik byl kvalifikovaný odhad žalobkyně b) před zahájením koncesního řízení skutečně kvalifikovaným. Realita vítězné nabídky prokázala, že tomu tak bylo.
36. Žalobkyně b) v souvislosti se správností odhadu předpokládaného příjmu upozornila na porušení zásady dvojinstančnosti. V napadeném rozhodnutí předseda žalovaného začal bez relevantních základů uvedených v prvostupňovém rozhodnutí polemizovat se správností vymezení předpokládaného počtu provolaných minut, který však v prvním rozkladovém rozhodnutí R033, R034 shledal správným. V prvním rozkladovém rozhodnutí předseda konstatoval, že předpokládaný příjem koncesionáře lze z povahy věci jen odhadovat. Žalobkyně b) dále zdůraznila, že v částce 2 Kč za minutu volání byla zahrnuta i vyšší cena za mezinárodní hovory. Kontrolní výpočty, které zadavatel provedl pro účely správného řízení a do kterých zahrnul mezinárodní hovory i nad rámec odhadovaných 1 300 000 minut, prokázaly dodržení zákonného limitu. Argumentace rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 81/2012-66 je nepřipadná, neboť zadavatel o správnosti stanovení předpokládané hodnoty koncesního řízení pochybnosti neměl a k tvrzené opatrnosti nebyl povinen.
37. Obdobně žalobkyně b) spatřuje porušení dvojinstančnosti v tom, že až v napadeném rozhodnutí jí bylo předsedou žalovaného porušení transparentnosti. Prvostupňové rozhodnutí uvedenou problematiku nerozvádělo. Žalobkyně b) je přesvědčena o transparentnosti proběhlého koncesního řízení. Koncesní řízení bylo známo z veřejně dostupných zdrojů, zajistilo řádnou hospodářskou soutěž a proběhlo zcela transparentně. Vysoutěžená cena odpovídá předpokladu zadavatele i limitu pro koncese malého rozsahu. Žádný z uchazečů transparentnost podmínek nenapadal. Navrhovatel napadal toliko nesprávný výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře.
38. Žalobkyně b) se dále ohradila proti závěrům prvostupňového rozhodnutí, v nichž jí žalovaný vyčítal, že předpokládaný příjem koncesionáře nebyl stanoven v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. V daném případě užil žalovaný analogii v neprospěch žalobkyně b), což podle judikatury není přípustné. Ani předseda žalovaného vadu v napadeném rozhodnutí nenapravit. V bodě 124 uvedl, že se jedná „o neobratnou formulaci, která nemá vliv na podstatu argumentace“. Žalobkyně b) odmítá snahu předsedy žalovaného přesvědčit ji, že označí-li *analogii iuris* interpretačním vodítkem, transformuje nezákonný postup žalovaného na zákonný.
39. Zadavatel při přípravě koncesního řízení vycházel z jemu dostupných podkladů a informací a přihlédl k tendenci neustále se zlevňujícího volání. Nebylo rozumné předpokládat, že by ceny volání vězňů osob měly odpovídat cenám před deseti lety. Proto ceny volání poskytovaného dříve navrhovatelem vězňům osobám považoval za nerelevantní a za směrodatné vzal ceny volání poskytované ostatním zadavatelům i jemu samotnému. Domněnka žalovaného, že by ceny volání pro vězňené osoby vysoutěžené v rámci veřejné soutěže měly být mnohem méně výhodné, než ceny nabízené na trhu, není správná. Navíc je zřejmé, že v koncesním řízení by

s obvyklou tržní cenou žádný z uchazečů nemohl uspět. Cenu jedné minuty volání pak zadavatel uzpůsobil svému kvalifikovanému předpokladu a nabízené minimální částky ceny volání přepočel skrze koeficient 10. Počty provolaných minut zadavatel předvídat nemohl. Vyšel z dat od navrhovatele za poslední relevantní období. Určil objem vyšší, než bylo skutečné množství provolaných minut.

40. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel disponoval informacemi o zakázkách obdobného druhu a nebyl povinen provádět detailnější průzkum trhu. I pokud by průzkum trhu provedl, minimálně jeden z uchazečů by mu sdělil, že předpokládaný příjem odhaduje pod 20 000 000 Kč. Detailnějšími písemnými doklady o provedené analýze zadavatel nedisponuje. K uchování těchto dokumentů nebyl povinen.
41. Zadavatel je přesvědčen, že předseda žalovaného zcela bagatelizoval námitku chybného postupu žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí, který učinil průzkum trhu, nicméně vycházel z cen volání neočištěných od DPH. Pokud by byla použita průměrná cena 2,03 Kč/min bez DPH, byl by předpokládaný příjem koncesionáře pod hranicí 20 milionů Kč.
42. Za nelogický považuje zadavatel závěr žalovaného, že pro posouzení splnění limitu koncese malého rozsahu je relevantní nejhorší nabídka, nebo průměr nabídek. *Ad absurdum* by tyto závěry mohly vést k tomu, že by nikdy nemohla být vysoutěžena koncese malého rozsahu, protože by k její nezákonnosti stačila jediná nabídka přesahující limit malé koncese. Uvedený závěr by mohl mít zásadní negativní dopad na zadávání veřejných zakázek a nesl by s sebou potenciál pro vydírání zadavatelů. Ani průměr nabídkových cen není relevantní cifrou, neboť ke zkreslení hodnoty jakékoliv koncese by stačila jedna nabídka s vysokou nabídkovou cenou. V daném případě je zásadní, že nabídková cena vybraného uchazeče je pod hranicí 20 milionů Kč. Nutnost zohlednění reálného výsledku koncesního řízení vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu.
43. Koncesní řízení by bylo na místě zrušit jen v případě, že by všechny nabídnuté ceny překročily hranici koncese malého rozsahu; to se však nestalo. Je nelogické požadovat po zadavateli, aby koncesní řízení zrušil z důvodu, že dva dodavatelé nebyli schopni své ceny přizpůsobit předpokládanému příjmu koncesionáře. Závěr žalovaného, že cena volání vybraného uchazeče nemůže potvrdit předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře, je nesprávný. Potvrzuje-li cena vybraného uchazeče dodržení limitu koncese malého rozsahu, je nutné ji zohlednit.
44. Zadavatel odmítá úvahy žalovaného o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče. Správnost a řádnost vyhodnocení nabídkové ceny je potvrzena realitou. Vybraný uchazeč je schopen poskytovat služby vězněným osobám za ceny stanovené v nabídce. Zadavatel je se způsobem plnění koncese spokojen a nezaznamenává ze strany vybraného uchazeče žádná pochybení. Je tak postaveno na jisto, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejednalo. Navíc nabídnutá cena odpovídala odhadu zadavatele.
45. Úvahy žalovaného ohledně ceny vybraného uchazeče jsou podle zadavatele vnitřně rozporné. Na jedné straně spekuluje o nepřiměřeně nízké nabídkové ceně, na straně druhé staví své rozhodnutí na tom, že zadání koncese v koncesním řízení mohlo vést k získání ještě výhodnější nabídkové ceny. K tomu zadavatel uvádí, že informace o koncesním řízení byla po celou dobu uveřejněna na internetu (www.ezak.vscr.cz). Pokud existovali další potenciální dodavatelé, což zadavatel nepředpokládá, mohli se do koncesního řízení přihlásit. Obecná argumentace žalovaného, že mohli existovat i další dodavatelé schopní plnit předmět koncese, není relevantní.
46. Zadavatel rovněž brojí proti závěrům obsaženým v bodě 318 prvostupňového rozhodnutí ohledně zmatečného postupu při zahrnování ceny zahraničního volání. Zadavatel zdůrazňuje, že maximální cena 7 Kč za minutu měla zahrnovat i mezinárodní volání. Mezinárodní hovory měly být oceněny cenou obvyklou, což bylo potvrzeno v odpovědích na dotazy. S částkou 15 Kč/min zadavatel kalkulovat z důvodu dostatečné finanční rezervy výpočtu.

47. Závěrem zadavatel upozorňuje na nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí. Má za to, že rozkladové námitky týkající se otázky povahy předkládaných údajů od společnosti O2 počítaných podle impulsů, existujícího emailu pro O2, závěrů ohledně průměrných cen volání z předplacených karet či ohledně nejvhodnější nabídky, resp. závěrů o mimořádně nízké nabídkové ceně.
48. Při uložení pokuty podle zadavatele žalovaný nesprávně stanovil předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře. Vycházel z podkladů předložených neúspěšnými dodavateli koncesního řízení, jejichž údaje předkládané žalovanému ve správním řízení se diametrálním způsobem lišily. Žalovaný tuto skutečnost nezohlednil. V dané situaci bylo na místě přihlídnout k ceně vybraného uchazeče a vycházet z toho, že náklady nemohou přesahovat předpokládaný příjem.
49. Dalšího pochybení se žalovaný dopustil při nahlížení do spisu tím, že zadavateli neumožnil pořízení kopií části spisu obsahující obchodní tajemství. (31 Af 54/2012) Poukaz žalovaného na § 122 ZVZ nemá pro pořizování kopií žádný význam, neboť není speciálním ustanovením vůči obecné úpravě obsažené ve správním řádu. V tomto ohledu není rovněž relevantní, že žalovaný z předmětného obchodního tajemství nevycházel. Zadavatel nevidí důvod v tom, proč žalovaný neumožnil zadavateli pořízení kopie, pouze pořízení poznámek. Neumožněním opisu dokumentu došlo ke zkrácení procesních práv žalobce; navíc žalovaný se v napadeném rozhodnutí touto námitkou zabýval nedostatečně. Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel z nákladů dodavatelů, které byly obchodním tajemstvím, aniž by zadavateli umožnil poskytnout tyto údaje pořízením opisů.
50. Zadavatel je dále přesvědčen, že správní delikt nenaplnil kritérium společenské nebezpečnosti. Ani v případě, že by zadavatel nevedl koncesní řízení malého rozsahu, ale řádné koncesní řízení, by se na faktickém výsledku nic nezměnilo. Zadavatel by obdržel tři nabídky, z nichž nejlevnější by byla pod hranicí 20 milionů Kč. Nabídkovou cenu vybraného uchazeče by zadavatel na základě případných námitek O2 přezkoumal a shledal by, že se nejedná o cenu mimořádně nízkou. To ostatně potvrzuje i řádné plnění koncesní smlouvy vybraným uchazečem. Závěry žalovaného o naplnění správního deliktu jsou formalistické a odporují rozhodovací praxi správních soudů.
51. Své výhrady formuloval zadavatel i vůči výši uložené sankce. Podle žalovaného došlo k omezení soutěžního prostředí a k potenciálně možnému vybrání mimořádně nízké nabídkové ceny. Otázka narušení soutěžního prostředí však nebyla blíže rozvedena. Zadavatel má za to, že všichni potenciální uchazeči nabídku podali. Měla být zohledněna rovněž skutečnost, že v rámci předmětného koncesního řízení byl analogicky sledován postup podle koncesního zákona. Uložení zákazu plnění smlouvy považuje zadavatel v dané věci za zcela neproporcionální. Vybraný uchazeč si nemohl být vědom absurdního výkladu žalovaného, podle něhož jsou pro režim koncese důležité nabídky ostatních uchazečů, nikoliv nabídka vítězná.
52. Zadavatel rovněž navrhl přiznání odkladného účinku žalobě.
53. S ohledem na vše uvedené zadavatel požadoval, aby soud zrušil napadené rozhodnutí předsedy žalovaného i jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení a přiznal mu náhradu nákladů řízení.

III. Vyjádření žalovaného

54. Žalovaný ve svém vyjádření popsal průběh správního řízení a odkázal na závěry obsažené v napadeném rozhodnutí.
K žalobě zadavatele
55. K žalobě zadavatele žalovaný uvedl, že ve správním řízení nebylo prokázáno, že by zadavatel neúspěšně žádal O2 o poskytnutí informací o objemu uskutečněného volání. Rovněž tvrzení o

potvrzení správnosti předpokládaného příjmu koncesionáře nabídkovou cenou vybraného uchazeče považuje žalovaný za účelová.

56. Způsob, jakým zadavatel dospěl ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, má žalovaný za nepodložený, netransparentní a účelově zvolený, s cílem obejít působnost koncesního zákona. Zadavatel byl povinen stanovit předpokládaný příjem koncesionáře ještě před zahájením koncesního řízení v takové kvalitě, aby měl dostatečný podklad pro vyhlášení koncesního řízení malého rozsahu a byl schopen správnost tohoto postupu obhájit. Výše předpokládaného příjmu není dána jen výší nabídkové ceny, ale rovněž předpokládaným rozsahem plnění. Koncesní dokumentace žádný údaj o předpokládaném počtu provolaných minut ani rozsahu zahraničního volání neobsahovala. Naopak obsahovala zavádějící údaje, neboť jako maximální přípustnou cenu volání uváděla 7 Kč/min a současně deklarovala, že předpokládaný příjem koncesionáře za 10 let nepřesáhne částku 20 milionů Kč. Takto stanovené zadávací podmínky mohly implikovat nízký počet provolaných minut. Takový předpoklad s ohledem na nezbytné investiční náklady mohl vést dodavatele k formulaci vyšších nabídkových cen.
57. Měl-li zadavatel k dispozici předpokládanou nabídkovou cenu, předpokládaný počet provolaných minut a předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře již před zahájením koncesního řízení malého rozsahu, je nevyjasněné, proč tyto hodnoty neuvedl též do koncesní dokumentace. Navíc dle vlastního výpočtu zadavatele předpokládaný příjem koncesionáře za 10 let činil 22 178 520 Kč. Lze tak akcentovat, že rozsah plnění koncesní smlouvy nebyl v koncesním řízení ukotven takovým způsobem, aby bylo možné na jeho základě ověřit v návaznosti na nabídkovou cenu vybraného uchazeče dodržení limitu pro koncesi malého rozsahu. V daném případě nebylo možné vycházet jen z nabídkové ceny, neboť tu je nutné vztahovat k určitému rozsahu plnění. Uchazeči tak mohli vycházet toliko z vlastních odhadů, v důsledku čehož jednotlivé nabídky a ceny zohledňují odlišný rozsah plnění. Je nutné zohlednit, že zadavatel poptává služby, u nichž poptávka pravděpodobně poroste v důsledku rapidního snížení ceny volání a v důsledku rostoucí tendence k využívání volání vězňými osobami.
58. Argumentuje-li zadavatel relevancí nabídkové ceny vybraného uchazeče, měl by svoji úvahu podložit prokázáním odpovídajícího rozsahu plnění, a to doložením skutečného rozsahu volání na základě plnění koncesní smlouvy za období plného provozu poskytování služeb, včetně podílu zahraničního volání. Bez znalosti těchto údajů nelze uzavřít, že nabídka vybraného uchazeče potvrdila limit dle § 5 odst. 2 koncesního zákona. Žalovaný připustil, že v prvostupňovém rozhodnutí ani v předcházejícím zrušujícím rozkladovém rozhodnutí předpokládaný počet minut nerozporoval. Činil tak z důvodu, že již jen na základě nabídkové ceny dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn vyhlásit koncesní řízení malého rozsahu. Tento typ řízení představuje výjimku z působnosti koncesního zákona, přičemž důkazní břemeno k prokázání oprávněnosti jejího použití nese zadavatel. V předmětném řízení nebyla oprávněnost postupu v koncesním řízení malého rozsahu prokázána. Žalovaný má za to, že s přihlédnutím ke všem okolnostem limit nebude dodržen, proto byl zadavatel již z opatrnosti povinen zahájit řádné koncesní řízení.
59. K porušení zásady transparentnosti žalovaný uvedl, že tato zásada je úzce spojena jak s uveřejňovacími povinnostmi zadavatele, tak s kontrolovatelností, předvídatelností a přezkoumatelností jeho postupu. Optikou této zásady posuzoval žalovaný věc i v prvostupňovém rozhodnutí. Nebylo tedy zkráceno právo zadavatele vyjádřit se k transparentnosti postupu v koncesním řízení malého rozsahu; námitka zkrácení procesních práv tak není důvodná. Za zadání koncesní smlouvy odpovídá zadavatel. Absence námitek v předmětném koncesním řízení malého rozsahu transparentnost a nediskriminační postup nepotvrzují.

60. Žalovaný odmítl, že by použil analogii v neprospěch zadavatele. Zadavatel byl povinen stanovit předpokládaný příjem koncesionáře relevantním způsobem – buďto analogickým postupem podle § 13 ZVZ nebo jiným vhodným způsobem. To platí tím spíše, pokud zadavatel zamýšlel postupovat v koncesním řízení malého rozsahu. Ze zadavatelem stanoveného výpočtu předpokládaného příjmu vyplývá, že tvrzená hodnota koncese atakuje limit dle § 5 odst. 2 koncesního zákona. V takovém případě měl zadavatel postupovat o to pečlivěji, aby měl jistotu, že limit nebude překročen a toto mohl prokázat. Žalovaný setrvává na tom, že postup zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu byl nepodložený. Při prospektivním stanovení hodnoty předpokládaných příjmů měly být zohledněny např. mimořádné události (amnestie v roce 2013) či další okolnosti (zvýšení provolaných minut v důsledku snížení cen volání).
61. K nabídkám ostatních uchazečů žalovaný poznamenal, že všechny podané nabídky mají vypovídací hodnotu ve vztahu k předpokládanému příjmu koncesionáře. K excesivní (nepřiměřené) nabídce by žalovaný nepřihlížel. Podané nabídky výrazně pokračovaly maximální cenu volání; nejsou nepřiměřené ani neskýtají prostor pro vydírání zadavatelů, jak zmiňoval zadavatel. Vybraný uchazeč ve správním řízení nesdělil, s jakým počtem provolaných minut a podílem zahraničního volání počítal, resp. jakému rozsahu plnění nabídková cena odpovídá. Nebyl-li v koncesní dokumentaci konkretizován objem volání, mohl být uchazeči oceňován odlišný rozsah plnění. Pokud se cena vybraného uchazeče výrazně odlišovala od ostatních nabídek, bylo na místě zkoumat důvody této odchylky, např. zda nejde o cenu mimořádně nízkou.
62. Neuveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona může mít vždy za následek, že se o zadávání koncesní smlouvy dozví méně potenciálních dodavatelů. Žalovaný není povinen obesílat poskytovatele telekomunikačních služeb a ověřovat jejich zájem o plnění koncesní smlouvy. Při posuzování možného vlivu na výběr dodavatele jde o ohrožovací správní delikt, jak vyplývá i z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 50/2015-39.
63. Námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí ani námitku vady řízení spočívající v neposkytnutí opisů ze správního spisu považoval žalovaný za neopodstatněnou a odkázal na příslušné pasáže odůvodnění napadeného rozhodnutí.
64. K námitce ohledně chybného stanovení předpokládané hodnoty koncese žalovaný zmínil, že povinnost zadavatele stanovit předpokládanou hodnotu koncese vyplývá z § 4 koncesního zákona. Relevantní stanovení této hodnoty má význam i pro navazující správní řízení, v němž předpokládaná hodnota koncese tvoří základ pro stanovení horní hranice zákonné sazby pokuty za správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona. Zadavatel předpokládanou hodnotu koncese nestanovil a součinnost neposkytl žalovanému ani vybraný uchazeč. Za těchto okolností vyšel žalovaný z výše nákladů sdělených ostatními uchazeči, neboť sám potřebnými údaji nedisponoval. Pokuta uložená při spodní hranici zákonné sazby je podle žalovaného přiměřená.
65. Co se týče naplnění kritéria společenské nebezpečnosti, jednání zadavatele je ve značné míře vyjádřeno již vymezením znaků skutkové podstaty správního deliktu, což vyplývá mj. z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 34/2012-28.

K žalobě vybraného uchazeče (BVfon)

66. Ve vyjádření k žalobě vybraného uchazeče žalovaný v první řadě setrval na závěrech ohledně účastenství vybraného uchazeče toliko v řízení o návrhu podle § 24d koncesního zákona. Zmíněným postupem vybranému uchazeči nevznikla žádná újma. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že postavení účastníka řízení vyplývá ze zákona a nezakládá ho nesprávné jednání správního orgánu jako s účastníkem či chybné poučení. Nebyl-li o limitaci jeho účastenství vybraný uchazeč vyrozuměn již v prvním zrušujícím rozkladovém rozhodnutí,

nedosahuje toto procesní pochybení takové intenzity, že by bylo nutné napadené rozhodnutí zrušit.

67. Ve spojeném řízení s rozdílným okruhem účastníků se účastenství posuzuje samostatně, jako kdyby probíhala správní řízení odděleně. Spojením řízení ke společnému projednání tak vybraný uchazeč nemohl získat více procesních práv, než měl v řízení o návrhu. Není pravdou, že by byl ve spojeném řízení vybraný uchazeč více zatěžován, než by tomu bylo v řízení o návrhu. Spojení věcí bylo účelné, vedené snahou minimalizovat administrativní zátěže všech účastníků. Na rozkladové námitky uchazeče v té části, v níž není účastníkem, je tak nutno pohlížet jako na informace významné pro vedení řízení.
68. K námitce neoprávněného použití analogie žalovaný odkázal na vyjádření k žalobě zadavatele a doplnil, že způsob stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře posoudil jako nedostatečný a nepřezkoumatelný.
69. Ve vztahu k povaze poskytovaných služeb žalovaný uvedl, že služby poskytované na základě rámcové dohody a koncesní smlouvy vykazují řadu podobnosti, ale i odlišností. Nelze tedy tyto služby spodobnit. Argumentace službou Xcall je nepřipadná, neboť z cen volání, za které poskytoval zadavateli služby navrhovatel v předchozím smluvním vztahu, nevycházel zadavatel ani žalovaný.
70. Podle žalovaného je cenová úroveň na trhu dána průměrnými hodnotami nabídek, neboť ta vypovídá o ceně, za niž lze službu v přiměřené kvalitě pořídit. Úroveň tržních cen představuje vodítko při posuzování, nakolik byl odhad zadavatele při formulaci předpokládané nabídkové ceny před zahájením koncesního řízení reálný.
71. K argumentaci ohledně kalkulace hodnot s DPH žalovaný odkázal na napadené rozhodnutí a dodal, že využil daného výpočtu jen pro názornost, přičemž neověřoval správnost a úplnost podkladů předložených vybraným uchazečem.
72. Otázku zahrnutí zahraničního volání žalovaný neshledal rozhodnou. I před zohledněním objemu zahraničních hovorů, jež by předpokládaný příjem koncesionáře dále navýšilo, žalovaný uzavřel, že zadavatel nebyl při zadání koncesní smlouvy oprávněn postupovat v koncesním řízení malého rozsahu. K provedení analýzy ohledně všech aspektů zahraničního volání byl povinen především zadavatel.
73. S ohledem na výše uvedené žalovaný navrhl, aby soud žaloby zamítl.

IV. Další vyjádření účastníků řízení

74. Vybraný uchazeč se dne 29. 3. 2018 vyjádřil k žalobě zadavatele. Souhlasil s tím, že koncesní řízení proběhlo zcela transparentně a v souladu s koncesním zákonem. Až po jeho skončení inicioval navrhovatel přezkum správnosti postupu zadavatele motivován cílem, aby mohl pokračovat v poskytování telekomunikačních služeb za dosavadní vysoké ceny. Ztotožňuje se s námitkou vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí i s námitkou porušení základních zásad správního řízení. Souhlasí rovněž se zadavatelem, že splnění limitu malé koncese nemůže být posuzováno podle nejhorší nabídky nebo podle průměru podaných nabídek. Závěrem dodal, že plnění koncesní smlouvy je bezproblémové a vězněným osobám jsou poskytovány služby za výhodných podmínek, což by mělo být zohledněno jako okolnost hodná zvláštního zřetele ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona.
75. Zadavatel v replice k vyjádření žalovaného ze dne 17. 5. 2018 zdůraznil pochybení, jichž se žalovaný ve svém vyjádření dopustil. U předpokládaného příjmu koncesionáře kalkuloval s nesprávnou délkou trvání smlouvy 10 let, namísto 8 let, a porušil zásadu legitimního očekávání zadavatele. Až v napadeném rozhodnutí předseda žalovaného zpochybnil objem provolaných minut; perspektivní určení vývoje volání vězněných osob je však v zásadě nemožné. Žalovaný rovněž předkládá nové argumenty, které v rámci správního řízení nezazněly (zejm. porušení

rovnosti a transparentnosti) či odhlíží od nabídkové ceny vybraného uchazeče. Žalovaný nezohledňuje, že zadavatel žádal původního poskytovatele služeb o poskytnutí dat, což bylo odmítnuto. Vytýká rovněž zadavateli nad rámec zákona nesplnění povinností, které z textu zákona neplynou (nutnost zahrnutí údaje o předpokládaném počtu provolaných minut do zadávacích podmínek) a neprokazuje naplnění materiální stránky přestupku.

76. Rovněž vybraný uchazeč podal k vyjádření žalovaného dne 31. 5. 2018 repliku. K účastenství ve správním řízení odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 24/2010-97, podle něhož je povinností správních orgánů ověřovat okruh účastníků po celou dobu správního řízení. Pokud tuto otázku předseda žalovaného v prvním zrušujícím rozkladovém rozhodnutí neřešil, zásadně porušil procesní předpisy a v rozporu s legitimním očekáváním odepřel vybranému uchazeči podat rozklad i do výroků I. a II. prvostupňového rozhodnutí. Rozhodnutí o správním deliktu má za následek zákaz plnění koncesní smlouvy. Co se týče povahy poskytovaných služeb, služby podle rámcové smlouvy i koncesní smlouvy jsou podobné; jejich srovnání je možné a žádoucí. Ohledně služby Xcall má vybraný uchazeč za to, že nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav věci. Setrval na svém závěru o nemožnosti kalkulace domnělé tržní ceny jako aritmetického průměru nabídkových cen. Jako irelevantní označil požadavek žalovaného na doložení údajů o rozsahu uskutečněných volání za dobu plnění koncesní smlouvy. Nesouhlasí rovněž s tím, že měl být zvažován možný nárůst počtu provolaných minut.

V. Ústní jednání

77. K žádosti žalobkyně o projednání věci při ústním jednání soud nařídil jednání na 17. 12. 2018. Při něm účastníci setrvali na svých stanoviscích obsažených v předchozích procesních podáních.
78. Žalobkyně a) nad rámec námitek uplatněných v žalobě zdůraznila, že navrhovatel (O2) neměl aktivní legitimaci k vyvolání řízení o návrhu. Tím pádem nebylo možné uložit zákaz plnění koncesní smlouvy. Žalobkyně b) uvedla, že snahou zadavatele bylo zlevnit volání vězňů osob. Předpokládaná hodnota koncese se určuje před zahájením řízení; nemusí se shodovat s hodnotou reálnou. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu koncese kvalifikovaně, proto uložení zákazu plnění považuje za nepřiměřené. Zástupkyně žalovaného poznamenala, že odhad předpokládaného příjmu byl učiněn s účelem nepřekročit limit pro koncese malého rozsahu. V zadávací dokumentaci byly uvedeny zavádějící informace.
79. Soud konstatoval obsah soudního a správního spisu a provedl listinné důkazy navržené žalobkyněmi, vyjma těch, které již byly obsahem správního spisu, a těch, na jejichž provedení žalobkyně a) netrvala. Na straně 24 podané žaloby žalobkyně a) navrhovala provedení důkazu ceníky služeb mobilních operátorů (viz strany 228 až 282 soudního spisu), z nichž mělo vyplývat, že uváděné ceny jsou včetně DPH. Ve správním řízení byly totožné ceníky předloženy žalobkyní a) žalovanému v podání ze dne 18. 10. 2017, nicméně vždy pouze 1 strana obsahující cenu nabízené služby. Soud dotazem na zástupkyni žalovaného ověřil, že otázka zahrnutí DPH do ceny deklarované v ceníku není mezi účastníky řízení sporná. Zástupce žalobkyně a) tak na provedení těchto důkazů při jednání netrval, proto soud těmito listinnými důkazy dokazování neprováděl. Stejně tak netrvala žalobkyně a) na provádění dokazování listinami vztahujícími se k návrhu na přiznání odkladného účinku, neboť rozhodnutím soudu o tomto návrhu se dokazování těmito listinami stalo bezpředmětné.
80. Žalobkyně a) při jednání navrhla provedení důkazu rozhodnutím Oberlandesgericht Koblenz, sp. zn. 1 Verg 4/08, ze 4. 2. 2009, které předložila v němčině, resp. s přeložením určitých částí textu do češtiny. Soud po poradě senátu žalobkyni informoval, že v této podobě důkaz předmětným rozhodnutím nelze provést, neboť hrozí, že pasáže přeložené do češtiny jsou vytrženy z kontextu. Pokud by na provedení důkazu trvala, bylo by nutné celé rozhodnutí soudu přeložit do češtiny. Za daných podmínek žalobkyně a) na provedení důkazu netrvala.

81. Soud k návrhu žalobkyně b) při jednání provedl dokazování rozhodnutími Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 6. 2008, č. j. S088/2008/VZ-09056/2008/530/LB, a rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 11. 2008, č. j. R129/2008/02-22930/2008/310-AS/Hr, z nichž mělo vyplývat, že není rozhodné, zda výsledná nabídková cena překročí limit pro zakázku malého rozsahu.

VI. Posouzení věci soudem

82. Napadené rozhodnutí předsedy žalovaného soud přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů. Ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (*ex officio*), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí předsedy žalovaného.
83. Usnesením ze dne 29. 3. 2018, č. j. 30 Af 23/2018-328, soud zamítl návrhy žalobkyň na přiznání odkladného účinku. Konstatoval však, že důvody uvedené v předmětných návrzích považuje za relevantní pro přednostní projednání věci *ad hoc* podle § 56 odst. 1 s. ř. s. Věc proto soud projednal přednostně před nabytím účinnosti zákazu plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 7. 11. 2016.
84. Soud dospěl k závěru, že **žaloby nejsou důvodné**.
85. Nejprve se soud zabýval procesními námitkami žalobkyň [nepřezkoumatelnost, vnitřní rozpornost odůvodnění, účastenství žalobkyně a); viz část VI. A) rozsudku]. Poté posuzoval námitky nesprávného posouzení otázky stanovení předpokládané hodnoty příjmu koncesionáře, včetně námitky nedostatečného zjištění skutkového stavu [část VI. B) rozsudku]. Závěrem se věnoval námitkám směřujícím proti uloženým sankcím [část VI. C) rozsudku].

VI. A) Námitky procesní

VI. A. 1. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů

86. Žalobkyně b) v podané žalobě v obecné rovině upozorňovala na nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů v několika směrech.
87. Soud nejprve s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu shrnuje, že nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-76, publikované pod č. 1566/2008 Sb. NSS, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 – 44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS; všechna citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu dostupná na www.nssoud.cz). Není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztáhnout jej i na případy, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka za správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty vznesené námitky a dopustí se dílčího nedostatku odůvodnění.
88. V předmětné věci soud neshledal nedostatky odůvodnění napadeného rozhodnutí, které by bránily jeho věcnému přezkumu. Z napadeného rozhodnutí je seznatelné, které skutečnosti vzal předseda žalovaného za podklad svého rozhodnutí i jak se vypořádal s jednotlivými rozkladovými námitkami žalobkyň, podle které právní normy rozhodl i jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů. Rovněž skutkový stav byl zjištěn dostatečně a poskytuje oporu napadenému rozhodnutí. Vytýká-li žalobkyně b) žalovanému, že v napadeném rozhodnutí nedostatečně zohlednil některé dílčí aspekty rozkladových námitek, nelze jí přesvědčit. Správní řízení je nutné chápat jako jeden celek (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 7. 2007, č. j. 3 As 51/2006-65), proto je na rozkladové rozhodnutí nutno nahlížet v kontextu závěrů správního orgánu I. stupně obsažených v jeho rozhodnutí. Prvostupňový správní orgán

se otázkou dat počítaných podle impulzů, emailem pro O2, průměrných cen volání z předplacených karet, jakož i zohledněním nejhodnější nabídky podrobně zabýval a žalovaný jeho závěry v napadeném rozsahu převzal. Dospěl-li žalovaný k závěru, že úvaha zadavatele, že předpokládaný příjem koncesionáře nedosáhne limitní hranice 20 milionů Kč po dobu trvání koncese, není dostatečně podložena, nebyl povinen vyjadřovat se blíže ke všem dílčím aspektům námitek vznášených účastníky správního řízení.

89. Ostatně obě žalobkyně v podaných žalobách se závěry předsedy žalovaného ohledně dostatečnosti úvahy zadavatele o výši předpokládaného příjmu koncesionáře polemizují, což by v případě nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí možné nebylo.
90. Námitku nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů tak soud neshledal oprávněnou.

VI. A. 2. Nepřezkoumatelnost pro nesrozumitelnost

91. Obě žalobkyně upozorňovaly na vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí, resp. na jeho nekonzistentnost.
92. Nesrozumitelností rozhodnutí judikatura správních soudů rozumí především rozpornost výroku a odůvodnění, nemožnost seznat, jak bylo ve věci vůbec rozhodnuto (nesrozumitelnost projevu vůle správního orgánu), zmatečné výroky vnitřně rozporuplné. O nesrozumitelné rozhodnutí by se mohlo jednat za situace, kdy z rozhodnutí lze sice seznat, jak bylo rozhodnuto, z textu rozhodnutí jako celku však nelze pochopit, co správní orgán k takovému rozhodnutí vedlo (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-78, publ. pod č. 133/2004 Sb. NSS). Nepřezkoumatelným pro nesrozumitelnost by rovněž bylo rozhodnutí, jehož odůvodnění je vnitřně rozporné.
93. Podle žalobkyň spočívá vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí v tom, že předseda žalovaného na jednu stranu poukazoval na skutečnost, že nabídkovou cenu vybraného uchazeče bylo možné hodnotit jako cenu mimořádně nízkou, v jiných částech rozhodnutí však uváděl, že v případě řádného koncesního řízení mohl zadavatel obdržet nabídky ještě výhodnější, tedy s nižší nabídkovou cenou.
94. Soud ve shodě s žalovaným v namítané skutečnosti vnitřní rozpornost odůvodnění rozhodnutí nespatřuje. Zdůrazňuje, že se jedná o dvě samostatné otázky. Konstatování, že s ohledem na nabídky podané v koncesním řízení malého rozsahu mohlo být na cenu vybraného uchazeče nahlíženo jako na cenu mimořádně nízkou, neboť se byla výrazně nižší než ceny nabídnuté ostatními dvěma dodavateli, se nevylučuje s tím, že v případě řádného postupu zadavatele podle koncesního zákona se koncesního řízení mohlo zúčastnit více dodavatelů a vítězná cena mohla být pro zadavatele ještě výhodnější.
95. Námitka vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí tak není důvodná.

VI. A. 3. Účastenství

96. Žalobkyně a) v podané žalobě nesouhlasila s posouzením otázky jejího účastenství v řízení zahájeném z moci úřední.
97. Podle § 24d koncesního zákona je *účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč.*
98. Se žalobkyní a) bylo v průběhu spojeného správního řízení jednáno jako s řádným účastníkem. Nebyla upozorňována na to, že je účastníkem řízení zahájeného na návrh O2, ovšem nikoliv sankčního řízení vedeného proti zadavateli. Až v bodě 77 napadeného rozhodnutí předseda žalovaného uvedl, že *„vybranému uchazeči příznává koncesní zákon práva účastníka řízení toliko ve správním řízení o návrhu; naproti tomu účastníkem správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu je pouze zadavatel. Z uvedeného plyne, že vybraný uchazeč není oprávněn k podání rozkladu*

proti výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí. “Námítky vybraného uchazeče směřující proti výroku I. prvostupňového rozhodnutí předseda žalovaného nicméně vypořádal s ohledem na skutkovou provázanost předmětů obou řízení a v intencích zásady materiální pravdy (bod 79).

99. K posouzení účastenství žalobkyně v předmětném správním řízení soud uvádí následující.
100. Správní řád se použije pouze tam, kde koncesní zákon (případně jiný speciální právní předpis) nestanoví jinak (§ 1 odst. 2 správního řádu). Jestliže koncesní zákon obsahuje v § 24d plnohodnotnou úpravu účastenství, nepřichází užití § 27 správního řádu v úvahu.
101. Pro sankční řízení, jehož se žalobkyně a) hodlala stát účastníkem, platí, že je zahajováno z moci úřední a je spojeno s principem oficiality a legality. Stíhání a potrestání pachatele správního deliktu je věcí vztahu mezi státem a pachatelem. Předseda žalovaného tedy správně konstatoval, že vybranému uchazeči nepříslušelo postavení účastníka řízení o správním deliktu zadavatele zahájeného z moci úřední (shodně viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2017, č. j. 2 As 310/2016-52).
102. Přestože obě řízení (řízení o návrhu O2 a řízení zahájené z moci úřední o správním deliktu zadavatele), jež byla spojena ke společnému projednání, mají podobný předmět – posouzení zákonnosti postupu zadavatele v koncesním řízení malého rozsahu, problémem je rozdílný okruh účastníků jednotlivých správních řízení. V této souvislosti Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku č. j. 2 As 310/2016-52 zdůraznil, že obě řízení jsou provázaná po skutkové stránce, a že se do sféry osoby, která účastníkem řízení být neměla, nedostaly informace na újmu ostatních účastníků řízení.
103. Ve spojeném řízení rozhodl žalovaný prvostupňovým rozhodnutím jak v sankčním řízení, jehož účastníkem byl pouze zadavatel (výrok I. a II.), tak v řízení o návrhu proti uzavření koncesní smlouvy (výrok III. a IV.). Pochybil v tom, že v poučení o možnosti podat proti rozhodnutí rozklad nerozlišil, proti kterému výroku prvostupňového rozhodnutí se mohou jednotliví účastníci správního řízení bránit. Předseda žalovaného tak rozhodoval o rozkladu podaném žalobkyněmi proti všem výrokům rozhodnutí. Na nutnost rozlišování okruhu účastníků v jednotlivých správních řízeních upozornil až předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí, ve výroku rozhodnutí to však nevyjádřil. Výrok totiž odpovídá věcnému přezkumu celého rozhodnutí. Odvolání žalobkyň předseda žalovaného zamítl, přestože odvolání vybraného uchazeče proti výrokům I. a II. mělo být zamítnuto jako nepřípustné podle § 152 odst. 5 ve spojení s § 92 odst. 1 správního řádu. Toto dílčí pochybení při formulaci výroku však v souladu s názorem vyjádřeným v rozsudku č. j. 2 As 310/2016-52 nezakládá důvod ke zrušení správního rozhodnutí. Ostatně zopakování řízení, jehož vybraný uchazeč nebyl účastníkem, by pro něj nemělo žádný význam.
104. Účastenství vyplývá ze zákona (zde z § 24d koncesního zákona). Účastníkem správního řízení se tak nestává ten, komu správní orgán nad rámec zákona takové postavení nesprávně přiznal, neboť účastenství nelze založit nesprávným postupem správního orgánu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 12. 2005, č. j. 3 As 8/2005-118, publikovaný pod č. 825/2006 Sb. NSS). Soud je přesvědčen, že nesprávně poskytnuté účastenství i nesprávné poučení o odvolání (rozkladu) nezakládá vybranému uchazeči postavení účastníka v sankčním řízení vedeném vůči zadavateli ani právo na věcné rozhodnutí o podaném odvolání. Rozklad podaný vybraným uchazečem proti výrokům I. a II. prvostupňového rozhodnutí tak správně nebyl věcně přezkoumán, neboť byl nepřípustný.
105. Soud se neztotožňuje se žalobkyní a), že správní orgány tím, že s ní nesprávně jednaly jako s účastníkem, po ní vyžadovaly součinnost nad rámec té, k níž by byla povinna. Obě správní řízení byla provázaná po věcné stránce. Při posuzování zákonnosti postupu zadavatele byl žalovaný oprávněn v souladu se zásadou materiální pravdy zjišťovat určité skutečnosti i od dodavatelů, kteří se účastnili koncesního řízení malého rozsahu. Soud je přesvědčen, že i přes

výše popsané procesní vady správního orgánu, který měl okruh účastníků každého z paralelně vedených správních řízení vymezit již v rozhodnutí ze dne 26. 1. 2017, nebyla po žalobkyni a) vyžadována součinnost nad rámec zákona. Navíc uplatněné námitky vybraného uchazeče předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí věcně vypořádal s ohledem na zásadu materiální pravdy.

106. Žalobkyně a) v podané žalobě uváděla, že otázku účastenství je nutno vykládat v souladu s novou právní úpravou obsaženou v § 256 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle citovaného ustanovení *účastníkem řízení je zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání výběru dodavatele nebo výběru návrhu v soutěži o návrh, je účastníkem řízení též vybraný dodavatel nebo vybraný účastník soutěže o návrh. V řízení o spáchání přestupku je účastníkem pouze obviněný. V řízení o uložení zákazu plnění smlouvy je účastníkem řízení navrhovatel a strany smlouvy.* Z předmětného ustanovení vyplývá, že ani podle současné právní úpravy vybranému uchazeči nepřísluší účastenství v řízení o spáchání přestupku (v sankčním řízení), ale až v řízení o návrhu na uložení nápravného opatření (zákazu plnění smlouvy). I nadále tak platí východiska dosavadní judikatury.
107. Lze tak uzavřít, že žalobkyně a) nebyla účastníkem sankčního řízení vedeného proti zadavateli, proto nebyla oprávněna podat rozklad proti výrokům I. a II. prvostupňového rozhodnutí. Procesní pochybení správních orgánů, které s ní jako s účastníkem sankčního řízení jednaly, však neměla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.
108. Ani v soudním řízení tak žalobkyně a) nebyla oprávněna věcně brojit proti výrokům vydaným v sankčním řízení proti zadavateli, tj. těm námitkám směřujícím proti výrokům prvostupňového rozhodnutí o spáchání správního deliktu a uložení pokuty zadavateli. Soud, obdobně jako předseda žalovaného, však její námitky při posuzování věci zohlednil a v souladu se zásadou materiální pravdy k nim přihlédl. Tím spíše za situace, že žalobkyně a) se o skutečnosti, že je účastníkem jen v části spojeného správního řízení dozvěděla až z žalobou napadeného rozhodnutí.
109. Námitka nesprávného posouzení účastenství tak není důvodná.

VI. B) Nesprávné posouzení určení předpokládaného příjmu koncesionáře

110. V projednávané věci žalovaný z moci úřední zahájil se zadavatelem řízení o možném správním deliktu na úseku zadávání koncesí. 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 zákona. Za takový správní delikt se podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy.*
111. Pro posouzení, zda byl delikt spáchán, bylo určující, zda zadavatel při zadávání koncesního řízení malého rozsahu dodržel zákonem stanovený limit.
112. Podle § 4 koncesního zákona *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.*
113. Z ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona dále vyplývá, že *zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, 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.*
114. Způsob výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví koncesní vyhláška. Podle § 2 koncesní vyhlášky *předpokládaným příjmem koncesionáře se 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*

(odstavec 1). *Předpokládaný příjem koncesionáře se vyčísľuje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy* (odstavec 2).

115. Vstupní hodnoty pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře tvořila nabídková cena za minutu volání, předpokládaný počet provolaných minut a doba plnění koncesní smlouvy. Předpokládaný příjem koncesionáře se určil jako součet předpokládaných příjmů koncesionáře za každý rok trvání koncesní smlouvy (součin nabídkové ceny a odhadu počtu provolaných minut) násobený diskontním koeficientem dle Přílohy č. 1 koncesní vyhlášky.
116. Způsob stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře dokládal zadavatel ve správním řízení listinou *Stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncese a stanovení předpokládaného celkového příjmu koncesionáře* zpracovanou odborem logistiky a odborem veřejných zakázek zadavatele dne 12. 5. 2016 (předloženo v rámci správního řízení dne 3. 1. 2017). Z ní vyplývá, že předpokládaná hodnota koncese byla stanovena jako součin ceny volání 2 Kč/min a objemu 1 300 000 provolaných minut ročně. Vypočtenou hodnotu příjmu za každý rok trvání koncesní smlouvy zadavatel vynásobil diskontním koeficientem dle Přílohy 1 koncesní vyhlášky a dospěl k celkové hodnotě 18 251 220 Kč za 8 let trvání smlouvy.
117. Soud je toho názoru, že v situaci, kdy zadavatel na základě nedostatečně podloženého odhadu předpokládaného příjmu koncesionáře dospěl k částce blízké se k limitní hranici pro koncesi malého rozsahu, i při zohlednění skutečnosti, že objem provolaných minut nelze v okamžiku zadání koncese stoprocentně předvídat, nemohl spolehlivě vyloučit, že předpokládaný příjem limitní hranici dle § 5 odst. 2 koncesního zákona překročí. Jak vyplývá z judikatury správních soudů „[m]á-li zadavatel pochybnosti o tom, zda předmět plnění představuje jednu či více samostatných veřejných zakázek či pokud se předpokládaná hodnota předmětu veřejné zakázky blíží či je na prahu hodnot podle § 12 zákona o veřejných zakázkách, měl by zvolit „přísnější“ způsob zadání, resp. posoudit takovou veřejnou zakázku dle vyšší hranice prahové hodnoty, neboť tím se vybne porušení zákona o veřejných zakázkách a případné sankci.“ (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 7. 2014, č. j. 29 Af 81/2012-66). V takovém případě bylo na místě zvolit postup přísnější, tedy zadání koncese ve standardním koncesním řízení.
118. Rovněž z judikatury Soudního dvora Evropské unie vyplývá, že každá výjimka z pravidel, jimiž má být zajištěna efektivita práv uznaných Smlouvou o ES v oblasti zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 17. listopadu 1993, *Komise v. Španělsko*, C-71/92, Recueil, s. I-5923, bod 36). Důkazní břemeno ohledně toho, že výjimečné okolnosti odůvodňující výjimku skutečně existují, nese ten, kdo ji zamýšľí uplatňovat (viz rozsudky ze dne 3. května 1994, *Komise v. Španělsko*, C-328/92, Recueil, s. I-1569, body 15 a 16, jakož i ze dne 8. dubna 2008, *Komise v. Itálie*, C-337/05, Sb. rozh. s. I-0000, body 57 a 58; obdobně i rozsudek ze dne 2. 10. 2008, *Komise v. Itálie*, C-157/06, Sb. rozh. s. I-07313, bod 23, resp. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013-74).
119. Uvedená analýza zadavatele není podložena žádnými konkrétními podklady. Zadavatel ve správním řízení uváděl, že mu žádný právní předpis neukládá doklady o provedení analýzy uchovávat, a dodával, že většina komunikace probíhala ústně. Soud však v souladu se shora citovanou judikaturou uzavírá, že využil-li zadavatel výjimky z pravidla a vypsál koncesní řízení malého rozsahu, je na něm, aby spolehlivě doložil, že předpokládaný příjem koncesionáře nepřekročí limitní hranici 20 000 000 Kč stanovenou v § 5 odst. 2 koncesního zákona. Soud má za to, že zadavatel splní svoji povinnost zjistit předpokládaný celkový příjem koncesionáře vyplývající z § 4 zákona koncesního zákona provedením odborné a kvalifikované úvahy o předpokládaném příjmu koncesionáře. Hodlá-li zadat koncesi v koncesním řízení malého rozsahu, musí být schopen oprávněnost svého postupu prokázat.
120. Lze souhlasit se žalobkyněmi, že zadavateli nelze vyčítat, že nepostupoval analogicky podle § 13 odst. 2 ZVZ, podle něhož *předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li*

žadavatel ke dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení ke uveřejnění. Zadavatel byl povinen postupovat podle koncesního zákona a v souladu s jeho § 4 určit předpokládaný příjem koncesionáře. Nebyl povinen předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře určovat podle § 13 odst. 2 ZVZ, neboť taková povinnost zadavateli z koncesního zákona nevyplývá. Dané ustanovení zákona o veřejných zakázkách však mohlo být pro zadavatele vhodným vodítkem, jak příjem koncesionáře zodpovědným způsobem stanovit. Uvedenou nepřesnost prvostupňového rozhodnutí, které zadavateli vytýkalo, že postup dle § 13 odst. 2 ZVZ nedodržel, předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí korigoval. V bodě 127 napadeného rozhodnutí uzavřel, že „žadavatel byl povinen zjistit údaje pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře způsobem souladným s koncesním zákonem, zejména zásadou transparentnosti (...). Pochybení zadavatele tedy nespočívá v tom, že by nedodržel zákon o veřejných zakázkách, nýbrž v tom, že nestanovil předpokládaný příjem koncesionáře – s ohledem na smysl a účel ustanovení § 4 koncesního zákona – relevantním způsobem.“ S takovým závěrem se soud ztotožňuje.

121. Koncesní zákon zadavateli nepředepisoval, jakým způsobem má k předpokládanému příjmu koncesionáře dospět. Pokud však hodlal využít výjimku ze standardního koncesního řízení a zadat koncesi v koncesním řízení malého rozsahu, byl povinen oprávněnost tohoto postupu náležitě doložit a prokázat, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře postupoval v souladu se zásadami, na nichž koncesní zákon spočívá (§ 3a koncesního zákona), s péčí řádného hospodáře a že svůj postup má náležitě podložen. Nemuselo se přitom jednat o doložení kvalifikované úvahy toliko důkazy listinnými. Probíhala-li komunikace ústně, mohl zadavatel řádnost určení předpokládaného příjmu koncesionáře doložit např. svědeckými výpověďmi. Důkazy shromážděné ve správním spise však dokládají, že postup zadavatele byl v tomto směru nedostatečný a že vstupní proměnné pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře byly stanoveny takřka „od stolu“, bez náležitého prověřování či analýzy, což v případě aplikace výjimek z obecného koncesního řízení (při zadávání koncesí malého rozsahu) nelze akceptovat.
122. K určení jednotlivých proměnných vzorce pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře pak soud uvádí následující.
123. Předpokládanou nabídkovou cenu stanovil zadavatel ve výši desetinásobku jemu poskytovaných průměrných cen volání, které využívá na základě rámcové smlouvy s O2. Vynásobení průměrné hodnoty koeficientem 10 mělo skýtat dostatečnou rezervu pro další okolnosti vedoucí k navýšení ceny. Jakkoli by ještě bylo možno akceptovat využití průměrných cen volání vyplývajících z rámcové smlouvy s O2 s ohledem na podobnost těchto služeb se službami poskytovanými dle koncesní smlouvy, úvaha zadavatele o vynásobení této průměrné ceny koeficientem 10 nebyla žádným způsobem vysvětlena ani podložena. Soud se ztotožňuje se závěrem předsedy žalovaného vyjádřeným v bodě 129 napadeného rozhodnutí, že takovýto vágní způsob stanovení nabídkové ceny nelze v případě aplikace výjimek z obecného koncesního řízení akceptovat. Odhad nabídkové ceny volání tak soud hodnotí jako nedostatečný.
124. Žalobkyně namítají, že správnost odhadu ceny byla potvrzena vítěznou nabídkou. Jak by vyplývalo z rozhodovací praxe žalovaného, kterou soud provedl dokazování u jednání (viz bod 81 rozsudku), tato skutečnost by mohla být relevantní, pokud by ostatní komponenty vzorce pro stanovení předpokládané hodnoty příjmu koncesionáře bezezbytku obstály. Tak tomu však v daném případě nebylo, neboť jako nedostatečně podložený hodnotí soud ve shodě s napadeným rozhodnutím i odhad počtu provolaných minut.
125. Co se týče předpokládaného objemu provolaných minut za rok, z dat předložených O2 v rámci správního řízení vyplývají následující objemy provolaných minut:

rok	počet provolaných minut/rok
2012	1 029 916
2013	854 098
2014	1 238 945
2015	1 659 806
2016	1 962 135 (odhad)

Podle údajů obsažených v tabulce činí průměr provolaných minut za roky 2012 až 2015 1 195 691 minut ročně.

126. Při určení předpokládaného počtu provolaných minut zadavatel vycházel z údajů získaných od O2, přičemž vypočetl průměrnou hodnotu provolaných minut za roky 2012 – 2015 (1 195 691 minut/rok) a tuto hodnotu na základě své volné úvahy zvýšil na 1 300 000 minut/rok (tedy o 104 391 minut/rok), čímž měly být zohledněny možné výkyvy (resp. nárůst) v počtu provolaných minut. Jak však přílehavě zdůraznil předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí, zadavatel se měl zabývat tím, „zda neexistují další okolnosti, které by svědčily pro učinění závěru, že skutečná spotřeba poptávaných služeb dle koncesní smlouvy bude v následujících 8 letech odlišná“ (bod 138 napadeného rozhodnutí). Takovými okolnostmi mohl být zejména nárůst počtu provolaných minut v případě výrazného snížení cen volání. Z tabulky zobrazující objem provolaných minut v uplynulých letech lze vysledovat setrvalý nárůst počtu provolaných minut (zejména v roce 2016, který paradoxně vůbec nebyl hodnocen), s výjimkou údaje za rok 2013, který je ovlivněn prezidentskou amnestií. Při progresivním stanovení předpokládaného objemu provolaných minut tak mělo být přihlédnuto i k těmto relevantním okolnostem. Zejména v situaci, kdy se předpokládaný příjem koncesionáře blížil limitní hranici pro koncesi malého rozsahu a kdy bylo možné předpokládat, že počet provolaných minut za rok bude v důsledku dramatického snížení cen volání vyšší, než v minulosti, bylo na místě z opatrnosti zvolit postup přísnější a zadat koncesi ve standardním koncesním řízení (viz výše citovaný rozsudek č. j. 29 Af 81/2012-66).
127. Uváděl-li zadavatel, že mu O2 data o provolaných minutách odmítl sdělit, zůstaly tyto výtky jen v rovině tvrzení a nebyly ve správním řízení odpovídajícím způsobem doloženy. Jak však plyne z listiny Stanovení předpokládané hodnoty, minimálně údaje o počtu provolaných minut z uplynulých let (viz tabulka pod bodem 125 výše) zadavatel k dispozici měl a vycházel z nich.
128. Co se týče zahrnutí zahraničního volání do hodnoty předpokládaného příjmu koncesionáře, v listině nazvané Stanovení předpokládaného příjmu je uvedeno, že „*předpokládaný rozsah provolaných minut do zahraničí činí 8000 minut při sazbě 15 Kč/min bez DPH činí 842 364 Kč*“. Obsah předmětného dokumentu navozuje dojem, že cena za zahraniční volání v původním odhadu zahrnuta nebyla. Při jejím zahrnutí by předpokládaný příjem koncesionáře činil 19 105 584 Kč. Zadavatel však v následných podáních ve správním řízení uváděl, že objem zahraničních hovorů byl zahrnut již v průměrné ceně i objemu provolaných minut. Takové tvrzení však z obsahu Stanovení nevyplývá. Pro rozhodování soudu však nebylo stěžejní, zda s objemem zahraničních hovorů zadavatel počítal v ceně volání, či zda ji hodlal zohlednit nad rámec nabídkové ceny násobené počtem provolaných minut. Ostatně v případě, že soud obdobně jako předseda žalovaného vytkl zadavateli nedostatečnou profesionalitu při stanovení předpokládané hodnoty příjmu koncesionáře jako celku, postrádá bližšího významu analyzovat podrobně, zda zahraniční volání v dílčích složkách vzorce bylo zahrnuto či nikoliv, neboť jednotlivé komponenty tohoto vzorce byly shledány nedostatečně podloženými. Je však zřejmé, že náležitá analýza (úvaha) předpokládaného příjmu koncesionáře by měla jasně zohledňovat i zvýšenou cenu mezinárodních hovorů, což v daném případě splněno nebylo.

129. Na základě shora popsaných důvodů soud ve shodě se závěry předsedy žalovaného uvedené v bodě 142 rozhodnutí uzavírá, že zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře podle § 4 koncesního zákona neprokázal, že by shromáždil dostatečné množství podkladů pro závěr, že předpokládaný příjem koncesionáře za celou dobu plnění koncesní smlouvy nepřesáhne limit dle § 5 odst. 2 koncesního zákona. Správní orgány tedy správně dospěly k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona tím, že uzavřel koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 zákona.
130. Zadavatel rovněž uváděl, že byla porušena zásada dvojinstančnosti, byl-li s úvahou o nedostatečnosti odhadu provolaných minut seznámen až v druhém rozkladovém rozhodnutí. K tomu soud uvádí, že v prvním rozkladovém rozhodnutí ze dne 17. 5. 2017 nebyla tato otázka předmětem rozhodování, neboť v něm se předseda Úřadu vyjadřoval jen k nesprávnosti posouzení nabídkové ceny správním orgánem prvního stupně. Nebylo jeho povinností vyjadřovat se ke všem věcným námitkám za situace, kdy rušil prvostupňové rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost spočívající ve vadách při zjišťování skutkového stavu. Vyjádřil-li předseda žalovaného na danou otázku svůj názor poprvé až v napadeném rozhodnutí, v němž odlišně od správního orgánu I. stupně zadavateli vytkl i nedostatečnost odhadu provolaných minut, nebyl při posouzení této otázky vázán správním orgánem prvního stupně a mohl jeho závěry v tomto směru korigovat. Zásada dvojinstančnosti vyjadřuje obecné oprávnění účastníků správního řízení napadnout rozhodnutí správního orgánu prvního stupně řádným opravným prostředkem, k jehož přezkoumání je povolán orgán vyššího stupně (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2017, č. j. 8 Afs 176/2016-46). Uvedené nebylo zadavateli odepřeno.
131. Porušení téže zásady vytyká zadavatel předsedovi žalovaného při hodnocení transparentnosti jeho postupu. Z obdobných důvodů, jaké soud vyložil výše (viz bod 130), nelze jeho argumentaci přisvědčit. Domníval-li se předseda žalovaného, že nedostatečnost údajů obsažených v koncesní dokumentaci mohla transparentnost koncesního řízení ohrozit, byl oprávněn své úvahy vyjádřit až v napadeném rozhodnutí. Argumentace porušením zásady transparentnosti v podstatě navazovala na závěr předsedy žalovaného o nedostatečnosti úvahy při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře. Je pravdou, že koncesní zákon ani jiný právní předpis nestanoví, že by součástí koncesní dokumentace měl být i předpokládaný objem provolaných minut za rok. Na druhou stranu lze uvést, že uvedení tohoto údaje by dodavatelům poskytlo relevantní data při určování nabídkové ceny, neboť s výjimkou O2 dodavatelé dané informace pravděpodobně k dispozici neměli. Soud tak souhlasí se závěrem žalovaného, že koncesní dokumentace s ohledem na maximální nabídkovou cenu mohla navozovat dojem, že objem provolaných minut bude ve skutečnosti menší, než jaký předpokládal zadavatel. Zároveň však lze poznamenat, že stěžejním důvodem, pro nějž byl zadavatel potrestán za správní delikt, byla nedostatečnost a nekvalifikovanost odhadu předpokládaného příjmu koncesionáře, nikoliv porušení zásady transparentnosti. V tomto kontextu je nutno na úvahy o porušení této zásady nahlížet.
132. Námitka nesprávného posouzení otázky stanovení hodnoty předpokládaného příjmu koncesionáře tak není důvodná.
133. Výtky žalobkyně a), že předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nezohlednil, že podklady vychází z dat počítaných po impulzech, resp. že v objemech telefonování je zahrnuto volání prostřednictvím služby Xcall, neshledává soud případné. Obě skutečnosti souvisejí s odhadem objemu provolaných minut. Vzhledem k tomu, že odhad zadavatele v tomto směru byl shledán nedostatečným, nebylo úlohou předsedy žalovaného, aby se předmětnými skutečnostmi v napadeném rozhodnutí podrobněji zabýval. Těmito úvahami se měl zabývat v první řadě zadavatel při analýze počtu provolaných minut za rok na základě údajů získaných od O2.

134. Namítá-li žalobkyně a), že se předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí odlišil od rozhodovací praxe Úřadu vyjádřené v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-7638/2014/523/OPi, soud se s ní neztotožňuje. Je třeba rozlišovat dostatečnost a kvalifikovanost úvahy zadavatele o výši předpokládaného příjmu koncesionáře a možnost zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře v sankčním správním řízení se zadavatelem. V nyní projednávaném případě žalovaný zadavateli vytkl nedostatečnost a neprofesionalitu odhadu zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře. Za takové situace nebylo možné zjišťovat, zda zadavatelem stanovená hodnota bude shodná jako hodnota zjištěná v sankčním správním řízení žalovaným, neboť předpokládaná hodnota příjmu koncesionáře zjištěná zadavatelem byla shledána nepodloženou, proto neobstála.
135. Z obdobného důvodu je nutno odmítnout i povšechné námitky nedostatečně zjištěného skutkového stavu ve správním řízení. Z výše uvedeného vyplývá, že nedostatečností trpí analýza zadavatele při určování předpokládaného příjmu koncesionáře, což žalovaný zadavateli vytkl v sankčním řízení a pro svůj závěr shromáždil dostatečné podklady. Za daného stavu nebylo úkolem žalovaného ve správním řízení zjišťovat předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře, neboť to bylo primárně úkolem zadavatele dle § 4 koncesního zákona. Ani námitka nedostatečně zjištěného skutkového stavu tak není důvodná.

VI. C) Námitky ohledně uložené sankce

136. V tomto ohledu zadavatel namítal, že žalovaný nesprávně stanovil předpokládanou hodnotu příjmu koncesionáře, že nebyla naplněna materiální stránka deliktu a že uložení zákazu plnění je nepřiměřené.

VI. C. 1. Předpokládaná hodnota koncese

137. Předpokládanou hodnotu koncesní smlouvy má podle § 4 koncesního zákona stanovit zadavatel před zahájení koncesního řízení. Předpokládanou hodnotu koncese pak definuje § 1 koncesní vyhlášky, podle něhož *jde o předpokládanou hodnotu výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy*. Předpokládanou hodnotu koncese tak byl povinen stanovit primárně zadavatel před zahájením koncesního řízení. Pokud tak neučinil, nemůže s úspěchem argumentovat tím, že žalovaný tuto hodnotu ve správním řízení zjistil nesprávně, napanují-li o způsobu zjištění této hodnoty ve správním řízení vážné pochybnosti. Žádné takové pochybnosti soud v dané věci nezjistil.
138. V předmětné věci měla předpokládaná hodnota koncese podle § 27 odst. 2 koncesního zákona význam pro stanovení horní hranice zákonné sazby pokuty za správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, neboť ta činí 5 % z předpokládané hodnoty koncese.
139. Předseda žalovaného se stanovením horní hranice zákonné sazby pokuty zabýval zejména v bodech 171 až 185 napadeného rozhodnutí, v němž aproboval postup správního orgánu I. stupně, který vyšel z dat dodavatele O2. Ten své náklady vyčíslil na 33 945 600 Kč. Horní hranice pokuty tak činila 1 697 280 Kč. Přestože se nejednalo o standardní způsob stanovení horní hranice, nemožnost jejího přesného stanovení byla zapříčiněna zejména nedostatečným postupem zadavatele při určení této hodnoty před zahájením koncesního řízení. Úvahy obsažené v napadeném rozhodnutí shledal soud přesvědčivými. Obecné argumentaci zadavatele, že Úřad nemohl vycházet z rozporných údajů O2 poskytnutých ve správním řízení, soud nepřisvědčil. Tím spíše v situaci, kdy pokuta ve výši 100 000 Kč byla zadavateli uložena při spodní hranici zákonné sazby a nemůže tak být pochyb o tom, že uložená pokuta se pohybuje v zákonem stanoveném rozpětí.
140. Ani výtky zadavatele ohledně nemožnosti pořídit si kopie spisového materiálu označené dodavatelem M-Communications jako obchodní tajemství, neshledává soud oprávněnými. Zadavateli nebylo ve správním řízení odepřeno nahlížet do předmětné části spisu označené jako obchodní tajemství. Pouze nebyl oprávněn činit si z daných listin opisy. Za situace, kdy správní

orgány ze zmíněných dat v napadeném rozhodnutí nevycházely (při stanovení předpokládané hodnoty koncese vycházely z dat O2), postrádá jakéhokoliv opodstatnění zkoumat zákonnost postupu žalovaného při odeprání pořizovat kopie této části správního spisu, neboť ani případné pochybení žalovaného by zákonnost napadeného rozhodnutí nemohlo ovlivnit.

141. Uvedenou námitku tak soud neshledal důvodnou.

VI. C. 2. Naplnění materiální stránky deliktu

142. K naplnění materiální stránky deliktu předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí v bodech 212 až 217 napadeného rozhodnutí uváděl, že nezákonný postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

143. Soud odmítá argumentaci zadavatele, že by žalovaný byl povinen uvést, jakým konkrétním dodavatelům bylo upřeno právo účasti v koncesním řízení. Uvedená argumentace pomíjí, že předmětný správní delikt je deliktem ohrožovacím. Pro závěr o odpovědnosti za daný správní delikt není nezbytně nutné, aby v konečném důsledku skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tedy například ke snížení okruhu zájemců. Zákon výslovně počítá s tím, že postačuje pouhá potencialita takového ovlivnění (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2015, č. j. 7 As 211/2015-31, ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008 - 45, nebo rozsudek ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011-62). V dané věci žalovaný zadavateli vytkl nedostatečnost jeho úvahy o tom, že předpokládaný příjem koncesionáře nepřekročí hranici pro konání koncesního řízení malého rozsahu. Není tedy pochyb, že zadavatel při konání předmětného koncesního řízení nepostupoval v souladu s koncesním zákonem a svým nezákonným postupem mohl některým potenciálním uchazečům upřít právo účasti v koncesním řízení.

144. Námitku nenaplnění materiální stránky deliktu tak soud neshledal důvodnou.

145. Skutečnost, že zadavatelem byla dodržena alespoň určitá míra pravidel vyplývajících z koncesního zákona a že nebylo zcela vyloučeno soutěžní prostředí, vyhodnotil správní orgán I. stupně v bodě 402 jako polehčující okolnost a uložil zadavateli pokutu při dolní hranici možné sazby. V této skutečnosti však nelze spatřovat nenaplnění materiální stránky správního deliktu.

VI. C. 2. Zákaz plnění

146. Při ústním jednání žalobkyně a) uplatnila námitku nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na uložení zákazu plnění.

147. Přestože daná námitka nebyla vznesena ve lhůtě pro podání žaloby (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), soud se danou otázkou zabýval z úřední povinnosti, neboť jinak by nebylo možné aprobovat uložení zákazu plnění koncesní smlouvy.

148. Požadavky na přezkum úkonů zadavatele vyplývají mj. z 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. Podle bodu 81 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014, o udělování koncesí, se přitom přezkumná směrnice vztahuje i na udělování koncesí.

149. Ustanovení § 24b odst. 3 koncesního zákona pak stanoví, že *návrh musí vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovatelé 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.

150. K oprávněnosti návrhu O2 soud v podrobnostech odkazuje na body 193 až 202 napadeného rozhodnutí a body 212 až 235 prvostupňového rozhodnutí a ztotožňuje se závěry zde vyslovenými. Není pochyb o tom, že navrhovatel jako dodavatel měl zájem na plnění koncesní smlouvy. Nepochybně mu tedy případným nezákonným postupem zadavatele mimo řádné koncesní řízení mohla vzniknout újma ve smyslu § 24b odst. 3 koncesního zákona. Postup zadavatele v koncesním řízení malého rozsahu, namísto v řádném koncesním řízení, mohl navrhovateli přivodit újmu minimálně v kratším časovém prostoru pro přípravu své nabídky, jakož i v tom, že nemohl uplatnit opravné prostředky (námitky) proti postupu zadavatele. Zákonná lhůta pro podání námitek proti výběru nejvhodnější nabídky činila 15 dnů, přitom koncesní smlouva byla uzavřena již 11. den po oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. V souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137) i Soudního dvora Evropské unie (rozsudek ze dne 24. 6. 2004, *Komise v. Rakousko*, C-212/02, *Recueil*, s. I-0000, bod 24) lze konstatovat, že navrhovatel měl zájem na získání předmětné koncese a v důsledku domnělého protiprávního jednání zadavatele mu mohla vzniknout újma porušením transparentního a nediskriminačního postupu v koncesním řízení malého rozsahu.
151. Soud přihlédl k okolnostem, že návrh O2 podaný po ukončení koncesního řízení, v němž navrhovatel žádné výhrady zadavateli proti postupu v koncesním řízení malého rozsahu nesdělil, se může jevit jako šikanózní, jdoucí proti pravidlům soutěže. Byl uplatněn až po odkrytí cenových nabídek, v situaci, kdy nabídka navrhovatele neuspěla. Přestože zmíněné výhrady obou žalobkyň jsou pochopitelné a opodstatněné, je nutno zdůraznit, že výše zmíněné požadavky na ochranu práv dodavatelů na transparentní postup zadavatele navrhovateli právo na podání návrhu i za takovéto situace přiznávají. Námitku nedostatku aktivní legitimace navrhovatele proto soud neshledal důvodnou.
152. Možnost uložení zákazu plnění vyplývá z ustanovení § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona. Podle něj *Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c), s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 a § 12 odst. 5.* Podle § 25 odst. 3 koncesního zákona *Úřad zákaz plnění koncesní smlouvy dle odstavce 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 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.*
153. Co se týče věcného posouzení naplnění podmínek pro uložení zákazu plnění dle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona, žalovaný zákaz plnění uloží, pokud byl podán návrh (zde od O2), zadavatel se dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona a nejsou dány důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy.
154. Výše soud potvrdil oprávněnost podaného návrhu od O2 i správnost závěrů žalovaného, že ke spáchání správního deliktu zadavatele došlo. Za této situace je prostor pro neuložení zákazu plnění minimální: zadavatel nebo vybraný uchazeč by musel prokázat důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění ze smlouvy, přičemž ekonomický zájem stran takovým důvodem není. Soud má za to, že zajištění možnosti telefonování pro vězněné osoby by mohlo být důvodem hodným zvláštního zřetele ve smyslu § 25 odst. 3 koncesního zákona, nikoliv však požadavek žalobkyň na zajištění telefonování vězněných osob za současných podmínek podle

koncesní smlouvy. Vzhledem k tomu, že veškeré důvody, které žalobkyně tvrdily, směřovaly do ekonomické výhodnosti volání za současných podmínek; to však neodpovídá důvodům hodným zvláštního zřetele dle § 25 odst. 3 koncesního zákona. Nebylo tvrzeno ani prokázáno, že by uložením zákazu plnění nebylo možné zajistit vězněným osobám volání jiným vhodným způsobem. Námitka nesprávného posouzení uložení zákazu plnění tak není důvodná.

155. Soud vnímá tíživou situaci vybraného uchazeče, kterému mohla vzniknout škoda nesprávným postupem zadavatele. K její případné náhradě však nelze využít § 25 odst. 3 koncesního zákona, ale předpisy práva občanského.

VII. Závěr a náklady řízení

156. S ohledem na vše shora uvedené soud neshledal důvodným žádný z žalobních bodů, a proto v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žaloby jako nedůvodné zamítl.
157. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobkyně ve věci úspěch neměly (žaloby byly jako nedůvodné zamítnuty), a proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 19. 12. 2018

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu