



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **Hlavní město Praha**, se sídlem Praha 1, Mariánské náměstí 2, zastoupený Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Praha 1, Břehová 8, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **GTS Czech s.r.o.**, se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, zastoupená Tomášem Pfefferem, místem podnikání Praha 6, Šermířská 2378/3b, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.8.2011, č.j. ÚOHS-R97,98/2011/VZ-13497/2011/310-ASc,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.8.2011, č.j. ÚOHS-R97,98/2011/VZ-13497/2011/310-ASc, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 11 712,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Ing. Jana Krofty, advokáta Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Praha 1, Břehová 8.

III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.8.2011, č.j. ÚOHS-R 97,98/2011/VZ-13497/2011/310-ASc, kterým byly zamítnuty rozklady, mimo jiné i rozklad žalobců, a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.4.2011, č.j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že žalobce se coby zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů („dále jen ZVZ“), a sice tím, že nedodržel postup podle § 21 odst. 2 ZVZ, když veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 ZVZ, přičemž tento postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Dále rozhodl žalovaný, že žalobce se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, a sice tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“ bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, ačkoli byl podle ZVZ povinen toto oznámení uveřejnit.

Za spáchání obou uvedených správních deliktů byla žalobci uložena pokuta ve výši 1 100 000,- Kč.

Dále byl žalobci podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ uložen zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, a to v části plnění služeb označené v příloze č. 1 této smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředí (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS, a v části dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do tří pracovních dnů po provedení takové změny; zákaz plnění smlouvy byl uložen s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.

Pro posouzení věci je rozhodující znění ZVZ ve znění zákona č. 179/2010 Sb.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce předně zamítá, že podle § 146 odst. 2 ZVZ uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 ZVZ, a tedy nebyla v posuzovaném případě dána aktivní legitimace

navrhovatele k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 ZVZ. Rovněž nebyla splněna podmínka pro samotné uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ. Žalobce má za to, že žalovaný nesprávně dovedl nesplnění zveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu ze strany žalobce s odkazem na přísně formální důvod – nesoulad přesného znění názvu smlouvy, kterou žalobce hodlal uzavřít („Smlouva na zajištění metropolitní sítě“), a názvu smlouvy, která byla následně uzavřena („Rámcová smlouva o poskytnutí služeb elektronických komunikací“). Materiální výklad názvu těchto smluv je podle žalobce v souladu a označuje totožné plnění. Těžko lze argumentovat, že by pojem elektronické komunikace nebyl ztotožnitelný s pojmem metropolitní sítě, resp. pojem zajištění provozu s pojmem poskytnutí služeb. Žalobce argumentuje v tom směru, že na základě popisu veřejné zakázky je zřejmé, že předmětem bude nejen zajištění služeb provozu optické infrastruktury, ale rovněž jejich modifikace. Z přílohy D oznámení pak vyplývá, že žalobce vyžaduje vytvoření celistvého komunikačního prostředí, které bude dlouhodobě schopno plně uspokojit provozní nároky žalobce. Žalovaný tedy měl především z uvedených důvodů podle žalobce dospět k závěru, že oznámení o záměru uzavřít smlouvu bylo uveřejněno v souladu s § 146 odst. 2 ZVZ a v souladu s účelem ZVZ, nejsou tak splněny podmínky podle § 114 odst. 2 ZVZ a navrhovatel (GTS Czech s.r.o.) nebyl k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy aktivně legitimován.

Následně nebyl žalovaný s odkazem na § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku. V souvislosti s vyslovením zákazu plnění dále žalobce poukazuje na to, že žalovaný se nevypořádal s jeho námitkou, v níž upozorňoval na § 118 odst. 3 ZVZ, podle kterého žalovaný neuloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování smlouvy.

Ve vztahu ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ žalobce argumentuje tak, že byly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění stanovené v § 23 ZVZ – nebyla tedy naplněna skutková podstata deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Tento názor žalobce byl podpořen třemi nezávislé zhotovenými odbornými stanovisky – doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D., Ing. René Pitáka a Mgr. Ing. Jana Krofty; ze všech těchto stanovisek plyne, že žalobce byl v daném případě oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, využití jednacím řízení bez uveřejnění bylo odůvodněno a v souladu se ZVZ.

Důvodem pro takový postup bylo podle žalobce splnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle žalobce spočívá v tom, že vybraný uchazeč je jediným subjektem, který byl a nadále je schopen poskytovat požadované služby v požadovaném rozsahu, místě, kvalitě a termínech prostřednictvím své sítě. Tyto závěry vyplývají také z Usnesení Rady hlavního města Prahy pod číslem 1259 ze dne 17.8.2010 – číslo R-2284, přílohy č. 3 k důvodové zprávě.

Žalobce měl tedy k dispozici několik odborných stanovisek, naproti tomu žalovaný nepředložil žádné jiné odborné stanovisko či posouzení, které by závěry plynoucí ze stanovisek žalobce vyvracely, se závěry obsaženými v těchto stanoviscích se žalovaný ani nijak nevypořádal. Na základě pouhého konstatování, že není pravda, že v době zahájení zadávacího řízení neexistovala jiná optická síť (aniž by byla zohledněna její kvalita a rozsah ve vztahu k potřebám zadavatele), žalovaný zpochybnil zpracované posudky, přitom jejich závěry se nijak nezabýval.

Podle žalobce v rozhodné době neexistovala paralelní (páteřní) síť dle potřeb žalobce, resp. neexistoval nikdo, kdo by takovou sítí disponoval, resp. byl schopen veřejnou zakázku plnit. Pro plnění veřejné zakázky je podle žalobce důležitá nikoli pouhá existence optické sítě, nýbrž to, aby propojovala stanovené koncové body Magistrátu hlavního města Prahy a jednotlivých městských částí; pouhá existence jiné optické sítě podle žalobce nemůže vést k závěru, že předmět veřejné zakázky může plnit jakýkoli dodavatel, který takovou sítí disponuje.

Žalovaný tedy ke svému rozhodnutí dospěl na základě neúplného a nesprávného skutkového zjištění. Tato skutečnost plyne z toho, že veškeré podstatné skutečnosti jsou otázkami technického charakteru a žalovaný podle žalobce nedisponuje takovými technickými znalostmi, aby mohl bez dalšího zkoumání učinit závěry ohledně naplnění důvodu pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, a to tím spíše, že legitimita postupu žalobce byla podložena shora uvedenými stanovisky.

Ve vztahu ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ žalobce namítá, že se tohoto deliktu dopustit nemohl, neboť neměl povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení (otevřeného, užšího a jednacích s uveřejněním) ani soutěžního dialogu. Jednou z nebytných podmínek pro naplnění skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ je zahájení některého z právě uvedených druhů zadávacích řízení, což v daném případě nenastalo, tudíž žalobce nemohl uvedený správní delikt spáchat.

Dále žalobce namítá, že žalovaný při posuzování odpovědnosti žalobce za správní delikt nezohlednil to, že žalobce vynaložil veškeré nutné úsilí, aby jeho postup při zadávání veřejné zakázky byl v souladu se ZVZ. Žalobce předem nechal zpracovat analýzy, aby si byl jist, že volba postupu prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejněním je správná. Žalobce tedy vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možno požadovat, aby z jeho strany k porušení ZVZ nedošlo. Proto má žalobce za to, že i kdyby skutkové podstaty obou správních deliktů naplnil, pak by za delikty podle § 121 odst. 1 ZVZ neodpovídal.

Žalobce dále namítá i to, že pokuta mu byla uložena v nepřiměřené výši, zejména s ohledem na jednání žalobce před a v průběhu zadávacího řízení.

Žalobce konečně namítá i procesní pochybení spočívající v tom, že žalovaný nezjistil odpovídajícím způsobem stav věci. Kromě toho žalovaný porušil § 36 odst. 3 správního řádu, neboť neposkytl žalobci možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí

před jeho vydáním – žalobce nebyl vyrozuměn o provádění důkazního prostředku zjišťováním skutečnosti, zda v Praze disponuje optickou sítí v době zahájení zadávacího řízení kromě zadavatele ještě někdo jiný, a skutečnosti, zda i jiní dodavatelé mají reálnou možnost nabídnout zadavateli požadované plnění (bod 53. prvostupňového rozhodnutí a bod 35. napadeného rozhodnutí), a následně neměl možnost se k tomuto podkladu vyjádřit.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou a navrhuje její zamítnutí. Setrvává přitom na závěrech, které prezentoval už v napadeném rozhodnutí.

I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Žaloba je důvodná.

IV.1.

Soud přezkoumával napadené rozhodnutí v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.). S ohledem na tyto body se soud nejprve zabýval otázkou samotné aktivní legitimace navrhovatele (GTS Czech s.r.o.), tj. otázkou, zda žalovaný k tomuto návrhu vůbec mohl správní řízení vést a zda tedy vůbec mohl ve správním řízení napadené rozhodnutí vydat.

Podle § 114 odst. 2 ZVZ po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku lze podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení nebo proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému ZVZ. Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy. V posuzované věci se jedná o první z obou těchto návrhů.

Návrh na zahájení řízení o uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 ZVZ nelze zaměňovat s podmínkami pro vydání rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 ZVZ. Zatímco podmínkou pro podání návrhu je

neuveřejnění zadávacího řízení, podmínkou pro vydání rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy (tu podle § 118 odst. 2 písm. a/ ZVZ) je spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 11 odst. 5 ZVZ. Správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ se přitom zadavatel dopustí tehdy, pokud uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, ačkoli měl povinnost takového uveřejnění. Podmínkou pro podání návrhu na zahájení řízení o uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 ZVZ je tedy neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, přitom otázka splnění podmínek pro uložení takového zákazu, tedy i otázka dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ, je otázkou samostatnou, posuzovanou až v průběhu správního řízení vedeném o takovém návrhu pro rozhodnutí ve věci.

Žalobce zadával veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Jestliže zvolil tento druh zadávacího řízení (tu bez ohledu na to, zda byl tento druh zvolen správně, to je v řízení před zdejším soudem otázkou meritorní), pak z pohledu možnosti podat návrh podle § 114 odst. 2 ZVZ je podstatné, že využívá-li zadavatel jednacím řízení bez uveřejnění, k žádnému uveřejňování zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ nedochází. Zadavatel sice může učinit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ, toto dobrovolné oznámení však není uveřejněním zadávacího řízení; tím je uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení. Zatímco pro uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení jsou zákonem předepsány formuláře (§ 146 odst. 3 ZVZ) a seznam povinně uveřejňovaných údajů je stanoven prováděcím předpisem podle § 146 odst. 6 ZVZ vydaným na základě § 159 odst. 4 ZVZ, rozsah ani obsah oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ není zákonem upraven. Veškeré podrobnosti uveřejňování stanovené v § 146 a § 147 ZVZ se týkají pouze uveřejňování „vyhlášení“ (povinného uveřejňování podle § 146 odst. 1 ZVZ), nikoli uveřejňování dobrovolného oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ, a tedy ani prováděcí předpis (v rozhodné době vyhláška č. 339/2010 Sb.) nemůže na dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ dopadat – chybí k tomu zákonné zmocnění.

Oznámení podle § 146 odst. 1 ZVZ a oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ jsou formálně dvěma odlišnými oznámeními. Jestliže náležitosti dobrovolného oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ nejsou nijak upraveny, nemůže být dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ ani materiálně postaveno naroveň uveřejnění zadávacího řízení, tj. vyhlášení podle § 146 odst. 1 ZVZ. Pak tedy oznámení podle § 146 odst. 1 ZVZ a oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ jsou i materiálně dvěma odlišnými oznámeními. Proto jsou z pohledu aktivní legitimace k podání návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ irelevantní argumenty žalobce a žalovaného v tom směru, zda žalobce popsal smlouvu, kterou hodlal uzavřít, v dobrovolném oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ řádně či nikoli.

Dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ tedy není uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ a pro účely posuzování přípustnosti návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ není ani jeho alternativou.

V posuzované věci tedy nedošlo k uveřejnění zadávacího řízení (podle § 146 odst. 1 ZVZ) a smlouva tak byla uzavřena bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení – to je ostatně podstatou jednacím řízení bez uveřejnění, na níž z pohledu možnosti podat návrh podle § 114 odst. 2 ZVZ ani dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ ničeho nemění. Už z tohoto důvodu bylo možno podat návrh na zahájení řízení podle § 114 odst. 2 ZVZ a o tomto návrhu vést žalovaným správní řízení – a teprve v něm zohledňovat a posuzovat dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 ZVZ z pohledu spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ při zkoumání podmínek pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ.

Žalovaný tedy řízení, v němž bylo vydáno nyní napadené rozhodnutí, vést mohl. Opačné argumentaci žalobce tedy soud nepřisvědčuje.

IV.2.

Za tohoto stavu se soud zabýval klíčovou otázkou, a sice zda byly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 ZVZ či nikoli. Pokud by splněny byly, jak žalobce tvrdí, nemohl by žalobce spáchat správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ ani podle § 120 odst. 2 písm. c) ZVZ.

V průběhu správního řízení žalobce (a shodně i vybraný uchazeč) argumentoval tak, že požadované plnění lze poskytovat pouze „na síti Pragonet“, protože jiná alternativní síť není k dispozici. V době zahájení zadávacího řízení měla optická infrastruktura vybraného uchazeče pokrývat 75% přípojných míst žalobce a nikdo jiný v minulosti nebyl schopen nabídnout obdobnou infrastrukturu a spektrum požadovaných služeb. To žalobce opíral o odborná posouzení technického i právního charakteru.

Naproti tomu žalovaný z internetových stránek www.gts.cz (stránky toho, kdo návrh na zahájení řízení k žalovanému podával) zjistil, že i v době zahájení zadávacího řízení disponoval optickou sítí v Praze tento návrhovětel, což žalovaný doplnil tím, že je mu z jeho úřední činnosti známo, že optickou sítí v Praze disponovala v době zahájení zadávacího řízení i společnost Telefónica O2 Czech Republic, a.s. Z toho žalovaný dovodil, že vybraný uchazeč tedy není jediným provozovatelem optické sítě v Praze. Odborná stanoviska, jimiž argumentoval žalobce, tedy podle žalovaného vycházela z chybného předpokladu, že v Praze v době zahájení zadávacího řízení neexistovala jiná optická síť. Žalobce nyní v žalobě tvrdí, že sama existence optické sítě, resp. to, že dodavatel takovou sítí disponuje, není pro plnění veřejné zakázky podstatné.

K jednotlivým argumentům, které žalobce uplatnil v průběhu správního řízení, žalovaný nikterak nezpochybňoval skutečnost, že síť Pragonet, jejíž rozvoj žalobce

od počátku až do roku 2003 z pozice spoluvlastníka přímo ovlivňoval, pokrývala v době zahájení zadávacího řízení většinu přípojných míst žalobce. To však ještě podle žalovaného neznámá, že by ostatní dodavatelé nebyli schopni sami, ve sdružení nebo s pomocí subdodavatelů zadavatelem požadované plnění nabídnout na vlastních optických sítích, pokud by zadavatel v rámci řádného zadávacího řízení stanovil dostatečné lhůty s ohledem na předmět veřejné zakázky.

Korigovat je třeba ten závěr žalovaného, že dodávky bylo možno splnit prostřednictvím subdodavatele, resp. že by tato možnost byla postavena naroveň soutěži o veřejnou zakázku mezi dodavateli. Kalkulovat už v době zahájení zadávacího řízení s tím, že dodavatel sice nebude schopen zajistit plnění sám, avšak může si zajistit subdodávky, ve skutečnosti nezajišťuje efektivní soutěž o veřejnou zakázku. Tento odlišný náhled žalovaného a soudu však není pro posouzení věci podstatný.

Pokud jde o možnost podat samostatnou nabídku nebo nabídku ve sdružení (více dodavatelů), tu žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí dovedl pouze z údajů na internetových stránkách (ve vztahu k GTS Czech s.r.o.) a z toho, že je to žalovanému známo z jeho úřední činnosti (ve vztahu k Telefónica Czech Republic, a.s.).

Ve vztahu k možnostem GTS Czech s.r.o. není z ničeho, co by procházelo správním spisem, patrné, zda je tato společnost schopna plnění poskytnout v požadovaném rozsahu, místě, kvalitě a termínech prostřednictvím své sítě. Ve vztahu k možnostem Telefónica Czech Republic, a.s. není patrné, z jaké úřední činnosti jsou východiska žalovaného známa – z pohledu přezkumu je podstatné, že žalovaný neindikuje, odkud tato zjištění pocházejí, a zdejšímu soudu nic v tomto směru známo není.

Jestliže žalobce už v usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 17.8.2010 popisoval specifika, která podle něj brání tomu, aby požadované plnění dodal kdokoli jiný než vybraný uchazeč, a jestliže především technické odborné posouzení ing. René Pitáka se rovněž vyjadřovalo v témže smyslu, pak nic z toho není údajnými informacemi pocházejícími z internetových stránek GTS Czech s.r.o. nebo z blíže neidentifikované úřední činnosti žalovaného vyvráceno. Je třeba dodat, že obě právní stanoviska již vycházejí z předpokladu, že alternativa plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem není z technických důvodů možná, a tedy ve vztahu k posouzení technických důvodů je třeba zabývat se shora uvedeným technickým stanoviskem ing. Pitáka – a k závěrům tam obsaženým se ve správním řízení primárně vyslovovat. Závěry obsažené v právních stanoviscích, kterými žalobce ve správním řízení argumentoval, mohou mít význam až v případě, kdy by byla najisto postavena otázka technické nemožnosti alternativy plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem – to není otázkou právní, nýbrž odbornou technickou.

Jestliže žalobce argumentuje, že sám fakt akcentovaný žalovaným, že i jiní dodavatelé disponují optickou sítí, není podstatný, neboť pouhá existence jiné optické sítě nepostačuje k závěru, že předmět veřejné zakázky může plnit kdokoli, kdo takovou sítí v Praze disponuje, k této otázce chybí jakýkoli podklad a logicky tak chybí i jakýkoli ověřitelný závěr žalovaného. Jestliže sám žalovaný už

v prvostupňovém rozhodnutí vychází z toho, že nikdo z účastníků správního řízení nerozporoval, že jedinou vhodnou technologií je optická síť, pak není z ničeho patrné, proč žalovaný dovozuje, že jiní dodavatelé, byť by optickou sítí skutečně disponovali, jsou reálně schopni žalobcem poptávané plnění realizovat.

Jak již bylo shora uvedeno, zjištěními ohledně možností GTS Czech s.r.o. a Telefónica Czech Republic, a.s. není argumentace žalobce o možnosti dodávky toliko jediným dodavatelem vyvrácena. Závěry žalovaného o takové nemožnosti není opřena o spolehlivý a vypovídající podklad rozhodnutí – a v této otázce je zapotřebí se žalobní argumentací souhlasit.

Toto si žalovaný už v průběhu správního řízení zřejmě byl vědom, neboť právě za účelem zjištění, zda i jiní dodavatelé mají reálnou (a nikoli pouze teoretickou) možnost nabídnout zadavateli požadované plnění, provedl ve stádiu řízení o rozkladu doplnění dokazování, v rámci něhož oslovil obě shora zmiňované společnosti coby další v úvahu přicházející dodavatele, aby žalovanému sdělili, zda a případně v jakém časovém horizontu by byli schopni zajistit požadované propojení přípojných bodů. Ze sdělení společnosti Telefónica Czech Republic, a.s. podle žalovaného vyplynulo, že propojení specifikovaných lokalit by bylo možné nejpozději do 10 měsíců, přičemž u lokalit, na něž se tato maximální lhůta vztahuje, tento subjekt nabízí náhradní řešení vybudované do 12 týdnů (poptávané rychlosti 10 Mb/s a 100Mb/s jsou poskytovány bez omezení, rychlost 1 Gb/s je dočasně omezena na cca 100 až 300 Mb/s). Z předloženého přehledu současně podle žalovaného vyplývá, že u lokalit, u nichž by mohlo být připojení realizováno až v maximální lhůtě 10 měsíců a zároveň by nemohlo být zajištěno náhradní řešení bez výše uvedeného omezení, je celkem 14 z celkového počtu 106 lokalit. Ze sdělení GTS Czech s.r.o. pak podle žalovaného vyplynulo, že u většiny lokalit by tento dodavatel byl jejich propojení schopen zajistit ihned, resp. do 2 měsíců.

Přestože právě z těchto sdělení žalovaný dovozuje možnost realizace dodávek jinými (právě dvěma uvedenými) dodavateli, a tedy jsou nepochybně podstatným podkladem jeho závěru obsaženého v napadeném rozhodnutí, neboť právě na něm je založena technická možnost plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, tento podklad byl opatřen až po podání rozkladů, tedy v průběhu řízení ve druhém stupni, bez toho, že by se s ním měl žalobce možnost seznámit a proti němu argumentovat, jak činí nyní v žalobě. Ze správního spisu totiž plyne, že usnesením ze dne 22.11.2010 byla sice žalobci stanovena lhůta k možnosti využít práva na seznámení se s podklady rozhodnutí do 10.12.2010, následně i po tomto datu (stále ještě v průběhu řízení v prvním stupni) byl podklad rozhodnutí doplňován, a to až do 23.3.2011 (jednalo se o doplňování podkladu od samotného žalobce), následně bylo dne 18.4.2011 vydáno prvostupňové rozhodnutí, proti kterému podal žalobce dne 6.5.2011 rozklad; poté dne 9.5.2011 podal rozklad i vybraný uchazeč. Poté, konkrétně dne 16.5.2011, žalovaný žádal společnosti GTS Czech s.r.o. a Telefónica Czech Republic, a.s., aby žalovanému sdělili, zda a případně v jakém časové horizontu by byly schopny zajistit požadované propojení přípojných bodů, odpovědi byly doručeny žalovanému dne 30.5.2011 od Telefónica Czech Republic, a.s. a dne 3.6.2011 od GTS

Czech s.r.o., poté již bylo dne 26.8.2011 vydáno nyní napadené rozhodnutí, které z uvedených podkladů vycházelo (opakovaně je na tento podklad odkazováno v bodech 35. a 45.) a které o skutečnosti opřené z tohoto podkladu opíralo zamítnutí žalobcova rozkladu (i rozkladu vybraného uchazeče).

Přestože byl podklad rozhodnutí shora popsáním způsobem doplňován, ze správního spisu neplyne, že by byla dána žalobci možnost se k takto doplněnému podkladu vyjádřit, ani že by byl žalobce o takovém dokazování vůbec informován. Jestliže nyní žalobce namítá, že mu tím bylo upřeno právo podle § 36 odst. 3 správního řádu, dává mu soud zapravdu.

Z pohledu vlivu porušení § 36 odst. 3 správního řádu na zákonnost napadeného rozhodnutí je podstatné, že podklad doplněný po podání rozkladů (a logicky tak i po uplynutí původní lhůty, která byla žalobci stanovena do 10.12.2010) se stal klíčovým podkladem pro závěr žalovaného v tom směru, že i jiní dodavatelé mají reálnou (a nikoli pouze teoretickou) možnost nabídnout zadavateli požadované plnění. Proti tomuto závěru žalobce nyní argumentuje, nemohl tak ve vztahu k získanému podkladu rozhodnutí ovšem činit již v průběhu správního řízení – a tedy napadené rozhodnutí se nemohlo s případnou potiargumentací žalobce nikterak vypořádat. Bez takto dodatečně doplněného podkladu nemůže napadené rozhodnutí obstát, neboť jinak vychází prakticky výlučně z tvrzení GTS Czech s.r.o., která podala návrh na zahájení správního řízení a logicky přinášela argumenty proti postupu žalobce, z údajů na jejích internetových stránkách a z blíže neidentifikované „úřední činnosti žalovaného“. Pro posouzení věci se s ohledem na veškerou argumentaci, která byla žalobcem snesena, jeví jako podstatné, zda jiní dodavatelé byli fakticky schopni žalobcem poptávané plnění poskytnout, k čemuž právě mělo doplnění dokazování směřovat. Proto je zapotřebí toto dokazování považovat za klíčové a nemožnost žalobce být seznámen s tím, že takto dokazováno bylo, a nemožnost se k takto získanému podkladu vyjádřit, vyvolává vadu řízení, která nutně měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

Ze shora uvedeného soud uzavírá, že podstatnou otázkou pro posouzení spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (a v návaznosti na to i správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. c) ZVZ) je otázka, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé. To je totiž určující pro posouzení, zda byly splněny podmínky jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

Žalovaný totiž vyšel z toho, že pro plnění zakázky je třeba disponovat optickou sítí, kterou disponují i další dva dodavatelé (GTS Czech s.r.o. a Telefónica Czech Republic a.s.). I kdyby vzal soud tuto skutečnost za nespornou, neboť ji ani žalobce v průběhu správního řízení nerozporoval a nečiní tak ani nyní v žalobě, není najisto postaveno, zda sama dispozice takovou sítí umožňuje žalobcem poptávané plnění skutečně realizovat. Ohledně této otázky tu proti sobě stojí tvrzení žalobce a vybraného uchazeče, že tomu tak není, na straně jedné a tvrzení GTS Czech s.r.o. a Telefónica Czech Republic a.s., že tomu tak je, na straně druhé. Posléze uvedená dvě

vyjádření, z nichž je žalovaným dovozován důkaz v neprospěch žalobce, jsou přitom podkladem rozhodnutí, s nímž se žalobce neměl možnost seznámit a proti němu před žalovaným argumentovat – a která nebyla ani žalovaným náležitě odborně vypořádána.

Otázka, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé, je otázkou odbornou, kterou je zapotřebí vyřešit zodpovědnou úvahou žalovaného, jež bude případně založena i na odborném posouzení, které si žalovaný nechá v rámci správního řízení vypracovat; takovou úvahu nelze nahradit pouze mechanickým argumentem založeným na tom, že optickou sítí disponují i ostatní dodavatelé, a mechanickým, tj. nijak neverifikovaným převzetím sdělení o tom, že i jiní dodavatelé by byli schopni plnění realizovat. Nelze totiž přehlédnout, že ve správním řízení, které bylo ukončeno vydáním napadeného rozhodnutí, lze vidět prvek kontradiktornosti přinejmenším mezi žalobcem coby zadavatelem na jedné straně a návrhovatelem (GTS Czech s.r.o.). Za situace, kdy řízení před žalovaným, byť je vedeno o správním deliktu žalobce a o uložení zákazu plnění smlouvy, která byla sporným postupem žalobce uzavřena, může být vyvoláno dodavatelem, jde sice o správní řízení sankčního typu (výsledkem řízení může být sankce uložená žalobci za porušení zákona a splnění nápravného opatření uloženého žalobci v souvislosti s porušením zákona), avšak jde zároveň o správní řízení, které v sobě prvek kontradiktornosti zjevně obsahuje. Tento prvek pramení ze vztahu mezi dodavatelem, podávajícím návrh, a žalobcem coby zadavatelem, ve vztahu k jehož postupu je porušení ZVZ a naplnění znaků správního deliktu zkoumáno; dodavatel podávající návrh i žalobce coby zadavatel jsou účastníky správního řízení, dodavatel snáší žalovanému svá podezření z porušení ZVZ žalobcem a ten podezření z tohoto porušení vyvrací. Pak jakákoli vzájemně protichůdná sdělení těchto účastníků je zapotřebí žalovaným odborně verifikovat.

Východisko žalovaného, jak je zdůrazňuje především v bodu 41. prvostupňového rozhodnutí, a sice že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných okolností odůvodňujících výjimku z jinak předepsaných postupů (v daném případě tedy postup v jednacím řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se výjimky dovolává, tedy žalobce, považuje soud za správné. Odpovídá to pohledu (dnešního) Soudního dvora, jak se jej i žalovaný dovolává (rozsudek ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*). V posuzované věci se ovšem takové důkazní břemeno snaží unést žalobce tím, že předkládá odborné stanovisko technického charakteru (stanovisko ing. Pitáka), z něhož při volbě postupu v jednacím řízení bez uveřejnění vycházel, a je na žalovaném, aby technické důvody tam zmiňované, jež jsou podle žalobce důvodem pro využití jednacím řízení bez uveřejnění, verifikoval, tedy aby na základě uvedení konkrétních technických důvodů buď potvrdil, že jiní dodavatelé, byť disponující optickou sítí, nejsou schopni plnění fakticky realizovat, anebo to vyvrátil. Teprve bude-li to vyvráceno, lze mít za spolehlivě prokázané, že technické důvody nebrání realizaci plnění i jinými dodavateli než tím, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž nakonec

uzavřel i smlouvu. Nic takového žalovaný před vydáním napadeného rozhodnutí neprovedl.

Otázka reálné možnosti (schopnosti) realizovat žalobcem poptávané plnění i jinými dodavateli je tedy otázkou klíčovou a chybí-li k vyřešení této otázky dostatečný podklad (k němuž by se nadto žalobce mohl ve správním řízení vyjádřit), pak jde o nedostatek podkladu rozhodnutí natolik podstatný, že jej nelze zhojit doplněním dokazování před soudem; těžiště dokazování o klíčové otázce by se tak přesunulo do stádia řízení o žalobě proti napadenému rozhodnutí a soud by v této klíčové otázce napadené rozhodnutí nepřezkoumával, nýbrž by teprve tuto otázku fakticky „za žalovaného“ řešil.

IV.3.

Ze shora uvedeného plyne, že napadené rozhodnutí je dílem zatíženo vadou řízení spočívající v tom, že skutkový stav ohledně možnosti realizovat žalobcem poptávané plnění i jinými dodavateli než tím, s kým žalobce jednal a s kým nakonec uzavřel smlouvu, nemá ve správním spisu oporu; sám fakt, že GTS Czech s.r.o. disponuje optickou sítí, i kdyby jej bylo možno vzít za nesporný, ještě neposkytuje odpověď na otázku, zda je schopen z technických důvodů žalobcem poptávané plnění realizovat, a jiný konkrétní podklad, s nímž by měl žalobce možnost se seznámit, ve správním spisu obsažený není.

To je důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s.

Napadené rozhodnutí je rovněž dílem zatíženo vadou řízení spočívající v porušení práva žalobce na seznámení se s podkladem rozhodnutí a k vyjádření se k němu před vydání rozhodnutí, jak mu zaručuje § 36 odst. 3 správního řádu; to se týká podkladu shromážděného ve stádiu řízení o rozkladech, na němž žalovaný, byť nedostatečně, jak shora uvedeno, založil svůj závěr o tom, že i jiní dodavatelé (GTS Czech s.r.o. a Telefónica Czech Republic a.s.) by byli schopni plnění realizovat.

To je dalším důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí, a sice podle § 76 odst. 1 písm. c) s.ř.s.

Za shora popsaného stavu je nadbytečné vyjadřovat se k další dílčí žalobní argumentaci, neboť deklarování správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ je v posuzované věci odvislé od posouzení spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Nad rámec shora uvedeného zdejší soud pro další řízení před žalovaným nicméně dodává, že pokud jde o dílčí závěr žalovaného, že finanční náročnost vybudování, resp. dobudování nové sítě, kterou mimo žalobce zdůrazňují ve svých stanoviscích doc. Jurčík a Ing. Piták, není důvodem opravňujícím zadavatele k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ani s tímto závěrem nelze bezvýhradně souhlasit. Ve shodě se žalobcem zmiňovanou literaturou (*Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI,*

2006, str. 123) i zdejší soud považuje situaci, kdy by plnění od jiného dodavatele vyvolalo podstatně a nepřiměřeně vyšší finanční náklady na straně žalobce, za důvod, který by obstál jako pádný argument pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. Přestože je smyslem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek zajištění férové a co nejširší soutěže o veřejnou zakázku a přestože je třeba ZVZ vykládat se zohledněním tohoto základního smyslu, není důvodu ZVZ mechanicky aplikovat tak, že by měla probíhat fakticky jen „soutěž pro soutěž“ i za cenu dramaticky, podstatně a nepřiměřeně vyšších nákladů hrazených z veřejných prostředků. Přestože lze tedy jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ využít z důvodů vyšších nákladů na straně žalobce pouze výjimečně a odůvodněně (je-li prokázáno, že by tyto náklady byly skutečně dramaticky vyšší), absolutní odmítnutí argumentace hospodárností zadávacího řízení není namístě.

Ze shora uvedených nosných důvodů tedy soud napadené rozhodnutí zrušil a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

V dalším řízení před žalovaným bude zapotřebí nejprve najisto postavit otázku, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé, jak je shora uvedeno, a teprve následně věc právně vyhodnotit. Řádný podklad pro vyřešení této otázky musí být součástí správního spisu a žalobce coby účastník řízení s ním musí být seznámen a musí mu být dán prostor k tomu, aby se k takovému podkladu mohl vyjádřit.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu náleží právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady řízení ve výši 3 000,- Kč za zaplacený soudní poplatek; právo na jejich náhradu tedy soud přiznal společně s náklady právního zastoupení (tři úkony právní služby, tj. převzetí a příprava zastoupení, žaloba a replika podle § 11 odst. 1 písm. a/ a d/ společně se třemi režijními paušály ve výši podle § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu – celkem 7 200,- Kč, s navýšením o částku odpovídající DPH, celkem 8 712,- Kč) v celkové výši 11 712,- Kč. K zaplacení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího

správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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.

V Brně dne 8.2.2013

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová