



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. Petra Polácha v právní věci žalobce: **GTS Czech s.r.o.**, se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, zastoupený JUDr. Petrem Hostašem, advokátem, ČÍŽEK HOSTAŠ advokátní kancelář, v.o.s., se sídlem Praha 1, Na Struze 1740/7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **1. Česká republika – Moravský zemský archiv v Brně**, se sídlem Brno, Palachovo nám. 1, zastoupená JUDr. Martinem Machačem, advokátem se sídlem Brno, Kobližná 19, **2. Telefónica Czech Republic, a.s.**, se sídlem Praha 4, Za Brumlovkou 266/2, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.8.2011, č.j. ÚOHS-R123/2011/VZ-13327/2011/310-ASc,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.8.2011, č.j. ÚOHS-R123/2011/VZ-13327/2011/310-ASc, **se zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 11 640,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku krukám JUDr. Petra Hostaše, advokáta se sídlem Praha 1, Na Struze 1740/7.

III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.8.2011, č.j. ÚOHS-R123/2011/VZ-13327/2011/310-ASc, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí žalovaného vydané v prvním stupni správního řízení č.j. ÚOHS-S108/2011/VZ-6401/2011/510/MOn ze dne 19.5.2011.

I. Podstata věci

Zadavatel (Česká republika – Moravský zemský archiv v Brně) zadával veřejnou zakázku na „Telekomunikační služby pro Moravský zemský archiv v Brně“. Žalobce podal k žalovanému návrh na přezkum úkonů zadavatele, kde namítal, že zadávací podmínky byly diskriminační, neboť zadavatel spojil plnění v oblasti pevných i mobilních komunikačních služeb, čímž došlo k podstatnému omezení počtu možných zájemců o veřejnou zakázku.

Žalovaný se ve správním řízení naopak ztotožnil s názorem a tomu odpovídajícím postupem zadavatele, podle kterého nelze vybrat nezávisle na sobě dodavatele služeb v oblasti pevných a mobilních sítí, neboť služby v obou sítích budou muset být navzájem propojeny a fungovat jako celek. Proto žalovaný návrh žalobce zamítl podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách („ZVZ“).

Tento závěr žalovaného nyní žalobce napadá žalobou.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce argumentuje věcně shodně jako v průběhu správního řízení. Podle žalobce mohlo v důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky podat nabídku méně dodavatelů, tedy těch, kteří nabízejí služby jak v oblasti pevných, tak mobilních komunikačních sítí, což je projevem skryté diskriminace, a tedy porušením jedné ze zásad podle § 6 ZVZ. Žalovaný se neměl spokojit s tím, že zadavatel před zahájením zadávacího řízení měl údajně jejich samostatné nebo společné požadování zvažovat, nýbrž měl zkoumat povahu plnění z toho pohledu, zda bylo nezbytně nutné vyžadovat společné plnění těchto služeb, měl zkoumat možnost propojení obou sítí a měl zohlednit i to, že podmínku propojení sítí mohl zadavatel zajistit jinými podmínkami v rámci zadávacích podmínek, které by vítězní uchazeči v obou typech plnění museli splnit.

Žalobce argumentuje v tom směru, že žalovaný měl zkoumat situaci na telekomunikačním trhu v České republice, což neučinil. Podle žalobcova tvrzení v České republice existuje zřejmě pouze jeden dodavatel, který je samostatně schopen zadavatelem požadované plnění poskytnout – Telefónica Czech Republic, a.s. V případě zadávání samostatné veřejné zakázky na část v oblasti pevných a mobilních sítí se podle žalobce mohli o zakázku ucházet v segmentu mobilních sítí tři dodavatelé

a v segmentu pevných sítí nejméně devět dodavatelů, mezi nimi i žalobce. Důkazem nevhodného spojení obou typů služeb je podle žalobce i nízký počet podaných nabídek, dokonce pouze jediná nabídka později vítězného uchazeče - Telefónica Czech Republic, a.s.

Žalobce odmítá akcent žalovaného na možnost uzavření subdodavatelských vztahů; jednak to není plnohodnotnou alternativou soutěže o veřejnou zakázku, která by probíhala přímo mezi jednotlivými dodavateli, kteří by mohli nabídnout celé plnění, žalobce ani neměl možnost subdodavatelský vztah uzavřít, nadto podle žalobce tímto argumentem žalovaný popírá nemožnost propojení pevných a mobilních sítí odlišných subjektů, což by byl stav, který by nastal při samostatném poptávání pevných a mobilních telekomunikačních služeb.

Žalovaný se podle žalobce dostatečně nezabýval ani jeho výhradami k technickým podmínkám obsaženým v zadávací dokumentaci.

Žalobce tedy z uvedených nosných důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, 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 ve svém vyjádření plně setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí, a na tyto závěry a podrobné odůvodnění k jednotlivým sporným otázkám odkázal.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

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.

Soud nikterak nezpochybňuje závěr žalovaného, že vymezení předmětu veřejné zakázky (tedy co vlastně zadavatel po dodavatelích potřebuje a jaké plnění tak v rámci zadávacího řízení poptává) je otázkou, jejíž zodpovězení závisí výlučně na potřebách zadavatele (především bod 47. prvostupňového rozhodnutí žalovaného), neboť i podle

soudu je to právě zadavatel, který zná nejlépe své vlastní potřeby a je schopen je nejpřesněji a věcně nejlépe definovat. Stejně tak zdejší soud nezpochybňuje, že je na zadavateli, aby se on sám na základě svých vlastních potřeb rozhodl, v jakém rozsahu bude plnění v zadávacím řízení poptávat. Takto však otázka správného (z pohledu ZVZ zákonného) vymezení předmětu jediné veřejné zakázky, a to bez možnosti podávání nabídek na části, nemůže být pro žalovaného pokládána za vyčerpanou a takto nemůže stát ani otázka pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele z pohledu ZVZ.

Při přezkumu úkonů zadavatele, konkrétně při přezkumu toho, jaké plnění zadavatel pořadil pod předmět jediné veřejné zakázky, žalovaný nemůže mechanicky převzít zadatelovu představu o tom, jaké plnění hodlá poptávat, konkrétně jaké plnění „naváže“ na jiné plnění a poptává je jako celek. Musí se vymezeným předmětem veřejné zakázky, v daném případě tedy provázáním služeb v oblasti pevných a mobilních sítí, zabývat z toho pohledu, co takto vymezený předmět veřejné zakázky z pohledu efektivní soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku ve skutečnosti způsobí. Přestože ZVZ ani jiný zákon nevymezuje, jaké plnění může být v rámci předmětu jediné veřejné zakázky „navázáno“ na jiné plnění, je zadavatel i při samotném vymezení veřejné zakázky vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady podávané z § 6 ZVZ, mimo jiné i zásadu nediskriminace (zásadu zákazu diskriminace). Její neporušení tedy musí být žalovaným řádně přezkoumáváno i ve vztahu k samotnému předmětu veřejné zakázky, k němuž lze v zadávacím řízení podávat jednu nabídku jako k celku, tu tedy ve vztahu k provázání služeb v oblasti pevných a mobilních sítí.

Správně v uvedené souvislosti žalobce argumentuje potřebou aplikovat závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008, který se zabýval skrytou diskriminací. Tyto závěry jsou vystavěny na myšlence, že podle strohé dikce § 6 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Důvodová zpráva k návrhu ZVZ řadila princip zákazu diskriminace k hlavním principům ZVZ (důvodová zpráva k návrhu ZVZ ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, www.psp.cz). Význam zásady zákazu diskriminace, která je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), a v jistém slova smyslu je tedy rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou samou o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. ZVZ tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak

zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).

Zdejší soud dodává, že tyto závěry, byť byly vysloveny k otázce diskriminace stanovením požadavků na kvalifikaci, jsou obecně aplikovatelné na veškeré postupy zadavatelů v zadávacích řízeních, tedy mimo jiné jak na stanovení kvalifikace, na stanovení způsobu hodnocení nabídek, na stanovení jiných (smluvních) podmínek, které musí být v případě uzavření smlouvy vybraným uchazečem plněny, tak na samotné vymezení předmětu veřejné zakázky. Dodržení zásad podle § 6 ZVZ, a tedy i zásady zákazu diskriminace, je pro zadavatele povinností základní a obecnou. Dodržet zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ, včetně zákazu diskriminace skryté, je třeba v průběhu celého zadávacího řízení při jakémkoli úkonu zadavatele, jehož smyslem je dodržet konkrétní předepsaný postup podle ZVZ, a to bez ohledu na skutečnost, zda je obsahová a formální náplň takového úkonu ve všech jeho detailech popsána v dalších konkrétních ustanoveních ZVZ, jež takové úkony zadavatele upravují.

Z pohledu posouzení samotné přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí je podstatné, že žalobce už v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele argumentoval porušením zásady zákazu diskriminace, konkrétně tím, že zadavatel požadoval společné plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí, čímž mělo dojít k podstatnému omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Takto vymezená podstata návrhu byla společně s navazující argumentací pro žalovaného určující.

Mělo-li být posouzeno, zda postup zadavatele není diskriminačním, pak si nebylo lze vystačit s východiskem, podle něhož je diskriminací, a tedy porušením § 6 ZVZ, stav, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, nýbrž bylo třeba se důkladně zabývat otázkou, zda navenek stejný postup ve vztahu ke všem dodavatelům, který se v daném případě může projevovat týmž (jednotným) vymezením předmětu veřejné zakázky, nevylučuje ze soutěže o veřejnou zakázku ty dodavatele, kteří by ve výsledku mohli plnění poptávané zadavatelem, bylo-li by poptáváno odděleně, splnit za podmínek efektivní soutěže. Podmínkou tu pochopitelně je, aby takové oddělené plnění bylo vůbec možné – a to tedy nutně bylo klíčovou odbornou otázkou pro žalovaného.

Jestliže tedy zadavatel, byť podle svého vlastního rozhodnutí, poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů (dokonce pouze jediný dodavatel, jak tvrdí žalobce), zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak

poskytují samostatně (tento fakt v daném případě může plynout už z toho, že na trhu podle tvrzení žalobce existuje vyšší počet dodavatelů, kteří poskytují buď jedno nebo druhé plnění v rámci spojeného celkového plnění), pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších.

Zatímco z návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele plynula podrobná argumentace žalobce založená na přehledu dodavatelů, kteří poskytují jeden či druhý druh služeb, a na jejich možnostech pokrýt celou zadavatelovu poptávku, doplněná o přehled zadávacích řízení, v nichž bylo obdobné plnění zadáváno jako celek, a zadávacích řízení, kde byly podávány nabídky zvlášť v segmentu mobilních sítí a zvlášť v segmentu pevných sítí, společně s jejich výsledky, žalovaný takto podrobnou argumentaci ponechal prakticky bez odezvy; napadené a jemu předcházející rozhodnutí se věnuje důvodům uváděným zadavatelem, pro které plnění zadával jako jedinou veřejnou zakázku bez možnosti podávání nabídek na části, s nimiž se měl žalovaný údajně ztotožnit, a pouhou možností, nikoli povinností zadavatele rozdělit veřejnou zakázku na části podle § 98 ZVZ.

Ve vztahu k závěrům žalovaného v otázce vymezení předmětu veřejné zakázky, konkrétně spojení plnění v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních služeb, má zdejší soud za to, že není namístě argumentovat tím, že vymezení předmětu veřejné zakázky je primárně věcí zadavatele, a tedy že tato otázka snad přesahuje pravomoc žalovaného (bod 47. prvostupňového rozhodnutí), ani tím, že zadavatel varianty své poptávky předem zvažoval (bod 54. prvostupňového rozhodnutí), ani tím, že je zadavatel limitován svými odbornými zkušenostmi (bod 53. prvostupňového rozhodnutí). Pokud žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že poptávka v té formě, jak ji učinil zadavatel, fakticky vedla k vyřazení dodavatelů působících v jednom ze dvou segmentů telekomunikačních služeb (pevných a mobilních), jak je patrné z obsahu celého jeho návrhu na zahájení správního řízení, pak bylo na žalovaném, aby se objektivně zabýval podmínkami na trhu, konkrétně tím, zda soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku nebylo vymezením předmětu veřejné zakázky, k němuž bylo lze podávat pouze jedinou nabídku jako k celku, narušeno nebo dokonce vyloučeno.

Pro posouzení této otázky je podstatný objektivní důsledek postupu zadavatele, tj. dopad, který jeho rozhodnutí ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky - bez možnosti podat nabídky na části veřejné zakázky - z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku vyvolalo. I kdyby tedy zadavatele k jeho postupu vedly na první pohled dobře hájitelné důvody, ať už spojené s jeho nedostatkem zkušeností s poptáváním příslušného plnění nebo s administrativní výhodností poptávat plnění jako celek anebo s potřebou eliminovat smluvní (obchodní) rizika spojená s realizací jednotlivých plnění větším počtem dodavatelů, neznamená to, že takový postup nemohl vykazovat prvky skryté diskriminace ve vztahu k jiným dodavatelům než

k tomu, který podle žalobce jako jediný mohl předmět veřejné zakázky sám splnit (podle žalobce to měla být Telefónica Czech Republic, a.s.).

Žalovaný argumentuje také tím, že § 98 ZVZ zadavateli neukládá povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, tj. že jde pouze o možnost. Ustanovení § 98 odst. 1 ZVZ skutečně konstatuje, že zadavatel „může rozdělit“ veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky. Podle § 13 odst. 3 ZVZ zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 ZVZ. Podle § 98 odst. 2 a 3 ZVZ v případě rozdělení veřejné zakázky na části uvede zadavatel tuto skutečnost v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a vymezí předmět jednotlivých částí veřejné zakázky a další požadavky související s jejím rozdělením na části. Zadavatel též uvede, zda je dodavatel oprávněn podat nabídku na všechny či některé části veřejné zakázky nebo jen na jednu část veřejné zakázky.

Z právě uvedených ustanovení je zřejmé, že ZVZ skutečně explicitně nestanoví, že by v určitých případech měl zadavatel povinnost veřejnou zakázku rozdělovat. Na straně druhé je-li zadavatel povinen postupovat vždy tak, aby neporušoval žádné ustanovení ZVZ, a tedy ani jeho § 6, který zakotvuje shora uvedené základní zásady, pak pokud by určitým postupem zadavatele došlo k porušení některé ze základních zásad zadávacího řízení, nesmí zadavatel takového způsobu využít a naopak je povinen nalézt postup jiný, byť jej ZVZ konkrétně nepředepisuje. V tomto ohledu je třeba dát zapravdu žalobci v jeho odkazu na rozsudek zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2.3.2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18.1.2011, kde bylo judikováno, že takovým postupem, který by porušení zásady zákazu diskriminace z důvodu omezení konkurence dodavatelů vyloučil, by mohl být právě institut rozdělení veřejné zakázky na části podle § 98 ZVZ. I kdyby bylo plnění důvodně zadáváno jako jediná veřejná zakázka, připouštěla-li by povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení na části, bylo by podle uvedené judikatury namístě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že ZVZ jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli a porušil tak § 6 ZVZ.

Argumentace žalovaného absolutním nedostatkem povinnosti zadavatele rozdělit veřejnou zakázku na části a připustit podávání nabídek na část plnění s odkazem na § 98 ZVZ proti argumentům žalobce obsaženým v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele tak nemůže obstát.

Žalovaný také argumentuje možností podávat společné nabídky, popř. možností dodavatele zajistit si část plnění subdodavately. Jak podání společné nabídky, tak podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. I tu je třeba dát zapravdu žalobní argumentaci, využít shora zmiňovaných rozsudků zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2.3.2010 a Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18.1.2011 a

dovozovat, že pokud je předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi) a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje.

Právě uvedená argumentace žalovaného tedy na podstatu žalobcova návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nemíří a nemůže podezření z protisoutěžního účinku postupu zadavatele vyvolaného porušením zásady zákazu diskriminace, jež plynou z návrhové argumentace, ani nikterak vyvracet.

Jak již zdejší soud shora uvedl, pro posouzení otázky možného porušení zásady nediskriminace podle § 6 ZVZ postupem zadavatele v právě projednávané věci je podstatný objektivní důsledek takového postupu - tj. dopad, který jeho rozhodnutí ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky bez možnosti podávání nabídek na části z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku vyvolalo. Aby mohl být právě uvedený objektivní důsledek vyhodnocen, je třeba mít ovšem též dostatečného podkladu v tom směru, zda je samostatná poptávka služeb v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních služeb vůbec možná či nikoli, jak je již shora předestřeno, tedy zda obojí plnění spolu nutně souvisí a musí být uskutečňováno jedním dodavatelem či nikoli. Jak podle zdejšího soudu správně argumentuje žalobce, technickou otázkou propojení pevných a mobilních sítí se žalovaný ani v jednom ze svých rozhodnutí prakticky nezabýval, přitom na možnosti propojení při samostatné poptávce plnění v obou segmentech byla celá návrhová argumentace žalobce postavena. Této možnosti ostatně výrazně nasvědčuje i přehled těch zadávacích řízení, kde bylo umožněno podávat nabídky na části plnění odpovídající uvedeným jednotlivým segmentům, jak jej žalobce žalovanému ve svém návrhu předložil.

Žalovaný argumentuje spolehlivostí služeb, jsou-li poskytovány společně jedním dodavatelem (od bodu 48. prvostupňového rozhodnutí), vyšší standard spolehlivosti však nikterak odborně nedokládá, a tedy není patrno, z čeho takový závěr dovozuje.

Jestliže žalovaný argumentuje potřebou propojení obou sítí, pak to skutečně mohl zadavatel zajistit nastavením jiných smluvních podmínek, jimiž by propojení vybraným uchazečům v obou segmentech uložil. „Vynucení“ podmínek propojení tedy zadavatel mohl učinit právě tímto způsobem, což by bylo ostatně v souladu se stanoviskem předsedy Rady Českého telekomunikačního úřadu, které je zmiňováno v bodu 54. prvostupňového rozhodnutí.

Jestliže žalovaný argumentuje tak, že žalobce neargumentoval konkrétními případy, kdy byly služby v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních sítí poskytovány samostatně různými dodavateli (bod 52. prvostupňového rozhodnutí),

nelze to klást k tíži žalobce, neboť tuto otázku měl v rámci odborného posouzení otázky, zda je samostatná poptávka služeb v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních služeb vůbec možná či nikoli, nakolik je takový postup „běžný“ a nakolik je technicky náročný, zjistit a vyhodnotit sám žalovaný, nadto se tento argument žalovaného ani nezdá být odůvodněným, když žalobce ve svém návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (na str. 9 – 10) uvádí případy zadávacích řízení, kde bylo plnění v obou segmentech nabízeno samostatně.

Jestliže se žalovaný jinak technickou otázkou propojení pevných a mobilních sítí ani v jednom ze svých rozhodnutí nezabýval, nemohl reagovat ani na další podstatný argumentační směr žalobce v jeho návrhu na zahájení řízení, podle něhož byl počet dodavatelů reálně se ucházejících o veřejnou zakázku postupem zadavatele uměle snížen. Právě to, zda se jednalo o snížení „umělé“ (k němuž byl zvolen nástroj skryté diskriminace), přitom mělo být klíčovou otázkou pro žalovaného. Pak se tedy žalovaný nemohl zabývat ani tím, kolik dodavatelů v postavení operátorů by se mohlo o veřejnou zakázku ucházet v případě, že by byly samostatně poptávány služby v oblasti pevných sítí a v oblasti mobilních sítí, a tedy nemohl se zabývat ani další podstatnou otázkou, kdo z dodavatelů působících v některém z obou segmentů poptávaného plnění si zadávací dokumentaci vyzvedl a kdo podal nabídku, tedy kdo se fakticky o veřejnou zakázku ucházel.

Bez zodpovězení právě uvedených otázek nelze učinit závěr, že zadavatel vymezil předmět zadávacího řízení správně, tj. nediskriminačně, a v těchto ohledech nelze než dospět k závěru, že napadené rozhodnutí je rozhodnutím nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. To je důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Za tohoto stavu se již zdejší soud další dílčí argumentací žalobce nezabýval.

V dalším řízení bude zapotřebí vycházet z následujícího: za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nesprávně širokým vymezením předmětu veřejné zakázky, a to bez možnosti podávání nabídek na části. Namísto úvah, které zdejší soud shora odmítl jako nepodstatné, bude zapotřebí nejprve vyřešit odbornou otázku, zda v zadavatelově situaci byla samostatná poptávka služeb v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních služeb vůbec možná či nikoli, zda jde o poptávku reálně uskutečnitelnou a nakolik je takové řešení technicky obtížné. Tu bude namíste vycházet z odborného posouzení, jehož nedostatek žalobce v žalobě oprávněně namítal.

Bude-li najisto postaveno, že taková samostatná poptávka z objektivních důvodů možná není, bude důvodným závěr žalovaného v tom směru, že zadavatel ZVZ neporušil. Pokud bude naopak najisto postaveno, že taková samostatná poptávka bez těžce překonatelných technických obtíží možná je, bude zapotřebí zabývat se otázkou, co spojení obou poptávek v jedno zadávací řízení bez možností podávání nabídek na část veřejné zakázky objektivně způsobilo, a to s ohledem na situaci na

telekomunikačním trhu, a ve světle těchto závěrů znovu kvalifikovaně vyhodnotit postup zadavatele z pohledu dodržení zásady zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ.

Při hodnocení zadavatelova postupu bude v této souvislosti nezbytné vycházet z charakteru a fáze trhu a z počtu dodavatelů, kteří jsou schopni se samostatně o plnění v každém z obou segmentů ucházet. Žalovaný bude muset vyjít také z toho, že postup, který se na jednom trhu může jevit jako přiměřený a v souladu se ZVZ, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který se liberalizuje, kde může vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně a zřejmě i za podmínek pro něj příznivějších realizovat; třeba je totiž zohlednit i to, že podpora hospodářské soutěže je sekundárním cílem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek, jak plyne ze žalobcem správně v žalobě akcentovaného a již shora zmiňovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008.

Poté, co žalovaný v dalším průběhu správního řízení odstraní shora vytknuté vady, bude tedy zapotřebí, aby v návaznosti na posouzení jednotlivých shora naznačených dílčích otázek a po doplnění podkladu rozhodnutí posoudil především veškerou konkrétní argumentaci žalobce obsaženou v návrhu a aby o zákonnosti postupu zadavatele znovu rozhodl a své rozhodnutí opřel o nosné, srozumitelné a přezkoumatelné důvody.

V. Shrnutí závěrů soudu

Na základě shora uvedeného tedy zdejší soud rekapituluje, že napadené rozhodnutí ruší pro vady řízení, a sice pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. Zároveň zdejší soud podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. Ke zrušení prvostupňového rozhodnutí, jež napadenému rozhodnutí předcházelo, postupem podle § 78 odst. 3 s.ř.s., zdejší soud neměl důvodu, neboť má za to, že nápravy by mohlo být dosaženo i v řízení o rozkladu; případné zrušení prvostupňového rozhodnutí tedy nechť v průběhu dalšího řízení zváží předseda žalovaného podle závěrů, k nimž v souladu se shora naznačeným návodem v řízení o rozkladu dospěje.

VI. 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 navazující podání 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

20% celkem 8 640,- Kč) v celkové výši 11 640,- Kč. K zaplacení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

Osoby zúčastněné na řízení nemají na náhradu nákladů řízení právo, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim 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). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže 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 1.11.2012

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

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová