



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudkyň Mgr. Sylvy Šiškeové a JUDr. Lenky Kaniové v právní věci navrhovatelky: **T-Mobile Czech Republic a.s.**, se sídlem Tomíčkova 2144/1, Praha 4, zastoupené JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti odpůrci: **Český telekomunikační úřad**, se sídlem Sokolovská 219, Praha 9, zastoupenému Mgr. Janou Pattynovou, LL.M., advokátkou se sídlem Perlová 371/5, Praha 1, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy ze dne 7. 8. 2020, č. j. ČTÚ-38 426/2020-613, *in eventum* o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce, v řízení o kasační stížnosti navrhovatelky proti usnesení Městského soudu v Praze ze dne 23. 9. 2020, č. j. 15 A 90/2020 – 76,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost navrhovatelky **s e z a m í t á .**
- II. Navrhovatelka **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Odpůrci **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a její posouzení městským soudem

[1] Dne 7. 8. 2020 vyhlásil Český telekomunikační úřad (dále jen „odpůrce“) pod č. j. ČTÚ-38 426/2020-613 výběrové řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz

a 3400–3600 MHz (dále jen „vyhlášení výběrového řízení“ nebo též „aukce“). Učinil tak postupem podle § 21 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o elektronických komunikacích“ nebo „ZEK“), se záměrem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů vhodných pro vybudování mobilního pokrytí v nejnovějším standardu sítí 5G.

[2] Návrhem ze dne 2. 9. 2020 se navrhovatelka u Městského soudu v Praze (dále jen „městský soud“) domáhala zrušení opatření obecné povahy, jímž bylo vyhlášeno výše uvedené výběrové řízení. Navrhovatelka měla za to, že odpůrcem nastavené podmínky výběrového řízení jsou v příkrém rozporu s požadavky unijní úpravy i zákona o elektronických komunikacích a povedou k neefektivní alokaci spektra. Pro případ, že by městský soud shledal, že dotčený úkon není opatřením obecné povahy, se navrhovatelka *in eventum* domáhala nápravy žalobou na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce spočívajícím ve vyhlášení nezákonných podmínek výběrového řízení. Současně navrhla, aby městský soud vydal předběžné opatření, kterým by odpůrci uložil zdržet se dalšího konání výběrového řízení.

[3] V návrhu navrhovatelka uvedla důvody, pro něž považuje vyhlášení výběrového řízení za opatření obecné povahy. Podmínky výběrového řízení ve smyslu § 21 ZEK zákon neoznačuje ani za opatření obecné povahy, ani za právní předpis, rozhodnutí či jiný správní akt. Z tohoto důvodu je zapotřebí přistoupit k materiálnímu hodnocení napadeného aktu. Podle navrhovatelky mají podmínky výběrového řízení povahu opatření obecné povahy, neboť jsou adresovány neurčitému okruhu subjektů a jejich předmět je určen jedinečně a neopakovatelně, protože jde o přidělení konkrétně určených frekvenčních přidělů v pásmech 700 MHz a 3,5 GHz. Z hlediska obecně stanovených adresátů a konkrétně stanoveného předmětu se pak neodlišují od dalších opatření obecné povahy, která odpůrce podle zákona o elektronických komunikacích vydává, jako např. plán využití rádiového spektra, analýza trhu nebo síťový plán. Jediný rozdíl oproti výše jmenovaným aktům spočívá v absenci výslovného označení právní formy tohoto aktu jako opatření obecné povahy; s ohledem na materiální pojetí opatření obecné povahy se však nejedná o právně významný faktor.

[4] Navrhovatelka připustila, že část odborné literatury označuje vyhlášení pravidel výběrového řízení za procesní úkon ve správním řízení, který sám o sobě nemůže představovat zásah do práv žadatelů ani podléhat soudnímu přezkumu. Tento názor však považuje za nesprávný, jelikož odpůrce vyhlášením podmínek výběrového řízení provádí regulaci ve smyslu § 2 písm. x) ZEK. Právní úprava obsažená v § 21 ZEK se navíc zakládá na implicitním předpokladu, že stanovení podmínek výběrového řízení rozhodujícím způsobem materiálně předurčuje dopad výběrového řízení do subjektivních práv dotčených subjektů. Na závěr výběrového řízení odpůrce vydává rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů podle § 22 ZEK, kterým zakládá subjektivní práva, přičemž takový postup obecná úprava opatření obecné povahy obsažená v § 173 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, výslovně předpokládá. V neprospěch závěru o nemožnosti napadnout vyhlášení výběrového řízení správní žalobou podle navrhovatelky svědčí také zásada procesní ekonomie – pokud je zřejmé, že již stanovením podmínek výběrového řízení odpůrce porušil zákon, bylo by v rozporu s touto zásadou, pokud by nebylo možné

pochybení napravit již ve fázi výběrového řízení a dotčené subjekty by musely čekat až na jeho výsledek a přidělení kmitočtů.

[5] Navrhovatelka následně vylíčila, že podmínky výběrového řízení působí újmu na jejích subjektivních právech, resp. mají negativní dopady do jejích majetkových práv. Poskytnutí nákladově orientovaného přístupu k tzv. národnímu roamingu [povinnost velkoobchodního přístupu, tj. povinnost infrastrukturního operátora jako výherce aukce umožnit virtuálním operátorům přístup k radiovému spektru podle § 21 odst. 5 písm. h) ZEK] i subjektům, které nemají v úmyslu v budoucnu vybudovat mobilní síť, pokříví ocenění spektra v pásmech 3,5 GHz i 3,7 GHz. Navrhovatelka přitom jako etablovaný operátor potřebuje mobilní spektrum pro své fungování. V důsledku nastavení podmínek buď spektrum v pásmu 3,5 GHz zakoupí za podstatně vyšší cenu, nebo nebude schopna nejvyšší nabídce v aukci konkurovat a dané spektrum nezakoupí, což ohrozí její budoucí konkurenceschopnost. Podle navrhovatelky podmínky výběrového řízení představují cenovou regulaci, která povede ke ztrátě zisku navrhovatelky z již vynaložených investic souvisejících s výstavbou infrastrukturní sítě. Tvrzená cenové regulace uložená odpůrcem povede také ke snížení výnosů ostatních stávajících operátorů, které by jinak legitimně očekávali v reakci na investice do inovací. Subjekty, které budou využívat národní roaming, jej využijí k přeprodeji mobilních služeb od stávajících operátorů. Koncové ceny poskytovaných služeb pro zákazníky se tak budou pohybovat na velmi nízké úrovni, neboť nové subjekty nebudou muset vynaložit vlastní investice ani náklady na vybudování síťové infrastruktury. Navrhovatelka se proto bude muset této cenové strategii přizpůsobit, což povede k poklesu jejích výnosů, které by mohla jinak investovat do vylepšování sítě, a ke ztrátě motivace dále investovat, protože z jakékoliv inovace stávajících operátorů získají prospěch i subjekty využívající národní roaming. Investice do inovací proto navrhovatelce nebudou přinášet soutěžní výhodu, která by ji za běžných okolností k realizaci takové investice motivovala.

[6] Navrhovatelka popsala také důvody, pro které považuje vyhlášení výběrového řízení za odporující zákonu o elektronických komunikacích i relevantní úpravě na unijní úrovni.

[7] Z důvodu procesní opatrnosti navrhovatelka navrhl, aby pro případ, že městský soud dospěje k závěru, že vyhlášení výběrového řízení není opatřením obecné povahy, posoudil napadený úkon jako nezákonný zásah. Daný úkon působí přímé zkrácení na subjektivních právech navrhovatelky; ve věci navíc neexistuje jiný prostředek ochrany. Navrhovatelka se bude reálně moci bránit pouze proti rozhodnutí, které odpůrce vydá ve vztahu ke spektru, které eventuálně vydraží ona sama. Tvrzená nezákonnost zásahu odpůrce přitom nespočívá v dílčích výsledcích výběrového řízení, nýbrž v nastavení jeho podmínek. Jestliže bude odpůrce pokračovat s prováděním aukce, navrhovatelka bude muset blokovat vysoké finanční obnosy jakožto záruku pro zajištění své účasti, přestože podmínky aukce považuje za nezákonné. Navíc bude vzhledem ke spektru, které vydraží, vázána rozvojovými kritérii. Proto bude muset bez ohledu na nezákonnost podmínek výběrového řízení (která následně povede k jeho zrušení) zahájit nákladnou výstavbu základových stanic pro zajištění pokrytí v nových pásmech. Současně nemůže aukci ignorovat, neboť pokud by v pásmech 700 MHz a 4,5 GHz žádné spektrum nezískala,

hrozilo by jí naplnění kapacity stávajícího spektra a zaostávání v rychlosti a spolehlivosti svých služeb ve srovnání s konkurenty. Nastavení podmínek výběrového řízení má tedy na navrhovatelku přímý dopad.

[8] Městský soud dospěl k závěru, že nejsou splněny podmínky pro řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy ani pro řízení o zásahové žalobě.

[9] Městský soud se neztotožnil s argumentací navrhovatelky, že vyhlášení výběrového řízení je opatřením obecné povahy. Není sporu o tom, že § 21 ZEK dotčený úkon jako opatření obecné povahy neoznačuje, a není tak naplněn formální znak opatření obecné povahy, který vyplývá z § 171 správního řádu. Vyhlášení výběrového řízení však nelze považovat za opatření obecné povahy ani z materiálního hlediska. Znakem opatření obecné povahy není pouze obecně vymezený (neurčitý) okruh adresátů a konkrétní předmět regulace, nýbrž také jeho přímá závaznost a bezprostřední způsobilost zasáhnout do právní sféry adresátů. Oba znaky spolu přitom vzájemně souvisí (úkon správního orgánu se jen těžko může negativně dotknout právní sféry určitého subjektu, jestliže vůči němu není závazný); vyhlášení výběrového řízení však ani jeden z nich nesplňuje. Samo o sobě navrhovatelku přímo k ničemu nezavazuje, jelikož je jen na jejím uvážení, zda se aukce rádiových kmitočtů zúčastní. Pokud se tak prostřednictvím žádosti o udělení práv k využívání rádiových kmitočtů rozhodne učinit, budou na ni dopadat relevantní podmínky aukce. S ohledem na absenci přímé závaznosti vyhlášení výběrového řízení je pak vyloučeno, aby se tento procesní úkon jakkoliv negativně projevil v její právní sféře. Navrhovatelkou popsané dopady podmínek výběrového řízení do jejích majetkových práv jsou pouze hypotetickými důsledky, které nelze spojovat se samotným vyhlášením výběrového řízení, ale až s jeho výsledkem.

[10] Právní názor, podle něž lze vyhlášení řízení pro přiděl rádiových kmitočtů označit za procesní úkon ve správním řízení, není zastáván pouze částí odborné literatury, ale i judikaturou městského soudu. Městský soud již dříve (v souvislosti s výběrovým řízením konaným v roce 2013) dospěl v řízení o žalobách na ochranu před nezákonným zásahem k závěru, že řízení podle § 21 ZEK představuje řízení o výběru žádosti ve smyslu § 146 správního řádu. Vyhlášení výběrového řízení je pouze procesním úkonem v rámci správního řízení, jenž sám o sobě nepředstavuje zásah do práv žalobce (srov. usnesení Městského soudu v Praze ze dne 31. 10. 2013, č. j. 8 A 155/2013 – 42, a ze dne 7. 11. 2013, č. j. 3 A 110/2013 – 88).

[11] Formu opatření obecné povahy nelze dovodit ani z § 2 písm. x) ZEK, který obsahuje definici pojmu „regulace“. Odpůrce totiž při rozhodování o udělení práva k využívání rádiových kmitočtů neprovádí regulaci samotným vyhlášením výběrového řízení, ale až vydáním meritorních rozhodnutí na základě výsledků výběrového řízení (rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů úspěšnému žadateli či žadatelům podle § 22 ZEK a rozhodnutí o zamítnutí žádosti neúspěšných žadatelů podle § 21 odst. 8 ZEK). Rovněž zákonem stanovené oprávnění odpůrce vyhlášené výběrové řízení zrušit a řízení zastavit (a to i po uplynutí lhůty pro předkládání žádostí) prokazuje, že vyhlášení výběrového řízení není opatřením obecné povahy. Tomuto závěru podpůrně svědčí i skutečnost, že zákon tento procesní úkon za opatření obecné povahy neoznačuje, přestože tak u řady jiných úkonů (opatření) vydávaných odpůrcem výslovně činí. Stejně

tak lze poukázat na poznámku pod čarou č. 57a, která se vztahuje k § 21 odst. 1 ZEK a odkazuje na již zmíněný § 146 správního řádu.

[12] Městský soud proto návrh na zrušení opatření obecné povahy z důvodu neodstranitelného nedostatku podmínky řízení (absence předmětu řízení) postupem podle § 46 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), odmítl.

[13] Ve vztahu k žalobě na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce, jejímž prostřednictvím se navrhovatelka *in eventum* domáhala vyslovení nezákonnosti tvrzeného zásahu a uložení zákazu odpůrci, aby dále nepokračoval v konání vyhlášeného výběrového řízení, městský soud poukázal na subsidiární povahu řízení o tomto žalobním typu. Odkázal také na konstantní judikaturu Nejvyššího správního soudu, podle níž nelze v řízení o zásahové žalobě podrobovat testu zákonnosti jednotlivé procesní úkony správního orgánu. Účel zásahové žaloby totiž nelze spatřovat v přezkumu procesního postupu správního orgánu ve správním řízení; k uvedenému slouží řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu. Řízení pro přiděl rádiových kmitočtů, nebude-li odpůrcem zrušeno, vyústí v meritorní rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů úspěšnému žadateli či žadatelům a v rozhodnutí o zamítnutí žádostí neúspěšných žadatelů. Postup odpůrce přitom podléhá kontrole nadřízeného správního orgánu, tj. předsedy odpůrce, a následně případně také soudní kontrole. Jelikož právní řád poskytuje ochranu prostřednictvím jiných právních prostředků, není ve věci možné uplatnit žalobu na ochranu před nezákonným zásahem.

[14] Podle městského soudu ve prospěch odmítnutí zásahové žaloby svědčí také skutečnost, že vyhlášení výběrového řízení nemůže být nezákonným zásahem již z povahy věci, neboť samo o sobě navrhovatelku k ničemu nezavazuje a nezasahuje do její právní sféry. Pokud je zjevné a nepochybné, že popsání jednání nemůže být vzhledem ke své povaze či povaze jeho původce nebo jiným okolnostem zásahem ve smyslu legislativní zkratky podle § 82 s. ř. s., soud žalobu odmítne, neboť chybí podmínka řízení spočívající v přípustitelném tvrzení nezákonného zásahu. Vyhlášení výběrového řízení městský soud označil za úkon, který v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu není a nemůže být zásahem. Chybí tedy podmínka řízení spočívající v přípustitelném tvrzení nezákonného zásahu.

[15] Ve vztahu k žalobě na ochranu před nezákonným zásahem městský soud dospěl k závěru, že přezkumu zákonnosti podmínek, které tvoří součást vyhlášení výběrového řízení, se navrhovatelka může domáhat prostřednictvím žaloby proti konečnému meritornímu rozhodnutí odpůrce. Žalobu proto jako nepřípustnou v souladu s § 46 odst. 1 písm. d) s. ř. s. odmítl; odmítl ji také podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. z důvodu chybějící podmínky řízení spočívající v plausibilním tvrzení nezákonného zásahu.

[16] Závěrem napadeného usnesení městský soud odmítl také návrh na vydání předběžného opatření. Jelikož neshledal podmínky k tomu, aby vedl řízení o věci hlavní, nemohl rozhodovat o návrhu, jehož přípustnost závisí na přípustnosti ve věci samé a je s ní spojená. Nejsou-li totiž dány podmínky pro meritorní rozhodování, nemohou být dány podmínky ani k vydání rozhodnutí, které je na věci hlavní závislé.

II. Obsah kasační stížnosti

[17] Navrhovatelka (dále jen „stěžovatelka“) podala proti usnesení městského soudu kasační stížnost z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. e) s. ř. s.

[18] Stěžovatelka trvá na právním názoru, podle něhož jsou podmínky výběrového řízení opatřením obecné povahy, jímž byla zkrácena na svých právech.

[19] Podle stěžovatelky podmínky aukce vyvolávají bezprostřední právní účinky k její újmě, neboť narušení její schopnosti realizovat velkoobchodní výnosy nastane bez ohledu na to, zda se aukce zúčastní. Podmínky aukce totiž stanoví, že jednomu či více ze stávajících operátorů bude uložena povinnost poskytnout za nákladově orientovanou (regulovanou) cenu přístup ke své síti všem dalším subjektům, které po uskutečnění aukce budou držet spektrum v pásmech 700 MHz, 3,5 GHz nebo 3,7 GHz. K uložení povinnosti národního roamingu přitom skoro jistě dojde, protože stačí, aby alespoň jeden ze stávajících operátorů vydražil alespoň jeden blok v pásmu 700 MHz. V důsledku podmínek aukce tak další subjekty získají přístup k národnímu roamingu v již vybudované síti, a to za regulovanou, nákladově orientovanou cenu. Odpůrce podle stěžovatelky prostřednictvím nastavení podmínek výběrového řízení zavádí cenovou regulaci přístupu k národnímu roamingu s cílem snížit cenovou úroveň velkoobchodního přístupu. Tímto postupem odpůrce obchází povinnost provádět cenovou regulaci na základě analýzy relevantního trhu, jak mu ukládá § 51 ZEK, který pro uvedenou analýzu stanoví formu opatření obecné povahy. I z tohoto důvodu stěžovatelka považuje podmínky výběrového řízení za opatření obecné povahy v materiálním smyslu. Stěžovatelka následně popsala své působení na dotčeném velkoobchodním trhu a zdůraznila, že bude nucena snížit své velkoobchodní ceny na odpůrcem nastavenou úroveň, což povede ke snížení jejich velkoobchodních výnosů. Tento efekt přitom nastane bez ohledu na její účast v aukci.

[20] Běžnou vlastností opatření obecné povahy je to, že jeho dopady do právní sféry dotčených osob jsou konkretizovány až v navazujícím řízení. Přestože tedy zákon předpokládá potřebu další individualizace v opatření obecné povahy obsažených povinností co do jejich adresátů, stejně jako mnohdy také konkretizaci jejich předmětu či rozsahu, označuje opatření obecné povahy za akt závazný, způsobilý vyvolat právní účinky ve sféře adresátů. V této souvislosti stěžovatelka odkázala na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 8. 2. 2013, č. j. 63 A 6/2012 – 227, č. 2885/2013 Sb. NSS, týkající se výškové regulace stanovené územním plánem.

[21] Stěžovatelka nesouhlasí ani s hodnocením městského soudu, podle něž odpůrce neprovádí regulaci ve smyslu § 2 písm. x) ZEK. Skutečnost, že podmínky výběrového řízení mají být podle § 21 odst. 3 ZEK jedním z klíčových nástrojů naplňování cílů a zásad regulace zákona o elektronických komunikacích, je rovněž důvodem, proč zákonodárce přikazuje odpůrci, aby před jejich vyhlášením provedl veřejné konzultace. Obsah podmínek výběrového řízení totiž rozhodujícím způsobem materiálně předurčuje dopad výběrového řízení do subjektivních práv osob jím dotčených; uvedené přitom vylučuje, aby jeho podmínky byly toliko procesním úkonem v řízení. Stěžovatelka se neztotožnila ani se závěrem městského soudu, podle něž je v důsledku absence přímé závaznosti podmínek vyloučeno, aby se tento úkon negativně projevil ve stěžovatelčině právní sféře.

[22] Za bezpředmětný označila stěžovatelka též argument městského soudu, že možnost zrušení výběrového řízení bez dalšího vylučuje jejich normativní povahu. Z judikatury Ústavního soudu vyplývá, že důvodem pro umožnění přezkumu opatření obecné povahy je zajištění účinného výkonu práva na právní ochranu. Toto právo nemůže být odepřeno jen proto, že zákon nestandardně umožňuje odpůrci, aby napadený úkon bez dalšího zrušil. Oprávněním ke zrušení výběrového řízení dochází pouze k oslabení právní jistoty stěžovatelky, nikoliv k vyloučení jeho povahy jakožto opatření obecné povahy. Zvláštní právní předpisy nadto nezřídka obsahují odchylky v řadě procesních aspektů týkajících se opatření obecné povahy, přičemž § 21 odst. 6 ZEK představuje jednu z takových odchylek.

[23] Za správný nepovažuje stěžovatelka ani podpůrný odkaz městského soudu na poznámku pod čarou, která je v zákoně o elektronických komunikacích obsažena a která odkazuje na úpravu řízení o výběru žádosti podle správního řádu. Podle judikatury Ústavního soudu platí, že i pokud je forma správního aktu zákonodárcem určena, je vždy nutné umožnit materiální přezkum jeho skutečné povahy. Otázku, zda napadený úkon představuje opatření obecné povahy, je nutné věcně posoudit bez ohledu na to, že na ně navazuje řízení zakončené rozhodnutím. Tato skutečnost nemůže být sama o sobě důvodem pro závěr, že se o opatření obecné povahy nejedná.

[24] Stěžovatelka dále uvedla, že městský soud odmítnutím návrhu porušil její ústavní právo na účinnou a včasnou právní ochranu. Svůj závěr založila na judikatuře Ústavního soudu (nález ze dne 17. 3. 2009, sp. zn. IV. ÚS 2239/07; nebo usnesení ze dne 18. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 14/08), v nichž se soud vyjádřil k hledisku ochrany práv dotčených osob a k významu včasného přezkumu pro zachování práva na účinnou právní ochranu. I pokud se stěžovatelka výběrového řízení zúčastní, bude moci napadnout pouze rozhodnutí, které odpůrce vydá ve vztahu k její žádosti. Nebude mít možnost se seznámit s obsahem rozhodnutí vydaných vůči ostatním účastníkům řízení, a proto bude nemožné bránit se proti jejich obsahu pomocí rozkladu a správní žaloby. Ochrana prostřednictvím návrhu na zrušení opatření obecné povahy tak zůstává jediným efektivním nástrojem ochrany práv, který má stěžovatelka k dispozici. Stěžovatelka poukázala také na časový aspekt, a to v souvislosti s nálezem Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 2239/07.

[25] Pokud stěžovatelka v aukci získá spektrum určené pro výstavbu 5G sítí, bude v souladu s rozvojovými kritérii povinna zahájit výstavbu pokrytí vysíláním v daných pásmech. V opačném případě bude nucena zahájit práce na zajištění pokrytí mobilním signálem ve standardu 5G na svém stávajícím spektru. V obou případech tak bude nucena bezodkladně zahájit investice do budování pokrytí ve standardu 5G. V této souvislosti upozornila na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 19. 6. 2020, č. j. 8 A 89/2016 – 65, jímž soud zrušil rozhodnutí odpůrce ve věci týkající se přidělu spektra jinému infrastrukturnímu operátoru, společnosti Vodafone Czech Republic a.s. Městský soud v citované věci rozhodl po přibližně pěti letech ode dne podání žádosti jmenovaným operátorem. Stěžovatelka proto předpokládá, že i v případě její obrany proti výsledkům výběrového řízení nelze první rozhodnutí ve věci očekávat dříve. Pokud aukce proběhne, stěžovatelka se ocitne v situaci, kdy bude nucena vybudovat téměř úplné 5G pokrytí. Zdůraznila vysoké náklady na vybudované takové sítě, které se pohybují v řádech miliard korun. Nastínila také teoretický scénář, v němž by aukce proběhla a stěžovatelka by

nezískala žádné spektrum v pásmu 700 MHz. Následně by se jí po řadě let podařilo dosáhnout zrušení výsledku výběrového řízení a na základě soudem korigovaných podmínek by v novém řízení dané spektrum získala. Její původní investice by tak byla do značné míry zmařena a musela by investovat vysoké částky do pořízení a instalace nového zařízení. Ve věci přidělu spektra (stejně jako v otázkách stavebního řízení) je tudíž obrana proti návazným rozhodnutím kvůli plynutí času neefektivní. Odepřením možnosti domáhat se zrušení podmínek aukce v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy proto městský soud postupoval v rozporu s požadavkem Ústavního soudu na zachování práva na právní ochranu zpřístupněním včasných prostředků obrany.

[26] Ve vztahu k hodnocení napadeného úkonu jako opatření obecné povahy stěžovatelka uzavřela, že podmínky výběrového řízení působí bezprostřední negativní účinky do její právní sféry, které nemohou být účinně odstraněny opravnými prostředky proti konečným rozhodnutím. Za těchto okolností je nutné povahu dotčeného úkonu hodnotit materiálně jako opatření obecné povahy. Napadené usnesení proto stěžovatelka považuje za nezákonné.

[27] V následující části kasační stížnosti stěžovatelka uvedla, že žalobu na ochranu před nezákonným zásahem považuje za přípustnou. Městský soud nezohlednil argumentaci ohledně bezprostředního zásahu do její právní sféry a žalobu odmítl kvůli formálnímu posouzení, zda existují právní prostředky obrany navazující na provedení aukce. Takový postup je však v rozporu se zákonem i judikaturou. Stěžovatelka odkázala na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) ze dne 2. 10. 2014, *Delta Pekárny a. s. proti České republice*, stížnost č. 97/11 (dále jen „rozsudek *Delta Pekárny*“), v němž soud konstatoval, že musí být dostupná efektivní obrana proti jednáním státní moci, která podstatně zasahují do základních práv dotčených subjektů. Možnost obrany proti konečným rozhodnutím však stěžovatelka nepovažuje vždy za dostačující.

[28] Nejvyšší správní soud v návaznosti na výše citovaný rozsudek Evropského soudu pro lidská práva připustil žalobu na ochranu před nezákonným zásahem i v případech, kdy zásah sice spočívá v pouze mezitímním úkonu správního orgánu, ale obrana proti finálnímu rozhodnutí by nebyla efektivní (mj. kvůli plynutí času). V této souvislosti odkázala na závěry rozsudku ze dne 18. 12. 2019, č. j. 1 Afs 458/2018 – 42, č. 3965/2020 Sb. NSS. Z citovaného rozhodnutí podle stěžovatelky plyne, že neposkytne-li Nejvyšší správní soud ochranu stěžovatelce tím, že městskému soudu uloží, aby meritorně přezkoumal návrh na zrušení opatření obecné povahy, budou ve věci naplněny podmínky přípustnosti zásahové žaloby. Obrana proti nezákonnosti podmínek výběrového řízení ve formě obrany proti konečným rozhodnutím odpůrce by byla zcela neefektivní, a to s ohledem na nemožnost přezkoumání výsledku výběrového řízení v plném rozsahu, tedy v rozsahu, v jakém dojde k přidělu spektra třetím stranám. Druhým důvodem je časová prodleva mezi podáním žádosti, resp. napadeným konečným rozhodnutím a rozhodnutím nalézacího, eventuálně kasačního soudu. Nejvyšší správní soud by proto měl napadené usnesení zrušit a městský soud zavázat právním názorem v tom smyslu, že stěžovatelčina žaloba na ochranu před nezákonným zásahem je přípustná, neboť podmínky výběrového řízení představují zásah ve smyslu § 82 s. ř. s.

[29] Spolu s kasační stížností stěžovatelka podala rovněž návrh na vydání předběžného opatření, jímž se domáhala, aby Nejvyšší správní soud odpůrci uložil, aby se zdržel dalšího konání výběrového řízení.

III. Vyjádření odpůrce

[30] Odpůrce ve vyjádření ke kasační stížnosti předně uvedl, že vyhlášení výběrového řízení nevyvolává právní účinky, protože práva a povinnosti budou vyplývat až z případných přidělů rádiových kmitočtů udělených rozhodnutím podle § 22 ZEK, eventuálně rozhodnutím o zamítnutí žádostí neúspěšných žadatelů podle § 21 odst. 8 ZEK. Případné budoucí právní účinky, které plynou z rozhodnutí o přidělu, navíc stěžovatelka může významně ovlivnit vlastním jednáním (stěžovatelka se nemusí výběrového řízení účastnit, ale má také možnost se ucházet o bloky rádiových kmitočtů, s nimiž není závazek národního roamingu spojen). Vyhlášení výběrového řízení je proto pouze procesním úkonem, který sám o sobě stěžovatelce ani jiným osobám neukládá žádná práva a povinnosti. Stěžovatelkou tvrzené účinky vyhlášení výběrového řízení jsou navíc věcně nesprávné a odporují skutkovému stavu.

[31] Stěžovatelka v současnosti žádné velkoobchodní služby národního roamingu neposkytuje, její výnosy z tohoto trhu jsou proto nulové. Může tak dojít pouze k jejich zvýšení, pokud by takové služby začala poskytovat, čímž by zároveň byly odstraněny vysoké bariéry vstupu na maloobchodní trh a zvýšila se hospodářská soutěž na maloobchodním trhu mobilních služeb. V případném vzniku trhu národního roamingu nelze spatřovat zkrácení zákonných práv stěžovatelky, nýbrž změnu ze stávajícího oligopolního trhu na trh s efektivní hospodářskou soutěží. Zajištění efektivní hospodářské soutěže na trhu elektronických komunikací přitom představuje jeden z hlavních úkolů odpůrce, který mu české i unijní právo ukládá. Odpůrce proto musí vykonávat jemu svěřené pravomoci způsobem, který podporuje hospodářskou soutěž. Neexistuje právo stěžovatelky na to, aby hospodářská soutěž na relevantním trhu zůstávala utlumena. K tvrzení stěžovatelky o chování zájemců o národní roaming, maržím a dopadu závazku národního roamingu na její výnosy na velkoobchodním trhu odpůrce uvedl, že se jedná o domněnky založené na nesprávných předpokladech, a poukázal na své vyjádření k návrhu na zrušení opatření obecné povahy. Pokud stěžovatelka nesouhlasí se závazkem národního roamingu, může se ucházet o kategorii aukčních bloků, s nímž závazek národního roamingu velmi pravděpodobně spojen nebude. K tvrzené újmě odpůrce odkázal na své vyjádření k návrhu na vydání předběžného opatření.

[32] Dalším dokladem toho, že vyhlášení výběrového řízení nemůže mít normativní závazný charakter, je pravomoc odpůrce je kdykoliv zrušit postupem podle § 21 odst. 6 ZEK. Jde tedy o procesní úkon, který správní orgán může zrušit a opakovat; pravomoc odpůrce bez dalšího vyhlášené výběrové řízení zrušit zcela odporuje povaze závazného správního aktu, kterým je opatření obecné povahy.

[33] Odpůrce dále uvedl, že městský soud provedl materiální přezkum povahy a své závěry dostatečně a jasně odůvodnil. Napadené rozhodnutí soud přitom nezaložil pouze na skutečnosti, že zákonodárce vyhlášení výběrového řízení označil jako úkon směřující

k zahájení správního řízení, případně tvrzením, že po vyhlášení výběrového řízení následuje rozhodnutí o udělení přidělu.

[34] Odpůrce nesouhlasí ani s tvrzením, že obrana proti vyhlášení výběrového řízení je jediným efektivním nástrojem ochrany práv, neboť takovým prostředkem je žaloba proti rozhodnutí správního orgánu. Tvrdí-li stěžovatelka, že nebude aktivně legitimována k podání žaloby podle § 65 s. ř. s., výslovně tím připouští, že takovým rozhodnutím nebude zkrácena na svých právech a celá kasační stížnost je tak bezpředmětná. Odpůrce poukázal také na judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se účelu žaloby na ochranu před nezákonným zásahem.

[35] Závěrem svého vyjádření odpůrce dodal, že argumentaci stěžovatelky považuje za účelovou a mnohdy věcně i právně nesprávnou, a za účelem jejího vyvrácení okomentoval některá tvrzení stěžovatelky. Stěžovatelka ve svých podáních nenapadá zákonnost rozvojových kritérií, která jsou stanovena vyhlášením výběrového řízení. Rozvojová kritéria navíc určují požadavky na výstavbu sítě ve lhůtách, které začnou plynout až od právní moci rozhodnutí o přidělu. Prokáže-li stěžovatelka svá tvrzení o nezákonnosti podmínek výběrového řízení, právní moc rozhodnutí o udělení přidělu vůbec nenastane. Stěžovatelka se bude moci bránit pomocí rozkladu nebo žaloby proti rozhodnutí správního orgánu. Rétorika stěžovatelky, podle níž bude nucena budovat síť 5G, aby si udržela své soutěžní postavení oproti konkurenci, není pro účely kasační stížnosti relevantní. Účast ve výběrovém řízení i rozhodnutí investovat do rozvoje 5G sítí je zcela dobrovolné a nikdo nemůže stěžovatelku právně donutit k účasti ani investicím. Z uvedeného plyne rozdíl mezi nezávazným vyhlášením výběrového řízení a rozhodnutím o přidělu, resp. závazným a normativním opatřením obecné povahy. Odpůrce se dále podrobně vyjádřil k stěžovatelkou odkazované judikatuře a popsal, proč ji v této věci nepovažuje za přílehu.

IV. Replika stěžovatelky

[36] Na vyjádření odpůrce stěžovatelka reagovala replikou, v níž setrvala na tvrzení, že podmínky výběrového řízení jsou opatřením obecné povahy. Bezprostředním důsledkem podmínek bude negativní zásah do majetkových práv stěžovatelky ve formě deformace ceny spektra v pásmech 3,5 GHz a 3,7 GHz a narušení možnosti realizace velkoobchodních výnosů. Tyto důsledky jsou determinovány právě podmínkami výběrového řízení a nastanou bez ohledu na výsledek aukce. Podmínky aukce navíc věcně odpovídají úkonu odpůrce v rámci *ex ante* regulace postupem podle § 51 a násl. ZEK, protože ukládají totožnou povinnost přístupu a cenové regulace. Jestliže jsou tyto povinnosti ukládány v souladu s § 51 a násl. ZEK prostřednictvím opatření obecné povahy, je zjevné, že právní povaha podmínek výběrového řízení, které ukládají stejnou povinnost, by měla být posuzována tak, aby stěžovatelce byla zajištěna obdobná možnost hájit svá práva.

[37] Stěžovatelka zopakovala, že žaloba proti rozhodnutím o přidělu není efektivním nástrojem obrany proti nezákonnosti podmínek výběrového řízení. Odpůrce totiž účastníkům výběrového řízení neoznamuje rozhodnutí o přidělech spektra týkající se jiných uchazečů. Jestliže stěžovatelka není adresátkou tohoto rozhodnutí a neseznámí se

tak s jeho obsahem, nemůže se proti němu efektivně bránit. Poukázala také na vznik újmy ve formě zmařené investice v důsledku zrušení výsledků výběrového řízení z důvodu nezákonnosti jeho podmínek, a to s časovou prodlevou způsobenou soudními spory. Dále uvedla, že v důsledku nezákonnosti podmínek budou stížena nezákonností všechna rozhodnutí o přidělu spektra. Stěžovatelka by tak musela prostřednictvím „dílčích“ rozkladů napadnout celou aukci; proti jednotlivým rozhodnutím však nebude mít k dispozici efektivní obranu, jak je uvedeno shora. Poukázala také na rozvojová kritéria a potřebu zahájit výstavbu sítě bezprostředně po přidělu spektra. Újma stěžovatelce tedy vznikne v příčinné souvislosti s nezákonností podmínek výběrového řízení. Opětovně odkázala rovněž na nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 2239/07. Setrvala také na závěru, že za situace, v níž jí nezákonnost podmínek výběrového řízení působí újmu a nemá k dispozici žádný efektivní nástroj obrany, musí být žaloba na ochranu před nezákonným zásahem přípustná.

V. Procesní postup v řízení a posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[38] Usnesením ze dne 4. 11. 2020, č. j. 1 As 375/2020 – 74, Nejvyšší správní soud zamítl návrh stěžovatelky na vydání předběžného opatření.

[39] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a je tedy projednatelná.

[40] Poté přezkoumal napadené usnesení městského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

a) K povaze vyhlášení výběrového řízení jako opatření obecné povahy

[41] Podle § 21 odst. 1 ZEK platí, že „je-li počet práv k využívání rádiových kmitočtů plánem využití rádiového spektra omezen, vyhlásí Úřad výběrové řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů (zde poznámka č. 57a, odkazující na § 146 správního řádu, pozn. Nejvyššího správního soudu) a stanoví, zda budou žádosti o udělení práv k využívání rádiových kmitočtů hodnoceny podle kritérií uvedených v odstavci 3, nebo zda budou jediným kritériem hodnocení žádostí výsledky aukce. Před vyhlášením výběrového řízení Úřad konzultuje podmínky účasti, kritéria a způsob hodnocení žádostí a podmínky výběrového řízení podle § 130.“

[42] Podle § 21 odst. 6 ZEK „po vyhlášení výběrového řízení nelze podmínky výběrového řízení měnit. Úřad je oprávněn vyhlášené výběrové řízení zrušit a řízení zastavit, a to i po uplynutí lhůty stanovené pro předkládání žádostí. V případě, že se účastník výběrového řízení dopustí jednání, které by obrožovalo nebo mařilo průběh nebo výsledek tohoto výběrového řízení, Úřad rozhodne o jeho vyřazení z další účasti na výběrovém řízení.“

[43] Podle § 9 správního řádu „správní řízení je postup správního orgánu, jehož účelem je vydání rozhodnutí, jímž se v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti

jmenovitě určené osoby nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá.“

[44] Podle § 146 odst. 1 správního řádu je řízení o výběru žádosti řízením, které se provádí „na základě zvláštního zákona formou výběru žádosti, která nejlépe odpovídá stanoveným požadavkům, popřípadě výběru více takových žádostí“. V souladu s § 146 odst. 2 téhož zákona se řízení o výběru žádosti zahajuje vyhlášením; současně se vyhláší lhůta pro podávání žádosti a kritéria hodnocení podaných žádostí, případně pravidla postupu, má-li řízení probíhat ve více kolech.

[45] Podle § 171 správního řádu má opatření obecné povahy závazný charakter; není právním předpisem ani rozhodnutím.

[46] Stěžovatelka v kasační stížnosti podala obsáhlou argumentaci ve prospěch tvrzení, že vyhlášení výběrového řízení je opatřením obecné povahy. Zdůraznila, že vyvolává bezprostřední právní účinky k její újmě; dále dodala, že oprávnění odpůrce vyhlášené výběrové řízení zrušit není v rozporu s jeho povahou jako opatření obecné povahy. Poukázala také na potřebnost materiálního přezkumu povahy správního aktu, bez ohledu na jeho formální označení. Přezkum opatření obecné povahy pak musí být umožněn zejména v případě, kdy obrana proti navazujícímu rozhodnutí není efektivní.

[47] Rozhodnou právní otázkou je proto posouzení, zda vyhlášení výběrového řízení podle § 21 ZEK, včetně podmínek jím stanovených, je opatřením obecné povahy.

[48] Opatření obecné povahy je správním aktem s konkrétně určeným předmětem a abstraktně vymezeným okruhem adresátů. Za jeho výchozí pojmové znaky proto lze označit právě konkrétnost předmětu a obecnost adresátů (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005, č. 740/2006 Sb. NSS). Z dikce relevantních zákonných ustanovení pak vyplývá, že opatření obecné povahy je aktem závazným (§ 171 správního řádu) a že jeho zrušení se může domáhat ten, kdo tvrdí, že jím byl na svých právech zkrácen (§ 101a odst. 1 s. ř. s.). Odborná literatura vymezuje znaky opatření obecné povahy následovně: vnější závaznost, obecní adresáti, konkrétní předmět regulace a absence přidělení jiné právní formy či vyloučení postupu podle části šesté správního řádu (Hejč, D., Bahýřlová, L. *Opatření obecné povahy v teorii a praxi*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 61-69).

[49] Pojetí opatření obecné povahy, které se ustálilo na základě rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu, lze charakterizovat jako formálně-materiální. Formálně-materiální přístup vyžaduje, aby forma správního aktu odpovídala jeho obsahu, současně však zohledňuje také formální korektiv v podobě výslovně vyjádřené vůle zákonodárce. Pro účely přezkumu podle soudního řádu správního pak opatřením obecné povahy může být i správní akt, který zvláštní právní úprava výslovně podřazuje pod jinou právní formu (než opatření obecné povahy), čímž mu přiděluje i jiný procesní režim vydání (Hejč, D., Bahýřlová, L. *Opatření obecné povahy v teorii a praxi*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 70 a s. 242).

[50] Výše nastíněnou situaci se zabýval Ústavní soud v usnesení ze dne 18. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 14/08, kterým kvůli nedostatku své příslušnosti odmítl návrh na zrušení nařízení hlavního města Prahy o stanovení parkovacích zón (tzv. modré zóny). Ústavní soud dospěl k závěru, že uvedené nařízení splňuje definiční znaky opatření obecné povahy, a to navzdory výslovnému označení jeho formy jako nařízení, tedy právního předpisu obce. V nálezu ze dne 31. 1. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 19/11, Ústavní soud dodal, že *„pokud se zákonodárce jasně vysloví v tom smyslu, že se o určité věci má „rozhodnout“ určitou konkrétní formou, a správní orgán tento příkaz dodrží, tak je významně zúžen prostor pro úvahy o charakteru tohoto aktu. Možnost přezkumu otázky, zda ten který akt materiálně je či není opatřením obecné povahy, zůstává Ústavnímu soudu vždy otevřena. Akty orgánů veřejné správy, které jsou prima facie právními předpisy, neboť jsou tak označeny v příslušném zákoně, jenž zmocňuje k jejich vydání, budou vždy primárně přezkoumávány v rámci řízení o kontrole norem, ledaže by v některém z takových řízení Ústavní soud došel k závěru, že takový akt (resp. akt stejného druhu, vzešlý z činnosti subjektů veřejné moci, z konkrétní právní úpravy a za vymezených skutkových okolností) má být napříště posuzován podle svého materiálního pojetí, tedy kupř. jako opatření obecné povahy.“* V mimořádných případech proto Ústavní soud může prolomit právní formu, kterou zákon správnímu aktu přiděluje, ve prospěch materiálního posouzení jako opatření obecné povahy. Může se tak stát z důvodu rozdílnosti úrovně ochrany veřejných subjektivních práv adresátů právních aktů – soudní obrana proti opatření obecné povahy je přitom pro adresáta dotčeného správního aktu (ve srovnání s obranou proti právnímu předpisu) jednodušší (Hejč, D., Bahýřlová, L. *Opatření obecné povahy v teorii a praxi*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 74).

[51] V usnesení ze dne 21. 1. 2011, č. j. 8 Ao 7/2010 – 65, č. 2321/2011 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud k formální povaze právního aktu konstatoval, že *„úvahy soudu o tom, zda napadený akt je opatřením obecné povahy či nikoliv, jsou namístě, pokud ovšem zákonné pojmenování takového aktu zcela chybí, či pokud došlo k zásadní změně právní úpravy, přičemž chybějí výslovná přechodná ustanovení. Rozhodujícím kritériem pro posouzení, zda se jedná o opatření obecné povahy, nemůže být pouze to, zda daný akt za opatření obecné povahy výslovně označuje příslušný zákon. To však neznamená, že jakýkoli akt, který není zákonem označen za opatření obecné povahy, který kdokoli napadne jako „opatření obecné povahy“, může být v tomto smyslu podroben přezkumu správního soudu. Brání tomu existence výslovné zákonné úpravy formy daného právního aktu.“* Dodal, že *„jestliže zákon (popř. ústavní zákon) výslovně stanoví formu příslušného právního aktu, a tato forma je dodržena, není tu zpravidla prostor pro jiné soudní hodnocení povahy takového aktu. [...] Projeví-li zákonodárce jednoznačně vůli, aby právní akt byl vydán v určité formě, a při této vůli setrvává, nemůže soud ve správním soudnictví tuto formu zvrátit.“* V opačném případě by takovým postupem obecný soud porušil principy dělby moci a princip právní jistoty. Kromě samotného zákonodárce je to pouze Ústavní soud, kdo smí zasáhnout (v řízení o kontrole norem) v případě, že zákonem stanovená forma aktu neodpovídá jeho obsahu.

[52] Právní formu vyhlášení výběrového řízení podle § 21 ZEK uvedené ustanovení výslovně neuvádí, vyjma poznámky pod čarou č. 57a, která ovšem nemá normativní charakter (viz například nález Ústavního soudu ze dne 30. 11. 1999, sp. zn. II. ÚS 485/98). Právní povahu však lze implicitně dovodit z jeho označení jako „vyhlášení výběrového řízení“, aniž by zákon explicitně uváděl, že se z hlediska formy jedná o procesní úkon ve

správním řízení. Odlišuje se tak od jiných ustanovení téhož zákona, v nichž zákonodárce v případě, že určitému úkonu zamýšlel přiznat formu opatření obecné povahy, takto učinil explicitně (srov. např. všeobecné oprávnění podle § 9 ZEK, plán využití rádiového spektra podle § 16 ZEK či analýzu relevantních trhů podle § 51 ZEK). Dotčené ustanovení je proto potřeba vykládat v kontextu celého zákona, který neobsahuje ucelený taxativní výčet úkonů činěných formou opatření obecné povahy, avšak výslovně tuto formu úkonům přiřazuje v jednotlivých ustanoveních. Z kontextu zákona o elektronických komunikacích tedy vyplývá úmysl zákonodárce vyhlášení výběrového řízení formu opatření obecné povahy nepřiradit a vyhlášení výběrového řízení pojmout jako standardní zahájení správního řízení o výběru žádosti podle § 146 správního řádu. Se závěrem, že výběrové řízení je řízením o výběru žádosti podle § 146 správního řádu, které se zahajuje vyhlášením podle § 25 správního řádu, se lze setkat i v odborné literatuře (např. Chudomelová, Z., Beran, M. a kol. *Zákon o elektronických komunikacích. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, komentář k § 21). Stěžovatelce navíc nelze přisvědčit v tom, že městský soud napadený úkon neposoudil z materiálního hlediska, na poznámku pod čarou č. 57a, která odkazuje na § 146 správního řádu, totiž poukázal pouze podpůrně, pro doplnění své argumentace, kterou založil na materiálním posouzení naplnění znaků opatření obecné povahy (srov. zejména body 18 až 22 napadeného usnesení).

[53] Stěžovatelka povahu opatření obecné povahy dovozuje rovněž z tvrzení, že podmínky výběrového řízení svým obsahem věcně korespondují s analýzou relevantních trhů, kterou odpůrce provádí podle § 51 a násl. ZEK jako opatření obecné povahy. Právní povahu podmínek výběrového řízení by proto soud měl posuzovat tak, aby stěžovatelka měla stejnou možnost ochrany svých práv. Ani s tímto argumentem se Nejvyšší správní soud neztotožnil, neboť se jedná o odlišné instituty. Zatímco postupem podle § 21 a násl. ZEK odpůrce řeší problémy, kterých si je vědom před vyhlášením výběrového řízení, postup podle § 51 a násl. ZEK slouží k řešení problémů, kterých si nemusel být vědom při vyhlásování výběrového řízení, ale které vyvstaly při kontrole trhu (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 27. 5. 2019, č. j. 11 A 31/2017 – 92). Je proto potřeba „rozlišovat jednak regulaci nastavením podmínek výběrového řízení dle § 21 a násl. zákona o elektronických komunikacích, jednak následnou regulaci při zjištění pochybení v rámci fungování trhu při následné kontrole (§ 51 a násl. zákona o elektronických komunikacích)“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 1. 2020, č. j. 10 As 274/2019 – 67). Přitom v souladu s § 2 písm. x) ZEK se regulace může odehrávat nejen skrze opatření obecné povahy (jako je tomu v případě postupu podle § 51 a násl. ZEK), ale i vydáváním rozhodnutí či stanovisek. Mylný je i argument stěžovatelky, že odpůrce nastavením podmínek výběrového řízení zavádí cenovou regulaci. Možnost uložení cenové regulace stanoví § 51 odst. 5 písm. f) ZEK. Jedná se tedy o řízení v rámci regulace trhu postupem podle § 51 a násl. ZEK, tj. o zcela odlišný institut.

[54] Stěžovatelkou citovaný nálezn Ústavního soudu ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 14/07, se týkal právní povahy územního plánu velkého územního celku podle stavebního zákona z roku 1976, který nestanovil jeho formu jako opatření obecné povahy. Ústavní soud však přikročil k hodnocení napadeného aktu z pohledu materiálního chápání a dospěl k závěru, že v dané věci měl Nejvyšší správní soud dát přednost právě jeho materiálnímu pojetí. Zdůraznil také „možnost efektivní soudní ochrany práv stěžovatelů již

v etapě schvalování územně plánovací dokumentace, kterou nelze plně kompenzovat dostatečně reálnou ochranou jejich práv v následných fázích stavebního řízení“. Stěžovatelka poukázala také na již citované usnesení Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 14/08, v němž soud s ohledem na princip „*in dubio pro libertate*“ přiznal hodnocenému úkonu (vymezení tzv. „modrých zón“) povahu opatření obecné povahy navzdory jeho formálnímu označení jako nařízení. V nálezu sp. zn. IV. ÚS 2239/07 týkajícím se situace, v níž veřejnoprávní norma umožňovala dvojí výklad, Ústavní soud s přihlédnutím k odlišné úrovni ochrany veřejných subjektivních práv stěžovatele v řízení o zrušení opatření obecné povahy a v navazujících správních řízeních, resp. v pozdějších fázích stavebního řízení, dal přednost posouzení napadeného úkonu (změny územního plánu) jako opatření obecné povahy. V nyní souzené věci však příslušná právní norma dvojí výklad neumožňuje a nedává tak ani více možností, jak posoudit právní povahu dotčeného úkonu a eventuálně se přiklonit k té z nich, která poskytuje vyšší míru ochrany veřejných subjektivních práv.

[55] Nejvyšší správní soud se ztotožnil s městským soudem v tom, že samotný úkon vyhlášení výběrového řízení pro stěžovatelku nepřináší žádné závazné povinnosti, jejichž nedodržení by se jakýmkoliv způsobem mohlo negativně dotknout její právní sféry. Zákon o elektronických komunikacích s procesním úkonem spočívajícím ve vyhlášení výběrového řízení odpůrcem nespojuje vznik jakékoliv povinnosti stěžovatelky či jiné osoby účastnit se výběrového řízení, případná účast kohokoliv je dobrovolná. Vyhlášení výběrového řízení je pouze prvotním krokem, který je nutným předpokladem dalšího postupu, avšak sám o sobě potenciálně zainteresovaným subjektům žádná práva ani povinnosti nestanoví, neboť mohou být stanovena jedině konečným rozhodnutím odpůrce. Právní řád neposkytuje samostatnou ochranu proti jednotlivým procesním úkonům správního orgánu, které směřují k vydání rozhodnutí a které samy o sobě nepředstavují zásah do práv účastníka řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 7. 2006, č. j. 8 Aps 2/2006 – 95); zákonnost procesních otázek včetně zahájení správního řízení lze zkoumat v řízení o žalobě proti konečnému rozhodnutí. Jinak řečeno, lze-li předpokládat, že ve správním řízení bude vydáno rozhodnutí, pak v rámci žaloby proti němu lze zkoumat i zákonnost správního procesu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 1. 2017, č. j. 2 As 260/2016 – 44).

[56] Podle § 21 odst. 1 ve spojení s § 130 odst. 1 písm. c) ZEK odpůrce před vyhlášením výběrového řízení konzultuje s dotčenými subjekty mj. podmínky výběrového řízení. V procesu konzultace dotčené subjekty mohou vznést připomínky, které je odpůrce povinen vypořádat. Možnost podání připomínek přitom stěžovatelka využila.. Na základě výsledku výběrového řízení odpůrce v souladu s § 21 odst. 8 ZEK zamítne žádosti neúspěšných žadatelů. Po právní moci zamítavých rozhodnutí a zaplacení ceny za udělení práva k využívání rádiových kmitočtů vydá rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů podle § 22 ZEK, které se doručuje pouze úspěšnému žadateli. Zákonodárce tak jasně určil formální postup odpůrce, který – např. na rozdíl od rozhodnutí o udělení licence k rozhlasovému vysílání ve smyslu zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, – rozhodne více samostatnými rozhodnutími a nikoliv společným rozhodnutím se vzájemně podmíněnými výroky o udělení licence a o zamítnutí žádostí ostatních žadatelů. Neúspěšný žadatel se pak může bránit proti rozhodnutí o zamítnutí své

žádosti, úspěšný žadatel proti rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů, resp. jím stanoveným podmínkám užívání přidělu.

[57] Aktivní legitimace k podání opravného prostředku vyplývá z postavení osoby jakožto účastníka řízení (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 12. 2003, č. j. 5 A 41/2001 – 28, č. 333/2004 Sb. NSS). Přestože je výběrové řízení řízením o výběru žádosti, a tedy řízením společným, rozhodnutí v něm vydaná nejsou rozhodnutím společným. Zúčastní-li se stěžovatelka řízení, může se bránit pouze proti rozhodnutí o její žádosti. Nemožnost napadnout rozhodnutí týkající se ostatních žadatelů však stěžovatelce nebrání v tom, aby v opravném prostředku uplatnila své případné výhrady vůči podmínkám výběrového řízení, neboť ty jsou odpůrcem stanoveny pro všechny účastníky shodně. Rozhodnutí o rozkladu pak může napadnout správní žalobou podle § 65 odst. 1 s. ř. s.

[58] Soudní řád správní nepodmiňuje aktivní procesní legitimaci k podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu bezvýhradně účastenstvím ve správním řízení. Za určitých okolností proto může být aktivně procesně legitimován i subjekt, kterého zvláštní právní předpis za účastníka řízení nepojímá. Tato situace je myslitelná zejména tehdy, pokud účastenství v řízení před správním orgánem není upraveno § 27 správního řádu, nýbrž taxativním výčtem v ustanovení zákona speciálního vůči správnímu řádu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 4. 2014, č. j. 4 As 157/2013 – 33, č. 3060/2014 Sb. NSS). Takovým případem je např. možnost držitele registrace referenčního léčivého přípravku domáhat se přezkumu rozhodnutí o registraci generika daného přípravku, přestože podle zákona č. 378/2007 Sb., o léčivech, není účastníkem řízení o registraci (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2020, č. j. 7 As 310/2018 – 47). Nyní posuzovaná věc se však od výše uvedeného liší v tom, že stěžovatelka účastnicí řízení být může, samotné podmínky účasti v něm přitom nerozporuje. I pokud by se však jednalo o výše popsaný případ, mohla by se stěžovatelka žalobou bránit až proti samotnému meritornímu rozhodnutí, neboť jen to by mohlo být způsobilé k dotčení její právní sféry.

[59] Právní řád tedy stěžovatelce poskytuje způsoby, jak se proti podmínkám výběrového řízení (byť zprostředkovaně) bránit. Jak již Nejvyšší správní soud konstatoval, je pouze na uvážení stěžovatelky, zda se výběrového řízení zúčastní či nikoliv, zákon jí účast v řízení neukládá jako povinnou, nýbrž (za předpokladu splnění podmínek účasti) umožňuje. Je proto na jejím (podnikatelském) uvážení, zda se řízení zúčastní, a do budoucna tak umožní soudní přezkum konečného správního rozhodnutí.

[60] K tvrzené neefektivnosti obrany Nejvyšší správní soud dodává, že „*podmíněnost vyčerpání opravných prostředků ve správním řízení před podáním žaloby k soudu je nutno vnímat jako provedení zásady subsidiarity soudního přezkumu a minimalizace zásahů soudů do správního řízení. To znamená, že účastník správního řízení musí zásadně vyčerpat všechny prostředky k ochraně svých práv, které má ve svojí procesní dispozici, a teprve po jejich marném vyčerpání se může domáhat soudní ochrany. Soudní přezkum správních rozhodnutí je totiž koncipován až jako následný prostředek ochrany subjektivně veřejných práv, který nemůže nabízet prostředky nacházející se uvnitř veřejné správy.*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, č. j. 2 Afs 98/2004 – 65, č. 672/2005 Sb. NSS). Zásada subsidiarity soudního přezkumu a zákonem určená poslušnost úkonů správního orgánu ve správním

řízení neumožňují okamžitou obranu proti jednotlivým procesním krokům. Nyní posuzovaná věc přitom není ojedinělým případem; s obdobnou situací se lze setkat například v souvislosti s obranou proti obsahu závazného stanoviska (např. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 8. 2011, č. j. 2 As 75/2009 – 113, č. 2434/2011 Sb. NSS).

[61] Navíc tvrzená újma, pro kterou stěžovatelka usiluje o zrušení vyhlášení výběrového řízení, je v této fázi řízení pouze hypotetická – mohla by totiž nastat až po splnění řady nejistých předpokladů a ne dříve než po právní moci rozhodnutí o přidělu (blíže viz usnesení ze dne 4. 11. 2020, č. j. 1 As 375/2020 – 74, jímž Nejvyšší správní soud zamítl stěžovatelčin návrh na vydání předběžného opatření). Nejvyšší správní soud proto pouze dodává, že není povolán k řešení hypotetických situací ani teoretických scénářů.

[62] Stěžovatelce lze v obecné rovině přisvědčit v tom, že jí náleží právo na efektivní soudní ochranu bez zbytečných průtahů, jak stanoví čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Právní řád pak poskytuje nástroje, kterými se lze bránit průtahům v soudním řízení, pokud k soudnímu přezkumu vůbec dojde a vyskytnou-li se v něm prodlevy.

[63] Výše uvedené lze shrnout tak, že úkon napadený stěžovatelkou v tomto řízení jako takový není vůbec způsobilý zasáhnout do jejích veřejných subjektivních práv a nemůže se tak sám o sobě stát předmětem soudního přezkumu. Z formálního hlediska svědčí označení daného úkonu o jeho povaze jako procesního úkonu. Materiální znaky opatření obecné povahy rovněž nenaplnňuje z důvodu chybějící závaznosti, resp. dopadu do právní sféry stěžovatelky. Nejvyšší správní soud proto, ve shodě s městským soudem, konstatuje, že vyhlášení výběrového řízení není (byť jen z materiálního hlediska) opatřením obecné povahy.

b) K přípustnosti žaloby na ochranu před nezákonným zásahem

[64] Podmínky výběrového řízení stěžovatelka považuje za bezprostřední zásah do svých práv, kterému se nemůže efektivně bránit prostřednictvím žaloby proti výsledným rozhodnutím odpůrce. V této souvislosti odkázala na rozsudek ESLP ve věci *Delta Pekárny* a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 458/2018 – 42, resp. v něm citovaný rozsudek rozšířeného senátu ze dne 21. 11. 2017, č. j. 7 As 155/2015 – 160, č. 3687/2018 Sb. NSS (dále též „rozsudek *EUROVIA*“). Neztotožní-li se kasační soud s tím, že úkon odpůrce je opatřením obecné povahy, pak stěžovatelka z citované judikatury dovozuje, že byly naplněny podmínky přípustnosti podané žaloby jako žaloby na ochranu před nezákonným zásahem. S ohledem na nemožnost dosáhnout přezkumu výsledků výběrového řízení v plném rozsahu a značnou časovou prodlevu považuje stěžovatelka obranu proti výsledným rozhodnutím odpůrce cestou žaloby proti rozhodnutí správního orgánu za zcela neefektivní.

[65] Otázkou přípustnosti žaloby na ochranu před nezákonným zásahem jakožto prostředku obrany proti vyhlášení výběrového řízení a v něm obsaženým podmínkám se správní soudy zabývaly již dříve. Stalo se tak v souvislosti s výběrovým řízením pro přiděl rádiových kmitočtů konaným v roce 2013 (viz výše citovaná usnesení Městského soudu v Praze č. j. 8 A 155/2013 – 42 a č. j. 3 A 110/2013 – 88). Městský soud své úvahy v obou

případech založil na tom, že zásahová žaloba je subsidiární formou soudní ochrany, jíž nelze podrobovat testu zákonnosti jednotlivé procesní úkony správního orgánu v průběhu správního řízení, které se končí rozhodnutím (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 6. 2007, č. j. 9 Aps 3/2007 – 33).

[66] V obou výše citovaných usneseních městského soudu infrastrukturní operátoři – shodně jako v nyní souzené věci – spatřovali nezákonný zásah ve vyhlášení výběrového řízení, včetně stanovení jeho podmínek. Městský soud konstatoval, že správní řízení o výběru žádosti coby formalizovaná procedura ústí v rozhodnutí, které je soudně přezkoumatelné v řízení o žalobě podle § 65 s. ř. s., a to včetně procedury, která předchází jeho vydání, jakož i dodržení pro ni stanovených pravidel. Pod soudní kontrolu je tedy zásadně zahrnuta i zákonnost veškerých úkonů uskutečněných správním orgánem v průběhu správního řízení, včetně zahájení správního řízení (zde vyhlášení výběrového řízení a stanovení jeho podmínek). Prostřednictvím žaloby proti meritornímu rozhodnutí proto lze účinně napadat veškeré vady řízení, které by mohly vést k nezákonnosti rozhodnutí. Ve vztahu k meritornímu správnímu rozhodnutí je vyhlášení výběrového řízení včetně stanovení jeho podmínek pouze nutným procesním úkonem, jenž se nemůže stát předmětem samostatného soudního přezkumu. Tvrzené těžkosti, totožné s těmi, kterých se obává stěžovatelka v nyní rozhodované věci (např. ztížení procesní obrany, nepříznivé finanční, časové a technologické dopady do právního postavení) městský soud nepovažoval za přímý důsledek tvrzeného nezákonného zásahu, nýbrž až potenciální důsledek meritorního rozhodnutí. Vyvolání právních účinků pravomocného správního rozhodnutí však samo o sobě nemůže odůvodnit soudní přezkum jednotlivých procesních úkonů, neboť je předpokládáným následkem každého rozhodnutí. K ochraně před nepřiměřenými důsledky správního rozhodnutí pak může v řízení o žalobě podle § 65 s. ř. s. posloužit institut odkladného účinku či předběžného opatření. Zásahovou žalobu proto soud jako nepřípustnou v obou výše zmíněných případech odmítl.

[67] Nejvyšší správní soud se ztotožnil s výše nastíněnými závěry městského soudu, s nimiž odůvodnění napadeného usnesení koresponduje. Na uvedeném nemohou ničeho změnit ani stěžovatelkou citovaná rozhodnutí.

[68] Případ posuzovaný ESLP v rozsudku *Delta pekárny* se týkal šetření, které Úřad pro ochranu hospodářské soutěže provedl v sídle jmenované společnosti. Nedostatky soudního přezkumu, který byl ve věci realizován prostřednictvím žalob podle § 65 s. ř. s., soud spatřoval v tom, že ani jedno z národních soudních řízení se netýkalo průběhu místního šetření a neexistoval opravný prostředek, jímž by bylo možné průběh šetření napadnout. Jinak řečeno, následná soudní kontrola neposkytla dostatek záruk k tomu, aby bylo zamezeno riziku zneužití pravomoci žalovaného správního orgánu. Za okolností tam řešené věci by zásahová žaloba podle mínění soudu byla neúspěšná, a to buď kvůli nesplnění podmínky, podle níž žaloba musela směřovat proti zásahu, který trvá nebo u nějž hrozí opakování (tato podmínka byla k 1. 1. 2012 zrušena), nebo kvůli jejímu podpůrnému charakteru ve vztahu k žalobě proti rozhodnutí správního orgánu. V reakci na citovaný rozsudek Nejvyšší správní soud konstatoval, že adekvátním prostředkem soudní kontroly proti nezákonnému místnímu šetření je právě zásahová žaloba, z jejíž subsidiární povahy naopak plyne přípustnost žaloby v situaci, kdy jiný prostředek soudní

ochrany není přípustný. Důsledkem subsidiarity zásahové žaloby tak není vznik mezery v ochraně veřejných subjektivních práv, ale naopak zacelení takových mezer, nenabízí-li právní řád jiný nástroj ochrany (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2016, č. j. 5 Afs 7/2011 – 799).

[69] Nyní posuzovaná situace je však odlišná, neboť vyhlášení výběrového řízení není ukončeným postupem správního orgánu, více či méně izolovaným od meritorního rozhodování, jako tomu bylo v případě průběhu místního šetření Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Naopak na tento úkon bezprostředně navazují další procesní úkony, které společně s ním vyústí v meritorní rozhodnutí odpůrce, přičemž jakékoliv vady vyhlášení lze bezpochyby zohlednit při přezkumu zákonnosti konečného rozhodnutí.

[70] Ve stěžovatelkou odkazovaném rozsudku č. j. 1 Afs 458/2018 – 42 se Nejvyšší správní soud zabýval povahou úkonu, jímž správce daně zamítl žádost daňového subjektu o odročení termínu výsledku svědka. Dospěl k tomu, že se jedná o procesní úkon, jímž se upravuje vedení řízení a jenž nemůže být zásahem ve smyslu § 82 s. ř. s. Obecně platí pravidlo, podle něž by přezkum zákonnosti vedení správního řízení prostřednictvím žaloby na ochranu před nezákonným zásahem byl přezkumem předčasným, odporujícím systematice soudního řádu správního. Nejvyšší správní soud přesto v minulosti připustil, že zásahem výjimečně může být, v závislosti na okolnostech konkrétního případu, i čistě procesní úkon správního orgánu. Může se jednat např. o nesprávný postup při doručování, pokud pro příjemce písemnosti představuje nadměrnou administrativní zátěž spojenou se vznikem materiální újmy (rozsudek ze dne 12. 7. 2018, č. j. 2 As 93/2016 – 138, bod 23); neumožnění nahlédnout do spisu, pokud by dosáhlo takové intenzity, že by znamenalo zásah do práva na spravedlivý proces (rozsudek ze dne 17. 1. 2018, č. j. 9 Afs 85/2016 – 51, bod 29); nebo zneprístupnění určitých dokumentů v daňovém řízení, brání-li tento postup správního orgánu daňovému subjektu v dosažení účinné ochrany v řízení o žalobě proti rozhodnutí (rozsudek ze dne 3. 10. 2018, č. j. 1 Afs 99/2018 – 42, body 15 až 17).

[71] S výše popsaným přístupem se ztotožnil i Ústavní soud, který v nálezu ze dne 14. 1. 2020, sp. zn. III. ÚS 2383/19, mj. uvedl, že „z předpisů ústavního pořádku nelze dovodit právo na to bránit se před soudem samostatně proti takovým procesním úkonům správního orgánu, které zpravidla směřují k vydání správního rozhodnutí a které se mohou relevantně dotknout účastníka řízení až v souvislosti s vydaným rozhodnutím, nikoli samy o sobě“. Je proto vždy třeba zkoumat, jak případné porušení procesních předpisů zkrátilo účastníka řízení v tom, aby pro sebe přivodil příznivější rozhodnutí ve věci. V případě procesních úkonů, „jejichž účinek se může (mimo samotný průběh řízení) ve sféře účastníka projevit jen v souvislosti s výsledným rozhodnutím, není porušením žádných základních práv či svobod, přezkoumá-li správní soud zákonnost těchto procesních úkonů až při případném soudním přezkumu výsledného správního rozhodnutí“. Ústavní soud konstatoval, že procesní postup, který stěžovatelka v tam řešeném případě označila za nezákonný zásah (postup žalovaného správního orgánu, který ji před projednáním zprávy o daňové kontrole odmítl seznámit s vypořádáním jejího vyjádření ke kontrolnímu zjištění), se stěžovatelky nemohl relevantně dotknout jinak než prostřednictvím výsledného správního rozhodnutí; jinak ji relevantním způsobem nelimitoval.

[72] Nelze opomíjet ani úmysl zákonodárce, který prostřednictvím výluk ze soudního přezkumu (včetně rozhodnutí, kterými se upravuje vedení řízení) vyjadřuje záměr nerozměňovat soudní ochranu a umožnit efektivní průběh správního řízení bez dílčích soudních sporů. Soudní ochranu proto zásadně koncentruje až do finálního výstupu, kterým je typicky rozhodnutí o věci samé. Tento přístup je projevem dělby moci a potřebné zdrženlivosti soudních orgánů vůči moci výkonné. Dokud orgán moci výkonné vede řízení, jehož prostřednictvím uskutečňuje svou pravomoc a působnost autoritativně a závazně rozhodnout o právech a povinnostech účastníka řízení, není úkolem soudu do správního řízení – až na určité výjimky – zasahovat (srov. rozsudek č. j. 1 Afs 458/2018 – 42). Zásahová žaloba je subsidiárním nástrojem ochrany, který své uplatnění nachází ve zpravidla excesivních situacích, v nichž by použití žaloby proti rozhodnutí nebylo možné či dostatečně efektivní.

[73] Stěžovatelkou tvrzené okolnosti přitom nenaplnují podmínku intenzity ani výjimečných okolností, z níž kasační soud vycházel ve stěžovatelkou uvedeném rozsudku č. j. 1 Afs 458/2018 – 42, a nedosahují tak intenzity porušení práva na přístup k soudu, neboť vyhlášení výběrového řízení je pouze procesním úkonem. Poskytnutí soudní ochrany v tomto případě nelze s odkazem na tvrzenou neefektivitu „předsunout“ již do fáze probíhajícího výběrového řízení. Argumentace možnou nezákonností konečných rozhodnutí přitom neobstojí, neboť obávaná nezákonnost je v této fázi toliko hypotetická a odporuje zásadě presumpce správnosti aktů vydaných orgány veřejné správy. Právní řád se přitom zakládá na uvedené zásadě, *„dle níž se má za to, že správní akt je zákonný a správný, a to až do okamžiku, kdy příslušný orgán zákonem předvídanou formou prohlásí správní akt za nezákonný a zruší jej (srov. k tomu Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 7. vydání, Praha, C.H. Beck 2009, s. 225, resp. v judikatuře NSS např. rozsudek ze dne 22. 5. 2008, č. j. 6 As 45/2005 – 188).“* (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 2. 2009, č. j. 1 As 79/2008 – 128, č. 1815/2009 Sb. NSS, bod 15).

[74] Účel soudní ochrany, resp. zásahové žaloby, nelze spatřovat v poskytování preventivní ochrany již v průběhu správního řízení, která zabránila hypotetické újmě plynoucí z údajné nezákonnosti zahájení výběrového řízení, jeho podmínek či dalšího postupu v něm. Stěžovatelkou požadovaný postup by naopak popíral smysl a funkci zásahové žaloby, která není *„univerzálním prostředkem ochrany proti jakémukoliv úkonu správního orgánu, který se žalobci nelíbí“* (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2020, č. j. 10 Afs 304/2019 – 39). Nejvyšší správní soud opakovaně zdůrazňuje, že její účel je zcela opačný – plní roli *„pomocného prostředku ochrany a doplňku tam, kam ochrana podle § 65 a násl. s. ř. s. nedosáhne“* (usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008 – 98, č. 2206/2011 Sb. NSS, bod 18).

[75] Úloha správního soudu spočívá v přezkumu zákonnosti žalobou napadeného úkonu správního orgánu, případně též řízení, které mu předcházelo. Úkolem správního soudu však v žádném případě není a nemůže být nahrazování rozhodování správního orgánu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2008, č. j. 3 As 13/2007 – 75, č. 2202/2011 Sb. NSS). Pokud by byl soudní přezkum dílčích procesních úkonů obecně připuštěn, správní soudy by svými rozhodnutími zasahovaly do správního řízení před jeho

ukončením a nepřipustně by tak ovlivňovaly rozhodovací činnost správních orgánů (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 2. 2014, č. j. 7 Aps 2/2013 – 35).

[76] Zásada subsidiarity a posteriority soudního přezkumu společně s principem dělby moci brání tomu, aby „moc soudní v podobě správních soudů nabrazovala činnost orgánů moci výkonné a přivlastňovala si jejich pravomoc. Správní soudy tak mohou být v rámci ochrany práv aktivovány tehdy, pokud jednotlivec vyčerpal dostupné možnosti ochrany svých práv v rámci veřejné správy a jejich úloha spočívá především v kontrole zákonnosti jednání správních orgánů“. Tyto systémové zásady správního soudnictví přitom nejlépe reflektuje žaloba proti rozhodnutí správního orgánu; proto je třeba „právní předpisy zásadně vykládat tak, aby správní orgány byly povinny své úkony, jimiž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva nebo povinnosti, činit v podobě individuálního aktu (ať již vydávaného v režimu správního řádu nebo jiného právního předpisu upravujícího postup správního orgánu) adresovaného jednotlivci, jehož práv se týká a opatřeného odůvodněním vysvětlujícím skutkové a právní důvody tohoto úkonu“, který může být předmětem soudního přezkumu v řízení o žalobě podle § 65 s. ř. s., v němž soud po stránce procesní i hmotněprávní posoudí zákonnost napadeného rozhodnutí správního orgánu. Naopak, „rozšiřování možností uplatnění žaloby na ochranu proti nezákonnému zásahu i na případy, kdy má být uplatněna žaloba proti rozhodnutí, by mohlo vést k nedůvodnému narušení těchto základních zásad správního soudnictví, neboť správní soud by sám měl nalézat důvody ospravedlňující naříkaný úkon správního orgánu, včetně ochrany veřejného zájmu, a provádět potřebné zjišťování skutkového stavu. Správní orgány by mohly být v pokušení nerespektovat práva jednotlivců dotčených na svých právech, včetně práva na právní slyšení a povinnosti dostatečně odůvodnit svá rozhodnutí, a ponechat na soudu, aby věc řádně projednal a rozhodl.“ (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 4. 2017, č. j. 6 Afs 270/2015 – 48).

[77] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše řečené uzavírá, že městský soud nepochybil, pokud žalobu na ochranu před nezákonným zásahem odmítl. Namítaná nezákonnost podmínek výběrového řízení se totiž stěžovatelky může relevantním způsobem dotknout pouze prostřednictvím případného meritorního rozhodnutí o stěžovatelčině žádosti ve výběrovém řízení; nerozlučně totiž souvisí s konečným rozhodnutím o přidělu kmitočtů či o zamítnutí žádosti. Stěžovatelka má totiž v případě potřeby k dispozici dostatečně efektivní nástroj ochrany, kterým je (po vyčerpání řádného opravného prostředku) žaloba podle § 65 s. ř. s. Použití žaloby proti rozhodnutí správního orgánu plně koresponduje se systémovými východisky správního soudnictví i principem dělby moci. V této chvíli je však použití správní žaloby proti rozhodnutí stále pouze teoretickou možností, neboť správní orgán dosud meritorně nerozhodl a obávaná nezákonnost spočívající v porušení procesních či hmotněprávních norem je proto pouze hypotetická.

[78] Dílčí závěr městského soudu ohledně odmítnutí zásahové žaloby je však třeba mírně korigovat v tom smyslu, že soud tak měl učinit pouze z důvodu obsaženého v § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Postup soudu při posuzování zásahové žaloby se řídí algoritmem, který popsal rozšířený senát v rozsudku *EUROVIA*. V této souvislosti Nejvyšší správní soud pro úplnost uvádí, že tento rozsudek byl zrušen nálezem Ústavního soudu ze dne 15.

5. 2018, sp. zn. II. ÚS 635/18, avšak stalo se tak, jak uvádí nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. II. ÚS 2398/18, „z důvodů zcela nesouvisejících s problematikou žalobních typů“.

[79] Nejvyšší správní soud proto stručně odkazuje na závěry rozsudku *EUROVIA*, konkrétně na jeho body 63 až 65. Platí, že „pokud je zjevné a nepochybné, že jednání popsané v žalobě nemůže být vzhledem ke své povaze, povaze jeho původce či jiným okolnostem zásahem“ ve smyslu legislativní zkratky v § 84 s. ř. s., i kdyby byla tvrzení žalobce pravdivá, musí být taková žaloba odmítnuta podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s., jelikož chybí podmínka řízení spočívající v přípustitelném (plausibilním) tvrzení nezákonného zásahu. Následně, „pokud nebude zásahová žaloba odmítnuta proto, že v žalobě označené jednání nemůže být již z povahy věci nezákonným zásahem, je na místě zkoumat její přípustnost dle § 85 s. ř. s., části věty před středníkem.“ Z popsané posloupnosti vyplývá, že v nyní souzené věci bylo namísto, aby městský soud zásahovou žalobu odmítl z důvodu chybějící podmínky řízení, která spočívá v přípustitelném tvrzení (nezákonného) zásahu, nikoliv ze dvou důvodů současně – chybějících podmínek řízení i nepřípustnosti žaloby. Pokud totiž nejsou dány podmínky řízení, neboť napadený úkon zjevné a nepochybné nemůže být ze své podstaty zásahem, nelze hodnotit ani přípustnost zásahové žaloby. Nejedná se však o pochybení, pro něž by Nejvyšší správní soud musel přistoupit ke zrušení napadeného usnesení. Takový postup považuje Nejvyšší správní soud za ryze formální a odporující zásadě procesní ekonomie, neboť zrušení napadeného usnesení by vedlo pouze k opětovnému odmítnutí zásahové žaloby, byť ze správného důvodu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 2. 2006, č. j. 1 Afs 129/2004 – 76, č. 1476/2008 Sb. NSS, nebo ze dne 28. 3. 2018, č. j. 8 As 83/2017 – 97). Kromě prodloužení řízení a zvýšených výdajů jeho účastníků by výsledek řízení o zásahové žalobě nedoznal změny.

VI. Závěr a náklady řízení

[80] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[81] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka nebyla v řízení o kasační stížnosti úspěšná, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Odpůrci, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, Nejvyšší správní soud náhradu nákladů řízení nepřiznal. Přestože je v řízení o kasační stížnosti zastoupen advokátem, žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti mu nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 12. listopadu 2020

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu

