



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Lenky Krupíčkové a soudců Tomáše Foltase a Faisala Husseinho v právní věci žalobce: **T-Mobile Czech Republic a. s.**, se sídlem Tomíčkova 2144/1 Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, **za účasti: I)** Česká republika – Ministerstvo průmyslu a obchodu, se sídlem Na Františku 1039/32, Praha, **II)** Agentura pro podporu podnikání a investic CzechInvest, se sídlem Štěpánská 567/15, Praha, **III)** Agentura pro podnikání a inovace, se sídlem Štěpánská 796/44, Praha, **IV)** Česká agentura na podporu obchodu, se sídlem Štěpánská 567/15, Praha, **V)** Uměleckoprůmyslové museum v Praze, se sídlem 17. listopadu 2/2, Praha, **VI)** Česká republika – Ministerstvo financí, se sídlem Letenská 15, Praha, **VII)** Moravská zemská knihovna, se sídlem Kounicova 65a, Brno, **VIII)** Národní památkový ústav, se sídlem Valdštejnské nám. 3/162, Praha, **IX)** Česká republika – Generální finanční ředitelství, se sídlem Lazarská 15/7, Praha, **X)** Vodafone Czech Republic a.s., se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Praha, zastoupena Mgr. Martinem Dolečkem, advokátem se sídlem Na strži 2102/61a, Praha, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 11. 2024, č. j. 62 Af 53/2023-720,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III.** Osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Osoba zúčastněná na řízení VI) [dále též „zadavatel“] zadávala v postavení centrálního zadavatele (za celkem 55 zadavatelů) v otevřeném řízení veřejnou zakázku „Poskytování mobilních telekomunikačních služeb 2022 + II“. Oznámení o jeho zahájení bylo uveřejněno dne 13. 3. 2023.

[2] Poté, co se žalobce neúspěšně bránil proti postupu v zadávacím řízení podáním námitek, podal dne 22. 5. 2023 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V něm označil zadávací podmínky za nezákonné pro jejich netransparentnost a nepřiměřenost. Žalovaný rozhodnutím ze dne 11. 8. 2023 částečně zastavil řízení s poukazem na to, že návrhu v příslušných částech nepředcházely řádně a včas podané námitky (výrok I), a ve zbytku návrh zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření (výrok II). K rozkladu žalobce pak předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 6. 11. 2023, č. j. ÚOHS-42947/2023/163, zrušil výrok I prvostupňového rozhodnutí a jeho výrok II změnil tak, že celý žalobcův návrh zamítl.

II.

[3] Žalobce napadl rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou, kterou Krajský soud v Brně (dále též „krajský soud“) zamítl. Ve vztahu k použití institutu centralizovaného zadání veřejné zakázky krajský soud konstatoval, že na zadavatelské straně bylo s ohledem na rozsah plnění opodstatněné. Na nabídkové straně pak vystupují pouze tři potenciální dodavatelé, z nichž všichni zjevně byli schopni předmět plnění v poptávaném rozsahu realizovat a žádný z nich není malým ani středním dodavatelem, kterému by centralizované zadávání plnění daného rozsahu (bez možnosti podávat nabídky jen na část plnění) znemožnilo se o zakázku ucházet. Použití centralizovaného zadávání současně nevedlo k narušení hospodářské soutěže uzavřením trhu před eventuálními novými soutěžiteli anebo k citelnému protisoutěžnímu účinku na už existující relevantní trh a soutěžitele, kteří se na něm pohybují. Díky danému postupu byly respektovány rovněž zásady hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků („3E“). Zejména menší zadavatelé by při rozdělení zakázky na části nemohli získat poptávané služby za nižší ceny. Podle krajského soudu tak nebyly zvoleným postupem porušeny zásady v § 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „ZZVZ“). Porušena nebyla ani pravidla vymezení funkčního celku centralizovaně poptávaného plnění, neboť byla dána věcná, prostorová, časová a funkční souvislost, jež je určující pro vymezení funkčního celku. Žalobce ostatně ani netvrdil, že by tomu tak nebylo.

[4] Podle krajského soudu nelze považovat bez dalšího za nesouladný se ZZVZ ani postup zadavatele, který stanovil finanční limit pro každou poptávanou službu samostatně. Je právem zadavatele, aby v zadávacích podmínkách reflektoval své finanční možnosti. To je v projednávané věci umocněno povahou poptávaného plnění a strukturou trhu. Tvzení žalobce o podhodnocení ceny za zprávu SMS, založené na jejím srovnání s výší propojovacího poplatku za odeslání SMS do sítě jiného operátora, krajský soud označil za nekorektní. Poukázal na to, že se propojovací poplatek hradí pouze tehdy, pokud dochází k odeslání SMS do sítě jiného operátora a že je operátor nejen plátcem,

pokračování

ale i příjemcem propojovacího poplatku. Obdobně krajský soud nahlížel na tvrzené podhodnocení měsíčního poplatku za službu datového tarifu s FUP 3 GB. Zde uvedl, že žalobce nedoložil náklady na datový provoz a vychází z nedůvodného předpokladu, že by spravovaná telefonní čísla byla využívána převážně na území roamingových partnerů. To nelze u zaměstnanců jednotlivých zadavatelů rozumně předpokládat, což potvrzují data o průměrném využití datového připojení jednotlivých zadavatelů v EU doložená zadavatelem. Ten navíc nestanovil maximální jednotkové ceny u všech poptávaných služeb. Ponechal tím dostatečný prostor pro kompenzační cenotvorbu dodavatelů, aniž by byli nuceni vstoupit do předem nevýhodného obchodního vztahu. Pro zákonnost a přiměřenost maximálních jednotkových cen svědčí také to, že zadavatel při jejich stanovení vycházel z konkrétních smluv, ve kterých relevantní dodavatelé, včetně žalobce, realizují poptávané služby za obdobné ceny.

[5] Krajský soud dále neshledal nezákonnost zadávací podmínky, podle které zadavatelé nejsou povinni od vybraného dodavatele odebrat žádný minimální objem poptávaných služeb. Vzhledem k povaze zadavatelů považoval za velmi nepravděpodobnou konstrukci žalobce, že žádný z nich neodebere od vybraného dodavatele žádné plnění. Současně označil mechanismus záruk výnosu za rozporný s principy „3E“ při nakládání s veřejnými prostředky. Dodal, že zadavatelé mají rovněž možnost smlouvu kdykoliv ukončit s devítiměsíční výpovědní lhůtou, neboť po nich nelze požadovat, aby odebírali plnění na základě původních smluv, pokud by měli příležitost je získat za nižší cenu. Totéž podle něj platí pro absenci inflační doložky. S ohledem na strukturu trhu (oligopol) i samotných služeb může rozsah plnění kolísat v návaznosti na aktuální potřeby zadavatelů. Nejedná se o nepřiměřenost zadávacích podmínek ve smyslu § 6 ZZVZ, nýbrž o podnikatelské riziko, které je spojeno s poskytováním telekomunikačních služeb při dostatečné kontraktační síle určitého odběratele.

[6] K počtu a výši smluvních pokut krajský soud uvedl, že námitky proti nim směřují zejména vůči tvrzené nevhodnosti centralizovaného zadávání. Tu však neshledal. Navíc by se počet pokut nemusel při samostatném zadávání nikterak lišit. Některé sankce pak vycházejí přímo z dotačních podmínek, kterými je zadavatel při plnění veřejné zakázky vázán. K úvaze o souhrnné výši pokut krajský soud podotkl, že žalobce neodůvodněně předpokládá nepravděpodobnou situaci, že se aktivují nároky na všechny smluvní pokuty (tj. že by porušil veškerá smluvní ujednání zajištěná smluvními pokutami vůči všem zadavatelům). Dodal, že prosté srovnání (možné souhrnné) výše smluvních pokut a předpokládané hodnoty veřejné zakázky o ničem nevypovídá. Jednak bude výsledkem centralizovaného zadávání uzavření 55 smluvních vztahů, které na sobě budou z pohledu plnění a potenciálního porušení smluvních povinností zcela nezávislé, a dále smluvní pokuta nemá vzhledem ke svému reparačnímu účelu žádný vztah k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Krom toho nemá žalovaný při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotit vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci. Zasáhnout má jen v případě zjevného excesu atakujícího zásady zadávání veřejných zakázek. Toho se však ani žalobce nedovolával a nic zjevně excesivního na smluvních pokutách neshledal ani krajský soud. Důvodná není podle krajského soudu ani argumentace, v níž žalobce dovozuje netransparentnost některých povinností

zajištěných smluvními pokutami (povinnosti týkající se fakturace a archivace dokumentů a vyřízení reklamace v požadované lhůtě).

[7] K tvrzené nestandardnosti zadávací podmínky přenesení dat z jedné SIM karty vybraného dodavatele na jinou SIM kartu krajský soud uvedl, že i zde žalobce vychází z neodůvodněného předpokladu, že by u všech 20 000 „vysoutěžených telefonních čísel“ došlo ve shodném okamžiku k totožné mimořádné události odůvodňující potřebu přenosu dat. Takový scénář se jeví jako značně nepravděpodobný a zadávacími podmínkami *a priori* nepředpokládaný. Nadto se sám žalobce k obdobné povinnosti již v minulosti zavázal. Důvodná pak dle krajského soudu není ani argumentace ohledně nezákonnosti zveřejnění položkových cen. Jednotkové ceny sjednané mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem nenaplnují definiční znaky obchodního tajemství. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je okamžikem, k němuž musí být informace o ceně odtajněna, pokud by do té doby byla vůbec utajována. Zadavatel navíc získal informace o vhodné limitaci položkových cen z již uzavřených existujících smluv, které jsou zveřejněny v registru smluv.

III.

[8] Žalobce (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“). Krajskému soudu vytýká, že neposoudil správně otázku stanovení jednotkových nabídkových cen. Namítá, že zadavatel je povinen stanovit požadavky na nabídkové ceny tak, aby odpovídaly nejen jeho potřebám, ale i reálným možnostem relevantních dodavatelů nabídnout za stanovených podmínek služby a poskytovat je s určitým ziskem. To nesplnil, neboť stanovené jednotkové ceny jsou podnákladové, což umocňují absence inflační doložky, odběru minimálního objemu služeb a další omezující podmínky. Dodavatelé tak nemohli odpovědně stanovit nabídkovou cenu z důvodu nejasného vymezení cenové základny a přenesení rizik na jejich stranu. Stanovení cenových stropů nadto vylučovalo možnost účasti dodavatelů, kteří by mohli nabízet ekonomicky výhodnější nabídky v celkovém kontextu. Krajský soud pominul, že stanovení cenových stropů v kombinaci s dalšími omezujícími podmínkami žalovaný označil již dříve za nezákonné. Neobstojí přitom jeho argument, že dodavatelé měli prostor pro kompenzační cenotvorbu. Zadavatel nestanovil maximální výši jednotkových cen pouze u dvou položek, které nemohly vykompenzovat ztráty z jiných položek, neboť předpokládaný objem plnění u nich činí pouze 0,29 % z celkového objemu veřejné zakázky. Navíc zadavatelé nejsou k odběru všech poptávaných služeb povinni, nemuseli by tak tyto dvě položky odebírat.

[9] Stěžovatel setrvává na tom, že stanovené jednotkové ceny SMS a datového tarifu s FUP 3 GB byly podnákladové. Za spekulativní a irelevantní označil argument krajského soudu, dle něž nelze předpokládat, že by všechny SMS byly odesílány mimo síť téhož operátora, a že operátor současně generuje příjmy z propojovacího poplatku za doručené SMS ze sítě jiných operátorů. Podle stěžovatele lze naopak s ohledem na počet telefonních čísel očekávat, že značná část komunikace bude směřována mimo síť dodavatele. Příjmy z propojovacích poplatků pak nejsou zaručeny a netvoří čistý zisk, ale musí pokrýt též vzniklé náklady včetně nepřímých. Dále je možné, že datový provoz bude poskytován

pokračování

v požadovaném rozsahu zejména v sítích roamingových partnerů. V takovém případě stanovená maximální cena není schopna pokrýt ani náklady na datový provoz. Je sice pravda, že stěžovatel uzavřel také smlouvy, podle nichž poskytuje mobilní služby dokonce za cenu nižší, než činí nynější limit. Ceny za ostatní služby však byly sjednány řádově vyšší než činil cenový strop v projednávané věci. Podle stěžovatele je rovněž nepřipadná výtka krajského soudu, že nespecifikoval prvky způsobu cenotvorby na trhu mobilních služeb. Učinil tak již v řízení před žalovaným. K tomu dodává, že zadávací podmínky nereflektovaly různost potřeb jednotlivých zadavatelů, a neumožnily tak stěžovateli řádně zkalkulovat nabídkovou cenu a podat nabídku. Byly proto stanoveny nejasně a nedostatečně, tj. v rozporu s § 36 odst. 3 a § 6 odst. 1 ZZVZ.

[10] Stěžovatel dále namítá, že krajský soud nesprávně vyhodnotil nepředvídatelnost objemu poptávaných služeb a její dopady na schopnost dodavatelů stanovit nabídkovou cenu. Svůj závěr založil toliko na domněnce, že je velmi nepravděpodobné, aby žádný ze zadavatelů neodebral žádné plnění od vybraného dodavatele. Zadávací podmínky však neobsahují žádný mechanismus garance minimálního odběru služeb. To, v kombinaci s možností kdykoliv rámcovou dohodu vypovědět, činí objem plnění nepředvídatelným, což je v rozporu s § 6 a 36 odst. 1 ZZVZ. Riziko, že dodavatel bude poskytovat plnění bez zisku nebo dokonce za podnákladovou cenu, pak zadavatel umocnil absencí inflační doložky. S touto skutečností se krajský soud vypořádal nedostatečně a nesprávně.

[11] V dalším okruhu námitek stěžovatel napadá nepřiměřenost a netransparentnost smluvních pokut. Jejich počet v zadávacích podmínkách je podle něj ve srovnání s jinými zakázkami excesivní (celkem 1 210) a nepřiměřená je i jejich výše (souhrnně 550 mil. Kč), která nereflektuje výši hrozící škody. „Zastropování“ cen přitom neumožňuje zohlednit výši smluvních pokut v nabídkové ceně. Na dodavatele jsou tak přenášena veškerá rizika smluvního vztahu. Své výhrady stěžovatel demonstruje na jednorázové smluvní pokutě za nesplnění povinností souvisejících s financováním z operačních programů. Uvádí, že výrazně převyšuje částky, které mohou být zadavateli uloženy v rámci pravidel operačních programů. Dále upozorňuje na denní smluvní pokutu za prodlení s povinností zahájit poskytování služeb, která může být několikanásobně vyšší, než kolik činí cena příslušného tarifu za jeden měsíc užívání. Krajský soud dle něj zcela pominul nepřiměřenou výši jednotlivých pokut, jejich konstrukci i nesoulad s preventivní a sankční funkcí, což ve svém souhrnu odrazuje potenciální dodavatele od účasti v zadávacím řízení. Nevypořádal se ani s tím, že podmínky stanovené v rozhodnutích o poskytnutí dotace platí pro zadavatele, kteří však svou odpovědnost tímto přenášejí na dodavatele. Podle stěžovatele se v případě smluvních pokut jedná o zjevný excés, na což v žalobě poukazoval prostřednictvím konkrétních údajů. Souhrnná výše pokut není pouze důsledkem centralizovaného zadávání, ale reálně omezuje hospodářskou soutěž. Navíc řada povinností zajištěných smluvní pokutou není stanovena dostatečně určitě. Ze zadávací dokumentace není například zřejmé, u kterých subjektů bude docházet k čerpání financí z operačních programů. Tento žalobní bod přitom mířil na nemožnost kalkulace rizika případné hrozící smluvní pokuty, nikoliv na náklady na archivaci. Neobstojí zde poukaz krajského soudu na možnost dotázat se, kteří zadavatelé budou čerpat prostředky z fondů EU, v rámci žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace. Jednak se jedná o oprávnění, nikoliv o povinnost. A nadto se o to stěžovatel marně pokoušel v předchozí veřejné zakázce. Nepřipadná je též argumentace soudu, že stěžovateli vyplývá povinnost archivace ze zákona č. 235/2004 Sb.,

o dani z přidané hodnoty. Nejedná se totiž o stejnou množinu dokumentů ani dobu archivace. Stěžovatel též odmítá, že by mu tato povinnost vyplývala přímo ze smlouvy. Uvedené smluvní ustanovení je vázáno na spolufinancování z fondů EU.

[12] Dle stěžovatele je nepřiměřenost zadávacích podmínek umocněna tím, že zadavatel zadával veřejnou zakázku centrálně pro široký okruh pověřujících zadavatelů. V zadávacím řízení jsou spojeny tři velké resorty s významnou kupní silou a vlivem na relevantní trh, kdy centrální zadávání vede k posílení jejich pozice, přestože jeho účelem by měla být ochrana menších zadavatelů. Korekce centrálního zadávání by neměla být provedena jen tehdy, bylo-li by v rozporu se zájmy a potřebami malých a středních podniků, ale je třeba zohlednit negativní vlivy na hospodářskou soutěž, které zadavatel kumuloval. Bylo proto rovněž chybou, že nedošlo k rozdělení veřejné zakázky na části. To vedlo k omezení okruhu dodavatelů a způsobilo, že nabídku podal pouze jeden z relevantních soutěžitelů na trhu. Krajský soud zcela opomněl posoudit propojení mezi kumulací poptávky na jedné straně a nepřiměřeným nastavením zadávacích podmínek. Mimo jiné právě kombinace těchto faktorů vedla k zásadnímu omezení hospodářské soutěže.

[13] Krajský soud také nesprávně posoudil zadávací podmínku požadující přenos dat z jedné SIM karty na jinou, včetně dat uložených v mobilním telefonu. Nevyhodnotil zejména riziko neoprávněného nakládání s osobními údaji, digitálním obsahem či autorskými právy. Bez bližšího zdůvodnění vycházel z premisy, že přenos dat je technicky proveditelný a scénář, kdy by k přenosu dat došlo u všech zařízení současně, krajně nepravděpodobný. Proces změny operátora však vždy předpokládá výměnu všech SIM karet, přičemž zadávací podmínka nesměřuje pouze k přenesení dat ze SIM karty, ale i z mobilních telefonů. Stěžejní je v tomto kontextu otázka vlastnictví dat, kdy se ze zadávacích podmínek nepodává, že zadavatel předem zajistí a průkazně doloží souhlas uživatele obsahu a poskytne dodavateli nezbytnou součinnost. Zadavatel vedle toho nestanovil žádné mechanismy nebo časové limity, které by takový scénář vylučovaly.

[14] Stěžovatel dále namítá, že jednotkové ceny jsou předmětem obchodního tajemství, pročez je nezákonná zadávací podmínka týkající se jejich uveřejňování v registru smluv. K tomu není ani důvod, neboť předmětem hodnocení byla pouze celková cena za plnění. Není správný závěr krajského soudu, že informace o ceně obsažené v nabídce podléhají informační povinnosti podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Pokud jsou předmětem obchodního tajemství, jako je tomu v projednávané věci, vztahuje se na ně výjimka z poskytování informací dle § 9 odst. 1 tohoto zákona. Stěžovateli by hrozilo odkrytí jeho cenové politiky, tedy narušení jeho konkurenčního postavení na trhu mobilních služeb.

[15] Závěrem stěžovatel zdůrazňuje nezákonnost zadávacích podmínek v jejich souhrnu. Z uvedených důvodů navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek a rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

IV.

pokračování

[16] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti u nepřiměřenosti jednotkových cen podotýká, že zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci u každé položky předpokládaný objem odebíraných služeb. Zadavatele přitom nelze nutit, aby garantoval minimální odběr poptávaných služeb. I pokud by pak stěžovatel prokázal u namítaných položek, že by je musel poskytovat za podnákladové ceny (což neučinil), má stále k dispozici položky, u nichž může podnákladovost ceny kompenzovat. To ostatně stěžovatel připouští tvrzením, že by byl schopen celý balík služeb nacenit výhodněji než vybraný dodavatel. Ani dle rozhodovací praxe žalovaného nelze stanovení cenových stropů obecně hodnotit jako nezákonné, záleží vždy na okolnostech konkrétní věci. Lichá je dle žalovaného také argumentace týkající se specifického způsobu cenotvorby. Souhlasí s krajským soudem, že by se eventuální specifické požadavky zadavatelů bezpochyby promítly do zadávací dokumentace. Stěžovatel nadto ani neuvádí, proč by měla být znalost individuálních potřeb nezbytná pro řádnou kalkulaci nabídky. Neužití inflační doložky je pak obchodním rozhodnutím zadavatele, které nelze považovat za rozporné se zákonem. Totéž platí o stanovení množství a výše smluvních pokut, které podle žalovaného nebylo nepřiměřené či excesivní. Žalovaný zdůrazňuje, že smluvní pokuty mají pokrýt či reparovat riziko škody způsobené porušením smluvní povinnosti a nelze porovnávat jejich výši s velikostí zadavatele či hodnotou plnění. Je třeba zohlednit celkový rozsah veřejné zakázky a její specifiky. V projednávané věci dále nenastaly důvody pro rozdělení veřejné zakázky na části. Jednalo se o jedno plnění, jež není možné nijak oddělit. Současně nejsou potenciální dodavatelé malými ani středními podniky a nevyšlo najevo, že by nebyli schopni předmět plnění v poptávaném rozsahu realizovat. Situace by se tak zmenšením objemu veřejné zakázky nezměnila. K zadávací podmínce týkající se přenesení dat z mobilních telefonů žalovaný uvádí, že příslušné ustanovení řeší zjevně mimořádnou událost. Poukaz na kapacitní možnosti stěžovatele je proto mimoběžný. K přenesení dat by mělo dojít pouze v případě, „pokud je to technicky možné“. Nejedná se tedy o obligatorní podmínku. Co se týče zveřejnění položkových cen, poukazuje žalovaný na to, že stěžovatel je v jiných již uzavřených smlouvách za obchodní tajemství nepovažoval. Žalovaný nespatřuje na dané podmínce nic nezákonného s ohledem na to, že je celková nabídková cena vypočtena z jednotkových cen a plnění bude hrazeno z veřejných finančních prostředků. Pokud stěžovatel s touto podmínkou nesouhlasí, je účast v zadávacím řízení na jeho obchodním uvážení. Z uvedených důvodů žalovaný navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

[17] Ke kasační stížnosti se vyjádřil i zadavatel. Předdeslal, že zadání veřejné zakázky pro více resortů předcházelo opakované skokové zvýšení ceny stěžovatelem a dalším operátorem. Dále uvedl, že se stěžovatel domáhá toliko snížení míry rizika na jeho straně. Netvrdí tedy, že by zadávací podmínky omezovaly jeho účast v zadávacím řízení. Riziko je však běžnou součástí podnikání a za překážku v zadávacím řízení by mohlo být považováno jen při jeho přenosu na dodavatele, pro kterého je plnění zakázky existenčně důležité. Navíc stěžovatel dovozuje přenesení přílišné míry rizika z nepravděpodobného naplnění všech „černých scénářů“. Ve vztahu k ceně za odeslání SMS zadavatel upozornil na to, že stěžovatel v kasační stížnosti nově připouští nemožnost provádět jednoduchý výpočet formou rozdílu mezi limitní cenou služby a propojovacím poplatkem. Dosud tvrdil nemožnost poskytovat službu za stanovenou jednotkovou cenu bez kompenzace ztráty na jiných položkách. Jeho argumentace je přitom účelová, neboť v dřívějších zakázkách nebyl stanoven žádný limit pro cenu za odeslanou SMS. Mohl tak nabídnou

jakoukoliv cenu, a sám nabídl takovou, kterou nyní označuje za podnákladovou. Nelze tak souhlasit s tím, že by krajský soud nezohlednil ekonomickou realitu fungování trhu mobilních služeb. Jednotkové ceny nevybočují z těch, za které stěžovatel nabízí své služby jiným (či totožným) odběratelům, a to jak u SMS, tak u datového tarifu FUP 3 FB. K tomu zadavatel zopakoval důkazní návrhy. Dodal, že nabídka vybraného dodavatele dokládá značný prostor k cenotvorbě. Důvodem pro stanovení cenových limitů byla snaha o to, aby jednotliví zadavatelé měli veškeré služby za stejnou nebo nižší cenu než doposud. Správnost jeho postupu dokládá to, že byla podána nabídka, veškerí pověřující zadavatelé započali předmětné služby odebírat od vybraného dodavatele a přechodem k němu dojde k úspoře cca 140 mil. Kč. K nepředvídatelnosti poptávaných služeb zadavatel uvedl, že jejich předpokládaný objem byl uveden v zadávací dokumentaci. Nepravděpodobnost scénáře, dle něž nebudou odebírány služby od vybraného dodavatele, pak plyne již z toho, že současné ceny jsou násobně vyšší. Zakotvení minimálního množství odebíraných služeb by naopak mohlo vést k nutnosti odebírat služby, které pověřující zadavatelé nepotřebují. Nelze po nich oprávněně požadovat ani zakotvení inflační doložky. Zadavatel odmítl také údaj stěžovatele o počtu smluvních pokut. Podle něj jich je reálně 22 s tím, že je v důsledku centrálního zadávání může ukládat více subjektů. Takový počet není excesivní, ostatně stěžovatel obdobný počet v minulosti akceptoval. Nedošlo ani k narušení hospodářské soutěže přílišnou centralizací kupní síly. Žádný z relevantních dodavatelů nebyl centralizovaným zadáváním omezen tak, že by nemohl podat nabídku. Ke zveřejnění položkových cen zadavatel připomněl, že nabídková cena byla definována jako cena za jednotlivé položky. Neuveřejňování cen, za které se poskytují mobilní telekomunikační služby, je přitom podle něj skandální praxí, která je v potenciálním rozporu se zákonem o registru smluv a zásadou transparentnosti. Jeví se mu, že hlavním zájmem stěžovatele není ochrana trhu, ale toliko utajení potenciálních úspor před subjekty, které by při jejich znalosti nejspíše rovněž přistoupily k vyhlášení nových veřejných zakázek na dodávku těchto služeb. Z uvedených důvodů zadavatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

V.

[18] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[19] Kasační stížnost není důvodná.

[20] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval tím, zda napadený rozsudek trpí namítanou nepřezkoumatelností. Tu stěžovatel spatřuje v tom, že krajský soud: 1) neodůvodnil svůj závěr, dle něž je nepravděpodobné, aby žádný z pověřujících zadavatelů neodebral žádné plnění; 2) opomněl při posuzování smluvních pokut vzít v potaz jejich nepřiměřenou výši, neodůvodněnou konstrukci a nesoulad s jejich preventivní a sankční funkcí a výši pokut neposoudil ani ve vztahu k jednotlivým pověřujícím zadavatelům; 3) nezabýval se žalobními námitkami v jejich souhrnu a 4) neodůvodnil svůj závěr, že je krajně nepravděpodobný scénář, při němž by mělo dojít k přenosu dat ze SIM karet u všech zařízení současně.

pokračování

[21] Nejvyšší správní soud neshledal tento okruh námitek důvodným. Krajský soud se vypořádal se všemi včas uplatněnými žalobními body a svůj rozsudek řádně odůvodnil. Je třeba připomenout, že nepřezkoumatelnost není projevem nenaplněné představy stěžovatele, jak měl krajský soud rozhodnout, ale vadou, která kasačnímu soudu brání přezkoumat jeho rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 2. 2017, č. j. 3 Azs 69/2016-24, či ze dne 27. 9. 2017, č. j. 4 As 146/2017-35). Povinnost orgánů veřejné moci (včetně orgánů moci soudní) řádně odůvodnit svá rozhodnutí rovněž nelze vykládat jako povinnost detailně odpovědět na každou námitku. Proto zpravidla postačuje vypořádat alespoň základní námitky účastníka řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-13), případně dát i jen implicitní odpověď (např. usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2011, sp. zn. II. ÚS 2774/09, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 4 Ads 58/2011-72). Takový postup je vhodný zejména u velmi obsáhlých podání. Opačný postup by mohl vést až k absurdním důsledkům a k porušení zásady efektivity a hospodárnosti řízení.

[22] Nelze souhlasit s tím, že by krajský soud nijak nezdůvodnil, proč je podle něj velmi nepravděpodobné, aby žádný z 55 zadavatelů neodebral od vybraného dodavatele žádné plnění. V bodě 36 napadeného rozsudku totiž v přímé návaznosti na tento závěr vyslovil: „*Jednotlivé zadavatelské subjekty jsou v nynější věci orgány státní správy, příp. organizacemi v jejich působnosti, které pro svoji činnost telekomunikační služby, ať už ve větším či menším rozsahu, využívají, a lze proto důvodně předpokládat, že poptávané služby budou skutečně odebírat.*“ Nadto se jedná o dostatečně jasný závěr, který by obstál i bez citovaného dovětku. Je to naopak stěžovatel, kdo dovozoval možnost vzniku zcela nelogické, běžně neočekávatelné situace. Poptávají-li totiž zadavatelé v zadávacím řízení telekomunikační služby, lze legitimně usuzovat na to, že tak činí právě proto, aby je v rámci své činnosti také konzumovali. Stěžovatel by musel přednést plausibilní důvody, respektive označit konkrétní skutečnosti, pro něž by bylo možné rozumně usuzovat na vznik poměrně nestandardní situace, že zadavatelé nebudou využívat služby, které prostřednictvím zadávacího řízení poptávají. Teoretická možnost nadnesené situace takovým důvodem sama o sobě rozhodně není, protože z hlediska přezkoumatelnosti napadeného rozsudku postačí *a priori* logický závěr krajského soudu, že se daná situace jeví jako značně nepravděpodobná.

[23] Co se týče vytýkané nedostatečné širší posuzování smluvních pokut, je třeba předeslat, že krajský soud se jimi mohl zabývat jen z těch hledisek, která stěžovatel v žalobě konkrétně uplatnil, a to ve stejné míře konkrétnosti, kterou stěžovatel uplatnil. Jinými slovy, krajský soud nebyl povinen dohledávat konkrétní smluvní podmínky, jimž by odpovídala stěžovatelem předestřená obecná judikatorní východiska či jeho obecná tvrzení (o potlačení kompenzační funkce pokuty či absenci reflexe výše zajišťované škody), a sám je aplikovat a posléze hodnotit. Jak plyne z judikatury, čím obecněji stěžovatel formuluje námitku, tím stručnější odpověď na ni od soudu obdrží (srov. rozsudky tohoto soudu ze dne 26. 1. 2015, č. j. 8 As 109/2014-70, nebo ze dne 31. 3. 2023, č. j. 3 Azs 297/2022-61).

[24] Konkrétněji přitom stěžovatel napadl pouze celkový počet smluvních pokut ve spojení s jejich souhrnnou výší a nepřiměřenost smluvních pokut dovozovanou v případě sankce spojené s financováním z operačního programu ze srovnání s výší škody hrozící

zadavateli podle dotačních podmínek, a ve zbytku ze srovnání výše sankce s měsíční cenou plnění pro tři nejmenší zadavatele. Těmito otázkami se soud zabýval zejména v bodech 39-43 napadeného rozsudku. Zde především odmítl přistoupit na argument stěžovatele, který tvrdil obecně excesivní charakter pokut na základě jejich sečtení a znásobení počtem zadavatelů a vypočtení souhrnné maximální výše. Krajský soud konstatoval, že tato fakta sama o sobě o ničem nevypovídají, neboť jsou přirozeným důsledkem centralizovaného zadávání. Dodal, že neobstojí ani srovnání souhrnné výše s předpokládanou hodnotou zakázky, neboť k té nemá smluvní pokuta s ohledem na svou utvrzovací funkci žádný přímý vztah. Navíc stěžovatel zakládá své úvahy o nepřiměřenosti pokut opět na radikální premise, že by došlo k porušení všech smluvních ustanovení zajištěných pokutami vůči všem odběratelům. Krajský soud zohlednil i to, že některé sankce vycházely přímo z dotačních podmínek, kterými je zadavatel při plnění veřejné zakázky vázán, a vyjádřil se i k oběma konkrétním ustanovením, která stěžovatel uvedl jako příklad nepřiměřených smluvních pokut. Zdůraznil, že nepřiměřenost pokut se v souladu se soudní praxí neposuzuje pouze podle okolností, které byly známy již v době jejich sjednání (což činí stěžovatel) a že žalovaný může zasáhnout pouze v případě zjevného excesu, tedy v případech zcela mimořádných. Takový případ zde podle krajského soudu nenastal a nelze na něj usuzovat ani z tvrzení stěžovatele, založeném na prostém srovnání s výší sankce hrozící zadavateli z dotačních podmínek, respektive s výší zisku potenciálního dodavatele z měsíčního plnění, neboť tím rozporuje právě poměr těchto veličin a jeho (ne)přiměřenost, aniž by z toho byl patrný zjevný exces pokuty jako takové. Takové vypořádání námítky stěžovatele považuje Nejvyšší správní soud za zcela dostačující a vyčerpávající. Je pravdou, že se krajský soud výslovně nevyjádřil k jednotné výši pokut pro všechny pověřující zadavatele bez rozdílu. Odpověď na tuto otázku nicméně plyne z právě uvedeného – pohledem krajského soudu se jedná o otázku přiměřenosti, nikoliv zjevného excesu pokuty jako takové.

[25] Krajský soud řádně odůvodnil i svůj závěr, dle něž je krajně nepravděpodobný scénář, při němž by mělo dojít k přenosu dat mezi SIM kartami u všech zařízení současně. V bodě 44 uvedl, že stěžovatel neodůvodněně předpokládá situaci, v níž by u všech „vysoutěžených telefonních čísel“ došlo ve shodném okamžiku k totožné mimořádné události odůvodňující potřebu přenosu dat. Taková situace se jeví jako krajně nepravděpodobná a zadávacími podmínkami *a priori* nepředpokládaná. Tvrzená nestandardnost této zadávací podmínky navíc ztrácí na své relevanci v situaci, kdy se stěžovatel k obdobné povinnosti již v minulosti zavázal. Z hlediska přezkoumatelnosti této úvahy krajského soudu lze dodat, že se jedná o obdobně radikální premisu, jako předpoklad porušení všech smluvních ustanovení zajištěných pokutami vůči všem odběratelům či neodebrání žádného plnění ze strany všech 55 zadavatelů.

[26] Nejvyšší správní soud nesouhlasí ani s výtkou, že se krajský soud nezabýval námítkami v jejich souhrnu (zejména nepřiměřeným nastavením zadávacích podmínek ve spojení s centrálním zadáváním). Za situace, kdy krajský soud na základě žalobní argumentace stěžovatele nedovodil žádné porušení ZZVZ v důsledku samotné agregace poptávky na zadavatelské straně, a současně ani náznakem nezpochybnil přiměřenost jediné z napadených zadávacích podmínek, neměl důvod přistupovat ještě k nějakému speciálnímu komplexnímu posouzení námítek v jejich souhrnu. Jinými slovy, i přes jejich počet se stěžovateli nepodařilo svými námítkami zpochybnit správnost postupu zadavatele v jednotlivých otázkách, natož celkově. Nadto je z odůvodnění napadeného rozsudku

pokračování

zjevné, že krajský soud uvažoval o věci komplexně, a to především v části, v níž se zabýval právě použitím centralizovaného zadávání. Například v bodě 27 uvedl, že ačkoliv zadavateli z ničeho neplyne povinnost *a priori* zkoumat, zda získáním veřejné zakázky či její realizací dojde k posílení pozice dodavatele coby soutěžitele na relevantním trhu, ani povinnost volbou centralizovaného zadávání chránit dodavatele, či vyvažovat výhody pro stranu zadavatelskou plynoucí z centralizovaného zadávání, musí se vyvarovat postupů, jejichž důsledkem by bylo narušení hospodářské soutěže nastavením neférových podmínek, které by některé z dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky bezdůvodně vylučovaly. Následně v bodě 29 konstatoval, že by nahlížel na důsledky agregace poptávek na zadavatelské straně, jež vedla k centralizovanému zadávání, jinak, vedla-li by skutková zjištění k závěru, že se o veřejnou zakázku nemohli ucházet dodavatelé, jež by byli schopni plnění odpovídající předmětu veřejné zakázky realizovat. K takové situaci však podle něj nedošlo. A konečně v bodě 31 uzavřel, že *„[s]hoda uvedených závěrů se pak nutně promítají i do oprávněnosti stanovení těchto zadávacích podmínek, jež se pak (po uzavření smlouvy) měly aktivovat coby podmínky smluvní. Platí to především ve vztahu k maximálním jednotkovým cenám za poptávané služby.“* Z uvedených příkladných vyjádření je zjevné, že krajský soud při posuzování věci vedl v patrnosti provázanost centralizovaného zadávání a zadávacích podmínek. Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že ani v této části neshledal nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku.

[27] V dalším okruhu kasačních námitek stěžovatel napadá maximálně přípustné jednotkové ceny pro jejich nepřiměřenost.

[28] Obecně lze konstatovat, že zastropování jednotkových cen nelze bez dalšího považovat za rozporné se ZZVZ. To ostatně netvrdí ani stěžovatel. Rozpor se zákonem dovozuje z toho, že k zastropování jednotkových cen přistoupily další okolnosti.

[29] V bodě 13.8 zadávací dokumentace stanovil zadavatel maximální přípustnou jednotkovou cenu u 15 z celkových 17 poptávaných služeb. Podle stěžovatele byly některé jednotkové ceny stanoveny v podnákladové výši. Konkrétně zmiňuje dvě položky, a to částku za odeslání SMS a měsíční poplatek za službu datového tarifu s FUP 3 GB. Nepředkládá však žádnou přesvědčivou oponenturu k zásadní výtce krajského soudu, že ani v případě těchto položek neprokázal své tvrzení o jejich podnákladovosti.

[30] Co se týče maximální jednotkové ceny za odeslání SMS, dovozuje stěžovatel její podnákladovost z toho, že se jedná o částku nižší než činí propojovací poplatek do sítě jiného operátora. Propojovací poplatek se však platí pouze tehdy, pokud je SMS odeslána do sítě jiného operátora. Při posílání SMS v rámci stejné sítě se propojovací poplatek neplatí, a při obdržení SMS z jiné sítě je stěžovatel příjemcem propojovacího poplatku. Stěžovatel však nadále odvozuje podnákladovost této položky z prostého rozdílu mezi cenou SMS a výší propojovacího poplatku. Jeho argumentace tedy vychází z hypotetické situace, jako by byl vždy pouze plátcem propojovacího poplatku, tedy jako by dotčení zadavatelé měli komunikovat prostřednictvím SMS striktně jednosměrně, a to vždy do sítě jiného operátora. Pouze tehdy totiž platí jím stanovená premisa o podnákladovosti dané položky. Taková argumentace je zjevně nedostatečná, neboť postrádá racionální zdůvodnění, proč by měl takový hypotetický scénář reálně nastat. Omezuje se na čisté spekulativní tvrzení, že *„nelze očekávat, že většina SMS bude odeslána v rámci stejné sítě. Naopak značná část komunikace bude*

pravděpodobně směřována mimo síť dodavatele, což výrazně zvyšuje podíl SMS podléhajících propojovacím poplatkům.“ V kasační stížnosti pak dodává, že příjem z propojovacího poplatku nemůže plně pokrýt jeho úhradu, neboť musí pokrýt ještě náklady na provoz sítě, údržbu infrastruktury, poplatky za licence a další administrativní náklady. Tyto náklady však stěžovatel nejenže nevyčísľuje, ale ani je nedává do kontextu k potenciálním příjmům za uvedenou položku. Nelze proto než souhlasit s krajským soudem, že stěžovatel neprokázal ani to, že by maximální jednotková cena za odeslání SMS byla stanovena v podnákladové výši.

[31] Stejný závěr platí pro měsíční poplatek za službu datového tarifu s FUP 3 GB. I zde totiž stěžovatel opírá jeho podnákladovost o hypotetickou situaci, že by spravovaná telefonní čísla byla využívána převážně na území roamingových partnerů v zemích EHP. Tento předpoklad postrádá racionální zdůvodnění, zvláště pak ve světle odkazu krajského soudu na přílohu č. 8 zadávací dokumentace, která obsahuje informace o průměrné hodnotě objemu dat vyčerpaných v zemích EHP mimo ČR za všechny pověřující zadavatele. Ta činí 74,6 MB měsíčně, tedy cca 2,5 % z celkového objemu dat. I pokud by však platil nedůvodný předpoklad stěžovatele, neplyne z jeho tvrzení, proč by stanovená maximální cena za danou položku nebyla schopna pokrýt ani náklady na datový provoz. Jedná se o pouhé ničím nepodložené tvrzení.

[32] Nad rámec uvedeného Nejvyšší správní soud dodává, že i kdyby stěžovatel prokázal, že uvedené položky byly stanoveny v podnákladové výši, nejedná se bez dalšího o porušení ZZVZ. Jednak sám stěžovatel připouští, že v některých smlouvách (např. s MMR ze dne 30. 5. 2022 či s MŽP ze dne 27. 3. 2023) byla sjednána cena za odeslání SMS bez ohledu na síť příjemce i v nižší částce, než stanovil zadavatel (*ergo* dle stěžovatele v podnákladové výši). Dále je zavádějící argument stěžovatele o nemožnosti cenové kompenzace těchto částek v rámci ostatních položek s ohledem na to, že nezastropované položky tvoří pouze 0,29 % z celkového objemu plnění. Není totiž rozhodné, že nezastropovány byly 2 ze 17 položek, nýbrž to, že podle tvrzení stěžovatele jsou podnákladové pouze dvě položky. Ke kompenzaci tedy bylo lze využít i ostatní, zastropované, avšak nepodnákladové položky, kterých zůstalo při zohlednění tvrzení stěžovatele rovných 15. Vše navíc záleží na míře podnákladovosti podnákladových položek a možnosti kompenzace v rámci zastropované položky.

[33] V kontextu stanovených jednotkových cen stěžovatel dále namítá, že nebyl schopen řádně kalkulovat nabídkovou cenu, a tedy ani podat nabídku, jelikož zadávací podmínky byly stanoveny nejasně a nedostatečně. Nezohledňovaly totiž specifický způsob cenotvorby odpovídající trhu mobilních služeb, který by bral v potaz individuální potřeby každého z pověřujících zadavatelů.

[34] Nejvyšší správní soud plně souhlasí s krajským soudem, že v případě individuálních potřeb ze strany pověřujících zadavatelů by byly tyto promítnuty do zadávacích podmínek. Ze spisového materiálu ani z argumentace stěžovatele nevyplývá, že by skutečně existovaly individuální potřeby jednotlivých zadavatelů, které byly v zadávacích podmínkách opomenuty. Jedná se o čistou spekulaci. Navíc kasačnímu soudu není zřejmé, proč by měly být zadávací podmínky z důvodu absence rozlišování individuálních potřeb jednotlivých zadavatelů nejasné či nedostatečné, tím méně, proč by stěžovatel nemohl vytvořit

pokračování

nabídkovou cenu. Způsob stanovení nabídkové ceny byl v zadávacích podmínkách vymezen zcela jasně. Pokud za této situace nedokázal stěžovatel stanovit nabídkovou cenu, způsobil si to sám svým bezdůvodným předpokladem nepromítnuté individuální potřeby jednotlivých pověřujících zadavatelů.

[35] Nepřiměřenost stanovených jednotkových cen tkví dle stěžovatele dále v tom, že pověřující zadavatelé mohou bez udání důvodu smlouvu kdykoliv vypovědět s devítiměsíční výpovědní dobou, a současně není stanoven objem služeb, který by byli povinni za dobu trvání smlouvy od dodavatele odebrat. Uvedené činí objem plnění zcela nepředvídatelným, což je v rozporu se zásadou transparentnosti a požadavkem na jasnost zadávacích podmínek.

[36] Ani této námitce však nemůže Nejvyšší správní soud přisvědčit. Jednak je skutečně velmi nepravděpodobné, aby žádný ze zadavatelů od vybraného dodavatele neodebíral žádné služby; k tomu viz výše. Co se pak týče úvahy stěžovatele, že by v případě stanovení garance odebraných služeb mohl zadavatel teoreticky obdržet výhodnější nabídky a ve výsledku by pro něj mohl být takový postup výhodnější, jedná se opět o spekulaci. Je to přitom právě zadavatel, kdo se musí rozhodnout, zda zvolí „riziko“ vyšší nabídkové ceny, bez povinnosti odebírat služby od dodavatelů, nebo zvolí „riziko“ povinnosti odebírat služby od dodavatelů a bude spoléhat na to, že s tím bude spojena nižší nabídková cena. Pokud zvolí první z uvedených variant, není takové obchodní rozhodnutí samo o sobě zcela jistě v rozporu se ZZVZ, včetně jeho zásad. Nelze současně tvrdit, že by byl opačný postup bez dalšího v rozporu se zásadami „3E“. Vždy bude záležet na tom, s jakými konkrétními smluvními podmínkami (zejména z hlediska ceny a objemu služeb) bude takové rozhodnutí spojeno. V tomto ohledu je třeba částečně korigovat názor krajského soudu, což však nemá vliv na zákonnost napadeného rozsudku.

[37] Úkolem zadavatele pak zcela jistě není minimalizovat, či až eliminovat, veškeré riziko, které leží na dodavatelích. Takovýmto způsobem je přitom koncipována převážná část argumentace stěžovatele. Nejvyšší správní soud musí konstatovat, že k podnikání neodmyslitelně patří určitá míra rizika, a je na konkrétních podnikatelských subjektech, aby vyhodnotily, zda se dané riziko vyplatí podstoupit, či nikoliv (ačkoliv si je Nejvyšší správní soud vědom, že v rámci oligopolního trhu je i tato úvaha do jisté míry deformována). V kontextu posuzované námitky to znamená, že potenciální dodavatelé musí s ohledem na své zkušenosti vyhodnotit, zda je skutečně reálné, aby orgány státní správy neodebíraly žádné či jen minimální plnění v rámci poskytování mobilních telekomunikačních služeb na základě předmětné smlouvy, a jaké by byly s takovou situací spojeny náklady, pakliže by tedy žádné plnění nedodávali. Je pak na nich, aby vyhodnotili, zda jsou ochotni toto riziko podstoupit. Nutno dodat, že v příloze č. 2 zadávací dokumentace je kalkulován předpokládaný objem služeb, a to v členění dle jednotlivých položek a zadavatelů.

[38] Co se týče možnosti vypovědět smlouvu, považuje Nejvyšší správní soud za přílehlavý argument krajského soudu, že není možné po zadavatelích při nakládání s veřejnými prostředky požadovat, aby pokračovali v plnění ze smlouvy, pokud by měli možnost uzavřít novou, výhodnější smlouvu. Možnost vypovědět smlouvu bez udání důvodu je přitom jedním z nástrojů, jak předejít takovéto situaci. Obdobné lze uvést ve vztahu k námitce, že v zadávacích podmínkách nebyla vymezena inflační doložka. Sám

stěžovatel připouští, že využití inflační doložky je doporučením MMR jako gestora veřejných zakázek. Zcela jistě se tedy nejedná o povinnost, a je to opět zadavatel, kdo musí vyhodnotit, jaký postup pro něj bude ve výsledku výhodnější. I zde stojí před volbou, zda bude výhodnější obdržet pravděpodobně vyšší nabídku s ohledem na absenci inflační doložky (tedy sázka na to, že bude vyšší inflace, která ve výsledku takový postup zlevní), či potenciálně nižší nabídku za přítomnosti inflační doložky (sázka na to, že inflace bude nízká). Jedná se o obchodní rozhodnutí zadavatele, které samo o sobě nezakládá rozpor se ZZVZ a jeho zásadami. I v tomto ohledu lze konstatovat, že není úkolem zadavatelů eliminovat pro dodavatele veškerá rizika inherentně spojená s podnikáním.

[39] V další části kasační stížnosti se stěžovatel vymezuje proti přiměřenosti a transparentnosti smluvních pokut.

[40] Nejvyšší správní soud mu musí přisvědčit, že na první pohled se jeví 1 210 smluvních pokut, které jsou spojeny s veřejnou zakázkou, jako excesivní. Je však nezbytné brát v patrnost, že tento vysoký počet odráží skutečnost, že se veřejná zakázka týká 55 zadavatelů. Na jednoho zadavatele (smlouvu) tak připadá 22 typů smluvních pokut. Údaj o 1 210 smluvních pokutách je tak poněkud zavádějící. Pro samotné posouzení, zda je počet smluvních pokut excesivní, je nezbytné vycházet právě z počtu 22. A tento údaj sám o sobě nelze považovat za *a priori* excesivní. Pouze na jeho základě nelze uzavřít, zda je či není počet smluvních pokut excesivní. Je třeba brát v potaz celkový kontext zakázky (předmět plnění, jeho rozsah a význam, šíři smluvních povinností atd.). V některých situacích tak bude přiměřené a vhodné využít mnoha typů smluvních pokut, zatímco v jiných budou nepřiměřené a nevhodně stanoveny smluvní pokuty i třeba v nízkém počtu. Nelze tak jednoduše odvozovat nepřiměřenost postupu od prostého údaje o počtu smluvních pokut. Je naopak nezbytné zabývat se charakterem a důvodností jednotlivých smluvních pokut, a podle nich mimo jiné rozhodovat, zda korespondují požadavkům ZZVZ, či nikoliv.

[41] Konkrétněji stěžovatel opakovaně porovnává výši několika smluvních pokut s měsíční cenou plnění pro tři nejmenší zadavatele (podrobněji v případě pokuty ve výši 500 Kč za každý den prodlení s povinností zahájit poskytování služeb) a rozebírá smluvní pokutu za nesplnění povinností souvisejících s financováním z operačních programů ve výši 200 000 Kč za každý jednotlivý případ porušení. Konstatuje, že výše těchto pokut je nepřiměřená s ohledem na hodnotu plnění (či výši potenciální škody), čímž narušuje svou funkci a přenáší odpovědnost na dodavatele, které tímto odrazuje z účasti v zadávacím řízení. Krajskému soudu vytýká, že o této otázce uvažil nesprávně.

[42] K těmto úvahám stěžovatele Nejvyšší správní soud odkazuje především na svůj rozsudek ze dne 29. 3. 2016, č. j. 5 As 74/2015-56, v němž shrnul, že „*zadávání veřejných zakázek není výkonem veřejné moci. Jedná se o civilní kontraktační proces, který je, s ohledem na nakládání s veřejnými prostředky, modifikován předpisy závaznými pro veřejné zadavatele a další subjekty (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 4 As 249/2014-43). Vztah mezi zadavatelem a uchazeči o veřejnou zakázku nespádá do okruhu těch vztahů, v nichž jeden ze subjektů práva vystupuje jako silnější vůči druhému; v zadávacím řízení se autoritativně nezakládají, nemění, neruší ani závazně neurčují uchazeči žádná subjektivní oprávnění ani povinnosti v materiálním slova smyslu. Úkony zadavatele*

pokračování

tak nejsou autoritativními akty veřejné moci (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2013, č. j. 9 Afs 5/2013-32).“ Jinými slovy, vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem je vztahem soukromoprávním. V rámci tohoto vztahu pak Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 30. 4. 2014, č. j. 9 Afs 21/2013-39, dovodil, že: „není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.“ V souladu s citovanými závěry tedy krajský soud při posouzení dané argumentace stěžovatele správně upozornil na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 1. 2023, sp. zn. 31 Cdo 2273/2022, dle jehož právní věty: „Přiměřenost smluvní pokuty ve smyslu § 2051 o. z. se posuzuje s ohledem na to, jakým způsobem a za jakých okolností nastalo porušení smluvní povinnosti utvrzené smluvní pokutou a v jaké míře se dotklo zájmů věřitele, které měly být sjednáním smluvní pokuty chráněny. Soud nezkoumá nepřiměřenost ujednání o smluvní pokutě, nýbrž nepřiměřenost konkrétního nároku na smluvní pokutu. Přihlédne přitom nejen k okolnostem známým již v době sjednávání smluvní pokuty, ale též k okolnostem, které zde byly při porušení smluvní povinnosti, jakož i k okolnostem, které nastaly po jejím porušení, mají-li v porušení smluvní povinnosti nepochybně původ a byly-li v době porušení povinnosti předvídatelné.“

[43] Stěžovatel přitom v kasační stížnosti setrvává na svých žalobních argumentech, aniž by jakkoliv reagoval na jejich vypořádání krajským soudem. Ten uzavřel, že žalovaný nemůže přistoupit k hodnocení přiměřenosti sjednané smluvní pokuty, neboť podle civilní judikatury nelze zkoumat nepřiměřenost samotného ujednání o smluvní pokutě, nýbrž až nepřiměřenost konkrétního nároku na smluvní pokutu. Žalovaný by tedy podle krajského soudu mohl zasáhnout pouze v případě zjevného excesu. To znamená, pokud by bylo ujednání o smluvní pokutě tak zjevně excesivní, že by *de facto* nemohla existovat situace, při níž by uplatnění nároku z dané smluvní pokuty vůbec kdy mohlo být přiměřené. Argumentaci v tomto směru však stěžovatel nepřinesl. Přednáší toliko izolovaný pohled na vybrané smluvní pokuty u tří z celkem 55 pověřujících zadavatelů, přičemž ani zde nelze hovořit o zjevně excesivních požadavcích zadavatele.

[44] U pokuty za nesplnění povinností souvisejících s financováním z operačních programů stěžovatel pouze porovnal její výši (200 000 Kč za každý jednotlivý případ porušení povinností souvisejících s archivací originálních dokumentů při realizaci veřejné zakázky), s částkami, které mohou být jednotlivému zadavateli uloženy dle pravidel Operačních programů (jako příklad uvedl 10 000 Kč za porušení podmínek projektu Operační program Technická pomoc). Na základě takového srovnání nelze učinit závěr o zjevně excesivní povaze této smluvní pokuty ve smyslu výše citované judikatury, neboť stěžovatel ji staví do kontrastu pouze s jedinou částkou, která může být zadavateli v rámci pravidel operačního programu Technická pomoc uložena. Není tak vůbec *prima facie* vyloučeno, aby smluvní pokuta ve výši 200 000 Kč za případ porušení byla přiměřená. K tomu by byl nutný podstatně podrobnější rozbor dotačních podmínek spojený s vyloučením možnosti širších dopadů nesplnění dané povinnosti, nikoliv jednotlivé srovnání s jakoukoliv nahodilou částkou uvedenou v daných pravidlech.

[45] U pokuty za prodlení s povinností zahájit poskytování služeb ve výši 500 Kč za každý den prodlení za každé takto postižené číslo poukazuje stěžovatel na to, že smluvní pokuta za jeden den prodlení může být i několikanásobně vyšší, než kolik činí cena příslušného tarifu za jeden měsíc jeho užívání. V této okolnosti však Nejvyšší správní soud neshledává zjevně excesivní povahu dané smluvní pokuty. Je zcela pochopitelné, že je smluvní pokuta s ohledem na význam zajišťované povinnosti (samotné poskytování předmětu zakázky) navázána na dny prodlení za každé jednotlivé takto postižené číslo. Její konstrukce a výše má pak nepochybně motivovat dodavatele k tomu, aby své prodlení co nejrychleji odstranil.

[46] Stěžovatel dále poměrně obecně namítá, že nepřiměřená je též souhrnná výše všech smluvních pokut (550 000 000 Kč). Ve stejné míře obecnosti Nejvyšší správní soud uvádí, že zjevně excesivní výši souhrnu všech smluvních pokut (22 typů smluvních pokut u 55 zadavatelů) vzhledem k předmětu veřejné zakázky neshledává. Obecně se pak domnívá, že by pouze ve velmi extrémních případech mohl pouhý souhrn součtu všech možných smluvních pokut svědčit o jejich zjevné nepřiměřenosti.

[47] Stěžovatel se dále vymezuje proti tomu, jak krajský soud posoudil námitku, že některé povinnosti, které byly zajištěny smluvní pokutou, nebyly stanoveny dostatečně určitě. Konkrétně v případě smluvní pokuty za porušení povinností souvisejících s financováním z operačních programů stěžovatel namítal, že mu není ze zadávací dokumentace zřejmé, u kterých subjektů bude docházet k čerpání financí z operačních programů. Nemohl tak stanovit pravděpodobnost jejich uplatnění, a odpovědně kalkulovat nabídkovou cenu.

[48] K této námitce Nejvyšší správní soud předesílá, že k problematice identifikace zadavatelů čerpajících finance z operačních programů se obsáhle vyjádřil zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách stěžovatele ze dne 10. 5. 2023. Vysvětlil, že dotčené ustanovení smlouvy (čl. 4 odst. 14: *„Poskytovatel je povinen uchovávat veškeré originální dokumenty související s realizací Veřejné zakázky po dobu uvedenou v závazných právních předpisech upravujících oblast zadávání veřejných zakázek, nejméně však po dobu 10 let od finančního ukončení Projektu OPTP, Projektu OPPIK a Projektu OPTAK, zároveň však alespoň do roku 2034. Po tuto dobu je Poskytovatel povinen umožnit osobám oprávněným k výkonu kontroly projektů provést kontrolu dokladů souvisejících s realizací Veřejné zakázky.“*), je převzato ze závazných dokumentů poskytovatelů dotací v České republice. Jsou tak pouze plněny povinnosti, které mohou zúčastněným zadavatelům vyplynout ze skutečnosti, že hrazené výdaje budou spolufinancovány z fondů EU. Rovněž uvedl, že závazné detaily ohledně příjemců dotací a jejich projektů by bylo obtížné pro účely zpracování nabídky poskytnout, neboť mezi podáním nabídky a uzavřením smlouvy lze očekávat značný časový úsek. Výzvy k podávání projektových žádostí jsou přitom vyhlašovány průběžně a automatické akceptování projektu do spolufinancování z fondů EU nelze předjímat. Projekty jsou navíc časově omezeny s tím, že jsou následně vypisovány další navazující výzvy. Nelze tak dopředu stanovit datum ukončení projektu. Rovněž stěžovatele upozornil, že na rozsah subjektů, které budou využívat spolufinancování z fondů EU, se mohl snadno dotázat, pokud to požadoval pro podání nabídky za nezbytné. Centrální zadavatel by mu zjistil relevantní informace alespoň k datu podání vysvětlení. Nebylo přitom možné rezignovat

pokračování

na uvedené povinnosti, neboť nerespektování daných pravidel by mohlo znamenat částečnou či úplnou nezpůsobilost výdajů pro spolufinancování z fondů EU.

[49] Z uvedeného plyne, že pro zadavatele nebylo objektivně možné zakomponovat odpověď na danou otázku do zadávacích podmínek. Zároveň bylo nezbytné, aby v nich daná podmínka byla obsažena. Požadavku stěžovatele tak nebylo možné vyhovět. Bylo možné poskytnout mu danou informaci „podmíněně“, a to s platností k okamžiku podání vysvětlení, pokud by se na ni dotázal v průběhu zadávacího řízení. To však stěžovatel v projednávaném zadávacím řízení neučinil, na což poukázal správně krajský soud. Je přitom nerozhodné, z jakých subjektivních pohnutek či očekávání se rozhodl tento dotaz v nynějším zadávacím řízení nevznést.

[50] Nejvyšší správní soud neshledal namítané nepochopení dané námitky ze strany krajského soudu. Ten při jejím vypořádání zřetelně mířil právě na tvrzenou „nevyčíslitelnost“ předmětné smluvní podmínky. Podstatou jeho poukazu na povinnost uschovávat doklady podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, je zcela logická úvaha, že stěžovatele již určitá povinnost archivace dokumentů tíží, přičemž tato je co do rozsahu archivovaných dokumentů a délky archivační lhůty velmi podobná té, kterou zajišťuje sporná smluvní podmínka. Nutno dodat, že krajský soud netvrdil totožnost obou archivačních povinností, jak mu stěžovatel vytýká v kasační stížnosti. Směřoval pouze k tomu, že náklady na archivaci dokumentů jsou pro stěžovatele díky zákonným povinnostem v oblasti DPH velmi dobře představitelné, pročez neobstojí jeho vágní žalobní tvrzení, že je daný závazek „zcela nevyčíslitelný“. Vyšší přesnosti kalkulace pak mohl stěžovatel dosáhnout již zmiňovaným dotazem na zadavatele v průběhu zadávacího řízení (viz výše). Nejvyšší správní soud přitom nesdílí jeho názor, že daňové doklady představují „značně odlišnou množinu“ od dokumentů souvisejících s realizací veřejné zakázky. Daňový doklad zahrnuje širokou skupinu dokumentů v listinné i elektronické podobě vztahujících se k poskytovanému plnění, tedy nejen faktury, ale i smlouvy, dodací listy atd. Délka doby uchovávání dokladů je pak v obou případech stejná. Liší se pouze rozhodný okamžik, od kterého povinnost vzniká.

[51] Stěžovatelova další námitka spočívá v tom, že centrálním zadáváním veřejné zakázky byla omezena hospodářská soutěž v důsledku nadměrného soustředění kupní síly, posílení pozice tržně silných subjektů a omezení okruhu dodavatelů.

[52] Použitím centralizovaného zadávání v projednávané věci se podrobně zabýval krajský soud v bodech 22-30 napadeného rozsudku, na něž Nejvyšší správní soud v podrobnostech odkazuje. Za podstatné považuje zdůraznit, že na trhu poskytování mobilních telekomunikačních služeb se nacházejí pouze tři dodavatelé, kteří se o plnění veřejné zakázky mohli ucházet. Ze správního spisu nevyplývá, že by tito dodavatele nebyli schopni předmět plnění v poptávaném rozsahu poskytnout. To ostatně netvrdí ani stěžovatel. Ten napadá kombinaci podle něj nepřiměřených zadávacích podmínek s využitím centralizovaného zadávání. Již však nekonkretizuje, které zadávací podmínky vedly právě v kombinaci s využitím centralizovaného zadávání k postupu zadavatele, který by byl v rozporu se zákonem. Jinými slovy, stěžovatel sice označuje některé zadávací podmínky za nepřiměřené, z ničeho však nevyplývá, že by je považoval za přiměřené

v situaci, kdyby nebyl využit nástroj centralizovaného zadávání (a byl tedy menší rozsah plnění).

[53] Ani podle Nejvyššího správního soudu nic nenasvědčuje tomu, že by v důsledku využití centralizovaného zadávání došlo k nepřiměřenému narušení hospodářské soutěže. O veřejnou zakázku se mohli ucházet všichni relevantní dodavatelé, jelikož byli schopni realizovat předmětné plnění v poptávaném rozsahu. Jednotlivé zadávací podmínky nebyly determinovány využitím centralizovaného zadávání, ale vyplývaly z oprávněných požadavků zadavatelů. Díky jeho použití došlo pouze k tomu, že někteří zadavatelé byli schopni požadovat lepší podmínky, než jaké by pravděpodobně byli schopni požadovat, kdyby nebyl využit nástroj centralizovaného zadávání, a to především vzhledem k jejich velikosti. Zadávací podmínky tedy v kombinaci s centralizovaným zadáváním nevedly k protizákonnému omezení hospodářské soutěže, ale vedly optikou stěžovatele k přísnějšímu stanovení zadávacích podmínek, které někteří dodavatelé na relevantním trhu nebyli ochotni akceptovat. To je ostatně právem jak zadavatelů, tak dodavatelů. Zadavatelé nemusí akceptovat nabídky, které by nevedly k naplnění jejich zájmů a potřeb (ostatně to je smyslem formulace zadávacích podmínek), a stejně tak dodavatelé nemusí podávat nabídky tehdy, pokud se domnívají, že by to pro ně nebylo výhodné. Nelze však postavit rovnítko mezi skutečností, že 2 ze 3 dodavatelů nepodali nabídku, a tím, že byly zadávací podmínky ve spojení s centralizovaným zadáváním využity v rozporu se ZZVZ. Takový závěr předpokládá skutečně objektivní narušení hospodářské soutěže, které vede k nepodání nabídky ze strany subjektů působících na relevantním trhu. Takovouto objektivní skutečností bez dalšího není samotné nepodání nabídky ze strany některých z možných dodavatelů, které je důsledkem jejich subjektivní neochoty akceptovat zadávací podmínky nastavené v souladu se zákonem. Ani tato námitka tak není důvodná.

[54] Stěžovatel dále krajskému soudu vytýká, že nesprávně posoudil přiměřenost podmínky přenesení dat z mobilních telefonů. Podle něj není nepravděpodobná výměna všech 20 000 SIM karet zároveň, neboť to vždy imanentně předpokládá vlastní proces výměny operátora. Zároveň považuje za problematické, že dané smluvní ustanovení zahrnuje též přenesení dat z mobilních telefonů, což je spojeno s vlastnictvím dat. Stěžovatel by se mohl vystavit riziku neoprávněného nakládání s autorským dílem, osobními údaji či s digitálním obsahem a rizikem zásahu do nich.

[55] Stěžovatel v žalobě brojil proti závěrům, které žalovaný učinil vůči článku 2 odst. 4 smlouvy, dle něžž platí, že: *„V rámci poskytování Služeb se Poskytovatel dále zavazuje, v případě nutnosti výměny stávající SIM karty za novou SIM kartu (např. z technických důvodů) za účelem řádného poskytování Služeb, zajistit výměnu stávající SIM karty za novou technicky odpovídající SIM kartu a zároveň zajistit bezplatné přenesení dat ze stávajících SIM karet na nové SIM karty, a to včetně migrace dat z mobilních telefonů, pokud je to technicky možné. Výměnu SIM karty dle věty první tohoto odstavce provede Poskytovatel bezplatně.“* Nelze tak krajskému soudu vytýkat, že ve svém závěru o nepravděpodobnosti současného přenosu dat u všech zařízení nevzal v potaz to, že vlastní proces výměny operátora imanentně předpokládá výměnu všech SIM karet. Proces výměny operátora je totiž řešen článkem 2 odst. 3 smlouvy, dle něžž platí, že: *„V rámci poskytování Služeb se Poskytovatel zavazuje, v případě stávajících Telefonních čísel Účastníka vedených doposud u odlišných poskytovatelů hlasových a datových telekomunikačních služeb, zajistit Migraci Telefonních čísel, a to na základě žádosti příslušné*

pokračování

Kontaktní osoby Účastníka, která bude součástí Výzvy. Poskytovatel se zavazuje provést Migraci Telefonních čísel způsobem a ve lhůtě stanovené Zákonem o elektronických komunikacích a vyhláše č. 58/2022 Sb., o podmínkách přenositelnosti čísel a změny poskytovatele služby přístupu k internetu, v účinném znění. Při přípravě harmonogramu migrace je Účastník povinen respektovat kapacitní možnosti Českého telekomunikačního úřadu a případné výhrady Poskytovatele ohledně existence požadavků jiných Zúčastněných zadavatelů či jiných subjektů.“ Citovaný čtvrtý odstavec tedy zjevně směřuje na jiné situace, než je proces změny operátora. Jedná se například o neočekávané technické závady na SIM kartách, jak ostatně předvídá dotčený odstavec smlouvy. Uvedený odstavec je též korigován dovětkem „*pokud je to technicky možné*“. Ve světle uvedeného se nejeví závěr krajského soudu o nepravděpodobnosti technické závady takového rozsahu nijak nerealistický. Pokud se stěžovatel domníval, že se jedná o reálnou situaci, měl relevantněji odůvodnit, proč by ve skutečnosti mohla nastat.

[56] Taktéž obavy stěžovatele týkající se rizika neoprávněného nakládání s daty z mobilních telefonů jsou řešeny ve smlouvě na veřejnou zakázku. V jejím článku 8 odst. 5 je uvedeno, že: „*Smluvní strany si vzájemně potvrzují obecnou právní zásadu, že v případě rozporu této Smlouvy s kogentním ustanovením právního předpisu, se použije ustanovení právního předpisu.*“ Pokud by se tedy vybraný dodavatel domníval, že by měl při migraci dat porušovat kogentní právní předpisy (například neoprávněně pracovat s osobními údaji či neoprávněně nakládat s autorským dílem), již samotná smlouva (ačkoliv to ani není nezbytné) uvádí, že takovýmto způsobem není povinen postupovat. Ani tato námitka tak není důvodná.

[57] Stěžovatel krajskému soudu také vytýká, že při posouzení zadávací podmínky týkající se zveřejnění položkových cen chybně nezohlednil skutečnost, že jednotkové ceny, na jejichž základě je stanovena celková cena za plnění, jsou předmětem obchodního tajemství.

[58] Stěžovatel konkrétně brojí proti článku 4 odst. 5 smlouvy, dle nějž: „*Poskytovatel je povinen zachovávat mlčenlivost o všech informacích neveřejné a důvěrné povahy (dále jen „Neveřejné informace“). (...) Za Neveřejnou informaci se nepovažují položkové ceny za jednotlivé Služby.*“ Krajský soud v této souvislosti ovšem zcela správně připomněl, že zadavatel vycházel při limitaci položkových cen z již uzavřených smluv obsahujících informace o jednotkových cenách za obdobné služby, které jsou zveřejněny v registru smluv, a to včetně smluv uzavřených se stěžovatelem (kupř. smlouva o poskytnutí mobilních telekomunikačních služeb pro MMR ze dne 30. 5. 2022, č. 6247, či smlouva o poskytování mobilních telekomunikačních služeb pro MŽP ze dne 27. 3. 2023, č. 230050). Za této situace je prosté konstatování stěžovatele, že jednotkové ceny v projednávaném případě naplňují definici obchodního tajemství nedostačující. Ačkoliv se totiž stěžovatel současně dovolává individuálního posouzení věci, již nijak blíže nezodůvodňuje, v čem tkví ony individuální okolnosti projednávaného případu, pro které je nyní nezbytné považovat již dříve zveřejněný shodný údaj o jednotkové ceně bez dalšího za obchodní tajemství. Paušální odkaz na naplnění znaků v § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník nijak nereaguje na specifičnost této informace v této konkrétní věci. Jinými slovy, stěžovatel přesvědčivě nevysvětlil, v čem spočívá tvrzený konkurenční význam a ocenitelnost znalosti konečného údaje o nabízené jednotkové ceně v právě posuzované věci z hlediska prozrazení

významného prvku jeho obchodního modelu. Tuto otázku blíže neobjasňuje ani jeho zcela obecný argument, že by v důsledku zastropování jednotkových cen byla odkryta jeho cenotvorba a byly uveřejněny významně podnákladové ceny. Neplyne z něj totiž, jak by ze samotné informace o výši konkrétních jednotkových cen byli ostatní soutěžitelé nyní (ve srovnání s minulostí, kdy byla shodná informace evidentně běžně zveřejňována jako součást uzavřených smluv) schopni zjistit samotnou podstatu významného prvku obchodního modelu stěžovatele ve smyslu detekování mechanismů jeho cenotvorby včetně míry jejich podnákladovosti. Nejvyšší správní soud sám *prima facie* nespatřuje žádnou konkurenční výhodu v údajích o konečné výši nabízené položkové ceny za jednotlivé služby, který zadavatel označil v čl. 4 odst. 5 smlouvy jako nikoliv neveřejný. Tento údaj neobsahuje žádné bližší informace o vzorci, jakým způsobem byly jednotlivé položky vypočteny, tedy z něj nelze bez dalšího dovodit ani to, nakolik je snad cena podnákladová (k této otázce a jejímu neprokázání viz výše), natožpak o vlastním mechanismu cenotvorby stěžovatele. S ohledem na nedostatečnost argumentace stěžovatele tak krajský soud nijak nepochybil, pokud shledal tuto námitku nedůvodnou.

[59] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem neshledal nepřiměřenost zadávacích podmínek, a to ani v jejich souhrnu a kombinaci s centralizovaným zadáváním. Zdůrazňuje-li stěžovatel zejména to, že zadávací podmínky byly stanoveny nevyváženě ve prospěch zadavatele, nelze než poukázat na to, že na relevantním trhu existoval dodavatel, který takto „nevyvážené“ zadávací podmínky akceptoval. Podstatné je, že jednotlivé zadávací podmínky nebyly stanoveny v rozporu se ZZVZ. Nebyly stanoveny tak, aby například zvýhodňovaly pouze některé dodavatele, aby některým dodavatelům účelově zabránily se ucházet o veřejnou otázku apod. Za této situace bylo pro zadavatele jediným rizikem, že se do soutěže o veřejnou zakázku nepřihlásí žádný dodavatel, který by měl zájem se o ni ucházet. To by pro něj z dlouhodobého hlediska samozřejmě nebylo výhodné a ani vhodné. Ovšem dodavatel ochotný podat nabídku na relevantním trhu existoval, a skutečnost, že tímto dodavatelem nebyl stěžovatel, neznamená, že by zadávací podmínky, byť ve svém souhrnu, byly v rozporu se ZZVZ.

[60] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl (§ 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s.). O věci rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

[61] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, kterému by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

[62] Osobám zúčastněným na řízení nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim vznikly náklady. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 2. prosince 2025

Lenka Krupičková
předsedkyně senátu