



UOHSX00ASKII

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0161,R0163/2017/VZ-00307/2018/321/ZSř

Brno 4. ledna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 29. 9. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném zadavatelem -

- **Česká republika - Vězeňská služba České republiky**, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4, který je ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 2. 2017 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

a současně o rozkladu ze dne 29. 9. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném vybraným uchazečem -

- **BVfon Czech Telecommunication, s.r.o.**, IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1, který je ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 12. 2016 JUDr. Martinem Kartnerem, advokátem advokátní kanceláře CHSH Kališ & Partners s.r.o., IČO 29416680, se sídlem Týn 639/1, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-26760/2017/532/ZČa ze dne 14. 9. 2017, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci návrhu navrhovatele -

- **O2 Czech Republic a.s.**, IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4, který je ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 23. 11. 2016 Tomášem Pfefferem, členem Sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov,

na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy označené jako „Koncesní smlouva o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězňených osob“ a uzavřené mezi výše označeným zadavatelem a vybraným uchazečem dne 7. 11. 2016 v koncesním řízení s názvem „**GŘ OL - Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby**“, datovaného dnem 25. 11. 2016 a doručeného Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, a současně ve správním řízení zahájeném dne 14. 12. 2016 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu výše označeným zadavatelem podle § 27 odst. 1 písm. c) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů při uzavření koncesní smlouvy zadávané v koncesním řízení malého rozsahu s názvem „**GŘ OL - Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby**“ bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení, přičemž obě správní řízení byla dne 29. 12. 2016 spojena do společného správního řízení,

jsem dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-26760/2017/532/ZČa ze dne 14. 9. 2017

**potvrzují**

a podaný rozklad zadavatele a podaný rozklad vybraného uchazeče

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Centrální zadavatel - Česká republika - Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dne 20. 9. 2016 na svém profilu centrálního zadavatele dokument nazvaný „Zadávací dokumentace“ č. j. VS-132369-1/ČJ-2016-80005Z-VERZAK (dále jen „**koncesní dokumentace**“) ke koncesnímu řízení s názvem „GŘ OL - Poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby“, realizovanému dle čl. II. koncesní dokumentace podle § 5 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“), jako koncesní řízení malého rozsahu (dále též jen „**KŘMR**“).
2. Použití KŘMR odůvodnil zadavatel v koncesní dokumentaci toliko tím, že předpokládaný příjem koncesionáře činí za období trvání smlouvy 10 let méně než 20 000 000 Kč bez DPH. Bližší okolnosti stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy (dále též jen „**předpokládaná hodnota koncese**“) a předpokládaného celkového příjmu koncesionáře (dále též jen „**předpokládaný příjem koncesionáře**“) nebyly v rámci koncesních podmínek uvedeny.

3. Účelem KŘMR mělo být uzavření smlouvy s názvem „Koncesní smlouva o poskytování zabezpečených služeb elektronických komunikací vězňených osob“ (dále jen „**koncesní smlouva**“), předmětem koncesní smlouvy pak dle čl. II. koncesní dokumentace „*poskytování zabezpečených komunikačních služeb pro vězňené osoby*“, podrobněji specifikovaných v čl. I. návrhu koncesní smlouvy tvořícího přílohu koncesní dokumentace tak, že plnění zahrnuje „*poskytování zabezpečených telekomunikačních služeb pro odsouzené osoby v organizačních jednotkách zadavatele, poskytnutí (dodávka, instalace a zprovoznění) telefonních přístrojů, poskytování podpory, údržby, zajištění pohotovosti a dostupnosti služeb dle čl. IV. této smlouvy, poskytnutí software pro práci se získanými daty, poskytnutí bezplatného zabezpečeného úložiště provedených hovorů a zařízení pro monitorování hovorů v organizačních jednotkách, zajištění ukládání a archivace zabezpečené komunikace a informace o přístupu k datům*“ (dále též jen „**koncese**“). K dodávce telefonních přístrojů v předpokládaném počtu 850 kusů si zadavatel vyhradil opční právo k pořízení dalších přístrojů a jejich zprovoznění v rozsahu do 20 % původní hodnoty.
4. Zadavatel v čl. V. koncesní dokumentace stanovil, že nabídkovou cenu uchazeči zpracují jako cenu jednotkovou, která bude zahrnovat veškeré náklady spojené s plněním koncesní smlouvy, a dále že hovorné bude účtováno po vteřinách, přičemž nejvyšší přípustná cena činí 7 Kč bez DPH za jednu minutu telefonního hovoru (dále jen „**maximální nabídková cena**“). Předpokládaný objem provolaných minut nebyl v rámci koncesních podmínek nijak specifikován.
5. Dle čl. VI. koncesní dokumentace měly být nabídky hodnoceny na základě (obligatorního) kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, sestávajícího ze dvou dílčích hodnotících kritérií, a to z kvantitativního kritéria reprezentovaného maximální cenou volání za jednu vteřinu v Kč bez DPH s vahou 60 % (dále též jen „**kvantitativní kritérium**“) a z kvalitativního kritéria spočívajícího v hodnocení administrativní zátěže zaměstnanců a příslušníků spojené s provozem systému zabezpečených komunikačních služeb s vahou 40 % (dále jen „**kvalitativní kritérium**“).
6. Koncesní smlouva měla být dle čl. IX. odst. 3. a 4. návrhu koncesní smlouvy uzavřena na dobu určitou v délce trvání 4 roky s možností prodloužení. Zadavatel v rámci dodatečných informací č. 1 ke koncesní dokumentaci ze dne 12. 10. 2016 upřesnil, že maximální doba trvání koncesní smlouvy činí 8 let. Lhůta pro podání nabídek byla v čl. IX. koncesní dokumentace stanovena do 25. 10. 2016.
7. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 25. 10. 2016 a ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 10. 2016, obdržel zadavatel v KŘMR celkem tři nabídky, a to nabídku společnosti - BVfon Czech Telecommunication, s.r.o., IČO 27660168, se sídlem V Celnici 1031/4, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“), nabídku společnosti - O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“) a nabídku společnosti - M-Communications s. r. o., IČO 24209759, se sídlem Jungmannova 22/9, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „**třetí uchazeč**“). Žádná z nabídek nebyla vyřazena, všechny nabídky současně obdržely v kvalitativním kritériu shodný počet bodů a hlavní předmět soutěže tak představovalo kvantitativní kritérium a jeho prostřednictvím výše nabídkové ceny.

8. Jako ekonomicky nejvýhodnější vybrala hodnotící komise nabídku vybraného uchazeče, s nímž zadavatel uzavřel dne 7. 11. 2016 koncesní smlouvu.
9. Dne 25. 11. 2016 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 24 koncesního zákona k výkonu dohledu nad dodržováním koncesního zákona, návrh navrhovatele z téhož dne na uložení zakazu plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona (dále též jen „**návrh**“). Návrh byl odůvodněn tím, že zadavatel uzavřel koncesní smlouvu bez předchozího uveřejnění koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, aniž k tomu byly splněny zákonné podmínky. Doručením návrhu Úřadu došlo dne 25. 11. 2016 k zahájení správního řízení v této věci, vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0726/2016/VZ.
10. Na základě obdrženého návrhu, koncesní dokumentace a vyžádaných podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval při uzavírání koncesní smlouvy v KŘMR v souladu s koncesním zákonem, a dne 14. 12. 2016 doručením oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0753/2016/VZ-49169/2016/532/ZČa z téhož dne zadavateli zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0753/2016/VZ.
11. Obě správní řízení Úřad dne 29. 12. 2016 spojil ke společnému projednání na základě usnesení č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-49289/2016/532/ZČa.

#### **Předcházející správní rozhodnutí**

12. Dne 26. 1. 2017 vydal Úřad ve společném správním řízení na základě posouzení všech rozhodných skutečností a podkladů rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-02790/2017/532/ZČa (dále jen „**původní rozhodnutí**“), jímž rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona tím, že uzavřel s vybraným uchazečem koncesní smlouvu v koncesním řízení realizovaném jako KŘMR bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení uveřejnit, neboť se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH (výrok I.), o tom, že se zadavatel za zjištěný správní delikt ukládá pokuta ve výši 100 000 Kč (výrok II.), a dále o uložení zakazu plnění koncesní smlouvy (výrok III.) a o povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení v částce 30 000 Kč (výrok IV.).
13. Původní rozhodnutí odůvodnil Úřad zejména tím, že stanovil-li zadavatel v koncesní dokumentaci maximální nabídkovou cenu, navíc ve výši již dostatečně podkračující ceny stávajícího poskytovatele, pak měl zadavatel z této hodnoty deklarované jako akceptovatelné vycházet též při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, namísto ničím nepodložené hodnoty 2 Kč bez DPH, tvrzené v rámci správního řízení. Úřad dále poukázal, že pokud by zadavatel s maximální nabídkovou cenou kalkuloval, předpokládaný příjem koncesionáře by při všech ve správním řízení uvažovaných předpokládaných počtech provolaných minut významně přesáhl limit pro použití KŘMR podle § 5 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s přílohou č. 1 k vyhlášce č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní vyhláška**“). Úřad proto dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn uzavřít koncesní smlouvu v KŘMR, a tedy ani bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení.

14. Dne 17. 5. 2017 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0033,R0034/2017/VZ-15135/2017/323/ZSř (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), jímž k rozkladům zadavatele a vybraného uchazeče původní rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Své stanovisko odůvodnil předseda Úřadu především tím, že Úřad při posuzování výše předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel z maximální nabídkové ceny, která představuje toliko zadávací podmínku ve vztahu ke způsobu zpracování nabídkové ceny a jmenované hodnoty tak nelze bez dalšího zaměňovat. Předseda Úřadu dále poukázal, že výroky původního rozhodnutí nemají dostatečný podklad ve skutkových zjištěních Úřadu a zavázal Úřad k podrobnějšímu šetření relevantních skutečností a odůvodnění učiněných závěrů.

## II. **Napadené rozhodnutí**

15. Na základě nového projednání věci vydal Úřad dne 14. 9. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-26760/2017/532/ZČa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
16. V rámci napadeného rozhodnutí Úřad opětovně dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona tím, že dne 7. 11. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem koncesní smlouvu v koncesním řízení realizovaném podle § 5 odst. 2 koncesního zákona jako KŘMR bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení uveřejnit, neboť se jednalo o koncesní řízení, v němž předpokládaný příjem koncesionáře činil více než 20 000 000 Kč bez DPH, a mělo být tedy v souladu s § 6 odst. 1 koncesního zákona zahájeno uveřejněním oznámení o jeho zahájení. Za zjištěný správní delikt dle výroku I. uložil Úřad zadavateli ve výroku II. napadeného rozhodnutí pokutu podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.
17. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona zákaz plnění koncesní smlouvy. Zákaz plnění koncesní smlouvy Úřad (na rozdíl od původního rozhodnutí) uložil s účinností 12 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli povinnost uhradit náklady řízení podle § 26 odst. 2 koncesního zákona v částce 30 000 Kč.
18. Přestože Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl, s výjimkou odložené účinnosti zákazu plnění koncesní smlouvy, ke stejným výrokům jako v původním rozhodnutí, provedl nové dokazování, opatřil nové podklady pro vydání rozhodnutí a při formulaci svých závěrů zohlednil též právní stanoviska původního rozhodnutí předsedy Úřadu.
19. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad nejprve posuzoval, zda zadavatel postupoval při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře v souladu s koncesním zákonem, přičemž dospěl k závěru, že tvrzený postup zadavatele byl netransparentní, neboť nevychází z relevantních podkladů a postrádá logické zdůvodnění (zejména body 267. - 291. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad dále ve světle příslušné judikatury uvedl, že možnost použít KŘMR představuje výjimku z působnosti koncesního zákona, která musí být z titulu své výjimečnosti vykládána restriktivně, přičemž důkazní břemeno ve vztahu k její oprávněnosti nese ten, kdo se jí dovolává, v daném případě zadavatel (bod 292. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

20. Úřad rovněž poukázal, že zadavatel neprovedl ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy relevantní průzkum trhu, ačkoliv by to s ohledem na okolnosti případu bylo žádoucí, neboť se dle svého tvrzení zabýval pouze cenami povahou odlišných služeb, tj. nepřiměřeně nízkými tarify některých organizačních složek státu nebo veřejně dostupnými tarify předplacených karet (dále též jen „**předplacené tarify**“), které navíc mohou svědčit i proti závěrům zadavatele (body 293. - 297. odůvodnění napadeného rozhodnutí), aniž by se zadavatel alespoň pokusil oslovit potenciální dodavatele ve vztahu k předmětu plnění koncesní smlouvy (bod 289. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
21. Úřad proto dospěl k dílčímu závěru, že zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře nepostupoval správně a oprávněnost použití KŘMR v této fázi neprokázal.
22. Úřad dále doplnil, že na správnost stanoveného předpokládaného příjmu koncesionáře nemohl zadavatel usuzovat ani na základě obdržených nabídek, neboť 2 z 3 nabídek, jakož i průměrná hodnota obdržených nabídek ve výši 2,98 Kč/min bez DPH ve spojení se zadavatelem uvažovaným počtem 1 300 000 provolaných minut ročně ukazují na přesažení limitu pro KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona, a to i bez zahrnutí zvýšené sazby za mezinárodní volání (body 298. - 319. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad v této souvislosti v bodě 315. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že pro kontrolní posouzení, zda zadavatel použil KŘMR v souladu se zákonem není rozhodující pouze jediná nabídka, pokud ostatní nabídky limit pro KŘMR významně překračují.
23. Zadavatel tedy dle názoru Úřadu ani po podání nabídek nemohl legitimně dojít k závěru, že postupoval při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře správně.
24. V odůvodnění k výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že se v případě uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění obecně jedná o jedno z nejzávažnějších porušení koncesního zákona, neboť tímto postupem dochází k omezení soutěžního prostředí. Současně však Úřad přihlédl k tomu, že soutěž nebyla zcela vyloučena, když zadavatel obdržel 3 nabídky, a dále ke skutečnosti, že zadavatel částečně podle koncesního zákona postupoval a že na základě koncesní smlouvy jsou poskytovány komunikační služby za výhodnějších podmínek než v předcházejícím období. Z uvedených důvodů Úřad naznal, že pro naplnění preventivní i represivní funkce správního trestání postačí již pokuta v uložené výši.
25. Uložení zákazu plnění koncesní smlouvy odůvodnil Úřad tím, že se zadavatel dopustil ve smyslu § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, přičemž dostatečné důvody hodné zvláštního zřetele podle § 25 odst. 3 koncesního zákona neshledal. Úřad však vyhodnotil jako důvodnou žádost zadavatele o odklad vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy tak, aby mohl zadavatel realizovat nové bezvadné výběrové řízení a odložil účinnost uloženého zákazu plnění smlouvy o 12 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.

### III. Rozklad zadavatele

26. Dne 29. 9. 2017 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel uvedl, že podává tzv. blanketní rozklad, který doplní ve lhůtě 15 dnů od jeho podání. Dne 9. 10. 2017 vyzval Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-

29052/2017/532/ZČa z téhož dne zadavatele, aby ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení tohoto usnesení podaný rozklad doplnil. Dne 19. 10. 2017, tj. posledního dne uložené lhůty, zadavatel doručil Úřadu doplnění rozkladu z téhož dne.

27. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 9. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu zadavatele**

28. Zadavatel podaný rozklad obecně odůvodnil tím, že Úřad nesprávně posoudil postup zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, neboť jeho správnost potvrdila nabídková cena vybraného uchazeče, a že nebyly splněny předpoklady pro uložení sankce a uložení zákazu plnění koncesní smlouvy. Zadavatel dále odkázal na svou dosavadní právní argumentaci ve správním řízení a uvedl následující rozkladové námítky.

#### *Ke stanovení výše předpokládaného příjmu koncesionáře*

29. Nejšířejši se zadavatel vyjadřuje ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, a to v několika dílčích aspektech. Ve vztahu ke způsobu stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře před zahájením KŘMR zadavatel setrvává na svém stanovisku, že jej stanovil na základě předpokládaného počtu provolaných minut 1 300 000 ročně, který stanovil průměrem za roky 2013 - 2015 a předpokládané nabídkové ceny ve výši 2 Kč/min bez DPH, kterou stanovil jako desetinásobek ceny, za kterou navrhovatel poskytuje volání přímo zadavateli, přičemž se současně jedná o tržní cenu.

30. Zadavatel konkrétněji uvádí, že při stanovení předpokládaného počtu provolaných minut vycházel z informace o počtu hovorů od navrhovatele, z počtu žádostí o hovor, z počtu vězňených osob, včetně zastoupení cizinců se zohledněním četnosti jejich volání, maximální doby hovoru, přičemž ve stanoveném počtu provolaných minut ponechal i prostor pro možnou odchylku od svého odhadu. Zadavatel doplňuje, že předpokládal, že se ceny volání pro vězňené osoby budou více blížit aktuálním tržním nabídkám, než stávajícím cenám služeb poskytovaných navrhovatelem. Ve vztahu k předpokládané ceně volání zadavatel v bodě 31. odůvodnění doplnění rozkladu výslovně uvedl následující postup výpočtu:

*„a. Navrhovatel v současné době poskytuje Zadavateli tarify ve výši (i) 0,24 Kč za 1 minutu volání do sítě O2, (ii) 0,12 Kč za 1 minutu volání do sítí ostatních operátorů a (iii) 0,24 Kč za volání do pevných sítí.*

*b. Zadavatel přitom z důvodu dostatečné rezervy i při zohlednění nákladnějších mezinárodních hovorů předpokládanou hodnotu stanovil jako cca desetinásobek průměru výše uvedených částek.*

*c. Zadavatel přitom zohlednil i ceny hovorného, za nichž je volání poskytováno operátory na našem trhu.“*

31. Zadavatel doplňuje, že takto stanovený předpokládaný příjem koncesionáře vychází z jeho legitimních, logických a racionálních úvah. Zadavatel dodává, že takto stanovený předpokládaný příjem koncesionáře s velkým rozdílem nedosahuje limitu pro použití KŘMR. Zadavatel dále akcentuje, že správnost jím stanovené výše předpokládaného příjmu koncesionáře potvrdila i nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou 1,62 Kč/min bez DPH, přičemž předpokládaný příjem koncesionáře stanovený na základě nabídky

vybraného uchazeče limit pro použití KŘMR rovněž nedosahuje, což Úřad v napadeném rozhodnutí nezpochybnil.

32. Zadavatel v této souvislosti odmítá interpretaci Úřadu, dle které by měly být při ověřování správnosti stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře brány v úvahu i ostatní obdržené nabídky a vytýká Úřadu, že se odchýlil od závěrů původního rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť nezohlednil při výpočtu vítěznou nabídku. Zadavatel s odkazem na argumentaci původního rozhodnutí předsedy Úřadu poukazuje, že účelem stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře není určení přesné, nýbrž pouze přibližné hodnoty, kterou bude možné ověřit; zadavatel je přesvědčen, že nabídka vybraného uchazeče správnost odhadu zadavatele bezezbytku potvrzuje.
33. Ve vztahu k bodu 275. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel staví najisto, že předpokládaná nabídková cena 2 Kč/min bez DPH zahrnuje a zohledňuje i vyšší sazby za mezinárodní volání, přičemž vše mělo probíhat na základě kvalifikovaných odhadů zadavatele.
34. K podkladům, z nichž při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel, zadavatel uvádí, že před zahájením koncesního řízení oslovil navrhovatele jako stávajícího poskytovatele předmětných služeb, aby mu poskytl relevantní údaje. Navrhovatel však žádosti zadavatele nevyhověl a sdělil zadavateli pouze informace o počtu uskutečněných hovorů. Zadavatel sděluje, že tvrzenou skutečnost ve správním řízení prokázal prostřednictvím předložené emailové komunikace.
35. K nemožnosti doložit písemné podklady zadavatel uvádí, že většina jednání v souvislosti s koncesním řízením probíhá v souladu s interními postupy ústně, což je dle názoru zadavatele v souladu s právními předpisy a uvedená skutečnost mu tak nemůže být kladena k tíži. Zadavatel v další části doplnění rozkladu podotýká, že takto detailní ekonomickou analýzu nebyl povinen ani provádět, natož pak uchovávat písemné dokumenty o ní. Zadavatel sděluje, že veškeré podklady, kterými před zahájením KŘMR disponoval a disponovat mohl, Úřadu předložil.
36. Zadavatel má za to, že k detailnějšímu průzkumu trhu nebyl povinen, neboť by mu minimálně jeden z oslovených relevantních dodavatelů sdělil, že odhaduje předpokládaný příjem koncesionáře nižší než 20 000 000 Kč bez DPH, což by zadavatele opětovně opravňovalo k zahájení KŘMR a vedlo k témuž výsledku. Zadavatel se ohrazuje též proti možnému požadavku na to, aby zkoumal náklady a zisk koncesionáře, neboť k tomu nemá relevantní právní nástroje.
37. Zadavatel dále rozporuje body 281. - 282. odůvodnění napadeného rozhodnutí, k čemuž uvádí, že analogická aplikace zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“) na koncesní řízení bez výslovného odkazu „*není dle základních zásad materiálního právního státu povolena*“ (odstraněno zvýraznění; poznámka předsedy Úřadu). K možnostem specifitějšího průzkumu trhu ve vazbě na předmět koncesní smlouvy zadavatel namítá, že je výlučným provozovatelem věznic, a tedy i jediným možným odběratelem tohoto druhu služeb v České republice, a že jediní 3 možní potenciální dodavatelé podali nabídku i v KŘMR.



38. K dodržení zásady transparentnosti v KřMR zadavatel v bodě 47. odůvodnění doplnění rozkladu výslovně uvedl následující: „Zadavatel se taktěž ohrazuje proti tvrzení Úřadu v bodě 286. Rozhodnutí, v němž Úřad napadá netransparentnost Koncesního řízení z důvodu nejasného výpočtu předpokládané ceny jedné minuty. Tento aspekt na transparentnost řízení nemá vliv. Každý uchazeč byl obeznámen s předpoklady Zadavatele a všichni uchazeči měli rovné podmínky. Zadavatel své předpoklady netajil a transparentně uvedl předpokládané hodnoty do zadávací dokumentace. Dodržení zásady transparentnosti bylo také zajištěno prostřednictvím možnosti zrušení Koncesního řízení v případě, kdy by Zadavatel neobdržel žádnou nabídku, jejíž cena by byla pod hranicí 20.000.000 Kč. Pokud by Zadavatel žádnou takovou nabídku neobdržel, jeho předpoklad by se ukázal jako nesprávný, a na základě nabídnutých cen by byl nucen vyhlásit další koncesní řízení.“ V bodě 66. odůvodnění doplnění rozkladu k tomu zadavatel doplňuje, že limitu pro KřMR vyhověla pouze nabídka vybraného uchazeče a ostatní nabídky tak „musely být (...) odmítnuty, a to nejen proto, že byly méně výhodné než nabídka vítězná, ale také proto, že výše nabídkových cen překročila limit 20.000.000 Kč“.
39. Zadavatel rovněž namítá, že v průběhu KřMR nepodal žádný z uchazečů proti úkonům zadavatele žádné námitky a že podáním návrhu navrhovatel sleduje toliko vlastní zájem na pokračování v poskytování služeb s neúměrným ziskem. Zadavatel dodává, že uzavřením koncesní smlouvy došlo k výraznému zlevnění volání pro vězněné osoby a postup Úřadu má za přepjatý formalismus a obhajování nespravedlnosti ve smyslu nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 127/96 ze dne 11. 7. 1996. Ke společenské nebezpečnosti správního deliktu zjištěného Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí zadavatel doplňuje, že provedení řádného koncesního řízení podle koncesního zákona by vedlo ke stejnému výsledku jako realizované KřMR a Úřad se tak dopustil přepjatého formalismu ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 31 Af 2/2016 - 65 ze dne 6. 9. 2017, neboť zadavatel postupoval zcela v souladu se smyslem veřejného zadávání a zásadami koncesního řízení. Zadavatel má tak za nenaplněnou materiální stránku správního deliktu.
40. Ve vztahu k bodu 293. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že zde Úřad kalkuloval předplacenými tarify včetně DPH, čímž se ve vztahu k prokazované skutečnosti dopustil objektivního zkreslení.
41. Ve vztahu k dalším dílčím závěrům Úřadu v jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí pak zadavatel uvádí, že správnost stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře může být ověřována výlučně na základě vítězné nabídky, neboť v opačném případě by jedna vysoká nabídka mohla způsobit převýšení limitu pro zadání zakázky malého rozsahu, že nezískal pochybnosti o tom, že by se mohlo jednat o mimořádně nízkou nabídkovou cenu a že na základě koncesní smlouvy probíhá řádné plnění.
42. Zadavatel považuje za nepřipadné rovněž úvahy Úřadu v bodech 315. - 318., 320., 326. - 327. a 332. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k bodu 340. odůvodnění napadeného rozhodnutí a možnosti získat v řádně vedeném koncesním řízení výhodnější nabídku zadavatel namítá, že tato výhodnější nabídka by opětovně potvrdila oprávnění zadavatele zadat plnění v KřMR a že Úřad žádného dalšího potenciálního dodavatele neidentifikoval. Zadavatel má tedy tvrzení Úřadu s odkazem na rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 9/2015 - 79 ze dne 9. 3. 2016 za věcně nevyřádané.

*K uložení pokuty a nápravného opatření*

43. Ke stanovení předpokládané hodnoty koncesní smlouvy a k předpokládaným nákladům na plnění předmětu koncesní smlouvy, které Úřadu poskytl navrhovatel a třetí uchazeč, zadavatel uvádí, že se tyto hodnoty významně liší od hodnot, které byly označenými uchazeči předloženy před vydáním původního rozhodnutí, přičemž Úřad se s těmito nesrovnalostmi nijak nevypořádal. Zadavatel dále uvádí, že odmítá snahu Úřadu o přenesení odpovědnosti za zjištění předpokládané hodnoty koncese na jeho osobu, neboť k tomu nemá právní nástroje obdobné svrchovanému postavení Úřadu. Zadavatel doplnil, že Úřad měl vzít za relevantní ceny a náklady vybraného uchazeče a že náklady nemohou přesahovat předpokládaný příjem uchazeče.
44. K výši uložené pokuty zadavatel uvádí, že je třeba rozlišovat situaci, kdy dojde k uzavření koncesní smlouvy tzv. z ruky a kdy je analogicky sledován postup podle koncesního zákona.
45. K uloženímu zákazů plnění koncesní smlouvy zadavatel uvádí, že nabídka vybraného uchazeče limit pro KŘMR nepřekročila a že vybranému uchazeči tedy nemůže jít k tíži, že ostatní uchazeči podali nabídky vyšší. Vybraný uchazeč si dle tvrzení zadavatele nemohl být vědom absurdního výkladu Úřadu a do plnění předmětu koncesní smlouvy již investoval značné prostředky. Zadavatel má tak uložený zákaz plnění koncesní smlouvy za neproporcionální a nové výběrové řízení za nadbytečnou administrativní a finanční zátěž.

*K nahlížení do spisu*

46. Zadavatel dále považuje za nesprávný postup Úřadu, jímž mu bylo při nahlížení do spisu odepřeno pořízení kopií z části spisu obsahující obchodní tajemství. Zadavatel doplňuje, že s ohledem na množství číselných údajů si osoba nahlížející do spisu nemohla vše zapamatovat a odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 - 443 ze dne 9. 4. 2013. Zadavatel dále zdůrazňuje, že má za to, že mu Úřad vytýkal, že výpočet předpokládaných nákladů koncesionáře nepředložil, přestože k tomu nemá právní nástroje, a teď Úřad zjištěné údaje nechce zadavateli zpřístupnit.

**Závěr rozkladu zadavatele**

47. Zadavatel vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

**IV. Rozklad vybraného uchazeče**

48. Dne 29. 9. 2017 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí též rozklad vybraného uchazeče z téhož dne. V rozkladu vybraný uchazeč uvedl, že jej doplní o odůvodnění ve lhůtě 30 dnů od podání rozkladu. Dne 9. 10. 2017 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0726,S0753/2016/VZ-28391/2017/532/ZČa z téhož dne vybraného uchazeče vyzval, aby ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení tohoto usnesení podaný rozklad doplnil. Dne 19. 10. 2017, tj. posledního dne uložené lhůty, vybraný uchazeč doručil Úřadu doplnění rozkladu z téhož dne.
49. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 9. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

### Námítky rozkladu vybraného uchazeče

#### *Ke způsobu stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatelem*

50. Vybraný uchazeč v podaném rozkladu nesouhlasí s tím, jakými hledisky Úřad posuzoval zákonnost postupu zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře.
51. Vybraný uchazeč nejprve uvádí, že Úřad v bodech 265. - 281. odůvodnění napadeného rozhodnutí dospívá k závěru, že zadavatel měl před zahájením koncesního řízení povinnost postupovat podle ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Takový postup má vybraný uchazeč za nezákonný, neboť jej interpretuje jako nepřipustnou aplikaci analogie práva v neprospěch účastníka správního řízení - zde zadavatele. Vybraný uchazeč k tomu doplňuje, že mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách není vztah subsidiarity a s odkazem na právní literaturu a judikaturu uvádí, že Úřad postupoval v rozporu se zásadou zákazu analogie v neprospěch pachatele, neboť zadavateli za neprovedení průzkumu trhu ve smyslu § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách ukládá sankci. Na podporu svého stanoviska vybraný uchazeč dále odkazuje na § 175 ZZVZ, který pro účely výpočtu předpokládané hodnoty koncese výslovně nepočítá s aplikací ustanovení týkajících se stanovení předpokládané hodnoty veřejných zakázek.
52. Nad rámec tvrzeného pochybení Úřadu však vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře postupoval jak v souladu s koncesním zákonem, tak v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť řádný průzkum trhu provedl. Vybraný uchazeč v této souvislosti poukazuje, že § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách hovoří o tom, že by se informace zjišťované pro účely stanovení předpokládané hodnoty měly vztahovat ke *stejnému či podobnému* předmětu plnění.
53. Ve vztahu k bodům 282. - 288. odůvodnění napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč sděluje, že považuje za věcně nesprávné závěry Úřadu, dle kterých rámcová smlouva, na základě které čerpá zadavatel služby od navrhovatele pro vlastní potřebu, nenaplnuje ve vztahu ke koncesní smlouvě předpoklad stejného či podobného plnění, neboť podle vybraného uchazeče se jedná o plnění přinejmenším podobné, a to jak z pohledu technologického, tak obchodního či z pohledu koncového uživatele. Úřadem jmenované rozdíly mezi předmětem plnění koncesní smlouvy a rámcové dohody má pak vybraný uchazeč za nepodstatné.
54. Vybraný uchazeč dále poukazuje na body 282. - 283., 285. a 290. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad používá zavádějícím způsobem pojem „obdobný“, namísto správného pojmu „podobný“, přestože dle jazykového vnímání vybraného uchazeče je pojem „obdobný“ pojmem užším.
55. Nekonzistentnost napadeného rozhodnutí pak vybraný uchazeč spatřuje v tom, že Úřad přes tvrzenou diametrální odlišnost rámcové dohody a koncesní smlouvy dovozuje povinnosti zadavatele ze zákona o veřejných zakázkách, a dále ve skutečnosti, že v přehledech objemů volání za jednotlivé roky je zahrnuto i internetové volání prostřednictvím služby 02 Xcall, které představuje technicky podstatně odlišnější řešení. Vybraný uchazeč doplňuje, že označenou skutečnost namítal již ve svých předcházejících podáních a Úřad se s danou námítkou nijak nevypořádal.

56. Vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč v další části rozkladu spatřuje v tom, že Úřad klade vysoké nároky na kvalitu stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře u zadavatele, aniž by takové nároky kladl na odůvodnění napadeného rozhodnutí, například při stanovení předpokládané hodnoty koncese. Vybraný uchazeč v této souvislosti dále poukázal na skutečnost, že Úřad v bodě 340. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že v případě realizace řádného koncesního řízení dle koncesního zákona by mohl zadavatel obdržet i výhodnější nabídku, přestože by tato výhodnější nabídka jen potvrzovala oprávněnost postupu zadavatele v KŘMR.
57. Vybraný uchazeč se dále ohrazuje proti tomu, že Úřad v bodě 296. odůvodnění napadeného rozhodnutí nesprávně interpretoval jeho vyjádření ze dne 10. 3. 2017, v němž pouze obecně poukázal na přehled cen volání z předplacených karet, aby demonstroval svoji obtížnější pozici při formulaci nabídkové ceny. Vybraný uchazeč naopak poukazuje na chyby Úřadu, který nezohlednil vybraným uchazečem zmiňované až 90 % slevy v případě speciálních nabídek, při hodnocení tržních cen pracuje s průměrnými hodnotami a ve vztahu k ceníkům předplacených tarifů též s hodnotami včetně DPH, které objektivně zkreslují prokazované skutečnosti.
58. Vybraný uchazeč v návaznosti na bod 77. odůvodnění původního rozhodnutí předsedy Úřadu dále namítá, že Úřad v bodech 300. - 316. odůvodnění napadeného rozhodnutí opětovně hodnotí cenovou úroveň na trhu, přestože se jedná o otázku odbornou, nikoliv otázku právní. Vybraný uchazeč dále vysvětluje, že práce s aritmetickým průměrem nabídkových cen odporuje ekonomickým principům.

*K dalším pochybením Úřadu*

59. Vybraný uchazeč rovněž namítá, že se Úřad dosud nevypořádal s jeho námitkou ohledně účtování navrhovatele po tzv. impulzech, ani s reálným objemem zahraničního volání, vlivem internetového volání prostřednictvím služby XCall a validitou dat poskytnutých navrhovatelem. Vybraný uchazeč doplnil, že email, jehož prostřednictvím zadavatel prokazoval, že navrhovatel neposkytuje pravdivá vyjádření, Úřad naopak odmítl jako neprůkazný a starý. Vybraný uchazeč má tak za to, že Úřad v rozporu se správním řádem nezjistil skutkový stav bez důvodných pochybností a i v této skutečnosti spatřuje nezákonnost napadeného rozhodnutí.
60. Vybraný uchazeč nesouhlasí ani se závěrem Úřadu o aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, což odůvodňuje zejména tím, že navrhovateli v KŘMR nevznikla újma, neboť i provedení řádného koncesního řízení dle koncesního zákona by dle navrhovatele vedlo ke stejnému výsledku. Vybraný uchazeč má proto důvody možné újmy uváděné Úřadem v bodě 229. odůvodnění napadeného rozhodnutí za spekulativní a uzavírá, že *„že se nepodařilo prokázat, že by Navrhovateli postupem Zadavatele vznikla či hrozila újma, a proto Návrh neobsahuje obligatorní náležitosti dle ustanovení § 24b odst. 3 Koncesní zákona, z důvodu čehož mělo dojít k odmítnutí Návrhu.“* (odstraněno zvýraznění; poznámka předsedy Úřadu).
61. K možnosti posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče jako mimořádně nízké vybraný uchazeč sděluje, že řádné plnění koncesní smlouvy prokazuje, že se o mimořádně nízkou cenu nejednalo, přičemž zadavatel není v případě absence pochybností svůj postup odůvodňovat.

62. Závěrem vybraný uchazeč sděluje, že trvá na relevanci rozhodovací praxe Úřadu, jmenovitě rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S323/2013/VZ ze dne 9. 4. 2014, v němž došlo k zastavení řízení z důvodu nemožnosti stanovit výši předpokládaného příjmu koncesionáře, kterou Úřad v bodě 338. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyhodnotil jako nepřípadnou.

#### **Závěr rozkladu vybraného uchazeče**

63. Vybraný uchazeč vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, popřípadě z důvodu procesních vad zrušil a vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **Replika zadavatele k rozkladu vybraného uchazeče**

64. Dne 30. 10.2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného uchazeče z téhož dne. V rámci přípisu zadavatel sdělil, že s obsahem rozkladu vybraného uchazeče souhlasí a poukazuje na podobnost s vlastní rozkladovou argumentací, v čemž shledává důvodnost a opodstatněnost obou rozkladů.
65. Zadavatel proto setrvává na svém rozkladovém návrhu, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **V. Řízení o rozkladu**

66. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele**

67. Dne 10. 11. 2017 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele z téhož dne. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření uvedl, že se s argumentací zadavatele ve vztahu ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zcela ztotožňuje, stejně jako s tvrzením, že správnost jeho výpočtu by měla být ověřována pouze na základě nejvýhodnější nabídky.
68. Na podporu svého stanoviska vybraný uchazeč odkazuje na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí (dále jen „**směrnice 2014/23/EU**“), konkrétně na metody výpočtu odhadované hodnoty koncesí dle čl. 8., a dále na vysvětlení Evropské komise ke stanovení předpokládané hodnoty koncesní dokumentace.
69. Vybraný uchazeč pro úplnost podotýká, že směrnice 2014/23/EU byla předlohou pro novou právní úpravu pro zadávání koncesí dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), současně však má za to, že s ohledem na účel směrnice 2014/23/EU a datum jejího přijetí před zahájením KŘMR v této věci a zásadu použití pozdější příznivější právní úpravy by měl Úřad z této úpravy vycházet.
70. Vybraný uchazeč závěrem shrnul, že se ztotožňuje s argumentací zadavatele dále v tom, že Úřad nesprávně zhodnotil podklady vedoucí zadavatele ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, že Úřad nesprávně pracoval s daty včetně DPH a že se Úřad dopustil dalších věcných pochybení a procesních vad.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

71. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
72. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

### **VI. K námitkám rozkladu**

73. S ohledem na množství uplatněných rozkladových námitek ze strany zadavatele i vybraného uchazeče, z nichž mnohé se prolínají a mezi nimiž promínují zejména pochybnosti o tom, zda Úřad posoudil správně právní otázky v souvislosti se stanovením předpokládaného příjmu koncesionáře a předpokládané hodnoty koncese, se níže vyjádřím k jednotlivým částem rozkladové argumentace obou jmenovaných účastníků správního řízení po obsahových blocích.
74. Před vlastním vypořádáním rozkladových námitek poukazují, že v nyní projednávané věci je vedeno společné správní řízení jak ve věci návrhu navrhovatele, tak z moci úřední. Podle § 24d koncesního zákona je účastníkem správního řízení zadavatel, v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel a je-li předmětem správního řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, je účastníkem též vybraný uchazeč. Účastníkem obou správních řízení v nyní projednávané věci je tedy zadavatel, v řízení o návrhu jsou dalšími účastníky řízení navrhovatel a vybraný uchazeč. Úřad spojil obě správní řízení ke společnému projednání s odkazem na § 6 odst. 2 správního řádu a potřebu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady. Tímto postupem jsou šetřeny zejména oprávněné zájmy zadavatele, který může svá práva vztahující se k jedinému koncesnímu řízení uplatňovat v rámci jediného správního řízení.
75. Proti spojení obou správních řízení ke společnému projednání žádný z účastníků ničeho nenamítal. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 310/2016 - 52 ze dne 14. 6. 2017 nelze spojení správních řízení s odlišným okruhem účastníků obecně považovat za vhodné, za daných okolností je však třeba se dále zabývat tím, zda takovému spojení nebrání účel správního řízení nebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. V tomto směru je žádoucí zvážit též provázanost obou správních řízení po skutkové stránce, vliv na uplatňování procesních práv a riziko újmy v podobě přístupu k neveřejným informacím v neprospěch účastníka.
76. Na základě posouzení individuálních okolností případu sděluji, že jsem neshledal, že by spojením obou označených správních řízení ke společnému projednání mohla některému z účastníků vzniknout újma. Současně poukazují, že se obě správní řízení týkají stejného KřMR, v němž již došlo k uzavření koncesní smlouvy, přičemž zjištění nezákonného postupu zadavatele současně představuje jednu z nezbytných podmínek pro uložení zákazu plnění koncesní smlouvy. Po skutkové stránce mám tedy obě správní řízení za natolik

provázaná, že jejich společné projednání považují za přípustné a s ohledem na zásadu procesní ekonomie též účelné. Naopak oddělené vedení správních řízení by mohlo vést k vyšší administrativní zátěži, zejména na straně zadavatele, a rovněž k prodloužení doby trvání správního řízení a oddálení pravomocného rozhodnutí ve věci, čímž by mohla být oslabována ochrana právní jistoty účastníků správního řízení, jakož i účastníků smluvního vztahu v podobě koncesní smlouvy.

77. V návaznosti na výše uvedené konstatuji, že vybranému uchazeči přiznává koncesní zákon práva účastníka řízení toliko ve správním řízení o návrhu; naproti tomu účastníkem správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu je pouze zadavatel. Z uvedeného plyne, že vybraný uchazeč není oprávněn k podání rozkladu proti výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí. V tomto kontextu jsem nepřehlédl, že vybraný uchazeč nebyl v návaznosti na označené rozlišení předmětu správního řízení ve vztahu k podání opravného prostředku řádně poučen, současně jsem však nenaznal, že by tímto postupem Úřadu mohla vybranému uchazeči vzniknout újma. Úřad se tedy dopustil jistého formálního procesního pochybení, toto pochybení však nemá podstatný dopad ani na právní postavení účastníků správního řízení, ani na zákonnost napadeného rozhodnutí.
78. Pro úplnost doplňuji, že účastenství nastává přímo ze zákona, zde v souladu s § 24d koncesního zákona, přičemž ani případné nesprávné či neúplné poučení účastenství nezakládá. K tomu odkazuji například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 8/2005 - 118 ze dne 7. 12. 2005, v němž označený soud v tomto smyslu konstatoval následující: *„Účastníkem správního řízení se nestává ten, s kým správní orgán nesprávně jako s účastníkem řízení jednal. Vyjde-li taková vada najevo až po podání odvolání tím, s kým správní orgán prvního stupně nesprávně jednal jako s účastníkem řízení, odvolací správní orgán zamítne jeho odvolání podle § 60 správního řádu jako nepřípustné.“*
79. Současně však podotýkám, že jsem se v účelném rozsahu zabýval ve vztahu k výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí též námitkami vybraného uchazeče, a to právě s ohledem na skutkovou provázanost předmětů obou spojených správních řízení a dále v intencích zásady materiální pravdy dle § 3 správního řádu, která zavazuje Úřad ke zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Za daných okolností jsem tedy přesvědčen, že žádnému z účastníků procesním postupem Úřadu újma nevznikla.

#### **K východiskům aplikace relevantní právní úpravy**

80. Podle § 1 koncesního zákona upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty, pokud tyto podmínky a postup neupravuje zvláštní právní předpis, koncesní zákon.
81. Podle § 4 koncesního zákona je zadavatel povinen před zahájením koncesního řízení zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy; způsob výpočtu předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí právní předpis.
82. Podle § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní vyhláška**“) tvoří předpokládanou hodnotu předmětu koncesní

smlouvy předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy.

83. Podle § 2 koncesní vyhlášky se předpokládaným příjmem koncesionáře rozumí součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Předpokládaný příjem koncesionáře se vyčísluje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy, a to postupem podle přílohy 1 ke koncesní vyhlášce, se započtením zde uvedených diskontních koeficientů.
84. Podle § 5 odst. 1 koncesního zákona zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona zadavatel nemusí postupovat podle části druhé koncesního zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře částku nižší než 20 000 000 Kč bez DPH, zadavatel je však povinen dodržet zásady dle § 3a koncesního zákona, tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
85. Zadavatel v koncesní dokumentaci uvedl, že zadávací řízení realizuje jako tzv. koncesi malého rozsahu podle koncesního zákona. Jak bylo blíže specifikováno výše v bodě 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí, převažující předmět koncesní smlouvy spočíval v poskytování komunikačních služeb pro vězněné osoby.
86. Ve vztahu k posouzení toho, zda se v nyní projednávané věci jedná o koncesi ve smyslu koncesního zákona, poukazují, že koncesní zákon pracuje s pojmem „koncesní smlouva“, kterou v § 16 odst. 1 definuje tak, že se na jejím základě koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užtky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Podstata koncesní smlouvy je dále v § 16 odst. 2 koncesního zákona upřesněna tím, že podstatnou část rizik spojených s bráním užtků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.
87. Koncesní zákon v § 1 konkrétně uvádí, že zpracovává příslušné předpisy Evropských společenství, jmenovitě směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „**směrnice 2004/18/ES**“), směrnici Komise 2005/51/ES ze dne 7. 9. 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a příloha VIII směrnice 2004/18/ES. Čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/18/ES pracuje s obdobným pojmem „koncese na služby“, který je zde definován jako „*smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou*“. Ve vztahu ke konkrétní úpravě koncesí na služby však směrnice 2004/18/ES obsahuje též zvláštní vylučovací ustanovení; jmenovitě v čl. 17 stanoví následující: „*Aniž je dotčeno použití předpisů podle článku 3, nevztahuje se tato směrnice na koncese na služby, jak jsou vymezeny v čl. 1 odst. 4.*“.
88. V témže smyslu je koncese definována v právní literatuře, která koncesi charakterizuje jako specifický typ smlouvy mezi veřejným zadavatelem a dodavatelem, sloužící k zajištění určitého veřejného zájmu nebo potřeb, přičemž mezi klíčové znaky, které odlišují koncese od veřejných zakázek, řadí zejména *povahu protiplnění* za poskytování plnění dodavatele, které zcela nebo zčásti spočívá v *brání užtků* peněžního i nepeněžního charakteru, a dále



*přenos významné části ekonomického rizika na dodavatele (srov. Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1-5).*

89. Čl. I. návrhu koncesní smlouvy mezi smluvními ujednáními uvádí, že se koncesionář touto smlouvou zavazuje „*poskytovat objednateli na vlastní odpovědnost a náklady zabezpečené služby elektronických komunikací pro vězněné obviněné a odsouzené osoby*“, dle čl. III. bude cena za poskytnuté služby „*hrazena v rámci ceny hovorného vězněnými osobami*“, přičemž technické přístroje nutné k poskytování služeb zůstávají ve vlastnictví koncesionáře a zadavatel za ně nebude koncesionáři poskytovat žádnou náhradu. Je tedy zjevné, že veškeré náklady a riziko spojené s poskytováním služeb přenáší koncesní smlouva na koncesionáře, zde vybraného uchazeče, přičemž povaha protiplnění spočívá výlučně v braní užiteků za poskytování služeb, spočívajícího v účtování cen volání přímo vězněným osobám.
90. Pro vyloučení všech pochybností konstatuji, že se v nyní projednávané věci jedná o specifický případ koncese na služby. Uvedená skutečnost současně není ve správním řízení sporná.
91. S ohledem na konstatovanou působnost koncesního zákona považuji za důležité poukázat, že koncesní zákon dle své důvodové zprávy obsahuje samostatnou právní úpravu zadávání koncesí, která je mimo četných výslovných odkazů nezávislá na zadávání veřejných zakázek podle zákona o veřejných zakázkách. K uváděným důvodům této samostatnosti patří větší transparentnost a flexibilita, a to i s ohledem na specifika případných legislativních změn, zaváděných pouze v jedné z označených oblastí veřejného zadávání, zejména v oblasti veřejných zakázek, které by následně mohly znamenat nezamýšlený zásah i do problematiky koncesního řízení. Ke vztahu zákona o veřejných zakázkách ke koncesnímu zákonu tedy akcentuji, že se nejedná o vztah subsidiarity, jako je tomu například v případě správního řádu.
92. V této souvislosti však nelze opomenout, že oba právní předpisy upravují problematiku veřejného zadávání, přičemž koncesní zákon současně obsahuje mnoho odkazujících právních norem predikujících aplikaci ustanovení zákona o veřejných zakázkách i na koncesní řízení. K podstatě podobnosti mezi zákonem o veřejných zakázkách a koncesním zákonem doplňuji, že oba zákony jsou vystavěny na stejných zásadách a obsahují řadu zcela identických právních institutů, které z povahy věci předpokládají stejný nebo obdobný výklad.
93. Vzhledem k uvedeným podobnostem sděluji své stanovisko, že v případě, kdy vznikají pochybnosti o obsahu některých ustanovení upravujících koncesní řízení, lze i v případě absence výslovného zmocnění, z hlediska výkladových východisek, nikoliv aplikace závazných právních norem, přihlídnout ke znění zákona o veřejných zakázkách a s ním související rozhodovací praxi a právní literatuře.

#### **Ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře**

94. Jak jsem již uvedl v bodech 69. - 71. odůvodnění původního rozhodnutí předsedy Úřadu, zadavatel je ve smyslu § 4 koncesního zákona povinen stanovit předpokládaný příjem koncesionáře nejenom z důvodu formálního naplnění označeného ustanovení koncesního zákona, nýbrž je třeba, aby stanovený údaj co nejvíce zohledňoval budoucí očekávané reálné

hodnoty. V tomto směru je dán určitý prostor pro legitimní úvahu zadavatele, neboť předpokládaný příjem koncesionáře představuje z povahy věci hodnotu pouze odhadovanou, aproximativní, nikoliv exaktně určitelnou, zadavatel však nemůže postupovat zcela libovolně.

95. Zde především akcentuji, že řádné a správné stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře představuje klíčový milník pro rozhodování o volbě druhu koncesního řízení, v němž je zadavatel oprávněn postupovat.

*Ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatelem*

96. Zadavatel v podaném rozkladu setrvává na své argumentaci, že před zahájením KŘMR provedl řádný odhad předpokládaného příjmu koncesionáře v souladu s požadavky koncesního zákona, přičemž správnost jeho odhadu potvrdila i nabídková cena vybraného uchazeče. Ke způsobu, jakým před zahájením KŘMR stanovil předpokládaný příjem koncesionáře, se zadavatel vyjádřil již ve svém podání Úřadu č. j. VS-125885-32/ČJ-2016-800097 ze dne 3. 1. 2017, k němuž připojil listinu nazvanou „Stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncese a stanovení předpokládaného celkového příjmu koncesionáře“ datovanou dnem 12. 5. 2016 (dále též jen „**ekonomická analýza**“).
97. V ekonomické analýze zadavatel ve vztahu k předpokládanému příjmu koncesionáře uvedl, že vycházel z předpokládané nabídkové ceny volání 2 Kč/min bez DPH (dále též jen „**předpokládaná nabídková cena**“) a z předpokládaného ročního rozsahu provolaných minut 1 300 000, který stanovil průměrem za roky 2013 - 2015 (dále též jen „**předpokládaný rozsah volání**“), a že předpokládaná hodnota takto kalkulovaného předpokládaného příjmu koncesionáře činí částku 18 251 220 Kč bez DPH. K objemu zahraničního volání zadavatel uvedl, že stanovil rozsah volání jako 8 000 min při sazbě 15 Kč/min, přičemž celková hodnota tak měla činit 842 364 Kč. Zadavatel v souladu s uvedenými výpočty zmiňuje, že předpokládaný příjem koncesionáře byl kalkulován na dobu 8 let.
98. Zde si dovoluji poukázat, že z předložené ekonomické analýzy nikterak nevyplývá, že by rozsah zahraničního volání měl být zahrnut do rozsahu vnitrostátních hovorů, a to již s ohledem na speciálně stanovený předpokládaný počet provolaných minut a zvláštní minutovou sazbu. V průběhu vedeného správního řízení však zadavatel sdělil, že stanovená předpokládaná nabídková cena ve výši 2 Kč/min bez DPH zohledňuje i rezervu pro zahraniční volání.
99. Ke stanovení předpokládané nabídkové ceny zadavatel ve správním řízení doplnil, že ji stanovil ve výši desetinásobku jemu poskytovaných průměrných cen volání, tj. ve výši 0,24 Kč/min bez DPH za volání do sítě O2 a do pevných sítí a 0,12 Kč/min bez DPH za volání do ostatních sítí (dále též jen „**provozní tarif**“), které využívá u navrhovatele, přičemž násobnost uvedené hodnoty skýtá dostatečnou rezervu pro další okolnosti obecně vedoucí k navýšení ceny, které měly být zohledněny více či méně implicitním „kvalifikovaným“ odhadem.
100. Zadavatel má výše uvedený postup za správný a souladný s koncesním zákonem, navíc potvrzený nabídkou vybraného uchazeče. Stejně stanovisko zadavatel zaujímá i ve vztahu k zahrnutí objemu zahraničního volání do předpokládané nabídkové ceny a předpokládaného rozsahu volání a ohrazuje se proti argumentaci Úřadu v bodech 273. -

276. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad dospěl k závěru, že zadavatel objem zahraničního volání před zahájením KŘMR nezjiřřoval v dostatečném rozsahu a svá tvrzení v tomto směru nepostavil na relevantních datech. Zadavatel trvá na oprávněnosti svého kvalifikovaného odhadu.

101. K označenému tvrzení zadavatele uvádím, že se s uvedeným závěrem Úřadu ztotožňuji. Zde především poukazuji, že danou problematikou se Úřad zabývá v bodu 275. odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze nad rámec vlastního posouzení věci, přičemž jistou nejednoznačnost obsahu ekonomické analýzy a dalších vyjádření zadavatele jsem rovněž shledal a způsob, jakým zadavatel dle svého tvrzení kalkuloval s objemem zahraničního volání, nepovažuji za dostatečně průkazný a přezkoumatelný. Námitku mám tak za nedůvodnou.
102. Současně poukazuji, že rozsah zahraničního volání s ohledem na vyšší nabídkovou cenu, a to jak zadavatelem předpokládanou, tak vybraným uchazečem nabídnutou, obecně znamená též zřejmé navýšení předpokládaného příjmu koncesionáře. Vzhledem k okolnostem, kdy přesažení limitu pro KŘMR podle ř 5 odst. 2 koncesního zákona bylo Úřadem shledáno již před zohledněním rozsahu zahraničního volání, z důvodu procesní ekonomie jsem se zaměřil na stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře ve zbývajících parametrech. Námitku vybraného uchazeče, že se Úřad nedostatečně vypořádal s rozsahem zahraničního volání, mám proto za neopodstatněnou, neboť rozsah zahraničního volání představuje toliko prostor pro další navýšení předpokládaného příjmu koncesionáře a tím jen další posílení závěrů napadeného rozhodnutí.
103. K netransparentnosti argumentace zadavatele s jistým zjednodušením uvádím, že zadavatel staví svou obranu ve správním řízení z velké části na tvrzení, že předpokládanou nabídkovou cenu stanovil ve výři provozního tarifu, který násobil deseti, aby získal dostatečnou rezervu pro možné navýšení ceny. To by však znamenalo, že zadavatel stanovil předpokládanou nabídkovou cenu pro vnitrostátní hovory fakticky ve výři 0,20 Kč bez DPH a zbývajících 1,80 Kč bez DPH představuje „vřezahrnující“ rezervu. Takové odůvodnění prakticky není přezkoumatelné, a to ani na základě zadavatelem sdělených podrobností, tj. obecného sdělení skutečností, z nichž měl vycházet. Nízká hodnota dovozené předpokládané nabídkové ceny pro vnitrostátní hovory ve výři 0,20 Kč bez DPH pak jen o to ostřeji kontrastuje se stanovením maximální nabídkové ceny, kterou zadavatel deklaroval jako stále ještě akceptovatelnou.
104. Postup zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře tedy nemohu hodnotit jako souladný se zásadou transparentnosti. Za daných okolností bude dále předmětem posouzení, nakolik byl výsledný kvalifikovaný odhad zadavatele přiměřený a jakým způsobem ovlivnil zákonnost zadávání koncesní smlouvy.
105. Zadavatel v rozkladu uvedl, že při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel ze všech podkladů, které mohl mít objektivně k dispozici a všechny Úřadu sdělil. Zadavatel rovněž opětovně sdělil, že ve vztahu k předpokládanému počtu provolaných minut oslovil před zahájením KŘMR navrhovatele, který mu odpovídající údaje odmítl poskytnout; zadavatel doplnil, že tuto skutečnost ve správním řízení prokázal, a to prostřednictvím doloženého interního sdělení zadavatele ze dne 13. 6. 2017 včetně příloh zahrnujících

emailovou komunikaci s navrhovatelem ze dne 2. 4. 2013 (dále společně jen „**emailová komunikace**“).

106. K poslední jmenované dílčí námitce zadavatele poukazují, že argumentací ve vztahu k prokázání neposkytnutí součinnosti navrhovatele před zahájením KŘMR se Úřad podrobně zabýval v bodech 323. - 327. odůvodnění napadeného rozhodnutí, načež dospěl k závěru, že emailová komunikace neposkytnutí relevantních údajů pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře ze strany navrhovatele neprokazuje. Úřad v této souvislosti uvedl, že z emailové komunikace toliko vyplývá, že zadavatel žádal navrhovatele o poskytnutí určitých údajů, přičemž bylo jeho žádosti vyhověno. Zásadní je však datace doložené emailové komunikace ke dni 2. 4. 2013, z níž vyplývá, že zadavatel žádal o poskytnutí příslušných údajů více než 3 roky před zahájením KŘMR.
107. Jinými slovy, i v případě, že by navrhovatel detailní údaje o uskutečněných hovorech zadavateli k tomuto datu poskytl, jednalo by se o údaje neaktuální, tedy o údaje shromážděné navrhovatelem nejpozději do dne 2. 4. 2013, ze kterých by zadavatel patrně ke dni zahájení KŘMR stejně nemohl vycházet. Zde poukazují, že zadavatel ve správním řízení uvedl, že vycházel při stanovení předpokládaného rozsahu volání z jemu dostupných údajů za roky 2013 - 2015, tedy z údajů za pozdější období, než za jaké mohl případná relevantní data od navrhovatele na základě emailové komunikace získat. K námitce zadavatele jsem obsah emailové komunikace jakožto předloženého důkazu ověřil ze správního spisu a konstatuji, že emailová komunikace nepředstavuje relevantní způsob zjišťování údajů před zahájením KŘMR a ve vztahu k nyní projednávané věci, zejména s ohledem na datum žádosti zadavatele o poskytnutí určitého druhu informací, ničeho neprokazuje.
108. Plně se tedy ztotožňuji s argumentací Úřadu v označených bodech 323. - 327. napadeného rozhodnutí, že zadavatel skutečnost, že se snažil získat relevantní údaje pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře od navrhovatele, neprokázal, a námitku zadavatele odmítám jako zavádějící a nedůvodnou.
109. Pokud jde o další podklady, z nichž zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře dle svého tvrzení vycházel a které v celém rozsahu předložil též Úřadu, zde konstatuji, že zadavatel Úřadu předložil spíše výčet vybraných obecnějších skutečností, z nichž lze při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vycházet, mezi nimiž zaujímá výsadní pozici výše zmíněné nadsazení ceny provozního tarifu poskytovaného navrhovatelem přímo zadavateli do výše nižších tržních cen volání u předplacených tarifů, doplněné o „kvalifikovanou“ a „racionální“ úvahu zadavatele. Takový výčet skutečností nemohu v rozporu s názorem zadavatele považovat za vyčerpávající okruh skutečností, z nichž mohl objektivně vycházet.
110. Z konstrukce koncese je zřejmé, že vstupní hodnoty pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře budou reprezentovány údaji o předpokládaném počtu provolaných minut, nabídkové ceně za minutu volání a předpokládané době plnění koncesní smlouvy.
111. Předpokládanou dobu plnění koncesní smlouvy zadavatel postavil najisto po zahájení KŘMR v rámci dodatečně poskytnutých informací, v jejichž rámci sdělil, že maximální doba trvání koncesní smlouvy činí 8 let. Zbývající proměnné, tj. předpokládaný objem volání a předpokládaná nabídková cena, pak představují uměle konstruované hodnoty v rovině aproximativního odhadu, jehož smyslem je co největší přiblížení budoucím reálným

hodnotám. Stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře patří k povinnostem a oprávněním zadavatele v koncesním řízení, zadavatel je přitom povinen postupovat se zřetelem ke smyslu a účelu dané právní úpravy. Účelem správného stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře je nepochybně též relevantní posouzení oprávnění zadavatele postupovat v KŘMR.

112. Zadavatel s ohledem na smysl právní úpravy nemůže postupovat nedbale, a to zvláště ne za situace, kdy předběžný odhad, za který lze považovat například vyjádření zadavatele v ekonomické analýze, ukazuje, že se může jednat o hraniční hodnotu pro rozhodování o tom, zda je zadavatel povinen postupovat v řádném koncesním řízení nebo oprávněn použít KŘMR. Zadavateli tak již na základě ekonomické analýzy ve spojení s formulovanou maximální nabídkovou cenou, kterou deklaroval jako přípustnou, muselo být zřejmé, že předpokládaný příjem koncesionáře nemusí limitu pro použití KŘMR vyhovět.
113. V tomto směru, ve shodě s bodem 296. odůvodnění napadeného rozhodnutí, odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 81/2012 - 66 ze dne 29. 7. 2014, v němž označený soud uvedl následující: *„Má-li zadavatel pochybnosti o tom, zda předmět plnění představuje jednu či více samostatných veřejných zakázek či pokud se předpokládaná hodnota předmětu veřejné zakázky blíží či je na prahu hodnot podle § 12 zákona o veřejných zakázkách, měl by zvolit „přísnější“ způsob zadání, resp. posoudit takovou veřejnou zakázku dle vyšší hranice prahové hodnoty, neboť tím se vyhne porušení zákona o veřejných zakázkách a případné sankci.“*
114. K tomu doplňuji, že v dané věci existují objektivní pochybnosti o hodnotě předpokládaného příjmu koncesionáře ve vztahu k limitu pro KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona a zadavatel měl již z pouhé opatrnosti, se zřetelem k dodržení zásady transparentnosti, postupovat v koncesním řízení, a to zvláště za situace, kdy sám připouští, že v návaznosti na tvrzený, byť neprokázaný nedostatek součinnosti ze strany navrhovatel, byl nucen předpokládaný příjem koncesionáře stanovit z převážné části svou „kvalifikovanou“ úvahou.
115. Dále se zcela ztotožňuji s názorem dovozeným Úřadem s odkazem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie v bodě 292. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že KŘMR představuje výjimku z působnosti koncesního zákona, kterou je třeba vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence podmínek odůvodňujících použití této výjimky nese ten, kdo se jí dovolává. Je tedy na zadavateli, aby prokázal, že byl oprávněn v KŘMR postupovat.
116. Na základě výše uvedeného konstatuji, že jsem dospěl k dílčímu závěru, že zadavatel setrváním na označené argumentaci oprávněnost použití KŘMR jakožto výjimky dle koncesního zákona neprokázal.

*K posouzení předpokládaného příjmu koncesionáře Úřadem*

117. Jak jsem již uvedl výše a v původním rozhodnutí předsedy Úřadu (body 69. - 71. odůvodnění), koncesní zákon ani koncesní vyhláška bližší způsob stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře (nad rámec způsobu výpočtu) neurčuje.
118. Za situace, kdy k dané právní problematice neexistuje dostatek výkladové praxe, je třeba hledat další vodítka pro naplnění smyslu a účelu předmětných ustanovení. V této souvislosti jsem v bodě 69. odůvodnění původního rozhodnutí předsedy Úřadu uvedl, že v takovém

případě je obecně možné podpůrně přihlédnout též k právní úpravě dle zákona o veřejných zakázkách, a to i bez výslovného zmocnění koncesního zákona.

119. Nelze přehlédnout, že institut předpokládaného příjmu koncesionáře vykazuje zjevnou podobnost s právním institutem předpokládané hodnoty veřejné zakázky dle § 13 zákona o veřejných zakázkách, který se odlišuje zejména tím, že se musí jednat o závazek výlučně peněžitého protiplnění, k němuž je obligatorně zavázán zadavatel. V nyní projednávané věci jde rovněž o peněžité protiplnění, hlavní rozdíl spočívá ve skutečnosti, že toto protiplnění nebude hrazeno zadavatelem, nýbrž přímo vězněnými osobami. Deklarované „přihlédnutí“ je však třeba vnímat jako určité interpretační vodítko, nikoliv jako závaznou aplikaci právních norem zákona o veřejných zakázkách.
120. Úřad z právního závěru uvedeného v bodě 69. odůvodnění původního rozhodnutí předsedy Úřadu vyšel v bodě 277. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž uvedl, že z něho vyplývá, že *„předpokládaný příjem koncesionáře musí, stejně jako předpokládaná hodnota veřejné zakázky, vycházet z objektivních hodnot, které zadavatel zjistil na základě údajů a informací o koncesích stejného či obdobného předmětu plnění, relevantního průzkumu trhu nebo jiným vhodným způsobem, resp. na základě relevantních, objektivně prokazatelných a ověřitelných údajů, které si za účelem stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatel opatřil, aby tak splnil povinnost danou mu koncesním zákonem“*.
121. S citovanou interpretací se zcela ztotožňuji, k čemuž akcentuji, že jde zejména o tu skutečnost, že zadavatel je povinen předpokládaný příjem koncesionáře „nějakým“ způsobem stanovit, přičemž v souladu se smyslem koncesního zákona je povinen tak učinit relevantním způsobem, tedy na základě konkrétních „vhodných“ hledisek a podkladů.
122. Úřad zcela v intencích citovaného výkladu v bodech 281. - 282. odůvodnění napadeného rozhodnutí posuzoval, zda zadavatel předpokládaný příjem koncesionáře stanovil na základě relevantních údajů. Úřad v tomto kontextu poměřoval postup zadavatele též hledisky, která stanoví § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách pro případ stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tj. stanovení v souladu se zákonnými pravidly, na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění, nemá-li zadavatel takové údaje k dispozici, pak na základě údajů a informací na základě průzkumu trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem; ke dni zahájení zadávacího řízení.
123. Vybraný uchazeč i zadavatel proti uvedenému postupu uplatnili rozkladové námitky, neboť mají za to, že Úřad přímo aplikoval na zjištěný skutkový stav zákon o veřejných zakázkách a z něho vyvozuje povinnost zadavatele jednat určitým konkrétním způsobem a v návaznosti na nesplnění této povinnosti nést i nepříznivé právní následky.
124. K označeným námitkám uvádím, že se jedná o chybnou interpretaci postupu Úřadu. Zde především poukazuji, že § 4 koncesního zákona ve spojení s koncesní vyhláškou klade na zadavatele jednoznačný požadavek na to, aby stanovil součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Ve skutečnosti, že koncesní předpisy dále nespécifikují, jakým konkrétním způsobem tak má zadavatel učinit, bez dalšího neznámá, že tak může zadavatel učinit jakýmkoliv způsobem.

125. Zadavatel je totiž povinen příslušné ustanovení vykládat v souladu s jeho účelem a smyslem a v intencích zásad dle § 3a koncesního zákona. V tomto směru je tedy zadavatel povinen hledat vhodné způsoby, jakými pravděpodobnou reálnou hodnotu předpokládaného příjmu koncesionáře stanovit.
126. Ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, stojící na obdobných principech, takové možné způsoby nabízí, přičemž současně stanoví, že předpokládanou hodnotu lze stanovit i na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. V této souvislosti zdůrazňuji, že Úřad v označených bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí neaplikoval bez dalšího zákon o veřejných zakázkách, nýbrž pouze jeho prostřednictvím poukázal, jakými relevantními způsoby lze ke stanovení relevantních hodnot i v případě předpokládaného příjmu koncesionáře dospět. Úřad na tyto možné způsoby poukázal zejména za situace, kdy způsob stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatelem neshledal jako dostatečně odůvodněný, podložený a věrohodný. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí netvrdil, že zadavateli ze zákona o veřejných zakázkách plyne konkrétní právní povinnost, za jejíž nedodržení by byl povinen nést nepříznivý následek, pouze poukázal, že měl zadavatel k dispozici relevantní možnosti, jak dikci § 4 a § 5 koncesního zákona vyhovět.
127. V této souvislosti připouštím, že Úřad v bodech 288. - 289. odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří i o „povinnosti“ zadavatele postupovat podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, v tomto případě se však jedná spíše o neobratnou formulaci, která nemá vliv na podstatu argumentace, ani na zákonnost a správnost výroků napadeného rozhodnutí. Pro vyloučení všech pochybností tedy akcentuji, že zadavatel byl povinen zjistit údaje pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře způsobem souladným s koncesním zákonem, zejména zásadou transparentnosti, přičemž měl k dispozici, jak Úřad poukázal, řadu nástrojů, které efektivním způsobem nevyužil. Pochybení zadavatele tedy nespočívá v tom, že by nedodržel zákon o veřejných zakázkách, nýbrž v tom, že nestanovil předpokládaný příjem koncesionáře - s ohledem na smysl a účel ustanovení § 4 koncesního zákona - relevantním způsobem.
128. Námitky zadavatele a vybraného uchazeče ve vztahu k nepřipustné aplikaci zákona o veřejných zakázkách mám tudíž za neopodstatněné, neboť Úřad zákon o veřejných zakázkách neaplikoval způsobem, jenž by zadavatele přímo zavazoval.
129. K podrobnějšímu způsobu stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatelem shrnuji, že zadavatel ve správním řízení předložil ekonomickou analýzu, k níž doplnil, že vycházel z tržních cen, průměrného objemu volání za poslední 3 roky stanoveného kvalifikovaným odhadem, přičemž vycházel z informací o počtu hovorů od navrhovatele, z počtu žádostí o hovor, z počtu vězňených osob, včetně zastoupení cizinců se zohledněním četnosti jejich volání, maximální doby hovoru a možných nákladů na provozování systému (viz vyjádření zadavatele ze dne 5. 12. 2016). Zadavatel dle svého vyjádření vzal za základ předpokládané nabídkové ceny průměrnou cenu volání dle provozního tarifu, tj. 0,20 Kč/min bez DPH násobenou deseti. Vstupní údaje pro stanovení předpokládané nabídkové ceny tedy představuje průměrná (a s ohledem na veřejně dostupné nabídky nepřiměřeně nízká) cena za prosté volání bez dalších specifik dle provozního tarifu ve spojení s „kvalifikovanou“ úvahou zadavatele pro vytvoření dostatečné rezervy.

130. Na tomto místě připomínám, že smyslem stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře je především co nejpřesnější odhad příjmů, které vybraný uchazeč za poskytování služeb dle koncesní smlouvy skutečně utrží. V tomto směru je tedy třeba zohlednit veškeré okolnosti, které mohou významně ovlivnit výsledný příjem koncesionáře. Zadavatel ke stanovení předpokládané nabídkové ceny přistoupil tak, že nepředpokládá udržitelnost stávajících vysokých cen volání poskytovaných navrhovatelem vězněným osobám a očekává, že se ceny volání pro vězněné osoby budou více blížit aktuálním tržním nabídkám.
131. K popsanému postupu sděluji, že s přihlédnutím ke skutečnosti, že hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře má směřovat k budoucím očekávaným příjmům, hodnotím jako obecně správný postup zadavatele, jímž se snažil své odhady obrátit směrem ke konkurenceschopným tržním nabídkám a cenové úrovni očekávané v příštích 8 letech. Konkrétní způsob stanovení předpokládané nabídkové ceny však již hodnotím jako příliš vágní.
132. Zde především poukazuji, že vzhledem k tomu, že zadavatel uvedl, že předpokládaná nabídková cena již zahrnuje i zahraniční volání v objemu 8 000 min ročně v předpokládané ceně 15 Kč/min bez DPH, které mělo být navíc v rámci nabídek oceněno zvlášť, postrádá předpokládaná nabídková cena stanovená zadavatelem přímou relaci k očekávaným nabídkovým cenám uchazečů ve vztahu k vnitrostátním hovorům. V případě zadavatelem tvrzené vazby na ceny předplacených tarifů se pak jedná opět jen o selektivní výběr, nikoliv důsledné šetření příslušných cen se zohledněním dalších specifik.
133. V návaznosti na výše zmíněnou námitku zadavatele ohledně nepřípustné analogické aplikace § 13 zákona o veřejných zakázkách pro úplnost poukazuji, že zadavatel sám ve smyslu rozporovaného ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách postupoval, když dle svého tvrzení vycházel z cen provozního tarifu (informace o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění) a cen předplacených tarifů (průzkum trhu), byť tak neučinil v dostatečné kvalitě, popřípadě jiným vhodným způsobem. V tomto ohledu nepovažuji za důvodnou ani námitku zadavatele, že je jediným zadavatelem poptávaného druhu služeb v České republice, neboť zadavatel mohl relevantní průzkum trhu doplnit o zohlednění specifických aspektů koncese.
134. V tomto směru se tedy plně ztotožňuji s argumentací Úřadu v bodech 280. - 287. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad hodnotil podklady, z nichž zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel a dospěl k závěru, že zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře nevycházel z relevantních a objektivních podkladů. Úřad v této souvislosti uvedl, že zadavatel tvrzenou předpokládanou nabídkovou cenu dostatečně neodůvodnil ani nedoložil, neboť provozní tarif má stejně jako koncese svá specifika. V tomto směru se tedy z cenového hlediska nejedná o stejné nebo podobné plnění, a to ani po provedení nepodložené matematické operace v podobě násobení deseti, kterou co do zvolené hodnoty ani zadavatel sám přesvědčivě nevysvětlil. Seznatelná je v daném případě pouze snaha ceny dle provozního tarifu zvýšit s ohledem na objektivní skutečnosti v podobě zahraničního volání (formálně vyčísleny) a provozních nákladů vybraného uchazeče (nevyčísleny ani odhadem).
135. Stěžejní moment pro stanovení předpokládané nabídkové ceny tak v dané věci představovala „kvalifikovaná“ úvaha zadavatele, kterou zadavatel nijak nepodložil a která



sama o sobě nepostačuje. Zadavatel v této souvislosti uplatnil námitku, že většina jednání v souvislosti s koncesním řízením probíhá ústně, přičemž související dokumentaci není povinen zpracovávat, natož pak uchovávat. Ačkoliv lze přisvědčit zadavateli, že z koncesního zákona mu přímo nevyplývá povinnost uchovávat dokumentaci o stanovení předpokládaných hodnot koncesního řízení, lze takový postup s ohledem na zajištění zásady transparentnosti doporučit, a to i v případě KŘMR.

136. Předpokládanou nabídkovou cenu rovněž nelze oddělit od předpokládaného počtu provolaných minut. Zadavatel ve správním řízení uvedl, že objem volání předpokládal v počtu 1 300 000 minut ročně, který stanovil na základě průměrného volání a dalších údajů za poslední 3 ukončené roky, tj. za období 2013 - 2015. V tomto směru nelze přehlédnout, že zatímco ke stanovení předpokládané nabídkové ceny zadavatel přistoupil prospektivně, s očekáváním dramatického zlevnění volání pro vězněné osoby, tuto skutečnost již zadavatel žádným způsobem nepromítl do očekávaného objemu volání.
137. Objektivita podkladů, z nichž zadavatel vycházel při stanovení předpokládaného objemu provolaných minut, nebyla Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí přezkoumávána a není předmětem ani rozkladové argumentace. Považuji však za účelné v této souvislosti poukázat na několik relevantních skutečností. Stanovení předpokládaného rozsahu poptávaného plnění na základě známých údajů o průměrné spotřebě tohoto druhu plnění za uplynulé období, tedy i například za poslední 3 roky, představuje obecně jeden z možných způsobů, jak k odhadu očekávaného rozsahu v budoucnu poptávaného plnění přistoupit. Takový způsob je však třeba volit v závislosti na dalších okolnostech případu.
138. Zadavatel se tedy měl již v této souvislosti zabývat tím, zda neexistují další okolnosti, které by svědčily pro učinění závěru, že skutečná spotřeba poptávaných služeb dle koncesní smlouvy bude v následujících 8 letech odlišná, pro účely naplnění podmínky pro použití KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona se tedy měl zadavatel zabývat zejména tím, zda nelze očekávat větší předpokládaný rozsah volání.
139. V této souvislosti poukazují, že z návrhu navrhovatele, jakož i z dalších navrhovatelem doložených údajů ve správním řízení vyplývá, že v objemu provolaných minut za poslední roky je možné vysledovat jednoznačný setrvalý nárůst objemu provolaných minut volání, s jedinou výjimkou v roce 2013, která zjevně souvisí s vyhlášením prezidentské amnestie Ing. Václava Klause ke dni 1. 1. 2013, která vedla k dočasnému podstatnému snížení počtu vězněných osob. Takové údaje měl nepochybně k dispozici též zadavatel při formulaci svých odhadů před stanovením průměrné hodnoty. Výsledný průměr zadavatele ve výši 1 300 000 minut ročně tak může představovat značně zkreslenou hodnotu, bez relace k vývoji možností a zvyků vězněných osob ve využívání komunikačních služeb a „aktualizované“ předpokládané nabídkové ceně.
140. Dále akcentuji, že objem skutečně vyčerpaného volání je úzce navázán též na nabídkovou cenu. Předpokládal-li tedy zadavatel rapidní snížení ceny volání, není jasné, z jakých důvodů zadavatel v rámci těchto realistických progresivních odhadů nezohlednil též vliv poklesu nabídkové ceny na objem provolaných minut. V tomto ohledu mohl zadavatel dále vycházet například ze zákonných limitů pro telefonování vězněných osob dle § 18 zákona č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody, ve znění pozdějších předpisů, jakož i z ekonomických limitů vězněných osob, zejména z objemu finančních prostředků dosud

vynakládaného na volání podle tarifů poskytovaných před zahájením KŘMR navrhovatelem. Mezi dalšími skutečnostmi poukazují, že zadavatel ve správním řízení sám uváděl, že se potýká s nelegálním uchováváním a užíváním mobilních telefonů mezi vězňenými osobami, jejichž počet má být poklesem cen volání rovněž snížen, v tomto smyslu lze tedy v intencích argumentace zadavatele očekávat další nárůst ve využívání komunikačních služeb. Relevanci označených skutečností zadavatel v rámci stanovení předpokládaného objemu provolaných minut neodůvodnil a patrně ani nezohlednil, neboť na výsledné hodnotě předpokládaného počtu provolaných minut se tyto skutečnosti neprojevíly.

141. Jsem tedy nucen konstatovat, že „kvalifikovanost“ úvahy zadavatele zůstává v rovině tvrzení a že zadavatel ani v případě stanovení předpokládaného rozsahu volání nevycházel z relevantních podkladů. Ani zadavatelem stanovený předpokládaný rozsah volání proto nemohu považovat za relevantní hodnotu, na základě které by bylo možné legitimním způsobem ověřit naplnění zákonného limitu pro použití KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona.
142. Za těchto okolností, kdy zadavatel nevycházel z dostatečného množství podkladů, neboť některé relevantní skutečnosti zcela opomněl, mohl stěžít nabytí jistoty či alespoň vysoké pravděpodobnosti, že předpokládaný příjem koncesionáře za celou dobu plnění koncesní smlouvy nepřesáhne limit dle § 5 odst. 2 koncesní smlouvy. Zde především připomínám, že volba správného druhu koncesního řízení patří k nejvýznamnějším důvodům, pro které zadavatel předpokládaný příjem koncesionáře stanovuje. Uvedený význam pak dále narůstá, představuje-li relevantní hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře zlomový moment pro aplikaci komplexní právní úpravy koncesního řízení, nebo jen zásad dle § 3a koncesního zákona.

*K transparentnosti postupu zadavatele*

143. Nadto konstatuji a níže odůvodňuji, že zadavatel nedodržel ani zásady dle § 3a koncesního zákona, zejména zásadu transparentnosti, k čemuž je povinen i v případě (oprávněného) postupu v KŘMR.
144. K výkladu zásady transparentnosti v zadávacím řízení odkazují především na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010, v němž označený soud uvedl, že zásada transparentnosti je „porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlédnutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“. Dále poukazují, že zásada transparentnosti je úzce spojena s uveřejňovacími povinnostmi zadavatele v zadávacím řízení a s přezkoumatelností úkonů zadavatele.
145. Zadavatel v rozkladu opětovně namítá, že jím stanovený předpokládaný příjem koncesionáře „s velkým rozdílem“ nedosahuje limitu pro KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona a že při stanovení předpokládané nabídkové ceny postupoval transparentně, přičemž žádné dokumenty o jejím stanovení není povinen uchovávat.
146. K transparentnosti postupu zadavatele prvně poukazují, že zadavatel v KŘMR ekonomickou analýzu, ani předpokládaný počet provolaných minut neuveřejnil, a uchazeči, vyjma navrhovatele, kterému tyto údaje byly známy z výkonu podnikatelské činnosti, tak mohli

vycházet toliko ze svých vlastních odhadů. Zadavatel v koncesní dokumentaci naopak uveřejnil maximální nabídkovou cenu, která více než třikrát přesahuje nabídkovou cenu, kterou dle své argumentace předpokládal, a kterou uchazeči mohli považovat za reálnou a objektivně možnou. Ve správním řízení zadavatel naopak sdělil, že pokud by maximální nabídkovou cenu někdo skutečně podal, musela by být tato nabídka odmítnuta z důvodu nesplnění limitu pro KŘMR, obdobné stanovisko zadavatel zaujal též k nabídkám navrhovatele a třetího uchazeče, kteří podali nabídku v přibližné výši jedné poloviny maximální nabídkové ceny.

147. Takový postup hodnotím jako jednoznačně matoucí a zavádějící, z něhož naprosto není zřejmé, k jakým hodnotám mají nabídkové ceny směřovat, potažmo jaké skutečnosti zadavatel zamýšlel v rámci koncesní dokumentace sdělit. Postup zadavatele, který v koncesní dokumentaci na jedné straně uvedl značně zavádějící údaje a na straně druhé neuvedl informace potřebné (byť ne výslovně zákonem vyžadované), mám proto jednoznačně za rozporný se zásadou transparentnosti.
148. Na podporu svého stanoviska poukazuji, že zadavatel v koncesní dokumentaci uvedl, že předpokládaný příjem koncesionáře nepřesáhne za dobu 10 let limit 20 000 000 Kč bez DPH, přičemž s přihlédnutím k ekonomické analýze zadavatele je i tento údaj nepravdivý, což dokládám následujícím výpočtem:

Rok	Diskontní koeficient	Celkový počet provolaných minut za uvedené období (2013 - 2015)	Maximální cena volání za 1 minutu v Kč bez DPH	Celková cena volání za doložené období v Kč bez DPH
1	0,9709	1 300 000,00	2,00	2 524 340,00
2	0,9426	1 300 000,00	2,00	2 450 760,00
3	0,9151	1 300 000,00	2,00	2 379 260,00
4	0,8885	1 300 000,00	2,00	2 310 100,00
5	0,8626	1 300 000,00	2,00	2 242 760,00
6	0,8375	1 300 000,00	2,00	2 177 500,00
7	0,8131	1 300 000,00	2,00	2 114 060,00
8	0,7894	1 300 000,00	2,00	2 052 440,00
9	0,7664	1 300 000,00	2,00	1 992 640,00
10	0,7441	1 300 000,00	2,00	1 934 660,00
Celková cena za 10 let trvání koncesní smlouvy				22 178 520,00

149. Přestože v nyní projednávané věci není sporné, že předpokládaná doba plnění koncesní smlouvy (v souladu s dodatečnými informacemi poskytnutými zadavatelem) činí 8, nikoliv 10 let, vyvstává otázka, z jakého důvodu uváděl zadavatel v koncesní dokumentaci údaje rozporné s vlastní interní ekonomickou analýzou. Je tedy rovněž otázkou, z jakých předpokládaných hodnot zadavatel vlastně vycházel či jak to vlastně zadavatel označeným tvrzením myslel.
150. Námitku zadavatele, že své předpokládané hodnoty netajil, neboť je transparentně uvedl do zadávací dokumentace, a všichni uchazeči s nimi pak byli obeznámeni, proto odmítám jako zcela nepravdivou a nedůvodnou, neboť zadavatel uvedl z relevantních údajů v koncesní dokumentaci pouze dva - maximální nabídkovou cenu a limit pro plnění 10 let - přičemž oba

údaje jsou vzhledem k zadavatelem tvrzeným skutečně předpokládaným hodnotám zavádějící a na jejich základě lze toliko dospět k nesprávné interpretaci ve vztahu k počtu provolaných minut (zejména je tímto způsobem uchazečům deklarováno, že předpokládaný rozsah volání je velmi nízký, tj. ještě nižší, než zadavatel dle svého tvrzení předpokládal).

151. V označené skutečnosti sledávám další podstatný aspekt možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, neboť za situace, kdy potenciální uchazeči mohli na základě zadavatelem sdělených údajů v koncesní dokumentaci předpokládat velmi nízký předpokládaný objem provolaných minut a současně přípustnost i relativně vyšší maximální nabídkové ceny, mohla být ovlivněna i jejich strategie ve vztahu k formulaci nabídkových cen. V tomto směru poukazují, že do nabídkové ceny formulované jako ceny jednotkové byli uchazeči povinni zahrnout i své provozní náklady a náklady na dodávaná zařízení, které pro případ nízkého objemu volání zaujímají relativně vyšší část nabídkové ceny.
152. Transparentnost pak nemohla být zajištěna ani prostřednictvím vyhrazeného oprávnění zadavatele ke zrušení KŘMR, neboť s ohledem na uvedení maximální nabídkové ceny byli uchazeči značně uváděni v omyl o tom, kde je hranice nabídkové ceny, která navzdory vyhovění podmínce maximální nabídkové ceny již neumožní uzavření koncesní smlouvy, neboť zadavatel se vyjádřil, že právě v takovém případě by přistoupil ke zrušení KŘMR (včetně nabídkových cen navrhovatele a třetího uchazeče). Jinými slovy, uchazeči mohli legitimně očekávat, že nabídková cena ve výši maximální nabídkové ceny bude zadavatelem hodnocena jako přípustná a v případě absence výhodnější nabídky povede k uzavření koncesní smlouvy. Že by zadavatel v případě jediné nabídky s maximální nabídkovou cenou KŘMR zrušil, nic nenasvědčovalo, uchazečům tak jmenovaný záměr zadavatele nemohl být srozumitelný a v tomto směru je tedy netransparentnost KŘMR jen dále prohlubována.
153. K námitce zadavatele proti bodu 286. odůvodnění napadeného rozhodnutí pak uvádím, že se zcela ztotožňuji s tvrzením Úřadu, že úvaha zadavatele, dle které stanovil předpokládanou nabídkovou cenu násobením průměrné ceny dle provozního tarifu právě číslem deset, není srozumitelná a odůvodněná, přičemž i tato okolnost může vést k porušení zásady transparentnosti; příslušnou námitku zadavatele mám proto za nedůvodnou.
154. Postup zadavatele v KŘMR tedy nemohu sledat transparentním, k čemuž podotýkám, že tento závěr nemůže vyvrátit ani tvrzení zadavatele, že v KŘMR částečně podle pravidel koncesního zákona postupoval, neboť tento postup nepřináší uchazečům žádnou jistotu o tom, která pravidla zadavatel bude aplikovat a která nikoliv, potažmo, jak bude zadavatel dále postupovat. V uvedeném zohlednění některých ustanovení koncesního zákona tak lze sledat toliko případnou polehčující okolnost pro úvahy o výši uložené sankce, k čemuž poukazují, že Úřad v bodě 402. odůvodnění napadeného rozhodnutí tuto okolnost jako polehčující při odůvodnění výměry pokuty zohlednil.
155. Vzhledem k výše uvedenému shrnuji, že zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře nevycházel z relevantních podkladů, že nepostupoval v souladu se zásadou transparentnosti dle § 3a koncesního zákona, když formulací koncesní dokumentace naopak mohl uvést uchazeče v omyl, a splnění limitní podmínky pro použití KŘMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona před zahájením KŘMR neprokázal.

*K prokázání nesplnění limitu pro KřMR*

156. Zadavatel ve správním řízení dokládá správnost svého postupu a výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře zejména poukazem na nabídkovou cenu vybraného uchazeče, která dle jeho názoru naplnění podmínek pro použití KřMR dle § 5 odst. 2 koncesního zákona bezesbytku potvrzuje.
157. S uvedeným závěrem zadavatele se neztotožňuji, což odůvodňuji zejména tím, že zadavatel od počátku nastavil chybný rámec pro stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, který ve svém důsledku neumožňuje řádné ověření jeho správnosti.
158. Jak jsem již uvedl výše, zadavatel nepostupoval zcela správně ani při stanovení předpokládaného rozsahu volání, v jehož rámci nijak nezohlednil ani jím předem předpokládané dramatické snížení ceny volání, ani vzestupný trend objemu volání, s přihlédnutím ke zvykům vězňů a zákonným limitům pro jejich telefonování. Zadavatelem stanovený předpokládaný počet provolaných minut tak představuje toliko uměle konstruovanou typizovanou hodnotu, která může sloužit například k formálnímu stanovení a porovnávání nabídkových cen. Takto nepodložená hodnota však již nedisponuje dostatečnou přesvědčivostí a vypovídací hodnotou pro učinění závěru, že předpokládaný příjem koncesionáře za dobu 8 let trvání koncesní smlouvy nepřesáhne limit dle § 5 odst. 2 koncesního zákona.
159. K tomu doplňuji, že výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů nepochybně reflektuje i těmito uchazeči uvažovaný objem provolaných minut, který si každý z uchazečů musel stanovit sám, neboť zadavatel před zahájením správního řízení tento vstupní údaj pro výpočet neuveřejnil. Vzhledem k tomu, že každý z uchazečů musel vycházet při formulaci své nabídkové ceny z vlastních předpokladů o objemu v budoucnu uskutečněného volání, které mohly nabývat značně odlišných hodnot, vycházela i výše jejich nabídkových cen z odlišných vstupních informací. Platnost výsledných variant předpokládaného příjmu koncesionáře tak nelze bez dalšího porovnávat a ověřovat na základě typizovaného předpokládaného rozsahu volání stanoveného zadavatelem a deklarováno až v rámci správního řízení.
160. Přestože se v případě stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře vždy jedná jen o více či méně přesný kvalifikovaný odhad, na základě údajů zjištěných a tvrzených zadavatelem, ani na základě nabídky vybraného uchazeče nelze přesvědčivě konstatovat, že jeho hodnota nepřesáhne limit pro KřMR podle § 5 odst. 2 koncesního zákona.
161. Za těchto okolností tedy hodnotím jako správný postup Úřadu v bodech 298. - 319. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v jehož rámci vyšel z průměrných hodnot zjištěných v rámci správního řízení a na jejich základě demonstroval, že očekávaná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře dle koncesní smlouvy převyšuje limit 20 000 000 Kč bez DPH dle § 5 odst. 2 koncesního zákona. Úřad proto dospěl v bodě 319. odůvodnění napadeného rozhodnutí k závěru, že se nemůže ztotožnit s tvrzením zadavatele, že výsledek KřMR potvrdil správnost stanovení předpokládané nabídkové ceny, od které se odvíjel výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře.
162. V této souvislosti akcentuji, že postup zadavatele v KřMR, zejména netransparentnost koncesní dokumentace a nesprávný postup při stanovení předpokládaných hodnot, vedl

k vytvoření stavu, v němž nelze ani u nabídky vybraného uchazeče jednoznačně ověřit, zda jeho nabídková cena nepovede k tomu, že předpokládaný příjem koncesionáře přesáhne limit KčMR podle § 5 odst. 2 koncesního zákona.

163. V tomto směru se tedy nemohu ztotožnit s námitkou zadavatele, že nabídka vybraného uchazeče správnost jeho předpokladu potvrdila. Zadavatel tak byl již s ohledem na povinnost dodržet zásadu transparentnosti dle § 3a koncesního zákona povinen zadat koncesi v řádném koncesním řízení, tedy včetně uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona.

#### **K výrokům o uložení pokuty a nápravného opatření**

164. Proti výroku o uložení pokuty zadavatel namítá, že Úřad nesprávně stanovil předpokládanou hodnotu koncese, neboť vycházel z údajů sdělených navrhovatelem a třetím uchazečem, kteří před vydáním původního rozhodnutí sdělili údaje značně odlišné, a Úřad se nesrovnalostmi v těchto údajích nijak nezabýval. Zadavatel doplňuje, že Úřad měl vzít za relevantní ceny a náklady vybraného uchazeče a odmítá, že by měl předpokládanou hodnotu koncese zjišťovat sám, neboť k tomu nemá relevantní právní nástroje.
165. K vypořádání uvedené námítky předesílám, že předpokládanou hodnotu koncese definuje § 1 koncesní vyhlášky tak, že se jedná o předpokládanou hodnotu výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Ustanovení § 4 koncesního zákona jednoznačně stanoví, že před zahájením koncesního řízení zadavatel zjistí předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy.
166. Označené ustanovení koncesního zákona tedy zadavatele přímo zavazuje k tomu, aby předpokládanou hodnotu koncese před zahájením koncesního řízení zjistil. Předpokládanou hodnotu koncese je zadavatel povinen zjistit i před zahájením KčMR, neboť jen tak může mít jistotu, že je oprávněn v tomto řízení postupovat.
167. Ve shodě s právní úpravou koncesního zákona akcentuji, že je to zadavatel, komu koncesní zákon ukládá povinnost předpokládanou hodnotu koncese před zahájením koncesního řízení zjistit, porušení označené povinnosti je tak třeba vykládat jako porušení koncesního zákona zadavatelem. Odvrácenou stranu předmětné povinnosti však představuje jistá obtížnost stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy u koncese na služby. Koncesní zákon, koncesní vyhláška ani její přílohy podrobnější způsob stanovení předpokládané hodnoty koncese nestanoví.
168. Přesvědčivý výklad pak nelze nalézt ani v odborné literatuře, kdy například komentář ke koncesnímu zákonu (Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. *Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 38) pojem předpokládané hodnoty koncese upřesňuje toliko tak, že jde „o celkový předpokládaný objem výdajů bez ohledu na to, zda jde o výdaje vynaložené na straně zadavatele nebo koncesionáře“. Autoři citovaného komentáře současně výslovně upozorňují na problematičnost stanovení předpokládané hodnoty koncese u koncese na služby a přiklání se k názoru, že by při stanovení předpokládané hodnoty koncese měl zadavatel postupovat obdobně podle pravidel pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky podle § 13 zákona o veřejných zakázkách.

169. Ve vztahu k nyní projednávané věci má relevantní stanovení předpokládané hodnoty koncese zásadní význam pro stanovení horní hranice zákonné sazby pokuty za zjištěný správní delikt dle výroku I. napadeného rozhodnutí. K tomu doplňuji, že podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona se za správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona uloží pokuta do 5 % předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy. Z označeného ustanovení současně vyplývá povinnost Úřadu pokutu za zjištěný správní delikt dle § 27 odst. 1 koncesního zákona uložit.
170. Za situace, kdy se zadavatel s řádným stanovením předpokládané hodnoty koncese nevypořádal, je povinností Úřadu zabývat se tím, jakým způsobem je možné odpovídající hodnotu zjistit, aby mohl v souladu se zněním a smyslem koncesního zákona uložit zadavateli za zjištěný správní delikt pokutu. Úřad se s předmětnou právní otázkou vypořádal v bodech 367. - 390. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v této souvislosti vyšel z teleologického výkladu § 1 koncesní vyhlášky, načež dospěl k závěru, že se musí jednat o součet výdajů na straně zadavatele i na straně koncesionáře. S ohledem na závěr původního rozhodnutí předsedy Úřadu o nedostatečnosti podkladů pro stanovení předpokládané hodnoty koncese v původním rozhodnutí Úřad znovu oslovil zadavatele a všechny uchazeče o koncesi v KŘMR, aby sdělili výši svých předpokládaných výdajů na realizaci předmětu koncesní smlouvy včetně doložení rozpadu na jednotlivé položky pro předpokládaný rozsah 1 300 000 provolaných minut ročně po dobu 8 let.
171. Na základě obdržených údajů, kdy zadavatel setrval na své argumentaci, že mu žádné výdaje nevznikají a předpokládaná hodnota koncese je tak nulová, a vybraný uchazeč nesdělil údaje dle požadovaných parametrů, vyšel Úřad opětovně z údajů poskytnutých navrhovatelem a třetím uchazečem. Za základ pro stanovení předpokládané hodnoty koncese vzal Úřad náklady na realizaci koncesní smlouvy sdělené navrhovatelem, ve výši 33 945 600 Kč, neboť se v porovnání se sdělenými náklady třetího uchazeče jednalo o nižší hodnotu. Následnou aplikací § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona Úřad dospěl k závěru, že horní hranice pokuty činí částku 1 697 280 Kč.
172. K námitce zadavatele, že se Úřad nevypořádal s tím, že navrhovatel i třetí uchazeč poskytl před vydáním původního rozhodnutí ve vztahu k předpokládaným výdajům na realizaci koncesní smlouvy údaje odlišné, poukazují, že právě s ohledem na nejasnosti v původních sděleních označených uchazečů si Úřad vyžádal vyjádření nová. V tomto směru se Úřad zabýval též relevancí navrhovatelem nově poskytnutých údajů ve vztahu k dalším okolnostem případu a dospěl k závěru, že se jedná o částku reálnou, nikoliv excesivní nebo nesmyslnou. Úřad tedy zadavatelem namítanou pochybnost odstranil tím, že si vyžádal nové sdělení k předpokládaným výdajům, jejichž věrohodnost ověřoval na základě skutkových okolností případu. Námitku mám proto za nedůvodnou.
173. Úřad v bodech 387. - 389. odůvodnění napadeného rozhodnutí zvažoval též možnost aplikace *analogie legis* podle § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona nebo *analogie iuris* podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, nicméně dospěl k závěru, že by se jednalo o analogii v neprospěch zadavatele, neboť prvně jmenované ustanovení stanoví pro jiné správní delikty dle koncesního zákona horní hranici možné pokuty ve výši 10 000 000 Kč a ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách stanoví pro podobnou skutkovou podstatu správního deliktu, kterého se zadavatel dopustí tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím

podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku, horní hranici možné pokuty dvojnásobně vyšší, a to ve výši do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li cenu veřejné zakázky zjistit.

174. Úřad v bodě 389. odůvodnění napadeného rozhodnutí podotkl, že na základě analogické aplikace ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona nebo ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách by dospěl k násobně vyšší horní hranici zákonné sazby pokuty, než postupoval-li na základě údajů o předpokládaných výdajích sdělených navrhovatelem a třetím uchazečem. Úřad proto uzavřel, že užití analogie je v daném případě nepřipustné.
175. Jak jsem v intencích ustálených výkladových východisek uvedl již v původním rozhodnutí předsedy Úřadu, k výkladu jakékoliv právní normy je třeba vedle existujícího závazného výkladu přistupovat vždy tak, aby smysl a účel dané právní normy mohl být naplněn. V tomto smyslu opětovně poukazuji na usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. US 618/04 ze dne 19. 1. 2006, v němž Ústavní soud zformuloval následující právní stanovisko: *„Nabízí-li se jak výklad zákona, který vede k popření smyslu zákonné úpravy, tak výklad, který vede k naplnění tohoto smyslu, je racionální a ústavně žádoucí, aby obecná justice zvolila výklad druhý.“*
176. Zde nelze přehlédnout, že právní normy vyjádřené v § 4 koncesního zákona a v § 1 koncesní vyhlášky vykazují vysoký stupeň obecnosti, neboť blíže nespecifikují ani, zda se jedná o výdaje zadavatele, koncesionáře nebo třetích osob, ani způsob, jakým by měla být předpokládaná hodnota koncese stanovena. Předmětné právní normy je tedy třeba interpretovat zejména s ohledem na jejich smysl a účel, který je danou právní úpravou sledován. Smyslem ustanovení § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona je nepochybně postih zadavatele v případech, kdy zadavatel nedodrží postup stanovený koncesním zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu, uzavře koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, nebo uzavře koncesní smlouvu v rozporu se zákazem jejího uzavření podle § 12 odst. 3 a § 12 odst. 4 koncesního zákona anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 24e odst. 1 koncesního zákona.
177. V případě uvedených skutkových podstat správních deliktů se současně jedná o typově závažnější porušení koncesního zákona, než je tomu u správních deliktů, za něž se uloží pokuta podle § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona, který staví jednoznačnou horní hranici pro uložení pokuty ve výši 10 000 000 Kč, jmenovitě se jedná o správní delikty, jichž se zadavatel dopustí tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 31 odst. 4 koncesního zákona, zruší koncesní řízení v rozporu s § 6 odst. 2 koncesního zákona, nepořídí nebo neuchová dokumentaci koncesního řízení podle § 33 koncesního zákona, nebo nepostupuje při přezkoumávání námitek v souladu s § 12 odst. 3 koncesního zákona nebo je v rozporu s tímto ustanovením odmítne.
178. Vzhledem k výše uvedenému konstatuji, že úmyslem zákonodárce nepochybně nebylo připuštění takové situace, kdy zadavatel sice bude postižitelný například za neuchování dokumentace koncesního řízení podle § 33 koncesního zákona pokutou až do výše 10 000 000 Kč, současně však za hrubé porušení koncesního zákona se zásadním vlivem na výběr nejvhodnější nabídky a uzavření koncesní smlouvy nebude možné zadavateli uložit pokutu pouze z toho důvodu, že zadavatel v rámci porušení koncesního zákona obešel



těž svoji povinnost dle § 4 koncesního zákona ke stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře a předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy. Takový výklad považuji za nepřipustný, neboť je v příkrém rozporu s vynutitelností právních norem dle koncesního zákona a smyslem koncesního zákona a správního trestání obecně.

179. K podstatě nejednoznačné právní úpravy uvádím, že se dle mého stanoviska jedná o zjevné opomenutí, potažmo pochybení zákonodárce, které může vést ke zcela protismyslné interpretaci.
180. Nelze přehlédnout, že například zákon o veřejných zakázkách výše popsané situaci předchází stanovením alternativní horní hranice zákonné sazby pokuty pro případ, kdy hodnotu, od níž má být horní hranice sazby odvozena, nelze určit, nebo je jejím základem jednotková cena bez vypovídající hodnoty o celém rozsahu plnění. Konkrétně odkazuji na ustanovení § 120 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, které pod písm. a) pro správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d), tj. správní delikty obdobné jako v případě § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona, předvídá uložení pokuty do výše 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
181. Pro úplnost poukazuji, že rovněž nová právní úprava dle ZZVZ výkladové problémy nezpůsobuje, neboť v § 268 odst. 3 stanoví, že za přešupek se uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty koncese, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li předpokládanou hodnotu koncese zjistit, jde-li o přešupek podle odst. 1 písm. a), b) nebo c) ZZVZ. ZZVZ navíc právní úpravu zjednodušuje, neboť již nerozlišuje mezi předpokládaným příjmem koncesionáře a předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy a nově pracuje pouze s pojmem předpokládané hodnoty koncese, který definuje jako „*celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami souvisejí*“, a demonstrativním výčtem naznačuje způsob jeho stanovení.
182. Za daného stavu, kdy zadavatel ani vybraný uchazeč relevantní údaje ke stanovení předpokládané hodnoty koncese neposkytli, Úřad vycházel z údajů poskytnutých navrhovatelem a třetím uchazečem, které si před vydáním napadeného rozhodnutí opětovně vyžádal. Úřad se zabýval též možnostmi aplikace *analogie legis* nebo *analogie iuris*, přičemž poukázal, že analogii nelze ve smyslu citované judikatury užít tehdy, je-li aplikována v neprospěch účastníka správního řízení.
183. Ke způsobu, jakým se Úřad se stanovením horní hranice zákonné sazby pokuty vypořádal, konstatuji, že za stávajícího stavu, kdy koncesní zákon neobsahuje výslovné alternativní pravidlo pro stanovení horní sazby pokuty pro případ, že horní hranici pokuty nelze určit, a současně za situace, kdy zadavatel a vybraný uchazeč neposkytli - a to ani ve správním řízení - dostatečnou součinnost k tomu, aby mohla být předpokládaná hodnota koncese reálně stanovena, jakož i s přihlédnutím ke skutečnosti, že předpokládaná hodnota koncese je z povahy věci pouze odhadem, jehož přiměřenost Úřad ověřoval, konstatuji, že podpůrné stanovení předpokládané hodnoty koncese ze strany Úřadu na základě sdělených výdajů navrhovatele, jakožto dalšího účastníka KŘMR, mám v daném případě za přiměřené, s maximální zdrženlivostí a šetření práv účastníka řízení.
184. V této souvislosti připouštím, že se nejedná o postup zcela standardní, zejména z hlediska jeho obecné aplikovatelnosti v dalších případech. Za daných okolností je proto třeba pečlivě

zkoumat, nakolik údaje sdělené třetími osobami, zde neúspěšným uchazečem KřMR, odpovídají reálným hodnotám a předpokladům zjištěným ve správním řízení, zda nevykazují nesprávnosti a nesrovnalosti a nakolik by se takto zjištěná hodnota jevila jako legitimní v případě, že by byla poskytnuta přímo zadavatelem nebo vybraným uchazečem. Jinak řečeno, takto zjištěná hodnota by měla odpovídat objektivním odhadům v dané věci. Uvedené skutečnosti Úřad prověřoval, načež dospěl k závěru, že se jedná o hodnotu reálnou, nikoliv excesivní; pokuta byla zadavateli současně uložena při spodní hranici takto stanovené zákonné sazby.

185. Vzhledem k výše uvedenému uzavírám, že mám postup Úřadu při podpůrném stanovení předpokládané hodnoty koncese, potažmo horní hranice zákonné sazby pro uložení pokuty za přípustný, v souladu se smyslem a účelem koncesního zákona, neboť s ohledem na objektivní okolnosti případu nebylo možné stanovit horní hranici zákonné sazby pokuty jiným způsobem. Současně jsem přesvědčen, že tímto postupem nebyla dotčena zákonnost napadeného rozhodnutí.
186. K dílčím námitkám zadavatele sděluji, že Úřad vynaložil úsilí, a to již před vydáním původního rozhodnutí, k získání relevantních údajů - předpokládaných výdajů - od vybraného uchazeče, ten mu však relevantní údaje opakovaně neposkytl; za takových okolností je Úřad povinen a oprávněn postupovat s použitím dalších dostupných právních prostředků. K tvrzení zadavatele, že odmítá nést odpovědnost za stanovení předpokládané hodnoty koncese, konstatuji, že taková povinnost mu vzniká přímo z § 4 koncesního zákona. Nesplnění označené povinnosti tak nemůže být vykládáno ve prospěch zadavatele, který je naopak povinen nést nepříznivé následky za porušení koncesního zákona. Námitky zadavatele v souvislosti s horní hranicí zákonné sazby pokuty mám proto souhrnně za nedůvodné.
187. Zadavatel má uloženu pokutu rovněž za nepřiměřenou, k čemuž uvádí, že v KřMR postupoval analogicky podle ustanovení koncesního zákona, což je třeba odlišit od situace, kdy je koncesní smlouva zadána tzv. z ruky. Uvedenou námitku mám za relevantní co do posouzení způsobu spáchání správního deliktu, současně však poukazuji, že Úřad její relevanci již zohlednil, a to v rámci úvah o výši uložené pokuty v bodě 402. odůvodnění napadeného rozhodnutí. K intenzitě jejího zohlednění doplňuji, že pokuta byla zadavateli uložena při spodní hranici zjištěné zákonné sazby, přičemž k zajištění preventivní i represivní funkce správního trestání je žádoucí, aby uložená pokuta dosahovala určité výše, způsobilé zasáhnout majetkovou sféru zadavatele citelným způsobem.
188. K účelu ukládané pokuty odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, v němž označený soud konstatoval, že „konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“ Vzhledem k okolnostem případu konstatuji, že pokuta byla zadavateli s ohledem na potřebu naplnění funkcí správního trestání uložena v minimální výši a nevidím prostor pro její další snižování. V návaznosti na tato stanoviska jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval v souladu s § 27b odst. 2 koncesního zákona a současně zcela v mezích správního uvážení, když přihlédl též k ekonomické situaci zadavatele pro vyloučení

likvidačního působení pokuty (bod 417. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Námitku nepřiměřenosti uložené pokuty mám tak za nedůvodnou.

189. K uloženému nápravnému opatření zadavatel namítá, že nabídka vybraného uchazeče limit pro KŘMR nepřekročila a že vybranému uchazeči nemůže jít k tíži, že ostatní uchazeči podali nabídky vyšší. Zadavatel doplňuje, že si vybraný uchazeč nemohl být vědom absurdního výkladu Úřadu a do plnění koncesní smlouvy již investoval nemalé prostředky. Za sebe zadavatel zmiňuje, že rovněž jeho bude nové výběrové řízení na předmět koncesní smlouvy administrativně i finančně zatěžovat.
190. K námitce, že nabídka vybraného uchazeče spadá pod limit dle § 5 odst. 2 koncesního zákona, uvádím, že i nabídka vybraného uchazeče je určitá pouze co do nabídkové ceny, nikoliv již co do výše předpokládaného objemu volání, za daných okolností tedy nelze přesvědčivě konstatovat, že předpokládaný příjem koncesionáře na základě nabídky vybraného uchazeče předmětný limit nepřekročí. Především však akcentuji, že uložení zakazu plnění koncesní smlouvy postihuje nezákonný postup zadavatele, nikoliv vybraného uchazeče, který se nápravy případné újmy může domáhat prostřednictvím jiných právních institutů.
191. Pokud jde o zátěž zadavatele spočívající v povinnosti provést nové zadávací řízení, zde uvádím, že jde o prostý nepříznivý následek, který je povinen za své protiprávní jednání nést. Námitky mám tak za neopodstatněné. Dále jsem se zabýval obecnou zákonností postupu Úřadu při ukládání nápravného opatření a konstatuji, že Úřad postupoval zcela v souladu s § 25 odst. 2 a 3 koncesního zákona, přičemž se zabýval jak naplněním zákonných podmínek pro uložení zakazu plnění koncesní smlouvy, tak existencí možných důvodů hodných zvláštního zřetele odůvodňujících pokračování plnění koncesní smlouvy.
192. Úřad v daném případě sice neshledal převažující zájem na pokračování plnění koncesní smlouvy, současně však vyhodnotil jako důvodnou žádost zadavatele o odklad vykonatelnosti nápravného opatření a vykonatelnost zakazu plnění koncesní smlouvy odložil o 12 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí tak, aby zadavateli poskytl dostatečný prostor k realizaci nového řádného výběrového řízení na uzavření koncesní smlouvy. Postup Úřadu při ukládání nápravného opatření mám za zákonný, dostatečně odůvodněný a v souladu s právními předpisy.

#### **K ostatním námitkám zadavatele a vybraného uchazeče**

##### *K aktivní legitimaci navrhovatele*

193. Vybraný uchazeč v podaném rozkladu dále opětovně uplatnil argumentaci, dle které navrhovatel nebyl oprávněn k podání návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy, neboť mu postupem zadavatele nevznikla újma.
194. V nyní projednávané věci se jedná o významnou právní otázku, neboť oprávněnost návrhu navrhovatele představuje nejenom jednu ze zákonných podmínek věcného projednání návrhu, ale představuje též nezbytný předpoklad pro uložení zakazu plnění koncesní smlouvy ve smyslu uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 2 koncesního zákona. Relevanci předmětné námitky se Úřad již podrobně zabýval v bodech 94. - 113. odůvodnění původního rozhodnutí a v bodech 212. - 235. odůvodnění napadeného rozhodnutí, načež dospěl k závěru, že navrhovateli svědčí aktivní legitimace k podání návrhu na uložení zakazu plnění

koncesní smlouvy v této věci, neboť navrhovatel je dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání zakázky odpovídající koncesní smlouvě, přičemž navrhovateli mohla tvrzeným postupem zadavatele vzniknout újma na jeho právech. S označenou argumentací Úřadu se zcela ztotožňuji, a proto na ni v celé šíři odkazuji. Niž uvedím jen dílčí stanoviska, která považuji za rozhodná.

195. Podle § 24b odst. 1 koncesního zákona lze podat návrh proti všem postupům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 3a koncesního zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele. Podle § 24b odst. 2 koncesního zákona lze po uzavření koncesní smlouvy podat návrh pouze proti uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění koncesního řízení nebo proti porušení zákazu uzavření smlouvy.
196. Podle § 24b odst. 3 koncesního zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá; součástí návrhu musí být doklad o složení kauce a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením koncesní smlouvy též doklad o doručení námitek zadavateli. Podle § 24f písm. d) koncesního zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
197. Předně je zapotřebí rozlišit situaci, kdy návrh nespĺňuje náležitosti návrhu podle § 24b odst. 3 koncesního zákona a situaci, kdy je návrh podán neoprávněnou osobou ve smyslu § 24b odst. 1 koncesního zákona. S každou z uvedených situací koncesní zákon spojuje procesní následek zastavení řízení; v prvně jmenovaném případě Úřad zahájené řízení zastaví podle § 24f písm. a) koncesního zákona, v případě podání návrhu neoprávněnou osobou Úřad rozhodne o zastavení řízení podle § 24f písm. d) koncesního zákona.
198. K prvně jmenované situaci podotýkám, že navrhovatel má ve vztahu k možné újmě v důsledku postupu zadavatele povinnost v návrhu uvést skutečnosti, v nichž spatřuje porušení koncesního zákona zadavatelem a v jejichž důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma. Navrhovatel má tedy v této souvislosti především povinnost tvrzení. Uvedené povinnosti navrhovatel vyhověl, když v návrhu popsal skutečnosti svědčící pro učinění závěru, že zadavatel nebyl oprávněn postupovat v KŘMR, a uvedl, že vzniklou újmu identifikuje v tom, že se nemohl ucházet o získání zakázky v řádném koncesním řízení realizovaném podle koncesního zákona, a to včetně uplatnění opravných prostředků proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a koncesní smlouva s ním tak nebyla uzavřena, přestože by byl schopen její plnění poskytnout. Popsaný rozsah tvrzení v návrhu ve vztahu k možné újmě považuji z hlediska naplnění obligatorních náležitostí návrhu za dostatečný.
199. Na základě posouzení obsahu návrhu konstatuji, že jsem žádné nedostatky návrhu ve smyslu § 24b odst. 3 koncesního zákona neshledal, a tedy ani důvod pro zastavení řízení podle § 24f písm. a) koncesního zákona. Námitku vybraného uchazeče, že návrh měl být odmítnut z důvodu nesplnění náležitostí návrhu, proto odmítám po stránce skutkové i právní jako mylnou.
200. Posouzení toho, nakolik navrhovateli v důsledku nezákonného postupu zadavatele skutečně hrozí nebo vznikla újma, pak patří k právním otázkám řešeným Úřadem v rámci přezkumu návrhu. V dané věci není sporné, že navrhovatel měl nebo má zájem na získání zakázky,

neboť tato skutečnost vyplývá již z holé skutečnosti, že se účastnil i KŘMR. Pokud tedy jde o posouzení toho, nakolik byla tvrzení navrhovatele ve vztahu k tvrzené újmě oprávněná, zde se (nad rámec Úřadem identifikovaných odlišností KŘMR od řádného koncesního řízení v neprospěch navrhovatele) ztotožňuji zejména s tvrzením Úřadu v bodě 231. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad poukázal, že ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006 - 137 ze dne 29. 4. 2008 je jediným zaručeným právem právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení, které mohlo být postupem zadavatele mimo koncesní řízení porušeno.

201. K tomu doplňuji, že postupem zadavatele mimo koncesním zákonem předepsaný průběh koncesního řízení je nad rámec faktických rozdílů v neprospěch uchazečů relativizována právní jistota navrhovatele ve vztahu k dalšímu postupu zadavatele, což samo o sobě může odůvodnit možnost újmy. Námitku vybraného uchazeče, že důvody možné újmy v důsledku postupu zadavatele jsou pouze spekulativní, tedy mám za nedůvodnou, neboť právo uchazeče na zákonný průběh koncesního řízení je legitimní a reálné a v nyní projednávané věci tak navrhovateli vznikla újma přinejmenším v podobě zkrácení práva na zákonný průběh zadávacího řízení.
202. Konstatuji proto, že jsem dospěl k závěru, že navrhovatel je ve vztahu k podání návrhu oprávněnou osobou a důvody pro zastavení řízení podle § 24f písm. d) koncesního zákona jsem nenaznal. Námitku nedostatku aktivní legitimace navrhovatele proto odmítám jako nedůvodnou. Navrhovatel k nedostatku aktivní legitimace navrhovatele odkázal též na argumentaci svého původního rozkladu ze dne 10.2.2017 proti původnímu rozhodnutí; zabýval jsem se proto i jejím obsahem a konstatuji, že mám námitky vybraného uchazeče v konečném souhrnu za nedůvodné a již dostatečně vypořádané v rámci výše označených bodů napadeného rozhodnutí.

*K absenci námitek v KŘMR*

203. Zadavatel v této souvislosti dále namítá, že v průběhu KŘMR žádný z uchazečů námitky nepodal a že navrhovatel podaným návrhem sleduje toliko vlastní zájem na dalším poskytování několikanásobně dražších služeb. K uvedenému tvrzení zadavatele akcentuji, že za zákonnost zadávacího řízení, a to i v případě koncesního řízení odpovídá zadavatel. Je tedy na zadavateli, aby vyhověl požadavkům, které na něj koncesní zákon klade, a to způsobem souladným se zásadami koncesního řízení.
204. Zájemci a uchazeči o uzavření koncesní smlouvy mají povinnost upozornit zadavatele na vady zadávacího řízení prostřednictvím právního institutu námitek pouze v případě, chtějí-li v případě neúspěšných námitek podat též návrh Úřadu ve smyslu § 24b koncesního zákona. Pro případ návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy po uzavření koncesní smlouvy koncesní zákon předchodí podání námitek výslovně nevyžaduje. Jakkoliv je tedy uplatnění námitek, popřípadě jiných opravných prostředků v zadávacím řízení žádoucí, ve skutečnosti, že žádný z uchazečů takové námitky nepodal, nelze ve vztahu ke zjištěnému nezákonnému postupu zadavatele shledat ani polehčující okolnost.
205. Za situace, kdy Úřad shledá, že navrhovatel je osobou oprávněnou k podání návrhu a že jednání zadavatele, které odporuje koncesnímu zákonu, naplňuje skutkovou podstatu správního deliktu, je povinen rozhodnout v souladu s koncesním zákonem. Za dané situace tak Úřad není povinen zkoumat případně další motivy navrhovatele, neboť tyto nemohou

převážit nad legitimitou návrhu a spácháním správního deliktu zadavatelem, které je Úřad povinen postihovat. Je tedy na zadavateli, aby dodržováním koncesního zákona důvodnosti návrhu předcházel. Označené námitky ve vztahu k neuplatnění opravných prostředků v KŘMR a motivům navrhovatele mám proto rovněž za nedůvodné.

*K výhodnosti nabídky vybraného uchazeče*

206. Zadavatel ve svém rozkladu dále naopak poukazuje na skutečnost, že na základě uzavřené koncesní smlouvy jsou vězněným osobám komunikační služby poskytovány za výrazně výhodnějších ekonomických podmínek, že z pohledu kritéria společenské nebezpečnosti nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu a Úřad se tak obhajováním nespravedlnosti dopouští přepjatého formalismu ve smyslu judikatury Ústavního soudu.
207. K uvedené námitce konstatuji, že Úřad se jejím obsahem zabýval v bodech 403. - 404. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž ke skutečnosti, že jsou na základě koncesní smlouvy poskytovány služby za výhodnějších podmínek, než dle dosavadní smlouvy s navrhovatelem, přihlédl jako k polehčující okolnosti při úvahách o výši uložené sankce. Úřad současně konstatoval, že uvedená okolnost v žádném případě nemůže nezákonný postup zadavatele zhojit, ani zadavatele odpovědnosti za správní delikt zprostit.
208. S uvedeným stanoviskem se zcela ztotožňuji a doplňuji, že odpovědnost za správní delikt stojí na principech odpovědnosti objektivní, přičemž správního deliktu se zadavatel dopustí tím, že naplní skutkovou podstatu správního deliktu, v nyní projednávané věci správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona. Zadavatel tak ani v zájmu získání „výhodnějšího“ plnění nemůže obcházet koncesní zákon, jehož působnosti podléhá. Nadto doplňuji, že se neztotožňuji ani s názorem zadavatele ohledně nízké „společenské nebezpečnosti“ jednání zadavatele, neboť zadavatel jednal v rozporu se zásadou transparentnosti, což ve svém důsledku vedlo jak k nižší informovanosti o koncesi (neuveřejněním oznámení), tak k nedostatečné informovanosti uchazečů (zavádějícími koncesními podmínkami).
209. Míra, do jaké nakonec zadavatel podle některých ustanovení koncesního zákona postupoval, pak dle mého stanoviska může reflektovat spíše potřebu zadavatele nějakou formou k uzavření koncesní smlouvy dospět, než snahou o naplnění díkce koncesního zákona. Za stávajícího stavu rovněž nelze vyloučit, že by zadavatel v případě zákonného průběhu zadávacího řízení obdržel nabídku ještě výhodnější. V tomto smyslu se tedy nemohu ztotožnit ani s námitkou zadavatele, že se Úřad dopustil přepjatého formalismu ve smyslu nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 127/96 ze dne 11. 7. 1996 a rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 31 Af 2/2016 - 65 ze dne 6. 9. 2017, neboť se zadavatel dopustil typově velmi závažného porušení koncesního zákona, které bylo v průběhu správního řízení prokázáno. Za takových okolností Úřad nemůže rezignovat na výkon své pravomoci v oblasti dohledu nad dodržováním koncesního zákona ve smyslu § 24 koncesního zákona a je povinen nezákonný postup zadavatele postihovat. Argumentaci označenou judikaturou mám tedy za nepřípadnou.
210. Námitky nízké závažnosti nezákonného jednání zadavatele a dosažení výhodnějšího plnění oproti dosavadnímu zajištění služeb mám proto v uvedeném kontextu za nedůvodné, neboť relevantním způsobem již byly zohledněny při úvahách o výši uložené sankce.

211. K námitce vybraného uchazeče, že řádné plnění koncesní smlouvy prokazuje, že se nejednalo o mimořádně nízkou nabídkovou cenu a že posouzení této možnosti záleží na zadavateli, sdělují, že tato právní otázka není předmětem přezkumu a nemá tak ani rozhodný význam pro výroky napadeného rozhodnutí. Z uvedeného důvodu pouze obecně poukazují, že výraznější odchylku od ostatních cenových nabídek by zadavatel v zájmu zajištění řádného plnění dle objektivních hledisek ověřovat měl, neboť mimořádně nízkou nabídkovou cenu je třeba prověřovat ještě před zahájením realizace předmětného plnění, nikoliv až v jeho průběhu. Pro úplnost podotýkám, že ani dosavadní plnění koncesní smlouvy, jehož řádnost nehodnotím, neboť k tomu nemám objektivní informace, ještě neprokazuje, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejednalo, neboť koncesní smlouva je s ohledem na předpokládanou délku závazku plněna relativně krátkou dobu. Námitku mám tak za nepodstatnou.

*K možnému podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky*

212. Pokud jde o možný vliv nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, zde poukazují, že skutková podstata správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona znak možného podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky nezahrnuje. Potencialita vlivu na výběr dodavatele má však význam pro posouzení pozdější příznivější právní úpravy dle ZZVZ, který tento znak v § 268 odst. 1 písm. a) pro naplnění skutkové podstaty přestupku vyžaduje.

213. V tomto kontextu poukazují, že vedle práva všech uchazečů na transparentní průběh zadávacího řízení v souladu s koncesním zákonem a s ním spojenou možnost uplatnění všech opravných prostředků, jakož i dalších práv dle koncesního zákona, se zcela ztotožňují s tvrzením Úřadu v bodě 340. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že „nelze vyloučit, že by obdržel nabídky také od jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč“.

214. V tomto směru se nemohu ztotožnit s rozkladovou námitkou, že Úřad je povinen identifikovat další konkrétní dodavatele, kteří by se mohli zadávacího řízení na uzavření koncesní smlouvy zúčastnit, neboť patří k obecně známým skutečnostem, že na českém trhu působí více poskytovatelů komunikačních služeb, stejně jako více poskytovatelů poskytuje komunikační služby vězněným osobám na trhu evropském. V tomto smyslu tedy není úlohou Úřadu provádět průzkum mezi těmito dodavateli, které konkrétní subjekty by měli o plnění koncesní smlouvy zájem a byli schopni jej poskytnout. Úlohou Úřadu je naopak posouzení, zda příslušné koncesní řízení, popřípadě KŘMR proběhlo transparentně a v souladu s koncesním zákonem.

215. Možnost účasti dalších dodavatelů tedy nelze z povahy věci vyloučit. Na podporu svého stanoviska odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 23/2012 - 40 ze dne 26. 9. 2012 a na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, z nichž vyplývá, že při posuzování možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky je třeba rozlišovat „ohrožovací“ a „poruchovou“ formu správního deliktu, přičemž v prvně jmenovaném případě, kdy nezákonný postup zadavatele pouze „mohl ovlivnit“ výběr dodavatele, není nutné takový vliv prokazovat.

216. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 As 61/2016 - 38 ze dne 28. 6. 2016 výslovně konstatoval, že v případě, kdy správní orgán shledá, že „se v daném případě jedná

*o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“*

217. K okolnostem nyní projednávané věci doplňuji, že potencialitu podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky shledávám již v netransparentnosti postupu zadavatele, neboť jak bylo shora uvedeno, zadavatel uvedl v koncesní dokumentaci ve vztahu k formulaci nabídkových cen toliko zavádějící údaje, aniž by současně uvedl předpokládané hodnoty, z nichž by mohli uchazeči relevantním způsobem vycházet. Takový postup je ve spojení se zadáváním koncesní smlouvy v KŘMR, namísto řádného koncesního řízení, způsobilý podstatným způsobem ovlivnit též rozhodovací a cenovou strategii uchazečů. Námitku absence vlivu na výběr nejvhodnější nabídky mám proto za zcela nedůvodnou.

*K nahlížení do spisu*

218. Zadavatel dále namítá, že mu při nahlížení do spisu bylo v rozporu s 38 odst. 4 správního řádu odepřeno pořízení kopií z části správního spisu z důvodu obchodního tajemství, čímž mělo dojít ke zkrácení jeho procesních práv. Zadavatel k tomu odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 - 443 ze dne 9. 4. 2013, dle kterého „*povinnost mlčenlivosti, která odůvodňuje vyloučení nahlížení do spisu, musí mít veřejnoprávní charakter, což o obchodním tajemství říct nelze“*. Zadavatel uvedenou skutečnost staví do kontrastu s tím, že jde o obdobné údaje, jaké měl dle Úřadu zjišťovat při stanovení předpokládané hodnoty koncese.
219. Podle § 38 odst. 1 správního řádu mají účastníci a jejich zástupci právo nahlížet do spisu, a to i v případě, že je rozhodnutí ve věci již v právní moci; není-li účastník zastoupen, může spolu s účastníkem nahlížet do spisu i jeho podpůrce. Podle § 38 odst. 4 správního řádu je s právem nahlížet do spisu spojeno právo činit si výpisy a právo na to, aby správní orgán pořídil kopie spisu nebo jeho části.
220. Podle § 38 odst. 6 správního řádu jsou části spisu, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, vyloučeny z nahlížení do spisu; „*to neplatí o částech spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz, do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce. Ustanovení odstavce 4 se nepoužije. Před nahlédnutím do spisu musí být účastník řízení nebo jeho zástupce poučen o povinnosti mlčenlivosti o utajovaných informacích nebo skutečnostech, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, a o právních následcích porušení této povinnosti; o poučení se sepíše protokol. Dojde-li při nahlížení do spisu k přístupu k utajované informaci, protokol obsahuje také poučení podle zákona upravujícího ochranu utajovaných informací a bezpečnostní způsobilost. (...)*“.
221. K námitce zadavatele sděluji, že se Úřad jejím obsahem již podrobně zabýval a také vypořádal v bodech 420. - 423. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Označenou



argumentaci Úřadu považuji za relevantní a dostatečnou, a proto na ni v celém rozsahu odkazuji.

222. Jen ve stručnosti shrnuji, že předmětem námitky zadavatele je položka č. 98 správního spisu obsahující sdělení třetího uchazeče ze dne 21. 7. 2017 k předpokládaným výdajům na plnění předmětu koncesní smlouvy, včetně doložení rozpadu jednotlivých položek. Třetí uchazeč výslovně označil údaje, které jsou předmětem sdělení jako neveřejné a zahrnující obchodní tajemství. Podle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů tvoří obchodní tajemství *„konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a jejichž vlastníci zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.“*
223. Obchodní tajemství obecně požívá právní ochrany. K tomu odkazuji například na § 122 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, který stanoví, že *„dozví-li se Úřad skutečnost, která je předmětem obchodního tajemství, je povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno.“* Přestože se povinnost mlčenlivosti a ochrany obchodního tajemství vztahuje především k zaměstnancům Úřadu, je třeba rovněž zmínit, že Úřad je při výkonu správní činnosti v souladu s § 2 odst. 3 správního řádu též povinen šetřit oprávněné zájmy dotčených osob. Předmětem položky č. 98 správního spisu bylo vedle sdělení celkové výše předpokládaných výdajů na realizaci předmětu koncesní smlouvy též doložení rozpadu této částky na jednotlivé položky. S celkovou výší sdělených předpokládaných výdajů pracoval Úřad zcela transparentně, a to i v rámci napadeného rozhodnutí (bod 385. odůvodnění napadeného rozhodnutí), doloženým rozpadem položek, právě označeným za obchodní tajemství, nebylo ve správním řízení dokazováno. Ve vztahu k předmětnému rozpadu položek se tak dostává do popředí zájem na ochraně oprávněných zájmů třetího uchazeče. Pro úplnost podotýkám, že sdělení třetího uchazeče pod položkou č. 98 správního spisu ani v konečném důsledku nebylo podkladem, z něhož Úřad při stanovení odhadu předpokládané hodnoty koncese rozhodující měrou vycházel.
224. K relevanci rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 - 443 ze dne 9. 4. 2013 ve shodě s argumentací Úřadu uvádím, že se jedná o odlišnou skutkovou situaci, neboť v odkazovaném případě došlo zcela k odepření nahlížení do části spisu. Taková situace však v nyní projednávané věci nenastala, neboť Úřad nahlížení do spisu, včetně položky č. 98 umožnil, neboť dospěl k závěru, že tato položka není podle § 38 odst. 6 správního řádu vyloučena z nahlížení do spisu, nicméně se na ni vztahuje zákonem stanovená povinnost mlčenlivosti a ustanovení § 38 odst. 4 správního řádu se tak nepoužije, tj. u této položky nebude nahlízejícímu účastníkovi řízení umožněno činit si z ní výpisy a kopie.
225. Zástupce zadavatele, který se nahlížení do spisu osobně účastnil, byl o tomto postupu, včetně seznámení s následky porušení povinnosti mlčenlivosti, řádně poučen a příslušné poučení tvoří přílohu protokolu o nahlížení do spisu.
226. Postup Úřadu hodnotím jako správný, přiměřený a v souladu se správním řádem. Dospěl jsem proto k závěru, že v tomto případě nedošlo k zásahu do procesních práv zadavatele a námitku zadavatele ve vztahu k odepření pořízení kopií z části spisu označené jako obchodní tajemství odmítám jako nedůvodnou a v rámci napadeného rozhodnutí vypořádanou.

*K vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí*

227. Vybraný uchazeč dále uplatnil množství rozkladových námitek, jimiž rozporuje dílčí závěry Úřadu. K těmto námitkám se vyjadřuji níže.
228. Vybraný uchazeč uvádí, že Úřad v bodech 282. - 283., 285. a 290. odůvodnění napadeného rozhodnutí zavádějícím způsobem zaměňuje pojmy „podobný“ a „obdobný“ ve vazbě na interpretaci ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, které pracuje pouze s pojmem „podobný“. K uvedené námitce sděluji, že se jedná o ryze subjektivní vnímání vybraného uchazeče, které na podstatu napadeného rozhodnutí a srozumitelnost argumentace Úřadu nemá vliv.
229. K tomu odkazuji například na rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Ca 34/2008 - 102 ze dne 11. 8. 2009, v němž označený soud rovněž užívá rovněž pojem „obdobný“ namísto doslovného „podobný“, aniž by to mělo vliv na podstatu věci. Krajský soud v Brně v označeném rozsudku konstatoval následující: *„Základem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky jsou podle § 13 odst. 2 první věty před středníkem zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, údaje shromážděné zadavatelem ohledně veřejných zakázek se stejným nebo obdobným předmětem plnění. Má-li zadavatel takové informace a údaje, zásadně již ohledně této otázky nemusí provádět průzkum trhu ani uskutečňovat jiné další kroky.“* Námitku vybraného uchazeče mám tak za nepřípadnou.
230. Vnitřní rozpor napadeného rozhodnutí spatřuje vybraný uchazeč v tom, že Úřad považuje plnění rámcové dohody k provoznímu tarifu a koncesní smlouvy za povahově odlišné, přesto však dovozuje povinnosti zadavatele ze zákona o veřejných zakázkách a nezohlednil specifickou povahu volání prostřednictvím služby Xcall.
231. Již výše jsem vysvětlil, že zákon o veřejných zakázkách byl v dané věci použit toliko jako interpretační vodítko totožných či podobných právních institutů, nikoliv jako přímo závazný předpis. Takový postup mám za legitimní. K zohlednění rozsahu a povahy služby Xcall sděluji, že služba Xcall se týká zahraničního volání, které nebylo pro výroky napadeného rozhodnutí klíčové, neboť Úřad shledal nezákonnost postupu zadavatele ještě před zohledněním zahraničního volání. Úřad tedy nebyl povinen se podstatou služby Xcall a její podobností ve vztahu k poptávaným službám podrobněji zabývat. Úřad je jako správní orgán povinen zjistit skutkový stav v rozsahu potřebném pro vydání rozhodnutí a v tomto smyslu není povinen se zabývat skutečnostmi, které nemají význam pro výroky nebo odůvodnění napadeného rozhodnutí. Námitku mám proto za neopodstatněnou.
232. Ztotožnit se nemohu ani s námitkou proti bodu 340. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že případná výhodnější nabídka jiného uchazeče by jen potvrzovala oprávněnost postupu zadavatele v KŘMR, neboť jak již bylo uvedeno výše, nižší nabídkovou cenu tohoto jiného uchazeče je třeba vztahovat též k odpovídajícímu předpokládanému počtu provolaných minut. Výhodnější nabídka tak bez dalšího neznamená, že limit podle § 5 odst. 2 koncesního zákona pro KŘMR nebyl přesažen. Porovnávat pak nelze bez dalšího ani postup zadavatele a Úřadu při posuzování stanovení předpokládaných hodnot v koncesním řízení, neboť se jedná o principiálně odlišné přístupy. Úřad nemůže suplovat úlohu zadavatele při stanovení předpokládaných hodnot v koncesním řízení, pouze posuzuje zákonnost zvoleného postupu, přičemž relevantní skutečnosti Úřad prokazuje v rozsahu potřebném pro rozhodnutí ve věci.

233. K námitce vybraného uchazeče proti bodu 296. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuji, že jsem nedospěl k závěru, že by byla tvrzení vybraného uchazeče zásadním způsobem dezinterpretována. Zde především poukazují, že smysl příslušné argumentace Úřadu spočíval v demonstraci skutečnosti, že i tržní, veřejně dostupné ceny volání oscilují kolem určitých hodnot, které nelze v návaznosti na stanovení nízkého předpokládaného rozsahu volání „ukotvit“ tak, aby limitu podle § 5 odst. 2 koncesního zákona nebylo dosaženo, přestože reálný rozsah budoucího užítka koncesionáře bude mnohem vyšší. V této souvislosti zejména akcentuji, že Úřad na vyjádření vybraného uchazeče ze dne 10. 3. 2017 žádné rozhodné závěry nestavěl.
234. K námitce, že Úřad kalkuloval s příloženým ceníkem volání u předplacených tarifů včetně DPH, sděluji, že se nepochybně jedná o nežádoucí nepřesnost způsobenou tím, že vybraným uchazečem předložený ceník neobsahoval žádnou informaci o tom, že se jedná o ceny včetně DPH. Úřad tak patrně předpokládal uvedení cen bez DPH. Úřad s hodnotami předloženými vybraným uchazečem kalkuloval toliko za účelem demonstrace skutečnosti, že ani vybraným uchazečem předkládané skutečnosti s přihlédnutím k průměrným hodnotám nnesvědčí pro učinění závěru, že limitu dle § 5 odst. 2 koncesního zákona by nemělo být dosaženo. V každém případě se pak jednalo jen o jeden z výpočtů, o který Úřad neopírá klíčové závěry napadeného rozhodnutí. Námitku mám tak za nepodstatnou.
235. K námitkám proti bodům 300. - 316. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad hodnotil cenovou úroveň na trhu, přestože se jedná o otázku odbornou, nikoliv právní, konstatuji, že Úřad v označených bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházel toliko z nabídkových cen v KŘMR, tedy ze zjištěného skutkového stavu v nyní projednávané věci. K doplňující argumentaci vybraného uchazeče, že práce s aritmetickým průměrem při formulaci tržních cen odporuje ekonomickým principům, ve shodě s výše uvedenou argumentací podotýkám, že všechny nabídkové ceny v KŘMR vycházely z různých předpokladů o předpokládaném rozsahu volání a nejedná se tak o hodnoty bez dalšího porovnatelné.
236. K použití průměrných hodnot uvádím, že za daných okolností je nedůvodná námitka, že excesivně vysoká nabídková cena v KŘMR by mohla způsobit nemožnost jeho použití, neboť je třeba v takovém případě posuzovat přiměřenost zjištěných hodnot. V této souvislosti poukazují, že jedinou výrazně odlišnou nabídku v nyní projednávané věci představuje nabídka vybraného uchazeče. Vzhledem ke skutečnosti, že u předpokládaných hodnot v koncesním řízení jde z povahy toliko o stanovení kvalifikovaných odhadů k naplnění cíle a účelu sledovaného koncesním zákonem, není takový postup po pečlivém posouzení všech okolností vyloučen.
237. Souhrnně pak doplňuji, že při hodnocení jakékoliv podobnosti či obdobnosti je třeba postupovat citlivě se zřetelem na povahu shody a rozdílů. V tomto směru konstatuji, že Úřad dle mého přesvědčení tyto aspekty zohledňoval, přičemž se nedopustil takového zkreslení, které by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Námitky nekonzistentnosti napadeného rozhodnutí mám tak souhrnně za nedůvodné.
238. Vybraný uchazeč rovněž namítl, že se Úřad nevypořádal s relevancí rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-7638/2014/523/Opi ze dne 9. 4. 2014, jímž Úřad rozhodl o tom, že se řízení zahájené z moci úřední podle § 24f písm. f) koncesního zákona zastavuje, neboť

nebyly zjiřtěny důvody pro uložení sankce podle § 27 koncesního zákona. V označeném rozhodnutí Úřad uvedl, že v daném případě nebylo možné průkazným způsobem zjistit předpokládanou výři příjmu koncesionáře za dobu trvání předmětné smlouvy a nebylo tedy možné ani prokázat, že tato výře přesahuje limit 20 000 000 Kč bez DPH pro použití koncesního řízení malého rozsahu.

239. Předně nesouhlasím s tím, že se Úřad s uvedenou námitkou vybraného uchazeče nevypořádal, neboť v bodě 338. odůvodnění napadeného rozhodnutí jednoznačně a srozumitelně uvedl, že klíčová skutková odlišnost mezi označeným případem a nyní projednávanou věci spočívá v tom, že ve věci sp. zn. ÚOHS-S323/2013/VZ nebyly zjiřtěny podklady, na základě kterých by bylo možné konstatovat naplnění všech znaků správního deliktu, zatímco v nyní projednávané věci má Úřad spáchání správního deliktu zadavatelem postaveno najisto. Takové vysvětlení považuji za logické a dostačující.

*K nepřipustné aplikaci analogie*

240. Zadavatel a vybraný uchazeč dále shodně uplatnili námitku nepřipustné aplikace analogie v neprospěch účastníka řízení, zadavatel proti argumentaci Úřadu v bodech 281. - 282. odůvodnění napadeného rozhodnutí, vybraný uchazeč v širším označeném rozsahu proti bodům 265. - 281. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Oba označení účastníci v zásadě namítají, že Úřad posuzoval soulad postupu zadavatele při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře se zákonem o veřejných zakázkách, což lze kvalifikovat jako nepřipustné použití analogie v neprospěch zadavatele, která je i v případě mezery v zákoně v rozporu se zásadami právního státu.
241. K jmenované námitce uvádím, že se jedná o mylnou interpretaci postupu Úřadu, neboť jak jsem již uvedl výře v argumentaci týkající se posouzení stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře, Úřad použil textaci ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách jako interpretační vodítko v rámci hledání způsobů, jakými lze předpokládaný příjem koncesionáře určit. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí nevycházal z toho, že by zadavateli ze zákona o veřejných zakázkách plynula jakákoliv přímo závazná povinnost, za jejíž nedodržení by byl povinen nést nepříznivý následek.
242. Nezákonost postupu zadavatele tedy dle závěru Úřadu nespočívá v tom, že by nedodržel zákon o veřejných zakázkách, nýbrž v tom, že nestanovil předpokládaný příjem koncesionáře - s ohledem na smysl a účel ustanovení § 4 koncesního zákona - řádným způsobem. O analogii se proto v nyní projednávané věci nejedná. K doplňujícímu odkazu vybraného uchazeče na § 175 ZZVZ podotýkám, že ZZVZ již obsahuje ve vztahu k zadávání koncesí komplexní úpravu, která by v nyní projednávané věci interpretační nejasnosti nezpůsobovala. Námitky nepřipustného použití analogie proto odmítám jako zavádějící a mylné.
243. Vzhledem k výře uvedenému shrnuji, že jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu rozkladových námitek, načež konstatuji, rozkladové námitky zadavatele a vybraného uchazeče nesvědčí pro nezákonnost napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí mám za správné a zákonné a ve zbývajících dílčích právních otázkách proto odkazuji na jeho odůvodnění.

### K zákonnosti napadeného rozhodnutí

244. K obecné zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad ve smyslu § 50 správního řádu opatřil dostatečné množství relevantních podkladů v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, na jejichž základě, v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, zjistil v dostatečném rozsahu skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad současně na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení právních předpisů, která interpretoval ve světle dostupné judikatury, načež dospěl k závěrům uvedeným ve výrocích I. - IV. napadeného rozhodnutí, které jsem shledal jako správné a zcela v souladu s právními předpisy. Úřad v napadeném rozhodnutí rovněž uvedl všechny úvahy, jimiž se při svém rozhodování řídil a uvedl dostatek relevantních důvodů, na jejichž základě ke svým závěrům došel. Výsledné napadené rozhodnutí hodnotím jako dostatečně odůvodněné a přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem v dotčeném případě nezjistil takovou procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.
245. Pro vyloučení všech pochybností poukazuji, že v částech, v nichž jsem vyjádřil právní stanovisko odlišné od právních závěrů napadeného rozhodnutí, se jednalo toliko o přiměřenou korekci odůvodnění, bez dopadu na správnost výroků napadeného rozhodnutí. Uvedený postup mám s ohledem na zásadu procesní ekonomie a na skutečnost, že se jedná o v právní praxi méně řešenou problematiku, za přípustný, aniž by tato skutečnost měla vliv na zákonnost tohoto nebo napadeného rozhodnutí, neboť správní řízení v prvním i druhém stupni je též v ustálené judikatuře nahlíženo jako jeden celek, čímž je dovoleno některé nedostatky správního řízení v prvním stupni napravit v řízení odvolacím.
246. K tomu odkazuji například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 82/2014 - 46 ze dne 18. 9. 2014, v němž označený soud s odkazem na prejudikaturu v dané věci obecně uvedl následující: *„Při hodnocení sporné otázky, tj. přezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů, postupoval Nejvyšší správní soud podle ustálené soudní judikatury (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 - 56, rozsudky NSS ze dne 28. 12. 2007, č. j. 4 As 48/2007 - 80, či ze dne 26. 3. 2008, č. j. 9 As 64/2007 - 98), ze kterých vyplývá, že rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek. V rámci tohoto celku jsou správní orgány povinny zjistit skutkový stav tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti. Funkcí odůvodnění správního rozhodnutí je zejména doložit správnost a nepochybně i zákonnost postupu správního orgánu, jakož i vydaného rozhodnutí, jehož jedna z nejdůležitějších vlastností je přesvědčivost.“*
247. K vzájemné zastupitelnosti odůvodnění prvostupňového a druhostupňového rozhodnutí pak Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 112/2013 - 198 ze dne 16. 9. 2016 poznamenal (obdobně v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 161/2013 - 25 ze dne 21. 10. 2014): *„Soud tedy potud uzavírá, že z argumentace obsažené v žalobou napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí prvostupňovém je zřejmé, že námitky uplatněné v rozkladu a nosné právní a skutkové otázky byly vypořádány. Při soudním přezkumu odvolacího rozhodnutí je třeba vzít v úvahu, že ve správním řízení tvoří rozhodnutí obou stupňů jeden celek. Případné mezery v odůvodnění napadeného druhostupňového rozhodnutí, proto mohou zaplnit argumenty obsažené již v rozhodnutí prvního stupně. Argumentace uvedená v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí ve spojení s rozhodnutím prvostupňovým odpovídá kritériím přezkoumatelného správního rozhodnutí a nic nebrání tomu, aby se s ní soud v mezích žalobních bodů vypořádal věcně.“*

248. Nezákonost napadeného rozhodnutí tedy dle mého přesvědčení nezpůsobují ani dílčí nedostatky jeho odůvodnění, které jsem se v rámci tohoto správního rozhodnutí pokusil v rozhodné míře odstranit. Shrnuji proto, že jsem napadené rozhodnutí shledal správným a v souladu s právními předpisy.

#### **Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy**

249. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ a dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**ZOP**“).

250. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 ZOP, který výslovně stanoví, že „*[o]dpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku (...) příznivější.*“

251. Dle přechodných ustanovení § 112 odst. 1 ZOP se na dosavadní jiné správní delikty hledí jako na přestupky podle ZOP. Odpovědnost za dosavadní jiné správní delikty se posoudí podle dosavadních zákonů, podle ZOP se posoudí jen tehdy, je-li to pro pachatele příznivější, obdobné pravidlo se ve smyslu § 112 odst. 3 uplatní též pro určení druhu a výměry trestu. Ustanovení § 112 odst. 2 ZOP stanoví, že dosavadní právní úprava „*o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.*“

252. K případnosti aplikace pozdější příznivější právní úpravy na nyní projednávanou věc poukazuji, že Úřad se touto právní otázkou zabýval v bodech 347. - 355. a 360. - 365. odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž se plně ztotožňuji. Dále proto uvádím jen stručné posouzení, zda by jednání zadavatele i podle pozdější právní úpravy naplňovalo skutkovou podstatu přestupku, případně jakou sankci by bylo možné zadavateli za zjištěný přestupek uložit.

253. Problematiku zadávání koncesí upravují ustanovení § 174 - 185 ZZVZ, která dále výslovně předvídají či zapovídají použití dalších ustanovení ZZVZ upravujících zadávání veřejných zakázek. Ustanovení § 2 odst. 2 ZZVZ podřazuje pojem koncese na služby podle § 174 odst. 3 ZZVZ pod pojem veřejné zakázky dle ZZVZ. Podle § 174 odst. 1 ZZVZ je zadavatel povinen postupovat podle části osmé ZZVZ „*v případě veřejných zakázek, které jsou koncesemi na stavební práce nebo koncesemi na služby. Zadavatel dále použije část první, část druhou, část sedmou hlavu I a část desátou až třináctou, není-li dále stanoveno jinak.*“

254. Podle § 174 odst. 3 ZZVZ se za zadání koncese na služby považuje „*uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c), dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.*“

255. Podle § 176 odst. 1 ZZVZ „je zadavatel povinen zadat v koncesním řízení, nepoužije-li jiný druh zadávacího řízení podle § 55. Jednací řízení bez uveřejnění je zadavatel oprávněn použít pouze za splnění podmínek podle § 63 odst. 1 nebo 2“. Podle § 180 odst. 1 ZZVZ zadavatel „zahajuje koncesní řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212, kterým vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek“.
256. Podle § 178 ZZVZ zadavatel „není povinen v zadávacím řízení zadat koncesi malého rozsahu, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší než 20 000 000 Kč; ustanovení § 27 a 31 se nepoužijí“.
257. Ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ stanoví, že správního deliktu se zadavatel dopustí tím, že „nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou“, přičemž za tento správní delikt Úřad v případě koncesí uloží podle § 268 odst. 3 písm. a) ZZVZ pokutu do „5 % z předpokládané hodnoty koncese, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li předpokládanou hodnotu koncese zjistit“.
258. Z výše uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o nezákonný postup zadavatele, který by naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterého by se zadavatel dopustil tím, že by nedodržel pravidla pro zadávání koncesí, jmenovitě povinnost podle § 180 odst. 1 ZZVZ k odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení postupem podle § 212 ZZVZ, přičemž uzavřel koncesní smlouvu a jeho postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. ZZVZ naopak v § 268 odst. 3 písm. a) výslovně stanoví speciální sazbu pro případ, kdy předpokládanou hodnotu koncese nelze zjistit, tuto právní úpravu však nelze hodnotit jako právní úpravu pro zadavatele příznivější, neboť by došlo k navýšení horní hranice zákonné sazby pokuty a tedy i možnému navýšení pokuty co do absolutní částky.
259. Dále jsem se zabýval tím, zda by podle pozdější právní úpravy nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za přestupek a konstatuji, že i podle ZOP a ZZVZ by byly naplněny předpoklady odpovědnosti zadavatele za přestupek, přičemž jsem neshledal okolnosti, které by odpovědnost zadavatele za přestupek vylučovaly. Pro úplnost poukazuji, že § 270 odst. 5 ZZVZ jako speciální ustanovení k § 30 ZOP nově stanoví promlčecí dobu přestupku v délce 5 let, zatímco § 27b odst. 3 koncesního zákona uvádí subjektivní lhůtu 5 let a objektivní lhůtu v délce 10 let. V tomto smyslu tedy ZZVZ představuje právní úpravu příznivější, její aplikace však nemá na právní postavení zadavatele vliv, neboť promlčecí doba dosud neuplynula. V daném případě tedy ani v pozdější právní úpravě dle ZZVZ a ZOP nelze seznat důvod pro příznivější posouzení věci.
260. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě je třeba nezákonné jednání zadavatele posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy podle koncesního zákona, neboť právní úprava dle ZOP nebo ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější.

## VII. Závěr

261. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
262. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Martin Kartner, advokát advokátní kanceláře CHSH Kališ & Partners s.r.o., Týn 639/1, 110 00 Praha 1
3. Tomáš Pfeffer, Sdružení INDOC, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov

### Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy