



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Milana Podhrázkého a soudců Jitky Zavřelové a Petra Mikeše v právní věci žalobkyně: **Vodafone Czech Republic a.s.**, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, Praha 5, zastoupená Mgr. Martinem Dolečkem, advokátem se sídlem Na Strži 2102/61a, Praha 4, proti žalovanému: **Český telekomunikační úřad**, se sídlem Sokolovská 58/219, Praha 9, zastoupený Mgr. Janou Pattynovou, I.L.M., advokátkou se sídlem Perlová 371/5, Praha 1, ve věci ochrany před nezákonným zásahem žalovaného spočívajícím ve stanovení podmínek výběrového řízení vyhlášeného dne 7. 8. 2020, pod čj. ČTÚ-38 426/2020-613, za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz a 3400–3600 MHz, o kasační stížnosti žalobkyně proti usnesení Městského soudu v Praze ze dne 24. 9. 2020, čj. 18 A 49/2020-81,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

Vymezení věci a její posouzení městským soudem

[1] Dne 7. 8. 2020 vyhlásil žalovaný pod čj. ČTÚ-38 426/2020-613 výběrové řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz a 3400–3600 MHz (dále „vyhlášení výběrového řízení“). Učinil tak postupem podle § 21 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronických komunikacích“ nebo „ZEK“), se záměrem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů vhodných pro vybudování mobilního pokrytí v nejnovějším standardu sítí 5G.

[2] Žalobou z 28. 8. 2020 se žalobkyně u Městského soudu v Praze domáhala ochrany před nezákonným zásahem žalovaného spočívajícím ve stanovení podmínek výše specifikovaného výběrového řízení. Navrhla, aby městský soud vydal rozsudek, jímž 1) určí, že postupem žalovaného spočívajícím ve stanovení podmínek a vyhlášení výběrového řízení bylo nezákonně zasazeno do práv žalobkyně; 2) zakáže žalovanému pokračovat ve vyhlášeném výběrovém řízení a 3) přikáže mu, aby do tří dnů od právní moci rozsudku obnovil stav před nezákonným zásahem do práv žalobkyně.

[3] Městský soud dospěl k závěru, že žaloba je ve smyslu § 85 s. ř. s. nepřijatelná, neboť žalobkyně se může domáhat ochrany svých práv v rámci výběrového řízení a následného soudního přezkumu rozhodnutí vydaných v tomto správním řízení. Soud proto žalobu podle § 46 odst. 1 písm. d) s. ř. s. odmítl. Zároveň soud odmítl i návrh žalobkyně na vydání předběžného opatření.

[4] Předně městský soud vyšel z toho, že výběrové řízení podle § 21 zákona o elektronických komunikacích je zvláštním druhem správního řízení, konkrétně řízením o výběru žádosti ve smyslu § 146 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s odchylkami a zvláštnostmi speciálně upravenými v § 21 zákona o elektronických komunikacích, jehož smyslem je rozdělení dostupných rádiových kmitočtů mezi subjekty, jež předloží nejlepší nabídky. Vzhledem k tomu, že výběrové řízení podle § 21 zákona o elektronických komunikacích bylo zahájeno právě jeho vyhlášením, znamená to dle městského soudu, že žalobce svou zásahovou žalobou fakticky brojil proti zahájení správního řízení a podmínkám účasti v něm.

[5] Městský soud dále plně odkázal na závěry svého dřívějšího rozsudku ze 7. 11. 2013, čj. 3 A 110/2013-88, v němž ve věci stejné žalobkyně řešil totožnou právní otázku v souvislosti s předchozí aukcí kmitočtů v roce 2013, a rozsudku Nejvyššího správního soudu z 21. 1. 2020, čj. 10 As 274/2019-67. Z nich plyne, že správní řízení podle § 21 zákona o elektronických komunikacích musí jako formalizovaná procedura vyústit ve správní rozhodnutí, jež je (resp. rozhodnutí o opravném prostředku) přezkoumatelné soudem v řízení o žalobě dle § 65 a násl. s. ř. s., a to včetně procedury předcházející jeho vydání, jakož i dodržení stanovených pravidel (podmínek). V daném případě připadají v úvahu rozhodnutí i) o zastavení řízení, ii) o vyřazení účastníka z další účasti na řízení buď z důvodu nesplnění podmínek, nebo zakázaného jednání, iii) o zamítnutí žádosti v případě neúspěchu ve výběrovém řízení, a iv) o přidělu rádiových kmitočtů, s nimiž nebude spokojen. Proti posledně uvedenému rozhodnutí se žalobkyně bránila žalobou v případě aukce kmitočtů v roce 2016 (viz právě rozsudek čj. 10 As 274/2019-67). Na posuzovanou věc je z důvodu existence jiného prostředku ochrany (žaloba proti rozhodnutí správního orgánu) proto vyloučeno uplatnit zásahovou žalobu, jež je prostředkem majícím výrazně subsidiární povahu.

[6] Pohledem uvedených závěrů pak dle městského soudu nemohla obstát ani argumentace žalobkyně, že opravné prostředky proti uvedeným rozhodnutím nepředstavují relevantní možnost obrany proto, že aby byla tato rozhodnutí vůbec vydána, musela by se žalobkyně do výběrového řízení přihlásit a tím akceptovat nezákonné podmínky výběrového řízení. Městský soud k tomu konstatoval, že vyhlášení výběrového řízení a jeho podmínek je pouhým dílčím úkonem správního řízení (jeho začátkem), které nestojí samo o sobě a které musí – nebude-li zrušeno – vyústit ve vydání konkrétních správních rozhodnutí žalovaným. Až těmito rozhodnutími pak může reálně dojít k dotčení právní sféry žalobkyně. Žalobkyně se výběrového řízení může účastnit a v rámci něho předložit takovou nabídku (žádost), která bude podle jejího přesvědčení souladná se zákonem. Městský soud zdůraznil, že podmínky výběrového řízení účasti žalobkyně v daném výběrovém řízení (a s tím spojené možnosti následné obrany proti tvrzené nezákonnosti) nijak nebrání, resp. žalobkyně nijak nenamítala, že by jí účast v řízení *a priori* znemožňovaly. Je tedy na jejím uvážení, zda se bude výběrového řízení účastnit či nikoli a jakým

pokračování

způsobem je bude reflektovat, přičemž i kdyby byla pro nesplnění podmínek z výběrového řízení vyřazena, může se domoci soudní ochrany v rámci řízení o žalobě proti rozhodnutí o svém vyřazení, kde musí být nutně posuzována i zákonnost podmínek výběrového řízení, na základě nichž byla žalobkyně vyřazena. Do skončení výběrového řízení a rozhodnutí o přidělení kmitočtů jednotlivým subjektům, potažmo do ukončení účasti žalobkyně v řízení, však soudu nepřisluší nezákonnost tohoto správního řízení ani postupu žalovaného v něm (vč. způsobu uplatňování stanovených podmínek) jakkoli předjímat. Tím by totiž soud nepřípustně a v rozporu se subsidiární povahou správního soudnictví zasahoval do oblasti svěřené zákonem moci výkonné.

[7] Městský soud uvedl, že netvrdí, že nastavení podmínek výběrového řízení nemůže nijak ovlivnit další postup žalobkyně, nicméně posouzení zákonnosti podmínek výběrového řízení, jakožto řízení správního, nemůže být vzhledem ke koncepci správního soudnictví v České republice předmětem předběžné kontroly prostřednictvím žaloby na ochranu před nezákonným zásahem. Posouzení těchto otázek je totiž předmětem až následného přezkumu na základě žaloby proti rozhodnutí správního orgánu.

[8] Dále městský soud poukázal na důležitou skutečnost, že žalobkyně zásahovou žalobu podala ještě před podáním vlastní žádosti o účast v daném výběrovém řízení, tj. v pozici „pouze“ potenciálního účastníka řízení. Je tedy vůbec otázkou, jak se jí vyhlášené podmínky výběrového řízení a zahájení tohoto řízení jako takové mohly přímo dotýkat. Vyhlášením podmínek výběrového řízení se totiž žalovaný obracel na blíže neurčený okruh subjektů, které se mohly ucházet o přidělení rádiových kmitočtů (účastnit se výběrového řízení). V žádném případě tak vyhlášením nijak přímo nezasahoval do právní sféry žalobkyně, která (jak správně uvádí žalovaný) není k účasti na daném výběrovém řízení jakkoli nucena. Podmínky výběrového řízení se přitom samy o sobě (tj. do ukončení daného výběrového řízení) nemohou stávající podnikatelské činnosti žalobkyně podstatněji dotknout, stejně tak samy o sobě nemohou nyní vést ke znehodnocení dosavadních přidělů rádiových kmitočtů či majetkové újmě žalobce v podobě ušlého zisku.

Obsah kasační stížnosti

[9] Žalobkyně (dále „stěžovatelka“) podala proti usnesení městského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), d) a e) s. ř. s., neboť má za to, že její žaloba byla městským soudem odmítnuta nezákonně, přičemž nezákonnost napadeného usnesení má spočívat v nesprávném posouzení právní otázky a v neúplně zjištěném skutkovém stavu, což jej činí nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

[10] Stěžovatelka úvodem zopakovala, že právní úprava obsažená v zákoně o elektronických komunikacích ani ve správním řádu nenabízí potenciálním účastníkům jinou možnost obrany než právě žalobní návrh dle § 82 s. ř. s. Ač stěžovatelka nečiní sporným závěr městského soudu, že vyhlášení výběrového řízení představuje dílčí procesní úkon, jímž dochází k zahájení řízení, je přesvědčena, že nemožnost napadení daného procesního úkonu může ve svém důsledku vést k odepření spravedlnosti a tedy porušení práva na spravedlivý proces dle čl. 36 Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“). Závěry městského soudu totiž dle stěžovatelky nereflektovaly, že podmínky výběrového řízení vyhlášeného žalovaným mohou případným zájemcům zcela znemožnit účast ve výběrovém řízení. V tomto ohledu stěžovatelka zpochybnila argumentaci městského soudu založenou na dobrovolnosti účasti ve výběrovém řízení, neboť přidělení rádiových kmitočtů je pro (stávající) infrastrukturní operátory zcela nezbytné a jejich nezískání znamená v krátkodobém horizontu nemožnost navýšit podíl na trhu a v dlouhodobém horizontu pak dokonce až úplný ústup z trhu poskytování telekomunikačních služeb. Znemožnění účasti v důsledku nezákonných podmínek při současné nepřípustnosti zásahové žaloby tak zakládá

nemožnost soudní ochrany proti takovému nezákonnému postupu žalovaného. V tomto ohledu dle stěžovatelky neobstojí argumentace městského soudu, že zájemce přesvědčený o nezákonnosti žalovaným stanovených podmínek může i tak předložit takovou nabídku (žádost), která bude podle jeho přesvědčení souladná se zákonem, a přezkumu jejich zákonnosti se domáhat v rámci opravného prostředku (rozklad) proti rozhodnutí o vyřazení pro nesplnění podmínek. Předmětem jak rozkladového řízení, tak i následného soudního přezkumu by bylo primárně formální splnění podmínek pro vyřazení, tj. otázka zda splnil či nesplnil stanovené podmínky, nikoli však jejich zákonnost.

[11] Jinými opravnými prostředky dle § 85 s. ř. s. dle stěžovatelky nemohou být ani opravné prostředky proti rozhodnutí o přidělu či rozhodnutí o zamítnutí žádosti, protože by zájemce musel nejprve domněle nezákonné podmínky splnit, což znamená povinnost v žádosti o účast výslovně prohlásit, že všechny stanovené podmínky dobrovolně akceptuje. Žalovaný následně opravné prostředky namítající nezákonnost jím stanovených podmínek s odkazem na tuto dobrovolnost zamítá. Z toho však dle stěžovatelky plyne, že jde o dobrovolnost pouze domnělou. Jediným dalším prostředkem obrany je tak soudní přezkum. S ohledem na průměrnou délku řízení v případě žaloby proti rozhodnutí žalovaného o přidělu to znamená několik let plnit nezákonně uložené podmínky. V případě zamítnutí žádosti pak ztráta možnosti získat přiděl rádiových kmitočtů. Smyslem soudní ochrany proti stanovení nezákonných podmínek pak nemá být pouze samoučelné dosažení práva na spravedlivý proces a případné náhrady škody, ale především možnost získat přiděl a realizovat tak právo na podnikání dle čl. 26 odst. 1 Listiny. Toho lze dle stěžovatelky dosáhnout jen takovým prostředkem obrany, jenž umožní domoci se nápravy v reálném čase, tj. ihned po vyhlášení výběrového řízení a jeho podmínek. To splňuje pouze zásahová žaloba, nikoli až následný přezkum v řízení o žalobě proti konečnému rozhodnutí.

[12] Závěry městského soudu, že nezákonnost stanovených podmínek výběrového řízení lze napadnout až po jeho skončení, kdy se účastník již fakticky nedomůže opatření k nápravě, jež mu umožní získat přiděl kmitočtů, jsou dle stěžovatelky v rozporu s čl. 4 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/921/ES ze dne 7. 3. 2002, o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice), podle níž mají členské státy zajistit existenci účinných opravných prostředků [pozn. NSS: rámcová směrnice byla nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1972 ze dne 11. 12. 2018, kterou se stanoví evropský kodex pro elektronické komunikace, s transpoziční lhůtou do 21. 12. 2020, přičemž její čl. 31 odst. 1 převzal úpravu čl. 4 odst. 1 rámcové směrnice]. Takovým účinným opravným prostředkem dle stěžovatelky nemůže být žaloba proti konečnému rozhodnutí, tj. po skončení výběrového řízení.

[13] Z výše uvedeného dle stěžovatelky plyne, že závěr městského soudu o nepřipustnosti zásahové žaloby z důvodu existence jiných prostředků ochrany je postaven na nesprávném právním hodnocení a nedostatečně zjištěném skutkovém stavu.

[14] Dále stěžovatelka namítá, že i kdyby skutečně disponovala jinými prostředky ochrany proti nezákonnému postupu žalovaného, ani tak s ohledem na formulaci žalobního návrhu (petitu) nebyly dány důvody pro odmítnutí žaloby pro nepřipustnost dle § 46 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 85 s. ř. s. Městský soud se však otázkou, zda se nepřipustnost vztahuje na celou zásahovou žalobu či jen některé z uplatněných nároků (žalobních návrhů), vůbec nezabýval a odmítl ji pro nepřipustnost jako celek. Usnesení městského soudu je tak nezákonné přinejmenším ve vztahu k té části žaloby, jíž se stěžovatelka domáhala určovacího výroku, že provedený zásah byl nezákonný. O tomto žalobním návrhu měl městský soud meritorně rozhodnout tak, že buď by určil nezákonnost napadeného zásahu, nebo by jej jako nedůvodný zamítl.

pokračování

[15] Uvedené stěžovatelka dovozuje z § 85 s. ř. s. věty za středníkem, dle něž se v případě „pouze“ určovací žaloby neuplatní podmínka neexistence jiných prostředků ochrany nebo nápravy. Městský soud dle stěžovatelky vyšel z výkladu nepřipustnosti zásahové žaloby platného před účinností novely provedené zákonem č. 303/2011 Sb., jež zavedla právě možnost určovací žaloby. V důsledku toho městský soud nereflektoval, že aktuální právní úprava umožňuje subjektu dotčenému nezákonným zásahem domáhat se určení jeho nezákonnosti i v případě, kdy má k dispozici jiné prostředky ochrany či nápravy. Stěžovatelka odkázala i na komentářovou literaturu (Blažek, T. a kol.: *Soudní řád správní - online komentář*. 3. aktualizace. Praha: C. H. Beck, 2016, k § 85), podle níž žaloba na určení, že zásah byl nezákonný, ztrácí povahu subsidiárního prostředku ochrany ve vztahu k žalobě proti rozhodnutí a žalobě na ochranu proti nečinnosti správního orgánu. Dokonce připouští možnost souběžného podání jak určovací zásahové žaloby, tak i žaloby proti rozhodnutí.

[16] V tomto ohledu stěžovatelka označila odkaz městského soudu na předchozí rozsudek čj. 3 A 110/2013-88 za nepřiléhavý, neboť v tehdejší věci, byť taktéž již po novele zákonem č. 303/2011 Sb., se stěžovatelka nedomáhala „pouhého“ určení nezákonnosti zásahu, ale přijetí opatření k nápravě v podobě zrušení výběrového řízení a zastavení řízení.

[17] Stěžovatelka navrhla, aby Nejvyšší správní soud usnesení městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Vyjádření žalovaného

[18] Žalovaný se plně ztotožnil se závěry městského soudu, že vyhlášení výběrového řízení, proti kterému stěžovatelka brojila, je toliko procesním úkonem, jímž bylo pouze zahájeno správní řízení. Takový procesní úkon sám o sobě nepředstavuje zásah do práv stěžovatelky a nelze proti němu brojit zásahovou žalobou dle § 82 a násl. s. ř. s. Ke shodnému závěru dle žalovaného dospěly správní soudy ve skutkově stejných případech opakovaně, a to již v roce 2013, kdy šlo o tzv. 4G aukci. Městský soud odmítl obdobné žaloby ve věcech sp. zn. 3 A 110/2013, 8 A 155/2013, 15 A 90/2020 a 17 A 107/2020. Podrobněji žalovaný odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu z 12. 11. 2020, čj. 1 As 375/2020-88, kterým zamítl jako nedůvodnou kasační stížnost společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., jež směřovala, stejně jako kasační stížnost stěžovatelky, proti usnesení městského soudu, jímž odmítl zásahovou žalobu proti vyhlášení stejného výběrového řízení. Z rozsudku opírajícího se mj. i o rozhodovací praxi Ústavního soudu dle žalovaného jednoznačně plyne, že vyhlášení výběrového řízení není zásahem a nelze se proti tomuto procesnímu úkonu bránit zásahovou žalobou. Rozsudek prvního senátu je plně aplikovatelný na nyní projednávanou věc a žalovaný se domnívá, že není důvod, aby se osmý senát od těchto závěrů odchyloval. Výše uvedené závěry dle žalovaného vyvracejí všechny námitky uplatněné žalobkyní v kasační stížnosti, jimiž argumentuje, že zásahová žaloba je jediným ochranným prostředkem, který má dle správního řádu k dispozici.

[19] Žalovaný dále uvedl, že stěžovatelka v aukční fázi výběrového řízení nezískala aukční blok A3, s nímž je jako s jediným spojen závazek národního roamingu. Závazek národního roamingu se na ni tedy neuplatní. Vzhledem k tomu, že stěžovatelka žalobou napadá vyhlášení výběrového řízení zejména ve vztahu k závazku národního roamingu, je celá kasační stížnost (jakož i původní žaloba) věcně bezpředmětná. To dokládá, že stěžovatelkou tvrzený „zásah“ do jejích práv byl v tomto případě zcela hypotetický.

[20] Vzhledem k tomu, že zásahová žaloba míří proti úkonu, který svou povahou není ani nemůže být zásahem, je dle žalovaného nutné ji odmítnout z důvodu chybějící podmínky řízení. Proto nesouhlasí s názorem stěžovatelky, že městský soud pochybil, neboť z důvodu existence jiných prostředků ochrany či nápravy odmítl zásahovou žalobu i ve vztahu k určovacímu návrhu

(petitu). Důvody pro odmítnutí žaloby spočívající v chybějící podmínce řízení (plausibilní tvrzení nezákonného zásahu) totiž logicky platí stejně jak ve vztahu k zápůřčí tak i určovací zásahové žalobě.

[21] Nadto žalovaný uvedl, že zásahové žaloby jsou vždy subsidiární, a proto v případě, kdy má stěžovatelka k dispozici jiný prostředek ochrany, nejsou přípustné. To platí pro i pro určovací zásahové žaloby, jak plyne mj. z rozsudku Nejvyššího správního soudu z 16. 12. 2015, čj. 8 Azs 144/2015-30. Pakliže tedy městský soud odmítl žalobu s odkazem na subsidiaritu zásahových žalob, není takové rozhodnutí v rozporu s § 85 s. ř. s. a zcela jistě nezakládá důvod pro zrušení napadeného usnesení, jak požaduje stěžovatelka v kasační stížnosti. K tomu žalovaný též dodal, že určovací zásahová žaloba zjevně míří na situace, kdy se žalobce domáhá deklaratorního určení, že ukončený zásah byl nezákonný. V případě probíhajících zásahů není dán důvod pro upřednostnění určovacích žalob před žalobami zápůřčími.

[22] Ani skutečnost, že městský soud žalobu odmítl dle § 46 odst. 1 písm. d) s. ř. s. s odkazem na její nepřipustnost, nikoliv dle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. z důvodu chybějící podmínky řízení, není dle žalovaného důvodem pro zrušení napadeného usnesení, jak shodně uzavřel Nejvyšší správní soud v usnesení čj. 1 As 375/2020-88, bod 79.

[23] Žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl jako nedůvodnou.

Replika stěžovatelky

[24] S odkazem na svoji žalobu a kasační stížnost stěžovatelka zopakovala, že její určovací zásahová žaloba proti podmínkám vyhlášeného výběrového řízení je přípustná, a proto odmítla argumentaci žalovaného. Sama skutečnost, že ve výběrovém řízení získala rádiové kmitočty, neznámá, že nebylo a nadále nebude v důsledku nezákonného postupu žalovaného zasaženo do jejích práv a právem chráněných zájmů. Stejně tak to neznámá, že by v případě zákonného postupu žalovaného při vyhlášení výběrového řízení nemohla stěžovatelka dosáhnout lepšího výsledku, ať již co do rozsahu získaného rádiového spektra, vydražené ceny či podmínek s vydraženým spektrem spojeným.

[25] Dále stěžovatelka rozhojnila své kasační námitky ohledně rozdílu mezi tím, jaký dopad do jejích práv má nezákonnost postupu žalovaného v době vyhlášení výběrového řízení a v době vydání meritorního rozhodnutí. Obrana proti jakémukoli z rozhodnutí přicházejících v úvahu je totiž dle stěžovatelky obranou proti zcela jiným dopadům do jejích práv a právem chráněných zájmů. Směřuje totiž proti buď proti konkrétním povinnostem uloženým rozhodnutím o přidělu, či proti znemožnění účasti v důsledku vyřazení. Jak však zmínil sám žalovaný ve vyjádření, procesní obrana proti rozhodnutí nemůže směřovat proti povinnostem, které dané rozhodnutí dotčenému subjektu neukládá, ani proti dopadům, jež nelze v řízení o opravném prostředku změnit. Skutečnost, že na stěžovatelku nedopadá závazek národního roamingu, neznámá, že existence takového závazku ve vztahu k jinému účastníku trhu poskytování telekomunikačních služeb nepředstavuje zásah do jejích práv. Subjekty oprávněné z národního roamingu, nezávisle na tom, kdo je k tomuto závazku povinný, resp. že je k němu povinný subjekt odlišný od stěžovatelky, jsou totiž vždy zvýhodněny oproti stěžovatelce (dokonce do takové míry, že se může jednat o veřejnou podporu neslučitelnou s pravidly vnitřního trhu EU), ač na tu povinnost ze závazku nedopadají. Celá řada žalovaným stanovených podmínek totiž představuje potenciální výhodu pro konkrétní účastníky či okruh účastníků daného trhu nezávisle na tom, zda se těmito podmínkami dotčené subjekty výběrového řízení zúčastní či nikoli. Jinými slovy, pokud bude stěžovatelka dotčena povinností uloženou jinému subjektu, nebude mít možnost v rámci opravného prostředku proti meritornímu rozhodnutí ve své věci uložení takové povinnosti jinému napadnout.

pokračování

[26] Na příkladu podmínek ohledně spektrálního limitu pak stěžovatelka poukázala na neefektivitu obrany až proti konečnému rozhodnutí, neboť ani v případě později shledané nezákonnosti podmínek již nepřichází v úvahu skutečné opatření k nápravě v podobě získání přidělu rádiových kmitočtů nad rámec nezákonně stanoveného maxima, ale nanejvýš pouze možnost domáhat se nároku na náhradu způsobené škody. To však není a nemá být smyslem obrany.

[27] Stěžovatelka tak má za to, že opravnými prostředky proti meritornímu rozhodnutí se nejen nelze bránit proti dopadům nezákonně stanovených podmínek výběrového řízení, ale disponují jimi pouze účastníci výběrového řízení. Ostatní subjekty, jež se z jakéhokoli důvodu řízení neúčastní, se proti nezákonným podmínkám negativně ovlivňujícím trh poskytování telekomunikačních služeb s dopadem i do jejich práv bránit nemohou.

[28] Ač se tedy v případě vyhlášení výběrového řízení jedná o dílčí procesní úkon, proti němuž se zásadně nelze bránit zásahovou žalobou, je stěžovatelka přesvědčena, že v tomto konkrétním případě jsou splněny podmínky formulované Nejvyšším správním soudem pro výjimku z tohoto obecného pravidla. Odkázala konkrétně na rozsudek z 18. 12. 2019, čj. 1 Afs 458/2018-42, č. 3965/2020 Sb. NSS, bod 20. V této souvislosti stěžovatelka spatřuje jistou analogii se zadávacím řízením na veřejnou zakázku a je přesvědčena, že by měla existovat možnost bránit se samostatně již proti stanoveným podmínkám vyhlášeného výběrového řízení stejně jako je tomu v případě zadávacích podmínek veřejné zakázky.

Duplika žalovaného

[29] Žalovaný úvodem zmínil, že došlo ke změně skutkového stavu ve vztahu k předmětu řízení. Dne 18. 1. 2021 žalovaný v souladu s § 21 odst. 8 a § 22 zákona o elektronických komunikacích stěžovatelce vydal rozhodnutí o udělení práv k využívání rádiových kmitočtů (tzv. přiděl). Jelikož stěžovatelka nevyužila svého práva podat proti přidělu rozklad, nabytý 4. 2. 2021 přiděl právní moci.

[30] Dále žalovaný zopakoval, že judikatura správních soudů včetně Nejvyššího správního soudu jednoznačně potvrzuje, že vyhlášení výběrového řízení není a nemůže být zásahem ve smyslu § 82 a násl. s. ř. s. a proti tomuto procesnímu úkonu se nelze bránit zásahovou žalobou pro nedostatek podmínky řízení.

[31] Možnost stěžovatelky bránit se proti poškození jejích subjektivních práv podáním rozkladu proti správnímu rozhodnutí případně následnou žalobou dle žalovaného není domnělá. Správní řád i soudní řád správní předpokládají, že proti rozhodnutí se může bránit jakákoliv dotčená osoba, nikoliv jen adresát konkrétního rozhodnutí, jak nesprávně tvrdí stěžovatelka. Rozklad proti meritornímu rozhodnutí umožňuje a výslovně předpokládá také možnost obrany proti nezákonnosti, resp. nesprávnosti předcházejícího správního řízení včetně stanovených podmínek. Stěžovatelka se proto nemůže ocitnout v situaci, v níž by byla její subjektivní práva bezprostředně poškozena (např. vydáním rozhodnutí jinému účastníku výběrového řízení), aniž bude mít proti takovému poškození procesní obranu.

[32] Závěrem uvedl, že výběrové řízení dle § 21 zákona o elektronických komunikacích je správním řízením o výběru žádosti dle § 146 správního řádu, které nepředstavuje specifický správní postup, jenž by svou povahou natolik vybočoval z kontur správního řízení, že by si žádal zcela nestandardní aplikaci soudního řádu správního, natož analogickou aplikaci zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

[33] Stěžovatelka následně zaslala tripliku, v níž převážně shrnuje a opakuje svá předchozí vyjádření, nově pouze rozhojňuje příklad ohledně podmínek spektrálního limitu.

V. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[34] Na úvod Nejvyšší správní soud připomíná, že ačkoli stěžovatelka podala kasační stížnost také z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., je-li kasační stížností napadeno usnesení městského soudu o odmítnutí návrhu, přichází v úvahu z povahy věci pouze kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. e) s. ř. s., tedy namítaná nezákonnost rozhodnutí o odmítnutí návrhu (nebo zastavení řízení). K tomuto závěru dospěla ustálená judikatura Nejvyššího správního soudu, např. rozsudek z 21. 4. 2005, čj. 3 Azs 33/2004-98, č. 625/2005 Sb. NSS nebo rozsudek z 22. 9. 2004, čj. 1 Azs 24/2004-49, č. 427/2005 Sb. NSS.

[35] Podle § 46 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. *nestanoví-li tento zákon jinak, soud usnesením odmítne návrh, a) jestliže soud o téže věci již rozhodl nebo o téže věci již řízení u soudu probíhá nebo nejsou-li splněny jiné podmínky řízení a tento nedostatek je neodstranitelný nebo přes výzvu soudu nebyl odstraněn, a nelze proto v řízení pokračovat, d) návrh je podle tohoto zákona nepřijatelný.*

[36] Podle § 82 s. ř. s. *se může každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením (dále jen „zásah“) správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasazeno, žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu nebo určení toho, že zásah byl nezákonný.*

[37] Podle § 85 s. ř. s. *je žaloba nepřijatelná, lze-li se ochrany nebo nápravy domáhat jinými právními prostředky; to neplatí v případě, domáhá-li se žalobce pouze určení, že zásah byl nezákonný.*

[38] Stěžovatelka v kasační stížnosti podala obsáhlou argumentaci ve prospěch tvrzení, že stanovení podmínek výběrového řízení může představovat (nezákonný) zásah žalovaného ve smyslu § 82 s. ř. s.

[39] Identickou právní i skutkovou otázkou se již Nejvyšší správní soud zabýval v nedávném rozsudku čj. 1 As 375/2020-88, jímž zamítl jako nedůvodnou kasační stížnost společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., která taktéž směřovala proti usnesení městského soudu, jímž odmítl zásahovou žalobu proti vyhlášení stejného výběrového řízení. Jelikož stěžovatel ve věci řešené prvním senátem považoval vyhlášení výběrového řízení primárně za opatření obecné povahy, podal návrh na jeho zrušení a (až) *in eventum* žalobu na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného spočívajícím ve vyhlášení výběrového řízení a jeho podmínkách. Nejvyšší správní soud v uvedeném rozsudku dospěl k závěru, že vyhlášení výběrového řízení podle § 21 zákona o elektronických komunikacích, jehož účelem je udělit právo k využívání rádiových kmitočtů (zde pro vybudování mobilního pokrytí ve standardu sítí 5G), není opatřením obecné povahy. Jedná se o procesní úkon správního orgánu, který sám o sobě nemůže zasáhnout do veřejných subjektivních práv adresáta.

[40] Osmý senát se se závěry prvního senátu ztotožňuje a neshledal proto důvodu se od nich odchýlit. Za stěžejní ve vztahu k námitkám stěžovatelky v nynější věci pak osmý senát považuje níže citované pasáže rozsudku čj. 1 As 375/2020-88, jež přebírá:

[55] Nejvyšší správní soud se ztotožnil s městským soudem v tom, že samotný úkon vyhlášení výběrového řízení pro stěžovatelku nepřináší žádné závazné povinnosti, jejichž nedodržení by se jakýmkoliv způsobem mohlo negativně dotknout její právní sféry. Zákon o elektronických komunikacích s procesním úkonem spočívajícím ve vyhlášení výběrového řízení odpůrcem nespojuje vznik jakékoliv povinnosti stěžovatelky či jiné osoby účastnit se výběrového řízení, případná účast

pokračování

kobokoliv je dobrovolná. Vyhlášení výběrového řízení je pouze prvotním krokem, který je nutným předpokladem dalšího postupu, avšak sám o sobě potenciálně zainteresovaným subjektům žádná práva ani povinnosti nestanoví, neboť mohou být stanovena jedině konečným rozhodnutím odpůrce. Právní řád neposkytuje samostatnou ochranu proti jednotlivým procesním úkonům správního orgánu, které směřují k vydání rozhodnutí a které samy o sobě nepředstavují zásah do práv účastníka řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 7. 2006, č. j. 8 Aps 2/2006 – 95); zákonnost procesních otázek včetně zahájení správního řízení lze zkoumat v řízení o žalobě proti konečnému rozhodnutí. Jinak řečeno, lze-li předpokládat, že ve správním řízení bude vydáno rozhodnutí, pak v rámci žaloby proti němu lze zkoumat i zákonnost správního procesu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 1. 2017, č. j. 2 As 260/2016 – 44).

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

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

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

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

[60] K tvrzené neefektivnosti obrany Nejvyšší správní soud dodává, že „podmíněnost vyčerpání opravných prostředků ve správním řízení před podáním žaloby k soudu je nutno vnímat jako provedení zásady subsidiarity soudního přezkumu a minimalizace zásahů soudů do správního řízení. To znamená, že účastník správního řízení musí zásadně vyčerpat všechny prostředky k ochraně svých práv, které má ve svojí procesní dispozici, a teprve po jejich marném vyčerpání se může domáhat soudní ochrany. Soudní přezkum správních rozhodnutí je totiž koncipován až jako následný prostředek ochrany subjektivně veřejných práv, který nemůže nahrazovat prostředky nacházející se uvnitř veřejné správy.“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, č. j. 2 Afs 98/2004 – 65, č. 672/2005 Sb. NSS). Zásada subsidiarity soudního přezkumu a zákonem určená posloupnost úkonů správního orgánu ve správním řízení neumožňují okamžitou obranu proti jednotlivým procesním krokům. Nyní posuzovaná věc přitom není ojedinělým případem; s obdobnou situací se lze setkat například v souvislosti s obranou proti obsahu závazného stanoviska (např. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 8. 2011, č. j. 2 As 75/2009 – 113, č. 2434/2011 Sb. NSS).

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

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

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

b) K přípustnosti žaloby na ochranu před nezákonným zásahem

...

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

pokračování

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

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

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

[68] *Případ posuzovaný ESLP v rozsudku Delta pekárny se týkal šetření, které Úřad pro ochranu hospodářské soutěže provedl v sídle jmenované společnosti. Nedostatky soudního přezkumu, který byl ve věci realizován prostřednictvím žalob podle § 65 s. ř. s., soud spatřoval v tom, že ani jedno z národních soudních řízení se netýkalo průběhu místního šetření a neexistoval opravný prostředek, jímž by bylo možné průběh šetření napadnout. Jinak řečeno, následná soudní kontrola neposkytla dostatek záruk k tomu, aby bylo zamezeno riziku zneužití pravomoci žalovaného správního orgánu. Za okolností tam řešené věci by zásahová žaloba podle mínění soudu byla neúspěšná, a to buď kvůli nesplnění podmínky, podle níž žaloba musela směřovat proti zásahu, který trvá nebo u nějž brozí opakování (tato podmínka byla k 1. 1. 2012 zrušena), nebo kvůli jejímu podpůrnému charakteru ve vztahu k žalobě proti rozhodnutí správního orgánu. V reakci na citovaný rozsudek Nejvyšší správní soud konstatoval, že adekvátním prostředkem soudní kontroly proti nezákonnému místnímu šetření je právě zásahová žaloba, z jejíž subsidiární povahy naopak plyne přípustnost žaloby v situaci, kdy jiný prostředek soudní ochrany není přípustný. Důsledkem subsidiarity zásahové žaloby tak není vznik mezery v ochraně veřejných subjektivních práv, ale naopak zacelení takových mezer, nenabízí-li právní řád jiný nástroj ochrany (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2016, č. j. 5 Afs 7/2011 – 799).*

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

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

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

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

[73] *Stěžovatelkou tvrzené okolnosti přitom nenaplnují podmínku intenzity ani výjimečných okolností, z níž kasační soud vycházel ve stěžovatelské odkazované rozsudku č. j. 1 Afs 458/2018 – 42, a nedosahují tak intenzity porušení práva na přístup k soudu, neboť vyhlášení výběrového řízení je pouze procesním úkonem. Poskytnutí soudní ochrany v tomto případě nelze s odkazem na tvrzenou neefektivitu „předsunout“ již do fáze probíhajícího výběrového řízení. ...*

pokračování

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

[75] *Úloha správního soudu spočívá v přezkumu zákonnosti žalobou napadeného úkonu správního orgánu, případně též řízení, které mu předcházelo. Úkolem správního soudu však v žádném případě není a nemůže být nahrazování rozhodování správního orgánu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2008, č. j. 3 As 13/2007 – 75, č. 2202/2011 Sb. NSS). Pokud by byl soudní přezkum dílčích procesních úkonů obecně přípustěn, správní soudy by svými rozhodnutími zasahovaly do správního řízení před jeho ukončením a nepřijatelně by tak ovlivňovaly rozhodovací činnost správních orgánů (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 2. 2014, č. j. 7 Aps 2/2013 – 35).*

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

[77] *Nejvyšší správní soud s ohledem na výše řečené uzavírá, že městský soud nepochybil, pokud žalobu na ochranu před nezákonným zásahem odmítl. Namítaná nezákonnost podmínek výběrového řízení se totiž stěžovatelky může relevantním způsobem dotknout pouze prostřednictvím případného meritorního rozhodnutí o stěžovatelčině žádosti ve výběrovém řízení; nerozlučně totiž souvisí s konečným rozhodnutím o přidělu kmitočtů či o zamítnutí žádosti. Stěžovatelka má totiž v případě potřeby k dispozici dostatečně efektivní nástroj ochrany, kterým je (po vyčerpání řádného opravného prostředku) žaloba podle § 65 s. ř. s. Použití žaloby proti rozhodnutí správního orgánu*

plně koresponduje se systémovými východisky správního soudnictví i principem dělby moci. V této chvíli je však použití správní žaloby proti rozhodnutí stále pouze teoretickou možností, neboť správní orgán dosud meritorně nerozhodl a obávaná nezákonnost spočívající v porušení procesních či hmotněprávních norem je proto pouze hypotetická.

[41] Výše uvedená část odůvodnění dle Nejvyššího správního soudu plně dopadá i na nyní projednávanou věc a, s výjimkou uvedenou dále, vyvrací všechny stěžovatelčiny námitky, jež se ostatně z velké části překrývaly s námitkami jiné stěžovatelky v tehdejší věci. Zdejší soud proto nepovažoval za nutné reagovat zvláště na každou jednotlivou námitku stěžovatelky. Není totiž „porušením práva na spravedlivý proces, jestliže obecné soudy nebudují vlastní závěry na podrobné oponentuře (a vyvracení) jednotlivě vznesených námitek, pakliže proti nim staví vlastní ucelený argumentační systém, který logicky a v právu rozumně vyloží tak, že podpora správnosti jejich závěrů je sama o sobě dostatečná“ [nález Ústavního soudu z 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08 (N 26/52 SbNU 247)]. Převzatá citovaná pasáž rozsudku čj. 1 As 375/2020-88 představuje právě takový ucelený argumentační systém vyvracející námitky stěžovatelky. Ostatně sama stěžovatelka s posledně uvedeným rozsudkem zdejšího soudu ve svých podáních (doplnění kasační stížnosti, replika) ani nikterak nepolemizuje, přestože v té době jí byl rozsudek prvního senátu s největší pravděpodobností již znám.

[42] Nad rámec vypořádaných námitek stěžovatelka argumentovala, že usnesení městského soudu je nezákonné přinejmenším ve vztahu k té části žaloby, jíž se stěžovatelka domáhala určovacího výroku, neboť o tomto žalobním návrhu měl městský soud meritorně rozhodnout. To dovozuje z toho, že novela s. ř. s. provedená zákonem č. 303/2011 Sb. zavedla určovací zásahovou žalobu, jež nemá povahu subsidiárního prostředku ochrany ve vztahu k žalobě proti rozhodnutí a žalobě na ochranu proti nečinnosti správního orgánu.

[43] Uvedené úvahy stěžovatelky je však nutno z několika důvodů odmítnout jako nesprávné. Již v rozsudku z 16. 12. 2015, čj. 8 Azs 144/2015-30, dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že princip subsidiarity zásahových žalob dle § 82 a násl. s. ř. s. nebyl dotčen novelou soudního řádu správního provedenou zákonem č. 303/2011 Sb. a nadále platí i u žalob, jimiž se žalobce domáhá určení nezákonnosti zásahu. V rozsudku z 8. 11. 2018, čj. 10 As 220/2016-204, bod 43, pak zdejší soud uzavřel, že rozhodně neplatí, že by čistě deklaratorní (tj. určovací) žaloba ztrácela svou subsidiární povahu vůči žalobě proti rozhodnutí či žalobě nečinnosti.

[44] Elementární je však především to, že dle výše citovaných závěrů Nejvyššího správního soudu se v případě stanovení podmínek výběrového řízení dle § 21 zákona o elektronických komunikacích o zásah ve smyslu § 82 s. ř. s. vůbec nejedná, neboť jde o takový procesní úkon správního orgánu, který sám o sobě nemůže zasáhnout do veřejných subjektivních práv adresáta. Pravidlo stanovené § 2 s. ř. s., že ve správním soudnictví poskytují soudy ochranu pouze veřejným subjektivním právům, samozřejmě platí i při ochraně poskytované podle § 82 a násl. s. ř. s. (rozsudek Nejvyššího správního soudu z 16. 2. 2006, čj. 7 Aps 2/2005). Jinými slovy, není-li „ve hře“ veřejné subjektivní právo, nelze vůbec uvažovat o zásahu správního orgánu ve smyslu § 82 s. ř. s. V takovém případě jde o neodstranitelný nedostatek v podobě chybějící podmínky řízení, která spočívá v přípustitelném tvrzení (nezákonného) zásahu. Nejsou-li dány podmínky řízení, neboť napadený úkon zjevně a nepochybně nemůže být ze své podstaty zásahem, nelze hodnotit ani přípustnost zásahové žaloby, zde z hlediska (ne)existence jiných prostředků ochrany nebo nápravy, a žaloba musí být odmítnuta podle § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[45] V tomto ohledu, obdobně jako v rozsudku čj. 1 As 375/2020-88, body 78 a 79, je tedy třeba korigovat závěr městského soudu v tom smyslu, že městský soud nesprávně žalobu odmítl pro nepřipustnost dle § 46 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 85 s. ř. s., ač tak měl učinit z důvodu

pokračování

obsaženého v § 46 odst. 1 písm. a) s. ř. s. „*Nejedná se však o pochybení, pro něž by Nejvyšší správní soud musel přistoupit ke zrušení napadeného usnesení. Takový postup považuje Nejvyšší správní soud za ryze formální a odporující zásadě procesní ekonomie, neboť zrušení napadeného usnesení by vedlo pouze k opětovnému odmítnutí zásabové žaloby, byť ze správného důvodu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 2. 2006, č. j. 1 Afs 129/2004 – 76, č. 1476/2008 Sb. NSS, nebo ze dne 28. 3. 2018, č. j. 8 As 83/2017 – 97). Kromě prodloužení řízení a zvýšených výdajů jeho účastníků by výsledek řízení o zásabové žalobě nedoznal změny.*“ (rozsudek čj. 1 As 375/2020-88, bod 79). Obdobně lze poukázat na závěry plynoucí z rozsudků Nejvyššího správního soudu ze 14. 12. 2009, čj. 5 Afs 104/2008-66, či z 28. 2. 2012, čj. 4 As 41/2011-33.

Závěr a náklady řízení

[46] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl, přičemž v části nahradil nesprávné důvody městského soudu.

[47] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první a § 60 odst. 7 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka nebyla v řízení o kasační stížnosti úspěšná, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, Nejvyšší správní soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jako ústřední orgán státní správy by měl být schopen sám svoji správní činnost a své rozhodnutí kvalifikovaně hájit v soudním řízení správním. Ač žalovanému tedy se zastoupením náklady řízení spojené se zastoupením advokátem vznikly, Nejvyšší správní soud je nepovažuje za účelně (důvodně) vynaložené a ve smyslu § 60 odst. 7 s. ř. s. shledal důvody hodné zvláštního zřetele pro jejich nepřiznání [např. rozsudek Nejvyššího správního soudu z 26. 4. 2007, čj. 6 As 40/2006-87, č. 1260/2007 Sb. NSS, či nález ÚS z 24. 11. 2009, sp. zn. IV. ÚS 1087/09, (N 243/55 SbNU 349)].

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 9. března 2021

Milan Podhrázký
předseda senátu