

Český telekomunikační úřad  
Sokolovská 219  
190 00 Praha 9

ID DS: a9qaats

**K č.j. ČTÚ-12 711/2020-613**

**Připomínkovatel:**

Mgr. Pavla Trnková, advokátka,  
IČ: 02477301, se sídlem: 61200 Brno - Ponava, U Červeného mlýna 64/1,  
zapsaná v seznamu advokátů ČAK pod ev. č. 15419.

  
**ADVOKÁT**   
Mgr. Trnková  
Mgr. Pavla Trnková, advokátka  
U Červeného mlýna 1, 612 00 Brno  
IČ: 024 77 301, ev. č.: ČAK 15419

**Věc: Připomínky k Vyhlášení výběrového řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz a 3440–3600 MHz**

*elektronicky – datovou schránkou*

1

**Obecná zásadní připomínka k celému dokumentu:**

Vyhlášení výběrového řízení jako jedno z opatření pro podporu hospodářské soutěže zařazuje povinnost žadatele přijmout závazek velkoobchodní nabídky, který je blíže upraven v částech 2.2.6 a 8.2 vyhlášení, v kapitole 2 Přílohy 2A a v kapitole 1 Přílohy 2B vyhlášení výběrového řízení.

Obsahem závazku je zejména:

- 1) že vydražitel přidělu rádiových kmitočtů bude na výzvu v dobré víře jednat s každým zájemcem o přístup o uzavření smlouvy o přístupu k veřejné komunikační síti provozované s využitím rádiových kmitočtů v pásmu 700 MHz získaných na základě tohoto výběrového řízení pro účely poskytování služby vysokorychlostního přístupu k internetu ze strany zájemce o přístup,
- 2) že takový vydražitel nebude zájemcům o přístup klást v procesu jednání o uzavření smlouvy o přístupu žádné administrativní, právní ani jiné překážky a vyžadovat splnění podmínek, které nejsou pro proces uzavření smlouvy o přístupu nezbytně nutné, nejsou nutné pro řádné poskytování elektronických komunikačních služeb na základě smlouvy o přístupu a které nejsou běžné pro uzavírání komerční dohody, a především,
- 3) že na základě výše uvedeného poskytne zájemci přístup ke své síti provozované s využitím rádiových kmitočtů v pásmu 700 MHz tak, aby zájemci bylo umožněno poskytování nezávislých a celoplošných služeb elektronických komunikací v rozsahu, kvalitě a s geografickým pokrytím území a obyvatelstva České republiky, které nejsou horší než

rozsah, kvalita a geografické pokrytí území a obyvatelstva České republiky služeb vysokorychlostního přístupu k internetu poskytovaných příslušným držitelem přidělu v pásmu 700 MHz nebo v nižším rozsahu, kvalitě a s nižším geografickým pokrytím území a obyvatelstva České republiky, pokud jsou služby takto specifikovány a požadovány zájemcem o přístup.

Za účelem splnění závazku velkoobchodní nabídky se držitel přidělu v pásmu 700 MHz zaváže vypracovat a příslušným způsobem uveřejnit dvě závazné referenční nabídky na přístup k síti ve formě, rozsahu a s náležitostmi stanovenými na základě ustanovení § 82 odst. 4 zákona o elektronických komunikacích.

Ačkoliv je tento závazek v rámci vyhlášení a souvisejících materiálů slohově formulován jako vlastní prohlášení žadatele o přiděl, žadatel, který má zájem účastnit se výběrového řízení, nemá možnost rozhodnout se, že daný závazek nepřijme, nebo že upraví jeho obsah. Chce-li se žadatel účastnit výběrového řízení a potencionálně v něm i uspět, pak nemá na výběr a závazek v přesně předepsané formě i obsahu musí převzít. Neučiní-li tak bude z výběrového řízení ve smyslu jeho částí 9.6 a 9.7 vyřazen. Označení tohoto institutu jako „závazku“ je proto zavádějící, neboť se jedná o podmínku výběrového řízení ve smyslu ustanovení § 21 odst. 2 zákona o elektronických komunikacích.

Podmínka velkoobchodní nabídky je formulována podobně, jako tomu bylo v případě předchozího výběrového řízení na udělení práv k využívání rádiových kmitočtů k zajištění veřejné komunikační sítě v pásmech 800 MHz, 1800 MHz a 2600 MHz vyhlášeného v roce 2013. Maximální možné zachování kontinuity s předchozími výběrovými řízeními ostatně Český telekomunikační úřad jako předkladatel návrhu vyhlášení na jeho řádku 388 deklaruje jako jedno z východisek při přijímání nynější úpravy závazku velkoobchodní nabídky.

2

Podmínka výběrového řízení spočívající v povinnosti žadatele o přiděl kmitočtů převzít závazek velkoobchodní nabídky je v návrhu vyhlášení výběrového řízení a v souvisejících přílohách upravena nezákonně, a to do míry, která zasahuje do základních práv žadatelů. Takový zásah přitom není proporcionální přínosu, který by opatření mělo sledovat.

### **Zákonný základ uložení podmínky velkoobchodní nabídky**

V prvé řadě platí, že v případě regulace představované podmínkou přijetí závazku velkoobchodní nabídky nejsou naplněna kogentní ustanovení zákona o elektronických komunikacích.

Ustanovení § 21 odstavce 2 zákona o elektronických komunikacích stanoví, že: „*Podmínky účasti ve výběrovém řízení stanoví Úřad s přihlédnutím ke splnění cílů obsažených v § 5 odst. 2 až 4 a v souladu se zásadami uvedenými v § 6.*“

§ 5 odst. 4 zákona o elektronických komunikacích upravuje dva z pohledu tohoto výběrového řízení protichůdné motivy pro činnost ČTÚ a MPO, a to že tyto orgány:

„b) vytváří podmínky pro hospodářskou soutěž ku prospěchu spotřebitelů a v odůvodněných případech podporují hospodářskou soutěž v oblasti infrastruktury,

c) podporují efektivní investice do inovace stávající infrastruktury nebo výstavby nové infrastruktury, a to i tím, že zajišťují, aby jakákoli povinnost spojená s přístupem k infrastruktuře řádně zohlednila rizika, která nese investující podnikatel, a vytváří podmínky pro uzavírání dohod o spolupráci mezi ním a stranou, která usiluje o přístup, aby se investiční rizika rozložila, a přitom zajišťují zachování hospodářské soutěže na trhu a dodržování zásady nediskriminace.“

Jak je uvedeno níže v tomto vyjádření, závazek velkoobchodní nabídky zdánlivě splňuje kritérium uvedené v § 5, odstavci 4, písmenu b), dle kterého musí ČTÚ vytvářet podmínky pro hospodářskou soutěž. Závazek velkoobchodní nabídky ale z dále uvedených důvodů stojí v rozporu s požadavkem na podporu efektivních investic do výstavby nové infrastruktury, kterou je z pohledu tohoto výběrového řízení infrastruktura pro provoz sítí ve standardu 5G.

Českému telekomunikačnímu úřadu jako správnímu orgánu přísluší na základě správního uvážení rozhodnout, který z uvedených zájmů dle § 5 odst. 4 ZEK v případě jejich kolize upřednostní. Ve svém rozhodování nicméně nesmí postupovat svévolně a musí aplikovat test proporcionality tak, jak je popsán níže. Jinak jedná v rozporu nejen s principy dobré správy ale zároveň i s ústavními požadavky na vázanost výkonu státní moci zákonem a na předvídatelnost právních norem. Z testu proporcionality jasně vyplývá, že závazek velkoobchodní nabídky je nepřiměřený, a proto jako státní regulace nepřijatelný.

### **Zásah do práv operátorů**

Infrastrukturní operátoři poskytující veřejně dostupné mobilní služby elektronických komunikací potřebují pro výkon své činnosti přístup k rádiovému spektru. Obzvláště důležité pro ně jsou rádiové frekvence nižší než 1 GHz, které se z důvodu svých fyzikálních vlastností velmi dobře šíří prostorem a jsou proto vhodné k pokrývání rozsáhlého území signálem potřebným pro mobilní telefonii a související služby. Pořízení infrastruktury nutné k poskytování vyspělých mobilních služeb za konkurenceschopných podmínek a na celém území České republiky je extrémně zatěžující investicí, která musí být vyvážena možností implementace vhodných obchodních modelů zajišťujících operátorům přiměřené příjmy. S ohledem na konkurenční podmínky na trhu elektronických komunikací je tak mobilním operátorům dáno jen velmi úzké rozmezí mezi příjmy a výdaji, v němž mohou efektivně ekonomicky existovat a vykonávat své činnosti. Jakýkoliv zásah do tohoto systému snižující hladinu očekávaných příjmů může znamenat, že investice již nebude rentabilní.

Pro mobilní operátory je v současné době zcela imperativní, aby získali přiděly v pásmu 700 MHz, neboť toto pásmo má dle národních i evropských strategických dokumentů umožnit rozvoj široce dostupných sítí 5G pro komunikaci s velkou mírou jistoty příjmu. Bez možnosti poskytovat na trhu mobilní služby ve standardu 5G nebude operátor do budoucna konkurenceschopný a vystavuje se riziku odlivu zákazníků a následně tržního neúspěchu. Z dlouhodobého hlediska proto platí, že pro mobilní operátory představuje zisk přidělu v pásmu 700 MHz nezbytnou podmínku

pokračování v jejich podnikatelské činnosti.

S ohledem na nutnost zavádění technologie umožňující tento zcela nový vysoce pokročilý standard elektronické komunikace bude velice důležité zajistit, aby investici operátora do výstavby 5G sítí vyvažoval reálný předpoklad dostatečných příjmů z poskytování služeb zákazníkům. Stejně tak platí, že dostatečně spolehlivá 5G řešení budou vyžadovat velmi silnou disponibilní kmitočtovou výbavu, aby byla zajištěna dostatečná kapacita a plynulost provozu i při velmi vysokých počtech zařízení na jednu základnovou stanici.

Závazek povinné velkoobchodní nabídky do obou principů, jak rentability, tak nezbytné systémové kapacity, zasahuje. Je přitom lhotežné, do jaké míry bude reálně využíván, neboť v souladu s požadavkem na péči řádného hospodáře musí operátor v rámci svého plánování alokovat alespoň určitou minimální rezervu na poskytování velkoobchodního přístupu potenciálním žadatelům. Právě s ohledem na výše uvedenou existenciální důležitost přístupu k pásmům pro provoz sítí 5G podmínka účasti ve výběrovém řízení na kmitočty v pásmu 700 MHz spočívající v povinnosti převzít závazek velkoobchodní nabídky představuje omezení s předpokládaným škrtícím efektem pro budoucí výkon podnikatelské činnosti operátorů a tím pádem i zásah do práva podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost dle ustanovení čl. 26 odst. 1 LZPS.

Je zřejmé, že stát je oprávněn prostřednictvím regulace zasahovat do práv podnikatelských subjektů působících na jeho území. Realizace takových zásahů je v jednotlivých případech zdůvodněna ochranou jiného práva nebo veřejným zájmem. Kolize práva narušovaného a práva zdůvodňujícího je dle konstantní judikatury Ústavního soudu posuzována za pomoci testu přiměřenosti (proporcionality), jak je tento vyložen níže. Je-li test proporcionality splněn, lze úpravu přijmout, neboť naplňuje požadavky materiálního právního státu, zejména zásadu zákonnosti a zásadu předvídatelnosti právní úpravy. V takovém případě také splňuje pravidla o mezích základních práv a svobod. Neprojde-li však regulace testem proporcionality, není její přijetí s ohledem na uvedené zásady možné.

Podmínka velkoobchodní nabídky dle testu proporcionality není přiměřená.

### Test proporcionality

Test proporcionality byl Ústavním soudem vyložen například v jeho plenárním nálezu ze dne 13. srpna 2002 ve věci sp. zn. Pl. ÚS 3/02, kde soud vyslovil následující (zvýraznění přidáno připomínkovatelem):

*„Z preambule Ústavy vyplývá úmysl občanů České republiky vycházet z principů právního státu. Čl. 1 Ústavy pak Českou republiku výslovně označuje jako demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana. Úcta k právům a svobodám jedince je nepochybně také právě jedním z oněch principů právního státu; jak má na mysli Preambule Ústavy, z něhož lze dovodit jedno ze základních pravidel fungování státní moci, kterým je zásada proporcionality (přiměřenosti) a zákaz zneužití práva, jak ostatně dovodil v řadě nálezů Ústavní soud. Tato zásada vychází z premisy, že k zásahu do základních práv či svobod, i když to jejich ústavní úprava*

*nepředpokládá, může dojít v případě jejich vzájemné kolize nebo v případě kolize s jinou ústavně chráněnou hodnotou, jež nemá povahu základního práva a svobody /veřejný statek/ (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 9. 10. 1996, sp.zn. Pl. ÚS 15/96; publ. in Ústavní soud České republiky, Sbirka nálezů a usnesení, C.H. Beck, sv. 6, č. 99). Vždy však je v těchto případech třeba posuzovat účel (cíl) takového zásahu ve vztahu k použitým prostředkům, přičemž měřítkem pro toto posouzení je již zmíněná zásada proporcionality (přiměřenosti v širším smyslu), jež může být také nazývána zákazem nadměrnosti zásahů do práv a svobod. Tato obecná zásada zahrnuje tři principy, respektive kritéria posuzování přípustnosti zásahu. První z nich je **princip způsobilosti naplnění účelu** (nebo také vhodnosti), dle něhož musí být příslušné opatření vůbec schopno dosáhnout zamýšleného cíle, jímž je ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku. Dále se pak jedná **princip potřebnosti**, dle něhož je povoleno použití pouze nejšetrnějšího - ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám - z více možných prostředků. Třetím principem je **princip přiměřenosti** (v užším smyslu), dle kterého újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli, tj. opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva či svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 13. 5. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 25/97; publ. in Ústavní soud České republiky, Sbirka nálezů a usnesení, C.H. Beck, sv. 11, č. 53).“*

Aby posuzovaná regulace prošla testem proporcionality, je nezbytné, aby splnila zároveň všechna tři kritéria testu uvedená v citovaném planárním náleží, a to způsobilost naplnění účelu (vhodnost), potřebnost a přiměřenost. Nedostatek byl jen v jediném z těchto tří kritérií činí potenciální regulaci nepřiměřenou, a proto nepřipustnou.

5

Podmínka velkoobchodní nabídky v nynějším výběrovém řízení nesplňuje přinejmenším právě první z uvedených kritérií, kritérium vhodnosti. Závazek velkoobchodní nabídky totiž není v navrhované podobě způsobilý dosáhnout zamýšleného cíle, kterým je zlepšení postavení spotřebitelů a posílení hospodářské soutěže na trhu mobilních služeb elektronických komunikací.

Jak je odkazováno již výše, podmínka velkoobchodní nabídky je upravena návazně na obdobnou dřívější podmínku obsaženou ve vyhlášení výběrového řízení na kmitočty v pásmech 800 MHz, 1800 MHz a 2600 MHz z roku 2013 a s touto předchozí úpravou sdílí klíčové aspekty. Právě tato předcházející podmínka velkoobchodní nabídky se v praxi objektivně projevila jako **zcela nevyhovující**, kdy **na jejím základě**, respektive na základě referenčních nabídek, které z ní vzešly, do dnešního dne **nebyla uzavřena žádná smlouva o velkoobchodním přístupu** k sítím provozovaným na dotčených kmitočtech. I v případě, že taková smlouva v rozporu s informacemi dostupnými připomínkovateli uzavřena byla, **neměly převzaté závazky velkoobchodní nabídky reálný efekt na fungování daného trhu elektronických komunikací**, protože podíl virtuálních operátorů na trhu je zcela zanedbatelný.

Není důvod domnívat se, že by situace na základě připomínkovaného vyhlášení byla jiná. S ohledem na velmi podobnou úpravu dotčených závazků lze s velkou mírou jistoty očekávat, že potenciální virtuální mobilní operátoři nebudou tendovat k uzavírání smluv na základě referenčních

nabídek zveřejněných infrastrukturními operátory a nepřispějí tak nikterak ke zvýšení podílu virtuálních operátorů na trhu mobilních služeb elektronických komunikací. Pro změnu jejich chování není dán relevantní důvod a ani ČTÚ ve vyhlášení neuvádí, proč by se situace nastolená ve výběrovém řízení z roku 2013 měla nyní změnit. Ze samotného textu vyhlášení výběrového řízení a jeho příloh neplyne pro takovou radikální změnu tržního chování žádný důvod.

Příčinou malého zájmu potenciálních MVNO o velkoobchodní přístup na základě referenčních nabídek z předchozí aukce může být faktická duplikace fixních nákladů spojených s provozem dvou oddělených tržních subjektů při exploataci jednoho přirozeného zdroje, kterým je daný úsek rádiových kmitočtů. To může v konečném důsledku vést ke zcela legitimním cenovým hladinám velkoobchodní nabídky, která nicméně jednomu ze dvou dotčených podnikatelů neumožňují ekonomicky rentabilní a zároveň konkurenceschopný výkon jeho hospodářské činnosti. Bez ohledu na možné důvody, představuje nevyužívání závazků velkoobchodní nabídky reálně existující stav. Závazek velkoobchodní nabídky v podobě předložené ČTÚ není způsobilý posílit hospodářskou soutěž zajištěním plurality efektivně soutěžících subjektů na mobilním komunikačním trhu. Podmínka velkoobchodní nabídky tak nenaplnuje hned první kritérium testu proporcionality, protože není důvod zabývat se dalšími dvěma kritérii; test proporcionality není v případě zkoumané podmínky naplněn.

S ohledem na selhání závazku velkoobchodní nabídky v testu proporcionality není tento institut z důvodů uvedených výše v souladu se zákonem, konkrétně s ustanoveními § 21 odstavec 2 v návaznosti na § 5 odstavec 4 zákona o elektronických komunikacích, a vedle toho také představuje nepřiměřený zásah do ústavně zaručených práv operátorů.

Nad rámec výše uvedeného pak platí, že podmínka velkoobchodní nabídky je bez jakéhokoliv objektivního zdůvodnění také selektivní co do adresátů, k jejich tíži je upravena, když dopadá pouze na vydražitele přidělů v pásmu 700 MHz, a nikoliv již na držitele přidělů v pásmech 3,5 GHz a 3,7 GHz, kteří mají jinak široký přístup k bohaté kmitočtové výbavě skrze závazek národního roamingu upravený v témže vyhlášení. Podmínka velkoobchodní nabídky je tak z pohledu českého i mezinárodního práva diskriminační, neboť bez jakéhokoliv legitimního důvodu zvýhodňuje jednu skupinu vydražitelů vůči jiné. Pokud tedy ČTÚ nevyhoví níže uvedeným návrhům na celkové vypuštění podmínky velkoobchodní nabídky, navrhuji, aby povinnými osobami této podmínky učinil také všechny oprávněné zájemce o národní roaming.

Pro celkovou neúčelnost, škrtící povahu a demonstrovanou nepřiměřenost podmínky velkoobchodní nabídky navrhuji tento institut z vyhlášení výběrového řízení bez náhrady vypustit a případně nahradit jiným, vhodnějším ustanovením.

Bez závazku velkoobchodní nabídky má výběrové řízení lepší potenciál rychlého rozvoje sítí 5G na celém území České republiky a příznivějších podmínek pro technologické inovace stávajících mobilních operátorů. Z pohledu případného nového mobilního operátora pak odstranění tohoto závazu představuje snížení bariéry vstupu na trh a zpřístupnění možnosti rychleji a efektivněji vybudovat konkurenceschopný obchodní model.

### **Konkrétní zásadní připomínka č. 1**

**Změna:** Navrhují úplné odstranění části 2.2.6 vyhlášení výběrového řízení bez náhrady.

**Odůvodnění:** Z důvodů popsaných v obecné připomínce připomínkovatele, především ale z důvodů nepřiměřenosti navrhované regulace jako zásahu do práv operátorů a nezákonnosti úpravy z pohledu zákona o elektronických komunikacích navrhuji vypuštění institutu závazku velkoobchodní nabídky z výběrového řízení. Tímto opatřením bude podpořen rychlý rozvoj technologie 5G a snížena bariéra vstupu na trh pro nového operátora.

### **Konkrétní zásadní připomínka č. 2**

**Změna:** Navrhují úplné odstranění části 8.2 vyhlášení výběrového řízení bez náhrady a přečíslování částí číselně navazujících.

**Odůvodnění:** V souladu s předchozími připomínkami a z důvodů popsaných v obecné připomínce připomínkovatele, především ale z důvodu nepřiměřenosti navrhované regulace jako zásahu do práv operátorů a nezákonnosti úpravy z pohledu zákona o elektronických komunikacích navrhuji vypuštění institutu závazku velkoobchodní nabídky z výběrového řízení. Tímto opatřením bude podpořen rychlý rozvoj technologie 5G a snížena bariéra vstupu na trh pro nového operátora.

### **Konkrétní zásadní připomínka č. 3**

**Změna:** Navrhují úplné odstranění části 2 Přílohy 2A vyhlášení výběrového řízení bez náhrady a přečíslování částí číselně navazujících.

**Odůvodnění:** V souladu s předchozími připomínkami a z důvodů popsaných v obecné připomínce připomínkovatele, především ale z důvodu nepřiměřenosti navrhované regulace jako zásahu do práv operátorů a nezákonnosti úpravy z pohledu zákona o elektronických komunikacích navrhuji vypuštění institutu závazku velkoobchodní nabídky z výběrového řízení. Tímto opatřením bude podpořen rychlý rozvoj technologie 5G a snížena bariéra vstupu na trh pro nového operátora.


7

### **Konkrétní zásadní připomínka č. 4**

**Změna:** Navrhují úplné odstranění části 1 Přílohy 2B vyhlášení výběrového řízení bez náhrady a přečíslování částí číselně navazujících.

**Odůvodnění:** V souladu s předchozími připomínkami a z důvodů popsaných v obecné připomínce připomínkovatele, především ale z důvodu nepřiměřenosti navrhované regulace jako zásahu do práv operátorů a nezákonnosti úpravy z pohledu zákona o elektronických komunikacích navrhuji vypuštění institutu závazku velkoobchodní nabídky z výběrového řízení. Tímto opatřením bude podpořen rychlý rozvoj technologie 5G a snížena bariéra vstupu na trh pro nového operátora.

V Brně dne 4. 7. 2020

**ADVOKÁT**   
Mgr. Trnková

Mgr. Pavla Trnková, advokátka  
U Červeného mlýna 1, 612 00 Brno  
IČ: 024 77 301, ev. č.: ČAK 15419

Mgr. Pavla Trnková, advokátka