



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobců: **a) Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, se sídlem Praha, Sokolovská 217/42, zastoupený JUDr. Jiřím Brožem, advokátem se sídlem Praha, Vinohradská 2828/151 a **b) Hlavní město Praha**, Praha, Mariánské nám. 2, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem se sídlem Praha, Křížovnické nám. 193/2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 9. 2013, č.j. ÚOHS-R97, 102/2012/VZ-18595/2013/310/Mše,

t a k t o :

- I. Žaloba žalobce b) **se zamítá**.
- II. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 9. 2013, č.j. ÚOHS-R97, 102/2012/VZ-18595/2013/310/Mše, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci a) náklady řízení ve výši 31 005 Kč, k rukám JUDr. Jiřího Brože, advokáta se sídlem Praha, Vinohradská 2828/151, do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

IV. Žalobce b) **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobci se domáhají zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 27. 9. 2013, č.j. ÚOHS-R97,102/2012/VZ-18595/2013/310/Mše, kterým byl zamítnut rozklad žalobců proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „prvostupňový orgán“) ze dne 4. 4. 2012, č.j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu, kterým byla Dopravnímu podniku hl. m. Prahy, akciová společnost (dále též „žalobce a/“), uložena pokuta ve výši 500 000 Kč a hlavnímu městu Praha (dále též „žalobce b/“), uložena pokuta ve výši 600 000 Kč za spáchání správních deliktů.

I. Podstata věci

Žalobce a), coby zadavatel uzavíral níže specifikované smlouvy se společnostmi HAGUESS, a.s. (dále též „vybraný uchazeč“).

Pokud jde o smlouvu o dílo ze dne 15. 10. 2007, tak tu žalobce a) uzavřel vzhledem k ceně bez předchozího zadávacího řízení a jejím předmětem byla dodávka software dopravního obslužného systému k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému (dále jen „DOS“) ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE.

Nedílnou součástí smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 je licenční smlouva, v níž žalobce a) sjednal omezující podmínky pro užití software DOS, spočívající zejména v tom, že nesmí poskytnout software třetí osobě a to ani za úplaty, že součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software a úprava software je dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „autorský zákon“).

Předmětem další smlouvy o dílo uzavřené žalobcem a) s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), dne 15. 7. 2008, byla dodávka software – systém DOS, SAM a ASW-HSM-DOS, přičemž právo užití dodaného díla (provoz DOS s využitím čipových karet) bylo řešeno v licenční smlouvě, podle níž bylo sjednáno poskytnutí 50 000 kusů licencí pro uživatele čipových karet.

Předmětem dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 bylo rozšíření udělené licence z 250 000 na 350 000 evidovaných uživatelů s nahranou kartovou aplikací DOS, předmětem dodatku č. 2 bylo rozšíření funkcionality systému. Dodatek č. 3 byl uzavřen na základě veřejné zakázky „Rozšíření licence Software DOS“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění. Jejím předmětem bylo rozšíření licence software DOS pro maximálně 650 000 uživatelů evidovaných karet. Dále žalobce a) uzavřel dne 31. 7. 2008 s vybraným uchazečem smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS a dne 15. 9. 2008 uzavřel žalobce a) smlouvu

s vybraným uchazečem na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatel pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy; tyto smlouvy a výše specifikované smluvní dodatky byly uzavřeny na základě jednacího řízení bez uveřejnění.

Žalobce b) coby zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ uzavřel smlouvy, specifikované ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí, se společností HAGUESS, a.s., jako vybraným uchazečem na základě původní smlouvy o dílo uzavřené dne 27. 10. 2006 v rámci veřejné zakázky v otevřeném řízení (oznámení v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněné dne 28. 6. 2006, ev. č. 50023676), (dále též „původní zakázka“), jejímž předmětem bylo vytvoření specifikace řešení servisního kartového centra (dále též „SKC“), vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací (parkování, knihovna – čtenářský průkaz, přístup na portál hlavního města Prahy), implementace systému včetně dodávky technických komponent (HW a SW) pro provoz SKC, zajištění zkušebního provozu SKC, zajištění dodávky 50 tisíc hybridních čipových karet včetně produktové personalizace, podpora a údržba implementovaného systému po dobu 4 let od ukončení zkušebního provozu SKC.

Podle čl. I. 4 původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006 bude poskytnutí práv, ke kterým vybraný uchazeč vykonává majetková autorská práva, předmětem zvláštní licenční smlouvy.

Podle licenční smlouvy ze dne 6. 11. 2006 se žalobce b) zejména zavázal používat software SKC tak, aby nedošlo k porušení či ohrožení autorských práv vybraného uchazeče a dále žalobce b) nesmí poskytnout software třetí osobě ani za úplatu. Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software SKC. Úprava software je dílem ve smyslu autorského zákona, přičemž všechny úpravy a aktualizace software SKC se považují za jeho nedílnou součást.

Prvostupňový orgán ve svém rozhodnutí dospěl k závěru, že žalobce a) se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že

a) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

b) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

c) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když dne 22. 12. 2008 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

d) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když dne 12. 2. 2010 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

e) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31. 7. 2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

f) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatel pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15. 9. 2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

přičemž tyto postupy žalobce a) coby zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Prvostupňový orgán ve svém rozhodnutí, které žalovaný potvrdil, dospěl dále k závěru, že žalobce b) se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, tím, že

a) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26. 2. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

b) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/05/001296/2007 o zajištění provozu Pražského centra kartových služeb (dále jen „PCKS“) ze dne 12. 4. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

c) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 10. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

d) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 7. 2008 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

e) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2. 1. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

f) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne

26. 2. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

g) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. IN0/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25. 5. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

přičemž tyto postupy žalobce b) coby zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Prvostupňový orgán a žalovaný opřeli své závěry o nedodržení podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ především o argumentaci, že existenci podmínek (tu nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče), na jejichž základě lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním, jinými slovy nemůže se sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití tohoto typu zadávacího řízení. To, že licenční podmínky mohou být sjednány i jiným způsobem, plyne i z toho, že žalobce b) uzavřel v roce 2010 s vybraným uchazečem dohodu o uvolnění licenčních podmínek. Zadání původní veřejné zakázky záviselo na rozhodnutí žalobce b), který v pozici odpovědného zadavatele veřejné zakázky musí zvážit, zda lze podmínky uchazeče akceptovat, neboť za své rozhodnutí nese odpovědnost. Postup, kdy zadavatel nemá možnost výběru na základě srovnání nabídek více uchazečů a pouze akceptuje nabízené řešení, jej nezbavuje odpovědnosti za zadání veřejné zakázky. Možnost dispozice s autorskými právy vybraného uchazeče si mohl žalobce b) do budoucna vyhradit v licenční smlouvě. Žalovaný zdůraznil, že zadavatel musí znát své možnosti, vlastní personální zdroje, jejich kvalitu a kapacitu. Již přípravě zadávacího řízení musí zadavatel s ohledem na všechny aspekty projektu věnovat náležitou péči.

Žalovaný odmítl akceptovat argumentaci žalobce b), že plány na provedení Opencard byly zcela nekonkrétní. Žalovaný na základě skutkových podkladů dospěl k závěru, že zadavatel b) plánoval již v době zadání původní veřejné zakázky využití čipové karty při bezhotovostní úhradě většiny městských služeb, konkrétně i parkování v parkovacích zónách placeného stání. Vytvoření návrhu kartové aplikace parkování (dále jen „KAP“) ve vztahu k systému PCKS bylo již součástí předmětu původní smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem.

Pokud jde o závěry znaleckého posudku Ing. René Pitáka ohledně jedinečnosti řešení SKC, podle žalovaného závěry znalce nevylučují realizaci veřejných zakázek navazujících na řešení SKC jiným subjektem, znalec poukazuje pouze na technickou obtížnost a to opět z důvodu nemožnosti využití software a know-how vybraného uchazeče a tudíž podle žalovaného znalecké závěry zjevně zaměňují důvody technické, jež by odůvodňovaly realizaci zakázky jedním uchazečem, s důvody vyplývajícími z ochrany jeho výhradních práv. Žalovaný k argumentaci znalce Ing. René Pitáka konstatoval, že pokud by si žalobce b) nesjednal omezující licenční podmínky, neexistovaly by ani „technické“ důvody uváděné znalcem.

K postupu žalobce a) žalovaný zdůraznil, že návrh řešení kartové aplikace DOS nebyl součástí původní smlouvy uzavřené mezi žalobcem b) a vybraným uchazečem dne 27. 10. 2006. Omezení, kterého se žalobce a) dovolává, si však sjednal sám, a to v licenční smlouvě ze dne 15. 10. 2007, smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 a následujících smluvních vztazích, tudíž se aktivně podílel na omezení, kterého se dovolává. Přitom dodatkem č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 bylo žalobci a) nově umožněno poskytnout třetí osobě podlicenci k software, čímž došlo k výraznějšímu uvolnění licenčních podmínek. Je tedy zřejmé, že licenční podmínky mohly být sjednány i jiným způsobem.

Žalobce a) byl od počátku obeznámen s informační strategií, o tom, že čipová karta má být využita mimo jiné pro čerpání služeb v MHD, o plánu velké emise Opencard včetně kartové aplikace předplatné, a přitom uzavřel první ze smluv na 50 000 licencí, ač si musel být vědom, že bude třeba do budoucna zajistit počet licencí minimálně v počtu odpovídajícím počtu stávajících držitelů časových kupónů. Přitom podle žalovaného v případě komunikačních vazeb DOS a systému PCKS nelze jednoznačně vyloučit, že by dodavatelem DOS mohl být i jiný subjekt než dodavatel a provozovatel PCKS (tj. vybraný uchazeč) za předpokladu úzké spolupráce těchto subjektů (tu žalovaný argumentaci opírá též o závěry studie TELMAX a znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy). Poté žalobce a) postupně dalšími smlouvami počet licencí navyšoval až na 650 000 kusů.

Závěry prvostupňového orgánu a žalovaného nyní žalobci napadají podanou žalobou.

I. Shrnutí žalobní argumentace

Shrnutí žalobní argumentace žalobce a)

Žalobce a) především namítá nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí, kterou odůvodňuje nedostatečným odůvodněním výše pokuty, tím, že se žalovaný nevypořádal s námitkou neoprávněnosti uložené pokuty, dále má za to, že pokud jde o argumentaci v bodě 73 prvoinstančního rozhodnutí, žalovaný k ní pouze uvedl, že ji považuje za správnou a dostatečně odůvodněnou. Taková argumentace však není dostatečným vypořádáním námítky uplatněné v rozkladu. Také argumentaci žalovaného ve vztahu k námitce žalobce ohledně posudku Ing. Zdeňka Kroupy má žalobce a) za nepřezkoumatelnou, když žalovaný pouze odkázal na odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Se závěry znaleckého posudku se pak žalovaný sám nevypořádal.

Žalobce a) dále namítá, že zahájení společného správního řízení jak proti žalobci a) tak proti žalobci b) bylo nezákonné a nebyly dodrženy lhůty pro vydání správního rozhodnutí, mimo jiné i tím, že nebylo nařízeno ústní jednání. Vedením společného řízení pak došlo k závažným procesním vadám, které porušily práva žalobce a).

Při stanovení výše pokuty došlo podle žalobce a) k porušení zásady legitimního očekávání, když žalovaný vyšší pokuty nedostatečně odůvodnil a postupoval proto podle žalobce a) v rozporu s kritérii pro určení výše pokuty.

Žalobce a) dále podrobnou argumentací rozporuje posouzení naplnění podmínek pro zahájení jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ provedené žalovaným.

Poukazuje zejména na to, že ani nemohl zadat veřejnou zakázku jinému subjektu než společnosti HAGUESS, a.s., neboť žalobci a) byly nastaveny mantinely hlavním městem Prahou. Technologické, projektové a dodavatelské řešení společnosti HAGUESS, a.s. bylo z pohledu implementace do stávajících systémů provozovaných hlavním městem Prahou unikátní. Tento závěr vyplývá i ze znaleckého posudku soudního znalce Ing. Zdeňka Kroupy č. 203-2008-8. Žalobce a) nesouhlasí s tím, že omezení si s vybraným uchazečem sjednal sám, a to v licenční smlouvě ze dne 15. 10. 2007. Odbavovací systém měl fungovat na platformě Opencard, a proto tuto službu pro žalobce a) ani nemohl vykovávat jiný subjekt, než společnost HAGUESS, a.s. DOS je podsystémem PCKS, jehož část SKC realizovala pro hlavní město Praha společnost HAGUESS, a.s. Pokud měl dopravní odbavovací systém fungovat na platformě Opencard, nemohl tuto službu pro žalobce vykonávat nikdo jiný než tato společnost, a to i kdyby žalobce a) ihned požadoval vyšší počet licencí. V této souvislosti žalobce a) odkazuje na původní smlouvu o dílo uzavřenou dne 27. 10. 2006 žalobce b), jejímž předmětem bylo vytvoření specifikace řešení SKC.

Žalobce tedy uzavírá, že nemohl postupovat při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení, když DOS měl být začleněn do stávajících systémů provozovaných hlavním městem Prahou, kde již byl vybrán dodavatel. Žalobce a) upozorňuje též na skutečnost, že je jedním z dopravců v rámci systému Pražské integrované dopravy. Jakožto dopravce je povinen respektovat Tarif Pražské integrované dopravy, který vytváří organizace ROPID zastupující hlavní město Praha. V souladu s ustanovením § 36 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, je každý dopravce, který provozuje veřejnou drážní dopravu, kromě povinností uvedených v ustanovení § 35 povinen provozovat veřejnou drážní osobní nebo nákladní dopravu podle jízdního řádu a tarifu a předem vyhlášených smluvních přepravních podmínek v Přepravním a tarifním věstníku. Pokud je tedy dopravce povinen dle vyhlášeného tarifu zavést Opencard jako elektronickou časovou jízdenku, je zřejmé, že žalobce a) musel navázat na již zavedený systém ze strany žalobce b).

Žalobce a) dále poukazuje na to, že pokud postupně přikupoval licence na elektronické kupóny, pak se pouze snažil co nejvíce šetřit veřejné prostředky. V době, kdy byla smlouva o dílo uzavírána, se používaly jako jízdní doklady standardní papírové časové kupóny. Žalobce nemohl v žádném případě tušit, jestli budou cestující ochotni přejít ze zaběhlých papírových kupónů na kupóny elektronické, a to zejména z toho důvodu, že se na počátku projektu ani nepočítalo s tím, že by se mělo přecházet z papírových kupónů na kupóny elektronické. Nemohl proto předvídat, jaké množství licencí bude na začátku projektu zapotřebí pořídit. Podle usnesení Rady hlavního města Prahy č. 517 ze dne 17. 4. 2007 sice souhlasí Rada hlavního města Prahy s dalším pokračováním rozvoje projektu PCKS s cílem realizovat velkou emisi Opencard včetně kartové aplikace "Předplatné" v Pražské integrované dopravě v období 2007 – 2008, avšak z tohoto usnesení ani z žádného

jiného dokumentu nikdy nevyplynulo, o jak velkou emisi by se mělo jednat. Proto žalobce a) považoval za nejvýhodnější postup, kdy uzavřel dne 15. 10. 2007 smlouvu o dílo, jejímž předmětem byla dodávka 50 000 licencí, a to z důvodu, aby vůbec prověřil funkčnost požadovaného systému a vůbec zájem o jeho využívání. Naopak by při nákupu většího množství licencí nedůvodně vynakládal veřejné prostředky. Žalovaný se nijak nevypořádal s tím, jak jinak měl žalobce a) vlastně postupovat.

Žalobce se tedy ze shora shrnutých důvodů, podrobně argumentovaných a dále rozvedených v replice k vyjádření žalovaného, v níž poukázal i na chybu ve výroku II písm. a) prvostupňového rozhodnutí ve vztahu k uzavření smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 na dodávku software DOS, domáhá zrušení napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Žalobce a) na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem.

Shrnutí žalobní argumentace žalobce b)

Žalobce b) podrobnou argumentací především rozporuje závěr žalovaného, že při zadávání původní veřejné zakázky dal vzniknout situaci, kdy navazující veřejné zakázky mohl s ohledem na ochranu výhradních práv zadat pouze společnosti HAGUESS, a.s., čili „vyvolal účelově stav exkluzivity“. Žalobce b) namítá, že dodržel všechny zákonem stanovené podmínky pro uzavření smluv se společností HAGUESS, a.s. a že nemohl v době zadávání původní zakázky potřebu budoucích dodávek ze strany třetích osob rozpoznat.

Žalobce b) s odkazem na závěry znaleckého posudku soudního znalce Ing. Reného Pitáka uvádí, že autorská práva HAGUESS, a.s. k software SKC, vytvořenému v rámci původní zakázky objektivně bránila tomu, aby byly příslušné zakázky zadány jinému dodavateli. Žalovaný přitom k posudku náležitě nepřihlédl a přitom tuto objektivní skutečnost – výhradní práva společnosti HAGUESS, a.s., která bránila zadat zakázku třetím osobám - ani nerozporoval, naopak z ní podle žalobce b) vyvodil nesprávný závěr.

Žalobce b) považuje úvahu žalovaného, že pokud zákon požaduje splnění požadavků (včetně požadavku, že si nastalou situaci nesmí zadavatel způsobit sám) týkajících se naléhavých případů (ekologické a přírodní katastrofy), tím spíše je nutné požadovat splnění těchto požadavků pro případy ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, za případ analogie a to v daném případě nepřijatelné, v neprospěch pachatele. Nad rámec explicitního textu a taxativně stanovených podmínek v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ žalovaný podle žalobce b) požadoval splnění podmínky, že zadavatel svým jednáním stav exkluzivity nezpůsobil, ovšem v případě konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv taková podmínka zákonem stanovená není.

Žalobce b) dále nesouhlasí se závěrem žalovaného, že v době uzavření smlouvy na plnění původní zakázky si údajně musel být vědom toho, že pro zajištění provozu a rozšíření celého systému bude nutno zadávat další veřejné zakázky, tj. uzavřít smlouvy na dodávky licence KAP a provoz PCKS. Žalobce b) je

toho názoru, že žalovaný k němu dospěl nesprávnou interpretací dokumentu „Informační strategie hlavního města Prahy do roku 2010, cesta k e-Praze“ schváleného usnesením Rady hl. města Prahy ze dne 4. 10. 2005, č. 1411 a nesprávnou interpretací unesení Rady hl. města Prahy ze dne 16. 5. 2006, č. 0708. Z těchto dokumentů vyplývá plán na vytvoření multifunkční čipové karty, která má sloužit mimo jiné k bezhotovostní úhradě většiny městských služeb, konkrétně i parkování v parkovacích zónách placeného stání v městských částech hlavního města Prahy.

V případě obou dokumentů se jednalo o obecné dokumenty koncepční povahy, ze kterých však nevyplývalo konkrétní obchodní a technické řešení projektu Opencard jako takového ani jeho jednotlivých aspektů. Takové potřeby se ukázaly až jako výsledek plnění původní zakázky a licenčních parametrů nabídnutých společností HAGUESS, a.s. Žalobce b) tak měl při zadávání původní zakázky určitou obecnou představu o možném budoucím rozvoji projektu Opencard, rozhodně však neznal konkrétní způsob, prostředky ani podmínky rozvoje a nemohl je tudíž zohlednit v požadavcích na plnění původní zakázky, nemohl rozeznat potřebu budoucí dodávky KAP a zajištění provozu PCKS. Rozhodnutí žalovaného tak nemá oporu ve skutkových podkladech, neboť je nutné striktně vycházet pouze z informací, kterými žalobce disponoval v době zadávání původní zakázky.

Žalobce b) tak nastalý stav exkluzivity nevyvolal účelově. Tento stav souvisí se specializovaným předmětem plnění v oblasti informačních technologií a je přímým důsledkem toho, že společnost HAGUESS, a.s. v minulosti vytvořila autorská díla, která podléhají autorskoprávní ochraně. Požadavky plynoucí z právní ochrany autorských děl zcela jistě nelze klást žalobci b) k tíži tak, jak činí žalovaný.

Žalobce b) dále nebyl v pozici, kdy by mohl společnost HAGUESS a.s. nutit k modifikaci autorských práv, když licenční politika byla jedním z hodnotících kritérií a současně byla podána jenom jedna nabídka, kterou žalobce b) nemohl porovnat s konkurenčními nabídkami. S ohledem na novost a mimořádnost projektu kladl žalobce b) důraz na kvalitu návrhu koncepce SKC a proto učinil mimo jiné licenční podmínky a jejich výhodnost pro žalobce součástí hodnotícího kritéria „kvalita předpokládaného koncepčního návrhu řešení SKC“, kterému žalobce přiřadil nejvyšší prioritu s váhou 40%. Skutečnost, že nabídku podal jediný uchazeč, nemůže být přičítána k tíži žalobce b). Závěry žalovaného vyslovené k důsledkům vymezení předmětu původní zakázky jiným způsobem, považuje žalobce b) za spekulativní, stejně jako nemůže s ohledem na věcnou potřebu obstát závěr žalovaného, že měl původní zadávací řízení zrušit. Existovala-li prokazatelně na trhu jako jediný subjekt mající zájem na plnění původní zakázky společnost HAGUESS a.s., žalobce b) by ji stanovením jiných licenčních podmínek mohl odradit nebo by byla nabídnuta ekonomicky neakceptovatelná nabídka. Tvrzení žalovaného, že by společnost HAGUESS a.s., byla ochotna vzdát se svých autorských práv již v zadávacím řízení původní zakázky je čistě spekulativní.

O neúčelovém jednání žalobce b) svědčí i fakt, že se poté, co se dozvěděl o potřebě realizovat navazující veřejné zakázky, snažil s vybraným uchazečem změnit licenční podmínky sjednané v rámci původní zakázky, což se mu podařilo až

v roce 2010. Případné zadání příslušných zakázek jinému dodavateli by fakticky znamenalo nutnost kompletně nahradit celý systém, do kterého žalobce investoval.

Žalobce b) dále namítá, že žalovaný spatřuje jeho pochybení v postupu při zadávání původní zakázky, tedy nikoli při uzavírání následných smluv na zajištění provozu PCKS a na dodávku licence KAP. Přitom přezkum postupu žalobce b) při zadávání původní zakázky vůbec nebyl předmětem správního řízení vedeného žalovaným. Proto tento postup nebyl žalovaný oprávněn zkoumat, dovozovat domnělé vady původní zakázky a ani za tento postup žalobce b) trestat. Žalovaný tak zjevně vybočil ze své zákonem stanovené pravomoci. Shodnou argumentaci přitom žalobce b) uplatnil v rozkladu, ovšem žalovaný se s ní nikterak nevypořádal.

Žalobce b) dále namítá, že i kdyby snad žalovaný dospěl ke správnému závěru o naplnění formálních znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, bylo namísto aplikovat § 121 odst. 1 téhož zákona, neboť na straně žalobce b) byl dán liberační důvod ke zproštění odpovědnosti za správní delikt. Žalobce b) totiž od roku 2007 vedl se společností HAGUESS, a.s. téměř nepřetržitě obchodní jednání směřující k uvolnění licenčních podmínek tak, aby provozovatelem SKC mohl být i jiný subjekt. Skutečnost, že se společnost HAGUESS, a.s. odmítala vzdát svých práv, nemůže být přičítána k tíži žalobce. Shodnou argumentaci přitom žalobce b) uplatnil v rozkladu, ovšem žalovaný se s ní nikterak nevypořádal.

Žalobci b) bylo odepřeno zákonné právo účastníka řízení účastnit se a případně se i vyjádřit k dokazování prováděnému žalovaným. Žalovaný ve vztahu k žalobci b) nikdy postupoval podle § 51 odst. 2 správního řádu. V důsledku toho pak žalovaný nesprávně interpretoval usnesení Rady hlavního města Prahy i znalecký posudek soudního znalce Ing. René Pitáka ze dne 4. 6. 2010 č. 278/2010.

Žalobce se tedy ze shora shrnutých důvodů, zopakovaných a rozvedených v replice k vyjádření žalovaného domáhá zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného a výroků I. a III. prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovaného k dalšímu řízení. Žalobce na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

II. Shrnutí procesního stanoviska žalovaného

Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou, setrvává na svých závěrech, jež prezentoval v napadeném rozhodnutí, které shrnuje a na které zčásti odkazuje. K nosným bodům žalobní argumentace se vyjadřuje ve shodě se svými závěry obsaženými v napadeném rozhodnutí.

Žalovaný především zdůraznil, že podstatou sporu není otázka, zda za dané situace v případě žalobce b), kdy na základě původní smlouvy o dílo byl vybraný uchazeč výhradním držitelem autorských práv k software SKC, měl žalobce b) možnost uzavřít následné smlouvy s jiným dodavatelem než vybraným uchazečem. Předmětem posouzení byla otázka, do jaké míry tyto okolnosti, tedy nemožnost zadat veřejné zakázky dodavatelům odlišným od vybraného uchazeče, způsobil žalobce b) sám svým předchozím jednáním při koncipování licenční smlouvy ze dne 6. 11. 2006 a zda si musel být vědom potřeby dalšího rozšiřování a rozvoje předmětu původní zakázky.

K postupu žalobce a) pak žalovaný především zdůraznil, že odkazoval-li žalobce a) na původní smlouvu o dílo uzavřenou mezi vybraným uchazečem a žalobcem b), tak jejím předmětem nebylo vytvoření kartové aplikace DOS a tato smlouva tak nezavazovala žalobce a) k uzavření smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 s vybraným uchazečem. Žalovaný se též neztotožnil s argumentací žalobce a), že nemohl v době uzavření smlouvy na 50 000 kusů licencí nikterak předvídat, jaké množství licencí bude třeba nakoupit a to s ohledem na počet držitelů papírových kuponů, a teprve poté následnými dodatky zvedal počet licencí až na konečných 650 000 kusů. Pokud by měl žalobce a) skutečně takový odhad, že je třeba nakoupit pouze 50 000 kusů licencí, pak se podle žalovaného v případě žalobce a), jako subjektu hospodařícího s veřejnými prostředky nemůže jednat o efektivní využívání veřejných prostředků, když hodlal zavádět 50 000 elektronických kuponů s přihlédnutím k celkovému množství přepravovaných osob.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Právní posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 s.ř.s.), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

O žalobě rozhodoval podle rozvrhu práce Krajského soudu v Brně senát 62, v němž jeho vyloučeného předsedu nahradil předseda prvního zastupujícího senátu.

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.), podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

Soud se nejprve zabýval žalobními námitkami nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného. Správními soudy je konstantně judikováno, že z rozhodnutí správního orgánu musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a jaké úvahy jej vedly k uložení sankce v konkrétní výši.

Rozhodnutí žalovaného je podle žalobce a) nepřezkoumatelné z toho důvodu, že se žalovaný řádně nevypořádal s některými jeho námitkami nebo se žalovaný „nevypořádal“ s některými právními otázkami.

K jednotlivým výtkám uvádí soud následující.

Ztotožnil-li se žalovaný se závěry prvostupňového orgánu v bodě č. 74 jeho rozhodnutí a uvedl-li, že je považuje za dostatečně odůvodněné, pak podle zdejšího soudu taková argumentace v kontextu dalších podrobně argumentovaných závěrů žalovaného představuje ještě dostatečné vypořádání zcela obecné konstatace žalobce a), že „mu není zřejmé, z čeho tento neodůvodněný závěr Úřad dovodil“, uplatněné na str. 7 rozkladu žalobce a).

Namítal-li dále žalobce a), že se žalovaný řádně nevypořádal s námitkou neoprávněnosti pokuty, pak ani s touto námitkou nemůže být úspěšný; žalobou napadené rozhodnutí obsahuje podrobnou argumentaci, proč má žalovaný za to, že se žalobce a) protiprávního jednání dopustil a argumentace žalovaného je dostatečnou odpovědí na tu pasáž v rozkladu, kde žalobce a) uvádí, že „taktéž zcela nesouhlasí s výrokem IV. rozhodnutí, jímž Úřad ukládá zadavateli pokutu, jelikož ve svém postupu nespátřuje namítané porušení zákona“.

Uvedl-li žalovaný v bodě 69 žalobou napadeného rozhodnutí, že se neztotožňuje s námitkou, že by se prvostupňový orgán nevypořádal se závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy a že závěry obsažené v posudku prvostupňový úřad dostatečně zohlednil, a konečně plně odkázal na prvostupňové rozhodnutí, pak taková argumentace žalovaného v kontextu s další argumentací v žalobou napadeném rozhodnutí ještě představuje odpověď na námitku v rozkladu, že prvostupňový orgán dovodil ze znaleckého posudku nesprávný závěr, že i znalec připouští řešení kartové aplikace DOS jiným subjektem za podmínky využití zdrojových kódů.

Namítal-li dále žalobce a), že se žalovaný „nevypořádal“ s tím, proč žalobce a) uzavřel smlouvy o dílo právě s vybraným uchazečem, pak soud k takto formulované žalobní námitce konstatuje, že argumentace žalovaného i prvostupňového orgánu, proč nedovozuje návaznost postupu žalobce a) na ochranu autorských práv vybraného subjektu podle původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006 je v rozhodnutí žalovaného a prvostupňového orgánu obsažena.

K tomu soud podotýká, že argumentuje-li žalobce a) podrobně proti nosným důvodům rozhodnutí žalovaného a prvostupňového orgánu, s nimiž se soud věcně vypořádá níže, nemůže zároveň s úspěchem namítat, že se žalovaný s důvody deklarovanými žalobcem a), pro které uzavřel smlouvy se společností HAGUESS, a.s. „nevypořádal“.

K námitce žalobce b), že se žalovaný nikterak nevypořádal s argumentací uplatněnou v rozkladu, že postup žalobce b) při zadávání původní zakázky vůbec nebyl předmětem správního řízení vedeného žalovaným a proto tento postup nebyl žalovaný oprávněn zkoumat a dovozovat domnělé vady původní zakázky a ani za tento postup žalobce b) trestat, soud uvádí, že žalovaný se touto otázkou zabýval v bodě 58, kde zdůraznil, že správního deliktu se žalobce b) dopustil až kombinací postupu, který dobrovolně zvolil v původním zadávacím řízení a postupu, který byl následně nucen zvolit při zadávání smluv uvedených ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí.

K námitce žalobce b), že se žalovaný nikterak nevypořádal se skutečností, že se společnost HAGUESS, a.s., ač s ní vedl od roku 2007 žalobce b) neustále jednání, odmítala vzdát svých práv, soud uvádí, že argumentace týkající se sjednání smluvní úpravy licenčních podmínek mezi žalobcem b) a společností HAGUESS, a.s. je jedním z nosných důvodů rozhodnutí žalovaného, podrobně argumentovaným zejména v bodech 43 – 48, dále 53 až 55 rozhodnutí, přičemž snaha o vyjednání výhodnějších licenčních podmínek byla též zohledněna prvostupňovým orgánem jako polehčující okolnost při určení výše pokuty.

Soud tedy potud uzavírá, že z argumentace obsažené v žalobou napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí prvostupňovém je zřejmé, že námitky uplatněné v rozkladech a nosné právní a skutkové otázky byly vypořádány. Lze konstatovat, že pokud žalovaný na některé dílčí námitky žalobce a) reagoval velmi úsporně a s odkazem na prvostupňové rozhodnutí, tak takové odůvodnění ještě lze v kontextu další argumentace žalovaného akceptovat. Argumentace uvedená v odůvodnění rozhodnutí žalovaného proto odpovídá kritériím přezkoumatelného správního rozhodnutí a nebrání tak tomu, aby se soud s argumentací v něm uvedenou v mezích žalobních bodů vypořádal věcně.

Klíčovou právní otázkou v posuzované věci je, zda byly splněny podmínky pro uzavření smluv se společností HAGUESS, a.s. v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv společnosti HAGUESS, a.s.

Z obsahu správního spisu vyplynuly následující podstatné skutečnosti. Usnesením č. 1411 ze dne 4. 10. 2005 Rada hlavního města Prahy schválila informační strategii hl. města Prahy do roku 2010 „Cesta k e-Praze“, která obsahuje projekt na vytvoření multifunkční čipové karty Pražana s předpokládaným termínem realizace v letech 2006 – 2010. V bodě IV. požádala ředitele akciových společností s majetkovou účastí hlavního města Prahy (tedy i žalobce a/, *pozn. soudu*), aby postupovali při rozvoji informatiky v souladu s touto strategií a zajišťovali nezbytnou součinnost. Dále Rada hlavního města Prahy usnesením č. 0708 ze dne 16. 5. 2006 schválila projekt vybudování PCKS s cílem poskytnout občanům hlavního města univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu, atd. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb, a to i v oblastech služeb poskytovaných akciovými společnostmi hlavního města Prahy. Karta má umožnit i těmto společnostem zvyšovat a zjednodušovat obslužnost obyvatelstva a umožnit jim získávat komplexní přehledy o čerpání všech druhů služeb. V bodě IV. usnesení Rada hlavního města Prahy požádala ředitele akciových společností s majetkovou účastí hlavního města Prahy o zajištění nezbytné součinnosti. V příloze k usnesení byl žalobce a) zařazen mezi městské aplikace, u nichž se využítí univerzální karty Pražana (dále též „UKP“) předpokládá. Dále z usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 17. 4. 2007 č. 517 vyplývá, že Rada souhlasí s dalším pokračováním rozvoje projektu PCKS s cílem realizovat velkou emisi Opencard včetně kartové aplikace předplatné v Pražské integrované dopravě v období 2007 až 2008. Řediteli Magistrátu hlavního města Prahy bylo uloženo, aby v termínu do 4. 9. 2007 zahájil přípravné práce související s dalším využitím Opencard ve službách zajišťovaných akciovými společnostmi s majetkovou účastí hlavního města Prahy a žalobce a) byl požádán o součinnost při zajištění technických a organizačních podmínek projektu.

Předmětem původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006 uzavřené žalobcem b) a vybraným uchazečem bylo vytvoření specifikace řešení SKC, vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací (dodatek specifikace kartových aplikací), implementace systému včetně dodávky technických komponent (HW a SW) pro provoz SKC, zajištění zkušebního provozu SKC, zajištění dodávky 50 tisíc

hybridních čipových karet včetně produktové personalizace, podpora a údržba implementovaného systému po dobu 4 let od ukončení zkušebního provozu SKC.

Pokud jde o licenční podmínky, žalobce b) je v návaznosti na původní smlouvu o dílo sjednal dne 6. 11. 2006 v té podobě, že se zavázal používat software SKC tak, aby nedošlo k porušení či ohrožení autorských práv vybraného uchazeče a dále žalobce b) nesmí poskytnout software třetí osobě ani za úplatu. Převést oprávnění získané na základě této smlouvy na třetí osobu smí žalobce b) pouze s předchozím písemným souhlasem vybraného uchazeče. Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software SKC. Úprava software je dílem ve smyslu autorského zákona, přičemž všechny úpravy a aktualizace software SKC se považují za jeho nedílnou součást. Žalobce b) se dále zavázal, že nesmí provádět žádné změny software SKC ani doprovodných souborů, vyjma programy dodanými s licencí SKC, není oprávněn software SKC zkoumat, studovat, zkoušet jinak než v rámci obvyklého užívání. Jakékoli úpravy, doplňky a změny software SKC nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití je žalobce b) oprávněn provádět na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče. Veškeré myšlenky a jejich vyjádření obsažené v licenčních smlouvách jsou předmětem obchodního tajemství vybraného uchazeče.

Žalobce a) uzavřel dne 15. 10. 2007 smlouvu o dílo na dodávku software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE, jejíž přílohu tvořily licenční podmínky. Licence provozu DOS s využitím čipové karty bude poskytnuta pro max. 50 000 uživatelů čipových karet. Podle licenčních podmínek dále žalobce a) nesmí poskytnout software třetí osobě a to ani za úplatu. Převést oprávnění získané na základě této smlouvy na třetí osobu smí zadavatel pouze s předchozím písemným souhlasem vybraného uchazeče. Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software. Úprava software je dílem ve smyslu autorského zákona, přičemž všechny úpravy a aktualizace software SKC se považují za jeho nedílnou součást. Žalobce b) se dále zavázal, že nesmí provádět žádné změny software ani doprovodných souborů, vyjma programy dodanými s instalací software, není oprávněn software zkoumat, studovat, zkoušet jinak než v rámci obvyklého užívání. Jakékoli úpravy, doplňky a změny software nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití je žalobce b) oprávněn provádět na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče. Veškeré myšlenky a jejich vyjádření obsažené v licenčních smlouvách jsou předmětem obchodního tajemství vybraného uchazeče.

Podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

Podle § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejnou zakázku je

nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Soud předesílá, že žalovaný svoji argumentaci vystavěl na konstrukci, že žalobce a) a b) sami způsobili stav exkluzivity pro společnost HAGUESS, a.s. jako vybraného uchazeče původní zakázky a tedy způsobili (ve smyslu odpovědnosti objektivní) nevýhodnou situaci. Exkluzivita, spočívající v tom, že software nemůže rozšířit nikdo jiný, než kdo jej vytvořil, musí podle žalovaného vyplývat přirozeně z předmětu plnění původní veřejné zakázky, ze které vzniklo autorské dílo a nesmí být vytvořena za přispění zadavatele, pokud si musel být v době zadání původní zakázky vědom, že nastane potřeba rozšíření díla. Tu se žalovaný po skutkové stránce opírá zejména o prvotní strategická rozhodnutí žalobce b), vyplývající z výše citovaných usnesení Rady hlavního města Prahy a následná ujednání smluv o dílo a licenčních podmínkách mezi vybraným uchazečem a žalobcem a) a žalobcem b).

Žalobce b) souhrnně řečeno argumentuje jednak tak, že k okolnostem jeho předchozího jednání neměl žalovaný vůbec přihlídnout, posuzoval-li dodržení podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ a dále se dovolává judikaturních závěrů ohledně nutnosti rozlišovat, zda postup zadavatele jím byl skutečně zaviněn a byl účelovým. Žalobce a) ve stručnosti argumentuje tak, že daný stav (existenci autorských práv) nezpůsobil sám, ale *de facto* jej způsobil žalobce b), když uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na základě původní zakázky.

Při posouzení žalobci nastolených právních otázek vyšel soud z těchto klíčových východisek.

Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců a jeho použití je v souladu se zásadou transparentnosti zadávání veřejných zakázek vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není objektivně možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Veřejné právo tu v tomto ohledu stanoví s ohledem na zásadu transparentnosti zadavateli limity k použití tohoto typu zadání zakázky; jejich cílem (s ohledem na to, že se jedná o oblast veřejnoprávní) je vždy ochrana některého z legitimních veřejných zájmů - tu ochrana soutěže (viz bod 80 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102, či body 41-44 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č.j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS).

Podmínky pro využití tohoto postupu přichází v úvahu pouze tehdy, jestliže prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Použití jednacím řízení bez uveřejnění je jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, která musí být v intencích judikatury Soudního dvora EU vykládána restriktivně, a použije se tudíž pouze, nastanou-li výjimečné okolnosti, které nelze odvodit pouze ze skutečnosti, že

zadavatel považuje za vhodné zadat následnou zakázku zadavateli, kterému zadal již předchozí zakázku, ani nepostačuje, aby se formálně dovolával technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami. Naopak musí podrobně vysvětlit, proč rozhodně nelze v daném případě z technických důvodů zadat tuto zakázku jinému zhotoviteli, a proč je tedy naprosto nezbytné zadat ji právě zhotoviteli, jemuž byly zadány předchozí zakázky (viz závěry rozsudku Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 *Komise proti Itálii* a již výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102).

Žalobce b) i žalovaný se dále odvolávali na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, byť každý jiným způsobem. Pokud jde o odkaz žalobce b) na rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012 č.j. 62 Af 61/2010-332 a č.j. 62 Af 62/2010-367, tak ty se týkaly jiných skutkových okolností zadání původní zakázky a byly předmětem přezkumu kasačním soudem právě ve výše citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 42/2012-53, který k dané problematice vyslovil v obecnější rovině níže citované judikaturní závěry.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, zároveň již obsahuje odpověď na obsáhlou argumentaci žalobce b), zda otázka toho, že zadavatel stav exkluzivity s ohledem na objektivní odpovědnost zadavatele (tedy bez ohledu na motivy konkrétních osob či pochybení jednotlivých zaměstnanců) za řádný, férový a transparentní proces zadávání veřejných zakázek (viz obecná východiska rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102) způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ relevantní. Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *...předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla, nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacího řízení bez uveřejnění.*“

Z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, považuje zdejší soud za vhodné přímo citovat, že *„[z]adavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č.j. 2 A 3/2002 - 75, v němž soud uvedl: *„Žalobce usuzuje na správnost aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona... z objektivních skutečností, pro něž bylo možno zadat zakázku pouze jedinému zájemci. Aby mohla být takováto úvaha akceptována, nejsou žádné důvody. Okolnosti, které by za jiné situace mohly aplikaci tohoto ustanovení aprobovat, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si žalobce sám nejprve vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné*

je změnit, dovolával se postupu dle citovaného zákona... Soud si dokáže představit situaci, kdy by z důvodů nezávislých na vůli žalovaného zadavatele existovaly právní vztahy, jež by mohly úvahu o mimořádnosti okolností, za nichž je zakázka zadávána, příhodněji ospravedlnit... Žalobce si v daném případě nejprve vytvořil sám jistá právní omezení, totiž smlouvu o nájmu, která směřuje k zajištění, aby právě nájemce se podílel na výstavbě předmětných veřejných zakázek, a teprve poté bylo přistoupeno k úvahám o tom, jaké ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek lze aplikovat. Za té situace pak žalobce zvolil postup dle § 50 odst. 1 písm. b), tedy výzvu jednomu zájemci v podání nabídky. Ovšem takto vnímat ustanovení § 50 jako výjimku postupu při zadávání veřejných zakázek podle předchozích částí zákona v žádném případě nelze. Žalobce se vystavuje pochybnostem o tom, zda řádně zvolený postup by nevylučoval, že výsledek by byl z ekonomického směru stejný nebo lepší. Jde však o hypotetický předpoklad, který je obtížně prokazatelný oběma směry. Postup žalobce nebyl správný, neopíral se o výlučnost charakteru veřejné zakázky, ani o výlučnost situace, neboť ta byla připravena zadavatelem před vlastním aktem zadávání.“.

Nejvyšší správní soud též odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2005, ve věci sp. zn. 31 Ca 101/2004, v němž soud dospěl k závěru, že „žalobce o své vůli a vědomě vytvořil podmínky, za kterých již fakticky nebylo možné předmětnou veřejnou zakázku realizovat bez porušení zákona (uzavření nájemní smlouvy se smlouvou o koupi budoucí). Nešlo tedy o okolnosti, které by nastaly nezávisle na vůli žalobce jakožto zadavatele veřejné zakázky a které by mohly odůvodnit použití mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky ve smyslu § 50 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek.“.

Nejvyšší správní soud dále jím citované judikатурní závěry nikterak nepochybnil, ale zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky; tím zakázky v oblasti informačních technologií nepochybně mohou být, přičemž citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek. „Pokud zadavatel bude požadovat, například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacímho řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí

určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“. (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, *zvýrazněno soudem*).

Jsou to právě skutkové okolnosti předcházející a provázející zadávání původní zakázky a sjednávání licenčních podmínek, které v případě žalobce b) vedou soud k závěru, podrobně rozvedeném níže, že žalobce b) nepochybně od počátku plánoval rozvoj projektu Opencard a věděl, resp. vědět musel, že dojde v budoucnu postupnému připojování jednotlivých aplikací, týkajících se municipálních služeb. Žalobce b) to totiž sám od počátku deklaroval v citovaných usneseních Rady hlavního města Prahy.

Dále Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku č.j. 5 Afs 42/2012-53, zdůraznil, že „[n]ení v daném řízení však podstatné, zda stěžovatel tvrdí, resp. ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách“. Tu tedy argumentace Nejvyššího správního soudu jednoznačně vylučuje nutnost, aby o předchozím zadávacím řízení na původní zakázku bylo žalovaným autoritativně rozhodnuto jako o porušení zákona. Není tedy důvodná námitka žalobce b), v níž dovozuje nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí z toho, že jeho předchozí postup při zadávání původní zakázky vůbec nebyl předmětem správního řízení vedeného žalovaným.

Žalovaný tak nepochybil, pokud otázku způsobení stavu exkluzivity zkoumal. Použil-li v rámci právní argumentace při výkladu § 23 odst. 4 písm. a) i písm. b) ZVZ výklad *ratio legis*, výklad systematický a ve vztahu k situaci, o níž se jedná v § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ i argumentaci *a fortiore*, nikoli tedy interpretační metodu *analogie legis*, jak namítá žalobce b), neshledává na tom soud nic nezákonného ani nepřipadného. Výklad žalovaného je plně v souladu s výše citovanými závěry Nejvyššího správního soudu. O *analogii legis* nemohlo jít i z toho důvodu, že zde nebylo žádné mezery v zákoně. Ostatně koncept objektivní odpovědnosti ve veřejném právu (odpovědnost bez podmínky zavinění) je odpovědností za následek, kterým tu je porušení transparentnosti a ohrožení soutěže, který je přičitatelný jednání zadavatele. Není tedy důvodná námitka trestání za pomoci analogie legis, když žalovaným, resp. prvostupňovým orgánem nebyla tato metoda výkladu, sloužící k zaplňování mezer v zákoně použita.

Koncepci odpovědnosti objektivní pak odpovídá i možnost liberace, nastoupí-li speciální liberační důvod, při jehož nastoupení se lze této odpovědnosti zprostit. Existenci tohoto liberačního důvodu přitom musí prokázat zadavatel. V tomto ohledu je text § 23 odst. 4 písm. b) výslovným zdůrazněním koncepce objektivní odpovědnosti v zákoně o veřejných zakázkách, když zákonodárce považoval za vhodné i v případě zadání zakázky v krajně naléhavém případě zdůraznit, že tyto okolnosti nesmí zadavatel svým jednáním způsobit a musí dokonce nastat tak, aniž by je mohl předvídat.

Pokud jde o námitku, že v daném případě nastoupily okolnosti, spočívající v pozdější snaze žalobce b) vyjednat změnu licenčních podmínek se společností HAGUESS, a.s., které žalobce b) z odpovědnosti liberovaly, tak z odpovědnosti za

správní delikt se nelze liberovat pouze s poukazem na to, že se žalobce b) posléze snažil některé následky, které způsobil svým postupem, do budoucna napravit. Takové jednání podle zdejšího soudu nelze považovat za skutečně mimořádné vynaložení veškerého aktivního úsilí, jež by odůvodňovalo zproštění žalobce b) jeho odpovědnosti, a to od počátku.

Aby bylo možno konstatovat, že žalobce b) jako zadavatel postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít v intencích závěrů Nejvyššího správního soudu k tomu, aby prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky.

Již okolnosti, které vyplývají ze skutkových podkladů, z nichž vyšel prvostupňový orgán (bod 57 prvostupňového rozhodnutí) a žalovaný (bod 54, 57 a 59 rozhodnutí žalovaného), přičemž s jejich hodnocením se soud ztotožňuje, nemohou vést k závěru, že žalobce b) prokazatelně nemohl mít vědomí o potřebě rozvoje projektu, o tom, co obnáší a bude obnášet a nelze ani dovozovat, že by zadával projekt, jehož realizace má být po pár letech ukončena.

Žalovaný zcela správně akcentoval usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 4. 10. 2005, kdy Rada schválila informační strategii hlavního města Prahy do roku 2010 „Cesta k e-Praze“ a usnesení ze dne 16. 5. 2006 o projektu univerzální čipové karty Pražana. Soud se neztotožňuje s tím, že se jedná o obecné dokumenty, které nesprávně žalovaný interpretoval, a to již s ohledem na to, že v případě usnesení Rady hlavního města Prahy se jedná o usnesení výkonného orgánu v samostatné působnosti hlavního města Prahy. Ostatně žalobce b) ani žádnou jinou rovnocennou interpretaci usnesení tohoto orgánu nepředkládá a ani jí neargumentuje. Naopak šíře záměru hlavního města Prahy, kdy usnesení akcentovala i zapojení akciových společností žalobce b) poskytujících služby Pražanům, svědčí o opaku. Žalobce b) si tak jako zadavatel odpovědný za transparentní zadávání veřejných zakázek nemohl být „zcela nevědom“, že potřeba zadávání dalších zakázek v návaznosti na rozvoj a pokračování celého projektu v budoucnu vyvstane. Proto nelze přisvědčit ani konstrukci žalobce b), že v této nevědomosti sjednával licenční podmínky. Žalobce b) musel rozumně očekávat, že s ohledem na jeho plány poskytnout občanům hlavního města univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu, atd. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb, a to i v oblastech služeb poskytovaných akciovými společnostmi hlavního města Prahy, bude muset zadávat následné zakázky.

Argumentace žalobce b) se opírá též o to, že ve vztahu k původní zakázce existoval pouze jediný subjekt na trhu, který projevil zájem o původní zakázku a nikdo další se o zakázku neucházel (bod 31 žaloby). Ani tato okolnost bez dalšího nemůže žalobce b) zprostit odpovědnosti za důsledky jeho následujícího postupu. Soud má na rozdíl od žalobce b) za správný poukaz žalovaného, že existovala pro žalobce b) zákonná možnost zadávací řízení zrušit a zadat zakázku znovu se zohledněním budoucí potřeby rozvoje a rozšiřování projektu právě s ohledem na jiné sjednání licenčních podmínek výhodných pro zadavatele. Odvolává-li se žalobce b) bez dalšího na nutnou věcnou potřebu realizace takové zakázky pro

hlavní město Prahu, resp. pro Pražany, pak je vždy na rozhodnutí a odpovědnosti zadavatele, hodlá-li realizovat projekt takového rozsahu a podoby, jakým způsobem předmět zakázky vymezí a jak bude postupovat, dojde-li k tomu, že je podána pouze jediná nabídka. Zcela akutní a nutná věcná potřeba tohoto projektu ve smyslu citovaných usnesení Rady hlavního města Prahy pro toto hlavní město, která by tedy nasvědčovala nutnosti a naprosté nezbytnosti zadat veřejnou zakázku, tedy blížila-li by se např. právě režimu krajní nouze (tu si lze představit situace ohrožující život obyvatelstva, řádný chod běžných každodenních služeb apod.) však zůstává v rovině zcela obecného tvrzení, zčásti konkretizovaného až v replice v tom smyslu, že by došlo k nežádoucímu omezení, ne-li dokonce ochromění řady funkcí veřejné správy, a toto tvrzení nebylo jakkoli skutkově či blíže argumentačně podloženo. Žalobce b) tak žádnou fatální škodou pro hlavní město Prahu, jež by hrozila v důsledku zrušení původního zadávacího řízení, neargumentuje.

Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacích řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.

Argumentoval-li dále žalobce b) tak, že trval-li by na jiných licenčních podmínkách, tak by od společnosti HAGUESS, a.s. mohl obdržet ekonomicky neakceptovatelnou nabídku, tak tuto hypotézu žalobce ničím nedokládá.

Poukazoval-li žalobce b) na to, že se od okamžiku, kdy vyvstala potřeba realizovat navazující veřejné zakázky, snažil změnit sjednané licenční podmínky, což se mu podařilo v roce 2010, tak tu soud opět přisvědčuje závěru žalovaného, že žalobce b) si jako zadavatel veřejné zakázky musel v daném případě být této potřeby vědom již při zadání původní zakázky. Pokud v případě tak širokého projektu v oblasti informačních technologií s následnými aplikacemi navázanými na služby pro Pražany (municipální multiaplikační čipové karty), žalobce b) tvrdí, že o projektu jako zadavatel neměl ani takovou představu, aby mohl rozumně očekávat, že bude potřeba jej rozvíjet a zjistil to až posléze, čemuž soud nepřisvědčil, pak těžko může být zároveň s odkazem na svou „nevědomost“ úspěšný s tvrzením, že stav exkluzivity vznikl jako přirozená součást specializovaného plnění v oblasti informačních technologií původní zakázky. V tomto ohledu je již bezpředmětné, že se následně snažil změnit sjednané licenční podmínky; tuto skutečnost ostatně zohlednil prvostupňový orgán při stanovení výše pokuty.

Žalobce b) naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění opírá i o závěry dvou znaleckých posudků soudního znalce Ing. Reného Pitáka. Ze znaleckého posudku č 251/2009, jež je součástí správního spisu vyplývá závěr o nemožnosti řešení a zajištění provozních činností PCKS odlišným subjektem, který se opírá o důvody existence autorských práv.

Závěry Ing. René Pitáka, uvedené v dalším posudku č. 278/2010, jež je součástí správního spisu, o tom, že na základě původní zakázky bylo realizováno PCKS jako aplikační platforma, která, jakmile byla vyvinuta, umožnila i parametrizaci a vývoj jednotlivých aplikací spíše svědčí proti argumentaci žalobce

b), že se jednalo o projekt, u něhož potřebu zadání budoucích zakázek nemohl rozpoznat. Dle závěru znalce je postupný rozvoj informačního systému typu PCKS běžný a obvyklý a proto bylo nejprve třeba v rámci původní zakázky vytvořit aplikační platformu a poté ji doplňovat o jednotlivé aplikace a rozšiřovat. Proto ji v rozsahu zahrnujícím i přidávané aplikace nešlo podle znalce zadat v rámci původní zakázky. Zavedení KAP, MIFARE, DESFire, SAM a ASW-HMS podle znalce lapidárně řečeno vyžaduje změny software i hardware SKC. Tento závěr akcentoval i žalovaný v bodě 56, když k závěru znalce o zásahu do hardware a do zdrojových kódů vybraného uchazeče uvedl, že znalec zaměňuje technické důvody s důvody vyplývajícími z ochrany jeho výhradních práv. Není tak důvodná námitka, že žalovaný, resp. prvostupňový orgán závěry znalce Ing. René Pitáka nesprávně interpretoval (bod 55 až 57 prvostupňového rozhodnutí). Tyto závěry, akcentované prvostupňovým orgánem, je však nutno zohledňovat i v souvislosti s postupem žalobce a).

Soud tak uzavírá, že se žalobce b) nemůže odvolávat na objektivní nutnost realizace předmětu zakázky jiným subjektem než vybraným uchazečem, neboť tento stav exkluzivity sám způsobil. Autorská práva vybraného uchazeče jsou chráněna na základě jím akceptovaných výše citovaných licenčních ujednání ze dne 6. 11. 2006, která však uzavřel za situace, kdy již musel rozumně předpokládat potřebu budoucích zakázek v návaznosti na rozvoj projektu municipální multiaplikační čipové karty.

Postup žalobce b), který technické rozšiřování a rozvoj projektu umožnil právě a pouze vybranému uchazeči a limitoval je tak do budoucna podstatným způsobem jako zadavatele veřejných zakázek, stejně tak limitoval i žalobce a), jak bude uvedeno níže.

Pak je tedy podle soudu správným závěr, že žalobce b) sám způsobil, že zadával následné veřejné zakázky postupem, který postrádá jakékoliv prvky otevřené soutěže o zakázku, a že jeho předchozí postup nelze podle zdejšího soudu označit pouze jako „nešikovnost“, kterou by měl na mysli výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS.

V případě postupu žalobce a) se však soud se závěry žalovaného ztotožnit nemohl, a to již s ohledem na výše popsané postupy žalobce b).

Žalobce a) se odvolává na původní smlouvu o dílo ze dne 27. 10. 2006 mezi vybraným uchazečem a žalobcem b) a jí nastavené mantinely, tedy i včetně licenční smlouvy, která je její nedílnou součástí a byla žalobcem b) uzavřena dne 6. 11. 2006, tedy zhruba rok před tím, než žalobce a) uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na software k zajištění funkcionality DOS (k tomu došlo dne 15. 10. 2007) a v návaznosti na usnesení Rady hlavního města Prahy o pokračování projektu PCKS s cílem emise Opencard včetně kartové aplikace předplatné v pražské hromadné dopravě v období roku 2007 a 2008, kdy byl žalobce a) požádán o součinnost.

Žalovaný dovedl, že společnost HAGUESS a.s. se stala jediným možným dodavatelem softwaru DOS až na základě smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007

uzavřené žalobcem a), a nikoli smlouvy uzavřené dne 27. 10. 2006 mezi žalobcem b) a touto společností, neboť ta se týkala vytvoření návrhu čipové karty ve vztahu ke kartovým aplikacím parkování, knihovna – čtenářský průkaz a přístup na portál hlavního města Prahy (žalovaný tu odkazuje na přílohu 2 smlouvy ze dne 27. 10. 2006 – specifikace řešení kartových aplikací).

V této souvislosti správně namítl žalobce a), že se v případě smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007, jednalo o smlouvu uzavřenou mimo režim ZVZ, neboť se jednalo o podlimitní zakázku sektorového zadavatele. To žalovaný zohlední v dalším řízení, neboť tato skutečnost nekoresponduje s obsahem výroku II. písm. a) prvostupňového rozhodnutí, kde prvostupňový orgán uvedl, že žalobce a) uzavřel smlouvu o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Jak bylo výše uvedeno, v případě smlouvy ze dne 15. 10. 2007 tak tomu však nebylo.

Podle soudu žalovaný zcela přešel a nezohlednil znění celé původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006, včetně licenčních podmínek a také závěry znaleckého posudku Ing. Reného Pitáka, jehož věrohodnost nijak nezpochybil a kterými sám argumentoval v případě postupu žalobce b). To, že v původní smlouvě se vybraný uchazeč zavázal již k řešení některých vybraných aplikací, mezi nimiž nebyla kartová aplikace předplatné, neznamená, že platforma SKC vytvořená a chráněná licenčními podmínkami sjednanými žalobcem b) připouštěla dodání aplikace DOS jiným subjektem. Bez změny software i hardware SKC a bez poskytnutí zdrojových kódů (to vyplývá z nezpochybněných závěrů znaleckých posudků) nemohl žalobce a), a ani potažmo žalobce b), jinému dodavateli poskytnout přístup do této na základě původní zakázky vytvořené platformy. Ta byla totiž chráněna dle výše citovaných licenčních ujednání ze dne 6. 11. 2006, podle nichž se dále žalobce b) zavázal, že nesmí poskytnout zdrojové kódy, dále že nesmí provádět žádné změny software SKC ani doprovodných souborů, vyjma programy dodanými s licencí SKC, není oprávněn software SKC zkoumat, studovat, zkoušet jinak než v rámci obvyklého užívání. Jakékoli úpravy, doplňky a změny software SKC nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití je žalobce b) oprávněn provádět na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče. Uváděl-li žalobce a), že mu není zřejmé, jak mohl ovlivnit komunikační vazby DOS a systému PCKS a že žalovaný tedy nijak nespécifikoval, jak měl vlastně postupovat, pak taková otázka je v daném případě s ohledem na znění výše citovaných licenčních podmínek, chránících software vytvořené vybraným uchazečem, zcela namístě.

Pokud jde o závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy, k dalšímu řešení systému DOS, tak znalec definoval kartovou aplikaci DOS jako podsystém Pražského centra kartových služeb, jehož dodavatelem a provozovatelem je společnost HAGUESS, a.s. Ing. Zdeněk Kroupa připouští další řešení kartové aplikace DOS jiným subjektem. Je to ovšem podle znalce limitováno právě tím, že dodavatel a provozovatel PCKS je týměž subjektem, který je řešitelem a

potenciálním dodavatelem kartové aplikace DOS. Tu tedy sice správně prvostupňový orgán akcentoval to, že znalec nevyloučil jiné řešení po stránce technické a to využitím zdrojových kódů, ovšem neakcentoval již, že první smlouvu o dílo na dodávku software DOS a 50 000 licencí byl nucen žalobce a) uzavřít v návaznosti na postupy žalobce b), neboť neměl k dispozici zdrojové kódy vybraného uchazeče a nebyl ani oprávněn (tedy ani jiný subjekt) do systému vytvořeného vybraným uchazečem zasahovat a rozvíjet jej, jak plyne s licenčních podmínek sjednaných hlavním městem Prahou. Pak by ovšem nedávalo jakýkoli smysl, aby uzavřel smlouvu o dílo ze dne 15. 10. 2007 s jiným subjektem, když ten by za daného právního rámce nemohl s platformou vytvořenou společností HAGUESS, a.s. komunikovat, ledaže by to tato společnost dobrovolně umožnila. Nelze proto dovodit, že se žalobce a) jako zadavatel sám aktivně podílel na vytváření omezení, které pak vedly k tomu, že zadával další zakázky původnímu vybranému uchazeči.

Soud se proto ztotožňuje s námitkou žalobce a), že legální parametry pro jeho postup byly způsobeny nikoli jím, ale již žalobcem b), což je z pohledu správního trestání jiný subjekt, než je žalobce b), byť byl subjektem žalobcem b) ovládaným. Žalobce a) se tak na rozdíl od žalobce b) může dovolávat objektivní existence autorských práv společnosti HAGUESS, a.s., neboť tuto situaci nezpůsobil on, ale žalobce b).

Pokud jde o postupné nakupování licencí, tak tu postupu žalobce a) předcházelo usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 17. 4. 2007 o velké emisi Opencard včetně kartové aplikace předplatné v pražské integrované dopravě, z čehož žalovaný dále dovodil, že žalobce a) musel vědět, že bude třeba nakoupit počet licencí odpovídající tehdejšímu počtu držitelů časových kuponů, podle studie TELMAX se jednalo o 550 000 držitelů časových kuponů.

To však není zcela přílehavou odpovědí na argument žalobce a), že z důvodu hospodárnosti zvolil takový postup, že nejprve zájem o elektronické kupony testoval a proto nakupoval licence postupně. Úvaha žalovaného, že měl žalobce a) ihned nakoupit 550 000 licencí není podle soudu dostatečně ekonomicky podložena, aby vyvracela postup, který může být z racionálně ekonomického hlediska obhajitelný. Plánovala-li Rada hlavního města Prahy velkou emisi Opencard, včetně předplatného hromadné dopravy a uložila-li žalobci a) spolupracovat, je nepochybné, že jako řádný hospodář, dříve než nakoupil určitý produkt, zvažoval vlastní ekonomické možnosti a také okolnost, že se jedná o projekt, který se bude postupně v čase rozvíjet apod. Ostatně Rada hlavního města Prahy nestanovila přesnější mantinely ve směru počtu a způsobu zavádění těchto karet a nevedla žalobce a) k tomu, ihned nakoupit licence v počtu držitelů časových kuponů. V případě přechodu držitelů časových kuponů se mohlo jednat o proces, který bylo možné z legitimních důvodů rozdělit i na více fází. Soud proto uvádí, že postup žalobce a) se nejeví zcela neekonomický a iracionální.

Dále soud zdůrazňuje, že bez ohledu na to, který postup se jevil žalobci a) ekonomičtější, žalobce a) nepochybně v návaznosti na licenční podmínky chránící zdrojové kódy vybraného uchazeče a jeho dílo před jakýmikoli vnějšími zásahy sjednanými žalobcem b) musel vždy i nadále nakupovat licence na čipové karty

u vybraného uchazeče a podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění pro všechny tyto nákupy podle zdejšího soudu byly splněny.

Žalovaný nadto argumentaci žalobce a) vyvracel pouze velmi strohou úvahou (bod 64 rozhodnutí žalovaného), že žalobce věděl, kolik je držitelů časových kupónů a pokud testoval zájem, připouštěl další nákup. To však samo o sobě podle soudu nepředstavuje odpověď na otázku, proč je postupný nákup licencí žalobcem a) v rozporu se ZVZ. Žalovaný tak nabídl pouze názor, že jiný postup – tedy nákup všech licencí najednou, se mu jeví jako hospodárnější a efektivnější, ovšem bez jakéhokoli hlubšího podložení takových úvah, včetně toho, kolik by takový nákup licencí „najednou“ stál veřejné prostředky, s nimiž žalobce a) hospodařil a jak by tak rozsáhlá emise karet naráz probíhala, či zda si měl žalobce a) coby zároveň dopravce vázaný existujícími smluvními přepravními podmínkami nakoupit licence tzv. dopředu, do zásoby, což jsou všechno hlediska, které mohly ospravedlňovat i jiný postup.

Žalovaný, ani prvostupňový orgán (bod 74. a 75 prvostupňového rozhodnutí) tak podle zdejšího soudu argumentaci žalobce a) hospodárností, efektivností a účelností postupného nakupování licencí dostatečně nezpochybnili, přičemž soud má za to, že skutkové důvody argumentace žalovaného, opírající se o závěry studie TELMAX o počtu držitelů časových kupónů a text usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 17. 4. 2007, lze interpretovat i ve prospěch postupu žalobce a), jak bylo výše uvedeno.

S ohledem na výše vyslovené závěry bylo nadbytečné, aby se soud vypořádával s námitkami žalobce a) směřujícími do odůvodnění a stanovení výše pokuty, když dospěl k opačnému závěru než žalovaný a to, že žalobce a) se na rozdíl od žalobce b) mohl dovolávat autorských práv vybraného uchazeče a mohl v případech prvostupňovým orgánem vyjmenovaných použít jednací řízení bez uveřejnění a mohl nakoupit 650 000 licencí i postupně. Tudíž nemohl být žalovaným za takové jednání ani potrestán pokutou ve výši 500 000 Kč.

Soud však považuje za korektní vypořádat i relativně oddělitelné žalobní námitky procesního charakteru.

Pokud jde o námitku vedení společných řízení uplatněnou žalobcem a), pak není vyloučeno, aby od počátku v daném případě probíhalo jediné správní řízení, a to z důvodu jednoznačné souvislosti obou věcí a nutnosti posuzovat jednání obou žalobců jako zadavatelů v souvislosti s jejich jednotlivými kroky postupného sjednávání smluv s vybraných uchazečem, což se ukázalo nezbytným i v řízení před zdejším soudem. Namítal-li žalobce a), že vedením společného řízení došlo k porušení řady jeho procesních práv, nijak nspecifikuje kterých a ze správního spisu neplyne, že by jej jakýmkoli způsobem právě vedení společného řízení na jeho procesních právech omezilo. V daném případě byly pro takový postup podle zdejšího soudu dány zcela legitimní důvody a takový postup byl ve prospěch důsledné realizace procesních práv obou žalobců, kteří tak měli přístup ke všem skutkovým podkladům, shromažďovaným v jednom správním spisu a k veškeré uplatňované argumentaci týkající se dané věci.

Pokud žalobce a) namítal, že nebyly dodrženy lhůty pro vydání rozhodnutí, pak zdejší soud a ostatně ani žalovaný ve svém vyjádření nijak nerozporuje, že lhůty podle § 71 správního řádu, nebyly v daném případě dodrženy. Zmiňované lhůty, včetně lhůty, v níž měl žalovaný rozhodnout o rozkladu, jsou však lhůtami pořádkovými, jejichž nedodržení bez dalšího nemá za následek nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí a nemůže přivodit zrušení nyní napadeného rozhodnutí (viz též bod 85 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102).

V této souvislosti není ani procesním pochybením, jak namítal žalobce a), že prvostupňový orgán nenařídil ústní jednání, a ani to, jak namítal žalobce b), že nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání ve smyslu § 51 odst. 2 správního řádu, což jsou dvě poněkud odlišné procesní otázky.

Podle § 49 odst. 1 věty první správního řádu nařídí ústní jednání správní orgán v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné.

Žalobce a) nepochybně, že mu bylo umožněno nahlížet do správního spisu a že se mohl ke všem skutkovým podkladům před rozhodnutím ve věci vyjádřit. Prvostupňový orgán vedl správní řízení v písemné podobě a podle soudu nepochybně, pokud neshledal potřebným a nezbytným nařídil i ústní jednání.

Podle § 51 odst. 2 správního řádu o provádění důkazů mimo ústní jednání musí být účastníci včas vyrozuměni, nehrozí-li nebezpečí z prodlení. Tuto povinnost nemá správní orgán vůči účastníkovi, který se vzdal práva účasti při dokazování.

Prvostupňový orgán vedl správní řízení v písemné podobě, přičemž ani žalobce b) nepochybně, že mu bylo umožněno nahlížet do správního spisu a že se mohl ke všem skutkovým podkladům před rozhodnutím ve věci vyjádřit. Pak žalobce b) nemůže důvodně namítat zkrácení na svých procesních právech reagovat na interpretaci skutkových podkladů (výlučně listinných důkazů), o jejichž obsahu (textu) není sporu, provedenou prvostupňovým orgánem. Ostatně proti jeho závěrům disponovali oba žalobci prostředkem ochrany a to rozkladem, v němž své výtky uplatnili. Pak ani zdejší soud nemůže dospět k závěru, že by porušení § 51 odst. 2 správního řádu v souvislosti s vedením správního řízení v písemné podobě, která je u žalovaného pravidlem, jak je zdejšímu soudu známo z úřední činnosti, mělo být tím důvodem, pro který by soud měl žalobou napadené rozhodnutí zrušit.

Soud tak uzavírá, že žalovaný dospěl ohledně postupu žalobce a) k nesprávným právním závěrům, což s ohledem na koncipování jediného výroku rozhodnutí žalovaného, kterým zamítl oba podané rozklady, vedlo soud ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. pro nezákonnost. Podle § 78 odst. 4 s.ř.s. soud dále vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení, ve kterém je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

Žalobu žalobce b) pak soud jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

IV. Náklady řízení

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s., podle něhož, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

Žalobce a) měl ve věci plný úspěch, a proto má podle § 60 odst. 1 s.ř.s. právo na náhradu nákladů řízení.

Žalobci b) ve věci úspěch neměl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nenáleží. Jeho žalobu soud důvodnou neshledal a ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí tedy žalobce b) uplatněné námitky nevedly.

Úspěšným byl ve vztahu k žalobě žalobce b) žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly v řízení o žalobě žalobce b) žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a ve vztahu k žalobci a) žalovaný ve věci úspěch neměl.

Proto je žalovaný povinen zaplatit žalobci a) náhradu nákladů řízení.

Podle obsahu soudního spisu náklady spočívají v zaplaceném soudním poplatku za žalobu a přiznání odkladného účinku ve výši 4 000 Kč, společně s náklady zastoupení advokátem za pět úkonů právní služby po 3 100 Kč spočívajících v převzetí a přípravě zastoupení, sepsání žaloby, dalšího písemného podání ve věci samé, další poradě s klientem dne 12. 10. 2015 od 12.30 hod do 14. 15 hod a účasti u jednání soudu a dále za jeden úkon po 1 550 Kč spočívající v sepsání návrhu na přiznání odkladného účinku, společně se šesti režijními paušály po 300 Kč.

Na cestovním dále náleží náhrada ve výši 3 468 Kč za cestu ze sídla zástupce ke Krajskému soudu v Brně a zpět na jednání soudu osobním automobilem s průměrnou spotřebou 7,10 l/100 km, ve vztahu k němuž předložil zástupce kopii osvědčení o registraci; z toho 1 050, 87 Kč (7, 10 : 100 x 410 km x 36,10) jako náhrada za spotřebovanou pohonnou hmotu a 1 517 Kč (410 km x 3,70 Kč) jako základní náhrada. Dále žalobci náleží náhrada ztráty času za 4,5 hodin na cestě z Prahy do Brna a zpět, tj. 900 Kč.

To vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a), c), d) a g) a § 11 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 11 odst. 3, § 11 odst. 1 písm. a), § 13 odst. 3, § 14 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), podle § 157 odst. 4 písm. b) a § 158 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, a vyhlášky č. 382/2014 Sb., o změně sazby základní náhrady za používání silničních motorových vozidel a stravného a o stanovení průměrné ceny pohonných hmot pro účely poskytování cestovních náhrad.

Vzhledem k tomu, že zástupce je plátcem DPH, byla zmíněná částka (vyjma soudního poplatku) navýšena o částku odpovídající DPH podle § 57 odst. 2 s.ř.s. Celkem se tedy jedná o částku 31 005 Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce ve stanovené lhůtě.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 15. října 2015

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

