



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Marie Žiškové a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobců: **a) Dopravní podnik hl. m. Prahy**, se sídlem Sokolovská 217/42, Praha 9, zastoupen JUDr. Jířím Brožem, advokátem se sídlem Vinohradská 2828/151, Praha 3, **b) Hlavní město Praha**, se sídlem Mariánské náměstí 2, Praha 1, zastoupen JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem se sídlem Křížovnické náměstí 2, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, 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, v řízení o kasační stížnosti žalobce b) a žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013 – 131,

t a k t o :

- I.** Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013 – 131, **se** ve výrocích II. a III. **z r u š u j e** a věc **se** v tomto rozsahu **v r a c í** soudu k dalšímu řízení.
- II.** Kasační stížnost žalobce b) **se z a m í t á**.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „žalovaný“) ze dne 4. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu, byla Dopravnímu podniku hl. m. Prahy, akciová společnost [dále jen „žalobce a)“], uložena pokuta ve výši 500.000 Kč a hlavnímu městu Praha [dále jen „žalobce b)“], uložena pokuta ve výši 600.000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí brojili žalobci rozkladem, který předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví specifikovaným rozhodnutím zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil. Žalobci se následně domáhali zrušení rozhodnutí žalovaného žalobami u Krajského soudu v Brně. Soud žalobu žalobce b) nepovažoval za důvodnou a zamítl ji. Na základě žaloby žalobce a), kterou

shledal důvodnou, rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Proti rozsudku krajského soudu brojí kasačními stížnostmi žalobce b) a žalovaný.

[2] **Žalobce a)** jako zadavatel uzavíral níže specifikované smlouvy se společností HAGUESS, a.s. (dále též „vybraný uchazeč“).

[3] Smlouvu o dílo ze dne 15. 10. 2007 uzavřel žalobce a) bez předchozího zadávacího řízení. Jejím předmětem byla dodávka software dopravního obslužného systému k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému (dále jen „DOS“) ve vazbě na čipové karty.

[4] Nedílnou součástí této smlouvy je licenční smlouva, podle níž bylo sjednáno poskytnutí 50.000 kusů licencí pro uživatele čipových karet. V této smlouvě žalobce a) sjednal omezující podmínky pro užití software DOS, spočívající zejména v tom, že nesmí poskytnout software třetí osobě (ani za úplatu), 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“).

[5] Předmětem další smlouvy o dílo uzavřené žalobcem a) s vybraným uchazečem dne 15. 7. 2008 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), byla dodávka software – systém DOS, SAM a ASW-HSM-DOS a rozšíření licence z 50.000 na 250.000 čipových karet.

[6] 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“. Jejím předmětem bylo rozšíření licence 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 jednacích řízení bez uveřejnění.

[7] **Žalobce b)** coby zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona uzavřel smlouvy, specifikované ve výroku I. rozhodnutí žalovaného, se společností HAGUESS, a.s., jako uchazečem vybraným 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“). Předmětem této smlouvy bylo vytvoření specifikace řešení servisního kartového centra (dále jen „servisní centrum“), vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací (parkování, knihovna – čtenářský průkaz, přístup na portál hlavního města Prahy), implementace systému včetně dodávky technických komponent (hardware a software) pro provoz servisního centra, zajištění zkušebního provozu centra, zajištění dodávky 50 tisíc hybridních čipových karet včetně produktové personalizace, podpora a údržba implementovaného systému po dobu 4 let od ukončení zkušebního provozu servisního centra.

[8] Podle čl. I. 4 původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006 má být poskytnutí práv, ke kterým vybraný uchazeč vykonává majetková autorská práva, předmětem zvláštní licenční smlouvy. Podle této licenční smlouvy ze dne 6. 11. 2006 se žalobce b) zejména zavázal používat software servisního centra tak, aby nedošlo k porušení či ohrožení autorských práv vybraného

uchazeče a dále k tomu, že nesmí poskytnout software třetí osobě ani za úplat. Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software servisního centra. Úprava software je dílem ve smyslu autorského zákona, přičemž všechny úpravy a aktualizace software servisního centra se považují za jeho nedílnou součást.

II. Rozhodnutí žalovaného

[9] Žalovaný ve svém rozhodnutí dospěl k závěru, že se **žalobce a)** dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 tohoto zákona při uzavírání níže specifikovaných smluv, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Tyto postupy žalobce a) coby zadavatele mohly přitom podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[10] Šlo o tyto smlouvy:

- smlouva o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007,
- smlouva o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15. 7. 2008,
- dodatek č. 2 (ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008) ze dne 22. 12. 2008,
- dodatek č. 3 (ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008) ze dne 12. 2. 2010,
- smlouva o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31. 7. 2008,
- smlouva 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.

[11] Dále dospěl žalovaný ve svém rozhodnutí k závěru, že se **žalobce b)** dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 tohoto zákona při uzavírání níže specifikovaných smluv, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Tyto postupy žalobce b) coby zadavatele mohly přitom podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[12] Šlo o tyto smlouvy:

- smlouva č. IN0/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26. 2. 2007,
- smlouva č. IN0/40/05/001296/2007 o zajištění provozu Pražského centra kartových služeb (dále jen „PCKS“) ze dne 12. 4. 2007,
- smlouva č. IN0/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 10. 2007,
- smlouva č. IN0/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 7. 2008,
- smlouva č. IN0/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2. 1. 2009,
- smlouva č. IN0/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26. 2. 2009,

- smlouva č. IN0/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25. 5. 2009.

[13] Žalovaný opřel své závěry ohledně nedodržení podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona především o argumentaci, že existenci podmínek (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, zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití tohoto typu zadávacího řízení.

[14] To, že licenční podmínky mohou být sjednány i jiným způsobem, je patrné 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 musel 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.

[15] Možnost dispozice s autorskými právy vybraného uchazeče si mohl žalobce b) do budoucna vyhradit v licenční smlouvě. Již přípravě zadávacího řízení musí zadavatel s ohledem na všechny aspekty projektu věnovat náležitou péči.

[16] Žalovaný odmítl akceptovat argumentaci žalobce b), že plány na provedení Opencard byly zpočátku 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, např. i parkování v parkovacích zónách placeného stání. Vytvoření návrhu kartové aplikace parkování (dále jen „aplikace parkování“) ve vztahu k systému PCKS bylo již součástí předmětu původní smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem.

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

[18] 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 sjednal sám, a to v licenční smlouvě ze dne 15. 10. 2007, ve smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 a v následujících smluvních vztazích. Aktivně se tedy 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 výraznému uvolnění licenčních podmínek. Je tedy zřejmé, že licenční podmínky mohly být sjednány i jiným způsobem.

[19] Žalobce a) byl od počátku obeznámen s informační strategií, o tom, že čipová karta má být využita mimo jiné pro čerpání služeb v městské hromadné dopravě, 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.

III. Rozsudek krajského soudu

[20] Soud se zaměřil zejména na otázku, zda byly splněny podmínky pro uzavření smluv se společností HAGUESS, a.s. v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv této společnosti.

[21] Žalovaný svoji argumentaci vystavěl na konstrukci, že žalobci a) a b) sami zapříčinili stav exkluzivity pro společnost HAGUESS, a.s. jako vybraného uchazeče původní zakázky, 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. Nesmí být tedy vytvořena za přispění zadavatele, pokud si musel být v době zadání původní zakázky vědom, že nastane potřeba rozšíření díla.

[22] Žalobce b) argumentuje jednak tak, že k okolnostem jeho předchozího jednání neměl žalovaný vůbec přihlídnout, posuzoval-li dodržení podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění a dále se dovolává judikaturních závěrů ohledně nutnosti rozlišovat, zda postup zadavatele jím byl skutečně zaviněný a účelový. Žalobce a) argumentuje tak, že daný stav (existenci autorských práv) nezpůsobil sám, ale *de facto* jej způsobil žalobce b) tím, že uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na základě původní zakázky.

[23] Použití jednacím řízení bez uveřejnění je jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení. Tato podmínka musí být v intencích judikatury Soudního dvora EU vykládána restriktivně. Použije se tudíž jedině tehdy, nastanou-li výjimečné okolnosti, které nelze odvodit pouze ze skutečnosti, že zadavatel považuje za vhodné zadat následnou zakázku dodavatel, kterému zadal již předchozí zakázky. Nepostačuje ani, aby se zadavatel 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.

[24] Právě skutkové okolnosti předcházející a provázející zadávání původní zakázky a sjednávání licenčních podmínek dovedly soud k závěru, že žalobce b) nepochybně od počátku plánoval rozvoj projektu Opencard a věděl, resp. vědět musel, že dojde k postupnému připojování jednotlivých aplikací týkajících se městských služeb. Žalobce b) to totiž sám od počátku deklaroval v usneseníh Rady hlavního města Prahy, z nichž žalovaný vycházel.

[25] K žalobní námitce, 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, soud uvedl, že 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 nelze považovat za skutečně mimořádné vynaložení veškerého aktivního úsilí, jež by odůvodňovalo zproštění žalobce b) jeho odpovědnosti.

[26] Ani argumentace žalobce b), že ve vztahu k původní zakázce existoval na trhu pouze jediný subjekt, který projevil zájem o původní zakázku a nikdo další se o ni neucházel, jej nemůže bez dalšího zprostit odpovědnosti za důsledky jeho následujícího postupu. Pro žalobce b) existovala 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.

[27] Soud tak uzavřel, 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 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 Opencard.

[28] Žalovaný dále dovodil, 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.

[29] Žalovaný však dle soudu nezohlednil znění celé původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006, včetně licenčních podmínek a také závěry znaleckého posudku Ing. Pitáka, jehož věrohodnost nijak nezpochybil a jimiž 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 servisního centra vytvořená a chráněná licenčními podmínkami sjednanými žalobcem b) připouštěla dodání aplikace DOS jiným subjektem. Bez změny software i hardware servisního centra a bez poskytnutí zdrojových kódů (což vyplývá z nezpochybných závěrů znaleckých posudků) nemohl žalobce a) poskytnout jinému dodavateli 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 a zkoušet jinak než v rámci obvyklého užívání.

[30] Ing. Kroupa ve svém znaleckém posudku připouští řešení kartové aplikace DOS jiným subjektem. Je to ovšem limitováno právě tím, že dodavatel a provozovatel PCKS je týž subjektem, který je řešitelem a potenciálním dodavatelem kartové aplikace DOS. Znalec tedy sice nevyločil jiné řešení po stránce technické, ovšem žalovaný již neakcentoval, 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 on ani jiný subjekt nebyl ani oprávněn do systému vytvořeného vybraným uchazečem zasahovat a rozvíjet jej, jak plyne s licenčních podmínek sjednaných žalobcem b). Nelze proto dovodit, že se žalobce a) jako zadavatel sám aktivně podílel na vytváření omezení, které pak vedlo k tomu, že zadával další zakázky původnímu vybranému uchazeči.

[31] Soud se proto ztotožnil 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. 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).

[32] Soud uzavřel, 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 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) pro nezákonnost.

IV. Kasační stížnost žalobce b)

[33] Žalobce b) se svou kasační stížností domáhá zrušení výroku I. napadeného rozsudku, jímž byla jeho žaloba zamítnuta a také výroku IV., dle kterého nemá právo na náhradu nákladů řízení. Uplatňuje celkem sedm kasačních námitek.

[34] Za prvé, soud dle žalobce b) nezákonně a v rozporu s principy správního trestání směšuje podmínky stanovené zákonem pro konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní naléhavosti.

[35] Soud totiž vycházel z teze, že jednou z podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je, že zadavatel sám nezpůsobil stav exkluzivity. Tento právní názor však nemá oporu v platné právní úpravě, krajský soud se tak dopustil nepřipustně extenzivní interpretace a nezákonné aplikace zákona. Soud nedůvodně směšuje zákonem stanovené podmínky pro konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní naléhavosti. Podmínka, že zadavatel nezpůsobil stav exkluzivity, není v případě zadávání zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění vůbec stanovena. Není stanovena ani ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

[36] Použití analogie je navíc možné pouze v případě existence mezery v zákoně, kterou je třeba vyplnit. V daném případě se o mezeru nejednalo. Argumentace žalovaného, že nepoužil metodu analogie, ale a fortiori, nedává žádný smysl. Tvzení, že pokud něco platí pro zakázky zadávané v krajně naléhavém případě, pak to musí tím spíše platit pro zakázky zadávané držitelům autorských práv, je naprosto nelogické.

[37] Za druhé, krajský soud dostatečně nepřihlédl k tomu, že žalobce b) nemohl potřebu budoucí dodávky licence kartové aplikace parkování a zajištění provozu PCKS ze strany třetích osob v době zadávání původní zakázky rozpoznat.

[38] Dle soudu musel žalobce b) rozumně předpokládat, že bude muset v souvislosti s plánem poskytnout občanům Prahy čipovou kartu zadávat následné zakázky. K tomuto závěru dospěl soud nesprávnou interpretací plánovacích dokumentů, které měl k dispozici. Šlo o obecné dokumenty koncepční povahy, ze kterých nevyplývalo konkrétní obchodní a technické řešení projektu Opencard. Při zadávání původní zakázky měl žalobce b) určitou obecnou představu o možném budoucím rozvoji projektu Opencard, rozhodně však neznal konkrétní způsob, prostředky ani podmínky jeho rozvoje, proto tyto skutečnosti nemohl zohlednit v požadavcích na plnění původní zakázky.

[39] Za třetí, judikatura Nejvyššího správního soudu výslovně aprobovala konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv za prakticky identických okolností, jako nastaly v posuzovaném případě.

[40] Nejvyšší správní soud v rozsudcích ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 a č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, výslovně aproboval situaci, která byla prakticky totožná s posuzovaným případem. Žalobce b) prokazatelně zadával původní zakázku, aniž mohl rozpoznat potřebu

budoucí dodávky aplikace parkování a zajištění provozu PCKS, a tedy z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky ve smyslu uvedených rozsudků evidentně nebylo namístě, aby si žalobce práva, o kterých nemohl rozumně očekávat, že nastanou, vyhrazoval již v rámci zadání původní zakázky.

[41] Za čtvrté, krajský soud učinil nesprávný závěr, jestliže dovodil, že měl žalobce b) zadávací řízení původní zakázky zrušit. Takovou povinnost mu za situace, kdy se o původní zakázku ucházel jediný subjekt, zákon neukládal, pouze umožňoval. Společnost HAGUESS, a.s., byla prokazatelně jediným subjektem na trhu, který měl na plnění původní zakázky zájem. Kdyby si žalobce b) vyhradil přísnější licenční podmínky, hrozilo by, že neobdrží nabídku ani od vybraného uchazeče.

[42] Za páté, krajský soud pochybil, jestliže aproboval uložení sankce za jednání, které nebylo předmětem správního řízení. Přezkum postupu žalobce b) při zadávání původní zakázky vůbec nebyl předmětem správního řízení vedeného žalovaným. Žalovaný tak nebyl oprávněn zkoumat, zda se stěžovatel v souvislosti se zadáváním původní zakázky dopustil správního deliktu.

[43] Za šesté, žalobce b) vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby domnělému porušení právní povinnosti zabránil. Žalobce b) nebyl v okamžiku zadávání původní zakázky povinen nastavit licenční podmínky vybraného uchazeče žádným konkrétním způsobem. Navíc žalobce b) od roku 2007 téměř nepřetržitě vedl s vybraným uchazečem jednání směřující k uvolnění licenčních podmínek software servisního centra tak, aby jeho provozovatelem mohl být i jiný subjekt, než vybraný uchazeč. Z toho důvodu za případný správní delikt nemůže nést žalobce b) s ohledem na § 121 odst. 1 zákona odpovědnost.

[44] Za sedmé, krajský soud pochybil, nevyvodil-li žádné důsledky z toho, že žalovaný žalobci b) odepřel jeho zákonné právo účastnit se a případně se i vyjádřit k dokazování prováděnému žalovaným. Nedodržení § 51 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu žalovaným vůči žalobci b) mělo za následek nezákonnost obou správních rozhodnutí, neboť žalovaný z řady provedených důkazů vyvodil zcela nesprávné a nezákonné závěry. Takový nezákonný postup nelze omluvit tím, že žalobce b) vykonal jiná procesní práva, která mu právní předpisy přiznávají a která s problematikou provádění důkazů souvisí jen částečně.

[45] Závěrem kasační stížnosti navrhl žalobce b) Nejvyššímu správnímu soudu, aby položil Soudnímu dvoru EU předběžnou otázku dle čl. 267 Smlouvy o fungování EU. Otázka, zda je pro možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv podle § 23 odst. 4 zákona podmínkou skutečnost, že zadavatel sám nezpůsobil stav exkluzivity, je dle žalobce b) zjevně otázkou výkladu, resp. aplikace evropských zadávacích směrnic [konkrétně čl. 31 odst. 1 písm. b) a c) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, která byla českým zákonodárcem transponována do § 23 odst. 4 písm. a) a b) zákona].

[46] Interpretace § 23 odst. 4 písm. a) zákona zaujatá krajským soudem jde výrazně nad rámec výslovného jazykového vyjádření ustanovení. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o kasační stížnosti žalobce b) nebude možné napadnout opravnými prostředky ve smyslu čl. 267 Smlouvy i fungování Evropské unie a uvedená otázka nebyla dosud v rozhodovací praxi Soudního dvora EU dosud jednoznačně vyřešena, jsou dle žalobce b) dány podmínky pro položení předběžné otázky.

V. Vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti žalobce b)

[47] Krajský soud se dle žalovaného nedopustil nepřipustné extenzivní aplikace zákona tím, že by smísil podmínky pro konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní nouze. Naopak věc posoudil zcela v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu i judikaturou Soudního dvora EU. Soud uvedl přílehlavou judikaturu, z níž vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění je možno využít pouze v těch případech, kdy se do situace, při které je zadavatel nucen zadávat zakázku pouze v jednacím řízení bez uveřejnění, nedostal zadavatel sám svým zaviněním. Ostatně jiný výklad by vedl k obcházení zákona, neboť zadavatelé by byli oprávněni si sami svým jednáním připravit podmínky pro omezení okruhu dodavatelů takovým způsobem, že by jedinou možností bylo zadání příslušné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

[48] Argumenty žalobce b), kterými se snaží snížit vypovídací hodnotu dokumentů, ze kterých žalovaný a krajský soud dovodili, že měl žalobce b) již od počátku poměrně jasnou představu o tom, co má být v budoucnu předmětem projektu Opencard a jaký by měl být jeho rozsah, jsou zcela obecné a závěry žalovaného ani soudu nijak nevyvrací.

[49] K námitce, že žalovaný nebyl oprávněn zkoumat, zda se žalobce v souvislosti se zadáváním původní zakázky dopustil správního deliktu, žalovaný uvedl, že takové právní posouzení věci neučinil. Posuzoval původní zakázku pouze ve vztahu k naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění u přezkoumávaných zakázek. Nikdy nedovodil spáchání správního deliktu ve vztahu k původní veřejné zakázce.

[50] V souvislosti s námitkou, že nebyl žalobce b) informován o provádění důkazů a ve věci ani nebylo nařízeno jednání, žalovaný odkázal na relevantní judikaturu Nejvyššího správního soudu a uvedl, že má za to, že pokud vedl správní řízení v písemné podobě, prováděl dokazování listinami, které jsou založeny ve spisu, a žalobce b) se mohl k podkladům rozhodnutí vyjádřit, nebylo do jeho procesních práv nijak zasaženo.

VI. Kasační stížnost žalovaného

[51] Žalovaný brojí kasační stížností proti II. výroku rozsudku, kterým bylo zrušeno rozhodnutí o rozkladu a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení a také proti III. výroku, dle něhož má žalovaný zaplatit žalobci a) náklady řízení.

[52] Dle žalovaného krajský soud nesprávně posoudil otázku licenčních omezení ve vztahu k žalobci a), a tudíž nesprávně zrušil napadené rozhodnutí.

[53] Z rozsudku není patrné, ze kterého znaleckého posudku soud vycházel jako z podkladu pro svůj závěr, že: „*bez změny software i hardware servisního centra a bez poskytnutí zdrojových kódů (to vyplývá z nespochybnitelných závěrů znaleckých posudků) nemohl žalobce a), a ani potažmo žalobce b), jinému dodavateli poskytnout přístup do této na základě původní zakázky vytvořené platformy.*“ Ve správním řízení byly posuzovány dva znalecké posudky Ing. Pitáka a ani jeden z nich nevyvozoval žádné závěry ve vztahu k aplikaci DOS.

[54] Dále není pravdou, že by žalovaný nezohlednil celé znění smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006 včetně licenčních podmínek a také závěry znaleckého posudku Ing. Pitáka. Naopak, žalovaný se oběma znaleckými posudky Ing. Pitáka zabýval a v bodech 73 a násl. svého rozhodnutí se vyjádřil právě ke vztahu mezi postupem žalobce a) a žalobce b).

[55] Argumentace žalovaného směřovala k tomu, že omezující licenční podmínky zde byly vytvořeny žalobcem b), avšak žalobce a) požadoval vytvoření nové aplikace, která měla s čipovou kartou spolupracovat. Nebylo tedy třeba vycházet z omezení ve vztahu k čipové kartě, jak jej způsobil žalobce b), ale bylo možné nechat zpracovat návrh řešení kartové aplikace DOS a její následné realizace jiným subjektem. Jediná podmínka, kterou bylo třeba vyřešit, byla spolupráce aplikace s čipovou kartou. Takový postup je běžný i u jiných softwarových řešení – nejjednodušším příkladem je např. systém Windows, se kterým spolupracuje řada jiných aplikací vytvořených samostatnými řešiteli. Krajský soud nesprávně posoudil skutkový stav tak, že při tvorbě aplikace DOS by bylo nezbytné zasáhnout do software a hardware servisního centra, ačkoliv ze znaleckého posudku Ing. Kroupy tento závěr bezvýhradně nevyplývá.

[56] Žalovaný nesouhlasí s posouzením krajského soudu, že žalobce a) musel první smlouvu uzavřít v návaznosti na postupy žalobce b). Autorská práva s odvoláním na licenční smlouvu nemohou bránit tomu, aby jiný subjekt na základě takového postupu, který by nezasahoval do zdrojového kódu programu, zjistil princip jeho fungování a přizpůsobil mu svůj vlastní produkt, který by následně s původním programem spolupracoval. Takový postup by nijak nenasadil autorská práva k původnímu programu, což vyplývá např. ze znaleckého posudku Ing. Kroupy.

[57] Výklad krajského soudu ohledně nemožnosti potrestání žalobce a), jakožto subjektu ovládaného žalobcem b), by umožnil obcházení zákona. Pokud by byl takový závěr správný, pak v případě, kdy osoba ovládající uzavře smlouvu postupem, jenž bude v rozporu se zákonem, v návaznosti na ni uzavře další smlouvy osoba ovládaná taktéž postupem, jenž bude v rozporu se zákonem, pak za postup v rozporu se zákonem u smluv uzavřených ovládanou osobou nebude možné nikoho potrestat. Žalobce a) uzavřel smlouvy jako samostatný zadavatel, avšak pokud byl povinen navázat na licenční omezení způsobená žalobcem b), vztahující se údajně i na nové aplikace zadávané žalobcem a), neodpovídá žalobce a) za porušení zákona. Zároveň však za něj nemůže dopovídat ani žalobce b), který sice porušení zákona způsobil, ale zakázky nezadal a smlouvy neuzavřel.

[58] Pokud jde o úvahu krajského soudu ohledně ekonomičnosti postupu žalobce a) při postupném nákupu licencí na čipové karty, poukazuje stěžovatel na fakt, že postupné nakupování karet nebylo stěžejní argumentací, na základě které byl rozklad žalobce a) zamítnut. Podstatné bylo, že podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění nebyly pro tyto nákupy vůbec splněny.

[59] Z těchto důvodů žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud druhý a třetí výrok napadeného rozsudku zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

VII. Vyjádření žalobce a) ke kasační stížnosti žalovaného

[60] Žalobce a) se ve svém vyjádření ztotožnil se závěry krajského soudu. Je nadále přesvědčen, že se žalovaný nevypořádal s námitkou neoprávněnosti uložené pokuty a že nesprávně spojil řízení o žalobách obou žalobců v jeden celek. V kontextu rozsudku však nepovažuje za důležité brojit proti takovému výroku kasační stížností.

[61] Konání jednacího řízení bez uveřejnění na základě § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo plně v souladu s požadavky zákona, neboť žalobce a) nezapříčinil zmaření jiného druhu zadávacího řízení. Žalobce a) systém Opencard nezaváděl a byl mu určen dodavatel služeb nepřímo žalobcem b) dojednanými licenčními omezeními.

[62] Domnělé pochybení krajského soudu spočívající v neoznačení, ze kterého ze znaleckých posudků soud čerpal, je liché, neboť relevantní fráze a parafráze lze z posudků vyčíst a znalecký posudek přesně určit. Posudky navíc nejsou v kontradiktorním postavení a věnují se problematice v logickém celku.

VIII. Posouzení kasační stížnosti žalovaného Nejvyšším správním soudem

[63] Nejvyšší správní soud posuzoval nejprve kasační stížnost žalovaného. Dospěl k závěru, že má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a je tedy projednatelná.

[64] Kasační stížnost je důvodná.

[65] Žalovaný namítá, že není jasné, ze kterého znaleckého posudku soud vycházel při formulaci závěru (citovaného v bodě 55) ohledně vazby mezi SKC a aplikací DOS.

[66] Znalecký posudek Ing. Zdeňka Kroupy se věnoval posouzení, zda je systém DOS z hlediska informačního systému a jeho zapojení do stávajícího systému v rámci Evropského hospodářského prostoru jedinečný. Vycházel z toho, že kartová aplikace DOS bude provozována jako podsystém Pražského centra kartových služeb, jehož dodavatelem a provozovatelem je vybraný uchazeč. Dle znalce by každý jiný řešitel a následně i dodavatel musel úzce spolupracovat se společností HAGUESS, a.s. a nakupovat od ní řadu služeb, případně i celé řešení. Uzavřel, že řešení společnosti HAGUESS, a.s. je z pohledu implementace do stávajících systémů provozovaných hlavním městem Prahou unikátní, z pohledu dalšího provozování systému DOS jako podsystému systému kartových služeb pro objednatele systému, tedy žalobce a), funkčně, organizačně i ekonomicky výhodný. Jakékoliv nově vyvinuté technologické řešení by v sobě muselo nutně zahrnovat zcela nový systém obsahující nejen podsystém odpovídající svou povahou kartové aplikaci DOS, kterou může poskytnout pouze společnost HAGUESS, a.s., ale také kompletní zaštit'ující systém obdobný PCKS. Jiným možným řešením by bylo pouze využití zdrojových kódů stávající aplikace DOS nebo PCKS za využití reverzního inženýringu, což je při respektování autorských práv společnosti vybraného uchazeče nepřijatelné.

[67] Další dva znalecké posudky, z nichž vycházel jak žalovaný, tak i krajský soud, vypracoval Ing. René Piták. Ten v prvním z nich, ze dne 5. 3. 2009, č. 251/2009, uvedl, že společnost HAGUESS, a.s. je dodavatelem řešení servisního centra, a to jak v podobě poskytnutí práv k užívání software, které tvoří jeho jádro, tak v podobě organizační koncepce a detailního řešení procesů a pracovních postupů, které s tímto řešením souvisí a umožňují jeho užití v praxi. Řešení jakéhokoliv jiného dodavatele by vyžadovalo v podstatě využití stejných prvků, které jsou využity v řešení vybraného uchazeče, což by bylo z technického hlediska obtížné a současně by velmi pravděpodobně zasahovalo do autorských práv společnosti HAGUESS, a.s. a do aplikovaných pracovních postupů, kde je tato společnost k jejich využití výhradně oprávněna. Zajištění provozních činností PCKS subjektem odlišným od HAGUESS, a.s. by bylo z technického hlediska obtížné, ne-li nemožné, neboť by muselo dojít k vytvoření celého řešení servisního centra bez využití software a know-how, k němuž má výhradní práva společnost HAGUESS, a.s. Jakýkoliv jiný poskytovatel by musel vybudovat identicky řešený systém včetně odpovídající specifikace procesů a pracovních postupů.

[68] Ve svém druhém posudku, ze dne 17. 5. 2010, č. 278/2010, poté uvedl, že provoz servisního centra je nedílně spjat s využitím CMS (Card Management System, tzn. software využívaný v servisním centru, který tvoří jeho nedílnou součást a ke kterému vykonává autorská práva společnost HAGUESS, a.s.). Dále dospěl k závěru, že servisní centrum je souborem procesů, přičemž software centra je založen na znalosti těchto procesů a slouží k jejich

automatizaci. V důsledku jejich začlenění do servisního centra jako souboru procesů směřujících k řízení životního cyklu karty opencard se jeví využití software centra pro výkon těchto činností zcela nezbytným z hlediska řádného fungování celého systému. Ohledně integrace kartové aplikace parkování do servisního centra Ing. Piták uvedl, že z technických důvodů nemohl tuto kartovou aplikaci realizovat nikdo jiný, než společnost HAGUESS, a.s., neboť pouze ona disponuje zdrojovými kódy software servisního centra. Dále se Ing. Piták vyjádřil k možnosti integrace dalších technologií do servisního centra jiným subjektem než vybraným uchazečem, přičemž uzavřel, že rozšíření servisního centra vyžaduje jak změnu jeho hardwarové konfigurace, tak i modifikaci zdrojových kódů software centra, přičemž obojím disponuje pouze společnost HAGUESS, a.s. Vlastní čipová karta je součástí informačního systému servisního centra, neboť obsahuje data nutná pro interakci s terminálem, který je propojen s centrálními systémy. Jakékoliv změny technologie karty tedy nutně zasahují do všech částí servisního centra a vyžadují změny ohledně procesů personalizace, kontaktních míst, nabíjecích míst atd.

[69] Pasáž rozsudku, na níž žalovaný odkazuje, tak není přesnou citací některého z posudků, avšak vyplývá z jejich obsahu. Soud svým konstatováním ohledně charakteru servisního centra a možnosti přístupu jiných subjektů do něj zobecnil závěry jednotlivých posudků. Nejvyšší správní soud se s posudky podrobně seznámil a závěr krajského soudu neshledává nikterak nepřekoumatelný či z posudků nevyplývající. Kasační námitka tedy není důvodná.

[70] Nicméně problematická je ve věci nikoliv tak technická stránka řešená znaleckými posudky, ale stránka právní, tedy skutečnost, že přístupu k software vytvořeným společností HAGUESS, a.s. brání licenční podmínky. Znalecké posudky se zabývaly možnostmi reálného technického řešení, přičemž vycházely z právního stavu vytvořeného původními smlouvami, zejména licenční smlouvou ze dne 6. 11. 2006. Otázkou tak zůstává, zda bylo pochybením přistoupení na nevýhodné licenční podmínky a zda mohl žalobce a), jakožto osoba ovládaná žalobcem b), který tyto podmínky vytvořil, postupovat jinak, než postupoval. K této otázce směřují další kasační námitky, které jsou navzájem natolik provázané, že je lze posoudit společně.

[71] Žalovaný totiž namítá, že není pravda, že by se ve svém rozhodnutí nezabýval znaleckými posudky a zcela přešel původní smlouvu o dílo ze dne 27. 10. 2006 včetně licenčních podmínek. Tvrdí, že se těmito dokumenty zabýval, přičemž dovodil, že omezující licenční podmínky byly sice vytvořeny žalobcem b), avšak žalobce a) požadoval vytvoření zcela nové aplikace, která měla s čipovou kartou spolupracovat. Bylo tak možné nechat zpracovat návrh řešení aplikace DOS a její následné realizace jiným subjektem. Krajský soud dle stěžovatele nesprávně posoudil skutkový stav tak, že při tvorbě aplikace DOS by bylo nezbytné zasáhnout do software i hardware servisního centra, ačkoliv tento závěr ze znaleckých posudků nevyplývá. Žalobce a) tak nemusel první smlouvu uzavřít v návaznosti na postupy žalobce b), jinými slovy nebyly naplněny předpoklady pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Výklad krajského soudu ohledně nemožnosti potrestání žalobce a) jakožto subjektu ovládaného žalobcem b) umožnil obcházení zákona.

[72] Aby bylo možné posoudit tuto námitku, je nutné zabývat se jednak tím, zda byl postup žalobce b) skutečně v rozporu s právními předpisy, jak dovodil žalovaný i krajský soud, jednak potom tím, zda je možno tentýž postup provedený žalobcem a) rovněž možné vyhodnotit jako nezákonný, ačkoliv licenční podmínky sám nedohodl.

[73] První z otázek je podrobně zodpovězena v odst. 84 – 94 tohoto rozsudku. Nejvyšší správní soud na tuto pasáž odkazuje a pro stručnost uvádí, že se při hodnocení této otázky ztotožnil se žalovaným i krajským soudem a uzavřel, že institut jednacím řízení bez uveřejnění nelze využít, pokud zadavatel stav exkluzivity způsobí sám svým předchozím jednáním.

Posouzení postupu žalobce b) žalovaným a krajským soudem bylo správné, podmínky pro možnost využít jednací řízení bez uveřejnění nebyly ve věci splněny.

[74] Poté, co Nejvyšší správní soud tuto otázku uzavřel, přikročil dále k posouzení, zda tentýž postup zadání veřejné zakázky, odůvodněný existencí těchto licenčních podmínek, avšak tentokrát využitý žalobcem a), je či není nezákonný.

[75] Žalobce a), tedy Dopravní podnik hlavního města Prahy, je akciovou společností, jejímž zřizovatelem a jediným akcionářem je žalobce b), tedy hlavní město Praha. Žalobce a) je plně ovládan žalobcem b). Přijmout konstrukci krajského soudu a uzavřít, že jednání žalobce b) je nezákonné a totéž jednání žalobce a) je zákonné pouze z toho důvodu, že byl jako osoba ovládaná žalobcem b) vázán jím uzavřenými licenčními podmínkami, a proto jinak jednat nemohl, by dle Nejvyššího správního soudu skutečně bylo popřením smyslu a účelu zákonné úpravy veřejných zakázek, jímž je rozvoj hospodářské soutěže, transparentnost a nediskriminace.

[76] Z dokumentů založených ve správním spise a citovaných v rozsudku krajského soudu na str. 18 - 20 je patrné, že žalobce b) měl již od počátku poměrně jasnou představu o tom, jaké aplikace by měla do budoucna platforma Opencard obsahovat. Musel si být vědom také toho, že licenční podmínky, které s vybraným uchazečem uzavře, budou poté omezovat rozvoj platformy ve vztahu k dalším aplikacím, tedy že při zadávání veřejné zakázky budou limitovat také žalobce a).

[77] Žalobce a) nadto není nějaký třetí nezávislý subjekt odlišný od žalobce b), který by se mohl dovolávat již existujících licenčních podmínek a zadat zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Naopak, žalobce b) jej zřídil a je jeho jediným akcionářem. Právě proto, že jde o subjekt zcela ovládaný žalobcem b), musí i na něj plně dopadnout nevýhoda nevhodně sjednaných licenčních podmínek. Omezení, díky němuž není možné využít jednací řízení bez uveřejnění, jestliže stav exkluzivity způsobil zadavatel sám, se plně promítne i ve vztahu k osobě, již „použije“ ten, kdo nevýhodné licenční podmínky uzavřel.

[78] Podstatná je přitom skutečnost, že ve věci nejde o to, že by byl žalobce a) trestán za chybu jiného subjektu. Tak tomu není. Žalobce a) je trestán za to, že jako subjekt nakládající s veřejnými prostředky nesprávně uzavřel, že za existujících okolností může zadat veřejnou zakázku na vytvoření aplikace DOS v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Tento postup však využít nemohl, neboť jednací řízení bez uveřejnění dle tohoto ustanovení lze využít pouze tehdy, pokud exkluzivitu jediného dodavatele nezpůsobí zadavatel sám svým předchozím jednáním (srov. argumentaci v bodech 84 – 94 tohoto rozsudku).

[79] Exkluzivitu společnosti HAGUESS, a.s. způsobil žalobce b) s ní dohodnutými nevýhodnými licenčními podmínkami. Žalobce a) si měl být z pozice osoby ovládané žalobcem b) vědom toho, že omezení způsobené jeho zřizovatelem a jediným akcionářem na něj rovněž dopadá. Potrestán tak byl nikoliv za nesprávné jednání žalobce b), ale za svůj vlastní postup, kdy nesprávně vyhodnotil, že může využít jednací řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro to nebyly naplněny podmínky.

[80] Důsledkem omezení žalobce a), tedy nemožnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění přímo společnosti HAGUESS, a.s., přitom není nerealizovatelnost projektu (aplikace DOS). Důsledkem je pouze nutnost zadat tuto zakázku veřejně a dát tak i jiným uchazečům možnost se o ni ucházet.

[81] Rozsudek proto ve vztahu k posouzení žaloby žalobce a) neobstojí a je třeba jej zrušit. Dalším důvodem, pro který je rozsudek nezákonný, je formulace výroků. Žalovaný rozhodl o vině a trestu obou žalobců jedním rozhodnutím se strukturovaným výrokem. Krajský soud poté sice velmi přehledně zrekapituloval vývoj případu a všemi žalobními námitkami se argumentačně podrobně zabýval, avšak zrušil rozhodnutí jako celek, tedy ve vztahu k oběma žalobcům, ačkoliv zároveň zamítl žalobu žalobce b). Dle Nejvyššího správního soudu bylo nutné výrok rozsudku formulovat jinak a specifikovat, ve které části výroku se rozhodnutí žalovaného ruší a ve které části se žaloba žalobce b) proti němu zamítá. Vzhledem k důvodům tohoto rozhodnutí nebude však již při dalším rozhodování krajského soudu otázka strukturování výroku podstatná.

IX. Posouzení kasační stížnosti žalobce b) Nejvyšším správním soudem

[82] Za situace, kdy bylo rozhodnutí žalovaného jako celek zrušeno, nebyla by obvykle přípustná kasační stížnost žalobce b), která fakticky směřuje pouze proti odůvodnění (srov. § 104 odst. 2 s. ř. s.). Avšak vzhledem k tomu, že je formulace výroku rozsudku nezákonná a žalobce b) kasační stížností brojí proti výroku o zamítnutí jeho žaloby, připustil Nejvyšší správní soud jeho kasační stížnost k věcnému projednání.

[83] Tato kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, avšak není důvodná.

IX. A) Podmínky pro konání jednacího řízení bez uveřejnění a návrh na položení předběžné otázky

[84] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval návrhem na položení předběžné otázky Soudnímu dvoru EU, který úzce souvisí s první kasační námitkou, tedy s otázkou, zda se i na zadávací řízení podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona vztahuje podmínka, že zadavatel nemůže stav exkluzivity způsobit sám vlastním přičiněním.

[85] Dospěl k závěru, že položit předběžnou otázku není třeba, neboť aplikované ustanovení je *acte clair*, tedy otázka jeho výkladu a aplikace je jasná. Zároveň není důvodná ani první kasační námitka.

[86] Česká právní úprava stanoví v § 6 zákona zásady postupu zadavatele: „(1) Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. (2) Zadavatel nesmí omezovat účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.“

[87] Podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění jsou v § 23 odst. 4 zákona stanoveny takto: „zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže a) 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, nebo b) 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.“

[88] Ustanovení § 23 odst. 4 zákona, které upravuje podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění, je transpozicí evropských směrnic o veřejných zakázkách. Podle důvodové zprávy

k zákonu transponuje mj. směrnici *Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.*

[89] V souvislosti s citovanou komunitární úpravou veřejných zakázek Soudní dvůr ve své judikatuře opakovaně konstatoval, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být používáno ve zcela výjimečných případech, neboť je to jediný způsob, jak zabránit zneužití ze strany zadavatelů a zohlednit cíl sledovaný směrnicí v oblasti veřejných zakázek, a sice rozvoj hospodářské soutěže. Zásadní je v tomto ohledu rozsudek ve věci C-199/85, *Komise v. Itálie*, ve kterém Soudní dvůr dovedl přísně restriktivní charakter všech podmínek použití tohoto řízení, jakož i existenci důkazního břemene k ospravedlnění podmínek použití na straně subjektu, který se na tyto podmínky odvolává (rozsudek ze dne 10. března 1987, *Komise v. Itálie*, 199/85, Recueil, s. 1039, bod 14; obdobně rovněž rozsudek ze dne 28. března 1996, *Komise v. Německo*, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).

[90] Z podmínek upravených v čl. 31 směrnice 2004/18/ES, jakož i v § 23 odst. 4 zákona, lze jednoznačně dovést závěr, že „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) nemůže zadavatel sám vytvořit. Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). K tomu srov. zejména rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, citovaný krajským soudem i účastníky v projednávané věci, kde Nejvyšší správní soud uzavřel, že „*jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zavineným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel 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 nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“ (Obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS; k rozboru judikatury Soudního dvora pak rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2013, č. j. 31 Af 54/2012 - 443).

[91] Na okraj Nejvyšší správní soud podotýká, že zatímco směrnice 2004/18/ES v úvodních ustanoveních blíže nerozvádí charakter podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, nová koordinační směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a to s účinkem k 18. dubnu 2016 (srov. čl. 91 směrnice 2014/24/EU), věnuje této otázce poměrně obsáhlý odstavec 50:

„S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní vylučnosti, pokud situaci vylučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.

Veřejný zadavatel, který využije této výjimky, by měl odůvodnit, proč nemá k dispozici rozumné alternativy nebo náhradní řešení, jako je například využití alternativních distribučních kanálů, a to i vně členskému státu, v němž se veřejný zadavatel nachází, nebo zvažení funkčně srovnatelných stavebních prací, dodávek a služeb.

Pokud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny. Tyto důvody by mohly například zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt. Technické důvody mohou rovněž vyplynout ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány.

Dále není zadávací řízení účelné, pokud se dodávky nakupují přímo na komoditním trhu, a to včetně obchodních platform pro komodity, jako jsou zemědělské produkty a suroviny, a energetických burz, kde jsou tržní ceny přirozeně zajištěny regulovanou mnohostrannou obchodní strukturou, jež je podrobena dohledu.“ (Zvýraznění doplněno soudem.)

[92] Právní úprava tak v čl. 32 odst. 2 písm. b) směrnice 2014/24/EU již tedy výslovně počítá s tím, že jednacím řízením bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby mj. v případě ochrany výhradních práv, včetně práv duševního vlastnictví, jestliže „*neexistuje přiměřená alternativa nebo nábrada*“ a jestliže „*neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky*“.

[93] Vzhledem k právní úpravě platné a účinné v době zadávání posuzovaných zakázek a k ní se vztahující judikatuře nemá Nejvyšší správní soud pochybnost o charakteru použití jednacím řízením bez uveřejnění. Omezení vztahující se k možnosti využít tento typ řízení byla odvoditelná a předvídatelná již v době zadávání původní zakázky.

[94] Žalovaný i krajský soud tak vycházeli ze správné premisy, že institut jednacím řízením bez uveřejnění nelze využít, pokud zadavatel stav exkluzivity způsobí sám svým jednáním. Kasační námitka není důvodná. Ze strany žalovaného nešlo o využití metody analogie, pouze aplikované ustanovení vyložil v souladu s judikaturou a se smyslem a účelem zákona.

IX. B) Možnost žalobce b) předvídat nutnost zadávání následných zakázek

[95] Žalobce b) odmítá závěr krajského soudu, že musel již při zadávání původní zakázky rozumně očekávat další rozvoj projektu a s ním související nutnost zadávat následné zakázky.

[96] Ze správního spisu Nejvyšší správní soud zjistil, že Rada hlavního města Prahy schválila dne 4. 10. 2005 informační strategii hlavního města Praha do roku 2010 „Cesta k e-Praze“. Dalším usnesením ze dne 16. 5. 2006 poté schválila Rada projekt Pražské centrum kartových služeb (PCKS), jehož základem má být vytvoření univerzální čipové karty Pražana za účelem zavedení služeb pro občany hlavního města Prahy. V přílohách 1 a 2 k tomuto usnesení je projekt na patnácti stranách poměrně podrobně popsán. Jeho proklamovaným cílem je vybudování základů otevřeného technologického prostředí pro zpracování transakcí spojených s využíváním univerzální karty Pražana, která bude postupně využitelná ve všech hlavních oblastech služeb poskytovaných obyvatelstvu Magistrátem hlavního města Prahy, úřady městských částí, příspěvkovými organizacemi zřízenými žalobcem b) a akciovými společnostmi s majetkovou účastí žalobce b).

[97] Původní zakázka ze dne 28. 6. 2006 časově i obsahově přímo navázala na tyto dokumenty. Nejvyšší správní soud se neztotožňuje s tvrzením žalobce b), že jeho povědomí o projektu bylo v tomto období pouze obecné a že neměl představu o jeho budoucím rozvoji. Naopak, z citovaných dokumentů je patrné, že představa žalobce b) byla již při zadávání původní zakázky poměrně konkrétní.

[98] Krajský soud tuto otázku zcela správně posoudil na stranách 18 - 20 svého rozsudku. Přílehlavě také odkázal na závěry žalovaného (bod 57 prvostupňového rozhodnutí, body 54, 57 a 59 rozhodnutí o rozkladu).

[99] Kasační námitka tedy není důvodná, žalobce b) od roku 2005 prokazatelně pracoval na vytváření projektu Opencard, jehož rozměr a nutnost rozvoje mohl již tehdy předvídat.

IX. C) Schválení totožného postupu v jiné věci Nejvyšším správním soudem

[100] Na kasační námitku ohledně své nevědomosti o dalším rozvoji projektu navázal žalobce b) třetí kasační námitkou. Tvrdí, že právě proto, že původní zakázku zadával, aniž mohl rozpoznat potřebu následných rozšíření, nevyvolal stav exkluzivity účelově. Stav exkluzivity byl přirozenou součástí specializovaného předmětu plnění v oblasti informačních technologií. Proto by se na něj měly vztahovat závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, neboť jeho postup nebyl zaviněný, ale pouze „nešikovný“.

[101] V rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, Nejvyšší správní soud uvedl, že „žadatel 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 nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit.“ Soud zdůraznil, že je s ohledem na skutkové okolnosti nutné pečlivě vážit „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky;

[102] Dále soud uvedl: „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 vybražoval 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 jednacím řízením 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 přízpůsobí i zadávací podmínky.“ (zvýraznění doplněno soudem).

[103] Jak však Nejvyšší správní soud dovodil při posuzování předcházející kasační námitky, žalobce b) si byl v nyní projednávané věci vědom charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu. Tím se odlišuje od situace posuzované v citovaném rozhodnutí a to je zároveň důvod, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“.

[104] Stejně závěry zaujal i krajský soud na stranách 17 a 18 přezkoumávaného rozsudku, i z hlediska této námitky tak rozhodnutí ob stojí, kasační námitka není důvodná.

IX. D) Možnost žalobce b) zrušit původní zadávací řízení

[105] Krajský soud ve svém rozsudku na str. 19 uvedl, že pro žalobce b) existovala za situace, kdy se o původní zakázku ucházel pouze jediný subjekt, zákonná možnost zadávací řízení zrušit a zadat zakázku znovu se zohledněním budoucí potřeby rozvoje a rozšiřování projektu.

[106] Žalobce b) tvrdí, že mu nelze klást k tíži, že se rozhodl zadávací řízení po obdržení jediné zakázky nezrušit. Takovou povinnost mu zákon neukládal, pouze umožňoval. Musí přitom při rozhodování o zrušení zadávacího řízení zohlednit též zájem na zajištění příslušné věcné potřeby. Není jeho povinností realizovat pouze takové věcné potřeby, ve vztahu k nimž mu jsou nabízeny za strany potenciálního dodavatele maximálně výhodné právní a ekonomické podmínky.

[107] Dle Nejvyššího správního soudu je poukaz krajského soudu na zákonnou možnost žalobce b) zadávací řízení zrušit zcela namístě. Soud žalobci b) nevyužití této možnosti neklade k tíži. Pouze jej v souvislosti s jeho žalobní argumentací upozorňuje, že měl jinou zákonnou možnost, než přistoupit na nevýhodné licenční podmínky jediného uchazeče.

[108] K tomu považuje Nejvyšší správní soud za vhodné dodat, že žalobce b) měl za situace, kdy se o zakázku ucházel jediný subjekt, přinejmenším dvě legální cesty. Mohl postupovat buď způsobem, který navrhl krajský soud, tedy zadávací řízení zrušit a vypsat je poté případně znovu s určitými modifikacemi tak, aby je otevřel širšímu okruhu potenciálních uchazečů. Nebo mohl postupovat tak, jak postupoval, tedy zadávací řízení nezrušit a přistoupit na licenční podmínky společnosti HAGUESS, a.s. Při zvolení této varianty si však musel být vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a podle toho dále jednat.

[109] Žalobce b) si zvolil třetí, nelegální variantu, v rámci níž přistoupil na omezující licenční podmínky jediného uchazeče a zároveň následně zakázku zadával v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto jedinému uchazeči. Takový postup byl však v rozporu se zákonem, jak uzavřel soud výše.

IX. E) Krajský soud aprobeoval sankci za jednání, které nebylo předmětem správního řízení

[110] Dle žalobce b) žalovaný a krajský soud nesprávně přezkoumali původní zakázku, která však nebyla předmětem řízení.

[111] Ani tato kasační námitka není důvodná.

[112] Ve výše citovaném rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 dospěl soud k závěru, že není nutné, aby o předchozím zadávacím řízení na původní zakázku bylo autoritativně rozhodnuto jako o porušení zákona, aby tak mohlo být rozhodnuto o zadávacích řízeních následujících. Tento závěr lze vztáhnout i na nyní projednávanou věc, přičemž Nejvyšší správní soud dodává, že žalovaný i krajský soud posuzovali zejména otázku, zda byly v případě zakázek přezkoumávaných v tomto řízení naplněny podmínky pro jejich zadání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Podmínka, jejíž naplnění neshledali, je skutečnost, že žalobce b) původní smlouvou, zejména s ní souvisejícími licenčními podmínkami, sám způsobil stav exkluzivity vybraného uchazeče. Původní smlouva tak vůbec nebyla předmětem přezkumu v nyní projednávané věci. Samotná skutečnost, že v rámci původní smlouvy došlo k uzavření nevýhodných licenčních podmínek, způsobilá, že žalobce b) nesplnil podmínky pro zadání (následné) veřejné zakázky bez uveřejnění. Z toho důvodu žalobce b) pochybil, jestliže tímto způsobem nyní posuzované veřejné zakázky zadal.

IX. F) Žalobce b) vynaložil veškeré úsilí, aby domnělému porušení právní povinnosti zabránil

[113] Žalobce b) se dle svého názoru z odpovědnosti za správní delikt v souladu s § 121 odst. 1 zákona liberoval, neboť od počátku aktivně usiloval o uvolnění licenčních podmínek se společností HAGUESS, a.s.

[114] Odpovědnost právnické osoby dle zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní (nevyžaduje se zavinění). Právnická osoba se jí jako delikvent nemůže zprostit, s jedinou výjimkou, jíž zakotvuje právě § 121 odst. 1 zákona. Právnická osoba se může z odpovědnosti liberovat, pokud prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které po ní bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránila (srov. PODEŠVA, V. a kol., *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 494).

[115] Žalobce b) tvrdí, že sice uzavřel nevýhodné licenční podmínky, avšak následně se snažil činit vše proto, aby je zmínil. Takový postup však není postupem, s nímž zmiňované ustanovení spojuje možnost liberace.

[116] Negativní skutečnost, která vedla k sankcionování žalobce b) za správní delikt dle zákona, je uzavření nevýhodných licenčních podmínek. Aby se mohl žalobce b) z odpovědnosti za toto své jednání liberovat, musel by prokázat, že vynaložil veškeré úsilí, aby zabránil uzavření takových licenčních podmínek nebo aby tyto licenční podmínky zmínil ve svůj prospěch. Následná snaha o jejich zmírnění jej nemůže liberovat ve smyslu § 121 odst. 1 zákona, nicméně žalovaný tuto snahu promítl do výše uložené pokuty.

[117] Stejným způsobem na věc pohlížel krajský soud, i z tohoto hlediska tak jeho rozsudek ob stojí. Kasační námitka není důvodná.

IX. G) *Žalovaný neumožnil žalobci b) účastnit se prováděného dokazování*

[118] Žalobce b) namítá, že nebyl nikdy vyrozuměn o úmyslu žalovaného provádět dokazování. Nebylo ani nařízeno žádné ústní jednání, na němž by byly důkazy prováděny.

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

[120] Zákon o veřejných zakázkách nestanoví žalovanému povinnost nařizovat ústní jednání. Důkazy byly ve věci prováděny výhradně listinami, které byly součástí správního spisu. Žalobce b) přitom nenamítá, že by mu nebylo umožněno nahlížet do spisu a vyjadřovat se ke všem skutkovým podkladům. Pokud žalobce b) dovozuje, že měl být v souladu s § 51 odst. 2 vyrozuměn o provádění důkazu mimo jednání, neboť jednání nebylo ve věci nařízeno, odkazuje Nejvyšší správní soud na rozsudek ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012 - 40, v němž dovedl, že „*správní orgán není povinen postupovat dle § 51 odst. 2 správního řádu, tj. vyrozumět účastníka řízení o provádění důkazů mimo ústní jednání, jde-li o provedení důkazu listinou.*“ Ani z tohoto hlediska tak žalovaný nepochybil. Argumentace žalovaného, který tuto žalobní námitku neshledal důvodnou, je správná. Ani v rámci řízení o kasační stížnosti není námitka důvodná.

X. **Závěr a náklady řízení**

[121] Kasační stížnost žalobce b) neshledal Nejvyšší správní soud důvodnou. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), zamítl ji (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.)

[122] Naopak kasační stížnost žalovaného důvodná je. Nejvyšší správní soud proto podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil výroky II. a III. rozsudku krajského soudu a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

[123] V dalším řízení bude krajský soud vázán právním názorem, který je vysloven v tomto rozsudku (§ 110 odst. 3 s. ř. s.). O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

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

V Brně dne 12. května 2016

JUDr. Marie Žišková
předsedkyně senátu