U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Marie Žiškové a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobce: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost,** se sídlem Sokolovská 217/42, Praha 9, zastoupeného JUDr. Jiřím Brožem, advokátem se sídlem Vinohradská 2828/151, Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 27. 9. 2013, č. j. ÚOHS-R97, 102/2012/VZ-18595/2013/310/Mše, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 9. 2016, č. j. 62 Af 112/2013 – 198,

takto:

I. Kasační stížnost **se odmítá.**

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalobci **se vrací** zaplacený soudní poplatek za řízení o kasační stížnosti ve výši 5.000 Kč, který bude vyplacen z účtu Nejvyššího správního soudu do 30 dnů od právní moci tohoto usnesení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím žalovaného ze dne 4. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu, byla žalobci uložena pokuta ve výši 500.000 Kč a hlavnímu městu Praha pokuta ve výši 600.000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí brojili žalobce i hlavní město Praha rozkladem, který předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví specifikovaným rozhodnutím zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil. Žalobce a hlavní město Praha se následně domáhali zrušení rozhodnutí žalovaného žalobami u Krajského soudu v Brně. Soud žalobu hlavního města Prahy nepovažoval za důvodnou a zamítl ji. Na základě žaloby žalobce, kterou shledal důvodnou, poté rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Proti rozsudku krajského soudu brojili kasačními stížnostmi

hlavní město Praha a žalovaný. Nejvyšší správní soud kasační stížnost hlavního města Prahy zamítl, ke kasační stížnosti žalovaného však rozsudek zrušil. Žalobce nyní podává kasační stížnost poté, co krajský soud ve věci rozhodl podruhé, po zrušení svého předchozího rozsudku Nejvyšším správním soudem.

[2] Skutkový stav nyní projednávané věci je následující. Žalobce 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 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 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 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 uzavřel dne 31. 7. 2008 s vybraným uchazečem smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS a dne 15. 9. 2008 uzavřel žalobce smlouvu s vybraným uchazečem na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele 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.

II. Rozhodnutí žalovaného

[7] Žalovaný ve svém rozhodnutí dospěl k závěru, že se žalobce 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 coby zadavatele mohly přitom podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[8] 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 objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15. 9. 2008.

[9] 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.

[10] K postupu žalobce žalovaný zdůraznil, že návrh řešení kartové aplikace DOS nebyl součástí původní smlouvy uzavřené mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem dne 27. 10. 2006. Omezení, kterého se žalobce 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 nově umožněno poskytnout třetí osobě podlicenci k software, čímž došlo k výrazněnému uvolnění licenčních podmínek. Je tedy zřejmé, že licenční podmínky mohly být sjednány i jiným způsobem.

[11] Žalobce 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. Řízení před krajským a Nejvyšším správním soudem

[12] Krajský soud o žalobě rozhodl rozsudkem ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013 - 131, vydaným v rámci společného projednání spojených žalob žalobce a hlavního města Prahy, přičemž žalobu hlavního města Prahy důvodnou neshledal a výrokem I citovaného rozsudku ji zamítl. Výrokem II poté, na základě žalobních argumentů žalobce (Dopravního podniku hl. m. Prahy), zrušil napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nezákonnost.

[13] Soud dospěl totiž k závěru, že legální parametry pro žalobcem zvolený postup zadávání veřejných zakázek nebyly způsobeny jím, ale již hlavním městem Prahou, což je z pohledu správního trestání jiný subjekt, než je žalobce. Žalobce se tak na rozdíl od hlavního města Prahy mohl dovolávat objektivní existence autorských práv společnosti HAGUESS, a.s., neboť tuto situaci nezpůsobil on, ale hlavní město Praha.

[14] Proti tomuto rozsudku podali žalovaný a hlavní město Praha kasační stížnosti. Kasační stížnost hlavního města Prahy Nejvyšší správní soud zamítl. Kasační stížnosti žalovaného vyhověl a výroky II. a III. rozsudku Krajského soudu v Brně zrušil.

[15] Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, č. 3436/2016 Sb. NSS, kasační stížnost hlavního města Prahy zamítl. Ztotožnil se žalovaným i krajským soudem v tom, že institut jednacího řízení bez uveřejnění nelze využít, pokud zadavatel stav exkluzivity způsobí sám svým předchozím jednáním. Posouzení postupu hlavního města Prahy žalovaným a krajským soudem bylo správné, podmínky pro možnost využít jednací řízení bez uveřejnění nebyly ve věci splněny.

[16] Pokud jde o postup žalobce, Nejvyšší správní soud zdůraznil, že je akciovou společností, jejímž zřizovatelem a jediným akcionářem je hlavní město Praha, a je tedy plně ovládán hlavním městem Prahou. Přijmout konstrukci krajského soudu a uzavřít, že jednání hlavního města Prahy je nezákonné a totéž jednání žalobce je zákonné pouze z toho důvodu, že byl jako osoba ovládaná hlavním městem Prahou vázán jím uzavřenými licenčními podmínkami, a proto jinak jednat nemohl, by bylo popřením smyslu a účelu zákonné úpravy veřejných zakázek.

[17] Řízení o žalobě hlavního města Prahy tak již bylo pravomocně skončeno a krajský soud po vrácení věci Nejvyšším správním soudem rozhodoval znovu pouze o žalobě žalobce, vázán ve smyslu § 110 odst. 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“) právním názorem Nejvyššího správního soudu.

IV. Opakované posouzení věci krajským soudem

[18] Krajský soud žalobu rozsudkem ze dne 16. 9. 2016, č. j. 62 Af 112/2013 - 198, zamítl. Nejprve uvedl, že rozhodnutí žalovaného je plně přezkoumatelné, a to i z hlediska výše uložené pokuty. Poté se zabýval klíčovou otázkou, tedy tím, zda byly splněny

podmínky pro uzavření smluv se společností HAGUESS, a.s. v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv této společnosti. Zcela v intencích zrušujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu přitom dospěl k závěru, že nikoliv.

[19] K námitce, že vedení společných řízení bylo nesprávné, soud uvedl, že vzhledem k jednoznačné souvislosti obou věcí a nutností posuzovat jednání žalobce i hlavního města Prahy jako zadavatelů ve vzájemné souvislosti, žalovaný nepochybil, pokud vedl jedno společné řízení. K argumentaci žalobce uplatněné v replice ze dne 25. 4. 2014 a ve vyjádření ze dne 9. 9. 2016, v níž žalobce poukázal na to, že první smlouvu o dílo uzavřel mimo režim zákona o veřejných zakázkách, uvedl, že jde o opožděně uplatněné námitky, kterými se dále nezabýval.

V. Kasační stížnost žalobce a vyjádření žalovaného

[20] Žalobce (stěžovatel) nyní brojí proti rozsudku krajského soudu kasační stížností. Přípustnost kasační stížnosti spatřuje v tom, že Nejvyšší správní soud vydal své původní rozhodnutí na základě špatně zjištěného skutkového stavu, resp. skutkového stavu, který se rozchází se zjištěním Krajského soudu v Brně. Krajský soud tak byl vázán právním názorem, dle kterého rozhodl, avšak tento právní názor nemůže obstát ve světle pochybení Nejvyššího správního soudu, který právní názor aplikoval na jiný skutkový stav.
[21] Jak vyplývá ze spisového materiálu, stěžovatel neuzavíral „prvotní smlouvy“ v jednacím řízení bez uveřejnění, ale jako zakázky podlimitní (neboť stěžovatel je sektorový zadavatel a není povinen při zadávání podlimitních veřejných zakázek postupovat dle zákona o veřejných zakázkách). Dále ze spisového materiálu a faktického stavu vyplývá, že při tvorbě aplikace DOS by bylo nutné zasáhnout do software i hardware servisního centra, a stěžovatel tak byl nucen uzavřít smlouvy se společností HAGUESS, a.s.

[22] Za stěžovatele uzavíralo předmětné smlouvy představenstvo, případně generální ředitel na základě stanov. Stěžovatel tedy uzavíral smlouvy jako samostatný subjekt, který vycházel z objektivních skutečností, které sám nezpůsobil. Jeho vůle byla projevována představenstvem (generálním ředitelem), nikoliv radou hlavního města Prahy v postavení akcionáře. Stěžovatele je nutno považovat za samostatný, nezávislý subjekt odlišný od hlavního města Prahy. Stěžovatel nemohl zadat veřejnou zakázku jinému subjektu, neboť mu byly nastaveny mantinely hlavním městem Prahou.

[23] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti zdůraznil, že skutkový stav věci se v průběhu soudních řízení nijak nezměnil, krajský i Nejvyšší správní soud vycházely z týchž zjištění, pouze věc jinak posoudily. Krajský soud podruhé rozhodl plně v souladu se závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu, proto žalovaný navrhl odmítnout kasační stížnost pro nepřípustnost dle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s.

[24] Žalobce v replice k vyjádření zopakoval svou kasační argumentaci a zdůraznil, že smlouvy uzavíral jako samostatný subjekt, který vycházel z objektivních skutečností, které sám nezpůsobil.

VI. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[25] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval přípustností kasační stížnosti, protože v posuzované věci již dříve rozhodl rozsudkem č. j. 1 As 256/2015 - 95, jímž ke kasační stížnosti žalovaného zrušil původní rozsudek krajského soudu pro nezákonnost. Nyní kasační stížnost podal jiný účastník řízení – žalobce.

[26] Kasační stížnost není v zásadě přípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem [§ 104 odst. 3 písm. a) věta před středníkem s. ř. s.]. Základním smyslem této úpravy je, aby se Nejvyšší správní soud opakovaně nezabýval věcí, u které již jednou vyslovil svůj právní názor závazný pro nižší soud a nižší soud se tímto právním názorem řídil (srov. nález Ústavního soudu ze dne 8. 6. 2005, sp. zn. IV. ÚS 136/05).

[27] Samotný § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. obsahuje z uvedeného pravidla výjimku. Kasační stížnost je přípustná, je-li namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným v předchozím zrušujícím rozsudku.

[28] Přípustnost kasační stížnosti je tedy omezena ve vztahu k otázkám již dříve v téže věci Nejvyšším správním soudem závazně posouzeným (blíže viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 3. 2011, č. j. 1 As 79/2009 - 165, č. 2365/2011 Sb. NSS). Toto omezení odráží závaznost právního názoru pro krajský soud v dalším řízení (§ 110 odst. 4 s. ř. s.), a tím, že vylučuje možnost brojit proti němu kasačními námitkami, vylučuje i možnost Nejvyššího správního soudu, aby sám svůj původní závazný právní názor k nové kasační stížnosti v téže věci revidoval. Zruší-li totiž Nejvyšší správní soud rozhodnutí krajského soudu, je vysloveným právním názorem vázán nejen krajský soud, ale také Nejvyšší správní soud sám, rozhoduje-li za jinak nezměněných poměrů v téže věci. Změny původně vysloveného právního názoru se senát, který o nové kasační stížnosti rozhoduje, nemůže domoci ani předložením věci rozšířenému senátu postupem podle § 17 s. ř. s. (blíže viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 7. 2008, č. j. 9 Afs 59/2007 - 56, č. 1723/2008 Sb. NSS). Tím je zaručen požadavek legitimního očekávání a předvídatelnosti soudního rozhodování.

[29] Podá-li kasační stížnost v téže věci druhý účastník řízení, je § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. aplikovatelný (a kasační stížnost nepřípustná) zejm. v případě, kdy tento účastník brojí proti závěrům krajského soudu, které jsou výsledkem aplikace právního názoru Nejvyššího správního soudu vyjádřeného v předchozím zrušujícím rozsudku (blíže viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2011, č. j. 6 As 1/2011 - 139, ze dne 8. 6. 2011, č. j. 6 As 4/2011 - 136, ze dne 22. 9. 2011, č. j. 6 Ads 14/2011 - 241, nebo ze dne 29. 8. 2012, č. j. 8 As 2/2012 - 55).

[30] Judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu dovodila nad rámec doslovného znění § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. další výjimky s ohledem na dodržení smyslu

a účelu rozhodování Nejvyššího správního soudu. Ty lze shrnout tak, že přípustnost opětovné kasační stížnosti (včetně stížnosti podané druhým účastníkem řízení) je omezena na důvody, které Nejvyšší správní soud v souladu se zákonným omezením svého přezkumu dosud v téže věci neřešil (srov. usnesení rozšířeného senátu č. j. 1 As 79/2009 - 165 a č. j. 9 Afs 59/2007 - 56).

[31] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost z hlediska výše uvedených kritérií přípustnosti a shledal, že všechny stěžovatelem vznesené námitky vypořádal již ve svém předchozím rozsudku č. j. 1 As 256/2015 - 95. Soud se podrobně věnoval podmínkám pro možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění dle zákona o veřejných zakázkách a dospěl přitom k závěru, že na straně žalobce nebyly tyto podmínky splněny.

[32] Stěžovatel spatřuje přípustnost své kasační stížnosti v tom, že Nejvyšší správní soud vycházel z odlišného skutkového stavu než soud krajský. Tak tomu však není. Skutkový stav, ze kterého oba soudy vycházely, je stále tentýž. V textu kasační stížnosti poté stěžovatel s právním názorem Nejvyššího správního soudu, vyjádřeným v rozsudku č. j. 1 As 256/2015 - 95, polemizuje. Taková polemika je však s ohledem na výše uvedená kritéria přípustnosti opakované kasační stížnosti nepřípustná.

[33] Klíčovým pro zaujetí tohoto právního názoru přitom soud označil skutečnost, že ve věci nejde o to, že by byl žalobce trestán za chybu (nevýhodné licenční podmínky sjednané se společností HAGUESS, a.s.) hlavního města Prahy. Tak tomu nebylo, žalobce byl potrestán za to, že jako subjekt nakládající s veřejnými prostředky nesprávně uzavřel, že za existujících okolností může zadávat své zakázky v jednacích řízeních bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[34] Žádné jiné otázky, ke kterým Nejvyšší správní soud svůj názor v předchozím rozsudku nevyslovil, žalobce v nyní posuzované kasační stížnosti nepředestřel. Z toho důvodu rozhodl Nejvyšší správní soud o odmítnutí jeho kasační stížnosti pro nepřípustnost podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s.

[35] O náhradě nákladů řízení Nejvyšší správní soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 3 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s., podle něhož žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, byla-li kasační stížnost odmítnuta. Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o vrácení zaplaceného soudního poplatku za kasační stížnost, a to na základě § 10 odst. 3 věty poslední zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů. Podle tohoto ustanovení soud vrátí z účtu soudu zaplacený poplatek, byl-li návrh na zahájení řízení před prvním jednáním odmítnut.

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

V Brně dne 23. února 2017

JUDr. Marie Žišková
předsedkyně senátu