



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobkyně: **Seyfor, a. s.**, se sídlem Drobného 555/49, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti: **Ministerstvo dopravy**, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha 1, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 4. 2024, č. j. 30 Af 23/2020 - 202,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se z a m í t á .**
- II. Žádnému z účastníků **se n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Osoba zúčastněná na řízení (dále jen „zadavatel“) zahájila dne 9. 7. 2018 zadávací řízení na zadání veřejné zakázky s názvem „*Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy*“. Podle návrhu smlouvy, který je přílohou zadávací dokumentace (dále jen „smlouva“), mohl dodavatel závazek splnit třemi způsoby:

- (A) poskytnutím oprávnění k užití plnění považovaného za autorské dílo ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském (autorský zákon), jímž je **počítačový program** (či více počítačových programů); oprávnění k užití spočívá zejm. v poskytnutí nevýhradní a neomezené licence k užití plnění k jakémukoliv účelu a v rozsahu, v jakém uzná zadavatel za nezbytné, vhodné či přiměřené, s právem podlicence a právem provádět jakékoliv úpravy a změny plnění vč. dalších práv a podmínek uvedených v čl. 9.4 smlouvy; *k tomuto byl dodavatel povinen předat zadavateli zdrojový kód každé jednotlivé části plnění, která je počítačovým programem* (čl. 9.5 smlouvy);
- (B) poskytnutím tzv. **proprietárního softwaru**, k němuž dodavatel nemůže zadavateli poskytnout oprávnění podle čl. 9.4 smlouvy; zároveň musí jít (1) o software, který je na území České republiky nabízený alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat (čl. 9.7.1 smlouvy); (2) o software, u něhož dodavatel poskytne např. s ohledem na jeho marginální význam či nekomplikovanou propojitelnost garanci, že další rozvoj informačního systému jinou osobou než dodavatelem je možné provádět bez toho, aby tím byla dotčena práva autorů takového softwaru (čl. 9.7.2 smlouvy); anebo (3) dodavatel objednateli poskytne *úplné komentované zdrojové kódy softwaru* a právo zejm. provádět jakékoli úpravy a změny softwaru a dle svého uvážení do něj zasahovat a zpracovávat ho do dalších autorských děl (čl. 9.7.3 smlouvy);
- (C) poskytnutím tzv. **open source softwaru**, k němuž dodavatel nemůže zadavateli poskytnout oprávnění podle čl. 9.4 smlouvy, který je veřejnosti poskytován zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit (čl. 9.9 smlouvy).

[2] Podle vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 ze dne 27. 8. 2019 měly uvedené požadavky za cíl zadavateli zajistit, aby v rámci případného navazujícího zadávacího řízení na provoz, podporu, údržbu či rozvoj informačního systému nebyl vázán na dodavatele prvotní veřejné zakázky. Zadavatel si danými podmínkami zajišťoval svobodu rozhodování v budoucích zadávacích řízeních a omezil rizika tzv. *vendor lock-in* efektu. Žalobkyně proti daným zadávacím podmínkám podala námitky, jímž zadavatel nevyhověl a svým rozhodnutím ze dne 17. 9. 2019, č. j. 29/2019-010-ORG/11, námitky podle § 245 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZVZ“), odmítl.

[3] Žalobkyně doručila žalovanému návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Ten svým rozhodnutím ze dne 11. 11. 2019 č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh, návrh žalobkyně zamítl. Následně podaný rozklad proti danému rozhodnutí předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 6. 2. 2020, č. j. ÚOHS-04205/2020/322/PJe, podle § 152 odst. 6 písm. b) správního řádu ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 5 téhož zákona zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

pokračování

[4] Žalobkyně se proti rozhodnutí předsedy žalovaného bránila žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Uvedla v ní, že zadávací podmínky stanovené ve čl. 9.5 a 9.7.1 smlouvy jsou zjevně excesivní a diskriminační.

[5] Žalobkyně měla za to, že po ní nelze spravedlivě požadovat, aby poskytla zdrojové kódy ke svému komerčnímu produktu, který vyvíjí a zdokonaluje již téměř 30 let a který je jejím hlavním obchodním artiklem. Zdrojové kódy systému žalobkyně mají povahu obchodního tajemství a s ohledem na složitost požadovaného informačního systému nelze předpokládat, že by jiný subjekt dokázal na práci žalobkyně na stejné odborné úrovni navázat, a to i při poskytnutí zdrojových kódů k informačnímu systému. Poskytnutí zdrojových kódů by tak mělo negativní vliv na obchodní činnost žalobkyně, aniž by zadavatel získal předpokládaný benefit. Poskytnutí zdrojových kódů by nadto znamenalo zvýšení nabídkové ceny poptávaného plnění, a to v řádech milionů korun.

[6] Ve vztahu k podmínce upravené v čl. 9.7.1 smlouvy žalobkyně uvedla, že její proprietární software nejsou oprávněni upravovat ani její obchodní partneři. Důvodem je ochrana jejích obchodních zájmů a složitost daného softwaru. Žalovaný tuto skutečnost nezkoumal, neověřil ji šetřením na relevantním trhu ani ustanovením znalce. Sám žalovaný neměl k jejímu posouzení dostatečné odborné znalosti.

[7] Zadavatel na základě nezákonně nastavených zadávacích podmínek obdržel pouze jednu nabídku. V zadávacím řízení tedy neproběhla řádná soutěž o zakázku. Totéž bude podle žalobkyně platit pro navazující zadávací řízení. Žalobkyně měla za to, že zjevně došlo k omezení hospodářské soutěže. Pokud zadavatel nastavil zadávací podmínky tak, aby zabránil stavu *vendor lock-in* ve vztahu k navazujícím zadávacím řízením, učinil tak nezákonným způsobem a bez přihlédnutí k situaci na relevantním trhu. Jeho postup je nepřiměřený, excesivní a likvidační, neboť neumožňuje účast drtivé většiny dodavatelů požadovaného plnění působících na relevantním trhu.

[8] Krajský soud svým rozsudkem ze dne 28. 2. 2022, č. j. 30 Af 23/2020 - 144 (dále jen rozsudek č. j. 30 Af 23/2020 - 144), danou žalobu zamítl. V uvedeném rozsudku vyložil, že stanovení nepřiměřených zadávacích podmínek může představovat formu nepřímé diskriminace, jelikož tím dojde k vyloučení některých dodavatelů, kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilí. Zadávací podmínky však nebudou diskriminační, pokud budou vycházet z objektivně zdůvodnitelných skutečností a budou korespondovat s účelem, kterého má být realizací veřejné zakázky dosaženo. Jinými slovy, zadavatel nesmí stanovit zadávací podmínky tak, že budou vytvářet bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 ZVZ. Omezení hospodářské soutěže však je přípustné, pokud je odůvodněno objektivními skutečnostmi a účelem, kterého má být realizací veřejné zakázky dosaženo, např. zamezení stavu *vendor lock-in* (srov. odst. 54 daného rozsudku krajského soudu). Krajský soud však zdůraznil, že i odůvodněné zadávací podmínky vedoucí k omezení hospodářské soutěže mohou znamenat porušení § 6 odst. 2 ZVZ, resp. § 36 odst. 1 téhož zákona, pokud by „*nastaveným požadavkem byla vyloučena účast drtivé většiny potenciálních dodavatelů a sledovaného cíle by bylo možné dosáhnout mírnějším způsobem.*“ V tomto směru odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS.

[9] Soud uvedl, že ke zjištění, zda omezení hospodářské soutěže nebylo nepřiměřené, je třeba „získat povědomost o možnostech a schopnostech dodavatelů působících na trhu.“ Žalovaný přitom podle soudu nedisponuje odborností k tomu, aby posoudil akceptovatelnost požadavku na poskytnutí zdrojových kódů jednotlivými dodavateli. Byl proto povinen řádně zjistit skutkový stav a provést šetření na relevantním trhu. Pokud to neučinil a bez dalšího uzavřel, že k porušení zásady transparentnosti nedošlo, dopustil se vady řízení. Krajský soud následně hodnotil, zda tato vada mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí předsedy žalovaného. Měl za to, že pokud by závěr žalovaného obstál i po provedení šetření na relevantním trhu, předmětná vada by zákonnost ovlivnit nemohla. Vzhledem k tomu oslovil subjekty, které mu žalobkyně navrhla, a dospěl k závěru, že zadávací podmínky byly splnitelné pro tři až čtyři subjekty, a proto omezení hospodářské soutěže nebylo nepřiměřené a diskriminační (srov. odst. 58 daného rozsudku).

[10] Žalobkyně podala proti tomuto rozsudku kasační stížnost. Nejvyšší správní soud o ní rozhodl rozsudkem ze dne 18. 10. 2023, č. j. 2 As 87/2022 - 71 (dále jen „rozsudek ve věci 2 As 87/2022“), tak, že se rozsudek č. j. 30 Af 23/2020 - 144 ruší a věc se vrací tomuto soudu k dalšímu řízení. Druhý senát zdejšího soudu byl toho názoru, že závěr krajského soudu o splnitelnosti zadávacích podmínek alespoň pro tři až čtyři dodavatele neměl oporu v provedeném dokazování, neboť jej nelze učinit pouze na základě šetření provedeného krajským soudem a seznamu veřejných zakázek, který mu žalobkyně předložila. Nadto Nejvyšší správní soud vyhodnotil, že z provedeného šetření (odpovědí daných subjektů) fakticky nevyplývá, že by tyto subjekty skutečně byly schopné zadávací podmínky splnit. Dále druhý senát uvedl, že zadavatel při stanovení zadávacích podmínek nesmí nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž a je současně povinen dodržovat zásadu přiměřenosti a zákaz diskriminace ve smyslu § 6 ZVZ. „I když zadávací podmínky obecně sledují legitimní cíl (zabránit vendor lock-in efektu), v případě, že by vedly k vyloučení hospodářské soutěže nebo výraznému omezení tržního prostředí, je nutné velmi pečlivě vážít, zda neexistují jiné, mírnější prostředky, jimiž by bylo možné bránit dopadům vendor lock-in efektu a soutěž zajistit (např. stěžovatelkou zmiňovaný přenos dat do nového systému) a zda zvolené omezení skutečně povede k požadovanému výsledku, zajištění hospodářské soutěže v budoucnu. Přitom je třeba vycházet zejména z konkrétního cíle, jehož hodlá zadavatel dosáhnout,“ (srov. odst. [23] rozsudku ve věci 2 As 87/2022). Druhý senát doplnil, že „[s]etrvá-li krajský soud na závěru, že šetření trhu mělo být ve správním řízení provedeno, implikuje to, že skutkový stav vyžadoval zásadní doplnění, což je důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s.“

[11] Na základě daného rozsudku Nejvyššího správního soudu posuzoval krajský soud případ žalobkyně znovu; o její žalobě rozhodl napadeným rozsudkem tak, že se rozhodnutí předsedy žalovaného ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. Krajský soud nejprve dospěl k názoru, že požadavek na zabránění vzniku stavu *vendor lock-in*, resp. na omezení jeho dopadů je legitimním cílem a důvodem pro omezení hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 ZVZ. Aby však zadávací podmínky byly zákonné, musí způsobené omezení hospodářské soutěže být přiměřené, nikoli excesivní. Takové omezení „[m]usí být především způsobilé dosáhnout sledovaného cíle [...] a narušovat hospodářskou soutěž a/nebo rovné postavení potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku pouze v nezbytné míře,“ (srov. odst. 61 napadeného rozsudku). Soud se tak neztotožnil

pokračování

s názorem žalovaného, podle něhož se v případě hodnocení zákonnosti zadávacích podmínek pohledem § 36 odst. 1 ZVZ nemohou uplatnit požadavky plynoucí z § 6 odst. 1 a 2 ZVZ. Naopak zdůraznil, že stejně tak mu nepřisvědčil druhý senát v rozsudku ve věci 2 As 87/2022 (srov. odst. 72 napadeného rozsudku).

[12] Krajský soud uvedl, že podstatou sporu není otázka, zda účel, který sledují dané zadávací podmínky, představuje legitimní důvod omezení hospodářské soutěže, nýbrž navazující otázka, zda stanovené zadávací podmínky a z nich plynoucí rozsah omezení hospodářské soutěže jsou přiměřené stanovenému cíli, tj. zamezení vzniku *vendor lock-in* efektu. Při hodnocení přiměřenosti je navíc nutné situaci posoudit z hlediska povahy předmětu veřejné zakázky a situace na relevantním trhu (srov. odst. 72 napadeného rozsudku). Konkrétně je nezbytné vědět, „*zda vůbec jsou dotčené zadávací podmínky pro potencionální dodavatele akceptovatelné a nevylučují z účasti v zadávacím řízení drtivou většinu subjektů působících na trhu, jaké jsou důvody nepřijatelnosti zadávacích podmínek apod.*“ Žalovaný měl rovněž zjistit, „*zda stanovené omezující podmínky vůbec mohly naplnit svůj účel, tj. reálně zajistit účast více dodavatelů při zadávání navazujících veřejných zakázek a zamezit tím vzniku nebo důsledkům stavu vendor lock-in,*“ (srov. odst. 75 napadeného rozsudku).

[13] Ke zjištění těchto skutečností byl žalovaný povinen provést šetření na relevantním trhu; to však neučinil. Namísto toho bez dalšího uzavřel, že k porušení zákazu diskriminace, zásady přiměřenosti ani zákazu bezdůvodného vytváření překážek hospodářské soutěže nedošlo. S ohledem na tyto okolnosti, jakož i vzhledem k závaznému právnímu názoru Nejvyššího správního soudu uvedenému v rozsudku ve věci 2 As 87/2022 krajský soud uzavřel, že se žalovaný dopustil vady řízení spočívající v tom, že vycházel ze skutkového stavu, který vyžaduje zásadní doplnění [(srov. § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s.)].

II. Kasační stížnost a vyjádření žalobkyně

[14] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[15] Stěžovatel v první řadě tvrdí, že druhý senát zdejšího soudu vytkl původnímu rozsudku krajského soudu toliko „*vady v hodnocení provedených důkazů (tj. že z nich nevyplývá to, co z nich krajský soud dovodil), nikoliv to, že by se krajský soud zeptal nesprávně nebo že by se nezeptal na něco, na co se zeptat měl.*“ Zavázal-li jej krajský soud napadeným rozsudkem, aby doplnil dokazování, pak stěžovatel dovozuje, že uvedené doplnění dokazování již krajský soud sám provedl. Z napadeného rozsudku neplyne, proč krajský soud pominul skutečnosti, které sám u potenciálních dodavatelů zjistil. Stěžovateli proto není jasné, proč by měl totožné dokazování provádět znovu; krajskému soudu přitom nic nebránilo, aby na základě zjištěných skutečností věc nově posoudil. Pokud krajský soud za takové situace vrátil věc stěžovateli k dalšímu řízení, zcela tím popřel zásadu procesní ekonomie. Stěžovatel rovněž nerozumí tomu, jak má přistoupit k důkazům, které soud

v řízení o žalobě opatřil. Krajský soud tento svůj postup nijak neodůvodnil, proto je napadený rozsudek nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů.

[16] Krajský soud v odst. 62 napadeného rozsudku uvedl, že není správná úvaha stěžovatele, podle níž se v případě hodnocení zákonnosti zadávacích podmínek podle § 36 odst. 1 ZVZ nemohou uplatnit požadavky plynoucí z § 6 odst. 1 a 2 ZVZ. Stěžovatel však tvrdí, že takový závěr nevyslovil, a odkazuje k tomu na své vyjádření ze dne 29. 11. 2023 zaslané krajskému soudu po vydání rozsudku ve věci 2 As 87/2022. V něm uvedl, že *„přiměřenost nechápe jako zvláštní kategorii, ale jako součást posouzení důvodnosti zadávací podmínky.“* Jelikož napadený rozsudek argumentaci v daném vyjádření pomíjí, nelze *„úvahu vyslovenou soudem ani závěry na tuto úvahu navazující považovat za přezkoumatelné.“*

[17] Pokud krajský soud trvá na tom, že je nezbytné při omezení hospodářské soutěže rovněž provést test přiměřenosti předmětného omezení, pak stěžovatel upozorňuje, že takový test již rozhodnutí předsedy stěžovatele v odst. 65 až 70 obsahuje, a to přesně v té podobě, v jaké jej krajský soud požadoval provést.

[18] Dále stěžovatel namítá, že na str. 2 až 4 svého vyjádření ze dne 29. 11. 2023 přdestřel argumentaci, která je podle jeho mínění pro posouzení projednávané věci zásadní, na kterou krajský soud nereagoval. I z tohoto důvodu je napadený rozsudek stížen vadou nepřezkoumatelnosti.

[19] Na základě této argumentace má stěžovatel za to, že není pro správné právní posouzení potřeba v projednávané věci provádět dokazování, nýbrž je nezbytné vyložit hypotézu ustanovení § 36 odst. 1 ZVZ, a to s výsledkem, který zastává stěžovatel. Podle něj je rozhodné, zda zadavatel nastavil zadávací podmínky takovým způsobem, že vytvořil překážku hospodářské soutěže, a zároveň, zda jde o překážku bezdůvodnou. Je totiž zásadní rozdíl mezi tím, zda se uchazeči do zadávacího řízení nepřihlásí proto, že *nechtějí* (s ohledem na svou obchodní politiku), anebo proto, že *nemohou*, neboť zadavatel vložil do zadávacích podmínek překážku, která jim v tom brání a je bezdůvodná. Stěžovatel má za to, že v projednávané věci nastala první z daných možností; v takovém případě však zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem. Stěžovatel má za to, že zadavatel musí *„prokázat, že jím stanovené podmínky sledují legitimní cíl, přičemž je povinen prokázat toliko to, že takový legitimní cíl existuje (to, že ho zadavatel sleduje, je implicitně vyjádřeno již tím, že zadavatel předmětnou zadávací podmínku stanoví), a že nejde o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.“* Zadavatel naopak není povinen prokazovat, že zadávacími podmínkami takového cíle skutečně dosáhne. Slovy stěžovatele postačuje *„pouhý rozumně odůvodněný závěr, že sledovaného cíle dosáhnout lze“*, což v projednávané věci splněno je.

[20] Stěžovatel naopak rozporuje výklad krajského soudu, podle něhož nepostačí hodnocení důvodnosti požadavků zadavatele omezujících hospodářskou soutěž, ale je, jak tvrdí stěžovatel, třeba mít *„postaveno najisto, že stanovenými požadavky zadávací dokumentace skutečně lze takového cíle dosáhnout,“* tedy, že v tomto případě výhrada předání zdrojových kódů *„skutečně zamezí vzniku vendor lock-in efektu.“* S ohledem na to stěžovatel nesouhlasí s argumentací v odst. 75 napadeného rozsudku, podle níž měl zkoumat,

pokračování

„zda stanovené omezující podmínky vůbec mohly naplnit svůj účel, tj. reálně zajistit účast více dodavatelů při zadávání navazujících veřejných zakázek a zamezit tím vzniku nebo důsledkům stavu *vendor lock-in*.“ Stěžovatel má za to, že oslovení dodavatelé mu neposkytnou určitou a jednoznačnou odpověď na otázku, „zda by se přihlásili do zadávacího řízení na úpravy nebo rozšíření něčeho, co zatím není poptáváno, ba dokonce ani zadavatelem vymezeno a popsáno.“ Oslovení dodavatelé ani zadavatel neví, jaké rozšíření a úpravy informačního systému bude třeba provést. K zakázce rovněž neexistují zadávací podmínky. Výsledek takového dokazování by byl zcela spekulativní. Krajský soud podle stěžovatele rovněž nerefletoval, že nezáleží na vůli zadavatele, zda se mu podaří zadat navazující veřejnou zakázku osobě odlišné od původního dodavatele – takový výsledek se totiž odvíjí od dalších okolností, které nemůže ovlivnit.

[21] Pokud jde o právní názor krajského soudu, stěžovatel má za to, že v jeho důsledku by se měli zadavatelé nyní zaměřit na ochranu práv duševního vlastnictví vlastníků softwaru jako primárního cíle, namísto ochrany veřejných rozpočtů. Tímto však soud zasáhl do právní jistoty účastníků hospodářské soutěže. Z výše uvedených důvodů nejsou požadavky krajského soudu podle stěžovatele udržitelné – jednak jim nelze z předestřených důvodů fakticky vyhovět a jednak je interpretace, kterou soud zastává, v rozporu s výsledky jazykové i teleologické metody výkladu ustanovení § 36 odst. 1 ZVZ.

[22] V další kasační námitce stěžovatel krajskému soudu vytýká, že právním názorem obsaženým v napadeném rozsudku zcela změnil pohled na hodnocení zákonnosti zadávacích podmínek, neboť do posuzování prizmatem zásady přiměřenosti vnesl pojem *akceptovatelnosti zadávacích podmínek*, který rozhodovací praxe doposud neznala. Podle stěžovatele by nyní měli zadavatelé zkoumat, jak dané zadávací podmínky ovlivňují ochotu dodavatelů na tyto podmínky přistoupit; soud však nijak neuvedl, proč tímto postupem zcela změnil koncepci posuzování přiměřenosti zadávacích podmínek oproti stávající rozhodovací praxi i dikci zákona. I z toho důvodu trpí napadený rozsudek vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.

[23] Stěžovatel tento názor krajského soudu rozporuje i po věcné stránce. V kasační stížnosti tvrdí, že podle jeho vědomostí potenciální dodavatelé „krabicového“ softwaru, jež sami upravují na přání zákazníka, „*princiipiálně nemají zájem poskytnout zadavateli zdrojové kódy*“; dané zadávací podmínky tím vyloučí ze zadávacího řízení řadu potenciálních dodavatelů. V tomto směru tak není stěžovateli zřejmé, co dalšího by měl v dalším řízení zjišťovat. Nadto je napadený rozsudek nezákonný, neboť uvedené závěry krajského soudu se rozcházejí s povinnostmi, které zadavateli stanoví zákon. Ten musí nastavit zadávací podmínky tak, aby proběhla řádná a férová soutěž o veřejnou zakázku. Zákon zadavateli neukládá, aby podmínkami maximalizoval množství účastníků zadávacího řízení bez ohledu na své potřeby, popřípadě za cenu slevování ze svých oprávněných požadavků.

[24] Dále stěžovatel upozorňuje na to, že zadavatel umožnil splnění požadavku na předcházení stavu *vendor lock-in* celkem třemi způsoby; předání zdrojových kódů představovalo pouze jeden ze způsobů splnění této podmínky. Ačkoli krajský soud tuto okolnost výslovně uvedl (v odst. 51 napadeného rozsudku), podle stěžovatele tyto další možnosti splnění zadávací podmínky při vlastním právním posouzení nezohlednil,

a tedy nehodnotil skutkový stav zjištěný ve správním řízení tak, jak ze zadávacích podmínek vyplývá.

[25] Stejně tak se krajský soud nezabýval možným jiným řešením (tzv. exitovou strategií), jímž argumentovala žalobkyně. Stěžovatel má za to, že krajský soud uvedenou otázku nehodnotil, neboť mu v tom bránil nedostatečně zjištěný skutkový stav. S takovou úvahou však nelze souhlasit, neboť k danému hodnocení není třeba doplňovat dokazování. K provedení posouzení postačí informace, že uplatnění exitové strategie má za cíl jednodušší přesun a předání dat zadavatele při přechodu na jiný systém, nikoli zájem na vyhnutí se stavu *vendor lock-in*. Jelikož zavedení exitové strategie fakticky problém zadavatele neřeší, nemůže představovat mírnější nastavení zadávacích podmínek umožňující naplnění legitimního cíle zadavatele. Podle stěžovatele proto úvaha soudu „nenalézá odraz v reálném uplatnění toho, co soud pravděpodobně od zkoumání takové možnosti očekává.“

[26] Stěžovatel dále namítá, že obsah odst. 68 napadeného rozsudku vyznívá tak, že si zadavatel určitý software nemůže pořídit s tím výsledkem, aby jej měl plně ve své moci a aby s ním mohl nakládat podle libosti. Poslední námitka se vztahuje k odst. 69 napadeného rozsudku; stěžovatel s ohledem na něj nerozumí požadavku krajského soudu, aby doplnil dokazování ohledně dopadu zadávacích podmínek, pokud soud „ani nijak nezpochybňuje závěr žalovaného, že stejně žádná alternativní řešení neexistují.“

[27] Žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti souhlasí se závěry napadeného rozsudku a ztotožňuje se s tím, že snaha o zabránění stavu *vendor lock-in* je legitimním cílem zadávacího řízení. Vymezuje se však proti kasační námitce, v níž stěžovatel činí rozdíl mezi situacemi, kdy se dodavatelé do zadávacího řízení nepřihlásili proto, že nechtěli, nikoli proto, že by se zadávacího řízení účastnit nemohli. Žalobkyně upozorňuje, že žádný z dodavatelů předmětné veřejné zakázky netvrdil, že by se zadávacího řízení účastnit nechtěl, nýbrž že se jej účastnit nemůže, a to s ohledem na nastavené zadávací podmínky, neboť jim to rozpor požadavků zadavatele a reality jejich podnikání nedovoluje. Žalobkyně rovněž trvá na tom, že stav *vendor lock-in* lze vyloučit různými jinými způsoby než omezujícím nastavením zadávacích podmínek; to ostatně připustil i stěžovatel v odst. 68 svého rozhodnutí. Žalobkyně zdejšímu soudu navrhuje, aby kasační stížnost zamítl.

[28] Zadavatel se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[29] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas, osobou oprávněnou a proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná. Poté přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů.

[30] Kasační stížnost není důvodná.

pokračování

III. a) K nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku

[31] Nejvyšší správní soud se v rámci vypořádání kasačních námitek nejprve zaměří na namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Platí totiž, že v případě existence vad stanovených v § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. již zpravidla není dán prostor k úvahám o námitkách věcného charakteru a je nezbytné napadený rozsudek bez dalšího zrušit.

[32] Z konstantní judikatury Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu vyplývá, že má-li být soudní rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být patrné, jaký skutkový stav vzal soud za prokázaný, jakým způsobem postupoval při posuzování rozhodných skutečností, proč považuje právní závěry účastníků řízení za (ne)správné a z jakých důvodů považuje argumentaci účastníků řízení za (ne)důvodnou (srov. například nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 6. 1995, sp. zn. III. ÚS 84/94, ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 - 130, publ. pod č. 244/2004 Sb. NSS).

[33] Nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost je takové rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, kdy nelze zjistit, jak soud o žalobě rozhodl, kdy nelze seznat, co je výrok a co odůvodnění, dále rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem, rozhodnutí s výrokem formulovaným tak, že nikoho nezavazuje, dále rozhodnutí, které postrádá základní zákonné náležitosti, z něhož nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno, které neobsahuje právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností, případně rozhodnutí, z něhož neplyne, podle kterých ustanovení a právních předpisů soud v kontextu podané správní žaloby posuzoval zákonnost napadeného správního rozhodnutí (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 - 130, či ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 28/2008 - 76).

[34] Rozhodnutí, které je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, obsahuje takové vady skutkových zjištění, které utvářejí rozhodovací důvody, typicky tam, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem, anebo tam, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, publ. pod č. 133/2004 Sb. NSS). Nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů je dále takové rozhodnutí, v němž soud zcela opomene vypořádat některou z uplatněných žalobních námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 - 74), resp. pokud z jeho odůvodnění není zřejmé, proč nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, a to zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44, publ. pod č. 689/2005 Sb. NSS).

[35] Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku spatřuje stěžovatel v první řadě v tom, že krajský soud sice zjistil potřebné skutečnosti týkající se situace na relevantním trhu a možností potenciálních dodavatelů účastnit se předmětného zadávacího řízení, následně

však rozhodnutí předsedy stěžovatele zrušil a stěžovatele zavázal, aby dokazování doplnil. Nejvyšší správní soud podotýká, že z obsahu kasační námitky neplyne žádná konkrétní argumentace týkající se námitky nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku pro nesrozumitelnost. Ani Nejvyšší správní soud *ex officio* neshledal, že by napadený rozsudek byl v některém ohledu nesrozumitelný.

[36] Pokud jde o tvrzenou nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů, stěžovatel rozporuje postup krajského soudu, který mu vrátil věc k dalšímu řízení a k doplnění dokazování, přestože sám šetření na relevantním trhu provedl. Zároveň však zcela opomíjí, že podle rozsudku ve věci sp. zn. 2 As 87/2022 bylo dané šetření provedeno nedostatečně a na jeho základě *„nelze učinit jednoznačný závěr o tom, nakolik byla hospodářská soutěž omezena,“* (srov. odst. [20] rozsudku ve věci 2 As 87/2022). Krajský soud byl zároveň vázán právním názorem kasačního soudu v tom směru, že případné šetření trhu představuje zásadní doplnění skutkového stavu; pokud by krajský soud vyhodnotil, že taková potřeba nastala, byl povinen rozhodnutí předsedy stěžovatele zrušit podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. Z uvedeného zřetelně vyplývá, z jakých důvodů krajský soud rozhodnutí předsedy stěžovatele zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Pokud má stěžovatel k tomuto postupu výhrady, Nejvyšší správní soud upozorňuje, že nesouhlas stěžovatele s odůvodněním a závěry napadeného rozsudku nezpůsobuje jeho nepřezkoumatelnost (srov. rozsudek kasačního soudu ze dne 2. 3. 2017, č. j. 7 As 313/2016 - 30, odst. [10]).

[37] Co se týče dílčí námitky týkající se relevance důkazů opatřených krajským soudem, Nejvyšší správní soud připomíná, že pokud soud zruší rozhodnutí správního orgánu ve věci, ve které soud sám prováděl dokazování, správní orgán je podle § 78 odst. 6 s. ř. s. povinen v dalším řízení tyto důkazy zahrnout mezi podklady pro nové rozhodnutí. Rovněž lze podotknout, že podle § 50 odst. 2 správního řádu opatřuje podklady pro vydání rozhodnutí správní orgán; je proto na něm, aby vyhodnotil, zda z konkrétního důkazního prostředku vyplývají relevantní skutkové okolnosti, přičemž je následně povinen podklady hodnotit v souladu s právními předpisy. V projednávané věci tak stěžovatel musí zvážit, zda z výsledků šetření provedeného krajským soudem vyplývají pro věc relevantní skutkové závěry, a ty případně promítnout v rámci hodnocení důkazů. Je přitom povinen respektovat závazný právní názor druhého senátu zdejšího soudu, že skutková zjištění vyplývající z daného šetření sama o sobě nepředstavují dostatečný podklad pro rozhodnutí ve věci.

[38] Podle stěžovatele spočívá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku dále v tom, že mu přičítá tvrzení, která neuvedl. Nejvyšší správní soud však se stěžovatelem nesouhlasí. Na str. 3 vyjádření ze dne 29. 11. 2023, na jehož obsah v kasaní stížnosti odkázal, rozporoval závěry krajského soudu i kasačního soudu; podle stěžovatele soudy *„argumentovaly tak, že i pokud jsou zadávací podmínky vedoucí k omezení hospodářské soutěže odůvodněny snahou zadavatele vyhnout se stavu uzamčení, mohly by znamenat porušení § 6 odst. 2, resp. § 36 odst. 1 zákona v případě, že by nastaveným požadavkem byla vyloučena účast drtivé většiny potenciálních dodavatelů a sledovaného cíle by bylo možné dosáhnout mírnějším způsobem.“* Stěžovatel měl za to, že zásady zadávání veřejných zakázek plynoucí z § 6 ZVZ nelze promítat do pravidla stanoveného v § 36 odst. 1 ZVZ, neboť jde o *„pravidlo, které konkretizuje uplatnění zásad pro konkrétní úkon zadavatele“*, přičemž *„[k]onkrétní pravidlo má před zásadami vždy přednost.“* Závěrem výslovně uvedl, že *„[n]ení tedy podle názoru*

pokračování

žalovaného správným právní názor, že zadávací podmínka je nezákonná tehdy, je-li sice důvodná, ale zároveň výrazně omezuje okruh uchazečů či dokonce hospodářskou soutěž vylučuje.“ Stěžovateli tak nelze přisvědčit v tom směru, že daný právní názor nezastával.

[39] Tvrdí-li stěžovatel dále, že se krajský soud jeho argumentací obsaženou v daném vyjádření nezabýval, je třeba zdůraznit, že podstata předmětné argumentace spočívala v nesouhlasu s právním názorem krajského soudu a druhého senátu zdejšího soudu, podle něhož i zadávací podmínky, které omezují hospodářskou soutěž z legitimních důvodů, mohou být nezákonné, pokud je omezení nepřiměřené. Krajský soud právnímu názoru stěžovatele nepřisvědčil a přidržel se své původní argumentace potvrzené závěry rozsudku ve věci 2 As 87/2022 (srov. zejm. odst. 61 až 64 a 72 až 77 napadeného rozsudku). Nelze proto tvrdit, že krajský soud na předmětnou argumentaci nereagoval. Je vhodné poznamenat, že soud není povinen vždy volit cestu detailního vypořádání se s každým dílčím argumentem uplatněným v žalobě, ale naopak může postupovat tak, že proti žalobě postaví právní názor, v jehož konkurenci žalobní námitky jako celek neobstojí (srov. rozsudek zdejšího soudu ze dne 11. 2. 2016, č. j. 4 As 113/2015 - 34, odst. [13]). Pokud stěžovatel daný právní názor krajského soudu i druhého senátu kasačního soudu rozporuje, nemůže být daný subjektivní nesouhlas důvodem pro nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku, ale pouze pro nesprávné právní posouzení. Nejvyšší správní soud proto danou námitku vypořádá v následující části tohoto rozsudku.

[40] Nakonec má stěžovatel za to, že krajský soud zatížil napadený rozsudek vadou nepřezkoumatelnosti tím, že vyložil zákonný princip v rozporu s tím, jak jej vymezují právní předpisy i rozhodovací praxe, aniž by tento postup odůvodnil. Nejvyšší správní soud v tomto směru zdůrazňuje, že nepřezkoumatelnost je založena na nedostatku důvodů skutkových, nikoliv na dílčích nedostatcích odůvodnění soudního rozhodnutí. Musí se přitom jednat o vady skutkových zjištění, o něž soud opírá své rozhodovací důvody (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, publ. pod č. 133/2004 Sb. NSS). Tvrzená vada směřuje výhradně k nesprávnému právnímu posouzení (konkrétně k tomu, že se právní názor krajského soudu bezdůvodně odchyluje od výslovné textace právní úpravy i dosavadní rozhodovací praxe). Daná námitka naopak nijak nezodpovídá, proč by uvedená nezákonnost měla resultovat v nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. Nejvyšší správní soud uzavírá, že napadený rozsudek pro tuto namítanou vadu ani z jiných důvodů není nepřezkoumatelný. Předmětnou námitku vztahující se opět k nesprávnému právnímu posouzení soud vyhodnotí v navazující části tohoto rozsudku.

III. b) K dalším kasačním námitkám

[41] Nejvyšší správní soud považuje za vhodné v první řadě zdůraznit, že krajský soud rozhodoval napadeným rozsudkem na základě závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu, jímž je krajský soud vázán (srov. § 110 odst. 4 s. ř. s.). Druhý senát tohoto soudu považoval skutkový stav projednávané věci za nedostatečně zjištěný, a to i s ohledem na šetření provedené krajským soudem. Proto jeho rozsudek č. j. 30 Af 23/2020 - 144 zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, pro něž jej zavázal výše uvedeným právním názorem (srov. odst. [10] tohoto rozsudku). Nejvyšší správní soud

upozorňuje, že druhý senát považoval za potřebné nejprve doplnit skutkový stav; vzhledem k jeho zásadním nedostatkům nebylo možné věc posoudit po právní stránce (srov. odst. [24] rozsudku ve věci 2 As 87/2022). Pokud jde o samotné právní posouzení týkající se vlivu zásady přiměřenosti na zadávací podmínky omezující hospodářskou soutěž z legitimních důvodů, druhý senát se se závěrem krajského soudu ztotožnil.

[42] Z uvedeného pro nyní projednávanou věc vyplývá, že Nejvyšší správní soud poskytl krajskému soudu pokyn k postupu v dalším řízení. Lapidárně řečeno, přiměřenost omezení zadávacích podmínek nelze hodnotit bez znalosti zásadních skutkových okolností; jejich zjištění je proto nejprve nutné doplnit. Teprve následně lze posoudit, zda je zvolené omezení způsobilé dosáhnout kýženého cíle a zda k němu nemohou vést jiné, mírnější prostředky. Krajský soud tento závěr převzal (srov. odst. 75 napadeného rozsudku), v důsledku čehož rozhodnutí předsedy stěžovatele zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Pokud tedy stěžovatel namítá, že v rámci rozhodnutí předsedy stěžovatele již posouzení přiměřenosti předmětného omezení hospodářské soutěže provedl, je tato námitka nepřipadná, neboť tak učinil na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu. Takové posouzení není s ohledem na svou předčasnost relevantní a je nezbytné jej uskutečnit až po doplnění zásadních skutkových zjištění.

[43] Podle § 6 odst. 1 ZVZ „[z]adavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.“

[44] Podle § 36 odst. 1 ZVZ „[z]adávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“

[45] Zásadní kasační námitka spočívá v polemice stěžovatele ve vztahu k výkladu ustanovení § 36 odst. 1 ZVZ. Podle stěžovatele z něj vyplývá povinnost zadavatele zajistit, aby zadávací podmínky nepředstavovaly bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Nejvyšší správní soud na tomto místě upozorňuje, že mezi účastníky není a nebyla sporná otázka, zda je snaha zabránit stavu *vendor lock-in* legitimním důvodem pro omezení hospodářské soutěže – žalobkyně nepopírá, že tomu tak je, a krajský soud i Nejvyšší správní soud se v tomto směru shodují. Stěžovatel fakticky polemizuje s právním závěrem napadeného rozsudku, který se týká povinnosti zadavatele poměřovat zadávací podmínky omezující hospodářskou soutěž prismaticem zásady přiměřenosti. Podle obsahu dané kasační námítky stěžovatel rozporuje právě uvedené právní posouzení.

[46] V tomto směru je třeba poukázat na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, který se uvedenou otázkou v minulosti opakovaně zabýval. Krajský soud v napadeném rozsudku vycházel z rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, podle něhož jsou diskriminační takové zadávací podmínky, které nastavující kvalifikační předpoklady excesivně a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky. Projevem této diskriminace je situace, kdy „v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci,

pokračování

ale v rozporu s cílem zákona [...] konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní,“ [srov. část IV/b/c) daného rozsudku].

[47] Uvedené závěry se odráží v navazující judikatuře zdejšího soudu (srov. např. rozsudky ze dne 14. 4. 2020, č. j. 4 Afs 421/2019 - 34, odst. [27] a násl., či ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020 - 168, odst. [40] a [41]). Podle rozsudku ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020 - 143, publ. pod č. 4327/2022 Sb. NSS, lze s ohledem na výslovné znění § 36 odst. 1 ZVZ zahrnout do zadávacích podmínek překážku hospodářské soutěže pouze tehdy, existuje-li pro to důvod a opírá-li se takový postup o legitimní potřebu zadavatele. „[V] případě jednoduché zadávací podmínky (běžné, snadno splnitelné pro všechny dodavatele a výrazněji nezvyšující cenu plnění pro některé z nich) postačuje jednoduché zdůvodnění její potřeby, v ostatních případech je třeba posoudit možné alternativy zadávací podmínky, včetně toho, zda by některá z nich hospodářskou soutěž omezovala méně, či dokonce vůbec,“ (zvýraznění doplněno). V recentní rozhodovací praxi pak již Nejvyšší správní soud setrvale judikuje, že „zadavatel může v zadávací dokumentaci, např. formou definování technických podmínek či kvalifikačních požadavků, stanovit konkrétní parametry, bez jejichž splnění se dodavatel o veřejnou zakázku úspěšně ucházet nemůže. Musí mít ale na zřeteli, že tímto postupem ovlivňuje okruh možných dodavatelů, a proto musí při nastavení těchto parametrů, požadavků či podmínek (v zadávací dokumentaci) dbát zásad vymezených v § 6 zákona [...], jejichž respektování se prolíná celým řízením o veřejných zakázkách,“ (zvýraznění doplněno; srov. rozsudek ze dne 23. 1. 2025, č. j. 2 As 341/2023 - 37, odst. [25], v podobnostech např. rozsudky ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 101/2021 - 52, odst. [20] a násl., ze dne 15. 12. 2023, č. j. 5 As 340/2022 - 84, odst. [43], či ze dne 31. 5. 2024, č. j. 7 As 71/2023 - 38, odst. [23]).

[48] Pokud jde o obsah posouzení prismatem zásady přiměřenosti, Nejvyšší správní soud opětovně poukazuje na svou judikaturu, v níž považoval při posuzování přiměřenosti zadávacích podmínek „za vhodné vyjít metodicky ze standardního testu proporcionality, který stojí na třech základních kritériích – a sice (i) vhodnosti, (ii) potřebnosti/nezbytnosti a (iii) přiměřenosti v užším smyslu,“ (srov. rozsudek ze dne 20. 9. 2022, č. j. 5 As 65/2021 - 73, odst. [43], publ. pod č. 4396/2022 Sb. NSS). Zadavatel je tak povinen postupně hodnotit, zda je zadávací podmínka omezující hospodářskou soutěž způsobila dosáhnout sledovaného cíle, zda k němu nelze dospět jinými, mírnějšími, ale stejně vhodnými prostředky a zda předmětné omezení ob stojí v kolizi s jinými právy a zájmy. Je vhodné poznamenat, že z uvedeného závěru vycházel i druhý senát v rozsudku ve věci 2 As 87/2022 (srov. odst. [10] tohoto rozsudku).

[49] Na základě závěrů uvedené judikatury nelze stěžovateli přisvědčit, že pro zajištění zákonnosti zadávacích podmínek, které omezují hospodářskou soutěž, bez dalšího postačí naplnění hypotézy stanovené v § 36 odst. 1 ZVZ. Povinnost zadavatele stanovit zadávací podmínky v souladu s právními předpisy není vyčerpána tím, že zadavatel sleduje legitimní cíl, na jehož základě lze omezit hospodářskou soutěž, ale je nezbytné i v rámci daného omezení vyhodnocovat, zda zadávacími podmínkami nejsou porušeny základní zásady zadávání veřejných zakázek vč. zásady přiměřenosti ve smyslu § 6 odst. 1 ZVZ. Takovýto postup je navíc povinen pečlivě odůvodnit, neboť „*čím podrobnější a přísnější požadavky*

zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění,“ (srov. rozsudek kasačního soudu ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 101/2021 - 52, odst. [21]).

[50] Stěžovatel v kasační stížnosti uplatnil související námitky, které se týkají faktické nemožnosti zadavatele dosáhnout dané přiměřenosti, jelikož nemůže předvídat obchodní rozhodnutí potenciálních dodavatelů. Nejvyšší správní soud k tomu upozorňuje, že povinnost zadavatele zajistit přiměřenost zadávacích podmínek omezujících hospodářskou soutěž nespočívá v tom, že obsahem zadávacích podmínek skutečně a bez dalšího zajistí dosažení kýženého cíle, nýbrž v tom, že zadavatel nastaví podmínky tak, aby k tomuto cíli bylo možno dospět a aby k němu vedla nejméně omezující cesta. Zadávací podmínky přirozeně nemohou predikovat chování potenciálních dodavatelů z hlediska jejich vůle se zadávacího řízení účastnit. Takový požadavek je nerealistický a je třeba zdůraznit, že jej výše uvedená rozhodovací praxe ani napadený rozsudek neobsahují. Obsahem povinnosti zadavatele je zajištění toho, že zadávací podmínky nebudou excesivně a bezdůvodně omezovat účast potenciálních dodavatelů na zadávacím řízení, nýbrž budou zabezpečovat příležitost pro volnou a efektivní soutěž dodavatelů, prostřednictvím níž bude možné dosáhnout hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Ohledně konkrétních postupů pak kasační soud odkazuje na odst. [48] tohoto rozsudku.

[51] Argumentace stěžovatele týkající se otázky, zda se potenciální dodavatelé *chtějí* či *nechtějí* účastnit zadávacího řízení, je tak zcela nepřipadná, neboť jejich vůle není pro zákonnost zadávacích podmínek nijak rozhodná. Ostatně, jak sám stěžovatel uvádí, na faktickou účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení (potažmo na výsledné zadání veřejné zakázky některému z nich) mají zásadní vliv okolnosti, které zadavatel nemůže ovlivnit. Rozhodná je naopak otázka, zda podmínka, pro kterou se potenciální dodavatelé nemohou zadávacího řízení účastnit, je nastavená přiměřeně. Stejně závěry se pak uplatní k polemice stěžovatele, zda je povinností zadavatele zajistit, že *sledovaného cíle lze dosáhnout*, nebo *jej nutně musí být dosaženo* tím, že zadavatel fakticky zajistí účast více dodavatelů v zadávacím řízení.

[52] Týmž způsobem je třeba přistupovat ke kasační námitce, podle níž krajský soud do rozhodování vnesl nový pojem *akceptovatelnosti zadávacích podmínek* potenciálními dodavateli. Podle Nejvyššího správního soudu je nezbytné respektovat smysl odst. 75 a 76 napadeného rozsudku, v nichž krajský soud pojem použil a v nichž vykládá povinnost zadavatele postupovat při formulaci zadávacích podmínek v souladu se zásadou přiměřenosti. Z kontextu dané části napadeného rozsudku nevyplývá, že by pojem *akceptovatelnost* bylo možné rozšiřovat i na situace, kdy se potenciální dodavatelé do zadávacího řízení přihlásit nechtějí, nýbrž se vztahuje pouze na stavy, kdy se do něj přihlásit nemohou. Stěžovatel pojem vytrhává z kontextu a vykládá jej proti smyslu, v němž jej krajský soud aplikoval. Taková námitka založená na dezinterpretaci napadeného rozsudku není důvodná.

[53] Stěžovatel namítá, že potenciální dodavatelé nebudou schopni uvést, zda by se přihlásili do zadávacího řízení na úpravu informačního systému, neboť v danou chvíli není zřejmé, co by bylo předmětem této veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud k tomu podotýká, že obsahem posuzování přiměřenosti je mj. vyhodnocení a zdůvodnění, zda je zadávací podmínka omezující hospodářskou soutěž způsobilá dosáhnout

pokračování

sledovaného cíle. Pokud jej schopna dosáhnout není, nemůže být přiměřená. Stěžovatel se danou námitkou nepřilehavě brání tím, že zadavatel ani stěžovatel nejsou v daném momentu schopni prokázat, zda předmětné omezení (předání zdrojových kódů k informačnímu systému) může vést ke sledovanému cíli (zamezení stavu *vendor lock-in*). Pokud by daná argumentace odpovídala realitě, pak by zadávací podmínky byly nezákonné. Lze doplnit, že podle Nejvyššího správního soudu zadavatel v momentu zadávání veřejné zakázky na informační systém nepochybně je schopen alespoň v hrubých obrysech popsat obsah potenciální veřejné zakázky na jeho úpravu či rozšíření tak, aby zjistil, zda na relevantním trhu existují dodavatelé, kteří by se byli schopni do navazujícího zadávacího řízení přihlásit. Je možné pouze zopakovat, že povinností zadavatele není získat informaci o tom, zda se tito dodavatelé do navazujícího řízení skutečně přihlásí, nýbrž zda je pro ně účast na takové veřejné zakázce vůbec myslitelná a proveditelná.

[54] Má-li stěžovatel za to, že krajský soud zasáhl do právní jistoty účastníků hospodářské soutěže tím, že v napadeném rozsudku uvedl, že zadavatelé mají povinnost primárně chránit práva duševního vlastnictví vlastníků softwaru, pak kasační soud uvádí, že takové závěry z napadeného rozsudku nevyplývají. Krajský soud pouze zdůraznil, že ochrana veřejných rozpočtů není jediný zájem, který je třeba v zadávacím řízení chránit, a že zadavatelé nesmí rezignovat na zajištění příležitosti pro volnou soutěž dodavatelů. Vycházel přitom z ustálené rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu, která je uvedena v tomto rozsudku výše. Se stěžovatelem se proto nelze ztotožnit v jeho tvrzení, že požadavkům krajského soudu nelze fakticky vyhovět, neboť obsah povinnosti zadavatele posuzovat zadávací podmínky z pohledu zásady přiměřenosti interpretoval nesprávně. Stejně tak mu nelze přisvědčit v námitce, že závěry napadeného rozsudku se rozcházejí s výsledky uvedených metod výkladu ustanovení § 36 odst. 1 ZVZ, jelikož jeho interpretace ve skutečnosti nebyla předmětem předestřené právní otázky.

[55] Stěžovatel dále namítá, že umožnil splnění požadavku na předcházení stavu *vendor lock-in* celkem třemi způsoby, což však krajský soud nereflektoval. Ani v tomto směru nelze stěžovateli přisvědčit, neboť krajský soud v napadeném rozsudku zohlednil, že zadavatel vložil do smlouvy různé prostředky, jimiž lze předmět veřejné zakázky splnit. Dospěl však k závěru, že všechny způsoby splnění veřejné zakázky zahrnují oprávnění zadavatele či dalších subjektů k dispozici s klíčovými součástmi dodaného softwaru (srov. odst. 65 a 66 napadeného rozsudku). Tento obecný způsob plnění veřejné zakázky následně pečlivě hodnotil (srov. odst. 67 až 72 napadeného rozsudku). Není proto pravda, že by krajský soud nevážil alternativní způsoby předcházení stavu *vendor lock-in*.

[56] Obsahem další námitky je tvrzení, podle něhož krajský soud opomenul argumentaci vztahující se k aplikaci tzv. exitové strategie. Nejvyšší správní soud podotýká, že z obsahu kasační námitky není zřejmé, proč by nemohlo nastavení určité exitové strategie v rámci smluvního vztahu s dodavatelem informačního systému představovat předcházení stavu *vendor lock-in* s ohledem na navazující veřejné zakázky na úpravu tohoto systému. Kasační námitka rovněž není obsahově zcela koherentní, neboť podle stěžovatele se krajský soud danou argumentací nezabýval; zároveň však uvádí, že „[ú]vaha soudu proto nenalézá odraz v reálném uplatnění toho, co soud pravděpodobně od zkoumání takové možnosti očekává.“ Není tak zřejmé, zda krajskému soudu vytýká, že otázku vůbec

nehodnotil, anebo že ji hodnotil nesprávně. Stěžovatel rovněž logicky nekonzistentně tvrdí, že při použití exitové strategie „*se zadavatel do stavu vendor lock-in dostane a exitové strategie se uplatní v situaci, kdy se rozhodne smluvní vztah s dodavatelem ukončit*“, přičemž takový postup neodpovídá potřebě zadavatele vyhnout se stavu *vendor lock-in*. Podle Nejvyššího správního soudu však tento stav může z podstaty nastat až ve chvíli, kdy zadavatel nebude schopen zadat navazující veřejnou zakázku jinému subjektu než prvotnímu dodavateli. Použití exitové strategie přitom může zjevně vést k tomu, že k tomuto stavu nedojde. Kasační námitka proto není důvodná.

[57] Stěžovatel v posledních dvou námitkách krajskému soudu vytýká závěry uvedené v odst. 68 a 69 napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud nemůže stěžovateli přisvědčit v tom směru, že by podle napadeného rozsudku zadavatel nemohl v zadávacím řízení pořídit informační systém vč. jeho zdrojových kódů či jiných esenciálních částí. Zadavatel je však při takovém postupu povinen dodržovat povinnosti, které mu vyplývají z právních předpisů (srov. odst. [50] tohoto rozsudku). Má-li stěžovatel za to, že krajský soud nezpochybňuje, „že stejně žádná alternativní řešení neexistují“, je třeba zdůraznit, že taková úvaha z odst. 69 napadeného rozsudku neplyne. Krajský soud v něm naopak uvádí, že zamezení stavu *vendor lock-in* je legitimní důvod omezení hospodářské soutěže, avšak taková restrikce nesmí být bezbřehá a nepřiměřená. Kasační námitka stojí na nepravdivém tvrzení a je tedy nedůvodná.

IV. Závěr a náklady řízení

[58] Nejvyšší správní soud z výše uvedených důvodů shledal kasační stížnost nedůvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1, *in fine*, s. ř. s. zamítl.

[59] O nákladech řízení rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 téhož zákona. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalobkyně měla ve věci plný úspěch, avšak v řízení o kasační stížnosti jí nevznikly žádné náklady, a soud proto nepřiznal náhradu nákladů řízení žádnému z účastníků.

[60] Zadavatel jako osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 5 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s., neboť mu soud v řízení neuložil žádnou povinnost a sám nenavrhoval, aby mu byla náhrada přiznána z důvodů hodných zvláštního zřetele.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 16. června 2025

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu

pokračování

3 As 120/2024 - 89