



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Mgr. Evy Šonkové a soudkyň Mgr. Lenky Oulíkové a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci žalobkyně: **Seyfor, a. s.**, IČO 01572377, se sídlem Drobného 555/49, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: **Česká republika – Ministerstvo dopravy**, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha 1, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 2. 2020, č. j. ÚOHS-04205/2020/322/PJe, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 2. 2022, č. j. 30 Af 23/2020-144,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 2. 2022, č. j. 30 Af 23/2020-144, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :**I. Vymezení věci**

[1] Žalobkyně jako stěžovatelka se domáhá zrušení výroků I a II rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) ze dne 28. 2. 2022, č. j. 30 Af 23/2020-144 (dále jen „napadený rozsudek“), jímž byla zamítnuta její žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 2. 2020, č. j. ÚOHS-04205/2020/322/PJe (dále jen „napadené rozhodnutí“).

[2] Napadeným rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatelky a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 11. 2019, č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh, jímž žalovaný zamítl návrh stěžovatelky na přezkoumání úkonů zadavatele České republiky – Ministerstva dopravy a zrušení otevřeného zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky „*Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy*“ zveřejněného pod ev. č. Z2019-023222 dne 12. 7. 2019 ve Věstníku veřejných zakázek. Stěžovatelka považovala za diskriminační a excesivní požadavek zadavatele, aby v rámci dodávky personálního informačního systému získal licence opravňující jej k neomezenému užívání nezávislému na konkrétním dodavateli a kompletní zdrojové kódy těch částí autorského díla, které jsou počítačovým programem (čl. 9.5 návrhu smlouvy), stejně jako podmínku, že případný proprietární software musí nabízet na relevantním trhu alespoň tři na sobě

nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty oprávněné takovýto software upravovat (čl. 9.7.1 návrhu smlouvy).

[3] Podle předsedy žalovaného zadávací podmínky nepředstavují bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Sledují legitimní cíl předcházet *vendor lock-in* efektu. Předání zdrojového kódu sice nemusí samo zajistit, že nově vybraný dodavatel bude schopen program upravit či rozšířit podle představ zadavatele, odstraňuje však základní překážku budoucích úprav třetí osobou. Stěžovatelkou předestřená alternativní řešení řeší pouze komplikace při přechodu na nový systém, nikoli negativní dopady podstaty stavu proprietárního uzamčení, kdy je původní dodavatel pánem zdrojového kódu a navazující zakázku spočívající v úpravě počítačového programu nemůže bez jeho souhlasu plnit nikdo jiný. Výhrada předání zdrojových kódů je přiměřená svému účelu, neboť sleduje legitimní cíl, umožňuje ho dosáhnout a namítané alternativní metody řešení nemají stejný efekt. Zadavatel nastavil zadávací podmínky relativně široce, neboť umožnil využít tří různých opatření k zamezení *vendor lock-in* efektu (předat zdrojové kódy, dodat proprietární software ve smyslu definice zadavatele nebo *open source* software). Skutečnost, že zadavatel požaduje něco, na co dle tvrzení stěžovatelky není většina dodavatelů ochotna přistoupit, neznamená, že jedná diskriminačně. Podmínka poskytnutí zdrojových kódů sama o sobě žádné dodavatele nevylučuje. Je jejich obchodním rozhodnutím, zda na ni přistoupí. Podmínka čl. 9.7.1 návrhu smlouvy sleduje obdobný legitimní cíl, neboť vylučuje dodat proprietární software, nad nímž má původní dodavatel výlučné panství. Umožňuje dodat pouze systém, s nímž nakládá více subjektů, čímž vytváří předpoklad k uplatnění hospodářské soutěže o navazující zakázku. Nejde o excesivní podmínku, neboť slevuje z přísného požadavku na poskytnutí zdrojového kódu. Skutečnost, že zadavatel obdržel jedinou nabídku, je pouze indicií, že mohlo dojít k nezákonnému omezení hospodářské soutěže. Žalovaný však odůvodnil, že k porušení zákona nedošlo. Předseda žalovaného nezpochybňuje, že v současné době je požadavek na poskytnutí zdrojových kódů pro mnoho dodavatelů neakceptovatelný, což je pravděpodobně dáno tím, že nejsou zvyklí poskytovat software za podmínek, které by je zbavily výlučného panství nad zdrojovými kódy. Právní řád však zadavateli ukládá, aby se účinně bránil stavu závislosti na dodavateli. To ho nutí vyhrázovat si přístup ke zdrojovému kódu a právo ho upravovat nebo přijímat jiná efektivní opatření. Nákup proprietárního software, u něž není možná úprava třetími subjekty, nepředstavuje z dlouhodobého hlediska pro oblast veřejné správy hospodárnou strategii. Podnikatelské prostředí se tomu musí přizpůsobit. I kdyby žalovaný případným šetřením zjistil, že všichni navrhovatelem uvedení dodavatelé nepodali nabídku, neboť nejsou ochotni akceptovat zadavatelem zvolené způsoby předcházení *vendor lock-in* efektu, nemohlo by to nic změnit. Důvodem jejich neúčasti by nebylo diskriminační nastavení zadávacích podmínek ani bezdůvodné omezení konkurenčního prostředí, ale rozhodnutí odůvodněné obchodní strategií, což nezákonnost nezpůsobuje.

[4] Krajský soud v napadeném rozsudku konstatoval, že i když jsou zadávací podmínky vedoucí k omezení hospodářské soutěže odůvodněny snahou zadavatele vyhnout se stavu uzamčení, mohly by znamenat porušení § 6 odst. 1 a 2, resp. § 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), pokud by nastaveným požadavkem byla vyloučena účast drtivé většiny potenciálních dodavatelů a sledovaného cíle by bylo možné dosáhnout mírnějším způsobem. Ztotožnil se se stěžovatelkou, že k vyhodnocení, zda zadavatelem stanovený požadavek není nepřiměřeně omezující, je nutné získat povědomost o možnostech a schopnostech dodavatelů působících na trhu. Vzhledem k tomu, že žalovaný nedisponuje odborností posoudit akceptovatelnost požadavku na poskytnutí zdrojových kódů jednotlivými dodavateli, bylo třeba zjistit situaci na relevantním trhu provedením šetření. Za situace, kdy žalovaný vlastní rozhodovací praxí směřuje zadavatele k důslednému nastavení podmínek IT zakázek, aby nevznikal stav *vendor lock-in*, měl náležitě prošetřit, zda jsou požadavky v daném oboru splnitelné, resp. zda požadavky rozhodovací praxe (a judikatury) nebyly vyloženy zadavatelem v nynějším případě příliš excesivně. To žalovaný neučinil, a dopustil se tedy vady

pokračování

řízení. Krajský soud dále uvedl, že pokud by dovedl potencialitu vlivu na zákonnost rozhodnutí bez dalšího, žalovaný by po zrušení napadeného rozhodnutí přistoupil pouze k zastavení řízení podle § 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť již byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Takový výsledek řízení by stěžovatelce neposkytl odpověď na otázku, zda není požadavek na poskytnutí zdrojových kódů u předmětné zakázky diskriminační. Sám proto oslovil subjekty označené stěžovatelkou veden úvahou, že pokud by závěry žalovaného o přiměřenosti požadavku obstály i po provedeném šetření, nemohla by mít tato vada vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Na základě provedeného šetření trhu krajský soud dospěl k závěru, že podmínky nastavené zadavatelem byly splnitelné pro společnosti OKsystem a. s., Elanor a. s., GORDIC spol. s r. o., případně i KS - program, spol. s r. o. Z provedeného šetření je dle krajského soudu patrné, že přestože je omezení citelné a neumožňuje účast některých společností v zadávacím řízení, určití dodavatelé (nikoli pouze jeden či dva) jsou schopni zadavatelem stanovené požadavky splnit. Za situace, kdy předmětná zadávací podmínka byla do zadávací dokumentace včleněna s přípustným odůvodněním vyhnout se stavu uzamčení, přičemž šetřením nebylo zjištěno, že by dané omezení znamenalo neúčast drtivé většiny případných dodavatelů, lze akceptovat závěry žalovaného, že omezení hospodářské soutěže nebylo nepřiměřené či diskriminační.

II. Kasační stížnost a vyjádření k ní

II.1. Kasační stížnost

[5] Stěžovatelka navrhuje zrušit výroky I a II napadeného rozsudku z důvodů dle § 103 odst. 1 písm. a) a písm. d) s. ř. s.

[6] Stěžovatelka brojí proti závěru krajského soudu, na němž je založen napadený rozsudek, že podmínky nastavené zadavatelem byly splnitelné minimálně pro tři až čtyři dodavatele, společnosti OKsystem, Elanor, GORDIC, případně i KS - program. Namítá, že uvedený závěr je v rozporu s vyjádřeními dodavatelů, která krajský soud obdržel v rámci šetření trhu, a nemá oporu v provedeném dokazování. S odkazy na odpovědi jednotlivých dodavatelů podrobně argumentuje, že krajský soud jejich vyjádření desinterpretoval, jeho závěry jsou nepřezkoumatelné, neodůvodněné a v rozporu se zjištěným skutkovým stavem. Ve vztahu ke společnostem OKsystem a KS – program namítá, že krajský soud opřel své závěry o skutečnosti v řízení nezjišťované a neprokazované. Dle názoru stěžovatelky bylo šetřením provedeným krajským soudem naopak prokázáno, že sporné požadavky byly v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, byly zjevně excesivní a zamezily proběhnutí jakékoli soutěže, neboť dodavatelé se v jejich důsledku zadávacího řízení neúčastnili.

II.2. Vyjádření žalovaného

[7] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhuje kasační stížnost zamítnout. Nesouhlasí s důvody, pro které krajský soud prováděl šetření dotazováním jednotlivých společností. Má za to, že šetření nebylo třeba provádět. Námitky stěžovatelky, jimiž rozporuje hodnocení odpovědí, nejsou podle žalovaného důvodné. Žalovaný zdůrazňuje, že § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek zakazuje takové zadávací podmínky, které omezují hospodářskou soutěž bezdůvodně. Aby byla zadávací podmínka podle toho ustanovení nezákonná, musí klást překážky hospodářské soutěži, resp. zvýhodnit určité dodavatele, a zároveň tak činit bez dobrého, objektivně ospravedlnitelného důvodu. Druhá podmínka splněna nebyla, neboť sporné zadávací podmínky byly stanoveny na základě ospravedlnitelných důvodů. Nemělo tedy smysl analyzovat dopad zadávacích podmínek na okruh potenciálních dodavatelů, neboť § 36 odst. 1 zákona o zadávání

veřejných zakázek nemohl být porušen již proto, že zadávací podmínka neomezila soutěž o zakázku bezdůvodně, ale ze zjevných a legitimních důvodů. Důvody zadavatele krajský soud nezpochybnil. Zadavatel si sporné požadavky kladl proto, aby se vyhnul stavu závislosti na jednom dodavateli softwaru pro případ, že ho bude chtít upravit, vylepšit apod. Takový postup je zcela správný a pochopitelný, zvláště s přihlédnutím k tomu, že si ho vynutila judikatura správních soudů a rozhodovací praxe žalovaného. Ta klade důraz na to, aby zadavatel vyvinul náležité úsilí za účelem vyhnutí se vzniku *vendor lock-in* efektu. K tomu odkázal na rozsudek krajského soudu ze dne 3. 11. 2021, č. j. 31 Af 44/2020-88. Dodržení zásady zákazu diskriminace musí být posuzováno ve spojení s § 36 zákona o zadávání veřejných zakázek, který představuje její konkrétní provedení v obecné úpravě zadávacího řízení.

II.3. Replika stěžovatelky

[8] Stěžovatelka v replice k vyjádření žalovaného uvádí, že sám žalovaný provádí v rámci jím vedených správních řízení průzkumy trhu a jeho vyjádření o tom, že průzkum provedený krajským soudem byl irelevantní, odporuje jeho vlastní ustálené praxi. Nesouhlasí s žalovaným, že šlo o přípustné omezení hospodářské soutěže. Podle stěžovatelky šlo o její vyloučení. Odkaz na rozhodnutí krajského soudu č. j. 31 Af 44/2020-88 nepovažuje za přílehlavý.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[9] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval tím, zda byly splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, vůči němuž je ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, stěžovatelka je zastoupena zaměstnankyní s vysokoškolským právnickým vzděláním vyžadovaným pro výkon advokacie a jsou splněny i obsahové náležitosti kasační stížnosti dle § 106 s. ř. s.

[10] Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. Jsa vázán důvody, které uplatnila stěžovatelka v podané kasační stížnosti. Výroky III a IV, jimiž bylo rozhodnuto o nákladech žalovaného a osoby zúčastněné na řízení, jsou závislé na hlavním výroku rozsudku krajského soudu, jímž byla zamítnuta žaloba stěžovatelky.

[11] **Kasační stížnost je důvodná.**

[12] Stěžovatelka v kasační stížnosti namítá, že závěr krajského soudu, že zadávací podmínky nastavené zadavatelem byly splnitelné minimálně pro 3 až 4 dodavatele (OKsystem, Elanor, GORDIC a případně i KS – program), **nemá oporu v provedeném dokazování.**

[13] **Nejvyšší správní soud souhlasí se stěžovatelkou, že takový závěr skutečně pouze na základě krajským soudem provedeného šetření a seznamu veřejných zakázek předloženého stěžovatelkou učinit nelze.**

[14] KS – program k dotazu soudu v odpovědi ze dne 15. 2. 2022 uvedla, že „*by byla ochotna se daného zadávacího řízení zúčastnit, nicméně na základě uvedených kritérií není schopná*“. Vzhledem k tomu, že v rámci své podnikatelské činnosti vyvíjí a dodává standardní proprietární systém, k němuž prodává licence, a je ekonomicky závislá na tomto prodeji a prodeji navazujících služeb, neboť jde o hlavní předmět její činnosti, nedává poskytnutí zdrojového kódu dle uvedeného požadavku zadávacích podmínek smysl, a to jakkoli významnému zákazníkovi. Dále poukázala na to, že personální a mzdové systémy jsou specifické tím, že vyžadují nepřetržitou podporu dodavatele ve smyslu následných úprav dle legislativních podmínek v personální a mzdové oblasti. Zadavatel ostatně požadoval, aby bylo zajištěno bezproblémové fungování personálního informačního

pokračování

systemu v souladu s právním řádem. Dále odůvodňuje, že dle jejího názoru v České republice neexistuje mzdový a personální informační systém, který by splňoval podmínky popsané v čl. 9.7 návrhu smlouvy. Vysvětluje, že pokud by dodavatelé systému nebyli propojeni, nebylo by možné udržet jeden systém. Pokud by mohla do systému zasahovat třetí strana nebo ho mohl upravovat sám uživatel, nemohl by dodavatel odpovídat za legislativní a faktickou správnost a bezvadnost systému. KS – program jakožto výrobce personálního software neumožňuje upravovat svůj proprietární software nezávislým obchodním partnerům ve smyslu dotazu krajského soudu. Upozornila, že personální a mzdové informační systémy obsahují citlivá data o zaměstnancích i jejich rodinných příslušnících, a proto není vhodné, aby do systému zasahovala jiná osoba než dodavatel, který je schopen mnohem efektivněji kontrolovat případné škodlivé kódy psané programátory umožňující například předávání takových informací třetím stranám. Dodala, že je připravena zodpovědět další případné dotazy soudu.

[15] Krajský soud k této společnosti pouze uvedl, že sice sdělila, „že jim vadí požadavek na poskytnutí zdrojových kódů“, ze seznamu veřejných zakázek předložené stěžovatelkou však vyplynulo, že se úspěšně zúčastnila jiné veřejné zakázky, jejíž podmínkou bylo shodně jako v nyní posuzované věci poskytnutí neomezené licence i povinnost poskytnout zdrojové kódy. Je však třeba konstatovat, že z předložené tabulky neplynou konkrétní zadávací podmínky uvedené zakázky ani obsah nabídky této společnosti, aby bylo možné konstatovat, že podmínky nastavené zadavatelem v nyní posuzované zakázce byly skutečně shodné, a bez dalšího dovést, že pro ni byly splnitelné, ačkoli to ve své odpovědi zcela jednoznačně vyloučila. Z napadeného rozsudku, obsahu spisu ani z dokazování provedeného při jednání soudu neplyne, že by se krajský soud pokusil jakkoli odstranit rozpor s jednoznačnou odpovědí KS – program, v níž prohlásila, že na základě zadávacích podmínek se nebyla schopna zakázky účastnit, zdrojové kódy ke svému proprietárnímu systému neposkytuje a neumožňuje ani systém upravovat třetím osobám, neboť pak by nemohla odpovídat za jeho řádné fungování. Krajský soud si nevyžádal od KS – program žádné dodatečné vysvětlení ani neprovedl důkaz zadávacími podmínkami jiné veřejné zakázky a podanou nabídkou. Za této situace nebylo možné učinit jednoznačný závěr o tom, že zadavatelem stanovené podmínky byly pro KS – program splnitelné.

[16] Nejvyšší správní soud též souhlasí se stěžovatelkou, že ani z odpovědi společnosti GORDIC ze dne 14. 2. 2022 nelze bez dalšího vysvětlení či doplnění učinit jednoznačný závěr o tom, že pro ni byly zadávací podmínky splnitelné. GORDIC uvedla, že se předmětné zakázky neúčastnila především z důvodů nízké předpokládané hodnoty zakázky, která byla zároveň cenou nejvýše přípustnou, chybějící části řešení, kterým jako výrobce software nedisponovala, krátkých lhůt pro realizaci a označení dodavatele jako zpracovatele osobních údajů při plnění činností vyplývajících ze smlouvy. Dále uvedla, že jakožto výrobce systému GINIS umožňuje nezávislým obchodním partnerům certifikovaným v rámci sítě GORDIC Partner Program svůj proprietární software GINIS Enetrprise+ a GYBER Enterprise+ dodávat a „poskytovat služby rozvoje a integrace ve prospěch zákazníků“. Z výše uvedené odpovědi skutečně neplyne, že jsou pro GORDIC nyní posuzované zadávací podmínky splnitelné. Důvody neúčasti ve veřejné zakázce vypočetla GORDIC toliko příkladmo, přičemž mimo jiné nedisponovala částí řešení a nebyla ochotna (bez bližšího vysvětlení) akceptovat postavení zpracovatele pro účely ochrany osobních údajů. Z odpovědi není ani zřejmé, zda by byla připravena (při konkrétních požadavcích zadavatele na personální informační systém) akceptovat některou ze sporných podmínek týkajících se proprietárního software. Jak namítala stěžovatelka již při jednání před krajským soudem, odpověď na druhou otázku krajského soudu, totiž zda GORDIC umožňuje nezávislým obchodním partnerům upravovat svůj proprietární software (a mohla by tedy případně splnit podmínku čl. 9.7.1 návrhu smlouvy), byla příliš neurčitá. Není totiž zřejmé, co přesně mohou zahrnovat služby rozvoje a integrace. Stěžovatelka při jednání soudu poukazovala na to, že oprávnění systém dodávat

či nastavovat ještě neznamená, že do něj mohou obchodní partneři zasahovat a upravovat ho. K tomu se však krajský soud v napadeném rozsudku nikterak nevyjádřil. **Z napadeného rozsudku není zřejmé, jakou úvahou byl veden krajský soud při hodnocení odpovědi GORDIC a jak na jejím základě dospěl k závěru, že byla schopna zadávací podmínky nastavené zadavatelem týkající se vlastnických práv splnit.** Dle Nejvyššího správního soudu se takový závěr z odpovědi GORDIC bez dalšího vysvětlení této společnosti nepodává. Na základě odpovědi nebylo možné uzavřít, že byla schopna nabídku podat, ale z jiných důvodů se předmětného zadávacího řízení nezúčastnila.

[17] **Již s ohledem na výše uvedené byl tedy závěr krajského soudu, že nejméně tři až čtyři dodavatelé, nikoli pouze jeden či dva, byli schopni zadavatelem stanovené podmínky splnit, přinejmenším předčasný.**

[18] Na první pohled jednoznačné prohlášení o schopnosti dostat zadávacím podmínkám poskytla krajskému soudu pouze oslovená společnost Elanor, u níž také z obsahu správního spisu vyplývá, že podala nabídku v rámci předchozího zadávacího řízení osoby zúčastněné na řízení, které bylo zrušeno dle § 127 odst. 2 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek. Nicméně i u této společnosti by bylo třeba se blíže zabývat tím, zda skutečně a kterým z požadovaných způsobů byla schopna podmínkám týkajícím se vlastnictví dostat, a to s ohledem na druhou část její odpovědi, na níž poukazovala stěžovatelka již při jednání soudu dne 28. 2. 2022. Z ní vyplývá, že Elanor má k dispozici síť partnerů, přičemž pokud jde o úpravu zdrojového kódu, ten je měněn společností Elanor na základě požadavků partnera. Centralizace správy zdrojového kódu je pro zachování stability jejího software nezbytná. Alternativou je úprava partnerem bez dopadu na zdrojový kód pomocí standardizovaných rozhraní či jiných obecných mechanismů. S ohledem na zajištění kontinuity činností „*je se zákazníkem diskutována možnost uložení zdrojového kódu do advokátní úschovy*“. **Krajský soud učinil závěr, že zadávací podmínky jsou pro Elanor splnitelné, aniž jakkoli hodnotil část odpovědi, z níž vyplývá, že ani svým obchodním partnerům neposkytuje oprávnění upravovat systém způsobem, který by vyžadoval zásah do zdrojového kódu.**

[19] Pokud jde o OKsystem, krajský soud vyšel z toho, že byla vybraným uchazečem, a byla tedy ochotna i schopna podmínky splnit. Stěžovatelka v žalobě konkrétně nezpochybovala zjištění žalovaného vycházející z čestného prohlášení předloženého touto společností, že její nabídka byla v souladu s čl. 9.7.1 smlouvy, ač tak učinit mohla, a neoznačila v tomto ohledu žádné důkazy. Svou žalobní argumentaci zaměřila na to, že ani případné splnění této podmínky nemůže zajistit účast dalších dodavatelů v navazujících zadávacích řízeních. Za této situace neměl krajský soud důvod přezkoumávat zjištění žalovaného, že vybraný dodavatel splnil podmínky čl. 9.7.1 smlouvy. Stěžovatelka byla při jednání seznámena s náhledem krajského soudu, že společnost OKsystem jakožto vybraný dodavatel podmínky splňovala. Ani v návaznosti na to však uplatněnou žalobní argumentaci nerozvinula a neoznačila žádné důkazy. Ačkoli krajský soud v bodu 57 uvedl, že k závěru o splnitelnosti podmínek pro vyjmenované subjekty včetně OKsystem dospěl na základě provedeného šetření trhu, z bodu 32 napadeného rozsudku je patrné, že ve vztahu k této společnosti šetření neprováděl a založil svůj závěr na výše uvedené úvaze, resp. zjištění žalovaného o tom, že součástí plnění byl proprietární software splňující podmínku dle čl. 9.7.1 smlouvy, které nebylo stěžovatelkou v řízení před soudem zpochybněno. V tomto směru tedy kasační námitka stěžovatelky, že krajský soud se dopustil vadného hodnocení důkazů a „vyšel pouze z vlastního předpokladu“, není důvodná. Krajský soud neprováděl vlastní dokazování, zda OKsystem jakožto vybraný dodavatel podmínky splňovala, a nebyl povinen tak učinit. **Nejvyšší správní soud pro úplnost dodává, že samotná skutečnost, že OKsystem nespécifikovala subjekty oprávněné systém upravovat a zadavatel jejich existenci neověřil, neprokazuje, že podmínku dle čl. 9.7.1 smlouvy nesplňovala.** Žalovaný ani krajský soud neuvodli, že by OKsystem měla zadavateli poskytnout zdrojové kódy (to podmínka 9.7.1 návrhu smlouvy nevyžadovala).

pokračování

[20] Výše uvedené však nic nemění na tom, že závěr krajského soudu založený na existenci nejméně tří dodavatelů schopných splnit podmínky zadavatele neobstojí. Šetření dosud provedené krajským soudem a tabulka výsledků zadávacích řízení neposkytuje pro takový závěr dostatečný podklad. Na základě provedeného šetření krajským soudem nelze učinit jednoznačný závěr o tom, nakolik byla hospodářská soutěž omezena.

[21] Vzhledem k tomu, že krajský soud založil své závěry na zjištěních, která nemají oporu v provedeném dokazování, došlo v řízení před krajským soudem k jiné vadě řízení dle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Nejvyšší správní soud proto rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[22] Nejvyšší správní soud se blíže nezabýval námitkami stěžovatelky proti neúplnému či nedostatečnému hodnocení odpovědí dalších oslovených dodavatelů (MICROSOFT s. r. o., SAP ČR, spol. s r. o., ICZ a. s. a Asseco Solutions, a. s.), neboť závěr krajského soudu, že omezení hospodářské soutěže, resp. zadávací podmínky nebyly nepřiměřené a diskriminační, byl založen na zjištění, že existovali minimálně tři dodavatelé, pro které byly podmínky splnitelné. Z hlediska rozhodovacích důvodů krajského soudu nebylo podstatné, proč nebyly zadávací podmínky splnitelné pro další dodavatele.

[23] Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že žalovaný ve svém vyjádření namítá, že šetření trhu nebylo třeba provádět, tato otázka však přesahuje rámec přezkumu vymezený důvody kasační stížnosti. Pouze v obecné rovině Nejvyšší správní soud uvádí, že jakkoli je zadavateli ponechána značná míra volnosti při stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky, nemá volnost neomezenou. Je povinen dodržovat zásadu zákazu diskriminace (§ 6 zákona o veřejných zakázkách), povinnost stanovit zadávací podmínky přiměřené druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (§ 63 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) a nedůvodně neomezovat hospodářskou soutěž, resp. nesmí volbou požadavků uzavřít trh, nejsou-li pro to z objektivních důvodů (mimořádné) podmínky (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-52, či ze dne 24. 3. 2020, č. j. 9 As 269/2018-55). 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 vážit, 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. Ten by měl vysvětlit, co chce do budoucna zajistit a proč potřebuje systém upravovat.

[24] V dalším řízení krajský soud znovu posoudí žalobu. Setrvá-li na svém 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.

[25] Nejvyšší správní soud připomíná, že úlohou správního soudu není nahrazovat činnost správního orgánu a jeho nedostatečná skutková zjištění (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2018, č. j. 4 As 173/2017-34). K tomu lze odkázat na rozsudek ze dne 16. 4. 2015, č. j. 5 Afs 89/2013-29, v němž Nejvyšší správní soud uvedl: „*Těžšíste dokazování má probíhat před správními orgány, přičemž není úlohou správních soudů provádět složitá dokazování a nabrazovat tak to, co měl již před nimi učinit správní orgán... Správnímu soudu přísluší v rámci soudního přezkoumání správního rozhodnutí posoudit, zda správní orgán provedl dokazování v potřebném rozsahu, tedy zda si opatřil dostatečné podklady pro rozhodnutí tak, aby mohl rádne usuzovat na skutkové i právní otázky, které pro své rozhodnutí potřebuje zodpovědět. Soudní řízení správní není pokračováním správního řízení. Úloha správního soudu je tak*

primárně přezkumná, v zásadě se nejedná o soud nalézací, byť je správní soud samozřejmě oprávněn v přiměřeném rozsahu doplnit dokazování provedené správním orgánem (§ 77 odst. 2 s. ř. s.).“ Obdobně podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 9. 2015, č. j. 2 As 114/2015-36, „[ř]ízení o žalobě podle § 65 a násl. s. ř. s. před krajským soudem je řízením v tzv. plné jurisdikci. Znamená to mimo jiné, že krajský soud má běžně řešit – a logicky stěžejí jinak, než prováděním důkazů, je-li to potřeba – skutkové otázky, jež byly zkoumány ve správním řízení, jehož výsledek, tedy žalobou napadené správní rozhodnutí, přezkoumává. Dokazování před soudem se však má zásadně omezit na prověření toho, zda skutkové závěry ze správního řízení obstojí.“ Pokud skutkový závěr ohledně splnitelnosti požadavků zadavatele scházel, nemohl ho krajský soud ověřit.

[26] Posláním správních soudů je ověřovat, zda žalovaný vykonává dohled nad dodržováním pravidel pro zadávání veřejných zakázek v souladu se zákonem (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 1. 2018, č. j. 10 As 219/2016-51). Ani skutečnost, že po zrušení napadeného rozhodnutí by bylo řízení zastaveno podle § 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných zakázek, není sama o sobě důvodem, aby správní soud nahrazoval činnost správního orgánu a podstatně doplňoval chybějící skutková zjištění, která měl učinit žalovaný. Z procesního hlediska nemůže být takový postup soudu ve prospěch stěžovatelky, ale pouze v její neprospěch, neboť by mohl vést pouze k zastavení řízení po zrušení napadeného rozhodnutí, nebo k zamítnutí žaloby. Je třeba připomenout, že institut zastavení řízení podle § 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných sleduje legitimní cíl zajistit racionalizaci přezkumného řízení tak, aby neprobíhalo poté, co již není možné naplnit jeho smysl (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 2. 11. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 24/21).

IV. Závěr a náhrada nákladů řízení

[27] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené shledal kasační stížnost důvodnou, a proto napadený rozsudek v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení. Ačkoli stěžovatelka výslovně napadla pouze výroky I a II, Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek i v nákladových výrocích III a IV, neboť jsou závislé na výroku o věci samé (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 8. 2005, č. j. 3 As 12/2005-56). Právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem v tomto rozsudku je krajský soud vázán (§ 110 odst. 4 s. ř. s.). Dle § 110 odst. 3 s. ř. s. rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí též o nákladech kasačního řízení.

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

V Brně dne 18. října 2023

Mgr. Eva Šonková v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Pavla Dvořáčková