



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu Veroniky Juříčkové a soudců Tomáše Langáška a Jana Kratochvíla v právní věci žalobkyně: **Microshop, s.r.o.**, sídlem Pod Marjánkou 1448/4, Praha 6, zastoupená JUDr. Robertem Falbrem, advokátem, sídlem Kopeckého 1326/47, Praha 6, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, **za účasti:** Česká republika - Česká správa sociálního zabezpečení, sídlem Křížová 25, Praha 5, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 30. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 9. 2021, č. j. 29 Af 53/2019-70,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost žalovaného **s e z a m í t á**.
- II. Žalovaný **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 4 114 Kč do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobkyně JUDr. Roberta Falbra, advokáta.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobkyně jako potenciální dodavatel předmětu plnění veřejné zakázky „ČSSZ – Obměna blade serverů – 2018“ [veřejná zakázka byla zadána v otevřeném řízení osobou

zúčastněnou na řízení jako veřejným zadavatelem (dále též „zadavatel“) podala námitky proti zadávacím podmínkám [dle § 241 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“)]. Žalobkyně namítala diskriminační povahu smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky spočívající v povinnosti dodavatele dodat také potvrzení o novosti dodávaných *blade serverů*, a to výhradně „*potvrzení vystavené výrobcem (anebo jeho oficiálním zastoupením pro území České republiky), že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění (...), jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované)*“. Poté, co zadavatel rozhodnutím ze dne 13. 12. 2018, ev. č. Z2018034866, námitky odmítl (§ 245 odst. 2 ZZVZ), podala žalobkyně návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (§ 250 ZZVZ).

[2] Žalovaný rozhodnutím ze dne 8. 2. 2019, č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt, návrh žalobkyně zamítl. Dospěl k závěru, že požadavek zadavatele na předložení potvrzení výrobce osvědčujícího, že veškeré komponenty tvořící součást předmětu plnění veřejné zakázky jsou nové (nepoužité, resp. nerepasované), neporušuje zásadu zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 ZZVZ). Bezdůvodně totiž přímo nebo nepřímo nezaručuje určitým dodavatelům konkurenční výhodu, ani nevytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ).

[3] Předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví tohoto rozsudku zamítl rozklad žalobkyně a prvostupňové rozhodnutí potvrdil. V odůvodnění uvedl, že je to výlučně zadavatel, kdo odpovídá za stanovení zadávacích podmínek, neboť nejlépe zná své potřeby. Žalovaný může v případě shledání pochybení na straně zadavatele toliko zrušit zadávací řízení, nikoli uložit změnu zadávacích podmínek. Proto nelze při přezkumu zákonnosti zadávacích podmínek porovnávat podmínky skutečně použité s podmínkami hypotetickými, prezentovanými žalobkyní, která v tomto ohledu poukazovala na jiné možnosti a způsoby prokázání novosti předmětu plnění. Dle předsedy žalovaného ze zjištěného skutkového stavu nevyplynulo, že by potenciální dodavatelé nemohli požadované potvrzení získat, žalobkyně pouze tvrdila, že potvrzení získat nemůže, resp. s obtížemi. Požadavek zadavatele nebyl hodnocen jako excesivní. Z ničeho, co žalobkyně tvrdila nebo doložila, neplyne, že by docházelo k omezení hospodářské soutěže u dodavatelů, kteří nejsou „preferovanými“ obchodními partnery výrobce. Pokud zadavatelem požadované potvrzení od výrobce vede k naplnění (legitimního) požadavku na prokázání novosti předmětu plnění, a nedošlo-li k nepřiměřenému omezení hospodářské soutěže, bylo možno tento požadavek označit za legitimní, neboť neomezuje hospodářskou soutěž nepřiměřeným způsobem. Předseda žalovaného podpůrně poukázal také na § 4 odst. 4 zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), který zohlednění požadavků plynoucích z bezpečnostních opatření v míře nezbytné pro splnění povinností podle tohoto zákona nepovažuje za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži. Pojem *v míře nezbytné* vyložil předseda žalovaného jako *potřebné*. Žalobkyní tvrzené praktiky výrobce předmětu plnění nepovažoval předseda žalovaného za rozhodující, neboť žalobkyně nedoložila, že by jí výrobce (resp. jeho zastoupení v České republice) odmítl požadované potvrzení vydat. Zadavatel navíc může být shledán odpovědný výhradně za diskriminaci mající původ v jím stanovených zadávacích podmínkách, nikoli v dodavatelském prostředí. Dle žalovaného nelze po zadavateli důvodně požadovat, aby do své činnosti promítal i praktiky trhu. Požadavkem na předložení potvrzení od výrobce zadavatel dle žalovaného nenastavil nepřiměřené

pokračování

překážky hospodářské soutěži, ani nevyloučil dodavatele nad rámec těch, kteří nebyli schopni předmět plnění dodat s poptávanými doklady. Protože se závěr žalovaného obsažený v prvostupňovém rozhodnutí opíral o posouzení toho, zda byl požadavek zadavatele oprávněný sám o sobě (bez přihlédnutí k variantním řešením), nezabýval se již předseda žalovaného podrobněji dalšími rozkladovými námitkami, včetně námitek směřujících k možným jiným způsobům prokázání novosti předmětu plnění.

[4] Žalobkyně napadla rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou, které Krajský soud v Brně vyhověl a rozsudkem označeným v záhlaví rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Krajský soud shrnul, že mezi stranami není spor o to, že požadavek na dodání nových komponent (*blade serverů*) je požadavkem legitimním, stejně jako požadavek na potvrzení jejich novosti. Oba požadavky byly v daném případě odůvodněny nutností ochrany a bezpečnosti dat, neboť přes portál zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) provozovaný na poptávaném hardwaru prochází osobní a citlivá data uživatelů v rámci agend sociálního zabezpečení. Spor byl veden výhradně ohledně požadavku na prokázání novosti *výlučně potvrzením výrobce* dodávaných komponent (resp. jeho oficiálním zastoupením pro území České republiky).

[5] Tento požadavek krajský soud na rozdíl od žalovaného nepovažoval za prokazatelně oprávněný. V této souvislosti poukázal na skutečnost, že žalobkyně byla odkázána na vůli třetí osoby, zda jí potřebné potvrzení vydá, přičemž ve správním řízení přednesla *prima facie* věrohodné tvrzení, proč je pro ni získání potvrzení obtížné, ba dokonce nemožné. Svá tvrzení také doložila e-mailovou komunikací s výrobcem a dále interními materiály distributorského řetězce výrobce. V nevypořádání se s těmito podklady žalovaným ve vydaných správních rozhodnutích krajský soud spatřoval porušení zásady materiální pravdy z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci. Krajský soud uvedl, že zadavatel i žalovaný shodně nahlíželi na potvrzení výrobce (či jeho zastoupení na území České republiky) jako na jediný nezpochybnitelný důkaz o novosti dodávaných komponent, zatímco ostatní způsoby navržené žalobkyní považovali za neprůkazné a padělatelné. Krajský soud nicméně upozornil, že stejně tak je možné padělat i potvrzení výrobce, které navíc s jistotou nezaručuje, že se zbožím nebylo po vydání potvrzení dále manipulováno. Požadavek na potvrzení od výrobce tak dle krajského soudu představuje jeden z možných způsobů doložení novosti, nicméně dle jeho názoru není ani toto potvrzení nezpochybnitelné. Nelze tedy vyloučit, že mohou existovat jiné (srovnatelně průkazné) doklady novosti. To ostatně připustil i žalovaný ve vydaném rozhodnutí. Zadavatel ani žalovaný se však dalšími možnými variantami podrobněji nezabývali. Dle krajského soudu tak nebylo v předcházejícím řízení prokázáno, že nerovnováha mezi dodavateli, kterou zadavatelův požadavek vytvořil, nebyla odstranitelná jiným způsobem, aniž to pro zadavatele znamenalo nepřiměřené náklady či obtíže. Krajský soud proto považoval hodnocení oprávněnosti požadavku na potvrzení výrobce jako jediného možného průkazu novosti za předčasné.

[6] Krajský soud v napadeném rozsudku taktéž odmítl výklad předsedy žalovaného § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti. Dle krajského soudu nelze pojem *v míře nezbytné* vykládat jako zohlednění jakýchkoli *potřebných* požadavků, které vedou k požadovanému cíli, jak se domníval předseda žalovaného. Výklad tohoto ustanovení zákona musí být dle krajského soudu restriktivní, a tedy se musí jednat pouze o požadavky nezbytně nutné, omezení soutěže v takovém případě musí být důvodné a racionální.

II. Kasační stížnost, vyjádření žalobkyně a osoby zúčastněné na řízení

[7] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost. V ní namítal, že zadavatel požadavek na prokázání novosti dodávaných komponent výhradně potvrzením výrobce (nebo jeho zastoupení pro území České republiky) odůvodnil již ve vysvětlení zadávací dokumentace poukazem na jím provozovanou kritickou informační infrastrukturu ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti. Z tohoto důvodu musí mít jistotu, že dodávané komponenty jsou skutečně nové.

[8] Dle stěžovatele odůvodňovala sporný požadavek potřeba jistoty ohledně novosti komponent, jakož i skutečnost, že potvrzení výrobce umožňuje ověření jejich dalších vlastností, zejména ověření původu a zajištění souvisejících práv (aktualizací). V této souvislosti stěžovatel poukázal na rozhodnutí zadavatele o námitkách, kde se uvádí, že potvrzení výrobce umožňuje ověření výrobních (sériových) čísel v databázi výrobce, v níž je uvedeno datum výroby, délka záruky a pro jaký trh byl výrobek určen. Potvrzení je zároveň zárukou zajištění přístupu k aktualizacím firmwaru a dalším bezpečnostním aktualizacím.

[9] Stěžovatel považoval výše předestřené důvody za přiměřené, legitimní a dostatečné. Potvrzení od výrobce má dle jeho názoru výrazně vyšší vypovídací hodnotu oproti jiným způsobům prokazování novosti. Výrobce je nejkvalifikovanější osobou k posouzení novosti komponent, své zboží zná nejlépe. Relevantní je též dohled výrobce nad dodavatelským řetězcem až ke konečnému zákazníkovi (zde zadavateli). Z pohledu stěžovatele je tedy výrobce způsobilější než žalobkyní uváděný znalec. Je rovněž garantem kvality zboží a jím vystavený doklad je z hlediska průkaznosti nejvěrohodnější. Potvrzením výrobce je minimalizováno riziko dodání vadného zboží (zboží nikoli nového) a jsou jím zajištěny i budoucí nároky (aktualizace firmwaru, aj.).

[10] Stěžovatel pokračoval, že výrobce jako výstavce potvrzení dbá své obchodní pověsti, přičemž není důvod na něj nahlížet jako na osobu, která ve vztahu ke svým zákazníkům jedná v rozporu se zásadou poctivosti obchodního styku. Výrobce má zájem prodat své zboží a realizovat co nejvyšší zisk. Nemá proto důvod bránit vystavení potvrzení, které zadavatel požadoval. Obavu, že výrobce potvrzení nevydá, navíc žalobkyně v řízení ničím nedoložila. Nečestnému či spekulativnímu jednání výrobce nenasvědčovaly žádné skutkové okolnosti daného případu. Skutečnost, že žalobkyně nebyla výrobcem akceptována jako preferovaný obchodní partner, neznamená, že lze předjímat negativní výsledek žádosti o vystavení potvrzení novosti dodávaných komponent. Žalobkyně rovněž mohla obstarat potvrzení novosti výrobcem od svého přímého dodavatele (na nižším stupni dodavatelského řetězce).

[11] Jiné způsoby prokázání novosti dodávaných komponent uváděné žalobkyní (znalecký posudek, neporušená pečeť, ověření sériových čísel v databázi výrobce) dle stěžovatele představují pro zadavatele méně průkazné způsoby, které navíc mohly být spojeny s nároky a náklady na jeho straně. Nebylo-li v souzeném případě zjištěno ani prokázáno, že bylo obtížné potvrzení od výrobce získat, anebo že by v důsledku tohoto požadavku došlo k nedůvodnému omezení soutěže, nemusel zadavatel alternativní způsoby prokázání novosti připustit a hodnotit.

pokračování

[12] K argumentu krajského soudu, že je nejistou skutečností, zda výrobce žalobkyni stojící mimo okruh preferovaných obchodních partnerů potvrzení vydá, stěžovatel uvedl, že určitá míra nejistoty tvoří běžnou součást obchodního styku a je srovnatelná s nejistotou, zda se žalobkyni např. podaří konkrétní zboží koupit. Žalobkyně musela předmět plnění někde obstarat (přímo od výrobce nebo v nižších úrovních dodavatelského řetězce), přičemž potvrzení výrobce tvoří součást dodávky požadovaných komponent, obdobně jako jiná dokumentace. Je tedy na každém potenciálním dodavateli, zda dokáže pro zadavatele dodávky kompletně zajistit. Tvrzené protisoutěžní jednání výrobce je postižitelné podle jiných právních předpisů a netýká se přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek.

[13] Stěžovatel také neměl za to, že by došlo k bezdůvodnému znevýhodnění dodavatelů na základě zadavatelem stanoveného požadavku. Žalobkyní předestřená situace, v níž dodavatel může mít k dispozici dosud nepoužité (dříve nakoupené) komponenty, a proto nepotřebuje nakupovat komponenty nové s potvrzením výrobce, je situací hypotetickou. Dle stěžovatele je navíc otázkou, zda by takové komponenty vůbec bylo možno hodnotit jako „nové“.

[14] Závěr krajského soudu o diskriminačním charakteru požadavku zadavatele tak nemá dle stěžovatele oporu ve správním spisu a nebyl ani relevantně odůvodněn. Úkolem stěžovatele nebylo řešit hypotetické situace, kterým nenasvědčovaly konkrétní okolnosti daného případu, v němž nebylo zjištěno ani prokázáno omezení hospodářské soutěže.

[15] Osoba zúčastněná na řízení (zadavatel) ve svém vyjádření opětovně poukázala na zákon o kybernetické bezpečnosti. Tvrdila, že potvrzení výrobce nedokládá pouze novost dodávaných komponent, ale umožňuje zadavateli ověřit výrobní (sériová) čísla v databázi a dává mu záruku přístupu k aktualizacím firmwaru a dalším bezpečnostním aktualizacím. Jiné alternativní doklady by sice teoreticky rovněž mohly prokázat novost zboží, avšak např. znalecký posudek by již představoval časové a finanční náklady. Navíc by i v takovém případě musel být výrobce kontaktován a požádán o potvrzení věrohodnosti předložených dokladů.

[16] Žalobkyně ve vyjádření poukázala na skutečnost, že stěžovatel se ani v kasační stížnosti nevypořádal s existencí předestřených alternativ prokázání novosti dodávaných komponent, včetně toho, že i potvrzení výrobce je stejnou měrou zpochybnitelné, na což upozornil již krajský soud. K možným alternativám žalobkyně upozornila také na současnou praxi zadavatelů (včetně osoby zúčastněné na řízení), která již alternativní prokázání novosti připouští. Žalobkyně poukázala také na znění § 45 odst. 2 ZZVZ umožňujícího předkládání dokladů rovnocenných těm, které požadoval zadavatel.

[17] Dále odmítla stěžovatelovy „idealistické“ argumenty, že výrobce (vedený zásadami poctivého obchodního styku) nemá důvod klást překážky a potvrzení nevydat. Žalobkyně zdůraznila, že pokud jde o fungování trhu s ICT, výrobce usiluje o navýšení svého podílu na něm (resp. podílu „preferovaných“ partnerů), a to za účelem rozdělení trhu a dohledu nad cenovou politikou. Žalobkyně proto trvala na tom, že v řízení vznesla důvodnou pochybnost, že pro ni požadavek na doložení potvrzení výrobce představuje překážku hospodářské soutěže, neboť je pro ni nereálné potvrzení od výrobce získat (vzhledem k doloženému systému partnerství, v němž jsou oprávněni koncovým zákazníkům

prodávat zboží pouze „preferovaní“ partneri). Tento systém má negativní dopad na všechny potenciální dodavatele, kteří by mohli dodat nové zboží, avšak nepocházející z oficiálního distribučního kanálu výrobce.

[18] Žalobkyně taktéž nesouhlasila se stěžovatelským tvrzením, že potvrzení výrobce „automaticky“ tvoří součást dodávky požadovaných komponent (obdobně jako jiná dokumentace). Je tedy na každém dodavateli, zda dokáže dodávky pro zadavatele kompletně zajistit, přičemž tato nejistota je zároveň součástí podnikatelského rizika. Žalobkyně uvedla, že nemá problém zajistit dodávky požadovaných komponent, dodání potvrzení výrobce však není v běžných obchodních vztazích obvyklé (což v řízení doložila), a proto představuje podmínku omezující soutěž. Zopakovala, že účast dodavatelů je odvislá od vůle třetí osoby (zde výrobce komponent), která sleduje vlastní zájmy.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[19] Nejvyšší správní soud kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že není důvodná.

[20] K obecně namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku Nejvyšší správní soud nejprve uvádí, že rozsudek krajského soudu je plně přezkoumatelný a právní i skutkové závěry, o které se napadený rozsudek opírá a na kterých je vystavěn, jsou z jeho odůvodnění zřejmé. O tom ostatně svědčí i stěžovatelova polemika s těmito závěry obsažená v kasační stížnosti.

[21] Nejvyšší správní soud dále přisvědčuje závěrům krajského soudu, že požadavek na prokázání novosti komponent poptávaných zadavatelem nepochybně byl požadavkem legitimním. To ostatně v řízení nečinila sporným ani žalobkyně. Jádrem sporu spočívá v otázce, zda požadavek osoby zúčastněné na řízení jako zadavatele veřejné zakázky na prokázání novosti dodávaných komponent (*blade serverů*) vylučně potvrzením výrobce, či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky představuje bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, případně zda určitým dodavatelům bezdůvodně zaručuje konkurenční výhodu (pozn.: zvýraznění podtržením doplnil soud).

[22] Podle § 6 odst. 2 ZZVZ musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům *dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Zásada zákazu diskriminace je ve vztahu k zadávacím podmínkám blíže rozvedena v § 36 odst. 1 ZZVZ, dle kterého *zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže*.

[23] Z citovaných ustanovení zákona vyplývá, že se zadavatel musí zdržet stanovení takových zadávacích podmínek, které by omezily hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodněním (konkurenční výhoda) nebo znevýhodněním (překážka hospodářské soutěže) určitých dodavatelů, přičemž důvodnost stanovení konkrétní zadávací podmínky se musí opírat o legitimní potřebu zadavatele. Důkazní povinnost ohledně prokázání důvodnosti zadávacích podmínek leží vždy na zadavateli (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020-143, č. 4327/2022 Sb. NSS, bod 39, nebo ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020-168, bod 41).

pokračování

[24] Stanovení dílčích smluvních podmínek budoucího smluvního vztahu ponechává zákon na zadavateli (při dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně dalších výslovných omezení zákona), neboť je to zadavatel, kdo má nejlepší povědomí o tom, jaké plnění (a za splnění jakých podmínek) potřebuje. Již v minulosti ve vztahu k předchozí právní úpravě Nejvyšší správní soud uvedl, že „*není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci*“, to však platí pouze tehdy „*nejedná-li se o zjevný exces (...) a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2014, č. j. 9 Afs 21/2013-39, bod 26). V nyní souzené věci ovšem sporná podmínka obsažená v závazném vzoru smlouvy fakticky vymezovala samotný předmět veřejné zakázky (vedle dodávaných komponent muselo být kromě vlastního plnění veřejné zakázky dodáno rovněž potvrzení výrobce o novosti komponent). Dozorová pravomoc stěžovatele proto v tomto případě nebyla z výše uvedeného hlediska nijak omezena, a stěžovatel proto měl u takto nastavené podmínky v plné míře posoudit, zda (ne)vedla k porušení zákazu diskriminace a (ne)vytvářela bezdůvodnou překážku hospodářské soutěži nebo naopak bezdůvodně (ne)zvýhodňovala určité dodavatele.

[25] Nejvyšší správní soud zároveň na úvod upozorňuje, že podle zadávací dokumentace veřejné zakázky byly předmětem jejího plnění *blade servery*, které musely být kompatibilní se zadavatelem provozovaným *blade šasi (chassis)*. K tomu pak v rámci smluvních podmínek vztahujících se k předmětu veřejné zakázky [§ 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ] přistoupil ještě další požadavek na dodavatele, a sice aby jako součást plnění zakázky prokázali novost dodávaných komponent výhradně potvrzením tohoto výrobce (resp. jeho oficiálního zastoupení).

[26] Z již výše citovaného rozsudku č. j. 6 As 295/2020-143 přitom vyplývá, že pouze v případě zcela jednoduché zadávací podmínky (běžné, snadno splnitelné pro všechny dodavatele a výrazněji nezvyšující cenu plnění pro některé z nich) postačuje ze strany zadavatele jednoduché zdůvodnění její potřeby. V ostatních případech je třeba posuzovat možné alternativy zadávací podmínky, včetně toho, zda by některá z nich hospodářskou soutěž omezovala méně, či dokonce vůbec (bod 40). Jak správně v napadeném rozsudku konstatoval již krajský soud, žalobkyně jako potenciální dodavatel byla za skutkových okolností nyní posuzované věci zcela odkázána na vůli třetí osoby (a jí nastavený systém partnerství), bez jejíž součinnosti nebyla schopna zadavatelem stanovenou podmínku veřejné zakázky splnit. Podmínku výlučného potvrzení výrobce o novosti dodávaných komponent proto již z tohoto důvodu nebylo možno v posuzovaném případě považovat za zcela jednoduchou, která by byla běžná a snadno splnitelná pro všechny dodavatele, a tedy takovou, u níž by nebylo třeba důvodnost překážky hospodářské soutěže prokazovat.

[27] Výše uvedené platí tím spíše, že žalobkyně vznesla konkrétní námitky, dle kterých se pro ni získání potvrzení jevílo obtížné (ba dokonce nemožné) a které krajský soud hodnotil jako *prima facie* věrohodné jednak s ohledem na e-mailovou komunikaci mezi žalobkyní a výrobcem, která dokládá nepřijetí žádosti žalobkyně o partnerství; jednak na základě doložených interních materiálů distributorského řetězce výrobce. Nerozhodný je stěžovatelův argument, že žalobkyně ve správním řízení s určitostí neprokázala, že jí

výrobce potvrzení nevydá. Prokázání této skutečnosti nebylo povinností žalobkyně. Zcela postačovalo, pokud v tomto směru vynesla důvodné pochybnosti a předešla plausibilní a věrohodná tvrzení, že společnost výrobce vytváří důmyslný systém podmínek pro své „preferované“ obchodní partnery, jehož účelem je mj. zajistit centralizovanou a úplnou kontrolu nad distribucí vlastních výrobků, včetně kontroly nad cenotvorbou. Subjekt stojící mimo tento systém nemá možnost od výrobce výrobky pro koncového zákazníka zakoupit a také partneři mají zakázáno prodávat zboží výrobce prodejcům, kteří nejsou součástí „partnerské“ skupiny. Vůči prodejcům, kteří zboží nakupují mimo oficiální distribuční kanál, pak nemá výrobce žádné povinnosti, což se v kontextu zadavatelem nastaveného požadavku na doložení potvrzení výrobce (nebo jeho oficiálního zastoupení) projevuje tak, že jinému dodavateli (mimo „partnerskou“ strukturu) výrobce potvrzení nemusí vystavit, byť by se jednalo o zboží, které požadavky zadávacích podmínek splňuje.

[28] Pokud se, jak bylo odůvodněno výše, v případě požadavku na doložení novosti předmětu plnění veřejné zakázky výhradně potvrzením výrobce nejednalo o zcela jednoduchou zadávací podmínku, bylo třeba, aby stěžovatel ve správním řízení posoudil možné alternativy, včetně toho, zda některá z nich hospodářskou soutěž omezuje méně, či dokonce vůbec. To platí tím spíše, že žalobkyně od počátku na alternativní možnosti poukazovala, přičemž jak stěžovatel (bod 75 prvostupňového rozhodnutí), tak zadavatel (str. 3 vyjádření ke kasační stížnosti) připustili, že mohly existovat i jiné způsoby, jimiž bylo možné novost dodávaných komponentů prokázat. K tomuto posouzení a vyhodnocení ovšem nikdo z nich v předchozím řízení nepřistoupil.

[29] Rozhodnutí správních orgánů obou stupňů ani rozhodnutí zadavatele o námitkách se s možnými alternativami prokázání novosti komponent vůbec nevypořádala. Předseda stěžovatele se v bodě 27 rozhodnutí výslovně odmítl zabývat námitkami, které poukazovaly na variantní řešení s tím, že tato řešení nebyla posuzována zadavatelem ani stěžovatelem v řízení v prvním stupni. Stěžovatelova argumentace v této části vychází z mylné premisy, že požadavek zadavatele byl oprávněný sám o sobě a nestanovoval nepřiměřené nebo libovolné překážky hospodářské soutěže. Jak ovšem vyplývá z výše uvedeného, sporný požadavek hospodářskou soutěž omezoval (činil potenciální dodavatele závislé na vůli jediné osoby – výrobce), přičemž důvodnost tohoto omezení nebylo možno posoudit v situaci, kdy nebyly vyhodnoceny případné alternativy.

[30] Již v rozsudku ze dne 24. 10. 2018, č. j. 6 As 83/2018-49 (viz zejména body 14 až 19) Nejvyšší správní soud hodnotil jako problematické, že účast žalobce v zadávacím řízení byla fakticky činěna odvislou od vůle konkrétní osoby (případně s ní spojených osob), a to v důsledku požadavku na předložení konkrétního certifikátu vydaného výlučně jedinou akreditovanou osobou bez možné alternativy, což mohlo vést ke skryté diskriminaci a omezení hospodářské soutěže: *„Pokud by žalovaný a následně správní soudy takovou praxi potvrdily, umožnily by fakticky vznik situace, kdy by dodavatelé mohli vytvářet „účelová sdružení“ nabízející certifikaci pouze pro své členy, přičemž pokud by zadavatelé takovou speciální certifikaci požadovali, vytvořil by se elitní okruh možných dodavatelů, kteří by jako jediní byli schopni účastnit se takového zadávacího řízení. Tím by zároveň z povahy věci docházelo i k nepřímé skryté diskriminaci ostatních potenciálních dodavatelů, kteří by sice objektivně byli schopni plnit stejným způsobem jako elitní dodavatelé, avšak z důvodu nedisponování příslušným certifikátem by nemohli být v zadávacím řízení úspěšní.“* Přestože se ve věci sp. zn. 6 As 83/2018 jednalo o zadavatelem stanovený technický kvalifikační

pokračování

požadavek dle dříve účinné právní úpravy, jsou citované závěry přenositelné i na nyní souzený případ. Smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky totiž (stejně jako podmínky kvalifikační či technické) i za nové právní úpravy představují zadávací podmínky, jimiž zadavatel účast v zadávacím řízení podmiňuje [viz § 37 odst. 1 písm. a) až d) ZZVZ].

[31] Krajský soud při hodnocení úplnosti zjištěného skutkového stavu dospěl k závěru, že v řízení nebylo prokázáno, že překážka hospodářské soutěže nebyla odstranitelná prostřednictvím jiného alternativního požadavku, aniž to pro zadavatele znamenalo nepřiměřené náklady či obtíže. Nejvyšší správní soud k tomu doplňuje, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené na návrh zájemce o veřejnou zakázku (§ 250 ZZVZ) vykazuje rysy sporného řízení podle § 141 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (viz k tomu shodně rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272, č. 3142/2015 Sb. NSS, nebo ze dne 30. 5. 2013, č. j. 2 Afs 32/2012-33). Nejvyšší správní soud sice uvedený závěr v označených rozsudcích vyslovil ve vztahu k předchozí právní úpravě, avšak lze jej plně vztáhnout též na současnou právní úpravu obsaženou v ZZVZ. V návrhovém řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se tak uplatní např. zásada kontradiktornosti (právo každého z účastníků vyjádřit se ke všem skutečnostem či důkazům a oponovat jim), ale rovněž zásada projednací (zvýšená procesní odpovědnost účastníků za zjištění skutkového stavu). Podle § 141 odst. 4 správního řádu *ve sporném řízení vychází správní orgán z důkazů, které byly účastníky navrženy. Pokud navržené důkazy nepostačují ke zjištění stavu věci, může správní orgán provést i důkazy jiné. Neoznačí-li účastníci důkazy potřebné k prokázání svých tvrzení, vychází správní orgán při zjišťování stavu věci z důkazů, které byly provedeny. Správní orgán může též vzít za svá skutková zjištění shodná tvrzení účastníků.* Podle citovaného ustanovení „je důkazní břemeno zejména na účastnících řízení, a je tak do určité míry modifikována zásada materiální pravdy (§ 3 správního řádu). Správní orgán pak vychází zejména z důkazů, které byly účastníky navrženy; nadto může provést i další důkazy podle svého uvážení, přičemž zejména by měl doplnit ty důkazy, které jsou potřeba k ochraně veřejného zájmu (viz. § 2 odst. 4 správního řádu)“ (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 2. 2018, č. j. 9 As 330/2016-192, č. 3712/2018 Sb. NSS, bod 71, nebo ze dne 7. 11. 2012, č. j. 1 As 114/2012-27, bod 23).

[32] Jak tedy vyplývá z citované právní úpravy i z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu, povinnost vážící se k objasnění skutkového stavu věci stran důvodnosti jednotlivých konkrétních zadávacích podmínek leží na zadavateli. V rozsudku ze dne 28. 2. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55, Nejvyšší správní soud v této souvislosti zdůraznil, že „čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky jsou kladeny na jejich odůvodnění“ (bod 25). Jestliže u zcela jednoduché běžné zadávací podmínky postačuje ze strany zadavatele prosté zdůvodnění její potřebnosti, v ostatních případech má zadavatel povinnost předeštíť podrobné, logické a smysluplné odůvodnění, že jím zvolené omezení soutěže bylo důvodné a že by případné alternativy zvolené zadávací podmínky pro něj znamenaly nepřiměřené náklady či obtíže, a svá tvrzení rovněž prokázat. V případě návrhového řízení je povinen tak v souladu s § 251 odst. 5 ZZVZ učinit ve lhůtě do 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení. Včasné nesplnění této povinnosti může pro zadavatele znamenat negativní procesní důsledek v podobě shledání porušení § 36 odst. 1 ZZVZ.

[33] V posuzovaném případě osoba zúčastněná na řízení v roli zadavatele ve svém vyjádření k návrhu na zahájení správního řízení uvedla, že jí nelze přičítat k tíži, že žalobkyně nedisponuje požadovaným potvrzením výrobce. V této souvislosti poukazovala na znění zákona o kybernetické bezpečnosti. K žalobkyní namítaným alternativním možnostem prokázání novosti pouze uvedla, že pro případný znalecký posudek neexistují transparentní a nediskriminační pravidla. K funkci neporušené pečeti balení jako průkazu novosti se nevyjádřila vůbec. Potvrzení výrobce mělo dle jejího vyjádření sloužit i pro ověření výrobních (sériových čísel) v databázi výrobce, z níž lze zjistit datum výroby, délku záruky a pro který trh byl výrobek určen. Potvrzení výrobce dále mělo zajistit přístup k aktualizacím. Na reakci žalobkyně, která uvedla, že databáze k ověření sériových čísel je volně dostupná na webových stránkách výrobce, kde lze zjistit počátek záruky, který se shoduje s časem expedice od výrobce, osoba zúčastněná na řízení již nereagovala.

[34] Za situace, kdy osoba zúčastněná na řízení jako zadavatel přednesla pouze výše shrnutá vágní tvrzení, na jejichž podporu nenavrhla žádné důkazy, je nutno přisvědčit závěrům krajského soudu o nesplnění povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní ze strany zadavatele. Osoba zúčastněná na řízení ve správním řízení nevysvětlila, proč nebylo možné ověřovat sériová čísla dodaných komponent na volně přístupném webovém rozhraní výrobce bez nutnosti doložení písemného potvrzení a proč pro ověření novosti komponent nepostačovala neporušená pečeť balení. Rovněž vysvětlení nevhodnosti provádění znaleckého posudku je nutno hodnotit vágní a nedostačující. Uspokojivě objasněno a vysvětleno nebylo ani to, jak konkrétně souvisí potvrzení výrobce o novosti dodávaných komponent s přístupem k bezpečnostním aktualizacím. Správná je v této souvislosti úvaha krajského soudu, že argument o možném padělání znaleckého posudku či pečeti zboží, obsažený ve vydaných správních rozhodnutích, je možno stejně dobře vztáhnout i na potvrzení výrobce. Stejně tak platí, že ani potvrzení výrobce s jistotou nezaručuje, že po jeho vydání nebude (či nebylo) se zbožím manipulováno. Rovněž argumentace zákonem o kybernetické bezpečnosti nemůže bez dalšího odůvodnit výlučný požadavek na potvrzení výrobce. Uvedený zákon nedává zadavatelům „bianco šek“ na nedodržování ZZVZ. Lze proto souhlasit s výkladem krajského soudu, dle kterého překážku hospodářské soutěže podle tohoto zákona nepředstavují pouze bezpečnostní opatření činěná v *míře nezbytné*. Tuto *nezbytnou míru* však osoba zúčastněná na řízení jako zadavatel ve správním řízení přezkoumatelně neobjasnila ani nedoložila.

[35] Dovolává-li se stěžovatel v kasační stížnosti námitek neprůkaznosti a nízké kontrolovatelnosti alternativních možností prokázání novosti komponent, přičemž v této souvislosti současně zmínil možnost dalších nároků a nákladů, které by zadavateli připuštěním těchto alternativ vznikly, Nejvyšší správní soud konstatuje, že ani tato tvrzení nebyla v řízení relevantně prokázána. K argumentaci předkládané stěžovatelem (shodně s osobou zúčastněnou na řízení) až v průběhu řízení před krajským soudem a řízení o kasační stížnosti pak lze pouze v krátkosti poznamenat, že deficit nedostatečného tvrzení rozhodných okolností a dokazování ve správním řízení nelze napravovat až v řízení před správními soudy.

[36] Nad rámec výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud závěrem doplňuje, že hodnotí jako významný rovněž argument žalobkyně poukazující na znění § 45 odst. 2 ZZVZ, dle kterého *pokud zadavatel vyžaduje předložení dokladu a dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit požadovaný doklad, je oprávněn předložit jiný*

pokračování

rovnocenný doklad. Přestože žalobkyně vznesla tento argument až ve vyjádření ke kasační stížnosti, upozorňuje jím na obsah platné a účinné právní úpravy veřejných zakázek, kterou stěžovatel byl povinen v řízení aplikovat. Ani jedno z vydaných správních rozhodnutí se však výkladem citovaného ustanovení a jeho aplikovatelností na souzenou věc nezabývalo, přestože podstatou žalobkyní uplatněných námitek byla právě neoprávněnost požadavku na prokázání novosti dodávaných komponent, a sice jediným konkrétním dokladem s výslovným vyloučením dokladů jiných.

[37] Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že krajský soud v napadeném rozsudku dospěl ke správnému právnímu závěru, že za daných skutkových okolností požadavek na doložení novosti dodávaných komponent výhradně potvrzením jejich výrobce v posuzovaném případě hospodářskou soutěž omezoval, přičemž osoba zúčastněná na řízení (jako zadavatel veřejné zakázky) v předchozím řízení nevysvětlila, ani neprokázala důvodnost tohoto omezení, tedy že by alternativní možnost prokázání novosti neexistovala, anebo že by pro ni znamenala nepřiměřené náklady či obtíže.

IV. Závěr a náklady řízení

[38] Na základě výše uvedených skutečností Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl.

[39] O nákladech účastníků řízení Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Podle tohoto ustanovení platí, že účastník, který měl ve věci plný úspěch, má právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalovaný (stěžovatel) neměl ve věci úspěch, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalobkyně měla ve věci plný úspěch, proto jí Nejvyšší správní soud přiznal náhradu nákladů řízení.

[40] Žalobkyně prostřednictvím svého zástupce podala vyjádření ke kasační stížnosti. Podání vyjádření představuje úkon právní služby podle § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). Odměna za jeden úkon právní služby činí podle § 7 bodu 5, aplikovaného na základě § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu, 3 100 Kč a podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu je třeba k ní přičíst 300 Kč jako náhradu hotových výdajů, celkem tedy 3 400 Kč. Protože je zmocněný advokát plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku 714 Kč odpovídající této dani. Žalobkyni tedy byla přiznána náhrada nákladů řízení v celkové výši 4 114 Kč. K zaplacení této částky byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta v délce jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

[41] Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s. (ve spojení s § 120 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud osobě zúčastněné na řízení neuložil žádnou povinnost, ani neshledal důvody zvláštního zřetele hodné pro přiznání nákladů řízení, proto rozhodl tak, že osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 13. února 2023

Mgr. Ing. Veronika Juříčková
předsedkyně senátu