

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Daniely Zemanové, soudce Ladislava Derky a soudkyně Michaely Bejčkové v právní věci žalobce: **Univerzita Pardubice**, se sídlem Studentská 95, Pardubice, zastoupeného JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem se sídlem Ostrovského 253/3, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 5. 11. 2015, čj. ÚOHS-R339/2014/VZ-37805/2015/321/MMI, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2017, čj. 30 Af 3/2016-54,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobce byl zadavatelem veřejné zakázky „Dodávka laboratorních technologií pro sekci Dopravní prostředky – Prostředky (DP-P)“ zadávané v otevřeném řízení. Předmětem této veřejné zakázky byla dodávka laboratorní technologie do nově budovaného Výzkumného a výukového centra v dopravě. Veřejná zakázka byla rozdělena do pěti částí. Žalobce rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky na část V veřejné zakázky „Nájezdové a podlahové váhy“ a uzavřel dne 6. 8. 2013 s vybraným uchazečem kupní smlouvu. Žalovaný shledal žalobce rozhodnutím ze dne 12. 9. 2014, čj. ÚOHS-S506/2014/VZ-19307/2014/522/KČe odpovědným za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Správního deliktu se měl žalobce dopustit tím, že

nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace v obchodních podmínkách požadoval zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době. Tím postupoval současně i v rozporu s § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť tak omezil účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie (dále jen „EU“) a ostatních státech, které mají s ČR či EU uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelům z těchto států k zadávaným částem veřejných zakázek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel kupní smlouvu na předmětnou část veřejné zakázky. Za spáchání tohoto správního deliktu mu byla uložena pokuta ve výši 5 000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce rozklad, který byl rozhodnutím předsedy žalovaného z 5. 11. 2015 zamítnut, a rozhodnutí žalovaného bylo potvrzeno.

[2] Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného z 5. 11. 2015 žalobu, která byla rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) z 31. 5. 2017 (v rozsudku je nedopatřením uvedeno datum 31. 5. 2015) jako nedůvodná zamítnuta dle § 78 odst. 7 s. ř. s. V odůvodnění rozsudku krajský soud při posuzování porušení zákazu diskriminace vyšel zejména z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, ve věci Lumius (dále jen „rozsudek ve věci Lumius“), který považoval i nadále za plně použitelný. Diskriminace dodavatelů může být jak skrytá, tak zjevná. Stanovil-li žalobce jako zadavatel v obchodních podmínkách požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy zboží v záruční i pozáruční době na území ČR, nelze vyloučit, že takto nastavenou podmínkou mohlo dojít k omezení počtu dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku (respektive její jednotlivé části) ucházet. Na tom nemůže nic změnit ani žalobcem provedený průzkum trhu. V případě některých potenciálních dodavatelů (např. z Polska) by vzdálenost servisního střediska od místa plnění veřejné zakázky v Pardubicích mohla být i kratší než pro některé tuzemské dodavatele. Nová zásada zakotvená v § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách posiluje princip zákazu diskriminace vůči těm dodavatelům, kteří mají sídlo v členském státě EU a ostatních státech, jež mají uzavřeny příslušné mezinárodní smlouvy.

[3] V případě záručních oprav tato podmínka neměla racionální oporu, protože záruční opravy musí podle obchodních podmínek dodavatel provést v místě dodání v pracovní době nejpozději do 5 kalendářních dní od nahlášení závady. K provedení servisní opravy do 5 dnů by byl schopen nastoupit i dodavatel ze států sousedících s ČR. Je lhostejné, zda by tato doba běžela dodavateli se servisním střediskem v ČR nebo v jiném státě a z jakého místa by servisní technik vyjížděl. Pokud jde o opravy, které nejsou kryty zárukou, pak sama skutečnost, že dodavatel by měl sídlo servisu na území ČR, by neznamenala, že cena za servis by byla skutečně nízká. Řešením v tomto ohledu bylo zvolit vícekriteriální soutěž a hodnotit i cenu servisu. Pokud tuto možnost žalobce nevyužil s ohledem na nastavení pravidel dotačního programu, ani tato tvrzená okolnost nemůže být důvodem pro nastavení zadávacích podmínek diskriminačním způsobem. Tuto podmínku nelze odůvodnit ani povahou a technickou specifikací pořizovaných zařízení. Pokud není možné přístroje odeslat do servisního střediska dodavatele, pak tuto technickou specifičnost žalobce zohlednil do stanovení požadavku na provádění servisu v místě instalace.

pokračování

[4] Požadavek na vybudování servisního střediska na území České republiky či jeho smluvní zajištění nelze srovnávat s požadavkem na přiměřený termín, ve kterém musí dodavatel nastoupit na realizaci záruční opravy. V takovém případě by totiž bylo ponecháno zcela na vůli dodavatele, jakým způsobem splnění této své povinnosti dostojí, přičemž by v tomto nebyl vázán splněním nové povinnosti v podobě zřízení servisního střediska na území ČR, či jeho smluvního zajištění. Naopak žalobcův požadavek na vybudování servisního střediska na území ČR mohl potenciálně omezit zahraniční dodavatele vznikem nové povinnosti.

[5] Není podstatné, že se nikdo nepřihlásil do dříve vypsaných zadávacích řízení ani to, že dodavatelé požadovaných zařízení v rámci svých služeb nabízejí poskytování servisní činnosti na území příslušného státu, do kterého zboží dodávají automaticky. Ani jedním argumentem nelze vyloučit možnou existenci dalších potenciálních dodavatelů, kteří se mohli do nového zadávacího řízení přihlásit. Ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách]. To platí tím spíše v případě zařízení, které je i podle tvrzení žalobce technologicky jedinečné, jež dodává pouze omezený počet dodavatelů a za omezených servisních podmínek.

II. Kasační stížnost žalobce a vyjádření žalovaného

[6] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. a navrhl rozhodnutí zrušit a věc vrátit krajskému soudu k dalšímu řízení. Stížnost odůvodnil tím, že napadený rozsudek je nepřezkoumatelný, protože se krajský soud opomněl vyjádřit k námitkám uvedeným v žalobě v bodech 2.11. a 2.14., ve kterých se žalobce vyjadřoval k potenciální diskriminaci ve vztahu ke globálně propojenému světovému trhu. Krajský soud se zaměřil toliko na právní stránku diskriminace, avšak bez dalšího vzájemného posouzení a souvislostí v rámci kapitálově a tržně propojeného světa. Aby šlo o diskriminaci, muselo by se jednat o diskriminaci faktickou, snadno prokazatelnou a doložitelnou.

[7] Krajský soud se také nevypořádal s argumentací uvedenou v žalobě v bodu 2.12., ve kterém žalobce poukazoval na ty části rozsudku ve věci Lumius a jemu předcházejícího rozsudku krajského soudu, z nichž vyplývá, že i zákaz diskriminace má určité meze a nelze jej aplikovat mechanicky. Cílem je selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou. Podle čl. 44 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „zadávací směrnice“), podle níž minimální úrovně způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné. Poukázal i na sdělení Evropské komise k výkladovým otázkám ze dne 29. 4. 2000. Znakem skryté diskriminace je zjevná nepřiměřenost zadávacích podmínek ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Krajský soud se touto částí žaloby ve vztahu k výše uvedeným závěrům vůbec nezabýval a pro odůvodnění svého názoru použil účelově ty části judikatury, které mu lépe umožnily odůvodnit zamítnutí žaloby.

[8] Podle stěžovatele nelze stávající judikaturu použít, neboť se týká pouze zdánlivě podobných případů. Navíc se vztahuje k nepřiměřenosti požadavků na splnění kvalifikačních předpokladů. Nyní se však jednalo o zadávací podmínku, která nemá stejný dopad jako kvalifikační předpoklad. Stěžovatel očekával ze strany krajského soudu nadčasový pohled na danou věc, který vychází primárně z reálných skutečností globálně finančně, logisticky a kapitálově propojených tržních ekonomik v rámci Evropy a zbytku světa. Pohled na diskriminaci potenciálních dodavatelů je proto principiálně nesprávný, a ekonomicky kontraproduktivní, protože vychází z fikce a nikoliv reálně fungujících obchodních pravidel.

[9] Stěžovatel nepožadoval po dodavatelích zřízení servisního střediska, tedy stavbu či pronajmutí nemovitosti za účelem provozování servisu, ale toliko zajištění činnosti v intencích celosvětově uznávaných obchodních pravidel. Krajský soud také smísil dvě odlišné smluvní podmínky, a to požadavek na zajištění servisního střediska na území ČR a požadavek, do kdy má dodavatel nastoupit na záruční opravu. Význam servisních středisek nespočívá pouze v opravě dodávaného zboží v záruční a pozáruční době, ale také v provádění servisní činnosti, například ve výměně provozních kapalin, pravidelném seřízení, přenastavení přístrojů, jejich kalibraci, a to jak v záruční, tak v pozáruční době. Servisní středisko rovněž zajišťuje opravy, na které se záruka dodavatele nevztahuje. Všechny tyto činnosti jsou stěžovatelem plně hrazeny. Jeho zkušenost je i v rámci ČR taková, že případné cestovní náklady spojené s prováděním mimozáruční servisní činnosti mohou převýšit vlastní servisní zásah. Navýšení může být tak značné, že si stěžovatel musí nechat provést servisní zásah jinou, než výrobcem autorizovanou osobou, a to i za cenu ztráty záruky. Stěžovatel u ústního jednání poukázal na příklad dodávky a provozování kompresoru tlakového vzduchu, u kterého měl dodavatel z Brna tak vysoké cestovní náklady, že byly pro stěžovatele neakceptovatelné. Tento příklad se však nakonec obrátil proti němu, neboť posloužil krajskému soudu k tomu, aby jím odůvodnil nadbytečnost požadavku na zajištění činnosti servisního střediska na území ČR. Cena servisního zásahu je diametrálně odlišná, pokud má dodavatel zastoupení v ČR. Ke kasační stížnosti stěžovatel přiložil ceny servisních zásahů od „vysoutěžených“ dodavatelů technologií, a to ve variantě ceny zásahu tuzemského a zahraničního servisu. Tato podmínka proto výrazně ovlivňuje cenu servisních prací. Navíc se nemusí jednat o dodavatele ze států bezprostředně sousedících z ČR, ale i ze zemí značně vzdálených. Stěžovatel tak jednal s péčí řádného hospodáře.

[10] Pokud by stěžovatel netrval v zadávacích podmínkách na zajištění činnosti servisního střediska na území ČR, znamenalo by to v případě vysoce technologického laboratorního vybavení přímé ohrožení užívání daných technologií. Nelze totiž vyloučit případ, že do zadávacího řízení by podala nabídku zahraniční firma se spekulativní finanční politikou s tím, že nabídkovou cenu vlastní dodávky výrazně sníží, ale současně si stanoví nikoliv nepřiměřenou cenu servisních služeb, ale takovou četnost servisních zásahů nutných pro splnění záručních podmínek, že by pro stěžovatele bylo finančně neúnosné tyto dodavatelem požadované servisní zásahy v požadovaném rozsahu realizovat.

[11] Kritérium nejnižší nabídkové ceny bylo dáno tlakem ze strany Ministerstva mládeže a tělovýchovy, Ministerstva financí, Nejvyššího kontrolního úřadu a také Nejvyššího státního zastupitelství a obou vrchních státních zastupitelství. Vícekriteriální soutěž proto

byla s ohledem na tyto požadavky zcela vyloučena, pokud chtěl stěžovatel získat dotaci. Úvahy o hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti jsou tedy sice legitimní, ale mimo realitu prostředí zadávání veřejných zakázek financovaných z fondů EU. Poskytovatelé dotací jsou navíc schopni zpětně zpochybnit vše, co předtím schválili a dovolávají se autority žalovaného, pokud jejich nový právní názor potvrdí. Stěžovatel toto neuvádí jako omluvu svého jednání, ale jen jako názorný příklad toho, jak je pro příjemce dotací složité tyto získat.

[12] Těmto a dalším spekulativním jednáním dodavatelů není možné čelit ani jednokriteriálním, natož vícekriteriálním hodnocením nabídek, protože jakékoliv podobné spekulativní úvahy dodavatelů nejsou mnohdy na první pohled odhalitelné a způsob hodnocení nabídek, tato spekulativní jednání dodavatelů rozhodně neodhalí. Navíc stěžovatel neví, jak četné budou nahodilé servisní zásahy a kolik nepředpokládaných oprav nastane. Při koncipování takovýchto požadavků by už musel mít stěžovatel zkušenost s vysoce specializovanou laboratorní technologií, kterou však do té doby nevlastnil.

[13] Nesouhlasí ani s úvahou, že vzhledem k jeho sídlu v Pardubicích mohou mít někteří zahraniční dodavatelé polohu servisního střediska v kratší vzdálenosti, než někteří tuzemští dodavatelé. Geografické určení polohy servisního střediska je podle krajského soudu diskriminační, zatímco stanovení vzdálenosti či dojezdového času již nikoli. I tyto parametry mohou být totiž diskriminační. Právě proto, aby stěžovatel eliminoval různé spekulace ohledně diskriminace dodavatelů stanovením konkrétní vzdálenosti či dojezdového času, rozhodl se stanovit požadavek na zajištění servisního střediska na území ČR s ekonomickými důsledky výše popsanými. Stěžovatel také již v žalobě jednoznačně prokázal, že v ČR existuje rozsáhlá síť specializovaných servisních středisek pro poptávanou laboratorní technologii, ve kterých není problém pro jakéhokoliv zahraničního dodavatele si tyto servisní služby zajistit za cenu nesrovnatelně nižší, například o cestovní náklady a náklady cestujícího servisního technika.

[14] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhl ji zamítnout. Uvedl, že považuje rozsudek krajského soudu za přezkoumatelný, neboť vypořádává všechny hlavní námitky stěžovatele. Ke globálně propojeným světovým trhům se nebylo třeba vyjadřovat, neboť pro posouzení věci je tato argumentace nepodstatná. Naopak právě § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách odráží globálně propojený svět, neboť zakazuje diskriminaci zahraničních dodavatelů z tam uvedených států. Požadavek na umístění servisního střediska právě na území ČR žádné opodstatnění neměl, na rozdíl od možného vymezení dojezdové vzdálenosti či času. Pokud má stěžovatel špatné zkušenosti se servisem i na území ČR, tím spíše není požadavek odůvodnitelný. V kasační stížnosti sám uvádí, že bylo jeho cílem zajistit maximální možnou eliminaci zahraničních dodavatelů, kteří nemají v ČR servisní středisko. Vliv diskriminačního opatření nemusí být prokázaný, postačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[15] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval posouzením, zda byly splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí,

vůči němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, stěžovatel je v řízení zastoupen advokátem a jsou splněny i obsahové náležitosti stížnosti dle § 106 s. ř. s. Nejvyšší správní soud dále přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[16] Kasační stížnost není důvodná.

[17] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval namítanou nepřezkoumatelností. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je vadou, ke které jsou správní soudy povinny přihlížet i bez námitky, tedy z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Vlastní přezkum rozhodnutí soudu je možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti. Tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

[18] Nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 7. 2004, čj. 4 As 5/2003-52). Soudy však nemají povinnost reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvrátit. Jejich úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2014, čj. 7 As 126/2013-19). S tímto kasačním důvodem je nutno zacházet obezřetně, neboť zrušením rozhodnutí soudu pro nepřezkoumatelnost se oddaluje okamžik, kdy základ sporu bude správními soudy uchopen a s konečnou platností vyřešen, což není v zájmu ani účastníků řízení, ani ve veřejném zájmu na hospodárnosti řízení před správními soudy (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 4. 2013, čj. 6 Ads 17/2013-25).

[19] V prvé řadě stěžovatel tvrdí opomenutí jeho argumentace uvedené v bodech 2.11. a 2.14. žaloby. V nich uváděl stručně řečeno následující: Každou věc je nutné posuzovat individuálně a přihlížet i k dynamickému vývoji *„ekonomicky, finančně, organizačně, logisticky a podnikatelsky propojeného globalizovaného soutěžního světa“*. Pokud jde o specifické výrobky a zařízení, lze po dobu jejich životnosti požadovat i specifické smluvní zajištění provozuschopnosti těchto dodávek. Na to musí reagovat i již zastaralá judikatura týkající se diskriminace. V této souvislosti stěžovatel poukázal i na vývoj rozhodovací praxe v oblasti telekomunikačních služeb. Vymezení teritoriem ČR považoval za stejně diskriminační, jako by bylo vymezení dojezdovými časy. V globálně propojeném obchodním světě mají všichni relevantní dodavatelé čehokoliv na trhu svá zastoupení prostřednictvím servisů na území, kam své výrobky dodávají. Pokud by tyto podmínky dodavatelé vnímali jako diskriminační, jistě by se bránili proti zadávacím podmínkám.

[20] Nejvyšší správní soud poukazuje na to, že krajský soud na str. 6 rozsudku uvedl, že nezpochybňuje právo stěžovatele vymezit dle vlastních potřeb podmínky související s předmětem plnění veřejné zakázky, následně však na str. 9 uvedl, že sídlo servisu na území ČR nemá vliv na kvalitu ani cenu servisu. Na str. 8 rozsudku odmítl, že by věc

nebyla posouzena individuálně a poukázal na to, že i starší judikatura ve věci diskriminace je Nejvyšším správním soudem nadále používána. Tamtéž odmítl, že by mohl být relevantní poukaz stěžovatele na servisní síť zahraničních výrobců na území ČR. Zahraniční dodavatelé, kteří tuto síť nemají, by znevýhodněni byli. Na str. 10 odůvodnění rozsudku krajský soud uvedl, že požadavek na vybudování servisního střediska či jeho smluvní zajištění, nelze srovnávat s požadavkem na přiměřený termín, ve kterém musí dodavatel nastoupit na místo opravy.

[21] Výslovně tedy krajský soud nereagoval pouze na poukaz na rozhodovací praxi v oblasti telekomunikací a možnost brojení proti zadávacím podmínkám námitkami. I tato argumentace však v odůvodnění krajského soudu je vypořádána. Jak je ze shora uvedené rekapitulace zřejmé, krajský soud připustil nutnost individuálního posouzení věci a zohlednění ekonomických potřeb zadavatele, nicméně neshledal, že by byl jakkoliv ekonomicky racionální stěžovatelův požadavek na existenci servisního střediska na území ČR. Poukaz na rozhodování v oblasti telekomunikací se týkal právě toho, že pokud je určitý požadavek zadavatele rozumně odůvodnitelný, není diskriminační. Pokud jde o nepodání námitek, krajský soud odkázal na pouhou možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, aniž by se skutečně musel nalézt konkrétně diskriminovaný dodavatel. Tím spíše samozřejmě musí platit, že se diskriminovaný nemusí aktivně bránit. Krajský soud tak na všechny argumenty uvedené v bodech 2.11. a 2.14. žaloby přiměřeně reagoval.

[22] Dále stěžovatel poukazuje na údajně nevypořádanou argumentaci v bodě 2.12. žaloby. V ní citoval část rozsudku ve věci Lumius, která hovoří o nemožnosti mechanické aplikace zákazu diskriminace a nutnosti zohlednit legitimní ekonomické zájmy zadavatelů. Zdůraznil princip přiměřenosti zadávacích podmínek dle zadávací směrnice a jím citovaného sdělení Evropské komise. Z nich podle názoru stěžovatele vyplývá, že jeho požadavek nebyl zjevně nepřiměřený nebo excesivní, neboť nevybočoval z oprávněných potřeb zadavatele. K tomu Nejvyšší správní soud uvádí, že se krajský soud i s touto částí argumentace stěžovatele vypořádal, když dospěl k závěru, že věc byla posouzena individuálně (str. 8), a že požadavek stěžovatele nepřiměřený byl (str. 8 a 10), neboť neshledal žádný ze stěžovatelem uváděných ekonomických důvodů jako relevantní. Krajský soud tak reagoval i na veškeré argumenty zmíněné v bodě 2.12. žaloby.

[23] Pokud jde o věc samou, je třeba vyjít z § 6 zákona o veřejných zakázkách, který zněl: „*(1) Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. (2) Zadavatel nesmí omezovat účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.*“ Dále je podstatný i § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, podle kterého platilo: „*Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,*“.

[24] Jak již bylo uvedeno, vymezením pojmu diskriminace se i v návaznosti na relevantní judikaturu Soudního dvora EU, jiných členských států EU a právní doktrínu, podrobně věnoval rozsudek ve věci Lumius. V něm soud mj. uvedl: »*Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. … Krajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. … V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky …*«

[25] Zadavatelé tedy nepochybně mají prostor pro legitimní ekonomickou úvahu, ve které požívají jisté míry diskrece. Prvotním požadavkem nicméně je, aby požadavek zadavatele sledoval zákonem přípustný cíl, kterým v této věci nepochybně může být i hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Pokud však požadavek zadavatele žádné zákonné nebo ekonomické odůvodnění nemá, pak není na místě zabývat se jeho zjevnou nepřiměřeností, jak se snaží dovodit stěžovatel. Tato úvaha je na místě až tehdy, kdy je jeho požadavek schopen dosáhnout sledovaného cíle. Pokud by například zadavatel požadoval, aby mu byla zakázka poskytována pouze subjektem s určitou právní formou, pak pokud to nebude odůvodněno například zákonnými požadavky, nebude vůbec přicházet v úvahu přiměřenost takového požadavku, neboť si lze těžko představit, jaký by měla právní forma dodavatele vliv na schopnost plnění zakázky. Tyto závěry jsou proto nadále plně aplikovatelné a Nejvyšší správní soud neshledává žádný důvod je měnit.

[26] Stěžovatel v nyní posuzované věci nebyl schopen jím stanovený požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy na území ČR racionálně ekonomicky vysvětlit. Ačkoliv nyní vysvětluje důležitost zajišťování oprav a provádění nezbytného servisu, nezahrnul do uzavřené smlouvy nic z toho, co je pro něho údajně tak důležité. Jediný bod, který se uvedeného týká, je právě vytýkaný požadavek, který zní: „*Prodávající se zavazuje zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době.*“. Prodávající však není jakkoliv limitován v tom, za jaké ceny a za jakých dalších podmínek bude opravy provádět. O tvrzeném pravidelném servisu se v daném ujednání nelze nic dočíst. Nic tak nebrání jakémukoliv tuzemskému nebo zahraničnímu dodavateli, aby stěžovateli účtoval zcela nepřiměřené náklady na zajištění mimozáručních oprav a servisu,

nebo měl v souvislosti se zachováním záruky nepřiměřené požadavky na jeho provádění. Jediným existujícím závazkem vyplývajícím ze smlouvy je právě požadavek na servisní středisko na území ČR. Jak nicméně uvedl již krajský soud, to o navazujících nákladech a službách nic nevypovídá. Dodavatel se servisním střediskem na území ČR může účtovat nepřiměřenou cenu, stejně tak jako dodavatel se servisním střediskem v zahraničí může naopak účtovat cenu podprůměrnou. Ostatně sám stěžovatel uvedl, že měl negativní zkušenosti se servisem poskytovaným na území ČR. Není proto jasné, z čeho dovozuje, že právě jím vymezená podmínka by mu k levnějšímu servisu pomohla. Pokud nově doložil ke kasační stížnosti přípisy od některých dodavatelů, kteří srovnávají ceny tuzemského a zahraničního servisu, pak tyto nejsou schopny vyvrátit to, že by stěžovatel nemohl obdržet i podmínky zcela odlišné. Není ani zřejmé, co stěžovatel míní nyní v kasační stížnosti uváděným argumentem, že neměl na mysli servisní středisko jako středisko v určité nemovitosti, ale toliko zajištění činnosti v intencích celosvětově uznávaných obchodních pravidel. V takovém případě by totiž už nebylo vůbec jasné, co vlastně stěžovatel měla servisním střediskem na mysli, neboť by jím zřejmě mohlo být i auto s příslušným vybavením, které by se ale nepochybně mohlo nacházet i v zahraničí a do ČR podle potřeby operativně dojet.

[27] Není podstatné, jestli je diskriminující podmínka obsažena v kvalifikačních předpokladech, hodnotících kritériích nebo obchodních podmínkách. V obecné rovině je sice pravdou, že zatímco v případě kvalifikačního předpokladu může být určitý požadavek diskriminační, u obchodních podmínek už tomu tak být nemusí. Bude se jednat o situace, kdy pro samotné plnění zakázky je takový požadavek ospravedlnitelný, ale nikoliv v době prokazování kvalifikace, tedy ještě v době, kdy není jisté, zda uchazeč zakázku vůbec získá. Například se tedy může jednat i o požadavek na zajištění místa kontaktu s příjemci určitého plnění [viz například rozsudek Soudního dvora EU (dále jen „SDEU“) ze dne 27. 10. 2005, ve věci Contse a další, věc C-234/03, body 49 -55].

[28] I obchodní podmínky ale musí dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek vyjádřené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. V této souvislosti lze poukázat například na rozsudek SDEU ze dne 22. 6. 1993, Komise Evropských společenství proti Dánskému království, věc C-243/89, v němž byla mimo jiné posuzována přípustnost obchodní podmínky spočívající v závazku využít v co největší míře dánské materiály, spotřebitelské výrobky, zaměstnance a vybavení. SDEU konstatoval, že tyto požadavky byly zcela jednoznačně v rozporu s požadavky primárního práva na volný pohyb zboží, pracovníků a služeb. Právě z těchto požadavků zákaz diskriminace vyvěrá, neboť primárně směřuje na diskriminaci založenou na neodůvodněné ochraně tuzemských dodavatelů, zboží či služeb, oproti konkurenci z jiných členských států EU. SDEU shledal, že dokonce nepostačovalo, pokud byla sporná obchodní podmínka vypuštěna před podpisem smlouvy, neboť ze své podstaty již v průběhu zadávacího řízení mohla pravděpodobně ovlivnit složení soutěžících sdružení dodavatelů a jimi nabídnuté podmínky. Stejně tak bylo shledáno porušení zákazu diskriminace v případě, kdy zadavatel sloučil nesouvisející předměty plnění a požadoval v rámci jedné nedělené zakázky dodat zboží, které bylo na trhu zpravidla dodáváno odlišnými okruhy dodavatelů (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu z 3. 9. 2015, čj. 3 As 212/2014-36, ve věci Krajská zdravotní). Pokud jde o požadavek určitého plnění tuzemskou osobou, lze též odkázat na rozsudek Nejvyššího správního

soudu ze dne 3. 4. 2017, čj. 5 As 173/2016-24, ve věci Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, ve kterém Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že je diskriminační požadavek na zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, pokud cílů sledovaných zadavatelem bylo možné dosáhnout i jiným způsobem, konkrétně potvrzením záruky zahraniční banky tuzemskou bankou a sjednáním místa sudiště v ČR.

[29] Stěžovatel opakovaně poukazoval na reálně fungující obchodní pravidla dodavatelsko - odběratelských vztahů v rámci výroby, distribuce a zajišťování komplexního servisu dodávaných výrobků. Z uvedeného lze dovodit pouze tolik, že stěžovatel vychází z toho, že dodavatel výrobků má na území, na které dodává zboží, běžně i servisní střediska. Nejvyšší správní soud nemá potřebu toto východisko vyvracet, protože je pro posouzení věci nepodstatné. Jak již správně poukázal žalovaný i krajský soud, správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, za jehož spáchání byl stěžovatel postižen, je deliktem ohrožovacím (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, čj. 9 Afs 78/2012-28, ve věci Národní bezpečnostní úřad, nověji například ze dne 18. 8. 2016, čj. 9 As 63/2016-43, ve věci Lesy ČR). Postačí tedy, pokud alespoň hypoteticky existoval jediný dodavatel v rámci EU a dalších států uvedených v § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, který by takové zastoupení na území ČR neměl, a zakázku by jinak byl schopen plnit. Aby se ani o potencionální ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nejednalo, muselo by být prokázáno, že s ohledem na zcela specifické okolnosti zakázky ani jeden takový dodavatel skutečně neexistuje, nikoliv, že je nepravděpodobné, že by existoval. Dopady diskriminační podmínky tedy nemusí být jisté a lehce prokazatelné, ale právě naopak. Musí být vyloučeno, že k diskriminaci objektivně dojít nemohlo.

[30] Nelze akceptovat argumentaci stěžovatele, že by žalovaný dodavatelům nutil podmínky, které neodpovídají obchodní praxi. Pokud by stěžovatel vymezil požadavky na záruční a mimozáruční servis v souladu se zákonem, nic by jistě nebránilo dodavatelům, aby tyto služby poskytovali ze servisních středisek na území ČR. Nebyli by k tomu ale nuceni, pokud by jim to naopak nevyhovovalo.

[31] Pakliže stěžovatel tvrdí, že pokud by na podmínce zajištění činnosti servisního střediska na území ČR netrval, mohlo by to znamenat přímé ohrožení užívání daných technologií, neboť jen tak byl schopen zabránit spekulativní nabídce zahraničního dodavatele, je naopak zřejmé, že jeho cílem bylo bezdůvodně diskriminovat dodavatele se servisním střediskem v zahraničí. Jak již bylo uvedeno, tato podmínka nijak nezabrání tomu, aby mu spekulativní nabídku podal jakýkoliv tuzemský dodavatel. Naopak brání v podání i zcela korektní nabídky dodavatele bez servisního střediska na území ČR.

[32] Poukazy na údajné tlaky na hodnocení nabídek pouze podle nejnižší nabídkové ceny ze strany vyjmenovaných orgánů jsou pouze obecnými a ničím nepodloženými tvrzeními stěžovatele. Nejvyššímu správnímu soudu je naopak z úřední činnosti známo, že i v případě veřejných zakázek spolufinancovaných z dotací se kritérium ekonomické výhodnosti nabídek užívá a jeho použití samo o sobě není důvodem pro odebrání dotace (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 1. 2017, čj. 9 Afs 182/2016-41, nebo ze dne 30. 3. 2017, čj. 2 Afs 142/2016-32). Jednotlivá kritéria a způsob jejich

hodnocení však musí být stanoveny v souladu se zákonem. Pokud navíc příjemce dotace s postupem poskytovatele dotace nebo finančního úřadu nesouhlasí, má k dispozici soudní ochranu.

[33] Podmínky záručního i mimozáručního servisu nemusely být ani předmětem hodnocení, postačilo by, pokud by tyto podmínky stěžovatel uvedl do svých obchodních podmínek, například uvedením pevných nebo maximálních cen za servisní zásahy, včetně souvisejících nákladů. Nemůže stěžovatele omlouvat, že prozatím neměl s provozem poptávaných zařízení zkušenosti. Bylo jeho odpovědností jako zadavatele, aby rozsah této potřeby zjistil například průzkumem trhu nebo pokud by se skutečně jednalo o velmi specifické plnění, u nějž by nebyl schopen tyto okolnosti zjistit předem, aby použil jiný druh zadávacího řízení, než otevřené řízení (například soutěžní dialog v souladu s podmínkami uvedenými v § 24 zákona o veřejných zakázkách).

[34] Nejvyšší správní soud se stěžovatelem souhlasí v tom, že i vzdálenost servisního střediska nebo dojezdové časy k němu mohou být diskriminační. Krajský soud však neřekl, že by diskriminační být nemohly. Pouze poukázal na to, že není diskriminační, pokud je stanoven termín na nastoupení opravy, který je přiměřený. S tímto závěrem Nejvyšší správní soud zcela souhlasí. Jak již bylo uvedeno shora, klíčové je, zda požadavek zadavatele vede k jím požadovanému cíli. Pokud oprávněně požaduje, aby byla oprava zahájena a dokončena v určité lhůtě, nelze na takovém požadavku spatřovat nic diskriminačního, byť to samozřejmě povede k tomu, že pro některé dodavatele přestane být taková zakázka zajímavá, například i vzhledem k jejich vzdálenosti od místa plnění. Požadavek stěžovatele však racionálně odůvodněn nebyl.

[35] Není naplněn důvod kasační stížnosti podle § 103 odst. 1 písm. a) pro nesprávný právní názor ani dle písm. d) s. ř. s. pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí.

IV. Závěr a náhrada nákladů řízení

[36] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené závěry zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou podle § 110 odst. 1 s. ř. s., věty poslední.

[37] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. ve prospěch úspěšného žalovaného s přihlédnutím ke skutečnosti, že nebyl prokázán vznik nákladů na jeho straně nad rámec běžné úřední činnosti. Nejvyšší správní soud proto rozhodl, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu uvedených nákladů.

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

V Brně dne 5. září 2018

Daniela Zemanová
předsedkyně senátu