ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Petra Mikeše, Ph.D., a soudců JUDr. Michala Mazance a JUDr. Miloslava Výborného v právní věci žalobkyně: **Univerzita Pardubice**, se sídlem Studentská 95, Pardubice, zast. 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 4. 11. 2015, čj. ÚOHS-R446/2014/VZ-37220/2015/321/MMI, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2017, čj. 30 Af 104/2015-69,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalobkyně **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobkyně (dále „stěžovatelka“) byla zadavatelem veřejné zakázky „Dodávka laboratorní technologie pro sekci DS“ zadávané v otevřeném řízení. Předmětem této veřejné zakázky byla dodávka laboratorní technologie pro sekci dopravního stavitelství do nově budovaného Výzkumného a výukového centra v dopravě. Veřejná zakázka byla rozdělena do deseti částí. Stěžovatelka ve všech deseti částech rozhodla o výběru nejvhodnějších nabídek a uzavřela s vybranými uchazeči kupní smlouvy. Žalovaný shledal stěžovatelku rozhodnutím ze dne 11. 12. 2014, čj. ÚOHS-S736/2014/VZ-26609/542/MBa,

odpovědnou za spáchání deseti správních deliktů 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“). Správních deliktů se měla dopustit tím, že nepostupovala v souladu s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace v návrzích kupních smluv pro jednotlivé části veřejné zakázky požadovala zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době. Tím postupovala současně i v rozporu s § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť tak omezila 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 stěžovatelka uzavřela kupní smlouvy na předmětné části veřejných zakázek. Za spáchání těchto správních deliktů jí byla uložena pokuta ve výši 60 000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí podala stěžovatelka rozklad, který byl v záhlaví uvedeným rozhodnutím předsedy žalovaného zamítnut, a rozhodnutí žalovaného bylo potvrzeno.

[2] Žaloba stěžovatelky byla nyní napadeným rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) jako nedůvodná dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítnuta. Proti tomuto rozsudku brojí stěžovatelka podanou kasační stížností.

[3] 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. Stanovila-li stěžovatelka 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 stěžovatelkou 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, které mají uzavřeny příslušné mezinárodní smlouvy.

[4] V případě záručních oprav tato podmínka neměla vůbec racionální oporu, protože záruční opravy musí podle obchodních podmínek dodavatel provést v místě dodání a je tak nerozhodné, z jakého místa bude servisní technik vyjíždět. Pokud jde o opravy, které nejsou kryty zárukou, pak sama skutečnost, že dodavatel bude mít sídlo servisu na území ČR, ještě neznamená, že cena za servis bude skutečně nízká. Řešením v tomto ohledu bylo zvolit vícekriteriální soutěž a hodnotit i cenu servisu. Pokud tuto možnost stěžovatelka nevyužila 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 jednoduše odeslat do servisního střediska dodavatele,

pak tuto technickou specifičnost stěžovatelka zohlednila do stanovení požadavku na provádění servisu v místě instalace.

[5] Požadavek na vybudování servisního střediska na území ČR 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 České republiky, či jeho smluvního zajištění.

[6] 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. To platí tím spíše v případě zařízení, která jsou technologicky jedinečná a speciální výrobky, jež dodává pouze omezený počet dodavatelů a za omezených servisních podmínek.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[7] Stěžovatelka napadá rozsudek krajského soudu z důvodů, které podřazuje § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., konkrétně jej shledává nezákonným z důvodu nesprávného posouzení právní otázky krajským soudem v předchozím řízení a z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti.

[8] Rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný, protože se krajský soud opomněl jakkoliv zabývat či vyjádřit k námitkám stěžovatelky uvedeným v žalobě v bodech 2.11. a 2.14., kde se vyjadřovala 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.

[9] Krajský soud se také nevypořádal s argumentací uvedenou v žalobě v bodě 2.12., ve kterém poukazovala na ty části rozsudku ve věci Lumius a jemu předcházejícího rozsudku krajského soudu, ze kterých 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.

[10] Podle stěžovatelky nelze stávající judikaturu použít, neboť se vztahuje pouze ke zdánlivě podobným případům. Navíc se vztahuje k nepřiměřenosti požadavků na splnění kvalifikačních předpokladů. Nyní se však jednalo o zadávací podmínku, která nemá stejný dopad jako kvalifikační předpoklad. Stěžovatelka ze strany krajského soudu očekávala 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.

[11] Stěžovatelka nepožadovala 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 naprosto odlišné smluvní podmínky, tedy požadavek na zajištění servisního střediska na území ČR a požadavek na to, 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 stěžovatelkou plně hrazeny. Její 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 stěžovatelka musí nechat provést servisní zásah jinou, než výrobcem autorizovanou osobou, a to i za cenu ztráty záruky. Stěžovatelka u ústního jednání poukázala na příklad dodávky a provozování kompresoru tlakového vzduchu, u kterého měl dodavatel z Brna tak vysoké cestovní náklady, že byly pro stěžovatelku neakceptovatelné. Tento příklad se však nakonec obrátil proti ní, neboť posloužil krajskému soudu k tomu, aby na něm 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 přiložila 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. Stěžovatelka tak jednala s péčí řádného hospodáře.

[12] Pokud by netrvala v zadávacích podmínkách na zajištění činnosti servisního střediska na území ČR, pak by to v případě vysoce technologického laboratorního vybavení znamenalo 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 stěžovatelku bylo finančně neúnosné tyto dodavatelem požadované servisní zásahy v požadovaném rozsahu realizovat.

[13] 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 chtěla stěžovatelka získat dotaci. Úvahy o hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti jsou tedy sice legitimní, ale zcela 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. Stěžovatelka uvedené neuvádí jako omluvu svého jednání, ale jen jako názorný příklad toho, jak je pro příjemce dotací složité získat dotace.

[14] 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 stěžovatelka neví, jak četné budou nahodilé servisní zásahy a kolik nepředpokládaných oprav nastane. Při koncipování takovýchto požadavků by už musela mít stěžovatelka zkušenost s vysoce specializovanou laboratorní technologií, kterou však do té doby nevlastnila.

[15] 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 stěžovatelka eliminovala různé spekulace ohledně diskriminace dodavatelů stanovením konkrétní vzdálenosti či dojezdového času, rozhodla se stanovit požadavek na zajištění servisní střediska na území ČR s ekonomickými důsledky výše popsanými.

[16] Stěžovatelka také již v žalobě jednoznačně prokázala, že v ČR existuje velmi rozsáhlá síť specializovaných servisních středisek pro poptávanou laboratorní technologii, ve kterých není vůbec žádný problém pro jakéhokoliv zahraničního dodavatele si tyto servisní služby zajistit za cenu nesrovnatelně nižší, například o cestovní náklady a náklady cestujícího servisního technika.

[17] Závěrem navrhla, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[18] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že považuje rozsudek krajského soudu za přezkoumatelný, neboť vypořádává všechny hlavní námitky stěžovatelky. Ke globálně propojeným světovým trhům se nebylo třeba vyjadřovat, neboť pro posouzení věci je tato argumentace zcela 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 stěžovatelka špatné zkušenosti se servisem i na území ČR, tím spíše není požadavek odůvodnitelný. Nicméně ústní jednání v této věci neproběhlo a stěžovatelka na něm tedy nyní uváděné skutečnosti netvrdila. V kasační stížnosti sama uvádí, že bylo jejím cílem zajistit maximální možnou eliminaci zahraničních dodavatelů,

kteří nemají v ČR servisní středisko. Vliv diskriminačního opatření nemusí být prokázaný, postačí pouhá potencionalita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Navrhl proto zamítnutí kasační stížnosti.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[19] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že byla podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatelka je zastoupena advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[20] 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.

[21] 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).

[22] V této souvislosti Nejvyšší správní soud konstatuje, že ačkoliv je věc skutkově i právně relativně jasně a úzce vymezena, podání stěžovatelky jsou proti tomu velmi obsáhlá (žaloba o rozsahu 15 stran, kasační stížnost 10 stran), argumentace v nich obsažená se různě překrývá. Často není zřejmé, nakolik se vztahuje k věci samé a nakolik jde o obecné stesky stěžovatelky, které s věcí přímo nesouvisí, což ostatně i sama částečně uznává. Aby soud zachoval přiměřenou přehlednost svého rozsudku, je v podstatě nezbytné, aby se namísto stěžovatelky pokusil podstatu její argumentace stručně vystihnout, což krajský soud učinil a tuto argumentaci vypořádal.

[23] V prvé řadě stěžovatelka tvrdí opomenutí její argumentace uvedené v bodech 2.11. a 2.14. žaloby. V nich uváděla stručně řečeno následující (argumentace je přibližně na dvou hustě popsaných stranách textu). 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 poukázala i na vývoj rozhodovací praxe v oblasti telekomunikačních služeb. Vymezení teritoriem ČR považovala 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.

[24] Krajský soud na str. 6 rozsudku uvedl, že nezpochybňuje právo stěžovatelky 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 stěžovatelky 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.

[25] 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 vypořádána je. Jak je ze shora uvedené rekapitulace zřejmé, krajský soud připustil nutnost individuálního posouzení věci a zohlednění ekonomických potřeb zadavatele, nicméně neshledal, že by byl stěžovatelčin požadavek jakkoliv ekonomicky racionální. 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 někdo konkrétně diskriminovaný nalézt. 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.

[26] Dále stěžovatelka poukazuje na údajně nevypořádanou argumentaci v bodě 2.12. žaloby. V ní citovala část rozsudku ve věci Lumius, která hovoří o nemožnosti mechanické aplikace zákazu diskriminace a nutnosti zohlednit legitimní ekonomické zájmy zadavatelů. Poukázala na princip přiměřenosti zadávacích podmínek dle zadávací směrnice a jí citovaného sdělení Evropské komise. Z nich vyplývá, že její požadavek nebyl zjevně nepřiměřený nebo excesivní, neboť nevybočoval z oprávněných potřeb zadavatele.

[27] Krajský soud se nicméně i s touto částí argumentace stěžovatelky vypořádal, když dospěl k závěru, že věc byla posouzena individuálně (str. 8), a že požadavek stěžovatelky nepřiměřený byl (str. 8 a 10), neboť neshledal žádný ze stěžovatelkou uváděných ekonomických důvodů jako relevantní. Krajský soud tak reagoval i na veškeré argumenty v bodě 2.12.

[28] Pokud jde o věc samou, je třeba vyjít zejména 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 nějž platilo: „*Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že a) 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,...*“.

[29] 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 mimo jiné 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 ...«*

[30] 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 stěžovatelka. Tato úvaha je na místě až tehdy, kdy je jeho požadavek schopen dosáhnout sledovaného cíle. Pokud by tedy 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.

[31] Stěžovatelka však v nyní posuzované věci nebyla schopna jí stanovený požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy na území ČR racionálně ekonomicky vysvětlit. Ačkoliv nyní vysvětluje důležitost zajišťování oprav a provádění nezbytného servisu, do uzavíraných smluv nic z toho, co je pro ni údajně tak důležité, vůbec nezahrnula. Jediný bod, který se uvedeného týká, je právě vytýkaný požadavek, který pouze 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 dočíst vůbec. Nic tak nebrání jakémukoliv tuzemskému nebo zahraničnímu dodavateli, aby stěžovatelce účtoval zcela nepřiměřené náklady na zajištění mimozáručních oprav a servisu, servis vůbec neposkytoval 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 vůbec 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 sama stěžovatelka uvádí, že měla negativní zkušenosti se servisem poskytovaným na území ČR. Nejvyššímu správnímu soudu proto není jasné, z čeho dovozuje, že právě jí vymezená podmínka by jí k levnějšímu servisu pomohla. Pokud nově doložila ke kasační stížnosti přípisy od některých dodavatelů, kteří srovnávají ceny tuzemského a zahraničního servisu, pak tyto nejsou schopny rozhodně vyvrátit to, že by stěžovatelka nemohla obdržet i podmínky zcela odlišné. Není ani zřejmé, co stěžovatelka míní nyní v kasační stížnosti uváděným argumentem, že neměla 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 stěžovatelka 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.

[32] 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].

[33] 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 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 tuzemskou bankou a sjednáním místa sudiště v ČR.

[34] Opakované obecné poukazy stěžovatelky na *„reálně fungující obchodní pravidla dodavatelsko - odběratelských vztahů v rámci výroby, distribuce a zajišťování komplexního servisu dodávaných výrobků“* jsou do značné míry těžko uchopitelné. Lze z nich dovodit pouze tolik, že stěžovatelka vychází z toho, že je běžné, že dodavatel výrobků má na území, na které dodává zboží, 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 byla stěžovatelka postižena, 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.

[35] Rozhodně také nelze akceptovat argumentaci stěžovatelky, že by snad žalovaný dodavatelům nutil nějaké podmínky, které neodpovídají obchodní praxi. Pokud by si stěžovatelka vymezila požadavky na záruční a mimozáruční servis souladu se zákonem, pak by jistě nic nebránilo dodavatelům, aby tyto služby poskytovali ze servisních středisek na území ČR. Nebyli by k tomu ale nuceni, pokud by jim to naopak nevyhovovalo.

[36] Pakliže stěžovatelka tvrdí, že pokud by na podmínce zajištění činnosti servisního střediska na území ČR netrvala, mohlo by to znamenat přímé ohrožení užívání daných technologií, neboť jen tak byla schopna zabránit spekulativní nabídce zahraničního dodavatele, je naopak zřejmé, že jejím cílem bylo bezdůvodně diskriminovat dodavatele se

servisním střediskem v zahraničí. Jak již bylo uvedeno, tato podmínka nijak nezabrání tomu, aby jí spekulativní nabídku podal jakýkoliv tuzemský dodavatel. Naopak brání v podání i zcela korektní nabídce dodavatele bez servisního střediska na území ČR.

[37] Poukazy na údajné tlaky na hodnocení nabídek pouze podle nejnižší nabídkové ceny ze strany vyjmenovaných orgánů jsou pouze obecnými a ničím nepodloženými tvrzeními stěžovatelky. 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 samozřejmě musí být stanoveny v souladu se zákonem. Pokud navíc příjemce dotace s postupem poskytovatele dotace nebo finančního úřadu nesouhlasí, má k dispozici soudní ochranu.

[38] Podmínky záručního i mimozáručního servisu dokonce nemusely být ani předmětem hodnocení, postačilo by, pokud by tyto podmínky stěžovatelka uvedla do svých obchodních podmínek, například uvedením pevných nebo maximálních cen za servisní zásahy, včetně souvisejících nákladů. Rozhodně jí nemůže omlouvat, že prozatím neměla s provozem poptávaných zařízení zkušenosti. Bylo její odpovědností, jako zadavatele, aby rozsah této potřeby zjistila například průzkumem trhu nebo pokud by se skutečně jednalo o velmi specifické plnění, u nějž by nebyla schopna tyto okolnosti zjistit předem, aby použila jiný druh zadávacího řízení, než otevřené řízení (například soutěžní dialog v souladu s podmínkami uvedenými v § 24 zákona o veřejných zakázkách).

[39] Nejvyšší správní soud se stěžovatelkou 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 stěžovatelky však racionálně odůvodněn nebyl.

IV. Závěr a náklady řízení

[40] Nejvyšší správní soud kasačním námitkám nepřisvědčil, proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s. zamítl.

[41] Výroky o náhradě nákladů řízení se opírají o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka v soudním řízení úspěch neměla, proto dle uvedených ustanovení nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, který by jinak měl právo na náhradu nákladů řízení, nevznikly v řízení žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti.

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

V Brně 28. srpna 2018

JUDr. Petr Mikeš, Ph.D.
předseda senátu