UOHSX00C00XH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt Brno: 8. února 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 12. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5,
- navrhovatel – Microshop, s.r.o., IČO 26165031, se sídlem Pod Marjánkou 4, 169 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 28. 11. 2018 JUDr. Robertem Falbrem, advokátem, ev. č. ČAK 11907, se sídlem V celnici 1040/5, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „ČSSZ – Obměna Blade serverů – 2018“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 10. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-034866, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 10. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 198-447218, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 209-477392,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Microshop, s.r.o., IČO 26165031, se sídlem Pod Marjánkou 4, 169 00 Praha 6 – ze dne 21. 12. 2018, **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 10. 10. 2018 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „ČSSZ – Obměna Blade serverů – 2018“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-034866, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 10. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 198-447218, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 209-477392 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Z čl. 2 „PŘEDMĚT PLNĚNÍ A ÚČEL VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“, bodu 2.1 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace vyplývá, že »*Předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka blade serverů (dále jen **„Předmět plnění“**). Podrobnosti předmětu plnění veřejné zakázky jsou uvedeny v příloze č. 2 této zadávací dokumentace, kterou tvoří závazný vzor kupní smlouvy (dále jen „**Smlouva**“ nebo „**Závazný vzor smlouvy**“).«* .

3. V bodu VII.1.2) formuláře Oprava - Oznámení změn nebo dodatečných informací uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2018 zadavatel stanovil lhůtu pro doručení nabídek do 12:00 hod dne 29. 11. 2018.

4. Jak vyplývá z dokladu o doručení námitek, který byl součástí návrhu, navrhovatel – Microshop, s.r.o., IČO 26165031, se sídlem Pod Marjánkou 4, 169 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 28. 11. 2018 JUDr. Robertem Falbrem, advokátem, ev. č. ČAK 11907, se sídlem V celnici 1040/5, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – dne 29. 11. 2018 v 8:33 hod. doručil do datové schránky zadavatele námitky proti zadávací dokumentaci ze dne 28. 11. 2018. Zadavatel rozhodnutím ze dne 13. 12. 2018 tyto námitky navrhovatele odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), přičemž rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 21. 12. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Podle § 249 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 21. 12. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele rovněž dne 21. 12. 2018.

7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
   - zadavatel,
   - navrhovatel.

8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-38449/2018/532/KSt ze dne 28. 12. 2018.

9. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-00416/2019/532/KSt ze dne 7. 1. 2019 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli podle § 61 odst. 1 správního řádu uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.

10. Výrokem I. usnesení č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-01431/2019/532/KSt ze dne 17. 1. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem II. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

Obsah návrhu

11. V úvodu návrhu navrhovatel uvádí, že návrh směřuje proti zadávacím podmínkám předmětného zadávacího řízení a proti rozhodnutí o námitkách. Podle navrhovatele postupoval zadavatel v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona a § 36 odst. 5 zákona (pravděpodobně se však jedná o písařskou chybu a navrhovatel chtěl odkázat na porušení § 36 odst. 1 zákona), když stanovil v čl. I. bodu 5. návrhu Kupní smlouvy (dále jen „smlouva“), dále v čl. III. bodu 8. smlouvy a v čl. V. bodu 10. smlouvy podmínku, aby dodavatel, resp. prodávající dodal společně s požadovaným plněním potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, že veškeré komponenty, které jsou součástí dodávky, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované).

12. Navrhovatel považuje uvedenou podmínku zadavatele za diskriminační, protože dává výrobci (či jeho zástupci pro území České republiky) možnost rozhodnout, komu požadované potvrzení vydá, a tím i o tom, kdo se bude moci ucházet o veřejnou zakázku. Navrhovatel proto požádal zadavatele o vysvětlení, zda bude akceptovat předložení potvrzení o „novosti“ vydaném jiným, srovnatelným a prokazatelným subjektem, než je výrobce či jeho oficiální zástupce pro území České republiky, a to např. soudním znalcem či jiným subjektem. Na základě uvedené žádosti zadavatel dne 23. 11. 2018 odpověděl, že jedinou možnou variantou ověření předmětného požadavku je předložení potvrzení výrobce, resp. jeho oficiálního zástupce, ve kterém bude uvedeno, že veškeré komponenty jsou nové.

13. Podle navrhovatele je tedy podmínka vystavení potvrzení ze strany výrobce (nebo jeho lokálního zastoupení) v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona a § 36 odst. 1 zákona. Přestože je veřejná zakázka zadávána v rámci otevřeného řízení, v důsledku nezákonného nastavení zadávacích podmínek není vůči všem potenciálním dodavatelům postupováno nediskriminačně. Současně dochází k tomu, že vůči určitému okruhu dodavatelů zadávací podmínky zajišťují významnou konkurenční výhodu; podle navrhovatele však neexistuje objektivní důvod, proč by tak mohl zadavatel činit. Navrhovatel v této souvislosti poukázal na případ, kdy zcela nové zboží, nerepasované, zamýšlené pro jiný projekt je výrobcem prodáno partnerovi, kdy se zamýšlený projekt nerealizuje, avšak takové zboží, ačkoliv splňuje technické parametry této veřejné zakázky, není možné dodat jako část plnění u této veřejné zakázky, protože výrobce (či jeho lokální zastoupení) nemá zájem takové potvrzení vydat.

14. K tomu navrhovatel dodal, že výrobce není ze strany zadavatele vázán jakýmikoli transparentními pravidly, za nichž by měl navrhovateli nebo jiným potenciálním dodavatelům potvrzení vydat. Výrobce je soutěžitelem v oblasti ICT, jehož zájmem je navyšovat svůj tržní podíl na relevantním trhu a eliminovat možnou konkurenci, která nejedná podle jeho podnikatelského plánu. Lze tedy předpokládat, že výrobce bude vydávat potvrzení jiným subjektům pouze za podmínek, pokud takový postup nebude v rozporu s jeho podnikatelsko-strategickým plánem, tedy svým autorizovaným obchodním partnerům a dodavatelům, kteří zboží nakoupili od českého zastoupení Hewlet-Packard.

15. Uvedený postup zadavatele je tedy podle navrhovatele v rozporu s § 6 zákona, a to se zásadou zákazu diskriminace, neboť z rozporovaných ustanovení zadávacích podmínek vyplývá, že okruh osob oprávněných dodat předmětné zboží je limitován, neboť jimi může být pouze obchodní partner výrobce, který potvrzení obdrží. Zadávací dokumentace přitom nestanoví žádný princip, na základě kterého je výrobce povinen požadované doklady vydat; ostatně žádná taková povinnost výrobce ani neexistuje. Takové zúžení okruhu osob není legitimní a zadavatel tímto postupem snižuje okruh potenciálních účastníků, čímž je negativně ovlivňována hospodářská soutěž a taktéž i možnost zadavatele docílit co nejnižší nabídkové ceny.

16. V další části návrhu navrhovatel shrnul obsah rozhodnutí zadavatele o námitkách. Protože podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách připustil, že jeho postupem dochází k omezení hospodářské soutěže, i když se dovolává toho, že se jedná o opatření odůvodněné a legitimní, považuje navrhovatel skutečnost, že zadavatel nastavil zadávací podmínky v rozporu se zákonem za zcela evidentní. Provedené zúžení okruhu osob, které jsou oprávněny dodat plnění veřejné zakázky, není zákonné a zadavatel tímto postupem negativně ovlivňuje hospodářskou soutěž a možnost získat nejnižší nabídkovou cenu.

17. Skutečnost, že zadavatel obdržel v šetřeném zadávacím řízení nabídky, podle navrhovatele nevyvrací argument, že požadavek na vystavení potvrzení od výrobce je diskriminační a zvýhodňující některé dodavatele. Jestliže by zadávací podmínky nestanovily požadavek na vystavení potvrzení od výrobce, podal by navrhovatel nabídku také a stejně by tak mohli učinit i jiní dodavatelé, kteří tak vzhledem k požadavku zadávací dokumentace učinit nemohli. Výrobcem požadovaného zboží je podle navrhovatele společnost Hewlet-Packard. Navrhovatel uvádí, že v praxi tento výrobce zpravidla poskytuje potvrzení těm dodavatelům, kteří zboží zakoupí z distribuce v České republice (tedy nikoliv např. z distribuce jiných zemí Evropské unie), příp. se jedná o autorizované obchodní partnery výrobce. K tomu navrhovatel dodal, že v minulosti opakovaně žádal české zastoupení Hewlet-Packard, aby měl pozici preferovaného obchodního partnera, výrobce jej však vždy odmítnul; neoficiálně mu bylo sděleno, že je to kvůli tomu, že nakupuje i u jiných evropských distributorů.

18. Výrobce tak má podle navrhovatele rozhodující úlohu v konečném výběru vítězného účastníka, když neexistují žádná transparentní a nediskriminační pravidla, za nichž bude výrobce potvrzení o novosti vydávat. K argumentu zadavatele uvedeného v rozhodnutí o námitkách, že navrhovateli nic nebránilo, aby poptávané zboží zakoupil u výrobce, získal od něj příslušnou požadovanou dokumentaci, podal svoji nabídku a „utkal“ se s ostatními účastníky, navrhovatel uvedl, že není preferovaným partnerem výrobce, když jeho žádosti o partnerství byly opakovaně odmítány a v konkurenci s jinými soutěžiteli, kteří jsou autorizovanými partnery českého zástupce, nemůže jeho nabídka obstát z důvodu

nekonkurenceschopné nákupní ceny. Navrhovatel je přesvědčen, že i kdyby nakoupil zboží u výrobce, výrobce by mu neposkytnul požadovanou dokumentaci, neboť spolupráce s ním není pro výrobce výhodná z hlediska jeho obchodní politiky. Je tedy zřejmé, že výrobce není ničím nucen k tomu, aby jakékoli potvrzení jakémukoli jinému soutěžiteli vystavoval; navrhovatel k tomu dodává, že není povinen prokazovat, že by mu výrobce potvrzení nevystavil.

19. Podle navrhovatele však nejsou dány důvody, aby zadavatel požadoval vystavení potvrzení o novosti výrobku, neboť účelem takového potvrzení je důkaz o tom, že dodané zboží je nové. Takový důkaz novosti lze podle navrhovatele nahradit např. znaleckým posudkem soudního znalce nebo dodáním zboží s neporušenou pečetí. Zároveň těmito způsoby prokázání novosti výrobku není omezen okruh možných dodavatelů, nedochází ke konkurenčnímu zvýhodnění preferovaných partnerů výrobce a zadavatel získá plnění za nejnižší nabídkovou cenu.

20. Dále navrhovatel v návrhu uvedl, že mu není zřejmé, proč zadavatel při zdůvodnění svého požadavku na doložení potvrzení o novosti od výrobce odkazuje na to, že je pro něj zárukou zajištění přístupu k aktualizacím Firmware a dalším bezpečnostním aktualizacím. V tomto smyslu je podle navrhovatele rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné. Zadavatel neuvádí žádné konkrétní skutečnosti, z nichž by oprávněnost jeho tvrzení vyplývala. K tomu navrhovatel dodal, že případná licenční ujednání, kterými by zadavatel omezoval hospodářskou soutěž, jsou věcí smluvních podmínek mezi zadavatelem a poskytovatelem licence. Pokud by zadavatel v minulosti akceptoval nevýhodné smluvní podmínky, pak není možné za současné situace využít licenční omezení k tomu, aby zadavatel zužoval okruh potenciálních účastníků a omezoval tak hospodářskou soutěž. V tomto smyslu navrhovatel odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017/521/OPi.

21. Navrhovatel v souvislosti s potřebou získat potvrzení od výrobce odkázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 2. 2012, č. j. S456/2011/VZ-17590/2011/510/HOd, které lze podle navrhovatele aplikovat i na šetřené zadávací řízení, a ve kterém je uvedeno: *„Ačkoli nelze předjímat, za jakých podmínek by autor předchozích stupňů projektové dokumentace přistoupil na vypořádání autorských práv k předchozím stupňům projektové dokumentace, již samotné ustanovení zadávací dokumentace, z něhož vyplývá povinnost uzavření smluvního vztahu s vybraným uchazečem (neboť vypořádání autorských práv by nepochybně podobu smluvního vztahu mělo), staví ostatní dodavatele do nevýhodného postavení, které je mohlo odradit od podání nabídky v zadávacím řízení.“*.

22. Navrhovatel považuje za nezákonné i to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách fakticky vynucuje po účastnících zadávacího řízení, aby nakupovali pouze zboží z české distribuce výrobce. Požadavek, aby zboží bylo nové, nerepasované a určené pro český trh (tedy i pro trh Evropské unie) je možné zajistit i jiným způsobem, tak jak navrhovatel výše uvádí.

23. Na základě výše uvedených skutečností považuje navrhovatel požadavek na vystavení potvrzení od výrobce o novosti dodávaného zboží za rozporný se zásadami nediskriminace a rovného přístupu stanovenými v § 6 zákona a za rozporný s § 36 odst. 1 zákona a navrhuje, aby Úřad rozhodnutím zrušil předmětné zadávací řízení. Současně navrhovatel požádal, aby Úřad nařídil podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření, kterým by zadavateli zakázal uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 31. 12. 2018

24. Zadavatel nejprve ve vyjádření uvedl, že s jednotlivými tvrzeními navrhovatele, které byly uplatněny v námitkách navrhovatele, se vypořádal v rozhodnutí o námitkách, na které odkazuje. Dále zadavatel ve vyjádření shrnul argumentaci uvedenou navrhovatelem v návrhu, k níž uvedl následující skutečnosti.

25. Podle zadavatele nelze přičítat k jeho tíži, že se navrhovatel nemohl zúčastnit zadávacího řízení, neboť nedisponoval požadovaným potvrzením, ani to, že nebylo vyhověno jeho žádosti o pozici preferovaného obchodního partnera. Záměrem zadavatele bylo nastavit zadávací podmínky tak, aby nabídku podali pouze dodavatelé způsobilí ke splnění veřejné zakázky, což je v souladu se zákonem.

26. K argumentu navrhovatele, že potvrzení od výrobce by bylo možné nahradit např. znaleckým posudkem soudního znalce nebo dodáním zboží s neporušenou pečetí, zadavatel uvedl, že tak jak neexistují pravidla pro získání potvrzení výrobce o novosti, stejně tak neexistují pravidla, na základě kterých by mohl být vydán takový znalecký posudek.

27. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017/521/OPi, ze kterého má vyplývat princip, který má být aplikován i v tomto zadávacím řízení, kdy je sice formálně vypsáno otevřené řízení avšak pouze „na oko“, když okruh možných účastníků je určen rozhodnutím výrobce, zadavatel uvedl, že tvrzení navrhovatele ohledně vypsání zadávacího řízení pouze „na oko“ lze pokládat za pouhou spekulaci. Otevřené řízení patří mezi nejvíce používané druhy zadávacího řízení a je považováno za nejtransparentnější způsob zadání veřejné zakázky bez nutnosti splnění dalších podmínek.

28. Zadavatel dále uvedl, že zadávací podmínky nenastavil diskriminačně, neboť obdržel ve lhůtě pro podání nabídek dvě nabídky, přičemž ani jeden z dodavatelů nepodal v zákonem stanovené lhůtě námitky proti zadávací dokumentaci.

29. Zadavatel zdůraznil, že je správcem informačního systému kritické informační infrastruktury podle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů, který správcům ukládá povinnosti, jejichž plnění je stěžejní pro zajištění kybernetické bezpečnosti státu (zejména dodržování bezpečnostních opatření), a proto musí mít zadavatel jistotu, že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění veřejné zakázky, jsou nové, tj. nepoužité a nerepasované.

30. Podle zadavatele slouží potvrzení vystavené přímo výrobcem k zajištění bezpečnosti ochrany dat, neboť slouží i pro účely ověření výrobních (sériových) čísel v databázi výrobce, kde je uvedeno datum výroby, délka záruky a lokalizace zařízení (pro jaký trh byl výrobek určen). Potvrzení výrobce je pro zadavatele i zárukou zajištění přístupu k aktualizacím Firmware a k dalším bezpečnostním aktualizacím. Zadavatel tak bude mít jistotu, že veškeré komponenty splňují požadavky vyplývající ze zadávací dokumentace. Zadavatel tedy stanovil podmínky transparentním a nediskriminačním způsobem tak, aby zajistil, že bude vybírat dodavatele z okruhu subjektů, kteří poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě plnit. Zadavatel uvádí, že jeho záměrem je vynakládat

veřejné prostředky hospodárně, což je však možné pouze za předpokladu, že mu bude dodáno kvalitní zboží.

31. Zadavatel se domnívá, že neporušil zásady stanovené v § 6 zákona, a to zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace, neboť veškeré jeho kroky učiněné v zadávacím řízení byly jasné, čitelné a jím dané podmínky byly splnitelné, jednoznačné a srozumitelné, tedy odpovídající závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010

32. Ze zákona vyplývá, jak uvedl dále zadavatel, že je plně v kompetenci zadavatele, aby stanovil zadávací podmínky pro plnění předmětu veřejné zakázky tak, aby odpovídaly jeho konkrétním potřebám. Chce-li mít zadavatel vzhledem ke specifikům svého postavení jistotu, že mu budou dodány pouze nové výrobky, nelze v tomto spatřovat ničeho negativního, tzn. je nezbytné takový požadavek považovat za nediskriminační. Postup zadavatele byl tedy v souladu se zákonem, neboť na základě jakéhokoliv jiného dokladu by zadavatel nemusel být schopen ověřit novotu zboží, které mu má být dodáno a tím mohl případně ohrozit dodržování bezpečnostních opatření při zajištění bezpečnosti ochrany dat. Pouze zadavatel zná své potřeby, a je proto jeho výlučným právem stanovit zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám, a aby mohl vybrat takového dodavatele, který bude schopný předmět veřejné zakázky splnit řádně a v odpovídající kvalitě.

33. K návrhu navrhovatele, aby Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření, kterým by mu zakázal uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, zadavatel uvedl, že s ohledem na podaný návrh není oprávněn po dobu 60 dnů od okamžiku zahájení správního řízení smlouvu uzavřít, a není tedy důvod k vydání předběžného opatření.

34. S ohledem na výše uvedené skutečnosti se zadavatel domnívá, že při zadávání veřejné zakázky, ani při vyřizování námitek neporušil zákon, a proto navrhuje, aby Úřad ve smyslu § 265 zákona návrh zamítl.

Vyjádření navrhovatele k podkladům pro rozhodnutí ze dne 28. 1. 2019

35. Podle navrhovatele se zadavatel vyjádřil k jeho argumentům o tom, proč jsou zadávací podmínky v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona a § 36 odst. 5 zákona (pravděpodobně se jedná o písařskou chybu a navrhovatel chtěl odkázat na porušení § 36 odst. 1 zákona) velice obecně, nicméně se navrhovatel hodlá k některým tvrzením zadavatele dále vyjádřit.

36. Navrhovatel souhlasí s tím, že je legitimní, aby zadavatel nastavil podmínky předmětného zadávacího řízení tak, aby nabídku podali pouze dodavatelé způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Podstatou námitky navrhovatele však bylo, že nastavení zadávacích podmínek je diskriminační a dává konkrétnímu subjektu (výrobci či jeho zástupci pro Českou republiku) možnost rozhodnout, komu požadované potvrzení vydá, a tím rozhodnout o tom, kdo se bude moci o veřejnou zakázku ucházet, což je diskriminační požadavek, který již legální není.

37. Dále se navrhovatel vyjádřil k argumentu zadavatele, že ani pro vydání znaleckého posudku, tak jako pro vydání potvrzení výrobce, neexistují žádná transparentní a nediskriminační pravidla, za nichž je soudní znalec povinen znalecký posudek vydat. K tomu navrhovatel uvedl, že na rozdíl od výrobce, je soudní znalec vázán při své činnosti přísnými kritérii vyplývajícími z právních předpisů a ustálené judikatury, jejichž účelem je zajištění maximální objektivity jeho závěrů, a to ať zpracovává znalecký úkol pro jakéhokoli objednatele.

Znalecké posudky jsou podle navrhovatele akceptovány jako jedny z nejvíce objektivních důkazů ve správních a soudních řízeních a není důvod pochybovat o tom, že by případný znalec byl dostatečnou zárukou pro potvrzení o „novosti“ výrobku.

38. K argumentu zadavatele, že v šetřeném zadávacím řízení nebyly podmínky nastaveny diskriminačně, neboť dva dodavatelé podali nabídku a zároveň tito dodavatelé nepodali námitky proti zadávací dokumentaci, navrhovatel uvedl, že právě skutečnost, že byly podány pouze dvě nabídky v otevřeném řízení, prokazuje diskriminační povahu zadávacích podmínek. K tomu navrhovatel dodal, že oba dodavatelé, kteří nabídku podali, jsou autorizovanými obchodními partnery výrobce (společnost XANADU a. s., a Asseco Central Europe), což dle navrhovatele jeho argumentaci zcela potvrzuje. Navrhovatel dále zopakoval, že žádal české zastoupení výrobce, aby měl pozici preferovaného obchodního partnera, ten jej však vždy odmítnul.

39. Dále se navrhovatel vyjádřil k argumentu zadavatele, že požadavek na dodání potvrzení výrobce o novosti zboží považuje za nezbytný pro zajištění bezpečnosti ochrany dat, a že z potvrzení ověří výrobní čísla v databázi výrobce, kde je uvedeno datum výroby, délka záruky a lokalizace zařízení. Navrhovatel uvedl, že nerozporuje legitimitu požadavku, aby bylo dodané zboží nové (nepoužité nebo nerepasované). Požadavek na dodání potvrzení od výrobce je podle navrhovatele jen jedním ze způsobů, jakými lze novost výrobků prokázat, na rozdíl od dalších způsobů se však jedná o způsob prokázání, který nedůvodným způsobem diskriminuje potenciální dodavatele, kteří nejsou schopni potvrzení výrobce dodat, a vytváří překážky hospodářské soutěže. Novost dodávaných výrobků by bylo možné prokázat také např. zadáním výrobních čísel dodaných výrobků na dostupných stránkách výrobce, které u nových výrobků prokazatelně stanoví počátek běhu záruční doby (počátek záruky se shoduje s časem expedice od výrobce).

40. Vzhledem k výše uvedenému postup zadavatele podle navrhovatele nedůvodně omezuje hospodářskou soutěž.

41. Závěrem navrhovatel uvedl, že respektuje, že Úřad návrh na vydání předběžného opatření zamítl. Nicméně žádá, aby Úřad jeho návrhu na vydání předběžného opatření vyhověl, jakmile by bylo zřejmé, že bez jeho vydání nebude možné v blokační lhůtě vydat rozhodnutí.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

42. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, stanoviska předloženého zadavatelem a na základě vlastních zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu podaného navrhovatelem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

43. Před zkoumáním samotného postupu zadavatele se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici (veřejného) zadavatele podle zákona.

44. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.

45. Zadavatel je podle § 3a věty první zákona č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů, správním úřadem.

46. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.

47. Zadavatel je tedy organizační složkou České republiky podle § 3 odst. 1 zákona o majetku, přičemž podle § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu, a podle § 7 odst. 1 citovaného zákona za stát právně jedná vedoucí organizační složky, jíž se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2 citovaného zákona) nestanoví jinak.

48. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavateli svědčí postavení veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, a byl tedy povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona.

Relevantní ustanovení zákona

49. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

50. Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel podle § 6 odst. 2 zákona dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

51. Podle § 28 odst. 1 písm. a) a b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí

a) zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené

1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
4. pravidla pro hodnocení nabídek,
5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona,

b) zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.

52. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

53. Úřad podle § 265 písm. a) zákona návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

54. Z čl. 2 „PŘEDMĚT PLNĚNÍ A ÚČEL VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“, bodu 2.1. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace vyplývá, že »*Předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka blade serverů (dále jen **„Předmět plnění“**). Podrobnosti předmětu plnění veřejné zakázky jsou uvedeny v příloze č. 2 této zadávací dokumentace, kterou tvoří závazný vzor kupní smlouvy (dále jen „**Smlouva**“ nebo „**Závazný vzor smlouvy**“).«*.

55. Zadavatel v čl. I. „Předmět Smlouvy“, bodu 5. smlouvy stanovil následující požadavek: *„Součástí závazku Prodávajícího podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy je rovněž závazek Prodávajícího převést na Kupujícího vlastnické právo k předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy, jakož i jeho závazek předat Kupujícímu veškeré doklady, které jsou nutné k převzetí a řádnému užívání předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy, a to zejména provozní dokumentaci v českém, anglickém, popř. německém jazyce, uživatelské manuály, certifikáty shody, povolení k distribuci na území České republiky a další obdobné dokumenty, které jsou obvykle k takovému druhu plnění dodávány, včetně potvrzení výrobce (anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky), že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované).*“.

56. Dále zadavatel stanovil v čl. III. „Podmínky provedení plnění, předání a převzetí, akceptace“ bodu 8. smlouvy následující: »*Předmět plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy musí představovat výhradně nová (tj. nepoužitá, resp. nerepasovaná) zařízení, certifikovaná pro používání na území České republiky. Prodávající je povinen Kupujícímu společně s předmětem plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy dodat a předat též veškeré doklady, které jsou nutné k jeho převzetí a řádnému užívání, a to zejména provozní dokumentaci v českém, anglickém, popř. německém jazyce, uživatelské manuály, certifikáty shody, povolení k distribuci na území České republiky a další obdobné dokumenty, které jsou obvykle k takovému druhu plnění dodávány, včetně potvrzení výrobce (anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky), že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované). Absence těchto dokumentů bude Kupujícím považována za vadně poskytnuté plnění a bude důvodem pro výsledek akceptačního řízení podle odst. 5. písm. b) tohoto článku této Smlouvy, tj. se závěrem „Neakceptováno“.*«.

57. Zadavatel dále stanovil v čl. V. „Odpovědnost za vady a záruka za jakost“ bodu 10. smlouvy, že *„V případě odstranění závady dodáním nové věci (včetně výměny součástek), dodáním chybějící věci nebo opravou věci se Prodávající zavazuje k odstranění závady užít pouze takové věci (včetně součástek), které byly vyrobeny přímo výrobcem původního plnění dle článku I. odst. 1. písm. a) této Smlouvy (tj. originální díly) nebo jejichž použití je výrobcem původního plnění schváleno s garancí zachování všech Kupujícím požadovaných parametrů daného zařízení, přičemž takto dodané věci (včetně součástek) budou věci nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované). Splnění podmínek podle tohoto odstavce tohoto článku této Smlouvy je Prodávající povinen prokázat před provedením odstranění příslušné závady (zejména předložením potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky,*

daňovým dokladem o zakoupení takových konkrétních věcí, popř. jiným způsobem, který může Kupující na Prodávajícím spravedlivě požadovat).“.

58. Zadavatel dne 23. 11. 2018 poskytl „Vysvětlení zadávací dokumentace k veřejné zakázce č. 25/2018-52-56“, ve kterém odpovídal na následující dotaz:

„Zadavatel stanovil v čl. I odst. 5, čl. III odst. 8 a čl. V odst. 10 závazného návrhu kupní smlouvy, aby dodavatel, resp. prodávající dodal společně s požadovaným plněním potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, že veškeré komponenty, které jsou součástí dodávky, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované).

Žádáme o vysvětlení zadavatele, zda bude akceptovat ve výše vyjmenovaných případech předložení potvrzení o novosti (tj. nepoužitosti, resp. nerepasovanosti) jiným, srovnatelným způsobem, resp. jiným, srovnatelným a prokazatelným subjektem, než je výrobce či jeho oficiální zastoupení pro území České republiky (tj. např. soudním znalcem či jiným subjektem) tak, aby potvrzení zjevných vlastností nebylo závislé na vůli či neochotě jediného subjektu (třetí strany neúčastnící se výběrového řízení). Žádáme o příslušnou úpravu znění zadávacích podmínek, resp. závazného návrhu kupní smlouvy.“.

59. Na výše citovaný dotaz zadavatel odpověděl následujícím způsobem:

„S ohledem na skutečnost, že zadavatel je správcem informačního systému kritické informační infrastruktury podle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů, musí mít zadavatel jistotu, že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) Přílohy č. 2 zadávací dokumentace (Závazný vzor smlouvy), jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované). Za jedinou možnou variantu prokázání požadavku uvedeného v čl. I. odst. 5., čl. III. odst. 8. a čl. V. odst. 10. Přílohy č. 2 zadávací dokumentace (Závazný vzor smlouvy), je předání potvrzení výrobce (anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky) od dodavatele, ve kterém bude uvedeno, že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) Přílohy č. 2 zadávací dokumentace (Závazný vzor smlouvy), jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované).“.

Právní posouzení

60. Předmětné správní řízení bylo zahájeno na základě návrhu, v němž navrhovatel napadá zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky. Navrhovatel tvrdí, že tím, že zadavatel stanovil v čl. I. bodu 5. smlouvy, dále v čl. III. bodu 8. smlouvy a v čl. V. bodu 10. smlouvy podmínku, aby dodavatel, resp. prodávající dodal společně s požadovaným plněním potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, že veškeré komponenty, které jsou součástí dodávky, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované), postupoval v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona a § 36 odst. 1 zákona, tedy v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, a současně tím určitému okruhu dodavatelů zajistil významnou konkurenční výhodu.

61. Úvodem Úřad nejprve uvádí, že zadavatel požadavek na doložení potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, že veškeré komponenty, které jsou součástí dodávky, jsou nové, tj. nepoužité, resp. nerepasované, promítl do samotného návrhu kupní smlouvy. Požadavek na doložení potvrzení výrobce je tak takovou zadávací podmínkou, která má být fakticky aktivována až po skončení zadávacího řízení coby jedna ze

smluvních podmínek zakotvených ve smlouvě, k jejímuž uzavření má v zadávacím řízení dojít. Uvedený požadavek se tedy reálně vztahuje až na vybraného dodavatele.

62. V této souvislosti však Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, kde jmenovaný soud uvedl, že „*Vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je vztahem soukromoprávním (…), a to nejen ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nýbrž i v průběhu její kontraktace (např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 25.4.2013, č.j. 31 Af 38/2012-52, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7.8.2013, č.j. 1 Afs 57/2013-39). Samotný proces kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem je nicméně ovládán povinností dodržet požadavky vyplývající ze ZZVZ, který závazně upravuje postup zadavatelů coby jedné kontraktační strany směřující k tomu, aby takový úplatný smluvní vztah vznikl, a zároveň upravuje i kontraktační postupy dodavatelů coby druhé kontraktační strany. ZZVZ obsahuje pravidla povinně aplikovatelná jak v kontraktační fázi, tak ve fázi předkontraktační (např. § 33 ZZVZ) a pokontraktační (např. § 222 ZZVZ). Prostřednictvím jednotlivých pravidel vyplývajících ze ZZVZ pro fázi kontraktační je regulován proces výběru smluvního partnera, se kterým pak zadavatel vstoupí do soukromoprávního závazkového vztahu (např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 3.1.2013, č.j. 62 Af 64/2011-41, nebo ze dne 25.10.2017, č.j. 62 Af 121/2016-196), dodavatel přitom do procesu výběru zadavatelova smluvního partnera vstupuje se svojí nabídkou, která musí odpovídat zadávacím podmínkám, přitom výsledná smlouva musí odpovídat zadávacím podmínkám i nabídce (§ 51 odst. 3 ZZVZ), a to ve všech ohledech, tedy i v těch, jež lze považovat za ohledy výlučně závazkové (smluvní).*“.

63. Z výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně dále vyplývá, že »*Přezkumná pravomoc žalovaného* [Úřadu]*, jak je vymezena v § 248 ZZVZ (žalovaný vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených ZZVZ a zadávacími podmínkami), se týká dodržování požadavků na zákonnost postupu podle ZZVZ, což – především pokud jde o dodržení zásady přiměřenosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ) a zásady zákazu diskriminace dodavatelů (§ 6 odst. 2 ZZVZ) – může zahrnovat i přezkum těch zadávacích podmínek, jež se nakonec po uzavření smlouvy projeví coby podmínky smluvní. Přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného, neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má – a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle ZZVZ je posoudit musí. Excesivně nastavené zadávací podmínky, byť by se měly projevit coby podmínky smluvní „až“ po uzavření smlouvy, tedy po skončení zadávacího řízení, mohou mít mnohdy shodně negativní vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení jako kupř. nepřiměřeně nastavené podmínky kvalifikace či hodnocení nabídek, neboť mohou působit stejně eliminačně, a tudíž nepřiměřeně a diskriminačně, a tedy jejich konkrétním nastavením (coby součást zadávacích podmínek) může k porušení ZZVZ dojít. Žalovaný tedy je oprávněn (a povinen) podrobit přezkumu i „výlučně“ smluvní podmínky z toho pohledu, zda jejich nastavením nedochází k porušení ZZVZ.*«.

64. Pokud tedy navrhovatel v šetřeném zadávacím řízení brojí proti porušení zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 2 zákona a porušení § 36 odst. 1 zákona, konkrétním nastavením smluvní podmínky, měl by se Úřad podle výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně zabývat smyslem navrhovatelem zpochybněného parametru smluvního vztahu a současně by měl vyjít z toho, že způsob stanovení zadávacích podmínek, a to včetně těch podmínek, které se ve skutečnosti aktivují až po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, je na uvážení zadavatele, a pokud zadavatel dodrží zásady zadávání veřejných zakázek, případně další výslovná omezení zákona, je na něm, aby určil, za jakých podmínek hodlá do smluvního vztahu vstoupit; předmětem přezkumu Úřadu by se tak měla stát navrhovatelem zpochybňovaná smluvní podmínka právě a pouze z pohledu zákona.

65. Úřad se tedy dále primárně zaměřil na posouzení otázky, zda zadavatel stanovením požadavku na předložení potvrzení výrobce, že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění této veřejné zakázky, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované), porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 zákona, a současně, zda takto stanovenou podmínkou podle § 36 odst. 1 zákona určitým dodavatelům neodůvodněně zaručil konkurenční výhodu.

66. K tomu Úřad uvádí, jak již je zmíněno výše, že je to výlučně zadavatel, který vymezuje předmět plnění veřejné zakázky (tedy to co, a za jakých podmínek v rámci zadávacího řízení vlastně poptává), neboť jen on sám zná nejlépe své vlastní potřeby. Přesto nemůže zadavatel k tomuto úkonu přistupovat zcela libovolně; i zde je totiž vázán zásadami uvedenými v § 6 zákona, mimo jiné tedy i zásadou zákazu diskriminace.

67. Problematiku dodržování zásady zákazu diskriminace zohledňuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že smysl ustanovení § 6 zákona *„(…) v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“*. Dále Nejvyšší správní soud zdůraznil, *„(…) že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“*.

68. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je tedy třeba považovat např. takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových podmínek plnění veřejné zakázky, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Tedy postup zadavatele, kdy někteří z dodavatelů mají znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, je postupem diskriminačním, který odporuje základním zásadám uvedeným v § 6 odst. 2 zákona.

69. Zásadní je však i další závěr vyplývající z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu konkretizující zásadu zákazu skryté (nepřímé) diskriminace, a to, že již samotná podstata

tohoto institutu vylučuje jakoukoli jeho mechanickou aplikaci. Vždy je tedy nutné při zkoumání toho, zda zadavatel neporušil zásadu zákazu diskriminace tím, jakým způsobem vymezil zadávací podmínky, vzít v úvahu všechny okolnosti daného individuálního případu. Je přitom třeba – též v souladu se závěry Nejvyššího správního soudu – poskytnout prostor i pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele; skrytou (nepřímou) diskriminaci je tak možno shledat v takovém případě, kdy zadavatel vymezil zadávací podmínky skutečně excesivně (tj. tehdy, když je způsobený dopad na konkurenční prostředí zjevně nepřiměřený ve vztahu k – legitimním – důvodům, které zadavatele k danému vymezení zadávacích podmínek vedly). Je tedy třeba zkoumat zejména dopad, který konkrétní zadávací podmínky mají na konkurenční prostředí, a důvody, které zadavatele k takovému vymezení vedly, a tyto okolnosti následně posoudit jak jednotlivě, tak ve vzájemné souvislosti.

70. Pro úplnost Úřad dodává, že citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu lze aplikovat i v předmětném správním řízení, ačkoliv se vztahuje k veřejné zakázce zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť povinnost zadavatele dodržet zásadu zákazu diskriminace nebyla zákonem nijak dotčena.

71. Navrhovatelem rozporovaný požadavek zadavatele v šetřené věci spočívá jednak v povinnosti dodavatelů dodat zboží nové, nepoužité, tj. nerepasované, jednak v povinnosti doložit tuto skutečnost potvrzením výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky (dále také jen „potvrzení“). Samotný požadavek zadavatele na dodání nového, tj. nerepasovaného zboží je podle názoru Úřadu pochopitelný, smysluplný a zcela legitimní, neboť nelze zadavateli upřít právo požadovat dodání nového zboží, neboť z logiky věci je zřejmé, že mezi zbožím zcela novým a zbožím již repasovaným mohou existovat kvalitativní rozdíly. Samotný požadavek na „novost“ dodávaného zboží navrhovatel nadto ani nerozporuje. Z důvodu jistoty zadavatele a možnosti ověření si splnění této skutečnosti pak zadavatel požaduje právě již výše zmíněné potvrzení. K tomu Úřad doplňuje, že navrhovatel v návrhu nerozporuje primárně ani tuto skutečnost, tedy skutečnost, že by zadavatel nebyl oprávněn po dodavatelích požadovat, aby prokázali, že dodávané zboží je nové. Argumentace navrhovatele směřuje proti požadavku na prokázání „novosti“ zboží výhradně prostřednictvím předložení potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, neboť takový požadavek je dle navrhovatele diskriminační, když zvýhodňuje partnery výrobce; navrhovatel tvrdí, že „novost“ zboží lze prokázat i jinými způsoby. Z výše uvedených skutečností je tudíž zřejmé, že sporným je tedy pouze způsob, jakým zadavatel požaduje prokázat skutečnost, že dodávané zboží je nové, tedy samotný požadavek na doložení potvrzení výrobce.

72. V šetřeném zadávacím řízení zadavatel v čl. I. bodu 5. smlouvy, dále v čl. III. bodu 8. smlouvy a v čl. V. bodu 10. smlouvy (podrobněji viz body 55. až 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí) skutečně výslovně stanovil, že za účelem prokázání, že je mu v rámci plnění veřejné zakázky dodáno pouze nové zboží, předloží dodavatelé společně s dodávaným zbožím potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky. K tomu Úřad pro úplnost doplňuje, že skutečnost, že zadavatel požaduje prokázat, že je dodávané zboží nové, výhradně předložením potvrzením výrobce, pak jednoznačně vyplývá i z „Vysvětlení zadávací dokumentace k veřejné zakázce č. 25/2018-52-56“ ze dne 23. 11. 2018, ve kterém zadavatel výslovně uvedl, že *„(…) Za jedinou možnou variantu prokázání požadavku uvedeného v čl. I. odst. 5., čl. III. odst. 8. a čl. V. odst. 10. Přílohy č. 2 zadávací dokumentace (Závazný*

vzor smlouvy), je předání potvrzení výrobce (anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky) od dodavatele, ve kterém bude uvedeno, že veškeré komponenty, které jsou součástí předmětu plnění podle čl. I. odst. 1. písm. a) Přílohy č. 2 zadávací dokumentace (Závazný vzor smlouvy), jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované).".

73. Z uvedených skutečností je tedy zřejmé, že zadavatel umožnil prokázat novost dodávaného zboží pouze předložením potvrzení výrobce či jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky. Zadavatel tak nepřipustil, jak to navrhoval navrhovatel, aby bylo potvrzení výrobce nahrazeno např. znaleckým posudkem soudního znalce nebo dodáním zboží s neporušenou pečetí.

74. Z výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019 vyplývá, že Úřad by se měl nejprve zabývat smyslem navrhovatelem zpochybněného parametru smluvního vztahu. Smyslem požadavku zadavatele na doložení potvrzení od výrobce, že zboží je nové, tj. nerepasované, je očividně snaha zadavatele mít postaveno najisto, resp. řádně ověřit skutečnost, že dodávané zboží splňuje zadavatelem stanovené parametry, v tomto případě tedy požadavek na „novost" zboží. Nutnost předložení předmětného potvrzení zadavatel odůvodňuje mimo jiné ochranou bezpečnosti dat, neboť je podle § 3 písm. c) zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o kybernetické bezpečnosti"), správcem informačního systému kritické informační infrastruktury (pro úplnost Úřad dodává, že tuto skutečnost zadavatel uvedl mimo jiné i v „Preambuli", bodu 1. Smlouvy); podle § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou pak orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) zákona o kybernetické bezpečnosti *„(…) povinny zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřou. Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření podle věty první v míře nezbytné pro splnění povinností podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži."*. Z citovaného ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti tedy vyplývá, že na zadavatele jsou v souvislosti se zabezpečením ochrany dat kladeny zvýšené požadavky, kdy je povinen při výběru dodavatele pro informační systémy nastavit taková bezpečností opatření, která ochranu dat zajistí; požadavek na předložení potvrzení, že dodávané zboží, určené jako komponent do jím provozované kritické informační infrastruktury, je nové, dosud nepoužité, tzn. nebylo s ním žádným způsobem z technického hlediska dosud manipulováno, pak lze bezpochyby za takové bezpečností opatření považovat. Ke splnění výše uvedené povinnosti musí mít totiž zadavatel určité nástroje, resp. musí mít právo stanovit si takové podmínky, které mu zaručí, že dodané zboží, které bude použito v jím provozované kritické infrastruktuře, bude z hlediska bezpečnosti vyhovující. Požadavek, který směřuje k tomuto cíli, pak nelze i s přihlédnutím k citovanému § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti podle názoru Úřadu považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže.

75. K tomu Úřad dodává, že doložením potvrzení výrobce zadavatel získá jistotu, že dodávané zboží bylo vyrobeno určitým výrobcem, a že se tedy nejedná o falzifikát zboží; předložením potvrzení výrobce získá zadavatel rovněž jistotu, že skutečně bude dodáno pouze nové zboží,

se kterým nebylo dosud manipulováno, bude mít postaveno na jisto, že se jedná o zboží originální, dodané přímo od výrobce, popř. jeho oficiálního partnera, tzn. že se nejedná o zboží tzv. „z druhé ruky“, u něhož nelze mít postaveno najisto, zda nebylo s takovým zbožím manipulováno, zda do něj nemohlo být určitým způsobem technicky zasahováno atd. Potvrzení výrobce je totiž vydáno buď přímo subjektem, který dodávané zboží sám skutečně vyrábí, nebo je vydáno oficiálním zástupcem výrobce, tedy subjektem, kterému výrobce své zboží přímo dodává, tedy který je přímým odběratelem/distributorem zboží od výrobce. S ohledem na výše uvedené nelze dle názoru Úřadu považovat takový požadavek zadavatele za nesmyslný, excesivní nebo neodůvodněný, a to vzhledem k předmětu veřejné zakázky i vzhledem k postavení zadavatele, jakožto správce kritické informační infrastruktury. Úřad nerozporuje, že mohou existovat i jiné způsoby, jakými by pravděpodobně bylo možné prokázat „novost“ zboží (např. znalecký posudek, popř. neporušená pečeť na obalu zboží, jak tvrdí navrhovatel), nicméně jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 As 76/2018-226, Úřad *„(…) není od toho, aby posuzoval, zda zadavatel z řešení, jež by přicházela v úvahu, zvolil řešení nejvhodnější, nýbrž zda způsob, jaký zadavatel zvolil, porušuje ZZVZ či nikoli. Žalovaný tu není ani proto, aby vedl úvahy ohledně celkové ekonomické výhodnosti zadavatelem zvoleného řešení (pro zadavatele samotného).“.*

76. Úřad tedy posoudil, zda zadavatelem stanovený požadavek na doložení potvrzení výrobce o novosti zboží je přiměřený předmětu veřejné zakázky, zda není excesivní a zda tedy v tomto ohledu neporušuje zákon. Jak vyplývá z výše uvedeného, Úřad požadavek zadavatele na doložení potvrzení výrobce o novosti zboží považuje za logický a racionálně odůvodnitelný, neboť potvrzením výrobce zadavatel získá jistotu, že dodávané zboží je skutečně nové, nepoužité, nerepasované, že se nejedná o zboží tzv. „z druhé ruky“, tedy, že je zboží v takovém stavu, jaký garantuje výrobce. V tomto ohledu je třeba akcentovat, že toto potvrzení vychází v zásadě od původce dodávaného plnění.

77. Navrhovatel v návrhu uvádí, že v důsledku požadavku zadavatele na doložení potvrzení výrobce dojde k zúžení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří budou schopni požadované plnění dodat, a to na obchodní partnery výrobce, tzn. že tento požadavek diskriminuje ty dodavatele, kteří nejsou „preferovanými“ partnery výrobce.

78. Navrhovatel dále v návrhu argumentoval tím, že výrobce není vázán žádnými pravidly, na základě kterých by byl povinen potvrzení o novosti zboží dodavatelům vydat, k čemuž dodal, že výrobce několikrát žádal o pozici preferovaného obchodního partnera, avšak vždy byl odmítnut. Dále navrhovatel uvedl, že je přesvědčen, že i kdyby nakoupil zboží u výrobce, nemohl by v konkurenci obstát, neboť spolupráce s navrhovatelem není pro výrobce výhodná z hlediska jeho obchodní politiky, a tak by po něm výrobce požadoval takovou cenu, která by nebyla v šetřeném zadávacím řízení konkurenceschopná. Současně se navrhovatel domnívá, že by mu výrobce neposkytl požadovanou dokumentaci.

79. K tomu Úřad uvádí, že zadávací podmínky jsou nastaveny pro všechny potenciální dodavatele stejně. Každý z dodavatelů by tudíž byl v případě uzavření smlouvy se zadavatelem povinen předložit při dodání zboží potvrzení výrobce; žádný z dodavatelů tak není takovým požadavkem zadavatele zvýhodněn přímo.

80. K uvedeným argumentům navrhovatele pak Úřad uvádí, že výrobci zboží opravdu nejsou vázáni žádnými pravidly, ani jim není uložena žádná zákonná povinnost, na základě které by

byli povinni vystavit potvrzení o novosti zboží. Nicméně pokud má výrobce zájem o získání co největší zisku, čehož lze dosáhnout prodejem co největšího množství zboží, pak nevidí Úřad důvod, proč by výrobce neměl potvrzení vystavit (skutečnost, že tomu tak je, dokládají i dvě nabídky podané v šetřeném zadávacím řízení). Rovněž také nelze jakkoliv negativně nahlížet na skutečnost, pokud výrobce zboží nehodlá spolupracovat s určitým dodavatelem a učinit jej svým certifikovaným distributorem, pakliže tento dodavatel vyvíjí svoji podnikatelskou činnost směrem, který neodpovídá podmínkám, na základě kterých výrobce uděluje „certifikaci“ svým obchodním partnerům. K tomu Úřad dodává, že každý subjekt má nastavenu obchodní a podnikatelskou strategii, jakým způsobem bude na relevantním trhu postupovat a fungovat, přičemž zvolená obchodní strategie určí, na kolik bude daný subjekt konkurenceschopný na relevantním trhu. To pak platí jak pro výrobce, tak i pro navrhovatele. Je tedy na navrhovateli, jakou zvolí obchodní strategii, a zda se přizpůsobí obchodní strategii toho kterého výrobce či nikoliv. Pokud navrhovatel postupuje v rozporu s obchodní strategií výrobce (např. nakupuje zboží pro český trh ze zahraniční distribuce) může nastat situace, že výrobce navrhovateli potvrzení nevydá, popř. s ním nebude chtít dlouhodobě spolupracovat a učinit z něj svého „preferovaného“ partnera. To je však rizikem každého obchodního podnikání a nastavené obchodní strategie, a od toho se odvíjející možnosti stát se preferovaným obchodním partnerem s možností získat konkurenceschopné ceny. Je pouze na konkrétním dodavateli, jaké postavení na trhu si vybuduje a jaké naváže obchodní vztahy. To, že některý z potenciálních dodavatelů není preferovaným obchodním partnerem výrobce, a nezískal by tak požadované zboží za konkurenceschopné ceny, však není skutečnost, kterou by zadavatel musel brát v potaz při stanovení smluvních podmínek.

81. Úřad připouští, že požadavkem zadavatele na doložení potvrzení výrobce může dojít určitým způsobem k zúžení hospodářské soutěže, tedy k zúžení okruhu osob, které se předmětného zadávacího řízení zúčastní, nicméně takové zúžení hospodářské soutěže Úřad v tomto případě považuje za zcela legitimní a odůvodněné. Požadavek zadavatele na prokázání novosti zboží výrobcem, popř. jeho oficiálním zastoupením je smysluplný, protože zadavatel má právo potvrdit si, že dodávané zboží je skutečně nové a pochází z výroby tohoto konkrétního výrobce. Zadavatel očividně nechce, aby mu bylo dodáno zboží tzv. „z druhé ruky“, popř. z neoficiálních zdrojů a chce tak mít přímo od výrobce, popř. od jeho oficiálního partnera za prokázané, že se jedná o zboží originální a nové. Za účelem prokázání novosti a tedy v zásadě i originality zboží pak zvolil zadavatel požadavek na doložení potvrzení výrobce, přičemž tento způsob prokázání novosti zboží není podle Úřadu v rozporu se zákonem, a to i s ohledem na ustanovení § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti, které zadavateli, jakožto správci kritické informační infrastruktury přikazuje zahrnout do smlouvy takové požadavky, které zajistí dodržení bezpečnostních opatření, přičemž výslovně uvádí, že takové požadavky pak nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži. Nadto jak vyplývá z obsahu návrhu, navrhovatel by byl schopen dodat zboží, ke kterému by byl výrobce, popř. oficiální distributor schopen vystavit požadované potvrzení, nicméně v takovém případě by navrhovatel nebyl konkurenceschopným, neboť není partnerem výrobce, a zboží by mu tak nebylo nabídnuto za „dobrou“ cenu. Cena, které je navrhovatel schopen dosáhnout, je však výsledkem pouze obchodní strategie navrhovatele a je ovlivněna obchodní taktikou navrhovatele, jejímž odrazem jsou právě dodavatelem (navrhovatelem) vybudované vztahy na relevantním trhu; zadavatel však nemůže být odpovědný za obchodní vztahy jednotlivých

subjektů na trhu a tyto pak zohledňovat v rámci zadávacích podmínek. Tvrzení navrhovatele, že by mu výrobce v případě nákupu zboží nevydal předmětné potvrzení, je pak zcela spekulativní a není odůvodněné žádnou racionální úvahou, neboť pokud by navrhovatel zboží skutečně nakoupil od výrobce za jím nabídnutou cenu, nemá výrobce žádný důvod takové potvrzení nevydat. Zásadní je však v tomto ohledu skutečnost, že navrhovatel je schopen předmětné zboží a pravděpodobně i požadované potvrzení opatřit, avšak s ohledem na obchodní vztahy s výrobcem za méně výhodnou cenu, než jiní dodavatelé. Pokud tedy dojde k zúžení okruhu dodavatelů v šetřeném zadávacím řízení z toho důvodu, že někteří dodavatelé jsou schopni nabídnout konkurenceschopnou cenu pouze tehdy, pokud by mohli dodat zboží sice nové a nerepasované, avšak jednalo by se o zboží z jiných, než oficiálních zdrojů, tzn. o zboží získané nikoliv od výrobce nebo jeho oficiálního partnera, nýbrž od třetího subjektu, který není schopen potvrzení o „novosti“ zboží opatřit, pak je takové zúžení hospodářské soutěže zcela v souladu se zákonem.

82. Zadavatel dle názoru Úřadu zcela legitimně požaduje, aby mu bylo dodáno nové zboží přímo od výrobce, popř. z jeho oficiální distribuce, tedy nikoliv tzv. „z druhé ruky“, popř. z jiného neoficiálního zdroje, neboť tím zajistí, že se bude jednat o originální zboží o konkrétních kvalitativních vlastnostech, se kterým nebylo žádným způsobem manipulováno, které je určeno k distribuci v České republice, a které je skutečně originálním produktem výrobce, čímž by měla být zajištěna funkčnost dodávaného zboží a „čistota“ Firmware, tzn. že do Firmware produktu nebylo žádným způsobem zasahováno, čímž dochází i k zajištění bezpečnosti ochrany dat. U zboží získaného z jiných zdrojů, resp. jiným způsobem než od výrobce nebo jeho oficiálního zastoupení nelze dle názoru Úřadu již nikdy zcela garantovat, že s takovým zbožím nebylo manipulováno. Takovou skutečnost pak nemůže být schopen mít na jisto postavenu ani sám navrhovatel, neboť pokud zboží nakoupí z neoficiální distribuce, popř. od třetího subjektu, nemůže si být nikdy jist, jak bylo se zbožím v mezidobí nakládáno. Navrhovatel pak v návrhu příkladmo uvádí, že v šetřené veřejné zakázce nemůže být kvůli požadavku zadavatele na potvrzení od výrobce dodáno zboží sice nové, nerepasované, avšak zamýšlené pro jiný, posléze nerealizovaný projekt, které je výrobcem prodáno partnerovi, avšak výrobce (či jeho lokální zastoupení) nemá zájem takové potvrzení následně vydat; dle názoru Úřadu je však zcela logické, že výrobce není ochoten potvrzení k takovému zboží vydat, neboť nemůže již logicky ručit za to, že se zbožím nebylo v mezidobí žádným způsobem manipulováno, a je tak zcela legitimní, že takové zboží, u něhož nikdo (ani sám navrhovatel) nemůže garantovat, že s ním nebylo v mezidobí manipulováno, nemůže být v rámci předmětné veřejné zakázky dodáno.

83. K již zmíněnému argumentu navrhovatele, že by požadavek na doložení potvrzení výrobce o novosti zboží mohl být nahrazen požadavkem např. na předložení znaleckého posudku soudního znalce nebo dodáním zboží s neporušenou pečetí, neboť i těmito způsoby lze dle navrhovatele potvrdit, že dodané zboží je nové, Úřad opětovně odkazuje na výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 As 76/2018-226 (viz pasáž citovaná v bodu 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde soud uvedl, že Úřad není od toho, aby posuzoval, zda zadavatel z řešení, jež by přicházela v úvahu, zvolil řešení nejvhodnější, pokud takové řešení není v rozporu se zákonem (jak vyplývá z výše uvedeného, dospěl Úřad k závěru, že požadavek na doložení potvrzení od výrobce či jeho oficiálního zastoupení je zcela legitimní a neporušuje zákon). K tomu Úřad nadto dodává, že předložením znaleckého posudku soudního znalce by zadavatel dle názoru Úřadu ani nemusel dosáhnout stejného účelu,

jakého dosáhne doložením potvrzení výrobce, neboť nejkvalifikovanější osobou, která by měla potvrdit novost zboží je skutečně výrobce, příp. oficiální distributor výrobce, který jediný je schopen potvrdit, že nedošlo k žádné manipulaci se zbožím, která by mohla ovlivnit jeho bezpečnost. Aby byl znalec schopen „novost“ zboží potvrdit, musel by dle názoru Úřadu ověřit veškeré jeho parametry a vlastnosti, tzn. musel by ověřit shodu parametrů garantovaných výrobcem, což v mnoha ohledech nelze učinit bez toho, aby znalec zboží „vyzkoušel“, tzn. znalec by musel do zboží přímo zasahovat a testovat ho, což bezpochyby taktéž není nejvhodnější způsob, jak potvrdit, že zboží nemohlo být z hlediska bezpečnosti nijak ohroženo, když takovým testováním by např. muselo dojít k připojení zboží k síti. K návrhu navrhovatele, aby novost zboží mohla být doložena dodáním zboží s neporušenou pečetí, pak Úřad uvádí, že uvedený způsob prokázání novosti dodávaného zboží se pak jeví jako zcela nevhodným, neboť takovou pečeť lze falzifikovat. Ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 28. 1. 2019 pak navrhovatel dále uvádí, že novost zboží by mohla být spolehlivě prokázána také např. zadáním sériových čísel dodaných výrobků do rozhraní na stránkách výrobce. K tomu Úřad uvádí, že ani v tomto případě by ale zadavatel nemohl mít za prokázané, že se jedná o zboží zcela nové, se kterým nebylo dosud žádným způsobem manipulováno, neboť by se mohlo jednat právě již o výše zmíněné zboží z přeprodeje, u něhož se skutečně může jednat o zboží nové, nicméně nelze už potvrdit, že na takovém zboží nebyly v mezidobí provedeny určité úpravy a změny, které nejsou na první pohled postřehnutelné, a mohou se projevit např. až při užívání zboží, což je právě důvod, proč výrobce nebo oficiální distributor nehodlá k takovému zboží potvrzení o „novosti“ vydat, neboť ji skutečně není schopen garantovat, neboť nemá najisto postaveno, jak bylo se zbožím v mezidobí nakládáno.

84. Jak již Úřad uvedl, vždy je třeba zohlednit specifika konkrétní veřejné zakázky, tedy, že v šetřeném případě je zadavatel správcem informačního systému kritické informační infrastruktury, přičemž předmětem šetřené veřejné zakázky je dodávka a instalace blade serverů, a to za účelem obnovy serverů infrastruktury informačního a komunikačního rozhraní zadavatele s cílem nahradit jeho kritické části, tedy dodávané servery, které budou součástí informační infrastruktury zadavatele. Zadavatel proto požaduje dodat zboží nové, které ještě nebylo nikým použito, tzn. nejedná se o zboží repasované a nejde o zboží tzv. „z druhé ruky“, což hodlá ověřit právě potvrzením výrobce, neboť tím získá zadavatel jistotu, že dodávané zboží je skutečně nové, neboť je vydáno buď samotným výrobcem zboží, nebo oficiálním zástupcem výrobce, tedy osobou, který je přímým odběratelem zboží výrobce. S ohledem na právě uvedené důvody pak nelze považovat ani skutečnost, že tím dojde k určitému zúžení hospodářské soutěže, za rozpornou se zákonem. Není dost dobře možné, aby podmínka stanovená zadavatelem na doložení potvrzení výrobce měla na všechny potenciální dodavatele stejný dopad, když po zadavateli nelze požadovat, aby při stanovení zadávacích podmínek, jejichž účelem má být primárně ochrana jím spravované kritické infrastruktury dle § 4 zákona o kybernetické bezpečnosti, zvažoval, zda některý z potenciálních dodavatelů nemá s výrobcem „horší“ obchodní vztahy, než jiný z potenciálních dodavatelů, a že tak některý z potenciálních dodavatelů bude mít ztíženou pozici k získáním potvrzení o „novosti“ zboží. Na základě všech výše uvedených skutečností nelze tedy zadavatelem stanovenou smluvní podmínku na doložení potvrzení výrobce o novosti zboží považovat za diskriminační, ani excesivní. Rovněž nelze zadavatelem stanovenou podmínku na doložení potvrzení výrobce o novosti zboží chápat tak, že by jejím

stanovením zadavatel zajistil určitému okruhu dodavatelů konkurenční výhodu, neboť zadavatel měl objektivní důvod pro stanovení této podmínky.

85. K tomu Úřad pro úplnost dodává, že požadavek na doložení potvrzení výrobce o tom, že dodávané zboží je nové, není zcela ojedinělý, neboť jak Úřad zjistil z veřejně dostupných informací, např. i zadavatel Mendelova univerzita v Brně ve veřejné zakázce „Dodávka vícenásobného diskového pole nezávislých disků (RAID) s příslušenstvím“ v návrhu Kupní smlouvy, v článku 1 „Předmět smlouvy“, části nazvané „Podmínky související s plněním předmětu smlouvy“ mimo jiné požadoval, že *„(…) prodávající k předmětu smlouvy doloží písemné potvrzení přímo od výrobce, ze kterého bude patrné, že produkt je zcela nový, nerepasovaný, nikdy dříve nepoužívaný, nerozbalený a vztahuje se na něj záruka v plném rozsahu, (…)*“.

86. Navrhovatel dále v návrhu v souvislosti s potřebou získat potvrzení od výrobce odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. S456/2011/VZ-17590/2011/510/HOd, ze dne 6. 2. 2012, ve kterém Úřad podle navrhovatele dospěl k závěru, že zadavatelem stanovený požadavek, aby vybraný uchazeč uzavřel smluvní vztah ohledně vypořádání autorských práv k předchozím stupňům projektové dokumentace, mohl dodavatele odradit od podání nabídky.

87. K uvedenému odkazu navrhovatele Úřad uvádí, že ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S456/2011/VZ Úřad řešil zadavatelem stanovený požadavek, aby vybraný uchazeč vypořádal případná související autorská práva k předchozím stupňům projektové dokumentace, a to za podmínky, že úhrada za vypořádání autorských práv musela být započítána již v nabídkové ceně. K předmětu plnění dodávanému v šetřené věci se však žádná výhradní autorská práva, která by měla být dodavateli vypořádána, nevztahují, a navrhovatel to ani netvrdí. Z uvedeného důvodu není odkaz navrhovatele na výše citované rozhodnutí Úřadu přiléhavý.

88. Navrhovatel pak v návrhu odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017/521/OPi a dodal, že případná licenční ujednání, kterými by zadavatel omezoval hospodářskou soutěž, jsou věcí smluvních podmínek mezi zadavatelem a poskytovatelem licence a pokud zadavatel v minulosti akceptoval nevýhodné smluvní podmínky, pak nelze využít licenční omezení k tomu, aby zadavatel zužoval okruh potenciálních dodavatelů a omezoval hospodářskou soutěž.

89. K odkazu navrhovatele na výše uvedené rozhodnutí Úřadu Úřad uvádí, že v něm Úřad posuzoval postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy zadavatel zadal veřejnou zakázku přímo určitému dodavateli, a to z důvodu spočívajícího v nutnosti ochrany výhradních (autorských) práv vybraného uchazeče, čímž de facto vyloučil hospodářskou soutěž. Ze zadavatelem stanovených zadávacích podmínek v šetřené věci však nevyplývá, že by postup zadavatele v šetřené veřejné zakázce byl ovlivněn smluvním vztahem mezi zadavatelem a poskytovatelem případné licence. Z uvedeného důvodu není odkaz navrhovatele ani na toto citované rozhodnutí Úřadu přiléhavý.

90. K argumentu navrhovatele, že považuje rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné, neboť v něm zadavatel neuvedl žádné konkrétní skutečnosti, ze kterých by vyplývala tvrzení, že doložení potvrzení výrobce je pro něj mimo jiné i zárukou zajištění přístupu k aktualizacím Firmware a dalším bezpečnostním aktualizacím, Úřad uvádí, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách dle názoru Úřadu vyjadřuje přezkoumatelně ke všem skutečnostem namítaným navrhovatelem a rozhodnutí o námitkách tak nelze považovat za nepřezkoumatelné.

Navrhovatelem zmíněným odkazem zadavatele na přístup k aktualizovanému Firmware a dalším bezpečnostním aktualizacím zadavatel očividně zdůvodňoval svůj požadavek na dodání nového zboží z originální distribuce výrobce, popř. jeho oficiálního zastoupení, když u jiného zboží, než zboží z oficiální distribuce výrobce nelze nikdy zcela s jistotou garantovat, že do Firmware zboží nebylo zasahováno, a na této argumentaci tak Úřad neshledává nic nepřezkoumatelného.

91. K argumentu navrhovatele, že zadavatel nedostane zboží za co nejnižší nabídkovou cenu, Úřad uvádí, že zadavatel by měl při zadávání veřejných zakázek postupovat tak, aby hospodárně vynaložil finanční prostředky. K tomu, zda dochází k hospodárnému vynaložení veřejných prostředků, je vždy třeba posoudit i věcnou stránkou daného případu. Zadavatel v šetřeném případě požaduje dodat zcela nové zboží a zároveň požaduje doložit potvrzení výrobce, že dodávané zboží je nové. Jak již bylo dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad neshledal, že by zadavatel v šetřeném případě postupoval v rozporu se zákonem. Pokud Úřad shledal postup zadavatele za souladný se zákonem, pak je zřejmé, že právě a pouze takový postup může vést k hospodárnému vynakládání veřejných prostředků.

92. Navrhovatel dále ve vyjádření k podkladům pro rozhodnutí ze dne 28. 1. 2019 uvedl, že oba dodavatelé, kteří podali nabídku v šetřeném zadávacím řízení, jsou autorizovanými obchodními partnery výrobce; tato skutečnost podle navrhovatele potvrzuje, že zadávací podmínky jsou diskriminační. Jak již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad dovodil, zadavatel je oprávněn požadovat, aby mu bylo prokázáno, že dodávané zboží je nové, a to doložením potvrzení výrobce, resp. jejich autorizovaných prodejců, neboť požadavek na doložení potvrzení výrobce je logický a racionálně odůvodnitelný, když potvrzením výrobce zadavatel získá jistotu, že dodávané zboží je skutečně nové, nepoužité, nerepasované, že se nejedná o zboží tzv. „z druhé ruky“, tedy, že je zboží v takovém stavu, jaký garantuje výrobce, přičemž tyto důvody objektivně připouští, aby tak došlo k určitému zúžení hospodářské soutěže; pokud tedy Úřad dospěl k těmto závěrům, nelze skutečnost, že nabídku podali pouze autorizovaní prodejci výrobce považovat za rozpornou se zákonem, popř. potvrzující diskriminační povahu zadavatelem stanovené podmínky.

93. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že zadavatelem stanovený smluvní požadavek na doložení potvrzení výrobce není excesivním požadavkem, neboť zadavatel má důvody, pro které jej požaduje předložit, v důsledku čehož tedy nedochází k porušení zásady zákazu diskriminace, a ani tím zadavatel neodůvodněně nevytvořil konkurenční výhody pro jiné dodavatele, pročež Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5
2. JUDr. Robert Falbr, advokát, V celnici 1040/5, 110 00 Praha

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy