ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., a JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., ve věci

žalobce: **Microshop, s.r.o.** IČ: 26165031
sídlem Pod Marjánkou 1448/4, 169 00 Praha
zastoupený advokátem JUDr. Robertem Falbrem
sídlem Kopeckého 1326/47, 169 00 Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti: **Česká správa sociálního zabezpečení**
sídlem Křížová 25, 225 08 Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu,

takto:

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu, **se ruší** a věc **se vrací** k dalšímu řízení žalovanému.

II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 15 342 Kč, a to k rukám jeho advokáta, JUDr. Roberta Falbra, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“) rozhodnutím ze dne 30. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu, zamítl rozklad žalobce proti rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 2. 2019, č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt (dále také jen „rozhodnutí žalovaného“), a toto rozhodnutí potvrdil.

2. Své rozhodnutí žalovaný přijal jako správní orgán příslušný dle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) ve správním řízení zahájeném dne 21. 12. 2018 na návrh žalobce ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) učiněných při zadávání veřejné zakázky „ČSSZ – Obměna Blade serverů – 2018“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 10. 2018 a 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 také jen „předmětná veřejná zakázka“). Žalovaný rozhodl tak, že návrh navrhovatele (žalobce) podle § 265 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

3. Žalobcův návrh směřoval zejména proti nastavení zadávacích podmínek, v důsledku čehož mu měla být znemožněna účast v zadávacím řízení. Žalobce měl za to, že navrhovatel (osoba zúčastněná na řízení) postupoval v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, 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). Žalobce považoval 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. Podle navrhovatele je tedy podmínka vystavení potvrzení ze strany výrobce (nebo jeho lokálního zastoupení) v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. 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. Žádnou z těchto námitek žalovaný ani předseda Úřadu neshledali důvodnými.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

4. Žalobce ve včas podané žalobě navrhl, aby soud zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu i žalovaného a navrhl, aby soud žalovanému uložil nahradit žalobci náklady řízení.

5. Žalobce v žalobě namítl, že rozhodnutí žalovaného je v rozporu se zákonem, neboť žalovaný nesprávně aplikoval § 6 odst. 1 a 2 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, jelikož zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky jsou vzhledem k výlučnosti požadavku na doložení potvrzení o novosti výrobku od výrobce anebo jeho oficiálního zastoupení v České republice v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a v rozporu s povinností zadavatele stanovit podmínky tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně nevytvářely překážky hospodářské soutěže.

6. Předseda Úřadu dle žalobce nesprávně hodnotil důkazy a neúplně zjistil skutkový stav, když dovodil, že požadavek na doložení potvrzení o novosti není excesivní, a že žalobce nedoložil ničeho, z čeho by skutečně bylo patrné, že požadované potvrzení o novosti od výrobce nebo jeho oficiálního zastoupení v České republice neobdrží. Tím, že předseda Úřadu a žalovaný neúplně zjistili skutkový stav, porušili zásadním způsobem povinnost postupovat tak, aby byl zjištěn skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti dle § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).

7. Žalobce namítl, že žalovaný byl povinen při svém rozhodování hodnotit zejména, zda není excesivní samotná výlučnost požadavku na doložení potvrzení o novosti, resp., zda bylo legitimní odmítnutí zadavatele akceptovat i jiné způsoby prokázání novosti výrobků. Tím, že zadavatel akceptoval jako jedinou možnou variantu prokázání novosti předání potvrzení od výrobce, nebo jeho oficiálního zastoupení, došlo k tomu, že daný požadavek mohou fakticky splnit výlučně certifikovaní obchodní partneři výrobce, resp. subjekty, kteří jednají plně v souladu s podnikatelskou strategií výrobce, jak konec konců vyplývá i z okruhu účastníků, kteří podali nabídku. Zadavatelem daná podmínka představuje zásadní omezení hospodářské soutěže, které ale není s ohledem na jiné dostupné možnosti akceptovatelné a legitimní. Zadavatel (a ani Úřad) také neprokázal, že by výlučnost stanoveného požadavku byla skutečně nezbytná a legitimní. Tvrzení žalobce, že by mu výrobce v případě nákupu zboží nevydal předmětné potvrzení, není spekulativní a je v řízení prokázáno a odůvodněno vznesenými racionálními úvahami založenými na ekonomických zájmech výrobce a podložené uplatňovanými podmínkami.

8. Žalobce dále namítl, že podstatnou část odůvodnění napadeného rozhodnutí (body 20. až 23.) předseda Úřadu věnuje úvaze, že při přezkumu zadávacích podmínek je nutno vycházet pouze z toho, co zadavatel skutečně stanovil, což má žalobce pouze za řečnické úvahy. Na základě této úvahy ale není možné postihnout pravou podstatu námitek žalobce, že je to právě a pouze výlučnost požadavku zadávací dokumentace na doložení potvrzení o novosti, jakožto jediné akceptovatelné formě prokázání „novosti“ předmětu plnění, která činí zadávací podmínky diskriminační, a to jednoznačně excesivním a nelegitimním způsobem.

9. Výlučnost požadavku na doložení potvrzení o novosti je součástí zadávacích podmínek a žalobce tedy napadá to, co zadavatel stanovil. Přitom pak žalobce logicky argumentuje i tím, že zadavatel měl k dispozici i další způsoby, které jsou z hlediska efektivní a otevřené hospodářské soutěže pro potenciální dodavatele příznivější, to vše z důvodu, aby žalobce podpořil svůj argument o nelegitimnosti postupu zadavatele (pokud by jiný způsob prokázání „novosti“ než je požadované potvrzení o novosti neexistoval, pak by zřejmě postup zadavatele mohl být legitimní). Žalobce ovšem na druhé straně vůbec neměl povinnost dokládat, že zadavatel měl k dispozici jiné možnosti prokázání „novosti“ předmětu plnění, neboť je na zadavateli, aby zadávací podmínky koncipoval v souladu se zákonem, aby nedocházelo k nepřiměřenému omezení hospodářské soutěže, a aby nedocházelo k nepřímé diskriminaci potenciálních dodavatelů. Žalobce k tomu dodává, že zadavatel nese důkazní břemeno ohledně objektivní povahy důvodů pro vznik nerovnováhy a nemožnosti jejího odstranění.

10. Žalobce zdůrazňuje, že podstatou nepřiměřenosti požadavku na výlučnost doložení potvrzení o novosti je skutečnost, že nastavení zadávacích podmínek dává jednomu konkrétnímu subjektu (výrobci či jeho zástupci pro ČR) do rukou nijak neregulovanou svévoli rozhodnout, komu

požadované potvrzení o novosti vydá, a tím i o tom, kdo bude moci se o předmětnou zakázku ucházet.

11. Výrobcem je nadnárodní korporace HEWLETT PACKARD ENTERPRISE (dále jako „HPE“), která má v České republice dceřinou společnost. HPE vytváří důmyslný systém podmínek pro své „preferované“ obchodní partnery, jehož účelem je, mimo jiné, zajistit centralizovanou a úplnou kontrolu nad distribucí výrobků HPE, včetně kontroly nad cenotvorbou. Žalobce k doplnění rozkladu přiložil pro informaci vybrané partnerské podmínky, které jsou uplatňovány v partnerském systému HPE. Z partnerských podmínek vyplývá, že partneři jsou ze strany HPE odměňováni na principu rezervace obchodní příležitosti. To znamená, že určitý partner má možnost si „zarezervovat“ obchodní příležitost v systému HPE. V rámci takové rezervace uvede název zákazníka (veřejného zadavatele), obsah plnění, objem zakázky, předpokládané procento úspěšnosti, možné konkurenty, a informace o tom, zda u zákazníka již působí. Po provedení rezervace má partner oproti jiným nárok na speciální cenu, která se zpravidla určuje jako sleva z ceny ceníkových (katalogových) cen. Jiní partneři, kteří si rezervaci obchodní příležitosti neprovedou, mají možnost nakoupit za vyšší ceny, nebo nejsou oprávněni nabízet konkrétnímu zákazníkovi zboží nebo služby vůbec s tím, že je upřednostněn jiný dodavatel s rezervací (tato skutečnost bývá sdělována formálně i neformálně). Výše uvedené se týká výlučně podnikatelů v oblasti ICT, kteří jsou zapojeni do partnerského systému HPE. Subjekt stojící mimo systém nemá možnost od HPE výrobky pro zájmového koncového zákazníka zakoupit a také partneři mají výslovně zakázáno prodávat zboží výrobce prodejcům, kteří nejsou součástí partnerské struktury. K tomuto žalobce doložil dokument nazvaný „*HEWLETT PACKARD ENTERPRISE EMEA SELECTIVE DISTRIBUTION CRITERIA EFFECITVE*“ účinný od května roku 2016, kde žalobce odkazuje na odstavec 4. Vůči prodejcům, kteří nejsou součástí partnerské struktury a kteří zboží nakupují mimo oficiální distribuční kanál (tj. v rámci partnerské struktury), což je ovšem zcela legální, nemá HPE jakékoli povinnosti. To se v kontextu se zadavatelem požadovaným potvrzením výrobce nebo jeho oficiálního zastoupení projeví tak, že žalobci, ale i jakémukoli jinému dodavateli v obdobném postavení jako je žalobce (tj. mimo partnerskou strukturu), výrobce požadované potvrzení nevystaví, byť by se jednalo o zboží, které požadavky zadávacích podmínek splňuje.

12. Žalobce dále v řízení před žalovaným doložil, že v minulosti opakovaně žádal české zastoupení HPE o pozici preferovaného obchodního partnera, jeho žádost však výrobce vždy odmítnul. Žalobci bylo neoficiálně sděleno, že je to kvůli tomu, že nakupuje i u jiných evropských distributorů a tím české zastoupení HPE ztrácí kýžený obrat (není nijak podstatné tuto skutečnost v řízení prokazovat, neboť již samotný požadavek na dodání potvrzení od výrobce je nepřiměřený, nepotřebný a diskriminační). Žalobce k návrhu připojil dvě e-mailové korespondence, z nichž je odmítnutí požadavku patrné. Přestože žalobce doložením výše uvedených skutečností prokázal, že požadavek na doložení potvrzení o novosti prakticky znamená, že nabídku budou schopni podat výlučně preferovaní obchodní partneři HPE, přičemž ale není jakýkoli legitimní důvod pro to, aby byl tímto způsobem zúžen okruh dodavatelů, žalovaný i předseda Úřadu tyto námitky odmítli velice povrchním a obecným konstatováním.

13. Žalobce má za to, že příčinou diskriminace je podmínka nastavená v zadávacích podmínkách, neboť právě v důsledku nemožnosti splnění stanovené podmínky dochází k nelegitimnímu zúžení okruhu potenciálních účastníků, nejde tedy o diskriminaci pouze v dodavatelském prostředí, jak uvádí předseda Úřadu.

14. Pokud se týká argumentace předsedy Úřadu o aplikaci zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti) – dále jen „zákon o kybernetické bezpečnosti –, žalobce plně setrvává na svém výkladu pojmu „nezbytný“, tak jak jej interpretoval v doplnění rozkladu. Výlučnost požadavku na doložení potvrzení výrobce o novosti výrobků „nezbytná“ není, neboť zadavatel měl dostupné jiné reálné a efektivní možnosti prokázání novosti zboží, a jestliže existují takové jiné varianty, pak z podstaty věci

„nezbytnost“ jediné předložení potvrzení výrobce jako jediné možné varianty prokázání novosti neexistuje.

III. Vyjádření žalovaného a replika žalobce

15. Žalovaný ve vyjádření navrhl, aby soud žalobu zamítl, jelikož napadené rozhodnutí jakož i rozhodnutí žalovaného považuje předseda Úřadu za zákonná a správná.

16. Žalovaný uvedl, že z § 36 a § 268 zákona o zadávání veřejných zakázek plyne, že tvorba zadávacích podmínek a dokumentace je povinností a právem zadavatele, přičemž ten je za tvorbu zadávacích podmínek odpovědný. Žalovanému nepřísluší přezkoumávat vhodnost nebo „kvalitu“ zadávacích podmínek, ledaže takovým jednáním má dojít k porušení zákona. Smluvní vztah zadavatele s vybraným dodavatelem je pak vztahem soukromoprávním a žalovanému v zásadě nepřísluší do něj zasahovat. U zadávacích podmínek pak úřad musí posoudit, zda není porušená některá ze zásad zadávacího řízení dle § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Jednou z těchto zásad je zásada zákazu diskriminace konkretizována v § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, který říká, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a žalovanému tedy v tomto rozsahu přísluší zadávací řízení posoudit.

17. V prvé řadě žalovaný zdůraznil nespornou skutečnost, a to že zadavatel předmětné veřejné zakázky mohl oprávněně žádat zboží nové. Každý požadavek však musí být ze strany zadavatele racionálně odůvodněn. Žalobci ani žalovanému nepřísluší hodnotit, jakou záruku novosti zboží zadavatel požaduje, ledaže takovým jednáním dojde k naplnění kritérií skryté diskriminace – musí být splněno, že požadovaná smluvní podmínka je nedůvodná a nepřiměřená objektivnímu charakteru veřejné zakázky a má rovněž nelegitimní vliv na soutěž o veřejnou zakázku.

18. Žalovaný k tomu uvedl, že v posuzovaném případě má poptávané zboží dle odstavce 2.2 zadávací dokumentace sloužit jako obnova hardwaru prostřednictvím ePortálu, včetně nutnosti zajištění některých plánovaných projektů u zadavatele. ePortál ČSSZ pak je internetová aplikace, umožňující svým uživatelům obstarat si konkrétní agendu elektronickou formou a dále poskytuje bezpečné prohlížení vybraných údajů evidovaných ČSSZ. Přes portál ČSSZ tedy prochází data uživatelů týkající se agent ČSSZ, tedy v mnohem data osobní a často citlivá, nejedná se tedy o samoúčelný systém. Požadavek zadavatele na předložení potvrzení novosti z důvodu hospodárného prokázání novosti dodávaných přístrojů nelze považovat za excesivní požadavek, neboť ze zjištěného skutkového stavu neplyne, že by docházelo k omezení soutěže o veřejnou zakázku nad míru těch dodavatelů, kteří nejsou schopni dodat nové plnění. Nadto za excesivní by žalovaný považoval, pokud by zadavatel vyžadoval například doložení novosti zboží extrémně přísným způsobem, který by byl schopen doložit pouze výrobce zboží sám a nikdo jiný. Požadavek na předložení dokladu o jeho novosti, pro který je dle názoru žalovaného zvolena přiměřená forma potvrzení o novosti jako důkazního prostředku kloubícího v sobě v rozumném poměru požadavek na průkazné doložení novosti a efektivitu (hospodárnost) pořízení důkazního prostředků, nepovažuje žalovaný za excesivní. Žalovaný k první podmínce naplnění definice skryté diskriminace uvádí, že nedošlo k nepřiměřenému a nedůvodnému stanovení zadávací podmínky. Z posouzení věci také neplyne, že by konkrétní podoba požadavku zadavatele měla za následek vyloučení i těch dodavatelů, kteří by jinak byli schopni dodat plněním zadavatelem požadované kvalitě.

19. Žalovaný uzavřel, že jelikož první podmínka definice skryté diskriminace nebyla naplněna, netřeba vůbec přistupovat přezkumu dopadu do sféry dodavatelů (druhá podmínka). V tomto konkrétním případě se o skrytou diskriminaci nejednalo, neboť zadávací podmínka byla stanovena důvodně a přiměřeně.

20. K argumentům žalobce o omezení hospodářské soutěže činěné výrobcem dodávaného zboží a z toho vyplývající údajné diskriminaci žalobce žalovaný dodává pouze to, že není povinnosti zadavatele ani účelem zákona o zadávání veřejných zakázek, ani úkolem žalovaného v řízení vedeném dle zákona o zadávání veřejných zakázek napravovat skutečné ani domnělé nedostatky dodavatelského prostředí, a takové nedostatky tedy nelze přičítat k tíže zadavateli.

21. Žalobcem tvrzené omezení hospodářské soutěže žalovaný z žalobcem předložených důkazů neshledal. Žalobce totiž nedoložil, že by mu skutečně výrobce nedodal potvrzení o novosti. Tvrzení žalobce spíše poukazuje na to, že získání potvrzení o novosti by pro něj mohlo představovat obtíž, která by se mohla projevit například v nabídkové ceně. Toto ale nepředstavuje bezdůvodné omezení soutěže na veřejnou zakázku, které by bylo rozporné se zákonem a které by bylo přičitatelné zadavateli. Žalovaný je toho názoru, že taková situace je doprovodným jevem samotného dodavatelského trhu, jehož vliv lze považovat za součást podnikatelského rizika, kterému jsou dodavatelé obecně vystaveni při ucházení se o veřejné zakázky.

22. Žalovaný dále uvedl, že v rámci přezkumu zadávacího řízení nemůže přezkoumávat chování třetích osob nezúčastněných na zadávacím řízení, které mohou být potenciálně vliv na soutěž o veřejnou zakázku.

23. K námitce žalobce stran nedostatečného zjištění skutkového stavu žalovaný uvedl, že důkaz o tom, zda se v budoucnu někdo nějak zachová či ne, provést nelze. Jakákoliv úvaha o budoucím ději není otázkou skutkovou, ale spekulací. Nadto vzhledem k výše uvedenému závěru žalovaného o nenaplnění kritérií nepřípustné diskriminace v této věci je tato otázka (spekulace) bezpředmětná.

24. Vzhledem k výše uvedené mu má žalovaný za to, že se ve správním řízení ani v řízení o námitkách nepodařilo prokázat žalobcem tvrzenou nedovolenou diskriminaci a žalovaný musí tímto žalobní body odmítnout.

25. Žalobce v replice uvedl, že žalovaný vyvozuje z obecných východisek nesprávné právní závěry. Žalobce především plně odkazuje na svou argumentaci ve správní žalobě a setrvává na tom, že stanovený požadavek zadávací dokumentace je nepřiměřený, nevhodný a nelegitimní. Podstatou nepřiměřenosti požadavku na výlučnost doložení potvrzení o novosti je skutečnost, že nastavení zadávacích podmínek dává jednomu konkrétnímu subjektu a soutěžiteli, který přímo konkuruje ostatním potenciálním účastníkům zakázky do rukou nijak neregulovanou svévoli rozhodnout, komu požadované potvrzení o novosti vydá, a tím i o tom, kdo se bude moci o zakázku ucházet. V důsledku stanovení zadávacích podmínek tak dochází k zásadnímu a nelegitimnímu omezení hospodářské soutěže, neboť z okruhu potenciálních účastníků předmětné veřejné zakázky jsou vyloučeni jednak soutěžitelé v oblasti ICT, kteří přeprodávají zboží z jiných než výrobcem autorizovaných distribučních kanálů a současně platí, vzhledem k existenci žalobcem doloženého partnerského systému HPE, že skutečný okruh subjektů, kteří jsou v daném případě schopni dodat zboží zadavateli, je extrémně omezený na ty partnery, kteří mají rezervovanou obchodní příležitost. Argumentace žalovaného o tom, že konkrétní podoba požadavku zadavatele neměla za následek vyloučení i těch dodavatelů, kteří by jinak byli schopni dodat plnění v zadavatelem požadované kvalitě, tedy neobstojí, stejně jako tvrzení o jeho přiměřenosti. Výrobce dokáže posoudit novost zboží pouze u zlomku výrobků nacházejících se na relevantním trhu.

26. Žalobce na závěr dodal, že se ve vyjádření žalovaný nijak nezaobírá další relevantní argumentací žalobce, kterou v návrhu, v rozkladu a jeho doplnění uvedl, a jíž se ve správní žalobě také věnuje. Postup žalovaného je v rozporu s relevantní rozhodovací praxí žalovaného, kterou žalobce uvedl v bodech 16. a 17. návrhu. Napadané rozhodnutí je tedy i nepřezkoumatelné.

IV. Posouzení věci soudem

27. Soud v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) bez nařízení jednání přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, včetně řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba **je důvodná** (§ 78 odst. 1 s. ř. s.).

28. S ohledem na žalobní námitky bylo třeba posoudit zejména to, zda jsou odůvodněné závěry žalovaného (potažmo předsedy Úřadu) o zákonnosti zadávacích podmínek, a zda mají tyto závěry dostatečnou oporu ve spise a skutkových zjištěních. Klíčovou otázkou nyní posuzované věci je povaha požadavku zadavatele uvedeného zejména v čl. I. bodu 5. přílohy č. 2 zadávací dokumentace, tedy v závazném vzoru kupní smlouvy, a to ve vazbě na čl. 2.1 zadávací dokumentace, s ohledem na možnou diskriminaci žalobce.

29. Zásada zákazu diskriminace je zakotvena v § 6 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, který praví, že „[v]*e vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.“*

30. Dále je zákaz diskriminace v zadávacím řízení upřesněn v § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek tak, že „[z]*adávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.*“

31. V rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publikovaném pod č. 1771/2009 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta §6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“* (není-li uvedeno jinak, jsou všechna zde uvedená rozhodnutí správních soudů dostupná na www.nssoud.cz) Zákaz diskriminace tedy spočívá v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Tento zákaz ovšem není možné chápat absolutně, jelikož je nutné vždy vzít v potaz odůvodněné potřeby a požadavky zadavatele veřejné zakázky.

32. Zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, ale také aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Z povahy věci by nebylo spravedlivé na zadavateli požadovat, aby zadávací podmínky měly vždy na všechny dodavatele stejný dopad. Zadavatel je proto oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku (typicky se jedná o podmínky kvalifikace).

33. Zadavatel tak může omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku prostřednictvím zadávacích podmínek, ale musí unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protežování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami. Zadavatel by se tak měl zdržet stanovení zadávacích podmínek, které omezují hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodňováním nebo znevýhodňováním určitých hospodářských subjektů, nemá-li příslušná zadávací podmínka oporu v legitimních (odůvodněných) potřebách zadavatele. Na případnou bezdůvodnost omezování hospodářské soutěže je nutné pohlížet právě z pohledu předmětu veřejné zakázky a z něj vyplývajících oprávněných požadavků zadavatele (viz *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kol.* § 36 [Zadávací podmínky]. In: *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a*

kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 209), avšak nikoli úzce jen z nich. Tento závěr plyne z výše citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, kde konstatoval, že „[z]*adavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit určité dodavatele. Toto je možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady diskriminace.*“

34. Pro posouzení zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky je tedy podstatné, zda požadavek, který žalobce vnímá jako diskriminační je odůvodnitelný objektivnímu okolnostmi.

35. Zadavatel v čl. I. bodu 5 přílohy 2. zadávací dokumentace (v závazném vzoru kupní smlouvy) stanovil požadavek, že „[s]*oučástí 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, <u>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</u> (tj. nepoužité, resp. nerepasované).*“ (zvýraznění přidáno krajským soudem).

36. Ze správního spisu soud zjistil, že zadavatel v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 13. 12. 2018 uvedl, že „[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 a 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).*“ Zadavatel dodal, že „[v] *tomto konkrétním případě stanovení podmínek, tak jak je uvedeno výše, je odůvodněno oprávněnými potřebami zadavatele a zadavatel to odůvodnil ve své odpovědi na vysvětlení zadávací dokumentace. Zadavatel na tomto místě dodává, že potvrzení výrobce mimo jiné umožňuje 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 zárukou zajištění přístupu k aktualizacím firmware a dalším bezpečnostním aktualizacím.*“

37. V této souvislosti soud konstatuje, že požadavek na dodání nových komponentů je zcela legitimní – ostatně tuto skutečnost nijak nezpochybňuje ani žalobce. Obecně pak je i požadavek na potvrzení o novosti dodávaných komponentů ze strany zadavatele odůvodněný – smyslem požadavku zadavatele na doložení potvrzení od výrobce, že je zboží nové, tj. nerepasované, je snaha 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 také ochranou bezpečnosti dat. V daném směru se soud domnívá, že zadavatel unesl důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku.

38. Jinou otázkou ale je, zda je odůvodněný požadavek spočívající v tom, že novost dodávaných komponentů lze prokázat výlučně potvrzením od výrobce anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky, a ne jinými způsoby.

39. Žalovaný ve svém rozhodnutí v obecné rovině správně vycházel ze závěrů rozsudku zdejšího soudu ze dne 3. 1. 2019, č. j. 62 Af 76/2018-226 (na www.nssoud.cz dosud nepublikovaného), dle kterého „[p]*řezkumná pravomoc žalovaného, 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. I podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24.4.2013, č.j. 1 Afs 2/2013-46, ‚…je zapotřebí vyloučit možnost, aby zadavatel mohl v rámci soukromoprávního vztahu vyloučit možnost veřejnoprávního přezkumu, čímž by byl popřen smysl celé úpravy zákona o veřejných zakázkách….'". (k tomu viz zejména body 62. a 63. rozhodnutí žalovaného)

40. I v nyní posuzované věci byl přezkum předmětné „smluvní" podmínky namístě, neboť prostřednictvím čl. 2.1 zadávací dokumentace se týkala samotného „předmětu plnění" („*Podrobnosti předmětu plnění veřejné zakázky jsou uvedeny v příloze č. 2 této zadávací dokumentace, kterou tvoří závazný vzor kupní smlouvy*"). V situaci, kdy by účastník zadávacího řízení požadované potvrzení nepředložil, bylo by jím nabízení plnění hodnoceno jak „*neakceptováno*" (čl. III. 8. závazného vzoru kupní smlouvy). Účast v zadávacím řízení by pro takového zájemce o veřejnou zakázku nedávala smysl.

41. V této souvislosti Krajský soud v Brně opět připomíná rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, dle kterého § 6 zákona (tehdy zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, s ohledem na textaci a materii daného ustanovení a ustanovení § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek jsou tyto závěry stále aplikovatelné) „*v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, 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* […]. […] *Z uvedeného tedy plyne, že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).*"

42. V popsaném kontextu nepovažuje zdejší soud požadavek zadavatele na prokázání novosti dodávaných komponentů *výlučně* prostřednictvím potvrzení výrobce anebo jeho oficiálního zastoupení pro území České republiky za oprávněný.

43. Jak již bylo řečeno, zadavatel je oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku, pokud ovšem zadavatel takto omezí hospodářskou soutěž, musí unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protežování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami. Zadávací podmínky nesmí omezit hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodňováním nebo znevýhodňováním

určitých hospodářských subjektů, nemá-li příslušná zadávací podmínka oporu v legitimních (odůvodněných) potřebách zadavatele. Principiálně by tedy hospodářská soutěž měla být podporována, nikoli bez legitimních a dostatečných důvodů omezována.

44. V případě posuzované věci je účast žalobce (resp. jeho eventuální následný úspěch) v soutěži o veřejnou zakázku spojen s tím, zda mu jiná osoba vydá kýžené potvrzení. Jedná se tedy o nejistou skutečnost, která není přímo odvislá od vůle či jednání žalobce, nýbrž od jednání třetí osoby. Žalobce v daném případě přináší „příběh", který není *prima faciae* zcela nevěrohodný či spekulativní, že pro něj může být obtížné, ne-li nemožné, potřebné potvrzení od příslušné osoby získat, přičemž to opírá o (byť volně) související e-mailovou komunikaci se společností HPE a opírá se také o tvrzení založené na materiálech „*HP NEW BUSINESS OPPORTUNITY PROGRAM TERMS – EG*" a „*HEWLETT PACKARD ENTERPRISE EMEA SELECTIVE DISTRIBUTION CRITERIA EFFECITVE May 1, 2016*". Byť tvrzení žalobce o tom, že mu potřebné potvrzení nebude v budoucnu vydáno, není doloženo s úplnou jistotou (v případě budoucí události je ostatně doložení takové „jistoty" problematické), tak případné obtíže již přinejmenším signalizuje. Lze poznamenat, že s citovanými materiály, přiloženými k rozkladu, se předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí výslovně nevypořádával (činí tak až žalovaný ve vyjádření k žalobě, což však není možné považovat za včasné a dostatečné; v tomto smyslu by bylo možné přitakat žalobnímu tvrzení o nedostatečně zjištěném skutkovém stavu ve smyslu § 3 správního řádu, resp. o nevypořádání se s žalobcovými námitkami). Zároveň pak žalobce tvrdí, že by byl schopen poptávané zboží získat a o veřejnou zakázku se ucházet, tedy zvýšit úroveň hospodářské soutěže, přičemž mu v tom brání toliko předmětný požadavek zadávací dokumentace. Děje se tak za situace, kdy daná třetí osoba může být vedena svými vlastními záměry, které mohou, i v kontextu předmětné veřejné zakázky, hospodářskou soutěž spíše omezovat, a tedy v posledku vést k méně efektivnímu nakládání s veřejnými prostředky. Pakliže žalovaný a předseda Úřadu opakovaně odkazují na to, že je odpovědností každého soutěžitele, jak realizuje svou podnikatelskou činnost, tak přinejmenším v některých případech soutěžitele fakticky (např. na některých specifických trzích) činí závislými na jednání třetích osob, které však nemusí být v souladu se zájmem na otevřené a efektivní hospodářské soutěži.

45. Obecně, ale i s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu, tak lze říci, že možnost spočívající v alternativním způsobu prokázání novosti dodávaných komponentů je legitimní. Dle názoru soudu se do jisté míry jedná o situaci analogickou s případy, kterými se již zabýval i Nejvyšší správní soud, jmenovitě např. v rozsudku ze dne 24. 10. 2018, č. j. 6 As 83/2018-49 (zejména body [14] až [19]), jenž se se týkal požadavku zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních požadavků zadavatele předložením konkrétního certifikátu vydaného výlučně jednou akreditovanou osobou. Při přiměřené aplikaci daných právních závěrů i na nynější věc soud konstatuje, že považuje za problematické, pokud byla účast žalobce v zadávacím řízení fakticky činěna odvislou od vůle konkrétní osoby (či s ní spojených osob) – výrobce a jeho oficiální zastoupení, a to bez možné alternativy, což mohlo vést ke skryté diskriminaci a omezení hospodářské soutěže. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v bodě [17] vzpomínaného rozsudku ze dne 24. 10. 2018, č. j. 6 As 83/2018-49, na který zdejší soud *přiměřeně* odkazuje: „*Pokud by naopak žalovaný a následně správní soudy takovou praxi potvrdily, umožnily by fakticky vznik situace, kdy by dodavatelé mohli vytvářet ‚účelová sdružení' nabízející ‚speciální certifikaci' pouze pro své členy, přičemž pokud by zadavatelé takovou ‚speciální certifikaci' požadovali, vytvořil by se ‚elitní okruh možných dodavatelů', kteří by jako jediní byli schopni účastnit se takového zadávacího řízení. Tím by zároveň z povahy věci docházelo i k nepřímé skryté diskriminaci ostatních potenciálních dodavatelů, kteří by objektivně byli schopni plnit stejným způsobem jako tito ‚elitní dodavatelé', avšak z důvodu nedisponování ‚příslušným certifikátem' by nemohli být v zadávacím řízení úspěšní.*"

46. Žalobcovu argumentaci tedy soud považuje za důvodnou, a to i s přihlédnutím k tomu, že v napadeném rozhodnutí tato, opřená o materiály výrobce, nebyla jasně vyloučena. K tomu přistupuje (nutná) skutečnost, že nelze považovat předmětný požadavek zadavatele za

„nezbytný“, a to i ve vazbě na zákon o kybernetické bezpečnosti, dle jehož § 4 odst. 4 „[o]*rgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) jsou 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.*“

47. Výklad oné „nezbytné míry“ ve vztahu k legitimnímu omezení hospodářské soutěže je třeba dle názoru zdejšího soudu interpretovat restriktivně, přičemž toto omezení musí být důvodné a racionální. Krajský soud v Brně tak neakceptuje „změkčující“ výklad pojmu „*nezbytné*“, jak jej provádí v bodě 25. svého rozhodnutí předseda Úřadu. Dle názoru soudu je třeba daný pojem vykládat nejen jako „potřebné“, ale i „nezbytně nutné“.

48. Argumentace opřená o zákon o kybernetické bezpečnosti však byla spíše podpůrná. Klíčovou stále zůstává přiměřenost a důvodnost omezení hospodářské soutěže v intencích zákona o zadávání veřejných zakázek. Zde soud uvádí, že zadavatel i žalovaný (či předseda Úřadu) vlastně předpokládají, že jediným skutečným důkazem o novosti dodávaných produktů může být potvrzení výrobce či „oficiálního zastoupení“, přičemž u jiných způsobů takového prokazování dovozují, že mohou být zfalšovány, nebýt průkazné apod. Předmětný požadavek se tedy opírá o „neprůstřelnost“ daného potvrzení. V souladu s žalobní argumentací však není soudu jasné, proč by, nahlíženo optikou zadavatele (či Úřadu), nebylo možné uvažovat např. o zfalšování předmětného potvrzení, o tom, že od doby vydání potvrzení došlo k manipulaci se zbožím apod. Soud tak uvádí, že obecně požadavek na doložení předmětného potvrzení považuje za legitimní a zadavatel je mohl považovat i za preferovaný způsob doložení novosti dodávaných produktů, a to s ohledem na důvody, které uváděl, a také s přihlédnutím k jednoduchosti ověření takového potvrzení v porovnání s případným jiným důkazem o novosti. Na druhou stranu ani takové potvrzení není nezpochybnitelné a nelze vyloučit, že budou existovat srovnatelně průkazné doklady o novosti dodávaných produkt (viz bod 75. rozhodnutí žalovaného, který možnost existence takového dokumentu připouští). Ostatně sám žalobce již ve správním řízení poukazoval na mechanismy a možnosti, které umožňují zjistit novost dodávaných výrobků (bod 11. rozkladu) či „čistoty“ firmware (bod 10. rozkladu), popř. zajištění záruky apod. Dle názoru soudu se však napadené rozhodnutí (ani předcházející rozhodnutí žalovaného či zadavatele) s touto eventualitou dostatečně nevypořádávají, resp. nezpochybnitelně neuvádějí, proč jedině potvrzení od vybraných subjektů je s to prokázat novost výrobku a všechny jeho ostatní požadované parametry, atributy a vlastnosti.

49. Shora uvedené soud konstatuje s ohledem na závěry odborné literatury, s níž se shoduje, že „[s]*ohledem na textaci komentovaného ustanovení se lze dle názoru autorů tohoto komentáře domnívat, že zadávací podmínky můžou ve svém důsledku vytvářet určitou nerovnováhu mezi dodavateli, ale pouze za předpokladu, že pro to existuje závažný a objektivní důvod na straně zadavatele, přičemž <u>není v možnostech zadavatele, jak takovou nerovnováhu odstranit jiným způsobem</u>, <u>aniž by to</u> pro zadavatele <u>znamenalo nepřiměřené náklady či obtíže</u>. V takovém případě lze však usuzovat, že <u>zadavatel ponese důkazní břemeno ohledně objektivní povahy důvodů pro vznik nerovnováhy a nemožnosti jejího odstranění</u>*“ (§ 36 [Zadávací podmínky]. In: *Podešva, V. a kol.* Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praha: Wolters Kluwer, 2016).

50. Právě unesení důkazního břemene shledává v souvislosti s tvrzenou diskriminací žalobce soud za důležité, domnívá se však, že je zadavatel ve světle již uvedeného neunesl. Jak soud uvedl, nepovažuje sám o sobě požadavek na doložení předmětného potvrzení za nelegitimní, za spornou však považuje výlučnost takového způsobu doložení bez srovnatelné alternativy, kdy s ohledem na prezentované důvody lze oprávněnost takového požadavku hodnotit minimálně za předčasnou. Soud si je vědom, že takový způsob prokázání novosti výrobku je pro zadavatele zřejmě nejkomfortnější a nejjednodušeji ověřitelný, na druhou stranu samo ulehčení si pozice zadavatele není dostatečným důvodem pro omezení hospodářské soutěže, resp. nelze shledat jeho legitimnost, pakliže zadavatel neprokázal, že alternativa by pro znamenala „*nepřiměřené*

náklady či obtíže". Podle názoru soudu, přinejmenším dle skutkového a právního stavu nyní prezentovaného zadavatelem (popř. žalovaným a jeho předsedou), nic zadavateli nebránilo připustit i jiný způsob doložení „novosti" dodávaných komponentů, to ovšem při jejich pečlivém hodnocení z hlediska srovnatelnosti jejich výpovědní hodnoty např. právě s potvrzením od dodavatele či jeho oficiálního zastoupení pro Českou republiku, potažmo z hlediska jejich důvěryhodnosti, spolehlivosti a průkaznosti *per se*.

VI. Závěr a náklady řízení

51. S ohledem na výše uvedené krajský soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil z důvodu nezákonnosti dle § 78 odst. 1 s. ř. s. a současně dle § 78 odst. 4 s. ř. s. věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.) a bude tedy na něm, aby zajistil nápravu shora vytčených vad, pakliže zde nebude např. důvod pro zastavení řízení ve smyslu § 257 zákona o zadávání veřejných zakázek.

52. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

53. Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Odměna žalobcova zástupce a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. V daném případě se jednalo o tři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, další písemné podání ve věci) a tři režijní paušály, a to ve výši 3 × 3 100 Kč a 3 × 300 Kč [§ 7 bod 5., § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 10 200 Kč. Protože je zástupce žalobce plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 2 142 Kč, odpovídající dani (21 %), kterou je povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč.

54. Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 15 342 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.

55. Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Soud osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost neuložil, právo na náhradu nákladů tak tato osoba nemá.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 30. září 2021

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků