



UOHSX00C8LGV

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu

Brno 30. dubna 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 25. 2. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Microshop, s.r.o.**, IČO 26165031, se sídlem Pod Marjánkou 4, 169 00 Praha 6, právně zastoupeným na základě plné moci ze dne 28. 11. 2018 JUDr. Robertem Falbrem, advokátem ev. č. ČAK 11907, místem podnikání V celnici 1040/5, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 2. 2019, č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele –

- **Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení**, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 – Smíchov,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**ČSSZ – Obměna Blade serverů – 2018**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 10. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-034866, ve znění opravy uveřejněné dne 29. 10. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 198-447218, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 209-477392,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 2. 2019, č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení vedené před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 10. 10. 2018 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“<sup>1</sup>) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „ČSSZ – Obměna Blade serverů – 2018“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-034866, ve znění opravy uveřejněné dne 29. 10. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 198-447218, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 209-477392 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Ze zadávací dokumentace (konkrétně pak čl. 2 bodu 2.1) plyne, že „[p]ředmětem plnění veřejné zakázky je  *dodávka blade serverů (dále jen ‚Předmět plnění‘) [v tomto rozhodnutí nadále jako „**předmět plnění**“ – doplněno předsedou Úřadu]. *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‘) [v tomto rozhodnutí dále jako „**smlouva**“ – doplněno předsedou Úřadu].“**
3. Zadavatel dále v čl. III bodě 8 smlouvy (viz výše) uvedl mj. následující: „[p]rodávající 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**

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

*Smlouvy, jsou nové (tj. nepoužité, resp. nerepasované)* [zvýrazněno předsedou Úřadu]. 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“.

4. Dne 29. 11. 2018 doručil navrhovatel – obchodní společnost Microshop, s.r.o., IČO 26165031, se sídlem Pod Marjánkou 4, 169 00 Praha 6, právně zastoupený na základě plné moci ze dne 28. 11. 2018 JUDr. Robertem Falbrem, advokátem ev. č. ČAK 11907, místem podnikání V celnici 1040/5, 110 00 Praha 1 (dále jako „navrhovatel“) – do datové schránky zadavatele námitky proti zadávací dokumentaci ze dne 28. 11. 2018. Zadavatel rozhodnutím ze dne 13. 12. 2018 uvedené námitky navrhovatele odmítl, kdy dotčené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
5. S ohledem na to, že navrhovatel nepovažoval právě uvedené rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 21. 12. 2018 návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jako „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „Úřad“) příslušnému podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona. Na základě návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené před Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0522/2018/VZ.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad dne 8. 2. 2019 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt (dále jako „napadené rozhodnutí“), kterým zamítl návrh navrhovatele ve smyslu § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad dospěl k závěru, že požadavek zadavatele obsažený ve smlouvě na veřejnou zakázku, dle kterého je dodavatel povinen předložit potvrzení výrobce nebo výhradního distributora na území České republiky o tom, že předmět plnění je nový, není excesivním požadavkem, neboť zadavatel tímto požadavkem sleduje oprávněný zájem obdržet předmět plnění v požadované kvalitě. Dle Úřadu tak zadavatel nestanovil zadávací podmínky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a ani tak, aby některého z dodavatelů zvýhodnil. Uvedený závěr Úřad podpůrně vystavil mj. i na § 4 odst. 4 zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „zákon o kybernetické bezpečnosti“), dle kterého nelze nezbytné požadavky vedoucí k dodržení povinností z uvedeného zákona považovat za nezákonná omezení nebo narušení hospodářské soutěže.

## III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 25. 2. 2019 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí, který byl podáním ze dne 5. 3. 2019 doplněn. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 8. 2. 2019. Navrhovatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

### Námitky rozkladu

8. Navrhovatel předně namítá, že Úřad nesprávně právně posoudil relevantní otázku – tedy smluvní požadavek zadavatele na předložení certifikátu o „novosti“ předmětu plnění

smlouvy – pročež shledává napadené rozhodnutí za nesprávné a nezákonné. Navrhovatel poukazuje na to, že se Úřad měl zabývat také otázkou výlučnosti dotčené smluvní podmínky, resp. tím, že zadavatel nepřipustil alternativní postupy vedoucí k prokázání „novosti“ předmětu plnění. Dle navrhovatele měl tento postup za následek zvýhodnění partnerů výrobce [korporace HEWLETT PACKARD ENTERPRISES (dále jako „HPE“ nebo „výrobce“)], což dle navrhovatele dokládá i fakt, že se zadávacího řízení účastnily pouze dva subjekty, které jsou „preferovanými“ obchodními partnery výrobce. Na tuto námitku navrhovatel dále navazuje v bodě 7 doplnění rozkladu, kde je uvedeno, že se zadavatel dopustil nepřímé diskriminace a omezení hospodářské soutěže, aniž by měl legitimní důvod pro to, aby neumožnil prokázat „novost“ předmětu plnění i jiným způsobem.

9. Navrhovatel dále nesouhlasí s odkazem Úřadu na § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti. Dle navrhovatele totiž požadavek zadavatele není jediným, který by dokládal „novost“ předmětu plnění, pročež tedy nejde o požadavek, který by byl „nezbytný“ a uvedené ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti tak nelze aplikovat. Navrhovatel také poukazuje na to, že toto ustanovení zákona je nutno vykládat restriktivně, neboť jinak by došlo k paralyzování trhu veřejných zakázek v oblasti ICT ve prospěch největších výrobců a dodavatelů ICT technologií.
10. Navrhovatel také uvádí, že výrobce potvrzení o „novosti“ předmětu plnění vystaví pouze svým „preferovaným“ obchodním partnerům, čímž jsou tedy nepřímo diskriminováni navrhovatel a jiní dodavatelé ve stejném postavení. Tento závěr dle navrhovatele vede k tomu, že například konstatování Úřadu obsažené v bodě 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí neodpovídá skutečnosti. I zde navrhovatel uvádí, že jeho závěry jsou potvrzeny účastí pouze dvou dodavatelů v zadávacím řízení, kdy oba jsou „preferovanými“ obchodními partnery výrobce. Navrhovatel uzavírá uvedenou námitku tím, že jeho tvrzení, že mu výrobce požadované potvrzení nevystaví, není pouhou spekulací.
11. Navrhovatel rozporuje závěr Úřadu o tom, že požadavek zadavatele je odůvodněn i požadavkem na čistotu Firmware předmětu plnění. Dle navrhovatele totiž HPE Firmware svých blade serverů digitálně podepisuje, což znamená, že do nich nemůže být zasahováno. Navrhovatel také nerozumí tomu, proč je potvrzení výrobce o „novosti“ předmětu plnění větší zárukou bezpečnosti takového zboží, než například neporušené zapečetění daného výrobku. Dle navrhovatele je kýženým dokladem o bezpečnosti dodávaného zboží zejména znalecký posudek.
12. Navrhovatel pokračuje v projevení nesouhlasu se závěry Úřadu ohledně toho, že vystavení potvrzení výrobcem o „novosti“ předmětu plnění je jediný způsobem jak zajistit bezpečnost takového zboží. Navrhovatel poukazuje na to, proč i jiné (jím navrhané) způsoby lépe dokládají bezpečnost předmětu plnění a také konstatuje, že Úřad není dostatečně odborně způsobilý, aby tuto otázku posoudil, pročež jsou jeho závěry ve vztahu k právě uvedenému ryze spekulativní. Dle navrhovatele si tak Úřad měl zadat zpracování znaleckého posudku nebo požádat o odborné vyjádření jiný správní orgán. Jelikož tak ale Úřad neučinil, zatížil své rozhodnutí – dle názoru navrhovatele – vadou řízení, která mohla mít za následek nesprávnost napadeného rozhodnutí. Obdobné dle navrhovatele platí i o tvrzení Úřadu, že pečeť výrobku lze zfalzifikovat. Dle navrhovatele měl zadavatel tedy respektovat to, že dodání nového zboží je povinností dodavatele, na kterém také je, aby po podpisu smlouvy tuto skutečnost prokázal.

13. Navrhovatel uzavírá rozklad konstatováním, že tvrzení Úřadu o tom, že požadavek zadavatele není excesem, nelze obhájit. Navrhovatel také nesouhlasí s odkazem Úřadu na zadávací podmínky, které koncipovala Mendelova univerzita v Brně, neboť tyto jsou zjevně irelevantní. Navrhovatel také trvá na tom, že rozhodovací praxe, na niž poukázal v návrhu a ve svých vyjádřeních je aplikovatelná na daný případ, resp. že Úřad spatřuje důvody, proč danou rozhodovací praxi nepoužít, pouze ve formálních odlišnostech mezi řešeným případem a případy řešenými v rámci rozhodovací praxe, na kterou odkazuje.

#### **Závěr rozkladu**

14. V závěru rozkladu navrhovatel uvádí, že pro nesprávné právní posouzení relevantní otázky je nutno napadené rozhodnutí označit za nesprávné a nezákonné, protože navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele**

15. Dne 11. 3. 2019 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele. V tomto vyjádření zadavatel uvádí argumentaci k dílčím rozkladovým námitkám, včetně konstatování: *„Jakým způsobem výrobce zařízení uděluje potvrzení výrobce zařízení, nebo komu je uděluje, není věcí Zadavatele, ale pouze věcí samotného výrobce, případně potenciálního dodavatele.“*. V souhrnu se zadavatel ztotožnil v plném rozsahu se závěry napadeného rozhodnutí, které dle jeho názoru korespondují s jeho vlastním právním názorem na věc. S ohledem na obsah vyjádření je zadavatel tak toho názoru, že rozklad navrhovatele je neoprávněný a nedůvodný, protože navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

17. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

## V. K námitkám rozkladu

### *K námitce neposouzení aspektu výlučnosti požadavku zadavatele*

19. Stěžejní rozkladová námitka stojí na úvaze navrhovatele, že požadavek zadavatele na prokázání „novosti“ předmětu plnění – tedy předložení potvrzení od výrobce, nebo jeho výhradního zastoupení v České republice – lze označit za nelegitimní právě z toho důvodu, že je zadavatelem stanoven jako výlučný, jinými slovy, že zadavatel neumožnil prokázat „novost“ předmětu plnění i jiným způsobem.
20. Odpovídající argumentaci k výše uvedené námitce lze nalézt již v napadeném rozhodnutí, a to konkrétně v bodě 75. odůvodnění. Tu Úřad odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2019, č. j. 62 Af 76/2018-226, ze kterého je zcela patrné, že Úřad při svém posouzení legitimitnosti zadávacích podmínek nepřihlíží k tomu, zda jde o zadávací podmínku nejvhodněji reagující na konkrétní požadavek nebo potřebu zadavatele (v tomto viz pasáž uvedeného rozsudku, jak byla citována Úřadem v bodě 75. odůvodnění napadeného rozhodnutí), ale zda jde o zadávací podmínku stanovenou v rozporu se zákonem. I když by se mohlo *prima facie* jevit, že posouzení zákonnosti zadávací podmínky závisí i na posouzení vhodnosti takové podmínky, opak je pravdou.
21. Nelze totiž odhlédnout od toho, kdo je primárním subjektem, který je zodpovědný za stanovení zadávacích podmínek. Ze zákona je patrné (srov. § 36 odst. 3), že tímto subjektem je výlučně zadavatel. Tento aspekt se pak projevuje ve dvou rovinách, a to v rovině povinnosti zadavatele a v rovině jeho výsostného práva. Rovinu povinnosti zadavatele, kdy je tento povinen stanovit zadávací podmínky v *podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů na zadávacím řízení* a je mu zapovězeno zároveň přenést na dodavatele odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek, zcela zřetelně vymezuje sám zákon ve výše uvedeném ustanovení. Zákaz přenášet na dodavatele odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace nicméně lze vykládat i tak, že dodavatelé nemají právo koncipovat znění zadávacích podmínek. Tento závěr stojí na zcela logickém předpokladu, že povinnost dovozená u daného subjektu bude vyvážena právem téhož subjektu, které s danou povinností souvisí. Pokud je tedy povinností zadavatele stanovit zadávací podmínky dostatečně podrobně, aby byla umožněna účast dodavatelů na zadávacím řízení, lze konstatovat, že má zadavatel zároveň i právo na to, aby zadávací podmínky koncipoval sám bez zásahů zvenčí – a to ať už ze strany dodavatelů anebo Úřadu. Právě uvedené pak ostatně dokresluje i to, že Úřad je – v případě shledání pochybení na straně zadavatele při stanovení zadávacích podmínek – oprávněn pouze zrušit zadávací řízení (viz § 263 odst. 3 zákona) a nikoliv nápravným opatřením uložit změnu zadávacích podmínek. Uvedený závěr pak dokládá i relativně obsáhlá rozhodovací praxe Úřadu, ve které je konstantně zastáván názor, že je to právě zadavatel, kdo nejlépe zná vlastní potřeby, pročež je to tedy on, komu je dána povinnost a výsostné právo do zadávacích podmínek tyto potřeby promítnout (srov. např. rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S434/2011/VZ-10215/2014/514/JNv, ze dne 14. 11. 2016, č. j. ÚOHS-S0638/2016/VZ-45906/2016/551/SBe nebo např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0123/2017/VZ-32483/2017/321/EDo). Dlužno konstatovat, že tento názor se již objevil také například v rozsudku Krajského soudu ze dne 28. 4. 2017, č. j. 30 Af 67/2015-99.

22. Pokud platí výše uvedené, jeví se jako logický i názor Krajského soudu v Brně, jak je uveden v bodě 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu. Pokud není dodavatelem, ale v tomto duchu ani Úřadu, dána možnost koncipovat zadávací podmínky, nelze takové hypotetické zadávací podmínky zohledňovat ani při posouzení zákonnosti konkrétních zadávacích podmínek, které zadavatel skutečně stanovil a závěr o jejich (ne)zákonnosti stavít na tom, zda se v kontrastu s hypotetickými zadávacími podmínkami stanovenými Úřadem nebo dodavatelem, jeví jako „lepší“ nebo jinak „vhodnější“. Řečeno jinými slovy, při přezkumu zadávacích podmínek je tak nutno vycházet pouze z toho, co zadavatel skutečně stanovil a nikoliv z toho, co – např. dle dodavatele – stanovit měl.
23. Z výše uvedeného je pak zcela patrné, že přezkum zákonnosti zadávacích podmínek musí probíhat pouze v rámci skutečně stanovených zadávacích podmínek a nikoliv v rámci porovnání skutečně použitých podmínek s těmi hypotetickými, které prezentuje navrhovatel (tu konkrétně jiné způsoby prokázání „novosti“ předmětu plnění a možnost alternace mezi nimi). V tomto duchu je nutno příslušnou námitku navrhovatele označit za nedůvodnou. Nad rámec právě uvedeného závěru lze ovšem vyjádřit nesouhlas s názorem navrhovatele, dle kterého by posuzovaná zadávací podmínka byla automaticky nezákonná, neboť existuje jakési „lepší“ řešení. Takový závěr by dával smysl tam, kde by pro zadávací podmínky existovala jediná správná podoba, což je premisa, která v nynější praxi zadávání veřejných zakázek jednoduše neplatí.
24. Tu lze pak kvitovat postup Úřadu, neboť ten správně posoudil, zda je zadavatelův požadavek na to, aby předmět plnění byl nový (tedy nepoužívaný a nerepasovaný), oprávněný, přičemž dospěl k závěru, že tomu tak je. Dlužno konstatovat, že tento závěr nebyl ze strany navrhovatele rozporován – tento jinými slovy nezpochybňuje to, že zadavatel může požadovat „nový“ předmět plnění. Následně Úřad posoudil, zda konkrétní podoba zadávací podmínky k naplnění tohoto požadavku směřuje a zda není sama o sobě nepřiměřená. Úřad se této otázce věnuje v bodech 74. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí a ve zkratce lze jeho úvahy parafrázovat tak, že způsob zvolený zadavatelem vede k naplnění požadavku na „novost“ předmětu plnění a tento zvolený způsob nepřiměřeně nediskriminuje potenciální dodavatele. S těmito úvahami se lze plně ztotožnit, a to i za přihlídnutí k argumentům navrhovatele ve vztahu k obchodním praktikám výrobce (k tomu viz dále). Z posouzení skutkového stavu neplyne, že by získání požadovaného potvrzení bylo pro dodavatele obecně zapovězeno. Navrhovatel pouze opakovaně poukazuje na to, že on sám takové potvrzení získat nemůže, resp. může získat pouze s obtížemi. Právě uvedené samo o sobě neodůvodňuje závěr o tom, že by zadavatel stanovil zadávací podmínky diskriminačně, pouze to poukazuje na to (a tento fakt zohlednil Úřad v bodě 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí), že se dodavatelé pohybují v podnikatelském prostředí (k tomu viz dále). Jak již uvedl Úřad, zadavatel může zadávací podmínkou omezit hospodářskou soutěž, pokud tak učiní za účelem naplnění legitimního požadavku a pokud zadávací podmínka není sama o sobě stanovena nepřiměřeně (tedy excesivně). Excesem pak nepochybně je, pokud zadávací podmínky stanoví zcela arbitrárně překážky hospodářské soutěži nad rámec toho, co předmět plnění, resp. konkrétní požadavek zadavatele vyžaduje a co lze tedy označit za legitimní omezení hospodářské soutěže. Konkrétní posuzovaný požadavek zadavatele ovšem nelze za excesivní označit, neboť z ničeho, co by navrhovatel tvrdil, nebo doložil, neplyne, že by skutečně docházelo k omezení hospodářské soutěže pro ty dodavatele, kteří nejsou „preferovanými“ obchodními partnery výrobce, ale stále jsou schopni veřejnou

zakázku realizovat se všemi požadovanými doklady. Pokud tedy cesta vedoucí k naplnění požadavku zadavatele (tu potvrzení od výrobce) vede k naplnění takového požadavku (tu „novosti“ předmětu plnění) a nedochází tak k nepřiměřenému omezení hospodářské soutěže, je nutno požadavek zadavatele na doložení certifikátu výrobce o „novosti“ předmětu plnění označit za legitimní, neboť neomezuje hospodářskou soutěž nepřiměřeným způsobem. Ani v tomto smyslu tedy nelze – stejně jako učinil Úřad v napadeném rozhodnutí – na straně zadavatele shledat pochybení při koncipování posuzované zadávací podmínky. S ohledem na to, že navrhovatel proti tomuto závěru brojí toliko jednou námitkou (otázka výlučnosti požadavku zadavatele), která byla již výše shledána jako nedůvodná, lze konstatovat, že závěr Úřadu o legitimnosti prošetřované zadávací podmínky ob stojí. Tu lze podpůrně pro dokreslení odkázat i na vyjádření zadavatele k rozkladu, ve kterém je mj. uvedeno, že tímto způsobem – tedy potvrzením od výrobce – si zadavatel do budoucna zajistí také uživatelskou podporu předmětu plnění veřejné zakázky.

25. Úřad své závěry podpůrně vyztužil i odkazem na zákon o kybernetické bezpečnosti. V tomto ohledu rozporuje navrhovatel závěr o tom, že by postup, který si zadavatel zvolil, byl „nezbytným“ ve smyslu § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti. Tu je nutno korigovat názor navrhovatele a poukázat na to, že odkaz na zákon o kybernetické bezpečnosti není jediným nosným pilířem napadeného rozhodnutí. Z napadeného rozhodnutí (zejména pak bodu 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí) je patrné, že Úřad zákonnost požadavku zadavatele posoudil v mezích zákona a jako podpůrný argument pro své závěry odkázal i na zákon o kybernetické bezpečnosti. I kdyby tedy odkaz na zákon o kybernetické bezpečnosti nebyl správný, nelze hovořit o tom, že by toto pochybení mělo dopad na závěry napadeného rozhodnutí, neboť z něj je patrné, že požadavek zadavatele je legitimní i optikou zákona. Nicméně s navrhovatelem nelze souhlasit v tom ohledu, že by Úřad nesprávně interpretoval § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti. Tady lze poukázat na to, že navrhovatel neprezentuje argumenty, které by úspěšně vyvracely korespondující závěry Úřadu. Na uvedeném závěru ničeho nemění ani argument navrhovatele, který s odkazem na Slovník spisovného jazyka českého Ústavu pro jazyk Český, vykládá pojem *nezbytný*. Tu si je nutno uvědomit, že (a to plyne ze samotného odkazu navrhovatele na uvedený slovník) pojem *nezbytný* lze vykládat také jako *potřebný*. Při bližším pohledu na § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti lze seznat, že zde užitý pojem *nezbytný*, lze – bez újmy na smyslu dotčené věty – nahradit pojmem *potřebný* (srov. nové znění uvedené věty: „*Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření podle věty první v míře **potřebné** pro splnění povinnosti podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži.*“). Dle názoru Úřadu – a s tímto názorem lze souhlasit – je podmínka nezbytnosti naplněna, pokud zadavatelem přijatý požadavek vede k naplnění požadovaného cíle (tu zajištění „novosti“ předmětu plnění) a samo o sobě nepředstavuje exces, což – jak plyne z napadeného rozhodnutí – není případ nyní posuzované zadávací podmínky. V tomto ohledu tedy nelze souhlasit s námitkou navrhovatele, že by podpůrný argument Úřadu zněním zákona o kybernetické bezpečnosti byl nesprávný. Obdobně je nutno nesouhlasit s názorem navrhovatele, že by § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti měl být vykládán restriktivně – nutno uvést, že navrhovatel neposkytuje žádné argumenty na podporu tohoto tvrzení s výjimkou údajného *paralyzování* trhu ve prospěch největších výrobců a dodavatelů ICT technologií. Tady lze rozpoznat zcela zřejmý veřejný zájem na ochraně kritické informační infrastruktury



a také lze uvést, že i zákon v sobě obsahuje mechanismus, kdy je shledáno pochybení ve smyslu zákona, ale nápravné opatření není uloženo právě v důsledku existence veřejného zájmu (srov. § 264 odst. 3 a 4 zákona). Nelze tedy souhlasit s tím, že by § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti měl být vykládán restriktivně pouze z důvodu zachování netknutého tržního prostředí, a to za předpokladu, že na druhé straně takového přístupu stojí ohrožení veřejného zájmu, který reprezentuje snaha chránit prvky kritické informační infrastruktury. Ani s uvedenou námitkou navrhovatele se tak nelze ztotožnit.

*K obchodním praktikám výrobce*

26. Navrhovatel dále v rozkladu – a to zejména v bodě 8. doplnění rozkladu – představuje obchodní praktiky výrobce. Navrhovatel se tímto patrně snaží dokázat pravdivost vlastního tvrzení, že by mu výrobce nikdy potvrzení o „novosti“ předmětu plnění nevystavil, neboť má obchodní politiku, která není v souladu s obchodní politikou výrobce. Tu lze zprvu uvést, že navrhovatel nedoložil ničeho, z čeho by skutečně bylo patrné, že požadované potvrzení od výrobce nebo jeho výhradního zastoupení pro Českou republiku neobdrží (kupříkladu odmítavá odpověď na dotaz navrhovatele adresovaný výrobcí nebo jeho oficiálnímu zastoupení). V této rovině tak jde stále pouze o spekulaci, kdy na uvedeném závěru ničeho nemění ani navrhovatelem popsané praktiky HPE a jeho obchodních partnerů, neboť z nich zcela přesvědčivě neplyne skutečnost, že by navrhovateli za žádných okolností nebylo uvedené potvrzení vydáno. Otázkou ovšem zůstává, zda lze na straně zadavatele dovést povinnost zohlednit *nuance* dodavatelského prostředí, které zadavateli ani nemusejí být známy, při koncipování zadávacích podmínek. Dle názoru předsedy Úřadu tomu tak není, neboť aby za diskriminaci dodavatelů byl zodpovědný zadavatel a jím koncipované zadávací podmínky, musí taková diskriminace z těchto zadávacích podmínek pramenit. Pokud lze původ takové diskriminace nalézt nikoliv v zadávacích podmínkách jako takových, ale spíše v dodavatelském prostředí, pak nelze bez dalšího tvrdit, že jsou zadávací podmínky diskriminační, protože tedy platí, že zadavatel nepochybil. Na tomto místě je nutno uvést, že předmětem posouzení v nynějším správním řízení je postup zadavatele při koncipování konkrétní zadávací podmínky, nikoliv tedy chování dodavatelů na relevantním trhu. Tu pak lze souhlasit s tvrzením zadavatele, které uvedl ve svém vyjádření k rozkladu, a sice že není věcí zadavatele, jak fungují dodavatelé na svém relevantním trhu, protože po něm nelze požadovat, aby to reflektoval v zadávacích podmínkách. Pokud se tedy některý z dodavatelů chová v rozporu s požadavky na soutěžní prostředí, nelze toto bez dalšího přičítat k tíži zadavatele. Nelze také opomenout, že dodavatelé se na trhu pohybují s přijetím podnikatelského rizika (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196), které se nepochybně projeví i v té rovině, že dodavatel nebude v některé veřejné zakázce úspěšný právě v důsledku toho, jak realizuje svou podnikatelskou činnost.

*K námitkám proti posouzení vhodnosti jiných způsobů prokázání „novosti“ předmětu plnění*

27. Navrhovatel dále rozporuje úvahy Úřadu týkající se otázky, zda navrhovatelem zmíněné způsoby vedoucí k prokázání „novosti“ předmětu plnění jsou vhodné. Úřad se těmito úvahám věnoval zejména v bodech 83. a 84. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zprvu je nutno uvést, že napadené rozhodnutí stojí zejména na posouzení toho, zda je požadavek zadavatele oprávněný sám o sobě (tedy bez přihlídnutí k tomu, jak takový požadavek také mohl vypadat) – tu se jeví jako vhodné ocitovat pasáž z bodu 83. odůvodnění napadeného

rozhodnutí: „*Úřad opětovně odkazuje na výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 As 76/2018-226 (...), 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).*“ Až následně Úřad v napadeném rozhodnutí rozvádí úvahy o (ne)vhodnosti jiných způsobů vedoucích k prokázání „novosti“ předmětu plnění. O těchto úvahách tedy nelze uvažovat jako o stěžejních úvahách (Úřad je ostatně uvozuje slovním spojením „*K tomu Úřad nadto dodává (...)*“), na kterých by napadené rozhodnutí stálo, nýbrž o nich lze uvažovat jako o podpůrných úvahách, učiněných nad rámec těch právních názorů a úvah, které pro napadené rozhodnutí stěžejními jsou. Jinými slovy, tyto úvahy se do podoby finálních závěrů Úřadu o meritu věci promítly jen zanedbatelně, protože závěr předsedy Úřadu o jejich (ne)správnosti nemůže mít vliv na finální závěr o tom, zda je napadené rozhodnutí jako celek správné a zákonné, nebo nikoliv. Uvedené námitky proto nelze považovat za relevantní.

28. S ohledem na to, že uvedené úvahy zastávají v napadeném rozhodnutí podpůrnou roli, není zde důvod, aby je předseda Úřadu v intencích rozkladových námitek korigoval. Opětovně lze poukázat na to, že nosná myšlenka napadeného rozhodnutí stojí na posouzení požadavku zadavatele osamoceně – tedy bez přihlídnutí k tomu, jak takový požadavek mohl vypadat – a platí, jak bylo uvedeno výše, že tato myšlenka a na ní postavený závěr Úřadu jsou správné.

*K dalším tvrzením navrhovatele*

29. Navrhovatel dále v bodě 12. doplnění rozkladu uvádí, že odkaz Úřadu na zadávací podmínky Mendelovy univerzity v Brně není relevantní a že Úřad hledá formální důvody, proč nepřihlídnout k rozhodovací praxi Úřadu ve věcech, které jsou skutkově podobné s řešenou věcí a na které navrhovatel poukazyval ve svém návrhu.
30. Předně je nutno konstatovat, že odkaz Úřadu na zadávací podmínky, které v jednom ze zadávacích řízení použila Mendelova univerzita v Brně, v napadeném rozhodnutí zastává roli pouze dokreslení prostředí zadavatelské praxe, což ostatně dokládá i slovní spojení, kterým je bod 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvozen: „*K tomu Úřad pro úplnost dodává, ...*“ Nelze hovořit o tom, že by šlo o stěžejní východisko napadeného rozhodnutí a lze také pochopit snahu Úřadu zasadit okolnosti konkrétního posuzovaného případu do zadavatelské praxe za účelem dokreslení relevantních závěrů správného rozhodnutí. Uvedenou námitku navrhovatele nelze považovat za důvodnou. Nadto lze poukázat na to, že podoba zadavatelské praxe může mít vypovídací hodnotu pro posouzení toho, zda je konkrétní zadávací podmínka skutečně excesem na straně zadavatele, nebo nikoliv (obdobně srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196, ve kterém uvedený soud uvádí: „*Podstatné v nyní posuzované věci je, že uchazeči měli stejné výchozí podmínky (informace) o způsobu úhrady nákladů vzniklých z důvodu objížděk a že z ničeho neplyne, že způsob úhrady vyjádřený v zadávacích podmínkách nepředstavuje exces ze zavedené praxe [zvýrazněno předsedou Úřadu]; žalobce tvrdil, že tento způsob úpravy odpovídá úpravě ve stávajících smlouvách, žalovaný to ani ve správním řízení, ani v řízení před zdejším soudem nikterak nezpochybnil.*“).

31. Ve vztahu k námitce, že Úřad hledá pouze formální důvody, pro které nelze aplikovat rozhodovací praxi Úřadu, na kterou navrhovatel odkazuje, lze uvést následující. S navrhovatelem je tu nutno nesouhlasit, neboť z napadeného rozhodnutí (konkrétně pak z bodů 86. až 89. odůvodnění) je zcela zřejmé, že Úřad zohlednil rozdílnosti ve skutkových okolnostech uvedených případů a že nehledal toliko formální důvody, proč označit odkaz na tuto konkrétní rozhodovací praxi za nepřiléhavý. Dlužno také uvést, že navrhovatel v rozkladu uvedené závěry Úřadu rozporuje toliko obecně, aniž by uvedl konkrétní argumenty, které by dotčený názor Úřadu vyvrátily. Ani v tomto případě tak nelze námitku navrhovatele považovat za důvodnou.

#### *Shrnutí*

32. Na tomto místě lze tak uzavřít, že požadavek zadavatele je možno přezkoumávat pouze v rovině toho, zda tento požadavek spěje k legitimnímu cíli a zda sám o sobě nepředstavuje exces. Nelze ovšem souhlasit s názorem navrhovatele, že by konkrétní požadavek zadavatele měl být posuzován optikou toho, jak daný požadavek mohl také hypoteticky vypadat. Koncipování konkrétních zadávacích podmínek je totiž povinností i výsostným právem pouze zadavatele a v okamžiku, kdy by zadávací podmínka byla posuzována právě i optikou toho, co zadavatele nestanovil, ale mohl, je do uvedené povinnosti a práva zadavatele zasahováno, a to jak ze strany Úřadu, tak typicky ze strany navrhovatele. Úvahy Úřadu o tom, že dotčený požadavek zadavatele spěje k legitimnímu cíli, a že sám o sobě nepředstavuje excesivní požadavek tak obstojí i přes rozkladové námitky navrhovatele. Platí totiž, že zadavatelem stanovená podmínka předložení certifikátu od výrobce nebo jeho oficiálního zastoupení o „novosti“ předmětu plnění směřuje k naplnění požadavku zadavatele a nelze o této cestě uvažovat tak, že pro hospodářskou soutěž staví nepřiměřené nebo zcela libovolné překážky, tedy že „nevylučuje“ z účasti na zadávacím řízení dodavatele nad rámec těch, kteří nejsou schopni předmět plnění s poptávanými doklady dodat. Na právě uvedeném pak ničeho nemění ani námitky poukazující na dodavatelskou praxi na relevantním trhu. Úřad – a nyní i předseda Úřadu – jsou totiž toho názoru, že po zadavateli nelze důvodně požadovat, aby do svých činností promítal i praktiky dodavatelského trhu. Stejně tak nelze zadavatele posléze penalizovat za to, že tak neučinil. V této rovině se tak projeví – již několikrát judikovaný – fakt, že pro vztah vzešlý ze zadávacího řízení se uplatní soukromoprávní principy, včetně toho, že dodavatelé podstupují při účasti na trhu veřejných zakázek podnikatelské riziko.
33. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v celém jeho rozsahu a jeho věcnou správnost v intencích rozkladových námitek, současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Z napadeného rozhodnutí je jasně patrné, z jakých podkladů pro vydání rozhodnutí Úřad vycházel a jaké právní normy na takto zjištěný skutkový stav aplikoval.

#### **VI. Závěr**

34. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.

35. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

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

#### **Vypraveno dne:**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy