

21. 4. 2020

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Co s účastníkem zadávacího řízení, před kterým varoval NÚKIB?

Dne 17. prosince 2018 vydal NÚKIB varování ve smyslu § 12 odst. 1 zákona č. [181/2014](#) Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZKB“)[1] s konstatováním, že použití technických nebo programových prostředků společností HUAWEI Technologies Co., Ltd., Šen-čen, Čínská lidová republika a ZTE Corporation, Šen-čen, Čínská lidová republika včetně jejich dceřiných společností představuje hrozbu v oblasti kybernetické bezpečnosti (dále jen „Varování“).

V souvislosti s Varováním NÚKIB upozornil, že jsou orgány a osoby uvedené v ust. § 3 písm. c) až f) zákona ZKB povinny zohlednit požadavky vyplývající z dotčeného bezpečnostního opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, a to s konstatováním, že splnění těchto povinností v souladu se zněním ZKB nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže.[2] Co z toho však z praktického hlediska vyplývá pro zadavatele veřejných zakázek a jak mají postupovat v případě, že se do jejich výběrových řízení přihlásí uchazeč, před kterým NÚKIB varoval?



TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

Jak má tedy vlastně zadavatel veřejné zakázky postupovat?

Jako určité vodítko pro aplikaci Varování do praxe NÚKIB vydal dne 4. ledna 2019 metodiku (dále jen „**Metodika**“), aby upřesnil, jak se mají další subjekty chovat, aby byla zachována jeho plná konformita. Zejména část šestá Metodiky se podrobněji věnuje problematice zajištění souladu postupu podle ZKB se zákonem č. [134/2016](#) Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).[3]

NÚKIB konstatuje, že pokud oprávněná autorita (míněno NÚKIB) disponuje zákonným zmocněním dle § 22 písm. b) ZKB a vydá akt (zde Varování), který může v konkrétních případech vést k omezení hospodářské soutěže, nemůže pak být dodržení tohoto omezení při tvorbě zadávacích podmínek považováno za vytváření bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Pokud se v § 36 odst. 1 ZZVZ, na straně druhé uvádí, že zadavatel nesmí vytvářet při stanovení zadávacích podmínek „*bezdůvodné překážky hospodářské soutěže*“, jsou na místě úvahy, do jaké míry ještě lze zadávací podmínky omezit, aby tím nedocházelo k nepřiměřenému a diskriminujícímu zásahu do práv dotčených subjektů.

Příprava veřejné zakázky ze strany zadavatele

Metodika pro přípravnou fázi veřejných zakázek odkazuje zadavatele, aby postupoval dle § 8 vyhlášky č. [82/2018](#) Sb., o kybernetické bezpečnosti (dále jen „**VKB**“). Dané ustanovení ovšem stanoví spíše v obecné rovině, kterými činnostmi se musí povinná osoba zabývat, aby byla zajištěna kybernetická bezpečnost a eliminována případná rizika spojená s jejími dodavateli. Metodika dále poukazuje na § 5 VKB a z tohoto dovozuje, že zadavatel musí provést analýzu vlastních bezpečnostních rizik a následně její výsledky zapracovat přímo do zadávací dokumentace. Z hlediska udržení nezbytné míry opatrnosti lze konstatovat, že vytyčení případných bezpečnostních rizik má mít obecně preventivní význam a informuje toliko případné dodavatele o tom, do jak rizikového prostředí vstupují a jaké nároky na ně budou kladeny, aby byla tato případná bezpečnostní rizika co nejvíce eliminována.

Porušení podmínek rovné hospodářské soutěže při zadávání veřejné zakázky

Předně je nutno vycházet z premisy, že dle § 4 odst. 4 ZKB je zadavatel povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat citovaný právní předpis. Ustanovení § 36 odst. 1 ZZVZ kategoricky stanoví: *„...Zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže...“*. Důvodová zpráva k tomuto uvádí: *„Zadavatel nesmí zadávací podmínky stanovit a sdělit nebo zpřístupnit tak, aby určitým dodavatelům byla bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručena konkurenční výhoda nebo aby byly vytvořeny neodůvodněné překážky při hospodářské soutěži o veřejnou zakázku. Zásadní v této souvislosti je, že nepřipustné je „bezdůvodné“ vytvoření překážky hospodářské soutěže. Prakticky veškeré zadávací podmínky totiž omezují okruh potenciálních dodavatelů, a tím vytvářejí překážku soutěže o veřejnou zakázku. Například stanovení konkrétních technických parametrů vyřazuje ze soutěže všechny dodavatele, jejichž výrobky požadované parametry nesplňují.“* [\[4\]](#)

Ve smyslu § 6 odst. 2 ZZVZ musí zadavatel při zadání veřejné zakázky dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. SD EU se aplikací této zásady pro oblast veřejných zakázek zabýval v několika případech. Dle rozsudku v tzv. případě *Storebælt* vyplývá zásada rovného zacházení ze samotného účelu zadávacích směrnic, jejichž primárním cílem je rozvoj účinné hospodářské soutěže; pro její zajištění je nezbytné, aby nabídky všech uchazečů vyhovovaly zadávacím podmínkám, aby bylo možné jejich objektivní porovnání (rozsudek *SD EU C-243/89 Komise proti Dánskému království*). Dle rozsudku v tzv. případě *Wallon Buses* musí mít všichni uchazeči při přípravě svých nabídek rovné šance (*C-87/94 Komise proti Belgickému království*). [\[5\]](#)

Zásada zákazu nediskriminace je stanovena na komunitární úrovni přímo v čl. 18 [SFEU](#), který zakazuje jakoukoliv diskriminaci na základě státní příslušnosti. Dále je zakázána jakákoli diskriminace, ať už zjevná nebo skrytá. *Zjevnou diskriminací by bylo uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým dodavatelům, ať z obsahového či procedurálního hlediska; diskriminací by byla rovněž situace, kdy by v důsledku postupu zadavatele bylo některým uchazečům znemožněno či ztíženo se ucházet o veřejnou zakázku za podmínek, které mají dodavatelé ostatní (Raus).* [\[6\]](#)

Nejvyšší správní soud judikoval ve svém rozhodnutí ze dne 5. června 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, že *„... za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovati takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými...“*.

Nezbytná opatření přijatá zadavatelem v souvislosti s vyhlášením veřejné zakázky a jejich rozsah

V konkrétním případě zadavatel stran zadávacích podmínek veřejné zakázky stanovil pro uchazeče mimo jiné povinnost, že *...ke každému kusu dodaného hardware musí být zajištěna dodávka druhého kusu hardware od nečínského výrobce a jejich plná společná integrace...*^[7]. Stanovení této povinnosti zadavatel opíral o nutnost snížit bezpečnostní riziko při možné „nedostupnosti služby“ na akceptovatelnou úroveň. Zde se ovšem nabízí otázka, zda tímto vymezením nedošlo k excesu z obecného rámce Varování a především, zda bylo možno povinnost vyplývající z vydaného Varování splnit také jiným opatřením, aby byla co nejvíce šetřena práva účastníků zadávacího řízení a zároveň zachována požadovaná bezpečnost.

NÚKIB pro potřeby hodnocení výše znázorněného postupu^[8] identifikoval čtyři v praxi obvykle zvažovaná opatření, které by mohla povinná osoba - v daném případě tedy zadavatel - přijmout:

- nasazení technického opatření eliminujícího zranitelnost aktiva nebo hrozby spojené s používáním aktiva;
- implementací nového řešení za současného zachování provozu (byť nouzového) starého řešení;
- redundance, tj. zdvojení používaných zařízení;
- eliminace rizikové technologie.

Možnosti a) a b) NÚKIB z praxe de facto vyloučil pro jejich nevhodnost či provizorní charakter. Opatření v podobě redundance [c]) má v praxi zajistit, že v případě výpadku primárního zařízení budou veškeré procesy přesměrovány na redundantní (zdvojené) funkční zařízení a současně neovlivní fungování služby samotné a pro případ ztráty dat budou data zachována na redundantním zařízení. Varianta d) pak spočívá ve vyloučení řešení dotčených společností. Ta však může být z hlediska ZKB a VKB nepřiměřená, když cílem přijetí bezpečnostního opatření není současné zajištění dostupnosti důvěrnosti a integrity, ale pouze některé z těchto složek (příčemž v daném případě jde toliko o zajištění „dostupnosti služby“).

Pokud by v praxi zadavatel veřejné zakázky přijal a aplikoval opatření v podobě redundance [c]) či eliminace rizikové technologie [d]), lze za legitimní považovat toliko podmínku, že by měl případný dodavatel zajistit duplicitu primárního zařízení, pokud dojde k poruše jeho dostupnosti (tedy zařízení záložní). Stanoví-li ovšem zadávací dokumentace podmínku, že *...ke každému kusu dodaného hardware musí být zajištěna dodávka druhého kusu hardware od nečínského výrobce a jejich plná společná integrace...*, pak patrně dochází k přepínání a rozšiřování opatření, které musí povinná osoba v souvislosti s vyhlášením veřejné zakázky přijmout, aby zachovala požadovaný soulad. Citovaným vymezením může velmi snadno docházet k diskriminaci každého uchazeče, který má jakoukoli provázanost s Čínskou lidovou republikou (bez ohledu na konkrétní společnost), neboť je mu tímto již od počátku - a bez dalšího - zamezeno v účasti ve výběrovém řízení.^[9] Slovní spojení „*nečínského výrobce*“ může totiž prakticky vyloučit jakéhokoli výrobce, jehož sídlem je Čínská lidová republika (Varování je zaměřeno pouze proti dvěma konkrétním společnostem) nebo například i pouhá národnostní souvislost s některým ze statutárních orgánů, a to bez ohledu na výsledky faktického posouzení, zda skutečně ten který konkrétní výrobek přináší rizika zamýšlená Varováním.

Závěr

Lze uzavřít, že má-li zadávací řízení všem případným dodavatelům garantovat rovné zacházení, pak nemůže zadavatel formulovat zadávací podmínky tak, že již předem z výběrového řízení vyloučí bez dalšího jakéhokoli dodavatele, jehož výrobek pochází z konkrétní země. Takovým postupem zadavatel případné dodavatele připraví o možnost řádného a objektivního hodnocení, zda skutečně jejich výrobek může být způsobit reálného bezpečnostního rizika či nikoli. Podobný důsledek

přítom může mít i podmínka znevýhodňující určitý subjekt, např. již zmíněný požadavek na zdvojení používaných zařízení. Zadavatel by měl přistupovat ke všem případným dodavatelům zásadně stejně, ctít principy rovného zacházení a především všem poskytnout možnost, aby v průběhu řádného výběrového řízení doložili, že všechny požadované bezpečnostní podmínky splňují. Zadavatel by také měl vždy volit řešení, které bude při zachování jeho povinností pro hospodářskou soutěž nejméně omezující.

V opačném případě by nutně docházelo k nezákonnému omezování hospodářské soutěže a tím k poškození dotčených subjektů, kteří by se poté mohli mimo jiné domáhat náhrady případně způsobené škody.

Mgr. Petr Motyčka,
advokát

JUDr. Josef Sklenička, Ph.D.,
advokátní koncipient

[TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o.](#)

Trojanova 12
120 00 Praha 2

Tel.: +420 224 918 490

Fax: +420 224 920 468

e-mail: ak@iustitia.cz

[1] K dispozici >>> [zde](#), dále NÚKIB: Varování ze dne 17. prosince 2018.

[2] K dispozici >>> [zde](#), dále NÚKIB: Varování ze dne 17. prosince 2018, bod č. 11).

[3] K dispozici >>> [zde](#), dále NÚKIB: Metodika k varování ze dne 17. prosince 2018.

[4] Důvodová zpráva k § 36 ZZVZ.

[5] *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M.* a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 48.

[6] Viz tamtéž.

[7] K dispozici >>> [zde](#).

[8] Viz tamtéž.

[9] K protiprávnosti srov. § 36 odst. 1 a § 6 odst. 2 ZKB.

© EPRAVO.CZ - Sbíрка zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ČERVEN 2026](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - KVĚTEN 2026](#)
- [Hodnocení demo prostředí v IT veřejných zakázkách: užitečný nástroj, nebo cesta k netransparentnosti?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - DUBEN 2026](#)
- [Prokazování dostupnosti technického vybavení při zadávání veřejných zakázek - limity sdílení technického vybavení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - BŘEZEN 2026](#)
- [Zdrojové kódy jako „pojistka“ proti vendor-lock-inu: judikatorní korekce a její meze](#)
- [Spolupráce zadavatele a developera z pohledu rozhodovací praxe ÚOHS a plánovacích smluv](#)
- [Listinné nabídky v éře elektronizace: přestupek, nebo legitimní postup?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ÚNOR 2026](#)
- [Změna poddodavatele v průběhu zadávacího řízení](#)