



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D., a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., v právní věci

žalobce: **Zásilkovna s.r.o.**
sídlem Českomoravská 2408/1a, Praha 9
zastoupen Mgr. Tomášem Fialou, Ph.D., advokátem
sídlem Italská 27, Praha 2

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

za účasti: **1. Česká pošta, s.p.**
sídlem Politických vězňů 909/4, Praha 1

2. SAZKA Services s.r.o.
sídlem Evropská 866/69, Praha 6

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.6.2021, č.j. ÚOHS-13844/2021/163/VVá, sp.zn. ÚOHS-R0066/2021/VZ,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 16.3.2021, č.j. ÚOHS-09402/2021/500/AIV, sp.zn. ÚOHS-S0501/2020/VZ, v řízení o návrhu žalobce na uložení zákazu plnění smlouvy – „Smlouva o poskytnutí služeb“ ze dne 1.10.2020 – uzavřené mezi zadavatelem (první osoba zúčastněná na řízení) a dodavatelem (druhá osoba zúčastněná na řízení) v jednacím řízení bez uveřejnění na zadání veřejné zakázky „Integrátor pro Externí Balíkovny“ rozhodl tak, že návrh podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Žalobou napadeným (druhostupňovým) rozhodnutím pak předseda žalovaného prvostupňové rozhodnutí ve všech výrokových částech potvrdil a rozklad žalobce zamítl.
2. Argumentace žalobce byla ve správním řízení vedena v tom směru, že jednacím řízení bez uveřejnění, o něž v nyní posuzované věci jde (oznámení o výsledku tohoto zadávacího řízení bylo odesláno dne 27.10.2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30.10.2020 pod ev.č. Z2020-038268, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 30.10.2020 pod ev.č. 2020/S-520239), bylo použito neoprávněně. Podle žalobce bylo třeba posoudit nejen otázku formálního naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž také skutečnost, do jaké míry sám zadavatel svým předchozím postupem způsobil, že v předchozím zadávacím řízení neobdržel žádné nabídky, a musel tak přistoupit ke zrušení zadávacího řízení; zadavatel mohl podle žalobce obdržet nabídky od dodavatelů, pokud by v předchozích zadávacích řízeních nestanovil zadávací podmínky netransparentně, diskriminačně a nepřiměřeně. Žalobce rovněž namítal podstatnou změnu zadávacích podmínek oproti předchozímu zrušenému otevřenému zadávacímu řízení na veřejnou zakázku „Externí výdejní místa Balíkovna“ (oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14.2.2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17.2.2020 pod ev.č. Z2020-006210, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17.2.2020 pod ev.č. 2020/S 034-081402). Žalobce také namítal zvýhodnění dodavatele (druhé osoby zúčastněné na řízení) při přístupu k obchodním informacím od zadavatele a značný časový odstup mezi předchozím zrušením otevřeného zadávacího řízení a zahájením jednacích řízení bez uveřejnění. Z těchto důvodů žalobce požadoval uložení zákazu plnění smlouvy.
3. Žalovaný byl naproti tomu toho názoru, že k uložení zákazu plnění smlouvy není dán žádný důvod. Podle žalovaného důvody pro uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění nespočívají v postupu zadavatele v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení, nadto ani časový odstup mezi předchozím zrušením otevřeného zadávacího řízení a zahájením jednacích řízení bez uveřejnění nebyl podle žalovaného nepřiměřený (příliš dlouhý).

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Podle žalobce jsou napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí stížena procesními a hmotněprávními pochybeními, žalovaný nesprávně a nedostatečně objasnil skutečný stav věci a postupoval tak v rozporu se zásadou materiální pravdy, předseda žalovaného pak podle žalobce pouze nekriticky převzal závěry prvostupňového rozhodnutí v rámci snahy „za každou cenu“ obhájit postup zadavatele. Skutečností uvedené v napadeném a v jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí jsou podle žalobce pouhou myšlenkovou konstrukcí žalovaného bez vazby na zjištěný skutkový stav; žalovaný vycházel ze svých úvah a z účelových tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele, která přijal za vlastní, namísto toho, aby opatřil jiné přímé či nepřímé důkazy k ověření tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele. Nadto žalovaný chybně interpretuje klíčové důkazy – kupříkladu vyjádření PPL CZ s.r.o. ze dne 25.1.2021. Vyjádření potenciálních dodavatelů neprokazují, že zadávací podmínky zrušeného zadávacího řízení byly v souladu se

ZZVZ. Žalovaný měl vyhovět návrhu žalobce a požádat potenciální dodavatele ze zrušeného zadávacího řízení, aby se vyjádřili k zákonnosti zadávacích podmínek na veřejnou zakázku „Externí výdejní místa Balíkovna“. I z obdržených vyjádření (PPL CZ s.r.o.) bylo patrné, že zadavatel v zadávacích podmínkách nevymezil maximální počet výdejních míst.

5. Materiální a formální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly podle žalobce splněny; nebylo možno postupovat podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť v předchozím otevřeném zadávacím řízení byly stanoveny zadávací podmínky v rozporu se ZZVZ – byly netransparentní, nepřiměřené a diskriminační – protože to byl zadavatel, kdo způsobil, že v otevřeném zadávacím řízení neobdržel žádnou nabídku. Zadavatel měl v původním zadávacím řízení pochybit tím, že nedostatečně vymezil předmět veřejné zakázky ve smyslu § 36 odst. 3 a § 6 odst. 1 ZZVZ. Zadavatel blíže nespécifikoval požadavky na technologickou platformu pro výdej a budoucí podání balíkových zásilek. Podle žalobce tak byl předmět plnění popsán neurčitě a nejednoznačně. Nebyly tak zřejmé požadavky zadavatele na výkon a funkcionalitu poptávané platformy, ačkoli je zřejmé, že tyto údaje jsou významné pro kompatibilitu s podnikovými IT nástroji. Tyto chybějící údaje podle žalobce nebylo možné ze strany dodavatelů překleknout vlastní úvahou založenou na zkušenostech dodavatelů. Pochybení zadavatele tak vedlo k tomu, že případné nabídky by nebyly vzájemně porovnatelnými. To, že žalobce nepožádal o vysvětlení zadávací dokumentace, nelze vykládat tak, že předmět plnění byl v zadávací dokumentaci vymezen dostatečně. Dodavatelům tak bylo podle žalobce znemožněno řádně zpracovat nabídku, a to zejména ve vztahu k nabídkové ceně.
6. Zadavatel podle žalobce pochybil také tím, že v původním (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení nebyl dostatečně jasně, srozumitelně a určitě vymezen rozsah plnění veřejné zakázky. Podle žalobce chyběl údaj o počtu výdejních míst spolu s kvantifikací dalších ukazatelů. Údaj o tom, že zadavatel k prvnímu až třetímu výročí uzavření smlouvy vybere nejméně 500 provozoven ze seznamu předloženého dodavatelem, je pro zpracování nabídky nedostačující. Takto nastavený rozsah plnění je netransparentní, neurčitý a závislý na libovůli zadavatele. Rozsah plnění byl stanoven natolik volně, že lze podle žalobce hovořit spíše o rámcové smlouvě (dohodě). Obdobně nebyl stanoven garantovaný minimální počet přijatých a vydaných balíkových zásilek. Hypoteticky tak zadavatel mohl vznést požadavek na otevření až 1 500 výdejen do 14 dnů, a to pod hrozbou smluvních pokut. Závěr žalovaného, že možný požadavek na otevření všech výdejen byl součástí podnikatelského rizika dodavatele, je podle žalobce chybný a formalistický. Vysoká míra neurčitosti zadávacích podmínek dodavatelům znemožnila kvalifikované zpracování nabídky. Možnost vyjednat aktivace pouze 80 % požadovaných výdejen podle čl. 5.2.5 a 5.2.7 návrhu smlouvy jen prohlubovalo nejistotu dodavatele, tím spíše za situace, kdy zadavatel stanovil maximální výši nabídkových cen. To, že absence přesného počtu výdejních míst představovala překážku pro podání nabídky, plyne podle žalobce i z vyjádření PPL CZ s.r.o. ze dne 25.1.2021. Podle žalobce lze spekulovat, zda diskriminační zadávací podmínky neposkytovaly výhodu vybranému dodavateli, který měl se zadavatelem dobré a úzké vazby. Bez znalosti konkrétního počtu výdejních míst nemohli dodavatelé zohlednit fixní náklady odvíjející se právě od počtu výdejen (např. proškolení personálu a náklady na připojení výdejny), ačkoli konkrétním časovým plánem ve vztahu k otevření jednotlivých výdejních míst musel zadavatel nepochybně disponovat. Podle žalobce tak původní zadávací řízení bylo pouhou „imaginární soutěží“ a je nepřijatelné, aby výkladová nejistota tehdejších zadávacích podmínek šla k tíži dodavatelů. Protiprávnost zadávacích podmínek podle žalobce podtrhuje také skutečnost, že všechna související rizika šla za dodavatelem; nabídková cena měla zahrnovat také všechny blíže nespécifikované náklady spojené s plněním, a to včetně nákladů na další úpravy technologické platformy včetně služeb, ačkoli tyto služby nebyly blíže specifikovány. Zadavatel bližší informace k těmto službám neposkytl ani v reakci na výslovnou žádost v rámci vysvětlování zadávací dokumentace. Dodavatel tak nesl tíhu všech nákladů, ačkoli jejich rozsah nebylo možné s ohledem na neurčitost zadávacích podmínek kvalifikovaně určit.

Shodu s prvním odstavcem potvrzuje: Romana Lipovská

7. Podle žalobce byla také nepřiměřená úprava smluvních pokut v návrhu smlouvy u předchozího (zrušeného) otevřeného zadávacího řízení. Okruh pochybení, za která bylo možno uplatnit sankci, byl v kontextu výše možných sankcí podle žalobce natolik rozsáhlý, že smluvní úprava pokut byla zjevně jednostranná a zcela nepřiměřená. Podle žalobce byly možné smluvní pokuty natolik excesivní, že mohly vést k omezení hospodářské soutěže a odradit dodavatele k podání nabídky. Žalovaný byl povinen zkoumat přiměřenost smluvní úpravy utvrzení dluhu, tj. zda podmínky smluvní pokuty nemají dopad do soutěžního prostředí. Přísné podmínky byly nadto vázány k neurčitému předmětu veřejné zakázky. Smluvní pokuta tak byla podle žalobce nastavena excesivně a nepřiměřeně ve vztahu ke škodě, která mohla zadavateli v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky vzniknout. Takto nastavené smluvní podmínky odradí potenciální dodavatele a ti, kteří případnou nabídku podají, předpokládají, že zadavatel tyto nepřiměřené smluvní podmínky nebude aplikovat. Smluvní pokuta tak diskriminovala ty dodavatele, pro které již představovala příliš velké podnikatelské riziko.
8. Zadavatel podle žalobce stanovil nepřiměřeně také požadavky na prokázání technické kvalifikace. Požadavek zadavatele na doložení poskytování technologické platformy, která byla implementována alespoň na 2 000 retailových pobočkách, spolu se zajištěním servisní podpory a aktualizace, byl nepřiměřený a eliminoval téměř všechny potenciální dodavatele. Tento požadavek tak byl podle žalobce v rozporu se zákazem diskriminace podle § 6 ZZVZ spolu s § 36 odst. 1 ZZVZ. Jestliže je smyslem technických kvalifikačních předpokladů ověření technických a materiálních kapacit dodavatele, pak tento požadavek na prokázání kvalifikaci nezaručuje, že dodavatel bude disponovat dostatečným materiálním zázemím pro řádné plnění veřejné zakázky; vhodné kapacity dodavatele bylo možné podle žalobce prokázat kupříkladu předložením seznamu poskytovaných služeb spočívajících v zajištění doručování balíkových zásilek na externích výdejních místech. Požadavek na prokázání technologické platformy na alespoň 2 000 pobočkách byl podle žalobce nadto nepřiměřený a vedl ke skryté diskriminaci dodavatelů. Mělo-li k budování sítě výdejních míst docházet postupně, a to vždy v rozsahu nejméně 500 míst ročně, s vysokou pravděpodobností by po dobu plnění zakázky nedošlo ke zprovoznění takového množství výdejních míst, aby jejich celkový počet dosáhl referenční hodnoty 2 000. Podle žalobce by i dodavatelé, kteří nespĺňovali tento požadavek, byli schopni řádně plnit veřejnou zakázku; to podle žalobce plyne již z enormního množství evidovaných živnostenských provozoven, které lze považovat za vhodné výdejní místo. Nepřiměřenost tohoto požadavku podle žalobce vyplývá také z vyjádření PPL CZ s.r.o. a WE|DO CZ s.r.o. Odkazuje-li přitom žalovaný právě na vyjádření PPL CZ s.r.o., pak podle žalobce hrubě manipuluje s důkazy. Omezení možnosti dalších dodavatelů zúčastnit se zadávacího řízení tak bylo podle žalobce nedůvodné a v rozporu se zásadou přiměřenosti ve smyslu § 6 a § 73 odst. 6 ZZVZ. Zadavatel měl zohlednit situaci na trhu včetně posouzení otázky existence dodavatelů splňujících takto nepřiměřený technický kvalifikační předpoklad. Nepřiměřenost zadávacích podmínek je podle žalobce zjevná i z toho, že v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení nebyla podána žádná nabídka.
9. Žalobce také namítá, že nebyly splněny ani formální podmínky pro postup podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť zadavatel podstatně změnil zadávací podmínky v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Vybranému dodavateli byly v tomto zadávacím řízení poskytnuty konkrétní informace o časovém harmonogramu rozšiřování výdejních míst včetně bližšího technického popisu služeb, jak je patrné kupříkladu z protokolu o jednání s účastníkem zadávacího řízení ze dne 22.7.2020. Žalobce nemá pochyb o tom, že výraz „projekt“ v protokolu je synonymem pro „plán na rozšíření sítě výdejních míst“; tento údaj přitom podle žalobce klíčovým způsobem ovlivňoval schopnost potenciálních dodavatelů kvalifikovaně zpracovat nabídku v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení. Zajištění zvýšení počtu výdejních míst o 1 500 pouhé dva měsíce po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění mohlo být realizováno pouze při předchozí znalosti potřebných technických a strategických údajů zadavatele. O nadstandardních vztazích mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem podle

žalobce svědčí podstatné změny zadávacích podmínek ve srovnání s původním zadávacím řízením. Zadavatel připustil, že nemusí požadovat smluvní pokutu při porušení smluvních povinností, a přislíbil řešení připomínek vybraného dodavatele v technologické příručce zcela mimo rámec smlouvy a zadávacích podmínek. Za tohoto stavu nebylo přípustné, aby žalobce vycházel pouze z tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele. Žalovaný tak pochybil také tím, že nevyhověl návrhu žalobce na dokazování výsledkem pracovníků zadavatele a vybraného dodavatele jako svědků, kteří se přímo jednacího řízení bez uveřejnění účastnili. Obdobně podle žalobce pochybil žalovaný také tím, že si nevyžádal komunikaci vedenou mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. Neprovedl-li žalovaný navrhané důkazy, zatížil napadené rozhodnutí vadou nedostatečně zjištěného skutkového stavu.

10. Napadené rozhodnutí je podle žalobce nezákonné také z důvodu nesprávného právního posouzení věci v souvislosti s otázkou časové prodlevy mezi odesláním rozhodnutí o zrušení předchozího (otevřeného) zadávacího řízení a zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, která činila tři měsíce. Podle žalobce je pro účely splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ nezbytné, aby bylo toto řízení zahájeno bez zbytečného odkladu po zrušení původního zadávacího řízení, což se nestalo.
11. Žalobce tedy navrhuje napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem, a to i při jednání.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

12. Žalovaný v souhrnu odkazuje na odůvodnění napadeného a jemu předcházejícího rozhodnutí, neboť žalobní argumentace je podle něj věcně shodná s již dříve uplatněnými a žalovaným vypořádanými rozkladovými námitkami. Předmět původní veřejné zakázky byl podle žalovaného vymezen dostatečně, námitku o absenci IT požadavků na předmět plnění žalobce neuplatnil ve správním řízení, a v rámci řízení před soudem tak k ní nelze přihlížet, zadávací dokumentace obsahovala dostatečně podrobné informace, a to i ve vztahu k věcné a časové určitosti předmětu plnění. Ani ve vztahu k přenesení všech rizik na dodavatele a nepřiměřenosti smluvní pokuty žalovaný nesouhlasí se žalobcem. Také ke zbytku žalobních námitek argumentuje žalovaný věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí.
13. Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem, a to i při jednání.
14. Žalovaného v jeho procesním postoji podpořila i druhá osoba zúčastněná na řízení.

IV. Posouzení věci

15. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.) a je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a po proběhlém jednání dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
16. Podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení, užšímu řízení nebo zjednodušenému podlimitnímu řízení, v němž nebyly podány žádné nabídky nebo žádosti o účast. Zdejší soud (shodně jako žalobce i žalovaný) je přitom ve vztahu k nyní posuzované věci (kdy jednací řízení bez uveřejnění navazovalo na zrušené otevřené zadávací řízení, v němž nebyla podána žádná nabídka) veden východiskem, že nepostačí toliko formální naplnění podmínky nepodání žádné nabídky v předchozím otevřeném zadávacím řízení, nýbrž že je třeba, aby nepodání žádné nabídky nebylo vyvoláno postupem zadavatele v předchozím otevřeném zadávacím řízení, typicky takovým nastavením zadávacích podmínek, jež by bylo v rozporu se ZZVZ (šlo by o zadávací podmínky přísné, nepřiměřené, nejasné či jinak odporující požadavkům

Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

vyplývajícím ze ZZVZ). Současně musí být splněn požadavek, aby zadávací podmínky předchozího otevřeného zadávacího řízení, v němž žádná nabídka podána nebyla, a jednacího řízení bez uveřejnění nedoznaly podstatných změn.

17. Ačkoliv ustanovení upravující možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění je třeba vykládat restriktivně, neboť takový postup představuje fakticky „výjimku“ z povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém ze základních („otevřenějších“) druhů zadávacího řízení (např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02), přitom neprokázání splnění podmínek pro oprávněnost takového postupu jde k tíži toho, kdo se jeho oprávněnosti dovolává, tj. zadavatele (judikatura dovozuje v tomto směru zadavatelovu důkazní povinnost, srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12.3.2020, z předchozí judikatury pak např. rozsudky Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11.1.2013 nebo č.j. 8 As 149/2014-68 ze dne 31.8.2015; jde tedy o náhled zcela konstantní a v zadavatelském prostředí snad již dostatečně samozřejmý), tvrdí-li navrhovatel v řízení o uložení zakazu plnění zahajovaném výlučně na návrh, že nepodání žádné nabídky v předchozím otevřeném zadávacím řízení bylo vyvoláno nezákonným (v rozporu se ZZVZ) postupem zadavatele v předchozím otevřeném zadávacím řízení, musí k tomu v rozsahu své věcné legitimace (§ 254 odst. 1 ZZVZ) snést dostatečně konkrétní argumenty a označit důkazy na jejich podporu. Byť bylo řízení v nyní posuzované věci zahájeno na návrh žalobce (a jinak být zahájeno ani nemohlo) a byť se v tomto řízení důsledně neuplatní zásada vyšetřovací podle § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu (nejde totiž o řízení, v němž má být uložena povinnost z moci úřední), je současně patrné, že sám žalobce k některým důkazům nemusí mít přístup či o jejich existenci nemusí mít ani dostatečnou povědomost, neboť ty mohou být výlučně v držení zadavatele, vybraného dodavatele či jiné osoby, pročež je na žalovaném, aby na základě žalobcem kvalifikovaně předestřené legendy o tom, že nepodání žádné nabídky v předchozím otevřeném zadávacím řízení bylo vyvoláno nezákonným (v rozporu se ZZVZ) postupem zadavatele v předchozím otevřeném zadávacím řízení, a jím označených důkazů, o nichž žalobce má povědomost, zajistil a provedl další nezbytné důkazy pro řádné zjištění skutkového stavu v rozsahu žalobcem konkrétně uplatněné návrhové argumentace (a to i s využitím dokumentace o zadávacím řízení – předchozím otevřeném i nyní posuzovaném jednáním bez uveřejnění – zadavatelem povinně uchovávané za podmínek stanovených v § 216 ZZVZ); zásada materiální pravdy (§ 3 správního řádu) společně se zásadami zákonnosti, přiléhavosti a souladu s veřejným zájmem (§ 2 správního řádu) a též s povinností žalovaného zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu (§ 50 odst. 3 věta první správního řádu) se totiž i na toto řízení jistě uplatní.
18. Otázka oprávněnosti postupu podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ je tedy v posuzované věci z podstatné míry odvislá od skutkových poměrů týkajících se zadávacích podmínek předchozího (zrušeného) otevřeného zadávacího řízení. K těmto skutkovým poměrům žalobce především namítá, že žalovaný postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy ve smyslu § 3 správního řádu, podle kterého nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Žalovaný měl pochybit tím, že neprovedl důkazy navržené žalobcem, a také tím, že chybně interpretoval listiny procházející správním spisem. Zdejší soud však tyto výtky spolu se žalobcem nesdílí.
19. Z napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí plyne, že žalovaný vycházel zejména z obsahu zadávací dokumentace k předchozímu (zrušenému) otevřenému zadávacímu řízení, kromě toho žalovaný vycházel z vyjádření zadavatele, dodavatelů (kteří mohli přicházet v úvahu coby účastníci otevřeného zadávacího řízení) a vybraného dodavatele v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Ve vyjádření ze dne 22.12.2020 zadavatel zaslal žalovanému seznam pěti (potenciálních) dodavatelů, kteří splňovali parametry veřejné zakázky „Balíkovny Partner“, tedy dřívější veřejné zakázky předcházející předchozímu (zrušenému) otevřenému zadávacímu řízení Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

na veřejnou zakázku „Externí výdejní místa Balíkovna“; mezi dodavateli byla uvedena také druhá osoba zúčastněná na řízení. V reakci na výzvu žalovaného tyto (potenciální) dodavatelé uvedli, že nedisponují požadovaným řešením (sdělení Dotykačka ČR s.r.o. ze dne 5.1.2021, sdělení Vodafone Czech Republic a.s. ze dne 6.1.2021), nedisponují dostatečnou kapacitou (sdělení WinShop software s.r.o. ze dne 12.1.2021), případně vzhledem k malému rozsahu, malé přidané hodnotě a postupu žalovaného v minulosti nepodali nabídku (sdělení O2 Czech Republic a.s. ze dne 11.1.2021). Ve vztahu k předchozímu (zrušenému) otevřenému zadávacímu řízení („Externí výdejní místa Balíkovna“) žalobce v podání ze dne 18.1.2021 k výzvě žalovaného uvedl čtyři (potenciální) dodavatele. Ti na výzvu žalovaného uvedli, že o zadávacím řízení neměli informace, neměli zájem navázat se zadavatelem spolupráci, a neprostudovali proto zadávací dokumentaci a není jim tak ani známo, zda by byli schopni splnit stanovená kritéria (sdělení Direct Parcel Distribution CZ s.r.o. ze dne 25.1.2021), případně nebyli schopni kvalifikovaně sdělit, zda splňovali zadavatelem stanovené požadavky (Svaz českých a moravských spotřebních družstev) či nedisponovali dostatečným počtem výdejních míst (sdělení WE|DO CZ s.r.o. ze dne 29.1.2021). (Potenciální) dodavatel PPL CZ s.r.o. ve sdělení ze dne 25.1.2021 uvedl, že v době realizace otevřeného zadávacího řízení měl k dispozici pouze přibližně 1 800 výdejních míst. V roce 2021 již tento dodavatel sice požadavek na minimálně 2 000 výdejních míst naplňoval, avšak nebyl schopen poskytnout požadovanou kapacitu až 20 balíků za den na jedno výdejní místo z důvodu ohrožení spolupráce se stávajícími zákazníky; tento dodavatel se tedy vyjádřil tak, že nebyl schopen realizovat předmět veřejné zakázky. K navazujícímu dotazu žalovaného, zda shledává „...jako možnou překážku bránící podání Vaší nabídky v daném zadávacím řízení rovněž skutečnost, že zadavatel v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky... nespecifikoval maximální počet výdejních míst, které zadavatel v jednotlivých časových úsecích po dobu trvání smlouvy vybere ze seznamu dodavatele a u nichž bude dodavatel povinen vyjednat příjem a výdej zásilek vč. zastrotování takových požadavků po dobu trvání smlouvy, případně skutečnost, že zadavatel blíže nespecifikoval své požadavky na výměnu výdejních míst dodavatele...“, uvedl, že ano. Naopak ve vztahu k absenci specifikace parametrů zásilek včetně poměru přijímaných a vydávaných zásilek, k systému smluvních pokut a k požadavkům na technologickou platformu tento dodavatel sdělil, že to nebyly možné překážky pro podání nabídky. Jestliže správním spisem prochází protokol o jednání mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem v nyní posuzovaném jednacím řízení bez uveřejnění a srozumitelná vyjádření zadavatele, vybraného dodavatele a (potenciálních) dodavatelů, která se obsahově týkají také zadávacích podmínek v původním zadávacím řízení, pak dává zdejší soud za pravdu žalovanému v tom, že nebylo třeba provádět výslech příslušných zaměstnanců zadavatele a vybraného dodavatele či provádět další žalobcem navrhované důkazy.

20. Z vyjádření (potenciálních) dodavatelů přitom podle přesvědčení zdejšího soudu nevyplývá, že by důvodem, pro který v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení nepodali nabídku, byla nesrozumitelnost či nejednoznačnost zadávací dokumentace, případně že by se jim zadávací podmínky jevíly jako problematické (ve smyslu excesivní). Je pravdou, že (potenciální) dodavatelé WE|DO CZ s.r.o. a PPL CZ s.r.o. připustili, že nesplňovali požadavek na minimální množství výdejních míst (2 000); to však ještě nic nevyovídá o eventuální problematickosti (zjevné excesivitě či jiné nekorektnosti) zadavatelova požadavku. Předseda žalovaného v tomto smyslu pak ve vztahu k vyjádření PPL CZ s.r.o. korigoval závěry prvostupňového rozhodnutí (bod 44. napadeného rozhodnutí) tak, že „...důvodem neúčasti byla spíše nemožnost nabídnout požadovanou kapacitu jednotlivých provozoven pro naplnění podmínky maximálního denního počtu balíkových zásilek, nikoliv časový harmonogram otevírání poboček...“. Zdejšímu soudu z ničeho neplyne, že by žalovaný či jeho předseda „deformovali“ skutkové závěry vyplývající z podkladů procházejících správním spisem. Z ničeho tedy nevyplývá, že by žalovaný z provedených důkazů učinil chybné skutkové závěry, jak tvrdí žalobce. Správnost právních závěrů (posouzení) je pak otázkou samostatnou.
21. Z oznámení o výsledku zadávacího řízení, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 30.10.2020, vyplývá, že smlouva na veřejnou zakázku „Integrátor pro Externí Balíkovny“

Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

byla v rámci jednacích řízení bez uveřejnění uzavřena dne 1.10.2020. Veřejná zakázka byla zadána druhé osobě zúčastněné na řízení. To plyne také z rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 11.8.2020. Zadavatel v písemné zprávě ze dne 30.10.2020 zdůvodnil použití jednacích řízení bez uveřejnění tím, že „...předchozí zadávací řízení bylo zabájeno v otevřeném řízení pod názvem Externí výdejní místa Balíkovna. zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek neobdržel žádnou nabídku, a proto byl povinen zadávací řízení zrušit ve smyslu § 127 odst. 1 zákona. Z důvodu absence nabídek v předchozím otevřeném řízení zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku postupem v jednacím řízení bez uveřejnění při dodržení podmínek v zákoně uvedených. Zadavatel zadal veřejnou zakázku až napotřetí. Výzvou k jednání byl osloven dodavatel Kavárna štěstí s.r.o., se sídlem K Žižkovu 851/4, 190 00 Praha 9, IČO: 05111901. Uvedený dodavatel byl jediným dodavatelem, který v prvním zadávacím řízení na veřejnou zakázku (Balíkovny Partner) podal nabídku. Nabídka však nebyla pro zadavatele ekonomicky přijatelná a rozhodl se zadávací řízení zrušit. V předchozím otevřeném řízení (Externí výdejní místa Balíkovna) dodavatel rovněž podal nabídku, avšak opožděně, tj. po lhůtě pro podání nabídek. K „nabídkám“ podaných po lhůtě se nepřiblíží. Zadavatel byl povinen zadávací řízení zrušit...“. To, že zadavatel předchozí otevřené zadávací řízení („Externí výdejní místa Balíkovna“) zrušil právě z důvodu absence nabídek, vyplývá také z písemné zprávy zadavatele ze dne 30.3.2020.

22. Ve vztahu k okolnostem jednacích řízení bez uveřejnění je dále podstatné, že podle výzvy k jednání ze dne 3.7.2020 vyzval zadavatel vybraného dodavatele (druhou osobu zúčastněnou na řízení) k jednání dne 22.7.2020 v 10:00 hod. v sídle zadavatele. K témuž okamžiku byl také v odst. 8.2. výzvy k jednání stanoven konec lhůty pro podání nabídky. Z e-mailové odpovědi vybraného dodavatele ze dne 20.7.2020, kterou potvrdil účast na jednání dne 22.7.2020, však plyne, že lhůta pro podání nabídky byla stanovena na 24.7.2020, podle protokolu o jednání s účastníkem zadávacího řízení ze dne 22.7.2020 byl pak konec lhůty pro podání nabídek stanoven na 27.7.2020. Ve vztahu k technické kvalifikaci zadavatel požadoval, aby dodavatel formou čestného prohlášení prokázal, „...že je poskytovatelem technologické platformy (HW a SW sloužící k zajištění platebního styku a evidence transakcí v retailu), která je implementovaná alespoň na 2 000 retailových pobočkách, přičemž zároveň zajišťuje servisní podporu a aktualizace pro tuto technologickou platformu...“ (bod 3.2.4.1. výzvy). Podle zadávací dokumentace k veřejné zakázce „Externí výdejní místa Balíkovna“ zadávané v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení bylo předmětem plnění zajištění služeb dodavatele disponujícího potřebnou technologickou platformou. Platforma měla být schopna umožnit výdej a budoucí podání balíkových zásilek na minimálně 2 000 výdejních místech, která měl smluvně zajišťovat dodavatel. Předpokládaný počet vydaných nebo přijatých zásilek měl být nejvýše 20 zásilek denně na jedno výdejní místo. Zadavatel požadoval prokázání technické kvalifikace předložením čestného prohlášení o tom, že dodavatel „...je poskytovatelem technologické platformy (HW a SW sloužící k zajištění platebního styku a evidence transakcí v retailu), která je implementovaná alespoň na 2 000 retailových pobočkách, přičemž zároveň zajišťuje servisní podporu a aktualizace pro tuto technologickou platformu...“. Konec lhůty pro podání nabídek byl stanoven na den 16.3.2020.
23. Ze shora uvedeného je patrné, že ve vztahu k požadavkům na prokázání technické kvalifikace nedošlo v jednacím řízení bez uveřejnění ve srovnání s původním (zrušeným) otevřeným zadávacím řízením ke změnám.
24. Pokud jde o žalobcem namítanou prodlevu mezi zrušením předchozího otevřeného zadávacího řízení a zahájením jednacích řízení bez uveřejnění, pak ze shora uvedeného je patrné, že jednacím řízením bez uveřejnění nebylo zahájeno „neprodleně“, to však ještě nevylučuje oprávněnost jeho použití. „Rozumná“ („přiměřená“) časová prodleva sice není podmínkou, při jejímž splnění lze k jednacím řízením bez uveřejnění přistoupit, která by výslovně vyplývala ze ZZVZ, musí však být dodržena proto, aby nebyl dán rozumný předpoklad eventuální změny podmínek na trhu, k němuž by došlo v mezidobí; je-li důvodem jednacích řízení bez uveřejnění nepodání nabídek v předchozím otevřeném řízení, pak především by mohlo jít o rozšíření spektra dodavatelů způsobilých předmět veřejné zakázky plnit, a tedy i podat nabídku. V nyní posuzované věci bylo Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

v mezidobí (šlo o cca 3 měsíce mezi koncem března a začátkem července 2020) podáno vyjádření pracovní skupiny Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 16.4.2020 (z projednání věci v této skupině dne 8.4.2020) v souvislosti s dotazem, zda jsou v nyní posuzované věci pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění naplněny zákonné podmínky; tato aktivita (bez ohledu na její smysluplnost) mohla přípravu jednacích řízení bez uveřejnění zdržet a tato aktivita mohla být pokládána (s ohledem na usnesení vlády č. 208 ze dne 22.3.2017) za legitimní (potřebnou). Nadto šlo o období, které bylo zasaženo celospolečenskými důsledky způsobu řešení epidemie Covid-19 (prakticky nic nefungovalo dle dřívějších zvyklostí), především však nic neindikuje změnu, k níž by mohlo v mezidobí dojít, v možnostech dodavatelů realizovat poptávané plnění, k němuž dříve nebyly v otevřeném řízení podány žádné nabídky. Žalobcem namítaná prodleva tudíž možnost zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění nevyučovala.

25. Pokud jde o otázku rozdílů mezi předmětem plnění a smluvními podmínkami v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení a v nyní posuzovaném jednacím řízení bez uveřejnění, pak podle protokolu o jednání mezi zadavatelem a účastníkem jednacích řízení bez uveřejnění ze dne 22.7.2020 byly předmětem jednání podmínky realizace předmětu veřejné zakázky – upřesnění „...*znění rámcové dohody na základě připomínek ze strany dodavatele ke vzor smlouvy, který byl součástí výzvy k jednání...*“. Ze souborů „Příloha_2_Vzor_smlouvy.docx“ a „Příloha_2_Vzor_smlouvy_AKT_po_jednání.docx“ a především pak souboru „Smlouva_o_poskytnutí_služeb_2020_07190.pdf“ (kopie podepsané smlouvy) je však patrné, že po jednání došlo pouze k vložení identifikačních údajů a ke drobným změnám v textu smlouvy (nově vložená definice pracovního dne v odst. 1.8). Ze souboru „Příloha_2_Vzor_smlouvy_připominky.docx“ vyplývá, že vybraný dodavatel předestřel více požadavků na změnu smluvních podmínek, než kolik zadavatel akceptoval; kupř. ve vztahu k doplnění odst. 11.3 návrhu smlouvy (povinnost odeslání výzvy k nápravě před uložením smluvní pokuty) je doplnění opatřeno komentářem ze dne 22.7.2020, podle kterého nebyla navrhovaná změna akceptována, neboť „...*smluvní pokuta může, ale nemusí být uložena...*“. Shodný komentář se týkal také odst. 11.1 písm. a) návrhu smlouvy. Z podkladů procházejících správním spisem tedy neplyne, že by se předmět veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podstatně odlišoval od předmětu veřejné zakázky v původním zadávacím řízení, případně že by došlo ke skutečným změnám smluvních podmínek. Na veřejnou zakázku zadávanou v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení a na veřejnou zakázku zadávanou (nakonec zadanou) v jednacím řízení bez uveřejnění tudíž lze materiálně hledět jako na „tutéž“ („stále stejnou“) veřejnou zakázku zadávanou za týchž podmínek.
26. Zdejší soud nedává žalobci za pravdu ani k žalobní argumentaci o údajných „nadstandardních“ vztazích mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, jež by měly odůvodňovat zahájení jednacích řízení bez uveřejnění (právě s vybraným dodavatelem) či jeho okolnosti. Podklady žurnalizované ve správním spisu takové indicie neobsahují a ani žalobce na žádné takové specifické okolnosti, jež by měly být ve vztahu k důvodům jednacích řízení bez uveřejnění, jeho okolnostem či průběhu podezřelými, konkrétně nepoukazuje. Kromě komentářů k vypořádání připomínek v návrhu smlouvy byl na jednání dne 22.7.2020 podle protokolu také „...*upřesněn výklad odst. 5.1.4., tj. úprava SW pro účely Příjem zásilek – účastníci jednání za dodavatele a zadavatele se shodli, že předmětem vzájemné součinnosti bude včasné poskytnutí časového rámce projektu a bližší technický popis služeb. Upřesněn výklad odst. 5.1.6., tj. rozvojové služby – účastníci jednání za dodavatele a zadavatele se shodli, že předmětem vzájemné součinnosti bude včasné poskytnutí časového rámce projektu a bližší technický popis služeb. Upřesněn výklad odst. 1.15, tj. technologická příručka – účastníci jednání za zadavatele a dodavatele se shodli, že předmětem vzájemné součinnosti bude včasné informování o obsahu technologické příručky a případné umožnění nahlédnutí do rozpracované verze...*“. Je pravdou, že v předchozím (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení měla být Technologická příručka zpřístupněna vybranému dodavateli teprve 14 dnů před zahájením poskytování plnění a pracovní verze měla být zpřístupněna nejdříve v rámci jednání technických týmů (odpověď k vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 ze dne 9.3.2020), pročez

Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

dodavatelé neměli přístup k technologické příručce ani v pracovní podobě před podáním nabídek, základní rámec činností na výdejním místě, které měly být v podrobnostech upraveny právě technologickou příručkou, byl však vymezen již v příloze č. 2 vzoru smlouvy. Je také pravdou, že již podle smluvní definice „Technologické příručky“ v odst. 1.14 bylo dáno oprávnění zadavatele ji jednostranně měnit. Přestože lze dovodit určité zmírnění podmínek pro vybraného dodavatele v tom ohledu, že mu byl obsah technologické příručky znám již před uzavřením smlouvy (v jednacím řízení bez uveřejnění), byl-li základní rámec činností na výdejním místě, které měly být v podrobnostech upraveny právě technologickou příručkou, vymezen již ve shora uvedené příloze č. 2 vzoru smlouvy, pročť Technologická příručka měla obsahovat pouze technikálie, jež samy o sobě nemohly měnit rozsah práv a povinností vyplývajících ze smlouvy (což ostatně připustil také dodavatel PPL CZ s.r.o. ve vyjádření ze dne 25.1.2021), pak dřívější zpřístupnění Technologické příručky vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění není důvodem, který by měl vést k nesplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

27. Vzhledem k tomu, že možnost jednostranného uplatnění požadavku na úpravy technologií ze strany zadavatele byla co do obsahu limitována v příloze smlouvy, nevyvolává toto ujednání ani žádnou neurčitost předmětu plnění, jež by měla vést k nesplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. K tzv. vystaveným službám zadavatel již ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 9.3.2020 (v rámci otevřeného zadávacího řízení) k dotazu č. 8 uvedl, že „...specifikoval rozsah vystavených služeb, které jsou automaticky součástí plnění. Ostatní (tzv. rozvojové služby) budou implementovány až po výzvě dle odst. 5.1.6 Smlouvy. Část rozvojových služeb se týká podání zásilky a část automatizace procesů. Výzvu zadavatel zašle podle situace na trhu, proto si vyhrazuje právo tyto služby neobjednat. V nabídce musí každý účastník počítat s plnou implementací a není tedy důvod, aby se nabídky nedaly porovnat. Zadavatel je přesvědčen, že pro stanovení ceny je popis vystavených služeb dostatečný...“: Z toho lze též dovodit, že šlo pouze o doplňkové úpravy bezprostředně související s běžnou obsluhou a provozem výdejních míst.
28. Ani z příslibu včasného poskytnutí časového rámce nelze podle zdejšího soudu dovozovat, že by měl vybraný dodavatel přístup k podrobným informacím o přesných počtech výdejních míst, které bude zadavatel vyžadovat, nebo že došlo k jiné podstatné změně zadávacích podmínek (oproti předchozímu otevřenému zadávacímu řízení). Zmínku o časovém rámci projektu lze oprávněně vnímat jako závazek zadavatele včas informovat vybraného dodavatele o dalších krocích.
29. Pokud jde o žalobní argumentaci k neurčitosti předmětu veřejné zakázky v předchozím (zrušeném) zadávacím řízení, k nepřiměřenosti smluvní pokuty a k podnikatelskému riziku přenesenému na dodavatele, pak jistě musí být zadávací podmínky natolik podrobné, aby dodavatelům umožnily kvalifikované zpracování nabídky, přičemž odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek tíží zadavatele (§ 36 odst. 3 ZZVZ), a jistě lze přitom stanovit pouze takové požadavky, které jsou přiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (§ 36 odst. 1 ZZVZ). To, že v nyní posuzované věci měl veškeré náklady nést dodavatel (odst. 2.2 a zejména odst. 3.2 smlouvy), není bez dalšího nepřiměřenou smluvní podmínkou, nýbrž v principu běžným pravidlem. Podstata zadavatelem poptávaného plnění byla navázána na oprávnění zadavatele zvolit si ze seznamu výdejních míst dodavatele (prostřednictvím jeho smluvních partnerů), kterých muselo být nejméně 2 000 (bod 5.2.1 smlouvy), ta výdejní místa, která budou zajišťovat příjem a výdej zásilek (Balíkovna Partner). Odměna dodavatele se odvíjela od počtu odbavených zásilek, jejichž počet nebyl přesně stanoven (měl se odvíjet od okolností ekonomické reality), avšak počet odbavených zásilek neměl překročit hodnotu 20 zásilek za den. Zadavatel byl povinen mít takto vybráno nejméně 500 výdejních míst do konce prvního roku od účinnosti smlouvy, nejméně 1000 výdejních míst do konce druhého roku od účinnosti smlouvy a nejméně 1500 výdejních míst do konce třetího roku od účinnosti této smlouvy (bod 5.2.3). Tato pravidla byla jasná, jednoznačná a srozumitelná pro všechny, přitom na zadavatele dopadala pouze Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská

povinnost zvolit (vybrat) minimální počet výdejních míst; maximální počet stanoven nebyl. Ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 9.3.2020 zadavatel k harmonogramu výběru výdejních míst uvedl, že „...dle ujednání odst. 5.2.3 Smlouvy je zadavatel oprávněn ze Seznamu vybrat libovolný počet BP, přičemž se zavazuje, že k: a) 1. výročí Smlouvy vybere nejméně 500 BP; b) 2. výročí Smlouvy vybere nejméně 1000 BP; a c) 3. výročí Smlouvy vybere nejméně 1500 BP. Toto je jediný závazek zadavatele, který se týká výběru BP, přičemž časovým mezníkem je výročí Smlouvy. Z toho tedy vyplývá, že zadavatel nemá v úmyslu BP vybírat v měsíčním ani jiném intervalu než jak je uvedeno shora. Naopak je nutné aplikovat odst. 5.2.4 Smlouvy, dle kterého je zadavatel oprávněn kdykoliv zaslat písemné oznámení o výběru BP. Oproti tomu Smlouva předjímá povinnost poskytovatele udržovat 80 % Aktivních BP z výběru zadavatele (viz odst. 5.2.5 smlouvy). Zadavatel není schopen určit minimální počty balíkových zásilek, jelikož ty se odvíjí od chování klientů a jejich poptávky po nabízené službě...“. Hypoteticky tedy mohl zadavatel požadovat od počátku účinnosti smlouvy či „kdykoli“ v průběhu trvání smlouvy, aby do systému „balíkoven“ byla zapojena všechna dostupná výdejní místa dodavatele (jeho smluvních partnerů), ale nemusel. Povinnost dodavatele zajistit „zprovoznění“ takto vybraných výdejních míst byla zmírněna pouze 80% koeficientem – dodavatel byl podle bodu 5.2.5 smlouvy povinen zajistit („vyjednat“) poskytování služeb (výdej či příjem zásilek) u 80 % zadavatelem vybraných výdejních míst, a to do 14 dnů ode dne doručení oznámení zadavatele o výběru. Jde též o důsledek smluvního instrumentaria předem jasný, jednoznačný a srozumitelný pro všechny.

30. Okolnosti (důvody) takového smluvního instrumentaria jsou přítom – v mezích, jimiž je limitován pohled žalovaného – rozumně hájitelné. Argumenty zadavatele byly vystavěny v tom smyslu, že důvodem poptávání externích výdejních míst bylo silně konkurenční prostředí na trhu zásilkových služeb spolu s nutností reagovat na portfolio služeb konkurence. Jestliže je notorií, že zadavatel byl nejvýznamnějším poskytovatelem zásilkových služeb a též že v posledních letech došlo k výraznému nárůstu poskytování zásilkových služeb mimo běžné „poštovní“ provozovny, jeví se požadavek zadavatele, z něhož vyvěrá značná volnost při volbě počtu výdejních míst, jako rozumný a v principu odpovídající dynamickému vývoji na trhu. Nic neindikuje, že by se pravý důvod takto nastavených podmínek neodvíjel od snahy zadavatele mít možnost reakce na (po dobu účinnosti smlouvy) proměnlivou (vyvíjející se) ekonomickou realitu. Pro kalkulaci nabídkové ceny, a tím pro reálnou možnost disponovat vzájemně porovnatelnými nabídkami, je podle zdejšího soudu podstatné, že dodavatelé disponovali informací o minimálním rozsahu poskytovaného plnění (navýšení výdejních míst o 500 každý rok účinnosti smlouvy). Ostatně algoritmus pro volbu počtu a umístění provozoven nastínil zadavatel již v rámci vysvětlení zadávací dokumentace v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Balíkovna Partner“ ze dne 24.1.2020, v rámci něhož uvedl, že „...předpokládá v začátku minimálně 500 míst s postupným rozšiřováním dle jeho potřeb. Z nabídnutých subjektů předpokládá Zadavatel výběr těch BP, které budou vyhovovat geografickému rozložení a jeho interním analýzám. Počet balíkových zásilek na jednotlivých Balíkovnách Partner bude individuální v závislosti na jejich geografickém umístění a na jejich kapacitě. Výběr bude probíhat v průběhu účinnosti smlouvy a za podmínek stanovených ve smlouvě...“. Možnost reagovat na aktuální poptávku a trendy v zásilkových službách tedy byla legitimním důvodem pro vymezení pouze minimálního rozsahu vyžadovaných služeb bez omezení počtu výdejních míst, které byl zadavatel oprávněn záraz požadovat, a jestliže dodavatelé zároveň disponovali informací o délce trvání (účinnosti) smlouvy (do 31.12.2025), byl předmět veřejné zakázky vymezen dostatečně.
31. Ostatně z vyjádření zadavatele ze dne 7.12.2020 také plyne, že bod 5.2.3 návrhu smlouvy v původním zadávacím řízení byl doplněn na základě připomínek žalobce z prvního zadávacího řízení („Balíkovna Partner“), které předcházelo zrušenému (původnímu) otevřenému zadávacímu řízení, tak, že zadavatel byl oprávněn vybrat ze seznamu poboček libovolný počet výdejních míst, přičemž se zadavatel zavázal mít takto vybráno nejméně 500 provozoven do konce prvního roku od účinnosti smlouvy, nejméně 1 000 provozoven do konce druhého roku od účinnosti smlouvy a nejméně 1 500 provozoven do konce třetího roku od účinnosti smlouvy; z vyjádření zadavatele ze dne 7.12.2020 vyplývá, že ještě před zahájením původního (zrušeného) otevřeného zadávacího

řízení zadavatel zahájil otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku „Balíkovny Partner“ se lhůtou pro podání nabídek do 3.2.2020, v rámci tohoto zadávacího řízení obdržela první osoba zúčastněná na řízení jedinou nabídku a přestože zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku „Balíkovny Partner“ zrušil s odkazem na § 127 odst. 2 písm. h) ZZVZ (právě proto, že obdržel pouze jednu nabídku, a to od druhé osoby zúčastněné na řízení, jak plyne z písemné zprávy zadavatele ze dne 10.2.2020), inkorporoval požadavek žalobce na zpřesnění rozsahu předmětu plnění do zadávacích podmínek vztahujících se k původnímu (zrušenému) otevřenému zadávacímu řízení.

32. Na závěru, že rozsah poptávaného plnění byl vymezen dostatečně pro kvalifikované zpracování a podání porovnatelných nabídek, nic nemění ani skutečnost, že nebyl stanoven přesný minimální počet vyřízených zásilek, od kterých se odvíjela odměna za poskytnuté služby, a už vůbec na něm nemůže nic měnit ani hypotetická možnost uplatnění požadavku na zapojení všech výdejních míst současně; obojí se jeví jako předem jasná a jednoznačná zadávací podmínka, srozumitelná pro všechny dodavatele, nadto – coby podmínka rozumně hájitelná důvody, kterými tak zadavatel činil – podle zdejšího soudu nikterak nevybočující z rámce přiměřeného podnikatelského rizika.
33. Optikou legitimního práva zadavatele vyžadovat ihned zapojení všech dostupných výdejních míst do systému „Balíkovna“ je třeba nahlížet také na kvalifikační požadavek provozování technologické platformy implementované alespoň na 2 000 retailových pobočkách. Takový požadavek ve smyslu § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ odpovídá rozsahu předmětu veřejné zakázky. To, že pro mnohé dodavatele mohla být tato zadávací podmínka překážkou, odpovídá tomu, že zadavatel byl patrně největším poskytovatelem zásilkových služeb, což se projevilo v rozsahu požadavků na množství dostupných míst, které byli schopni splnit pouze někteří dodavatelé. Nevybočuje-li hypotetická možnost uplatnění požadavku na zapojení všech (2 000) výdejních míst současně z rámce přiměřeného podnikatelského rizika (v situaci, kdy to smluvní instrumentarium jasně umožňuje) a je-li využití této možnosti dobře hájitelné s odkazem na potřebu zadavatele reagovat po dobu účinnosti smlouvy na podmínky ekonomické reality (zdejší soud nenalezl ani žádný věrohodný argument vedoucí k závěru, že by taková možnost byla ve vztahu k dodavatelům nekorektní, popř. že by šlo výlučně o projev zneužití zadavatelovy kontraktační „přesily“ nebo dokonce úmyslu zadavatele uzavřít smlouvu s již fakticky předem vybraným dodavatelem), pak tomu odpovídající požadavek na prokázání kvalifikace doložením provozování technologické platformy implementované alespoň na 2 000 retailových pobočkách není excesivním. Byla-li tato podmínka přece jen pro některé dodavatele překážkou, pak to ještě bez dalšího nevyvolává její nepřiměřenost. ZZVZ neukládá zadavatelům povinnost stanovovat zadávací podmínky (včetně požadavků na prokázání kvalifikace) tak, aby vyhovovaly „všem“ dodavatelům, ani nezakazuje stanovovat zadávací podmínky (včetně požadavků na prokázání kvalifikace) „přísně“; nepřiměřené jsou takové podmínky, které jsou „přísné“ přehnaně či bezdůvodně. Tato podmínka odpovídá složitosti a rozsahu plnění, jež bylo možno zadavatelem po dobu účinnosti smlouvy skutečně vyžadovat (§ 73 odst. 6 ZZVZ), a též tomu, že zadavatel je klíčovým poskytovatelem zásilkových služeb, přitom z obsahu správního spisu nevyplývá žádná indicie, že by důsledkem této podmínky mělo být zaručení konkurenční výhody některého z dodavatelů či citelná překážka hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ).
34. Dovojuje-li žalobce, že nebylo třeba, aby požadavek na doložení provozování technologické platformy implementované alespoň na 2 000 retailových pobočkách byl již součástí požadavků na prokazování kvalifikace, pak zdejší soud především sdílí úvahy žalovaného obsažené v bodech 83. – 85. napadeného rozhodnutí. Tento požadavek odpovídá požadavku zadavatele na efektivní rozšíření sítě míst, kde bude možno vyzvednout balíky, přitom toto rozšíření bylo smyslem poptávaného plnění, a to od jeho počátku, pročez není důvodu považovat požadavek na to, aby dodavatel disponoval touto kapacitou již od počátku plnění, za nepřiměřený (pravidlo, podle kterého si může zadavatel již od počátku kontraktu směřujícího k rozšíření počtu výdejních míst vybrat ze všech v té době dostupných – možných – výdejních míst ta, jež budou podle aktuální Shodu s prvopisem potvrzují: Romana Lipovská

situace vyplňovat mezery v jeho již existující síti, a následně vybírat další, odpovídá potřebě, která byla veřejnou zakázkou aktuálně uspokojována). Byl-li by přitom požadavek na kvalifikaci uplatněn k výrazně nižšímu počtu (už existujících) výdejních míst, pak by se zvyšovalo riziko, že jde o ta místa, jimiž už zadavatel disponuje, což by šlo proti smyslu požadavku zadavatele, jenž byl uspokojován aktuální veřejnou zakázkou (některá z míst, jimiž disponuje dodavatel, se mohou krýt s místy, jimiž už disponuje i zadavatel). Právě uvedené odpovídá závaznému vzoru smlouvy, podle něhož musí dodavatel po celou dobu účinnosti smlouvy, tedy už od počátku (tj. v okamžiku co nejdříve navazujícím na okamžik prokazování kvalifikace v zadávacím řízení), disponovat sítí s nejméně 2 000 místy. Zadávací podmínky co do smluvního požadavku na disponování výdejními místy a co do požadavků na prokazování kvalifikace tedy spolu logicky korespondují, přičemž žalobcem namítaná časová neurčitost v budoucnu (po dobu účinnosti smlouvy) požadovat aktivaci konkrétních výdejních míst (nedostatek alespoň přibližného, avšak závazného harmonogramu) není výrazem neurčitosti či nepřiměřenosti zadávacích podmínek, nýbrž smyslu zadávané veřejné zakázky a dobře hájitelnému zájmu zadavatele na potřebě operativně (podle situace) reagovat na vyjevivší se „díry na trhu“, avšak v limitech, které ze zadávacích podmínek plynou.

35. Ve vztahu k smluvním sankcím je pravdou, že čl. 11 smlouvy upravující sankce fakticky postihoval pouze pochybení dodavatele, zatímco případné porušení smlouvy zadavatelem upraveno nebylo. Přesto zdejší soud ani ve vztahu k nim nesdílí se žalobcem jeho výhrady. Jednotlivé sankce prima vista svojí výší nedosahují excesivních hodnot. To, že smluvní pokutou byla utvrzena povinnost dodavatele zajistit zapojení alespoň 80 % zadavatelem vybraných výdejních míst, se jeví být zcela přiměřené především proto, že povinnost zajistit zapojení minimálního počtu výdejních míst do systému příjmu a výdeje zásilek bylo samotnou podstatou předmětu veřejné zakázky.
36. Podle zdejšího soudu tak byly zadávací podmínky v původním (zrušeném) otevřeném zadávacím řízení stanoveny přiměřeně, transparentně a nediskriminačně a vycházely z legitimních potřeb zadavatele, tudíž nebyly zjevně nepřiměřené. Jestliže žalobní argumentace byla v zásadě převzetím žalobcovy argumentace rozkladové a jestliže vypořádání se s touto argumentací pokládá zdejší soud za dostatečné (přezkoumatelné) a nadto věcně správné, pak v podrobnostech lze odkázat na dílčí závěry žalovaného k žalobcově argumentaci obsažené v napadeném rozhodnutí, jež si zdejší soud osvojuje, aniž by bylo třeba je detailně opakovat či parafrázovat; k otázce předmětu veřejné zakázky, jeho dostatečného vymezení a tomu odpovídajícího požadavku na prokázání kvalifikace a sankčního smluvního instrumentaria jde o argumenty obsažené především v bodech 46. – 53., 74. – 79. a 83. – 85. napadeného rozhodnutí a k otázce mantinelů počtu výdejních míst pak jde dále o argumenty obsažené především v bodech 59. a 62. – 63. napadeného rozhodnutí.
37. Zdejší soud tedy na posouzení věci nahlíží shodně jako žalovaný. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žalobní argumentaci důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil ani žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

38. Výrok o nákladech řízení žalobce a žalovaného se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, pročez mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána. Osobám zúčastněným na řízení pak nevznikly náklady související s povinností uloženou zdejším

soudem podle § 60 odst. 5 s.ř.s., k náhradě jiných nákladů zdejší soud neshledal žádný důvod, a proto osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 23. září 2022

David Raus v.r.
předseda senátu