



UOHSX00JM0WD

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0150/2024/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-15646/2024/500

Brno 16. 4. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17. 2. 2024 na návrh ze dne 16. 2. 2024, jehož účastníky jsou

- zadavatel – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4,
- navrhovatel – společníci „Společnosti pro veřejnou zakázku Ostraha EDU a ETE“
 - Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1,
 - Mark2 Corporation Solution s.r.o., IČO 27916081, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1,
 - IFCC s.r.o., IČO 14356961, se sídlem Novodvorská 1062/12, 142 00 Praha 4,
 - Mark2 Corporation FM Poland Sp. z o.o., IČO 1132891686, se sídlem Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa, Polská republika,

ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 6. 6. 2023 společností Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Ostraha EDU a ETE“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2023

a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 5. 2023 pod ev. č. zakázky Z2023-019452 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2023 pod ev. č. 283274-2023,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – společníků „Společnosti pro veřejnou zakázku Ostraha EDU a ETE“ Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, Mark2 Corporation Solution s.r.o., IČO 27916081, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, IFCC s.r.o., IČO 14356961, se sídlem Novodvorská 1062/12, 142 00 Praha 4, Mark2 Corporation FM Poland Sp. z o.o., IČO 1132891686, se sídlem Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa, Polská republika – **ze dne 16. 2. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Ostraha EDU a ETE“** v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 5. 2023 pod ev. č. zakázky Z2023-019452 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2023 pod ev. č. 283274-2023, **se v rozsahu vymezeném částí návrhu (resp. námitek, na které navrhovatel v návrhu odkazuje), v níž navrhovatel v souvislosti s požadavkem zadavatele dle čl. 6. „Technická kvalifikace“ odst. 6.2 „Kvalifikační dokumentace – kvalifikační podmínky účasti v zadávacím řízení, obsah, forma a způsob podání žádosti o účast“ na doložení „Osvědčení o řádném plnění zakázky“ u požadovaných referenčních zakázek namítá, že zadavatel „nebyl vůbec oprávněn osvědčení o řádném plnění požadovat. Stěžovatel si je vědom toho, že je v obecné rovině Zadavatel oprávněn stanovit i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena v části čtvrté ZZVZ. Zadavatel nicméně využil zákonem definovaného institutu technické kvalifikace, když konkrétně požadoval předložení seznamu významných služeb dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ. V takovém případě nicméně Zadavatel zřejmě nebyl oprávněn osvědčení požadovat“, podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť návrhu v této části nepředcházely řádně a včas podané námítky.**

II.

Návrh navrhovatele – společníků „Společnosti pro veřejnou zakázku Ostraha EDU a ETE“ Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, Mark2 Corporation Solution s.r.o., IČO 27916081, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, IFCC s.r.o., IČO 14356961, se sídlem Novodvorská 1062/12, 142 00 Praha 4, Mark2 Corporation FM Poland Sp. z o.o., IČO 1132891686, se sídlem Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa, Polská republika – **ze dne 16. 2. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Ostraha EDU a ETE“** v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 5. 2023 pod ev. č. zakázky Z2023-019452 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2023 pod ev. č. 283274-2023, **se s výjimkou té části, ve vztahu ke které bylo správní řízení zastaveno dle výroku I. tohoto rozhodnutí, podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek zadavatel – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4 (dále jen „zadavatel“), jakožto veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) – dne 9. 5. 2023 zahájil jednací řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Ostraha EDU a ETE“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 5. 2023 pod ev. č. zakázky Z2023-019452 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2023 pod ev. č. 283274-2023 (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle oznámení o zahájení zadávacího řízení *„zajištění služeb fyzické ostrahy, dozorčích činností, klíčové služby a dalších souvisejících činností v lokalitách Jaderné elektrárny Dukovany a Jaderné elektrárny Temelín a rovněž závazek dodavatele zajistit na základě žádosti zadavatele za účelem pokrytí služeb ostrahy nad rámec běžného rozsahu poskytovaných služeb ostrahy dalších až 10 pracovníků, kteří splňují kvalifikační požadavky na pracovníka na stanovišti mobilní stanoviště/záloha, a to do maximálně 10 kalendářních dnů. S vybraným dodavatelem bude uzavřena smlouva pro každou lokalitu JE samostatně.“*.
3. Rozhodnutím ze dne 15. 1. 2024, které navrhovatel – společnosti „Společnosti pro veřejnou zakázku Ostraha EDU a ETE“ Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, Mark2 Corporation Solution s.r.o., IČO 27916081, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1, IFCC s.r.o., IČO 14356961, se sídlem Novodvorská 1062/12, 142 00 Praha 4, Mark2 Corporation FM Poland Sp. z o.o., IČO 1132891686, se sídlem Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa, Polská republika, ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 6. 6. 2023 společností Mark2 Corporation Czech a.s., IČO 25719751, se sídlem Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – obdržel téhož dne, zadavatel podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“).
4. Dne 30. 1. 2024 obdržel zadavatel námitky navrhovatele z téhož dne proti rozhodnutí o vyloučení.
5. Rozhodnutím ze dne 7. 2. 2024, které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 17. 2. 2024 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 16. 2. 2024 (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel předně v podrobnostech odkazuje na znění námitek ze dne 30. 1. 2024, přičemž uvádí, že se s nimi zadavatel ve většině případů nevyřadil v souladu s § 245 odst. 1 zákona.

8. Navrhovatel rekapituluje, že po podání žádosti o účast zadavatel dospěl k závěru, že navrhovatel splňuje stanovené požadavky na kvalifikaci, načež byl navrhovatel vyzván k podání předběžné nabídky a posléze i nabídky. Následně zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění požadavků na kvalifikaci, přičemž toto rozhodnutí založil na pochybnostech o kvalifikaci účastníků zadávacího řízení vyslovených v rámci dvou podnětů šetřených Úřadem, aniž by v této souvislosti uvedl jakékoli podrobnosti (navrhovatel nemohl posoudit, že informace obsažené v daných spisech bezprostředně nesouvisí s jeho vyloučením). Byť navrhovatel požádal zadavatele o zpřístupnění daných spisů, zadavatel uvedl, ať se obrátí přímo na Úřad, který tyto spisy vede, čímž navrhovatel neměl zachovanou zákonnou 15denní lhůtu pro podání námitek. Vzhledem k tomu, že navrhovateli nebyly známy všechny důvody jeho vyloučení (na které tedy ani nemohl řádně reagovat) a zadavatel neodůvodnil, z jakých konkrétních důvodů dospěl při posouzení stejných dokumentů ke zcela opačným závěrům, než jaké učinil při posouzení kvalifikace navrhovatele v kvalifikační fázi zadávacího řízení, shledává postup zadavatele účelovým/neopodstatněným a dané rozhodnutí zadavatele za netransparentní, nepřezkoumatelné a v rozporu s § 48 odst. 11 zákona.
9. Navrhovatel uvádí, že zadavateli v žádosti o účast předložil referenční zakázku realizovanou pro [obchodní tajemství], v souvislosti s níž v souladu s vysvětlením zadávací dokumentace č. 5 doložil rovnocenné doklady, z nichž vyplývá splnění daného kritéria technické kvalifikace: (a) smlouvu, na jejímž základě je realizována referenční zakázka, (b) jednotlivé objednatelům uhrazené faktury a (c) čestné prohlášení uvádějící důvody, které navrhovateli nelze přičítat k tíži, vysvětlující, proč není navrhovatel schopen předložit osvědčení o řádném plnění zakázky (omezení vyplývající z uzavřené rámcové smlouvy). Zadavatel však navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení s odůvodněním, že neprokázal, že by existovaly důvody, pro které navrhovatel nemohl předložit požadované osvědčení. V této souvislosti navrhovatel dodává, že „i v souvislosti s jinými zakázkami opakovaně žádal referenčního objednatele o potvrzení řádného poskytování služeb. Referenční objednatel tyto žádosti pokaždé odmítl právě s odkazem na smluvní omezení zakazující vydávat nebo provádět jakákoliv zveřejnění týkající se dané smlouvy.“
10. Navrhovatel zastává názor, že dodavatelé nejsou povinni prokazovat důvod předložení rovnocenného dokladu; musí odůvodnit, proč tyto doklady předkládají. „Zadavatel pak v Rozhodnutí o vyloučení přiznává, že Navrhovatel odůvodnil, proč požadované osvědčení nepředložil, Zadavatel toto odůvodnění nepokládá za důvěryhodné a zároveň spekuluje nad skutečnými důvody, proč Navrhovatel požadované osvědčení nepředložil. Navrhovatel tak pro vyloučení jakýchkoliv pochybností opakovaně uvádí, že s objednatelem referenční zakázky uzavřel rámcovou smlouvu, z jejíhož smluvního omezení dle čl. 14.2 vyplývá, že objednatel referenční zakázky není povinen vystavit jakékoliv osvědčení vyplývající z této smlouvy. Objednatel referenční zakázky nemá ani jinou zákonnou povinnost takový doklad vystavit. Navrhovatel tak odůvodnil, proč není schopen předložit požadované osvědčení a toto své tvrzení prokázal prostřednictvím rámcové smlouvy, ze kterého tyto důvody vyplývají. Navrhovateli proto není zřejmé, v čem jsou tvrzení Navrhovatele a jím předložené doklady v rozporu, či v jakém rozsahu nejsou průkazné nebo věrohodné, jak je tvrzeno Zadavatelem.“
11. Dovozuje-li zadavatel zcela nesprávně vnitřní rozpornost tvrzení obsažených v čestném prohlášení, když poukazuje na porušení dané smlouvy navrhovatelem už tím, že zadavateli

předal doklady, z nichž vyplývají podrobnosti o existujícím vztahu s objednatelem referenční zakázky a jeho podmínkách, pak navrhovatel upozorňuje, že zadavateli nepřísluší posuzovat plnění smluvních podmínek smlouvy, jejíž smluvní stranou není.

12. Navrhovatel taktéž uvádí, že pokud zadavatel dospěl k závěru, že rovnocenné doklady nejsou dostatečné (zadavatel až v rozhodnutí o vyloučení zpětně dovozuje, co mělo z osvědčení o řádném plnění zakázky vyplývat), měl (byl povinen) navrhovatele vyzvat dle § 46 zákona k jejich objasnění; jiný postup se navrhovateli jeví účelovým.
13. Navrhovatel zdůrazňuje, že z předložených dokladů jednoznačně vyplývá, co bylo obsahem jednotlivých služeb a v jakém rozsahu byly dané služby poskytovány – z žádného dokladu nevyplývá, že by měl objednatel referenční zakázky jakékoli výhrady či že by uplatnil smluvní sankce. Nad to *„[s]lužby ostrahy jsou průběžně poskytovanými službami, u kterých není běžné a neděje se tak ani v případě předmětné referenční zakázky, že by byly poskytovány oproti akceptačnímu/předávacímu protokolu, což bývá naopak standardní u stavebních prací a smluv o dílo. Dodavatel pak v případě referenční zakázky eviduje na denní bázi počet odpracovaných hodin přímo v interním systému referenčního objednatele. Objednatel následně odpracované hodiny odsouhlasí. Jakmile referenční objednatel odpracované hodiny odsouhlasí, interní systém automaticky přenáší informaci k fakturaci za odsouhlasené hodiny provedených služeb. Jednotlivé faktury tak fakticky jsou dokladem o uskutečněném plnění dle § 79 odst. 5 ZZVZ. Z uvedeného je patrné, že Stěžovatel předložil veškeré doklady, které k referenční zakázce má k dispozici. Je to zároveň absence jakýchkoliv výhrad vůči poskytovaným službám stejně tak jako navazující prodloužení předmětné smlouvy, které potvrzují řádnost poskytovaných služeb.“*.
14. Navrhovatel v námitkách dále uvádí, že *„[l]ze mít rovněž za to, že Zadavatel nebyl vůbec oprávněn osvědčení o řádném plnění požadovat. Stěžovatel si je vědom toho, že je v obecné rovině Zadavatel oprávněn stanovit i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena v části čtvrté ZZVZ. Zadavatel nicméně využil zákonem definovaného institutu technické kvalifikace, když konkrétně požadoval předložení seznamu významných služeb dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ. V takovém případě nicméně Zadavatel zřejmě nebyl oprávněn osvědčení požadovat.“*. Posoudil-li zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách danou námitku jako opožděnou, neboť se vztahuje k podmínkách kvalifikace, navrhovatel s tímto nesouhlasí, jelikož ta *„směřuje toliko proti extenzivnímu výkladu Zadavatele, co má z osvědčení vyplývat, který ale nemá oporu v zadávací dokumentaci veřejné zakázky.“*.
15. Navrhovatel je taktéž přesvědčen, že zadavatel svým postupem porušil pravidla stanovená pro vedení jednacího řízení s uveřejněním, neboť o vyloučení navrhovatele rozhodl až v jeho poslední fázi (podání finálních nabídek), přestože zadavatel musí posoudit kvalifikaci před jednací fází (před odesláním výzvy k podání předběžných nabídek), čímž mohlo rovněž dojít k ovlivnění pravidel hospodářské soutěže a zákona. Navrhovatel zastává názor, že *„[k] vyloučení Navrhovatele, jako uchazeče o veřejnou zakázku po fázi kvalifikace a v době po tom co v další fázi zadávacího řízení byly ze strany uchazečů o veřejnou zakázku (včetně Navrhovatele) podány předběžné nabídky a finální nabídka, aniž by došlo ke změnám v kvalifikaci Navrhovatele, však Zadavatele neopravňuje ani ustanovení § 49 odst. 1 ZZVZ, neboť takový úkon, nejenže není nezbytným a přiměřeným opatřením k nápravě, ale rovněž nenapravuje předchozí postup Zadavatele s ohledem na to, že Navrhovatel (který měl být dle názoru Zadavatele vyloučen pro nesplnění kvalifikace již v kvalifikační fázi zadávacího řízení)*

podával po kvalifikační fázi zadávacího řízení předběžné nabídky a nabídku, čímž tedy zjevně došlo k ovlivnění dalších fází zadávacího řízení (...) a tedy vyloučením Navrhovatele postup Zadavatele v zadávacím řízení, který předcházel vyloučení Navrhovatele, napravován jednoznačně není, protože úkony jak Zadavatele tak uchazečů o veřejnou zakázku učiněné v další fázi zadávacího řízení vyloučením Navrhovatele napravit nelze resp. tyto úkony zůstávají vyloučením Navrhovatele nedotčeny.“

16. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

17. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno dnem 17. 2. 2024, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
18. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 22. 2. 2024.
20. Dne 26. 2. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 23. 2. 2024 k návrhu navrhovatele a téhož dne zadavatel Úřadu zpřístupnil dokumentaci o zadávacím řízení v elektronickém nástroji a zaslal část dokumentace o zadávacím řízení prostřednictvím datové schránky.

Vyjádření zadavatele ze dne 23. 2. 2024 k návrhu navrhovatele

21. Zadavatel předně odkazuje na rozhodnutí o námitkách navrhovatele, v němž se podrobně vyjádřil ke všem argumentům navrhovatele.
22. Zadavatel je přesvědčen, že návrh navrhovatele je nedůvodný, neboť *„[p]ostupoval v souladu s právními předpisy a nijak nezkrátil práva navrhovatele a odmítá veškerá údajná pochybení, kterých se měl podle navrhovatele dopustit. Naopak je zadavatel toho názoru, že v okamžiku, kdy zjistil, že navrhovatel neplní předmětné kvalifikační kritérium, nemohl postupovat jinak než, že navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení. Současně zadavatel postupoval transparentně, tím nejjednodušším možným způsobem, když „pouze“ vyloučil účastníka zadávacího řízení, aniž by jinak zasahoval do zadávacího řízení a práv ostatních účastníků zadávacího řízení. Takový postup zadavatel pokládá za přiměřený a z hlediska zákona přípustný.“*
23. Zadavatel zdůrazňuje, že v návaznosti na podněty šetřené Úřadem *„provedl interní prověření dosavadního postupu, při kterém zjistil, že chybně posoudil technickou kvalifikaci navrhovatele, a to také v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele sdělil (že Podněty byly impulzem k provedení interního šetření, nikoli zdrojem informací pro vyloučení)“*. Zadavatel zjistil, že navrhovatel v souvislosti s příslušnou referenční zakázkou nepředložil požadované doklady, nýbrž dokumenty jiné, v jejichž souvislosti v první řadě posoudil (na základě informací a dokumentů, které poskytl sám navrhovatel), zda skutečně existují důvody bránící předložení požadovaného dokladu, a zda tyto důvody nelze navrhovateli přičítat k tíži. Zadavatel shledal odůvodnění navrhovatele nevěrohodným [(1) z poskytnuté smlouvy nevyplývá, že by navrhovatel nemohl od objednatele získat osvědčení o řádném plnění zakázky, (2) navrhovatel

na jednu stranu tvrdí, že mu smlouva zapovídá v podstatě i informovat třetí stranu o existenci samotného smluvního vztahu, a přitom na druhou stranu zadavateli jako třetí straně poskytne – tedy patrně bez souhlasu objednatele referenční zakázky – mnohem detailnější informace o obsahu i finančním objemu poskytovaných služeb], pročež tedy dospěl k závěru, že navrhovatel neprokázal, že by existovaly důvody, pro které nemohl předložit požadovaný doklad a které by mu nebylo možné přičítat k tíži (zadavatel se již nezabýval tím, zda lze předložené dokumenty považovat za rovnocenné); navrhovatel tak nebyl oprávněn předložit namísto požadovaných dokladů doklady jiné (rovnocenné) a zadavatel – jakožto opatření k nápravě – vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, k čemuž byl s ohledem na § 49 odst. 1 zákona oprávněn kdykoli v průběhu zadávacího řízení.

24. K samotnému požadavku dle kvalifikační dokumentace zadavatel uvádí, že z ní *„jednoznačně vyplývá, co zadavatel požadoval: referenční listinu, kterou podepsal objednatel významné zakázky. A jak plyne ze samotného názvu (osvědčení o řádném plnění zakázky), řádné plnění zakázky by mělo být z referenční listiny alespoň seznatelné, jinak by mohlo jít stěží o osvědčení o řádném plnění zakázky. Nic víc zadavatel nepožadoval. Pokud by navrhovatel předložil listinu, která výše uvedené atributy naplňovala, pak by ji zadavatel nepochybně uznal. Nic takového se ale nestalo.“*
25. Zadavatel dále akcentuje, že *„[p]odstatou vyloučení nebyl obsah dokumentů, které navrhovatel předložil v žádosti o účast namísto referenční listiny, ale skutečnost, že nebyly vůbec naplněny zákonné podmínky pro to, aby navrhovatel mohl předložit rovnocenné doklady, protože důvody, které k tomu navrhovatel uváděl, neodpovídaly obsahu jím předložených listin. Tento rozpor byl pro zadavatele natolik zřejmý, že neměl důvod využít svého zákonného práva (nikoli povinnosti) objasňovat předložené dokumenty. K tomu, aby posuzoval rovnocennost dokladů a činil je důvody pro vyloučení, zadavatel vůbec nedospěl.“*
26. Jde-li o navrhovatelem tvrzené narušení hospodářské soutěže, zde zadavatel konstatuje, že jelikož *„postupoval podle § 49 odst. 1 zákona, který přímo předpokládá nápravu případných pochybení zadavatelem z jeho vlastní iniciativy, nemohl zadavatel postupem podle zákona (využitím svých zákonných možností) narušit hospodářskou soutěž.“* Zadavatel *„nezastírá, že účastníkům zadávacího řízení sděloval výsledek hodnocení předběžných nabídek, resp. výsledný celkový počet bodů získaný v rámci multikriteriálního hodnocení. (...) hospodářská soutěž nemohla být narušena navzdory výše uvedenému, když účastníkům zadávacího řízení byl sdělen toliko výsledný celkový počet bodů získaných v rámci multikriteriálního hodnocení a nikoli jednotlivé hodnoty z předběžných nabídek, které byly předmětem hodnocení.“*
27. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

Další průběh správního řízení

28. Usnesením ze dne 27. 2. 2024 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

29. Usnesením ze dne 14. 3. 2024 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením ze dne 21. 3. 2024 Úřad na základě žádosti navrhovatele z téhož dne předmětnou lhůtu prodloužil.
30. Dne 21. 3. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí, v němž zadavatel setrval na svých předchozích tvrzeních a je i nadále přesvědčen, že jeho postup byl souladný se zákonem.
31. Dne 28. 3. 2024 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí, v němž navrhovatel nad rámec již dříve uvedeného doplnil, že součástí podkladů pro rozhodnutí by měly být i podnětové spisy vedené Úřadem, „*neboť podle vyjádření Zadavatele iniciovaly jeho rozhodnutí o vyloučení Účastníka ze zadávacího řízení a mohou obsahovat podstatné informace související i s rozhodováním Úřadu o návrhu Účastníka na přezkum úkonů zadavatele ze dne 17. 02. 2024 (...)*“. Současně je navrhovatel – s ohledem na absenci protokolu o opětovném posouzení kvalifikace navrhovatele v podkladech rozhodnutí – názoru, že „*Zadavatel Úřadu buď nezpřístupnil veškeré doklady, které měl vést při zadávacím řízení, nebo tyto doklady zcela absentují*“. Navrhovatel žádá, aby Úřad „*chybějící podklady rozhodnutí doplnil, popř. si je vyžádal, a zohlednil při svém rozhodování argumentaci Účastníka uvedenou v námitkách, návrhu na přezkum a v tomto vyjádření*“.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

32. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména příslušné části dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl
- podle § 257 písm. h) zákona o zastavení správního řízení v rozsahu vymezeném částí návrhu, v níž navrhovatel v souvislosti s požadavkem zadavatele dle čl. 6. „Technická kvalifikace“ odst. 6.2 „Kvalifikační dokumentace – kvalifikační podmínky účasti v zadávacím řízení, obsah, forma a způsob podání žádosti o účast“ na doložení „Osvědčení o řádném plnění zakázky“ u požadovaných referenčních zakázek namítá, že zadavatel „*nebyl vůbec oprávněn osvědčení o řádném plnění požadovat. Stěžovatel si je vědom toho, že je v obecné rovině Zadavatel oprávněn stanovit i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena v části čtvrté ZZVZ. Zadavatel nicméně využil zákonem definovaného institutu technické kvalifikace, když konkrétně požadoval předložení seznamu významných služeb dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ. V takovém případě nicméně Zadavatel zřejmě nebyl oprávněn osvědčení požadovat*“, neboť návrhu v této části nepředcházely řádně a včas podané námitky,
 - podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele (s výjimkou té jeho části, ve vztahu ke které bylo správní řízení zastaveno dle výroku I. tohoto rozhodnutí), neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
33. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K tvrzení navrhovatele o nedostatečném vypořádání námitek zadavatelem

34. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nedostál své povinnosti dle § 245 odst. 1 zákona, když se v rámci svého rozhodnutí ze dne 7. 2. 2024 ve většině případů dostatečně nevypořádal s námitkami navrhovatele.

35. K tomu Úřad předně v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné.
36. Povinnost dodržet zásadu transparentnosti ve vztahu k rozhodnutí o námitkách je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem, aby se zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách.
37. Z § 245 odst. 1 zákona tedy vyplývá, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, tzn. musí konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem odůvodnit, proč pokládá argumentaci stěžovatele za nesouvisející, resp. lichou.
38. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 zákona
39. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu srov. § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
40. Nyní již Úřad přistoupí k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně k námitkám navrhovatele, a zda je tak rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné. Úřad rovněž pro úplnost dodává, že přezkoumává-li Úřad soulad postupu zadavatele při vyřizování námitek s § 245 odst. 1 zákona, neposuzuje věcnou správnost jeho argumentace, nýbrž „pouze“ to, zda došlo k naplnění dotčeného ustanovení zákona, tj. zda se zadavatel podrobně a srozumitelně, a tedy přezkoumatelně, vyjádřil k námitkám navrhovatele, a to alespoň v takové míře podrobností, v jaké byly vzneseny argumenty navrhovatele.
41. Navrhovatel má za to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách nepřímo vznáší pochybnosti o tom, zda je vůbec navrhovatel způsobilý plnit veřejnou zakázku. K tomu navrhovatel uvádí, že jeho dva členové jsou stávajícími poskytovateli služeb pro zadavatele a spolehlivě zajišťují ostrahu jaderných elektráren Temelín a Dukovany, resp. ze strany zadavatele nebyly k poskytování daných služeb vyjádřeny pochybnosti. „Zadavatel se nicméně v Rozhodnutí o námitkách v tomto rozsahu k uvedené námitce Navrhovatele nijak nevyjádřil.“

42. K tomu Úřad toliko uvádí, že předmětná námitka byla prvně vznesena až v rámci návrhu, proč se k ní zadavatel logicky nemohl vyjádřit v rámci rozhodnutí o námitkách.
43. Navrhovatel v námitkách dále namítal, že zadavatel se v rozhodnutí o vyloučení „žádným způsobem nevyjádřil k obsahu vedených správních řízení, ke konkrétním podezřením a pochybnostem o kvalifikaci účastníků Zadávacího řízení nebo k závěrům, které ÚOHS v těchto správních řízeních přijal. Zadavatel ani jiným způsobem Stěžovateli nezpřístupnil správní spisy výše uvedených správních řízení, a to i přes to, že jej o to Stěžovatel výslovně žádal ve své žádosti ze dne 17.01.2024. (...) Zadavatel tak fakticky znemožnil přezkum svých úvah uvedených v rozhodnutí o vyloučení a již tímto samotným zásadním pochybením zatížil své rozhodnutí tak, že je zcela netransparentní a nepřezkoumatelné, a tedy zcela v rozporu se základní zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 ZZVZ. Mimo výše uvedené porušení jedné ze stěžejních základních zásad zadávacího řízení Zadavatel také zcela zřejmě nenaplnil povinnosti stanovené mu v § 48 odst. 11 ZZVZ, když řádně neodůvodnil své rozhodnutí vyloučit Stěžovatele.“.
44. Zadavatel na výše uvedené reagoval konstatováním, že „nikdy neodkazoval, pokud jde o důvody vyloučení, na závěry a obsah neveřejných správních spisů, zadavatel pouze v úvodu svého rozhodnutí o námitkách stěžovateli vysvětlil, proč přistupuje k vyloučení až po fázi posouzení kvalifikace, k čemuž byl na základě § 49 odst. 1 zákona oprávněn.

Argumenty, kterými zadavatel odůvodnil rozhodnutí o vyloučení a které lze snadno rozpoznat v jeho textu, lze shrnout takto:

- 1. Zadavatel nejprve vysvětluje, proč přistoupil k vyloučení pro nesplnění kvalifikace až v relativně pozdní fázi zadávacího řízení, a to svým interním prověřením v návaznosti na opakované podněty, které byly adresovány až Úřadu;*
- 2. Při této příležitosti zadavatel zjistil, že stěžovatel k prokázání technické kvalifikace, pokud jde o alespoň 3 významné zakázky spočívající v poskytování fyzické ostrahy v průmyslových a/nebo energetických objektech soustavně po dobu alespoň 24 po sobě jdoucích měsíců, nepředložil dokumenty požadované zadavatelem, nýbrž dokumenty jiné;*
- 3. Jak výslovně zadavatel ve svém rozhodnutí uvedl, v první řadě posoudil, zda skutečně existují důvody bránící předložení požadovaného dokladu, a zda tyto tvrzené důvody nelze skutečně účastníkovi zadávacího řízení přičítat;*
- 4. Zadavatel přitom vycházel výhradně z informací a dokumentů, které mu poskytl sám stěžovatel;*
- 5. Závěrem tohoto posouzení bylo, že stěžovatel sice čestným prohlášením odůvodnil, proč nepředložil zadavatelem požadovaný doklad (tj. osvědčení o řádném plnění zakázky), nicméně tyto důvody neodpovídaly obsahu listin, které současně stěžovatel zadavateli poskytl. Stěžovatelovo odůvodnění nelze pokládat za věrohodné, a tudíž zadavatel uzavřel, že stěžovatel neprokázal, že by existovaly důvody, pro které nemohl předložit zadavatelem požadovaný doklad a které by mu nebylo možno přičítat. Stěžovatel tak nenaplnil zákonné podmínky podle § 45 odst. 2 zákona, resp. § 79 odst. 5 zákona a nebyl oprávněn předložit namísto zadavatelem požadovaných dokladů doklady jiné, rovnocenné;*
- 6. Nad rámec výše uvedeného zadavatel vyslovil pochybnost, že i kdyby stěžovatelovy důvody pro předložení rovnocenných dokladů obstály, předložené dokumenty v žádosti o účast*

neobsahují veškeré informace o naplnění podmínek stanovených zadavatelem zejména ve vztahu k řádnému provedení, jejich skutečnému obsahu a rozsahu. Předložené dokumenty by tedy mohly být stěží uznány za rovnocenné, i kdyby se zadavatel dostal do fáze, kdy by se otázkou rovnocennosti dopodrobna zabýval;

7. Stěžovatel ze 3 požadovaných významných zakázek prokázal pouze 2, a tak nesplnil předmětné kritérium technické kvalifikace.

Zadavatel nad rámec své zákonné povinnosti stěžovatele ve své odpovědi na jeho přípis znovu upozornil, že veškeré důvody vedoucí k jeho vyloučení má hledat v samotném rozhodnutí o vyloučení.“.

45. S ohledem na shora uvedené Úřad nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách „blíže neobjasňuje, kde konkrétně shledává, že Rozhodnutí o vyloučení obsahuje podstatné náležitosti.“. Zadavatel navrhovateli zcela jednoznačně sdělil důvody uvedení podnětových spisů v daném rozhodnutí a taktéž zrekapituloval důvody jeho vyloučení (které jsou náležitostmi daného rozhodnutí dle § 48 odst. 11 zákona).
46. Navrhovatel je dále názoru, že v souvislosti s částí námitek „Účelový opětovný přezkum nabídky Stěžovatele“ chybí v rozhodnutí o námitkách jakákoliv argumentace, která by účelovost rozhodování zadavatele vyloučila.
47. Navrhovatel v dotčené části námitek namítal, že zadavatel nevysvětlil, z jakého důvodu přistoupil k opětovnému přezkoumání kvalifikace navrhovatele. Navrhovatel poukázal na to, že zadavatel v rámci podnětů šetřených Úřadem trval na tom, že postupoval v souladu se zákonem. Následně však bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí o jeho vyloučení, v němž bylo uvedeno, že zadavatel získal na základě daných podnětů pochybnosti o svém postupu. Nicméně ani jeden z podnětů se netýkal toho, že by referenční zakázka navrhovatele nebyla řádně plněna. Navrhovatel tak měl za to, že využití podnětů jako podkladu pro vyloučení navrhovatele bylo účelové a neopodstatněné.
48. K tomu zadavatel uvedl, že v rozhodnutí o vyloučení navrhovateli sdělil, že se v návaznosti na podané podněty rozhodl prověřit svůj dosavadní celkový postup, přičemž taková praxe není nic neobvyklého a žádný právní předpis mu v tomto nebrání – naopak je žádoucí, aby zadavatel postupoval tak, aby průběh zadávacího řízení nebyl jakkoli zpochybněn. Zadavatel dále doplnil, že z věty o podaných podnětech „nelze vyčíst, jak mylně dovozuje stěžovatel, že by z proběhlých šetření podnětů zadavatel něco vyvozoval v souvislosti se zjištěnými nedostatky technické kvalifikace stěžovatele nebo tyto skutečnosti nějak spojoval. Zadavatel pouze jednoduše vysvětlil stěžovateli, jak dokládá výše citovaná věta, že jelikož byly v zadávacím řízení podány hned dva podněty k Úřadu, rozhodl se předejít dalším pochybnostem a svůj postup celkově prověřil. Takový postup přímo předvídá § 49 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel kdykoli v průběhu zadávacího řízení učiní nezbytné a přiměřené opatření k nápravě, pokud zjistí, že postupoval v rozporu se zákonem. Z dikce zákona naopak přímo vyplývá, že pokud zadavatel zjistí, že porušil zákon tím, že nesprávně posoudil technickou kvalifikaci stěžovatele, opatření k nápravě, tedy vyloučení účastníka zadávacího řízení učinit musí. Splnění zákonné povinnosti pak rozhodně nelze označovat ‚za zcela zjevně účelové a neopodstatněné‘. Zadavatel současně zvolil postup nezbytný a přiměřený, který co nejméně zasáhl do práv ostatních účastníků zadávacího řízení, tedy vyloučil účastníka zadávacího řízení, jehož se nesplnění kvalifikace týkalo.“.

49. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel reagoval na všechny navrhovatelem vznesené námítky, a to v takové míře podrobností, v jaké byly vzneseny samotné námítky.
50. Navrhovatel dále rozporuje vypořádání částí „Neuplatnění institutu objasnění nabídky“ a „Procesní pochybení v Zadávacím řízení“ námitek, kdy je názoru, že zadavatel „*neuvádí, z jakého důvodu přistoupil k vyloučení Navrhovatele z důvodu nesplnění kvalifikace až v navazujících fázích zadávacího řízení a proč považuje svůj postup provedení vyloučení Navrhovatele až ve finální fázi zadávacího řízení za souladný se ZZVZ, když Navrhovatel uvádí, že je přesvědčen, že se jedná o podstatné porušení ZZVZ, které vyloučení účastníka z důvodů prezentovaných Zadavatelem v současné fázi jednacího řízení s uveřejněním vůbec neumožňuje, a nezabývá se odkazy na odbornou literaturu, kterou Navrhovatel na podporu svých tvrzení uvádí.*“.
51. V části „Neuplatnění institutu objasnění nabídky“ námitek navrhovatel vyjádřil názor, že pokud měl zadavatel pochybnosti o tom, že by dotčená referenční zakázka nebyl plněna řádně, měl postupovat v souladu s principy 3E a dle § 46 zákona nejprve navrhovatele vyzvat k objasnění nabídky, a nikoli jej rovnou vyloučit. V této souvislosti navrhovatel odkázal na rozhodovací praxi správních soudů a Úřadu. Navrhovatel dále podotkl, že zadavatel nepřistoupil k využití § 46 zákona ani ohledně zadavatelem tvrzené rozpornosti důvodu, pro který navrhovatel nepředložil požadované osvědčení, nýbrž rovnocenné doklady. Navrhovatel vytkl zadavateli, že se ani nepokusil o opatření vysvětlení ze strany navrhovatele, ani o potvrzení ze strany referenčního objednatele.
52. Zadavatel nesouhlasil s tím, že by nedostál zásadě transparentnosti (na kterou navrhovatel prostřednictvím rozhodovací praxe soudů a Úřadu odkazuje), neboť, jak vyplývá z vyjádření zadavatele k jiné části námitek, zadavatel uvedl přehledně a srozumitelně veškeré své úvahy v rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel dále uvedl, že se nenacházel v situaci předvídané ve stanovisku Úřadu „Aplikace ustanovení § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek optikou aktuální rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“ pro povinný postup dle § 46 zákona, tzn. že disponoval dostatečnými podklady pro posouzení ne/splnění zadávacích podmínek, neboť „*z dokumentů, které mu sám stěžovatel předložil jednoznačně vyplývalo, že zákonné podmínky pro postup podle ustanovení § 45 odst. 2, resp. § 79 odst. 5 zákona nejsou naplněny vzhledem ke zjevné nevěrohodnosti a vnitřní rozpornosti čestného prohlášení stěžovatele ve vztahu k dokumentům, které zadavateli sám předložil.*“ Ani případný postup dle § 46 zákona by na daném stavu nic nezměnil. Zadavatel uzavřel, že „*[d]ůvody pro vyloučení stěžovatele byly jednoznačné a jsou postaveny na dokumentech, které zadavateli sám předložil. Nebylo tedy co vyjasňovat, zadavatel nebyl k takovému postupu povinen, ani nebyl povinen sám si opatřovat nějaké potvrzení od objednatele referenční zakázky. Současně zadavatel k vyloučení stěžovatele přistoupil v souladu s § 49 odst. 1 zákona v okamžiku, kdy důvody pro vyloučení zjistil, takže argumentace tím, že v předchozí[ch] fázích zadávacího řízení zadavatel neměl o referenční zakázce pochybnosti je logicky zcela lichá: jak mohl mít pochybnosti, když své pochybení zjistil později.*“ Pro úplnost pak zadavatel uvedl, že principy 3E se na zadavatele nevztahují, ten je povinen postupovat s péčí řádného hospodáře upravenou zákonem č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů.
53. V části „Procesní pochybení v Zadávacím řízení“ námitek pak navrhovatel namítal, že k posuzování kvalifikace může zadavatel přistoupit pouze po uplynutí lhůty pro podání

žádostí o účast a před jednací fází jednacího řízení s uveřejněním, tj. do odeslání výzvy k podání předběžných nabídek, čímž je dle navrhovatele omezeno oprávnění dle § 39 odst. 4 zákona. Toto omezení je dle navrhovatele potvrzeno Úřadem (v rámci 9. metodického dne Úřadu) a taktéž odbornou literaturou, zadavatel nicméně rozhodl o vyloučení navrhovatele až v poslední fázi jednacího řízení s uveřejněním, kdy účastníci již podali finální nabídky.

54. S tímto zadavatel nesouhlasil, neboť, jak vyplývá i z komentářové literatury, k postupu dle § 49 odst. 1 zákona je zadavatel oprávněn kdykoli v průběhu zadávacího řízení.
55. Z výše uvedeného je zřejmé, že se zadavatel vyjádřil ke všem navrhovatelem namítaným skutečnostem, neboť sdělil navrhovateli svůj postoj k tomu, proč v dané věci nepostupoval dle § 46 zákona, z jakého důvodu nepožádal o potvrzení objednatele referenční zakázky a také proč považuje vyloučení navrhovatele v poslední fázi zadávacího řízení za souladné se zákonem. Zcela jistě není povinností zadavatele reagovat na všechny stěžovatelem odkazované rozsudky správních soudů, rozhodnutí Úřadu či názory vyjádřené v komentářové literatuře, podstatné je, že se zadavatel vyjádří k podstatě namítané skutečnosti, čemuž zadavatel v šetřeném případě dostal.
56. Zmiňuje-li pak navrhovatel v návrhu nad rámec výše uvedeného, že ve většině případů se zadavatel náležitě nevypořádal s námitkami navrhovatele, Úřad předně predestiruje, že obecně platí, že podrobnost vypořádání vznesené námítky je dána podrobností/obecností jí samotné [k tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 62/2019-101 ze dne 25. 11. 2021, v němž soud judikoval: „*Platí tedy, že čím obecněji navrhovatel formuluje své návrhové body, tím obecnější bude vypořádání ze strany soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2014, 1 AOs 6/2013 - 55, bod 17).*“]. Vzhledem tedy k tomu, že navrhovatel blíže nerozvádí, které konkrétní námitky a v jaké míře považuje za nevypořádané, Úřad toliko uvádí, že po přezkoumání obsahu námitek a rozhodnutí zadavatele o nich neshledal, že by se zadavatel s některými námitkami navrhovatele náležitě nevypořádal.
57. S ohledem na vše shora uvedené Úřad uzavírá, že zadavatel se v rámci rozhodnutí o námitkách vypořádal se všemi navrhovatelem vznesenými námitkami v souladu s § 245 odst. 1 zákona, tj. podrobně (tzn. v míře podrobností odpovídající samotným tvrzením navrhovatele) a srozumitelně odůvodnil, proč podané námitky odmítá.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

58. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
59. Podle § 241 odst. 2 zákona námitky podle § 241 odst. 1 zákona se podávají písemně a lze je podat proti
 - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo

- c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
60. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
61. Podle § 242 odst. 3 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, musí být námitky proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty.
62. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Posouzení věci Úřadem

63. Zadavatel v čl. 6. „Technická kvalifikace“ odst. 6.2 „Kvalifikační dokumentace – kvalifikační podmínky účasti v zadávacím řízení, obsah, forma a způsob podání žádosti o účast“ (dále jen „kvalifikační dokumentace“) stanovil, že *„[t]echnickou kvalifikaci splňuje Dodavatel, který prokáže, že v posledních 3 (...) letech před zahájením zadávacího řízení realizoval pro jiný subjekt[,] než je on sám, alespoň 3 významné zakázky spočívající v poskytování fyzické ostrahy v průmyslových a/nebo energetických objektech soustavně po dobu alespoň 24 po sobě jdoucích měsíců, přičemž:*
- *alespoň 1 významná zakázka musí být realizována zároveň alespoň na 2 samostatných lokalitách (samostatnými lokalitami se pro účely této Kvalifikační dokumentace rozumí lokality vzájemně stavebně nepropojené s odděleným systémem zajištění fyzické ochrany);*
 - *alespoň 1 významná zakázka musí být realizována na objektu, který je prvkem kritické infrastruktury ve smyslu zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů nebo na objektu zařazeného do skupiny A nebo skupiny B ve smyslu zákona č. 224/2015 Sb. zákona o prevenci závažných havárií, ve znění pozdějších předpisů;*
 - *finanční objem každé významné zakázky musí činit alespoň 80.000.000,- Kč bez DPH za 1 rok.*

Toto kritérium technické kvalifikace rovněž splní Dodavatel v případě, že se jedná o zakázku dosud probíhající za předpokladu splnění výše uvedených parametrů ke dni vydání příslušného osvědčení.

Toto kritérium technické kvalifikace rovněž splní Dodavatel v případě, že se jedná o zakázku zahájenou dříve než v posledních 3 letech, pokud byla zakázka v posledních 3 letech dokončena nebo pokud stále probíhá za předpokladu splnění výše uvedených parametrů ke dni vydání příslušného osvědčení.

způsob prokázání:

předložením vyplněné a podepsané tabulky formuláře ‚Seznam významných zakázek obdobného rozsahu a charakteru‘. Tato tabulka je uvedena v příloze č. 3 ke Kvalifikační dokumentaci.

Dodavatel současně doloží i ‚Osvědčení o řádném plnění zakázky‘ (tj. referenční listiny) podepsané objednateli daných významných zakázek.

Souhrnně z těchto dokumentů, tj. ze Seznamu významných zakázek a referenčních listin, musí vyplývat realizace zakázek splňujících definici významné zakázky uvedenou výše. (...).“.

64. V této souvislosti navrhovatel v návrhu, resp. v námitkách, na které v rámci návrhu v podrobnostech odkazuje, uvádí, že „[l]ze mít rovněž za to, že Zadavatel nebyl vůbec oprávněn osvědčení o řádném plnění požadovat. Stěžovatel si je vědom toho, že je v obecné rovině Zadavatel oprávněn stanovit i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena v části čtvrté ZZVZ. Zadavatel nicméně využil zákonem definovaného institutu technické kvalifikace, když konkrétně požadoval předložení seznamu významných služeb dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ. V takovém případě nicméně Zadavatel zřejmě nebyl oprávněn osvědčení požadovat.“.
65. V této souvislosti Úřad uvádí, že výše namítaná skutečnost představuje námitku proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele, přičemž pro její uplatnění u zadavatele stanoví zákon v § 242 odst. 3 lhůtu do skončení lhůty pro podání žádostí o účast. Na tomto místě Úřad pro úplnost dodává, že zmiňuje-li navrhovatel, že se nejedná o námitku proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci, nýbrž o námitku směřující toliko proti extenzivnímu výkladu zadavatele, co má z požadovaného osvědčení vyplývat, který ale nemá oporu v zadávací dokumentaci (resp. ve vysvětlení zadávací dokumentace – viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak s tímto se Úřad neztotožňuje.
66. Navrhovatel v dotčené části námitek namítal, že zadavatel „až v rozhodnutí o vyloučení zpětně dovozuje, co mělo z osvědčení o řádném plnění zakázky vyplývat. Pokud Zadavatel měl v úmyslu, aby účastníci Zadávacího řízení pře[d]kládali osvědčení, ze kterého bude vyplývat řádné provedení služeb, jejich skutečný obsah a rozsah, neuplatnění sankcí či spokojenost s poskytovanými službami, měl Zadavatel požadovanou míru detailu daného osvědčení jednoznačně vymezit v zadávacích podmínkách.“. Navrhovatel dále zrekapituloval, jaké doklady zadavateli předložil a že je z nich zřejmé, co bylo obsahem jednotlivých služeb a v jakém rozsahu byly poskytovány, přičemž současně popsal systém fakturace v rámci plnění referenční zakázky. K tomu doplnil výše citované v bodě 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí s tím, že „[p]okud bylo Zadavatelovým záměrem stanovit kvalifikační požadavky odlišně od zákonného znění § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ, měl tuto informaci v zadávacích podmínkách uvést a nevyužívat znění zákonného požadavku technické kvalifikace s číselnými a dalšími parametry přesně podle odpovídajícího ustanovení ZZVZ“, a uzavřel, že předmětný „požadavek kvalifikace je nutné vykládat podle znění ZZVZ, a proto je možné uzavřít, že Zadavatel nebyl podle ZZVZ oprávněn předložení osvědčení o řádném plnění referenční zakázky vůbec žádat.“.
67. Je tak zřejmé, že gros příslušné námitky spočívá v tom, že pokud zadavatel při vymezení daného kritéria technické kvalifikace vycházel ze znění zákona [§ 79 odst. 2 písm. b) zákona], nebyl oprávněn požadovat doložení osvědčení objednatele o řádném plnění zakázky, neboť zákon uvedené v případě dodávek/služeb neumožňuje. Požadavek na doložení osvědčení objednatele o řádném plnění zakázky však jednoznačně vyplývá již ze samotného znění zadávací podmínky, tudíž se nejedná o skutečnost, kterou by zadavatel dovozoval až ex

post jakýmsi extenzivním výkladem zadávacích podmínek. Jedná se tedy o skutečnost, kterou navrhovatel mohl uplatnit již v rámci námitek podaných v souladu s § 242 odst. 3 zákona.

68. V šetřeném případě byla lhůta pro podání žádosti o účast stanovena do 9. 6. 2023. Vzhledem k tomu, že navrhovatel námitku uvedenou v bodě 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí prvně uplatnil vůči zadavateli až v rámci návrhu ze dne 16. 2. 2024, resp. námitek ze dne 30. 1. 2024, přičemž z předložené dokumentace o zadávacím řízení rovněž nevyplývá, že by navrhovatel podal jiné námitky, které by předcházely podání daného návrhu (ani sám navrhovatel nic takového netvrdí), Úřad konstatuje, že výše zmíněné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky a zároveň se v daném případě nejedná o správné řízení vedené ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 254 zákona (kde se tato podmínka neuplatní), pročež tedy Úřad rozhodl podle § 257 písm. h) zákona o zastavení správného řízení v rozsahu vymezeném touto částí návrhu, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

69. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
70. Podle § 28 odst. 1 zákona se zadávacími podmínkami pro účely tohoto zákona rozumí veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
71. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona.
72. Podle § 45 odst. 1 zákona pokud tento zákon nebo zadavatel vyžaduje předložení dokladu, předkládá dodavatel kopie dokladu, nestanoví-li tento zákon jinak. Zadavatel může postupem podle § 46 odst. 1 zákona požadovat předložení originálu nebo ověřené kopie dokladu.
73. Podle § 45 odst. 2 zákona pokud zadavatel vyžaduje předložení dokladu a dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit požadovaný doklad, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad.
74. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.

75. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
76. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
 - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
77. Podle § 48 odst. 11 zákona zadavatel odešle bezodkladně účastníkovi zadávacího řízení oznámení o jeho vyloučení s odůvodněním.
78. Podle § 49 odst. 1 zákona zadavatel kdykoli v průběhu zadávacího řízení učiní nezbytné a přiměřené opatření k nápravě, pokud zjistí, že postupoval v rozporu s tímto zákonem. Opatřením k nápravě se pro účely tohoto zákona rozumí úkony zadavatele, které napravují předchozí postup, který je v rozporu s tímto zákonem.
79. Podle § 61 odst. 5 zákona po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast zadavatel posoudí soulad kvalifikace účastníků zadávacího řízení a provede snížení počtu účastníků zadávacího řízení podle § 111 zákona, pokud si tak vyhradil v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo v předběžném oznámení, kterým zahájil zadávací řízení. Zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky, kteří neprokázali splnění kvalifikace nebo nebyli vybráni při snížení počtu účastníků zadávacího řízení. Nevyloučené účastníky zadávacího řízení vyzve k podání předběžných nabídek. Výzva k podání předběžných nabídek musí obsahovat náležitosti stanovené v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
80. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
81. Podle § 151 odst. 1 zákona sektorovou veřejnou zakázkou je veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
82. Podle § 153 odst. 1 písm. c) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí v odvětví elektroenergetiky
1. poskytování nebo provozování přenosové nebo distribuční soustavy podle jiného právního předpisu v souvislosti s výrobou, přenosem nebo distribucí elektřiny, nebo
 2. dodávka elektřiny do přenosové nebo distribuční soustavy.
83. Podle § 167 odst. 1 zákona zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky může stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté; ustanovení § 76 a § 81 až 88 zákona se použijí obdobně. Zadavatel však nesmí zejména

- a) stanovit některým dodavatelům podmínky, které nejsou stanoveny jiným dodavatelům, nebo
 - b) požadovat doklady, zkoušky nebo jiné údaje bez vážného důvodu opakovaně.
84. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

85. V čl. 2. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci“ odst. 2.3 kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil, že „[p]okud není Dodavatel z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit požadovaný doklad, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad.“
86. V čl. 6. „Technická kvalifikace“ odst. 6.2 kvalifikační dokumentace zadavatel dále stanovil, že „[t]echnickou kvalifikaci splňuje Dodavatel, který prokáže, že v posledních 3 (...) letech před zahájením zadávacího řízení realizoval pro jiný subjekt[,] než je on sám, alespoň 3 významné zakázky spočívající v poskytování fyzické ostrahy v průmyslových a/nebo energetických objektech soustavně po dobu alespoň 24 po sobě jdoucích měsíců, přičemž:
- alespoň 1 významná zakázka musí být realizována zároveň alespoň na 2 samostatných lokalitách (samostatnými lokalitami se pro účely této Kvalifikační dokumentace rozumí lokality vzájemně stavebně nepropojené s odděleným systémem zajištění fyzické ochrany);
 - alespoň 1 významná zakázka musí být realizována na objektu, který je prvkem kritické infrastruktury ve smyslu zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů nebo na objektu zařazeného do skupiny A nebo skupiny B ve smyslu zákona č. 224/2015 Sb. zákona o prevenci závažných havárií, ve znění pozdějších předpisů;
 - finanční objem každé významné zakázky musí činit alespoň 80.000.000,- Kč bez DPH za 1 rok.

Toto kritérium technické kvalifikace rovněž splní Dodavatel v případě, že se jedná o zakázku dosud probíhající za předpokladu splnění výše uvedených parametrů ke dni vydání příslušného osvědčení.

Toto kritérium technické kvalifikace rovněž splní Dodavatel v případě, že se jedná o zakázku zahájenou dříve než v posledních 3 letech, pokud byla zakázka v posledních 3 letech dokončena nebo pokud stále probíhá za předpokladu splnění výše uvedených parametrů ke dni vydání příslušného osvědčení.

způsob prokázání:

předložením vyplněné a podepsané tabulky formuláře ‚Seznam významných zakázek obdobného rozsahu a charakteru‘. Tato tabulka je uvedena v příloze č. 3 ke Kvalifikační dokumentaci.

Dodavatel současně doloží i ‚Osvědčení o řádném plnění zakázky‘ (tj. referenční listiny) podepsané objednateli daných významných zakázek.

Souhrnně z těchto dokumentů, tj. ze Seznamu významných zakázek a referenčních listin, musí vyplývat realizace zakázek splňujících definici významné zakázky uvedenou výše.

Prokazuje-li Dodavatel splnění tohoto kritéria kvalifikace prostřednictvím jiné osoby ve smyslu ustanovení odst. 2.13 této Kvalifikační dokumentace, musí písemný závazek dle odst. 2.13 obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat služby, ke kterým se prokazované kritérium vztahuje. V této souvislosti zároveň Zadavatel upozorňuje na výhradu Zadavatele dle § 105 odst. 2 ZZVZ na plnění určité části výhradně Dodavatelem, která je detailně specifikována v ustanovení odst. 4.4 části 1 Zadávací dokumentace a navazujících ujednáních Smluv.

Dodavatel splnění tohoto kritéria kvalifikace může prokázat rovněž zakázkami, které poskytl

- a) společně s jinými Dodavateli, a to v rozsahu v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo*
- b) jako Poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění služeb podílel.“*

87. *V „Souhrnném vysvětlení zadávací dokumentace č. 5“ zadavatel uvedl: „(...) v případě, kdy dodavatel nemůže v rámci prokázání splnění kritéria technické kvalifikace pro plnění předmětné veřejné zakázky předložit v souladu s odst. 6.2 části 2 Zadávací dokumentace Osvědčení o řádném plnění zakázky, neboť z důvodu neležících na jeho straně jej nemůže získat od svého objednatele, umožní zadavatel dodavateli předložit jiné rovnocenné doklady, z nichž bude splnění předmětného kritéria technické kvalifikace zřejmé.“*

88. *Zadavatel obdržel celkem 3 žádosti o účast, přičemž navrhoval v souvislosti s výše uvedeným kritériem technické kvalifikace v rámci své žádosti o účast mj. předložil následující dokumenty:*

- 1) Seznam významných zakázek obdobného rozsahu a charakteru*
- 2) Čestné prohlášení společnosti [obchodní tajemství] ze dne 6. 6. 2023*

„Dodavatel tímto čestně prohlašuje a dokládá, že

- a) v období od 1. 8. 2019 do současnosti realizoval a realizuje pro společnost [obchodní tajemství] významnou zakázku spočívající v poskytování fyzické ostrahy v průmyslových objektech klienta, když finanční objem této významné zakázky činil nejméně 80.000.000,- Kč bez DPH za 1 rok;*
- b) výše v bodě a) uvedenou významnou zakázku realizoval na základě rámcové smlouvy Master Services Agreement uzavřené s účinností od 1. 8. 2019 mezi společnostmi [obchodní tajemství] a k této smlouvě s účinností od 1. 8. 2019 uzavřené formální rámcové objednávce Master Work Order a následovně na základě navazující Main Supply Agreement uzavřené s účinností od 1. 7. 2022 mezi společnostmi [obchodní tajemství] a k této smlouvě s účinností od 1. 7. 2022 uzavřené formální rámcové objednávce Master Work Order, přičemž dodavatel jako člen holdingu Mark2 Corporation tuto zakázku [obchodní tajemství] realizoval a prováděl (realizuje a provádí) na základě objednávek služeb fyzické ostrahy vystavených společnostmi [obchodní tajemství];*
- c) vzhledem ke skutečnosti, že podle čl. 14.2. v bodě b) výše uvedených rámcových smluv nelze vydávat nebo provádět jakákoli zveřejnění týkající se těchto smluv nebo jejich podmínek nebo povahy či existence jakéhokoli vztahu mezi stranami a dodavatel tak nemůže získat od svého objednatele a zadavateli doložit Osvědčení o řádném plnění zakázky podle čl. 6.2 Zadávací dokumentace – Část 2 – Kvalifikační dokumentace, a to z důvodu tohoto existujícího omezení, které mu nelze přičítat, tudíž dodavatel ve smyslu čl. 2.3. Zadávací dokumentace – Část 2 – Kvalifikační*

dokumentace předmětné veřejné zakázky předkládá k prokázání realizace významné zakázky podle čl. 6.2 Zadávací dokumentace – Část 2 – Kvalifikační dokumentace rovnocenné doklady, a to:

- i. Master Work Order/Rámcová formální objednávka [obchodní tajemství] s účinností od 1. 8. 2019*
 - ii. Oznámení o prodloužení Master Work Order/Rámcové formální objednávky [obchodní tajemství] ze dne 29. 4. 2021*
 - iii. Master Work Order/Rámcová formální objednávka [obchodní tajemství] s účinností od 1. 7. 2022*
 - iv. Seznam dodavatelem vystavených daňových dokladů – faktur na úhradu realizovaných služeb fyzické ostrahy*
 - v. Vystavené daňové doklady – faktury dodavatele na úhradu realizovaných služeb fyzické ostrahy“*
- 3) Čestné prohlášení společnosti [obchodní tajemství] ze dne 8. 6. 2023
„Společnost [obchodní tajemství] čestně prohlašuje, že
- a) uzavřela s účinností od 1. 8. 2019 se společností [obchodní tajemství] rámcovou smlouvu Master Services Agreement a k této smlouvě s účinností od 1. 8. 2019 rámcovou objednávku Master Work Order a následovně s účinností od 1. 7. 2022 navazující Main Supply Agreement a s účinností od 1. 7. 2022 rámcovou objednávku Master Work Order na realizaci služeb fyzické ostrahy v průmyslových objektech;*
 - b) předmětem smluv uvedených v bodě a) tohoto čestného prohlášení bylo/je poskytování fyzické ostrahy v průmyslových objektech objednatele;*
 - c) [obchodní tajemství] výše uvedenou předmětnou zakázku v období od 1. 8. 2019 do současnosti prováděla a provádí společnost [obchodní tajemství], a to na základě objednávek vystavených [obchodní tajemství] společností objednatele [obchodní tajemství];*
 - d) služby fyzické ostrahy poskytnuté [obchodní tajemství] byly poskytovány v průmyslových objektech objednatele, [obchodní tajemství] soustavně po dobu delší než 24 po sobě jdoucích měsíců a jejich finanční objem činil více než 80.000.000,- Kč bez DPH za 1 rok.“*
- 4) Rámcová smlouva o poskytování služeb uzavřená dne 26. 6. 2019 mezi společnostmi [obchodní tajemství] s účinností od 1. 8. 2019, v jejímž čl. 14.2. „Značky Objednatele, veřejná prohlášení“ je stanoveno: [obchodní tajemství]
- 5) Rámcová formální objednávka ze dne 26. 6. 2019 účinná od 1. 8. 2019, v jejímž čl. 1 „Popis služeb“ je stanoveno: [obchodní tajemství]
- 6) Oznámení o prodloužení Rámcové formální objednávky ze dne 29. 4. 2021, jímž [obchodní tajemství].

- 7) Rámcová smlouva o dodávkách uzavřená dne 16. 5. 2022 mezi společnostmi [obchodní tajemství] s účinností od 1. 7. 2022, v jejímž čl. 14.2. „Značky Objednatele, veřejná prohlášení“ je stanoveno: [obchodní tajemství]
 - 8) Rámcová formální objednávka ze dne 16. 5. 2022 účinná od 1. 7. 2022, v jejímž čl. 1 „Popis služeb“ je stanoveno: [obchodní tajemství]
 - 9) Seznam daňových dokladů (uvedeno číslo faktury, datum, částka v PLN, měsíční kurz, částka v CZK, odkaz na kurz k poslednímu dni v daném měsíci)
 - 10) Faktury vystavené v letech 2021, 2022 a 2023
89. Zadavatel posoudil obdržené žádosti o účast, přičemž žádost o účast navrhovatele posoudil jako splňující podmínky kvalifikace, načež navrhovatel (a další účastník zadávacího řízení) podal předběžnou nabídku a posléze i nabídku.
90. Rozhodnutím ze 15. 1. 2024 zadavatel dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, přičemž dané rozhodnutí odůvodnil následovně:

„Důvodem pro vyloučení je:

Zadavatel, mj. v návaznosti na podněty podané k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (vedené pod sp. zn. ÚOHS-P0768/2023/VZ a ÚOHS-P1073/2023/VZ) a zde vznesené pochybnosti ohledně kvalifikace účastníků zadávacího řízení, prověřil celkově svůj postup a dokumentaci o zadávacím řízení. Při této příležitosti zjistil, že byla nesprávně posouzena technická kvalifikace účastníka zadávacího řízení Společnosti pro veřejnou zakázku Ostraha EDU a ETE (...)

Účastník zadávacího řízení předložil ve své žádosti o účast k prokázání předmětného kritéria kvalifikace:

(i) Seznam významných zakázek obdobného rozsahu a charakteru ze dne 8. 6. 2023 potvrzený O. Rutarem (dále jen Seznam významných zakázek)

a pro prokázání zakázky uváděné pod č. 3 v Seznamu významných zakázek (dále jen referenční zakázka):

(ii) Čestné prohlášení dodavatele k prokázání technické kvalifikace, podle kterého má dodavatel [obchodní tajemství] realizovat významnou zakázku spočívající v poskytování fyzické ostrahy v průmyslových objektech klienta, když finanční objem této významné zakázky činil nejméně 80 mil. Kč bez DPH za rok, a to spolu s následujícími dokumenty:

- *Master Work Order/Rámcová formální objednávka [obchodní tajemství] s účinností od 1. 8. 2019*
- *Oznámení o prodloužení Master Work Order/Rámcov[é] formální objednávky [obchodní tajemství] ze dne 29. 4. 2021*
- *Master Work Order/Rámcová formální objednávka [obchodní tajemství] s účinností od 1. 7. 2022*
- *Seznam dodavatelem vystavených daňových dokladů – faktur na úhradu realizovaných služeb fyzické ostrahy*

- *Vystavené daňové doklady – faktury dodavatele na úhradu realizovaných služeb fyzické ostrahy.*

Účastník zadávacího řízení tedy ve vztahu k referenční zakázce nepředložil doklad požadovaný zadavatelem v zadávací dokumentaci, tedy osvědčení o řádném plnění zakázky (tj. referenční listinu) podepsan[é] objednatelem dané významn[é] zakáz[ki], nýbrž předložil doklady jiné.

K tomu, proč nepředložil zadavatelem požadované osvědčení o řádném plnění zakázky podepsané objednatelem referenční zakázky, účastník zadávacího řízení v čestném prohlášení uvedl, že ,vzhledem ke skutečnosti, že podle čl. 14.2 v bodě b) výše uvedených rámcových smluv nelze vydávat nebo provádět jakákoli zveřejnění týkající se těchto smluv nebo jejich podmínek nebo povahy či existence jakéhokoli vztahu mezi stranami a dodavatel tak nemůže získat od svého objednatele a zadavateli doložit Osvědčení o řádném plnění zakázky podle čl. 6.2 Zadávací dokumentace – Část 2 – Kvalifikační dokumentace, a to z důvodu tohoto existujícího omezení, které mu nelze přičítat, tudíž dodavatel ve smyslu čl. 2.3 Zadávací dokumentace – část 2 – kvalifikační dokumentace předmětné veřejné zakázky předkládá k prokázání realizace významné zakázky podle čl. 6.2 Zadávací dokumentace – Část 2 – Kvalifikační dokumentace rovnocenné doklady' a dále vyjmenovává dokumenty, jak jsou uvedeny výše.

Zadavatel výše uvedené rámcové smlouvy, na něž se účastník zadávacího řízení odkazuje, přezkoumal a dospěl k následujícími zjištění. (...)

Z článku smlouvy, na který se účastník zadávacího řízení sám odkazuje, nevyplývá, že by nemohl získat od objednatele referenční zakázky osvědčení o jejím řádném splnění. Odkazované ustanovení pouze stanoví, že [obchodní tajemství], neboť se nejedná o veřejný dokument a lze jej chránit způsobem podle § 218 zákona, pokud by to účastník zadávacího řízení nebo objednatel referenční zakázky požadoval. Odkazované ustanovení tedy rozhodně nebrání tomu, aby si účastník zadávacího řízení nechal osvědčení o řádném plnění zakázky vystavit a objednatel referenční zakázky formuloval osvědčení o řádném plnění zakázky způsobem, který by mu vyhovoval.

Pokud jde o předložení rovnocenných dokladů, je zadavatel povinen, pokud účastník zadávacího řízení využije § 45 odst. 2 zákona, resp. § 79 odst. 5 zákona, v první řadě posoudit, zda skutečně existují důvody bránící předložení požadovaného dokladu, a zda tyto důvody nelze skutečně účastníkovi zadávacího řízení přičítat, a teprve až následně posoudit, zda jde po stránce obsahových, resp. kvalitativních náležitostí skutečně o rovnocenný doklad. Zadavatel tak v první řadě posoudil, zda byl účastník zadávacího řízení oprávněn předložit rovnocenné doklady.

Účastník zadávacího řízení sice odůvodnil, proč nepředložil zadavatelem požadovaný doklad (tj. osvědčení o řádném plnění zakázky), nicméně tyto důvody neodpovídají obsahu listin, které sám zadavateli poskytl. Takové odůvodnění proto nelze pokládat za věrohodné.

Zadavatel také pokládá odůvodnění účastníka zadávacího řízení za vnitřně rozporné. Pokud by totiž byla pravda, co účastník zadávacího řízení tvrdí v čestném prohlášení, nemohl by zadavateli předložit ani doklady, které mu předložil, neboť i tím by porušoval odkazované ustanovení Master Service Agreement/Smlouvy o poskytování služeb. I z těchto dokladů nepochybně vyplývají podmínky dotčené smlouvy a povaha a existence vztahu mezi smluvními stranami, možná více než kdyby byla zadavateli předložena referenční listina formulovaná

samotným objednatelem referenční zakázky. Jinými slovy, pokud by účastníkem zadávacího řízení odkazované ustanovení smlouvy skutečně bránilo vystavení osvědčení o řádném plnění zakázky, tím spíše by neměly být zadavateli poskytovány relativně detailní informace o existenci smluvního vztahu, jeho obsahu a finančním objemu poskytovaných služeb patrné zejména ze specifikace poskytovaných služeb a předložených faktur.

Na základě výše uvedeného zadavatel uzavírá, že účastník zadávacího řízení neprokázal, že by existovaly důvody, pro které nemohl předložit zadavatelem požadovaný doklad a které by mu nebylo možno přičítat, a že by byl tudíž oprávněn předložit namísto zadavatelem požadovaných dokladů doklady jiné, rovnocenné.

Zadavatel se proto již dále nezabýval rovnocenností dokladů ve smyslu uvedení relevantních informací o naplnění podmínek stanovených zadavatelem a rovnocenností s ohledem na osobu vystavující požadovaný doklad. Nicméně i kdyby účastník zadávacího řízení prokázal, že byl oprávněn zadavateli předložit rovnocenné doklady (což ale neprokázal), předložené dokumenty by mohly být stěží uznány za rovnocenné, protože rozhodně neobsahují veškeré informace o naplnění podmínek stanovených zadavatelem zejména ve vztahu k řádnému provedení, jejich skutečnému obsahu a rozsahu.

Z předložených dokumentů (vyjmenovaných výše) podle všeho vyplývá pouze:

- *Existence vztahu mezi společnostmi [obchodní tajemství], přičemž zřejmě jde o zakázku zahájenou dříve než v posledních 3 letech, která patrně stále probíhá;*
- *Povaha smluvního vztahu a obsah poskytovaných služeb (specifikace poskytovaných služeb fyzické ochrany);*
- *Skutečnost, že účastník zadávacího řízení fakturoval objednateli referenční zakázky hodinové sazby určitých profesí v polských zlotých a že zřejmě mohlo být fakturováno alespoň 80.000.000,- Kč bez DPH za 1 rok.*

Skutečnost, že účastník zadávacího řízení vystavil předložené faktury, ale ještě bez dalšího nedokládá, že by plnění skutečně proběhlo v požadovaném rozsahu, natož že by plnění proběhlo „řádně“ a prokazovalo účastníkovo schopnost plnit veřejnou zakázku v odpovídající kvalitě. Z vystavených faktur nelze vyčíst, zda byly práce ve fakturovaném rozsahu skutečně odvedeny a převzaty, případně s jakými výhradami, či zda byly či nebyly uplatněny smluvní sankce. Nelze pominout, že právě nespokojenost s prací dodavatele bývá častým důvodem nevystavení referenční listiny.

Podle odst. 6.2 kvalifikační dokumentace měl účastník zadávacího řízení předložit 3 významné zakázky a v Seznamu významných zakázek pod pořadovým číslem 1 až 3 uvedl „pouze“ 3 zakázky. Zakázku pod pořadovým číslem 3 (objednatel [obchodní tajemství]) však nelze z výše popsaných důvodů uznat jako významnou zakázku ve smyslu předmětného kvalifikačního kritéria, a tudíž účastník zadávacího řízení reálně disponuje pouze 2 významnými zakázkami k prokázání předmětného kritéria kvalifikace.

Zadavatel tedy uzavírá, že účastník zadávacího řízení neprokázal předmětné kvalifikační kritérium způsobem stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tudíž nesplnil zadávací podmínky, pokud jde o prokázání technické kvalifikace podle odst. 6.2 kvalifikační dokumentace, neboť neprokázal, že v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení realizoval pro jiný subjekt než je on sám, alespoň 3 významné zakázky spočívající v poskytování

fyzické ostrahy v průmyslových a/nebo energetických objektech soustavně po dobu alespoň 24 po sobě jdoucích měsíců.“

91. Dne 17. 1. 2024 obdržel zadavatel přípis navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel uvedl:

„Vzhledem k absenci poučení o možnosti podání opravného prostředku, tj. námitek proti úkonům zadavatele, v rozhodnutí o vyloučení, Vám tímto sdělujeme, že účastník tedy bude postupovat v souladu s ustanovením § 241 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů a námítky proti rozhodnutí o vyloučení doručí zadavateli v souladu s uvedenou zákonnou úpravou.

Zadavatel se v úvodu rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení odkazuje na správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-P0768/2023/VZ a ÚOHS-P1073/2023/VZ a uvádí, že jsou jedním z důvodů vyloučení. Účastník však nemá k obsahu výše uvedených správních spisů přístup, obsah správních spisů nebyl k rozhodnutí o vyloučení přiložen a účastník proto nemá možnost se ve svých námitkách k případným důvodům vyloučení, které by dle zadavatele měly v těchto správních spisech být uvedeny, vyjádřit. Z tohoto důvodu žádáme, aby zadavatel veškerý obsah obou výše uvedených správních spisů účastníkovi zpřístupnil, resp. prokazatelně doručil do jeho dispoziční sféry.“

92. Dne 24. 1. 2024 zadavatel k přípisu navrhovatele ze dne 17. 1. 2024 uvedl:

„(...) zadavatel předně uvádí, že předmětné správní spisy nevede zadavatel, resp. nejsou v jeho dispoziční sféře, nýbrž Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Zadavatel tedy nemůže obsah výše uvedených správních spisů účastníkovi jakkoli zpřístupnit a účastník se musí se svou žádostí obrátit na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

Nad rámec výše uvedeného pak zadavatel účastníkovi sděluje, že ve svém rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení ze dne 15. 1. 2024 uvedl, že podněty podané k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vedené pod sp. zn. ÚOHS-P0768/2023/VZ a ÚOHS-P1073/2023/VZ byly toliko impulsem pro zadavatele k celkovému prověření svého postupu v rámci zadávacího řízení na výše uvedenou veřejnou zakázku a dokumentace o zadávacím řízení, nikoli tedy že obsahují důvody, které by vedly zadavatele k rozhodnutí o vyloučení účastníka. Veškeré důvody pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení jsou v úplném a přezkoumatelném rozsahu uvedeny v předmětném rozhodnutí o vyloučení ze dne 15. 1. 2024. Současně je – v souladu s § 48 odst. 11 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů – náležitostí rozhodnutí o vyloučení pouze odůvodnění, nikoli tedy poučení o možnosti podání opravného prostředku, jak je zmíněno v podání.

Zadavatel s ohledem na výše uvedené uzavírá, že rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení obsahuje veškeré důvody, které zadavatele vedly k rozhodnutí o vyloučení účastníka a účastník tak proti tomuto rozhodnutí může podat námítky v souladu s § 241 a násl. zákona č. 134/2016 Sb.“

K postupu zadavatele

93. Úřad předně uvádí, že veškeré úkony zadavatele, resp. postup zadavatele v rámci daného zadávacího řízení musí být činěn tak, aby dostál mj. zásadě transparentnosti, k níž Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 1 Afs 8/2011-107 ze dne 30. 3. 2011 uvedl, že „[ú]čelem zadávacího řízení je zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázku, a tím také dosáhnout efektivního nakládání

s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatelé totiž většinou nehopodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně. Při zadávání veřejných zakázek je tedy nutno zajistit, aby veřejné rozpočty byly spotřebovávány řádně a efektivně, na základě seriózního hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování nebo protihodnoty finanční nebo politické. Veškeré úkony zadavatele by proto měly být činěny takovým způsobem, aby zadávání veřejných zakázek bylo transparentní (...).“. Byť se závěry soudu vztahují k předchozí právní úpravě, lze tyto (stejně jako dále uvedené) zcela jistě aplikovat i ve vztahu k nyní účinné právní úpravě zadávání veřejných zakázek.

94. Lze taktéž odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012, v němž daný soud judikoval, že „[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“. K tomu lze dále doplnit, jak zdůraznil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, že požadavek transparentnosti zadávacího řízení „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu zejména takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná férově a regulérně.
95. Úřad dále uvádí, že zadávací dokumentace veřejné zakázky, kterou se dle § 28 odst. 1 písm. b) zákona rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k zákonu, musí zpravidla obsahovat veškeré zadávací podmínky (v zadávacích řízeních umožňujících jednání mohou být účastníkům zadávacího řízení zadávací podmínky sdělovány také v rámci jednání, kdy dochází k postupnému upřesňování požadavků zadavatele na plnění nabízeného dodavatelem), a je tak klíčovým zdrojem informací, na jejichž základě zvažují dodavatelé svoji účast v zadávacím řízení a zpracovávají své nabídky.
96. Účelem stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace pak je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Požadavek na splnění minimální úrovně technické kvalifikace má pak zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku po jejím přidělení též plnit.
97. V šetřeném případě zadavatel v souvislosti s požadavkem na referenční zakázky požadoval kromě předložení seznamu významných zakázek rovněž doložit „Osvědčení o řádném plnění zakázky“ (v podrobnostech výše).

98. K tomu Úřad předně uvádí, že z obchodního rejstříku se podává, že předmětem podnikání zadavatele je mj. výroba elektřiny, tepelné energie a obchod s elektřinou. Z uvedeného zcela jednoznačně plyne, že zadavatel bezesporu vykonává relevantní činnost ve smyslu § 153 odst. 1 písm. c) zákona (činnost v odvětví elektroenergetiky) a šetřená veřejná zakázka, jejímž předmětem plnění je zajištění služeb fyzické ostrahy, dozorčích činností, klíčové služby a dalších souvisejících činností v lokalitách jaderných elektráren Dukovany a Temelín, tak je veřejnou zakázkou zadávanou při výkonu této činnosti, tedy sektorovou veřejnou zakázkou dle § 151 zákona.
99. Vzhledem k této skutečnosti byl zadavatel v souladu s § 167 odst. 1 zákona oprávněn stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté zákona, tj. včetně kritérií technické kvalifikace. Požadoval-li tedy zadavatel k prokázání technické kvalifikace vyjma předložení seznamu významných zakázek rovněž předložení „Osvědčení o řádném plnění zakázky“, postupoval zcela v souladu se zákonem, byť § 79 odst. 2 písm. b) zákona toto obecně v případě „klasických“ veřejných zakázek na dodávky/služby neumožňuje (je-li možno stanovit i zcela jiná kritéria kvalifikace, je nepochybně *a maiori ad minus* možné i v zákoně upravená kritéria modifikovat). K tomu je rovněž nutno podotknout, že zadavatel se v kvalifikační dokumentaci ani na dotčené ustanovení zákona neodkazuje.
100. Zmiňuje-li rovněž navrhovatel, že zadavatel až v rozhodnutí o vyloučení zpětně dovozuje, co mělo z daného osvědčení, resp. rovnocenných dokladů vyplývat, Úřad se s tímto neztotožňuje. Zadavatel nad rámec posouzení naplnění důvodů pro předložení rovnocenných dokladů ve smyslu § 45 odst. 2 zákona (k tomu v podrobnostech viz dále) toliko uvedl, že navrhovatelem předložené doklady neobsahují veškeré informace zejména ve vztahu řádnému provedení, jejich skutečnému obsahu a rozsahu; předložené faktury nedokládají, že plnění proběhlo řádně. K „řádnému plnění“ pak doplnil, že *„[z] vystavených faktur nelze vyčíst, zda byly práce ve fakturovaném rozsahu skutečně odvedeny a převzaty, případně s jakými výhradami, či zda byly či nebyly uplatněny smluvní sankce.“* Zadavatel tedy pouze uvedl, co se rozumí řádným plněním zakázky, což lze bezpochyby označit za obecně známou skutečnost, která nemohla na straně navrhovatele vyvolat jakoukoli pochybnost o tom, jaké informace mají z předložených dokladů vyplývat, resp. jaké skutečnosti objednatelé ohledně referenčních zakázek svým podpisem potvrzují (plnění proběhlo řádně, tzn. tak, jak bylo sjednáno).
101. Nyní již Úřad přistoupí k posouzení postupu zadavatele v souvislosti s vyloučením navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.
102. Zadavatel v úvodu rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zmiňuje, že *„mj. v návaznosti na podněty podané k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (vedené pod sp. zn. ÚOHS-P0768/2023/VZ a ÚOHS-P1073/2023/VZ) a zde vznesené pochybnosti ohledně kvalifikace účastníků zadávacího řízení, prověřil celkově svůj postup a dokumentaci o zadávacím řízení. Při této příležitosti zjistil, že byla nesprávně posouzena technická kvalifikace účastníka zadávacího řízení Společnosti pro veřejnou zakázku Ostrava EDU a ETE (...).“*
103. Z citovaného zcela jistě nelze dovozovat, že by důvody svého vyloučení měl navrhovatel – vyjma důvodů uvedených v samotném rozhodnutí zadavatele – hledat taktéž v předmětných spisech vedených Úřadem. Zadavatel tímto navrhovateli pouze sdělil, co bylo motivem pro zpětné přezkoumání jeho postupu v zadávacím řízení (ostatně zadavatel v tomto ohledu

navrhovatele „ubezpečil“ i v rámci přípisu ze dne 24. 1. 2024). Přistoupil-li tedy navrhovatel ke zjišťování obsahu daných spisů (které jsou pro posouzení postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele zcela irelevantní; podstatné jsou toliko skutečnosti uvedené v samotném rozhodnutí o vyloučení, protože Úřad tyto tedy neučinil podkladem pro vydání rozhodnutí), učinil tak pouze ze své iniciativy, aniž by k tomu byl zadavatelem jakkoli pobízen, resp. aniž by zadavatel navrhovateli zavedl jakýkoli důvod pro takové jednání. Za této situace tak nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, že neměl zachovánu zákonnou 15denní lhůtu pro podání námitek.

104. Jde-li pak o skutečnost, že zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele až v poslední fázi jednacího řízení s uveřejněním, kdy již byly podány nabídky a kvalifikace účastníků zadávacího řízení již byla posouzena v první fázi zadávacího řízení (příčemž kvalifikace navrhovatele byla posouzena jako splňující podmínky kvalifikace), zde Úřad uvádí, že zákon zadavateli stanoví povinnost (nikoli oprávnění) učinit nezbytné a přiměřené opatření k nápravě, pokud zjistí, že postupoval v rozporu se zákonem, a to kdykoli v průběhu zadávacího řízení; zákon v tomto ohledu nestanoví žádné omezení např. ve vztahu k jednotlivým fázím jednacího řízení s uveřejněním, ev. jiným druhům zadávacího řízení a jejich fázím. S uvedeným nejsou nikterak v rozporu ani tvrzení uvedená v navrhovatelem odkazované prezentaci k 9. metodickému dnu Úřadu¹ (ev. odkazované komentářové literatuře), v níž např. Úřad s odkazem na § 61 odst. 5 zákona zmínil, že „[z]adavatel musí posoudit kvalifikaci všech účastníků ZŘ před jednací fází a vyloučit ty, kteří kvalifikaci neprokázali.“. Dané (obecné) konstatování totiž žádným způsobem nevylučuje případný postup zadavatele dle § 49 odst. 1 zákona, tj. situaci, kdy zadavatel kdykoli v průběhu zadávacího řízení zjistí, že postupoval v rozporu se zákonem a účinní příslušné opatření k nápravě. Zjistil-li tedy zadavatel v šetřeném případě (při prověřování svého dosavadního postupu) až po podání nabídek, že nesprávně posoudil kvalifikaci navrhovatele a toto své pochybení se pokusil napravit dané situaci přiměřeným opatřením, postupoval dle zákona. Za situace, kdy je zmíněný postup zadavatele aprobován zákonem, je zřejmé, že se zadavatel nemohl dopustit navrhovatelem tvrzeného porušení pravidel či narušení hospodářské soutěže – důsledkem zákonného postupu nemůže být nezákonný stav. Ostatně „kontaminace“ jednacího řízení s uveřejněním účastí v jednací fázi někoho, kdo měl být vyloučen (již) po fázi kvalifikační, nemůže právě tomuto účastníkovi (který měl být vyloučen již dříve) způsobit žádnou újmu.
105. Jde-li pak o samotné důvody, pro které zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, při jejichž posouzení Úřad, jak již bylo zmíněno výše, vychází toliko ze samotného rozhodnutí o vyloučení, v němž tyto musí být transparentně uvedeny (obsah případných zadavatelem vyhotovených protokolů o posouzení kvalifikace je pro dané posouzení nepodstatný a tyto tak nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí) a proti němuž směřuje návrh navrhovatele, Úřad uvádí následující.
106. Jak již bylo zmíněno výše, zadavatel v souvislosti s referenčními zakázkami požadoval předložit i „Osvědčení o řádném plnění zakázky“. Navrhovatel však k jedné z referenčních zakázek předložil doklady jiné (viz bod 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí) s tím, že smluvní ujednání

¹ Dostupné na https://uohs.gov.cz/download.php?q=Metodicke_dny/Md_c_9/Methodicky-den-c.-9_blok-II_final_k-uvarejneni.pptx

předložených rámcových smluv mu neumožňuje získat od objednatele dané referenční zakázky požadované osvědčení.

107. K tomu Úřad uvádí, že zákon v § 45 odst. 2 zákona dodavatelům přiznává právo předložit zadavateli doklady rovnocenné dokladům vyžadovaným zadavatelem, to však pouze za předpokladu, že dodavatel není schopen předložit požadovaný doklad z důvodů, které mu nelze přičítat (uvedené ostatně zadavatel připomněl dodavatelům v odst. 2.3 kvalifikační dokumentace, resp. v Souhrnném vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 – viz výše). S ohledem na systematiku § 45 zákona je Úřad názoru, že dané oprávnění představuje *de facto* výjimku z obecného § 45 odst. 1 zákona, který stanoví dodavatelům povinnost předložit zákonem či zadavatelem vyžadovaný doklad. Hodlá-li tedy dodavatel využít této výjimky, je současně tím, kdo nese důkazní břemeno ohledně naplnění důvodů pro její využití. Posléze je na zadavateli, aby (transparentně) posoudil, zda dodavatel důkazní břemeno v této věci unesl či nikoli, resp. zda důvody uváděné dodavatelem obstojí.
108. V tomto ohledu se ostatně vyjadřuje i komentářová literatura², která se shoduje, že danému oprávnění dodavatele na druhé straně odpovídá povinnost zadavatele posoudit, zda dodavatelem uváděné důvody, které mu nelze přičítat, skutečně existují.
109. Až po tomto posouzení zadavatel přistoupí k posouzení, zda je předložený doklad z obsahového hlediska (tj. zda z něj lze seznat informace vymezené v zadávacích podmínkách) dokladem rovnocenným zadavatelem požadovanému dokladu.

² Druhý odstavec komentovaného ustanovení poskytuje dodavatelům obecnou možnost předložit rovnocenný doklad v případě, že z důvodů, které jim nelze přičítat, nemohou předložit doklad specificky požadovaný zadavatelem. Toto oprávnění vyplývá pro dodavatele *ex lege*, proto není třeba jej opětovně deklarovat v zadávací dokumentaci. Rozhodovací praxe ÚOHS však dovodila, že dodavatel by měl spolu s rovnocenným dokladem předložit i odůvodnění, proč není předložením zadavatelem požadovaného dokladu možné. Rovněž lze doporučit, aby dodavatel uvedl, proč je tento doklad možné považovat za rovnocenný a proč nelze důvod nepředložení požadovaného dokladu dodavatelům přičítat. **Oprávnění dodavatelů odpovídá povinnosti zadavatele posoudit, zda skutečně existují důvody bránící předložení požadovaného dokladu a tyto nelze dodavatelům přičítat, a následně posoudit, zda jde po stránce obsahových, resp. kvalitativních náležitostí skutečně o rovnocenný doklad.** Ze strany zadavatelů tak bude potřeba posuzovat rovnocennost ve smyslu uvedení informací o naplnění podmínek stanovených zadavatelem a rovnocennost s ohledem na osobu vystavující požadovaný doklad. Rovnocennost nebude možné posuzovat mechanicky, ale bude nutné posoudit relevantní okolnosti a zejména důvody vedoucí k nemožnosti předložení požadovaného dokladu. (PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J., FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., MĚKOTA, J., JANOUŠEK, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI])

Rovnocennost dokladu by měla v první řadě spočívat v rovnocennosti z hlediska obsahu tohoto dokumentu a konkrétních prokazovaných skutečností. Současně by se však mělo jednat i o rovnocennost způsobu jeho vystavení, tj. v případě, že je požadován doklad vystavený třetí osobou, nebude zřejmě takovým rovnocenným dokladem čestné prohlášení vystavené samotným účastníkem zadávacího řízení, byť by obsahově potvrzovalo totožné skutečnosti. Za splnění podmínek stanovených v komentovaném odstavci 2 je předložení jiného dokladu oprávněním účastníka zadávacího řízení, které zadavatel nemůže (předem) vyloučit. Na rozdíl od právní úpravy obsažené v ZVZ 2006 není zadavateli umožněno ani takový doklad z objektivních důvodů odmítnout. Zadavatel by však měl vždy přistoupit k posouzení takového dokladu v tom smyslu, zda se skutečně jedná o kvalitativně rovnocenný doklad. **Zadavatel není povinen daný doklad bez dalšího přijmout, aniž by se náležitě zabýval tím, zda důvody účastníkem zadávacího řízení pro předložení jiného dokladu uváděné existují, tj. zda nejsou čistě subjektivního rázu.** Zadavatel by měl rovněž ověřit, zda z takto předloženého dokladu lze učinit závěr, že skutečnosti či údaje, které ze zadavatelem původně požadovaného dokladu měly vyplývat, lze osvědčit i prostřednictvím rovnocenného dokladu. (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 45 [Předložení dokladů]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 338.)

110. Zadavatel se tedy v souladu s výše zmíněným v první řadě zabýval důvody, pro které navrhovatel dle svého přesvědčení nemohl předložit požadované osvědčení a zda tyto navrhovateli nelze přičítat.
111. Navrhovatel uvedl, že osvědčení od objednatele referenční zakázky nemůže získat, neboť dle čl. 14.2. „*rámcových smluv nelze vydávat nebo provádět jakákoli zveřejnění týkající se těchto smluv nebo jejich podmínek nebo povahy či existence jakéhokoli vztahu mezi stranami (...).*“.
112. Na tomto místě Úřad – ve shodě se zadavatelem – uvádí, že z dotčených článků rámcových smluv explicitně nevyplývá, že by navrhovatel nemohl od objednatele referenční zakázky požadované osvědčení získat. Smluvní ujednání toliko stanoví, že navrhovatel [obchodní tajemství].
113. Vzhledem k tomu, že předmětná smluvní ujednání primárně nevylučují možnost získat od objednatele referenční zakázky osvědčení o jejím řádném plnění, kdy navrhovatel ani neuvádí/nedokládá, že by se o získání osvědčení od objednatele pokusil a ten mu jej odmítl s odkazem na smluvní ujednání vystavit (uvedené navrhovatel bez dalšího tvrdí až v námitkách), a požadované osvědčení zcela jistě není [obchodní tajemství], přičemž by mu rovněž bezpochyby svědčila případná ochrana informací dle § 218 zákona, označil-li by navrhovatel takové osvědčení za důvěrné, je Úřad přesvědčen, že navrhovatelem tvrzené důvody nemají oporu v jím předložených dokladech a navrhovatel tak neprokázal – jak ostatně uvedl zadavatel v rozhodnutí o vyloučení – že by byl oprávněn předložit zadavateli rovnocenné doklady ve smyslu § 45 odst. 2 zákona. Nadto musí Úřad – opět ve shodě se zadavatelem – podotknout, že kdyby bylo tvrzení navrhovatele pravdivé v tom smyslu, že za zveřejnění informací o daných smlouvách se považuje i sdělení jakékoli dílčí informace o smluvních vztazích zadavateli v rámci zadávacího řízení (parafrázoval-li by Úřad důvody navrhovatele zmíněné v bodu 111. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je pak minimálně zvláštní či zarážející, že navrhovatel zadavateli bez dalšího předložil samotné rámcové smlouvy (byť z velké části anonymizované), rámcové objednávky a dokonce i faktury za roky 2021 – 2023, z nichž lze bezpochyby seznat „detailnější“ informace o smluvních vztazích s objednatelem referenční zakázky, než z případného osvědčení o jejím řádném plnění. Zde si je Úřad samozřejmě vědom, že k předložení požadovaného osvědčení je zapotřebí zejména vůle objednatele k jeho vystavení, kdežto v případě výše zmíněných dokladů je pouze na zvážení navrhovatele, zda dané informace poskytne třetí osobě (při zohlednění možných rizik s tím spojených – např. sankce ze strany objednatele za porušení smluvních povinností, jsou-li takové sjednány apod.). I tato skutečnost však zcela legitimně snižuje důvěryhodnost navrhovatelem tvrzených důvodů pro nepředložení zadavatelem požadovaného dokladu.
114. Za situace, kdy zadavatel dospěl k závěru (a stejně tak Úřad), že navrhovatelem uváděné důvody pro nepředložení požadovaného osvědčení neobstojí, resp. že tyto neměly oporu v jím předložených dokumentech, nemusel se již zabývat tím, zda se jedná o doklady rovnocenné (zadavatel nicméně i tak nad rámec daného posouzení uvedl, že předložené dokumenty by s ohledem na absenci informací požadovaných zadavatelem nemohly být uznány jako rovnocenné), a byl oprávněn navrhovatele bez dalšího vyloučit z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění zadávacích podmínek veřejné zakázky (z 3 požadovaných referenčních zakázek byly uznatelné toliko 2 referenční zakázky).

115. Zde Úřad pro úplnost dodává, že zákon v § 46 přiznává zadavateli právo požadovat po účastnících zadávacího řízení objasnění předložených údajů a dokladů (ev. vzorků a modelů) uvedených v žádostech o účast/(předběžných) nabídkách, příp. doplnění chybějících údajů/dokladů. Byť zákonodárce uvedené primárně stanovil jako oprávnění zadavatele, rozhodovací praxe Úřadu a správních soudů dovodila, že v určitých situacích je zadavatel k takovému postupu povinen³. Jedním z těchto případů je situace, jež je odrazem zásady rovného zacházení, kdy je zadavatel povinen přistupovat k umožnění „opravy“ žádosti o účast/(předběžné) nabídky u všech účastníků zadávacího řízení stejně. Jinak řečeno, umožní-li zadavatel jednomu účastníkovi objasnění/doplnění jeho žádosti o účast/(předběžné) nabídky, musí takovou možnost dát i ostatním účastníkům, jejichž žádosti o účast/(předběžné) nabídky vykazují shodné/obdobné nedostatky. Druhým případem je pak situace, kdy si zadavatel bez využití institutu dle § 46 odst. 1 zákona nemůže učinit jasnou představu o tom, zda dodavatel podmínky účasti splňuje či nikoli.
116. V šetřeném případě však ani jedna z nastíněných situací nenastala. Zadavatel nepožádal žádného účastníka zadávacího řízení o objasnění v souvislosti s požadovaným osvědčením o řádném plnění zakázky (příp. doklady předloženými namísto tohoto osvědčení). Zadavatel měl najisto postaveno, že navrhovatel požadované osvědčení v rámci žádosti o účast nepředložil a tvrzené důvody, pro které tak neučinil, neměly oporu v předložených dokladech. Zadavatel tedy nebyl povinen k postupu dle § 46 odst. 1 zákona. Stejně tak zadavatel nebyl povinen vyžádat si potvrzení od objednatele referenční zakázky.
117. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v souladu se zákonem, přičemž své rozhodnutí v souladu se zásadou transparentnosti jasně a srozumitelně odůvodnil, pročez tedy Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 602 00 Brno. Podaný rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

³ K tomu např. rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0190,0195/2021/VZ, č. j. ÚOHS-02421/2022/161 ze dne 24. 1. 2022, rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 418/2021-31 ze dne 15. 6. 2022, rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0169/2023/VZ, č. j. ÚOHS-17572/2023/510 ze dne 11. 5. 2023

Obdrží

1. ČEZ, a. s., Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4
2. Mark2 Corporation Czech a.s., Vladislavova 1390/17, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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