



UOHSX0042DX0

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S614/2011/VZ-3058/2012/530/KSt

V Brně dne: 8. března 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 19. 12. 2011 na návrh ze dne 14. 12. 2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 601 67 Brno-město, zastoupené Bc. Romanem Onderkou, MBA, primátorem,
- navrhovatel – Bartoň a Partner s. r. o., IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, za niž jedná Michal Bartoň, jednatel, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 7. 2011 JUDr. Erikem Orletem, advokátem, se sídlem tř. Svobody 2, 779 00 Olomouc,
- vybraný uchazeč v části 1 „Magistrátní objekty“ – MONIT plus, s. r. o., IČ 27687660, se sídlem nám. Svobody 76/11, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jiří Molák, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Ostraha vybraných objektů, areálů a pozemků ve vlastnictví Statutárního města Brna, ve správě Odboru správy majetku“ – části 1 „Magistrátní objekty“ zadávané formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 12. 7. 2011 pod ev. č. 60062374, ve znění oprav ze dne 2. 9. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 135-224738, ve znění oprav ze dne 6. 9. 2011,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 601 67 Brno-město – porušil § 59 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 60 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách,

když vyloučil uchazeče – Bartoň a Partner s. r. o., IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc – z účasti v zadávacím řízení, přestože prokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší posouzení a hodnocení nabídek v části 1 „Magistrátní objekty“ veřejné zakázky, rozhodnutí zadavatele o vyloučení v části 1 „Magistrátní objekty“ veřejné zakázky uchazeče Bartoň a Partner s. r. o., IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, ze dne 14. 11. 2011 a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v části 1 „Magistrátní objekty“ veřejné zakázky ze dne 23. 11. 2011.**

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 601 67 Brno-město – ukládá

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Statutární město Brno, IČ 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 601 67 Brno-město, zastoupené Bc. Romanem Onderkou, MBA, primátorem (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo v informačním systému o veřejných zakázkách dne 12. 7. 2011 pod ev. č. 60062374, ve znění oprav ze dne 2. 9. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 135-224738, ve znění oprav ze dne 6. 9. 2011, oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky “Ostraha vybraných objektů, areálů a pozemků ve vlastnictví Statutárního města Brna, ve správě Odboru správy majetku” (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu II.1.8) „Části zakázky“ oznámení o zakázce zadavatel uvedl, že veřejná zakázka je rozdělena na části. Z přílohy B oznámení o zakázce, ve které jsou uvedeny informace o částech zakázky, vyplývá, že zadavatel rozdělil veřejnou zakázku na tyto dvě části:
  - část 1 – s názvem „Magistrátní objekty“ (dále jen „část 1“),
  - část 2 – s názvem „Ostatní objekty“.
3. Zadavatel v bodu IV.2.1) „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce stanovil, že základním hodnotícím kritériem bude ekonomická výhodnost nabídky. Jako dílčí hodnotící kritéria ekonomické výhodnosti nabídky zvolil:

Nabídková cena bez DPH

váha 85%

Nabídková cena bez DPH za hodinu mimořádné ostrahy váha 15%

4. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 3. 10. 2011 vyplývá, že ve stanovené lhůtě podalo nabídku 15 uchazečů. Všechny nabídky splnily požadavky podle § 71 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Z protokolu o druhém jednání hodnotící komise – posouzení kvalifikace a posouzení nabídek ze dne 27. 10. 2011 vyplývá, že komise dvě nabídky uchazečů ze zadávacího řízení vyřadila a u šesti uchazečů se rozhodla požádat o objasnění předložených dokladů nebo o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, což učinila dopisy ze dne 27. 10. 2011. Z protokolu o třetím jednání hodnotící komise – dokončení posouzení kvalifikace a posouzení nabídek a hodnocení nabídek ze dne 4. 11. 2011 je zřejmé, že hodnotící komise přezkoumala obdržená vyjádření vyzvaných uchazečů a po posouzení kvalifikace a nabídek následně vyřadila další tři nabídky uchazečů ze zadávacího řízení. Z téhož protokolu vyplývá, že po hodnocení nabídek hodnotící komise doporučila zadavateli uzavřít v části 1 veřejné zakázky smlouvu s uchazečem MONIT plus, s. r. o., IČ 27687660, se sídlem nám. Svobody 76/11, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jiří Molák, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“), neboť jeho nabídka byla vyhodnocena jako nejvhodnější. O výběru nejvhodnější nabídky rozhodl zadavatel dne 23. 11. 2011 a následně uchazeče dopisem z téhož dne seznámil s výběrem nejvhodnější nabídky.
5. Rozhodnutím ze dne 14. 11. 2011 zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení v části 1 veřejné zakázky mimo jiné i uchazeče Bartoň a Partner s. r. o., IČ 26810093, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, za niž jedná Michal Bartoň, jednatel, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 14. 7. 2011 JUDr. Erikem Orletem, advokátem, se sídlem tř. Svobody 2, 779 00 Olomouc (dále jen „navrhovatel“). Uvedené rozhodnutí obdržel navrhovatel dne 15. 11. 2011. Dopisem ze dne 29. 11. 2011 podal navrhovatel námítky proti rozhodnutí o jeho vyloučení. Z předložené dokumentace vyplývá, že námítky byly zadavateli doručeny dne 29. 11. 2011. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel těmto nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách ze dne 8. 12. 2011 navrhovatel obdržel téhož dne. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 14. 12. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
6. Proti oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 23. 11. 2011 podal navrhovatel dopisem ze dne 2. 12. 2011, který byl zadavateli doručen dne 7. 12. 2011, námítky. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel těmto nevyhověl a to rozhodnutím ze dne 15. 12. 2011, které navrhovatel obdržel téhož dne. Dopisem ze dne 21. 12. 2011 navrhovatel sdělil Úřadu své stanovisko k postupu zadavatele při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
7. Dnem 19. 12. 2011, kdy Úřad obdržel výše uvedený návrh, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 19. 12. 2011.
8. Pro úplnost v této části rozhodnutí Úřad dodává, že bude nadále používat výraz „veřejná zakázka“, i když předmětem správního řízení je pouze část 1. veřejné zakázky, neboť právě na tuto část veřejné zakázky byl podán návrh navrhovatele.

## Obsah návrhu

9. Ve svém návrhu navrhovatel nejdříve uvedl, že dne 14. 1. 2011 mu bylo doručeno rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění požadavku zadavatele, a to na základě § 60 odst. 1 zákona. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel v zákonné lhůtě námitky. Z odůvodnění rozhodnutí zadavatele ze dne 8. 12. 2011 o nevyhovění námitkám plyne, že důvodem pro jeho vyloučení mělo být nedoložení osvědčení u referenčních služeb subdodavatele společnosti D.I. SEVEN a. s., když zadavatel nepovažoval za dostatečné předložení pouze čestného prohlášení subdodavatele.
10. Podle navrhovatele zákon nestanoví povinnost uchazeče v čestném prohlášení uvádět důvody, proč nebylo možné získat osvědčení o splnění kvalifikačních kritérií. Zákon pouze stanoví podmínky, za kterých je možno nahradit osvědčení čestným prohlášením uchazeče. Není však možné tyto podmínky vykládat tak, že uchazeč musí rovněž v čestném prohlášení uvést konkrétní důvody, proč nebylo možné osvědčení u referencí získat.
11. Rozhodnutí o námitkách zadavatel odůvodnil mimo jiné tak, že pokud uchazeč na výzvu komise k osvětlení důvodů, proč místo osvědčení předkládá pouze čestné prohlášení o poskytnutí významných služeb, uvedl, že takto činí z důvodu na straně objednatele, který je komerčním subjektem a nemá tudíž povinnost takové osvědčení vydat, tak považuje takový důvod za nepřezkoumatelný. Zadavatel však popírá vlastní argumentaci o nepřezkoumatelnosti důvodů neposkytnutí osvědčení spočívající na straně jiného než veřejného objednatele, když uchazeči radí, že stačilo uvést např., že „osoba odpovědná za vydání osvědčení nebyla k zastížení nebo vydání tohoto osvědčení bylo odmítnuto kvůli nějakým jiným okolnostem“, kdy tyto skutečnosti jsou podle navrhovatelova názoru stejně nepřezkoumatelné jako jím uvedený důvod. Zadavatel nicméně uvádí, že by tyto důvody přijal a uchazeče by nevyločil.
12. Zákon stanoví, že prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazeč splní podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením čestného prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně. Zákon tedy nestanoví, že by uchazeč musel sdělovat konkrétní důvody, které ostatně ani nemusí znát.
13. Podle navrhovatele je tak postup zadavatele v rozporu se zákonem, protože jej vyloučil na základě údajného nesplnění požadavku zadavatele, který však zadavatel požadoval nad rámec zákona, což je jasným porušením zákona.
14. Navrhovatel navrhl, aby Úřad přezkoumal úkony zadavatele a uložil mu nápravné opatření tím, že zruší rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 14. 11. 2011, zruší rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 23. 11. 2011 a nařídí zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek.
15. Zároveň navrhovatel navrhl, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým bude zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v tomto zadávacím řízení.
16. Dopisem ze dne 21. 12. 2011 navrhovatel Úřadu sdělil své stanovisko k postupu zadavatele při vydání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 23. 11. 2011, a uvádí, že zadavatel nedodržel zákon tím, že přestože od vydání rozhodnutí o jeho vyloučení běžela zákonná lhůta v trvání 15-ti dnů k podání námitek, zadavatel nečekal na jejich podání a dne

23. 11. 2011, tj. ještě před uplynutím lhůty pro podání námitek, která měla skončit dne 29. 11. 2011, rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. V případě, kdy by zadavatel vyhověl jeho námitkám a zrušil předmětné rozhodnutí o jeho vyloučení, musel by zrušit i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a provést výběr znovu. Tento postup považuje navrhovatel za protizákonný, když má za to, že zadavatel nemůže rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky dříve, než uplyne lhůta pro podání námitek v řízení a zadavatel se s těmito námitkami řádně nevypořádá.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu**

17. Zadavatel se k podanému návrhu vyjádřil dopisem ze dne 3. 1. 2012, ve kterém uvedl, že navrhovatel byl vyloučen z důvodu nesplnění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně z důvodu nesplnění podmínek pro využití čestného prohlášení místo osvědčení objednatele dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Navrhovatel prostřednictvím subdodavatele ve své nabídce doložil čestné prohlášení o tom, že realizoval tři významné služby. U každé z těchto významných služeb je uvedeno, že osvědčení objednatele nebylo možné získat z důvodů spočívajících na straně objednatele.
18. Zadavatel se domnívá, že je jeho povinností přezkoumat, zda byl dán důvod pro použití čestného prohlášení dodavatele dle § 56 odst. 2 písm. a) bodu 3 zákona. Pokud zákon uvádí, že je možné použít čestné prohlášení v případě, že byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně, je zadavatelovou povinností požádat o objasnění důvodů nedodání osvědčení objednatele. Pokud by zadavatel neměl právo na kontrolu těchto důvodů, mohli by uchazeči úplně svobodně přistoupit k použití čestného prohlášení a zadavatel by nezjistil, zda důvody nedodání osvědčení vznikly na straně objednatele nebo na straně poskytovatele služeb.
19. Po vyzvání navrhovatele k objasnění důvodů na straně objednatele, obdržela komise jen velmi obecnou informaci o tom, že v případě všech objednatelů se jednalo o komerční subjekty, které nemají povinnost toto osvědčení vydat. Komise nepovažovala tuto odpověď za objasnění v souladu s § 59 odst. 4 zákona, neboť odpověď vůbec neobsahovala žádné vysvětlení k dotazu a nesrovnalost tak zůstala neobjasněna. Komise proto musela konstatovat, že navrhovatel nesplnil kvalifikační předpoklady. Konala-li by komise jinak, porušila by zákon, neboť by hodnotila nabídku, u které není jasné, zda splnila kvalifikační předpoklady.
20. Zadavatel souhlasí s navrhovatelem, že zákon podmínku na popis objektivních příčin přímo nevyžaduje. V procesu kontroly kvalifikačních předpokladů se však zadavatel dostane logicky do situace, kdy má zhodnotit, zda nastaly důvody spočívající na straně objednatele. Bohužel, bez příslušných informací není komise schopna posoudit, zda tento předpoklad byl nebo nebyl naplněn.
21. Zadavatel si stojí za tím, že komise při posouzení kvalifikace jednala odpovědně a vydala dostatek úsilí na zjištění okolností nevydání osvědčení a využila své právo dané zákonem a požádala o objasnění nesrovnalostí podle § 59 odst. 4 zákona. Komise jednala správně i z pohledu, že navrhovatel nebyl vyloučen hned po zjištění neuvedení důvodů. Navrhovatel však svou možnost na objasnění kvalifikace nevyužil. Zadavatel nepovažuje za problematické a náročné osvětlit tyto důvody (např. že osoba odpovědná za vydání osvědčení nebyla

k zastížení nebo vydání tohoto osvědčení bylo odmítnuto kvůli nějakým jiným okolnostem). Konání navrhovatele vede k otázce, zda bylo o osvědčení požádáno, případně zda byly objednatelé s poskytováním služeb spokojeni.

22. Zadavatel na závěr uvádí, že neshledal žádné pochybení ve svém jednání, potažmo v jednání komise. I při opětovném přezkoumání postupu komise se zadavatel ztotožňuje s výsledkem a doporučením komise. Důvody nedoložení osvědčení se zadavatel snažil prozkoumat co nejpodrobněji, ale kvůli velice nízké úrovni spolupráce navrhovatele nebyly důvody objasněny. Zadavatel tak nemohl zaručit, že nabídka navrhovatele byla podána v souladu se zákonem.
23. K dopisu navrhovatele ze dne 21. 12. 2011 zadavatel uvedl, že zákon v žádné své části neupravuje povinnost zadavatele nechat nejdřív uplynout 15-ti denní lhůtu pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení a až pak rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky. Právě naopak zákonodárce vznik této situace předpokládá, dokonce ji i procesně upravuje. Podle § 81 odst. 3 zákona zadavatel odešle oznámení o výběru nejvhodnější nabídky do 5 pracovních dnů po rozhodnutí podle § 81 odst. 1 zákona všem dotčeným zájemcům a všem dotčeným uchazečům. Dotčenými uchazeči se rozumějí uchazeči, kteří nebyli s konečnou platností vyloučení. Vyloučení má konečnou platnost, pokud bylo uchazeči oznámeno a uchazeč nepodal námitky ve lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona nebo nepodal návrh ve lhůtě podle § 114 odst. 4 a 5 zákona nebo bylo řízení o jeho návrhu zastaveno.
24. Z dikce zákona podle zadavatele jednoznačně vyplývá, že v době odesílání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky mohou existovat uchazeči, kteří nejsou s konečnou platností vyloučení, tedy že proti úkonu zadavatele v době odesílání oznámení běží lhůta pro podání námitek. Není tedy pravdou, že zadavatel vyloučí uchazeče a následně je povinen čekat 15 dní od doručení rozhodnutí o vyloučení uchazečům, aby pak mohl pokračovat v jednáních komise. Pokud by zadavatel zjistil pochybení a zadavatel by námitce vyhověl, postupoval by podle § 111 odst. 1 zákona, tj. v případě, že vyhoví námitkám, uvede v rozhodnutí způsob nápravy. V tomto případě by postupoval podle § 79 odst. 5 zákona, tj. při zjištění porušení postupu hodnotící komise stanoveném zákonem, by rozhodl o novém posouzení a hodnocení nabídek.

### **Průběh správního řízení**

25. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
26. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S614/2011/VZ-506/2012/530/KSt ze dne 9. 1. 2012 nařídil Úřad na návrh navrhovatele předběžné opatření, jímž zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
27. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S614/2011/VZ-339/2012/530/KSt ze dne 12. 1. 2012, ve kterém účastníky správního řízení seznámil se skutečnostmi, na základě kterých získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při posuzování prokázání splnění kvalifikačních předpokladů postupoval v souladu se zásadami stanovenými

v § 6 zákona (zda se zadavatel nedopustil porušení zásady diskriminace, když jednoho z uchazečů (navrhovatele) vyloučil ze zadávacího řízení a druhého nikoliv, přestože doložili stejné doklady prokazující splnění referenčních služeb) a zda tento postup nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Z uvedeného důvodu bylo správní řízení dále vedeno i ve věci možného porušení § 6 zákona zadavatelem při zadávání veřejné zakázky.

28. Usnesením č. j. ÚOHS-S614/2011/VZ-341/2012/530/KSt ze dne 12. 1. 2012 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
29. K novým skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se vyjádřil pouze zadavatel a to dopisem ze dne 30. 1. 2012. V citovaném dopise zadavatel uvedl, že při kontrole nabídek nedopatřením nezjistil, že dva z uchazečů předložili stejná čestná prohlášení prokazující splnění technických kvalifikačních předpokladů. I když neprovedl stejné kroky při posuzování kvalifikace u těchto uchazečů, neměl tento postup vliv na výběr nejhodnější nabídky, neboť uchazeč STAEK, spol. s r. o., se umístil až na pátém místě a tudíž s ním nemohla být uzavřena smlouva.
30. Zadavatel si tedy stojí za tím, že jeho postup při vyloučení navrhovatele je v souladu se zákonem, neboť čestné prohlášení dodavatele je možné použít pouze tehdy, že služby byly poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení od osoby objednatele získat z důvodů spočívajících na straně objednatele. Tato podmínka nebyla navrhovatelem naplněna.
31. Žádný z dalších účastníků správního řízení se k podkladům pro rozhodnutí ve stanovené lhůtě, ani později, nevyjádřil.

#### **Závěry Úřadu**

32. Na základě § 112 a následujících ustanovení zákona Úřad přezkoumal postup zadavatele a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím čestného prohlášení**

33. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
34. Podle § 50 odst. 2 zákona stanoví veřejný zadavatel požadavky na prokázání splnění kvalifikace v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.
35. Podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí; přílohou tohoto seznamu musí být
  1. osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo

2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
  3. čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodu spočívajících na její straně.
36. Podle § 56 odst. 7 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
- a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
  - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
  - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
37. Veřejný zadavatel podle § 59 odst. 1 zákona posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem (dále jen „posouzení kvalifikace“).
38. Podle § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem.
39. Dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být podle § 60 odst. 1 zákona veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Podle § 60 odst. 2 zákona veřejný zadavatel bezodkladně písemně oznámí dodavateli své rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
40. V bodu III.2.3) „Technická způsobilost“ oznámení o zakázce, ve znění opravy uveřejněné v informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 9. 2011, zadavatel stanovil, že požaduje, aby dodavatel prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením podepsaného seznamu významných služeb s uvedením jejich finančního objemu a doby poskytnutí, které byly dodavatelem poskytnuté v posledních 3 letech, přičemž na seznamu budou uvedeny služby obdobného charakteru (tj. ostraha, strážní služba) každá s minimálním ročním finančním objemem (pokud je služba poskytována kratší dobu než 12 měsíců, ale splňuje požadovaný finanční limit, bude zadavatelem přijata) ve výši 5 000 000,- Kč bez DPH pro část 1 veřejné zakázky. Přílohami seznamu v minimálním počtu 3 budou osvědčení vydané veřejným zadavatelem nebo osvědčení vydané jinou osobou nebo při naplnění zákonných podmínek čestné prohlášení o tom, že služby byly poskytovány řádně a odborně.
41. V bodu 6.4 „Technické kvalifikační předpoklady (§ 56 zákona)“ zadávací dokumentace zadavatel, ve znění opravy podle dodatečných informací k zadávacím podmínkám VI ze dne 31. 8. 2011 uvedl, že požaduje, aby dodavatel prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením podepsaného seznamu významných služeb s uvedením jejich finančního objemu a doby poskytnutí, které byly dodavatelem poskytnuty v posledních třech letech, přičemž na seznamu budou uvedeny



služby obdobného charakteru (tj. ostraha, strážní služba) každá s minimálním ročním finančním objemem (pokud je služba poskytována kratší dobu než 12 měsíců, ale splňuje požadovaný finanční limit, bude zadavatelem přijata) ve výši 5 mil. Kč bez DPH pro 1. část veřejné zakázky. Podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona přílohami seznamu v minimálním počtu 3 budou osvědčení vydané veřejným zadavatelem, nebo osvědčení vydané jinou osobou, nebo při naplnění zákonných podmínek čestné prohlášení o tom, že služby byly poskytovány řádně a odborně.

42. V bodu 16. „Další podmínky“ zadávací dokumentace si zadavatel vyhradil právo provádět taková ověřování informací z nabídek, která může hodnotící komise považovat za potřebná.
43. K uvedené problematice Úřad uvádí, že k tomu, aby uchazeč prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky na služby prostřednictvím seznamu významných služeb, musí podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona být přílohou tohoto seznamu osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud mu byly poskytnuty služby, osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytnuty jiné osobě než veřejnému zadavateli a nebo čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení od jiné osoby získat z důvodů spočívajících na její straně. K tomu dále Úřad dodává, že prokázat splnění kvalifikačních předpokladů lze, za zákonem stanovených předpokladů, i prostřednictvím subdodavatele.
44. Zadavatel, jak v oznámení o zakázce, tak i v zadávací dokumentaci shodně stanovil, že uchazeči musí předložit podepsaný seznam významných služeb s uvedením jejich finančního objemu a doby poskytnutí, které poskytli v posledních 3 letech, přičemž na seznamu uvedou služby obdobného charakteru (tj. ostraha, strážní služba), každou s minimálním ročním finančním objemem (pokud je služba poskytována kratší dobu než 12 měsíců, ale splňuje požadovaný finanční limit, bude zadavatelem přijata) ve výši 5 000 000,- Kč bez DPH. Přílohami seznamu mají být minimálně 3 osvědčení vydaná veřejným zadavatelem nebo osvědčení vydaná jinou osobou nebo při naplnění zákonných podmínek čestná prohlášení o tom, že služby byly poskytovány řádně a odborně.
45. V šetřeném případě navrhovatel předložil ve své nabídce Čestné prohlášení o splnění základních kvalifikačních kritérií ze dne 24. 8. 2011 (dále jen „Čestné prohlášení“) subdodavatele D.I. SEVEN, a. s., IČ 63077337, se sídlem Slapská 1/2115, Praha 10 (dále jen „subdodavatel“). Subdodavatel v Čestném prohlášení uvedl, že realizuje ostrahu objektů pro společnost Globus ČR, k. s., společnost MEI Property Services, s. r. o., a společnost PENAM, a. s. U každé z uvedených služeb subdodavatel uvedl: „Dodavatel toto prokazuje čestným prohlášením, protože není možné od této společnosti získat osvědčení z důvodů spočívajících na její straně.“
46. Navrhovatel tedy ve své nabídce doložil na základě zadavatelem stanovených podmínek Čestné prohlášení subdodavatele, které obsahovalo seznam významných služeb poskytnutých subdodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Přílohou Čestného prohlášení nebyla žádná osvědčení objednatelů. Z uvedeného důvodu vyzvala hodnotící komise navrhovatele ve smyslu § 59 odst. 4 zákona dopisem ze dne 27. 10. 2011 o doložení dodatečných dokladů prokazujících splnění kvalifikace a to, aby doložil důkazy, že o osvědčení žádali a zdůvodnění, proč nebylo možné tyto doklady získat.

47. Z ustanovení § 59 odst. 4 zákona vyplývá, že zadavatel má možnost (nikoliv povinnost) požádat dodavatele, který neprokázal požadovanou kvalifikaci ať už v plném rozsahu nebo i v případě, kdy dodavatel neprokázal splnění příslušné části kvalifikace vůbec, požádat o její doplnění. Je tedy plně v kompetenci zadavatele rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění či doložení dalších informací nebo dokladů prokazujících kvalifikaci, či zda dodavatele bez možnosti dalšího objasňování či doplňování vyloučí z důvodů neprokázání kvalifikace. Pokud se však zadavatel rozhodne využít či nevyužít postupu podle § 59 odst. 4 zákona, musí v průběhu celého zadávacího řízení, tedy i v rámci posuzování kvalifikace, dodržet zásady stanovené v § 6 zákona a v souladu se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace musí stejným způsobem postupovat vůči všem dodavatelům.
48. Navrhovatel dopisem ze dne 31. 10. 2011 hodnotící komisi sdělil, že na základě sdělení subdodavatele, který doložil Čestné prohlášení, nebylo možné osvědčení získat z důvodů spočívajících na straně zákazníků subdodavatele, neboť se jedná o komerční subjekty, které nemají povinnost osvědčení vydávat.
49. Jak vyplývá z protokolu o třetím jednání hodnotící komise – dokončení posouzení kvalifikace a posouzení nabídek a hodnocení nabídek ze dne 4. 11. 2011 (dále jen „protokol ze dne 4. 11. 2011“), hodnotící komise zkoumala navrhovatelem předložené zdůvodnění, proč nebylo možné získat osvědčení o referenčních službách od objednatelů. Hodnotící komise nepovažovala odůvodnění za dostatečné a požádala navrhovatele o vysvětlení, jaké jsou ony důvody, proč nebylo možné osvědčení získat. Dle závěru hodnotící komise nebyly navrhovatelem doloženy důkazy, že subdodavatel žádal o osvědčení objednatelů k referenčním službám a navrhovatel dále nezdůvodnil, proč nebylo možné tato osvědčení získat, přičemž v Čestném prohlášení neuvedl dostatečně kontaktní údaje na osoby, u kterých je možné potvrdit realizaci referenčních zakázek (uvedl pouze jméno kontaktní osoby bez telefonního čísla nebo emailu).
50. K uvedenému Úřad uvádí, že jak ze zákona, tak i ze zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky vyplývá, že uchazeči mají k seznamu významných služeb přiložit buď osvědčení vydané veřejným zadavatelem nebo osvědčení vydané jinou osobou a nebo čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení od této jiné osoby získat z důvodů spočívajících na její straně. V nabídce tak mohou být předloženy všechny druhy dokladů nebo např. jenom osvědčení vydaná od veřejných zadavatelů či pouze čestná prohlášení.
51. K otázce předložení čestného prohlášení Úřad uvádí, že ze zákona nevyplývá, že by měl uchazeč prokázat zadavateli, z jakých příčin či důvodů nebylo možné osvědčení od jiné osoby získat, příp. uvést v čestném prohlášení konkrétní důvody, pro které nebylo možné osvědčení od jiné osoby získat.
52. Jestliže v daném případě jednání navrhovatele vedlo zadavatele k otázce, zda bylo o osvědčení požádáno, případně zda byly objednatelé s poskytováním služeb spokojeni, pak mohl zadavatel využít možnost, kterou si stanovil v bodu 16. „Další podmínky“ zadávací dokumentace a to právo provádět taková ověřování informací, která může hodnotící komise považovat za potřebná.
53. Jak Úřad zjistil po přezkoumání zadávací dokumentace, jsou v nabídce navrhovatele (konkrétně na Čestném prohlášení subdodavatele) ručně připsána jména a telefonní čísla

u všech jím uváděných poskytovaných služeb. Z uvedeného je zřejmé, že se hodnotící komise pokusila ověřit si informace, které považovala za potřebné. Lze se však pouze domnívat, že buď nezjistila žádné informace a nebo zjistila, že služby byly poskytovány řádně a odborně, protože v případě, že by zjistila, že služby nejsou poskytovány řádně a odborně, s největší pravděpodobností by tyto informace použila pro odůvodnění vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Skutečnosti o provedeném šetření však hodnotící komise neuvedla do žádného z protokolů a proto tyto údaje nejsou rozhodné pro určení, zda zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele v souladu se zákonem či nikoli.

54. Jak vyplývá z protokolu ze dne 4. 11. 2011, i z rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 14. 11. 2011, navrhovatel v Čestném prohlášení neuvedl dostatečně kontaktní údaje na osoby, u kterých je možné potvrdit realizaci referenčních zakázek (uvedl pouze jméno kontaktní osoby bez telefonního čísla nebo emailu). K uvedenému Úřad uvádí, že zákon nestanoví povinnost, aby uchazeči v seznamu významných zakázek uváděli konkrétní kontakty osob, které jsou schopné podat informace o realizaci poskytovaných služeb. Tuto skutečnost si ani zadavatel nestanovil v zadávacích podmínkách. Jak je však zřejmé z výše uvedených skutečností, byla hodnotící komise si schopná zjistit tyto kontaktní údaje sama.
55. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že navrhovatel předložil ve své nabídce takové doklady k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, které jsou požadovány zákonem a které jsou i v souladu s podmínkami, které stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci. V Čestném prohlášení subdodavatele je uvedeno, že osvědčení nebylo možné získat z důvodů spočívajících na straně objednatele, který není veřejným zadavatelem. Navrhovatel tedy splnil svoji zákonnou povinnost, když doložil čestné prohlášení s uvedením tohoto údaje. Přestože navrhovatel na výzvu zadavatele, resp. hodnotící komise ve smyslu § 59 odst. 4 zákona sdělil požadované údaje, zadavatel jej vyloučil z důvodu, že dostatečným způsobem neobjasnil důvody, z jakých nebyla subdodavateli vydána osvědčení od jiných osob. Ze zákona však nevyplývá povinnost, že by uchazeči museli takové důvody objasňovat.
56. Ke skutečnosti, že se zadavatel domnívá, že je jeho povinností přezkoumat, zda byl dán důvod pro použití čestného prohlášení dodavatele podle § 56 odst. 2 písm. a) bodu 3 zákona a že je jeho povinností požádat o objasnění důvodů nedodání osvědčení objednatele, Úřad uvádí, že zadavatel nemá povinnost, ale má právo na kontrolu těchto důvodů. Z ustanovení § 59 odst. 4 zákona totiž vyplývá, že zadavatel má možnost (nikoliv povinnost) požádat dodavatele o objasnění či doložení dalších informací nebo dokladů prokazujících kvalifikaci.
57. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 59 odst. 1 zákona v návaznosti na § 60 odst. 2 zákona, když vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, přestože ten prokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
58. Pro úplnost Úřad dodává, že postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by byla hodnocena nabídka navrhovatele, mohlo by dojít ke změně pořadí nabídek u těch uchazečů, se kterými je zadavatel ve smyslu § 81 zákona oprávněn uzavřít smlouvu a to vzhledem k cenám, které navrhovatel uvedl ve své nabídce a které jsou předmětem hodnocení.

### **Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky**

59. K otázce postupu zadavatele, kdy rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky v době, kdy mu běžela lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, Úřad uvádí, že podle § 81 odst. 3 zákona zadavatel odešle oznámení o výběru nejvhodnější nabídky do 5 pracovních dnů po rozhodnutí podle § 81 odst. 1 zákona všem dotčeným zájemcům a všem dotčeným uchazečům. Dotčenými uchazeči se rozumějí uchazeči, kteří nebyli s konečnou platností vyloučeni. Vyloučení má konečnou platnost, pokud bylo uchazeči oznámeno a uchazeč nepodal námitky ve lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona nebo nepodal návrh ve lhůtě podle § 114 odst. 4 a 5 zákona nebo bylo řízení o jeho návrhu zastaveno. Dotčenými zájemci se rozumějí zájemci, kterým veřejný zadavatel nedoručil oznámení o jejich vyloučení před odesláním oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
60. Ze zákona tedy nevyplývá povinnost pro zadavatele, že musí nejdříve počkat 15 dnů ode dne, kdy bude navrhovateli doručeno rozhodnutí o jeho vyloučení a až poté může rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky. Zákon předpokládá, že taková situace může nastat a proto stanoví zadavateli povinnost odeslat rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky i těm uchazečům, které sice vyloučil, ale kterým ještě běží lhůta pro podání námitek. V takovém případě tedy záleží na uvážení zadavatele, zda rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky ještě v době, kdy může obdržet námitky proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče či s takovým rozhodnutím počká na dobu, kdy již nikdo z vyloučených uchazečů nebude moci podat v zákonem stanovené lhůtě námitky.
61. Zadavatel tedy neporušil zákon, když rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky v době, kdy navrhovateli běžela lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení.

### **Nápravné opatření**

62. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
63. Při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek, zásady stejného zacházení a nediskriminace. V daném případě se zadavatel dopustil porušení zákona při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.
64. Pochybení zadavatele proto Úřad napravil uložením nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona a zrušil posouzení a hodnocení nabídek konající se dne 27. 10. 2011 a dne 4. 11. 2011 v části 1 veřejné zakázky, rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z části 1 veřejné zakázky ze dne 14. 11. 2011 a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v části 1 veřejné zakázky ze dne 23. 11. 2011.
65. Zadávací řízení se tak vrací do fáze, kdy zadavatel bude povinen opětovně provést posouzení a hodnocení jednotlivých nabídek včetně nabídky navrhovatele a znovu rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky v části 1 veřejné zakázky. Při novém posouzení a hodnocení nabídek musí zadavatel postupovat v souladu se zásadami stanovenými v § 6 zákona (jako např. hodnotící komise musí postupovat při posouzení prokázání splnění kvalifikace stejným

způsobem vůči uchazečům, kteří předložili stejné doklady prokazující splnění referenčních služeb, tedy vůči navrhovateli a uchazeči, kterým je sdružení společnosti STAEG, spol. s r.o., IČ 25520059, a společnosti BRYVECASTA s. r. o., IČ 24762695).

66. V souladu s § 118 odst. 1 zákona Úřad na základě posouzení všech výše uvedených skutečností rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí, neboť zadavatel nedodržel zákonem stanovený postup pro zadání části 1 veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### **Náklady řízení**

67. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
68. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
69. Vzhledem k tomu, že Úřad zrušil tímto rozhodnutím úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídek a výběrem nejvhodnější nabídky, rozhodl o uložení povinnosti uhradit náklady řízení tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
70. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000614.

### **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 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží:**

1. Statutární město Brno, Dominikánské náměstí 196/1, 601 67 Brno-město
2. JUDr. Erik Orlet, advokát, tř. Svobody 2, 779 00 Olomouc
3. MONIT plus, s. r. o., nám. Svobody 76/11, 602 00 Brno

**Vypraveno dne:**

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