



UOHSX00DPXE7

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0253/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-25066/2020/531/MHo

Brno: 13. srpna 2020

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 25.6.2020, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatelé
 - ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4,
 - ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín,
 - ČEZ Korporátní služby, s.r.o., IČO 26206803, se sídlem 28. října 3123/152, 702 00 Ostrava,
 - Severočeské doly a.s., IČO 49901982, se sídlem Boženy Němcové 5359, 430 01 Chomutov,
 - Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice,
 - Elektrárna Počerady, a.s., IČO 24288110, se sídlem Duhová 1444/2, 140 53 Praha,
 - ČEZ Energetické služby, s.r.o., IČO 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 703 00 Ostrava,

- Energotrans, a.s., IČO 47115726, se sídlem Duhová 1444/2, 140 00 Praha 4,
- ČEZ Obnovitelné zdroje, s.r.o., IČO 25938924, se sídlem Křižíkova 788/2, 500 03 Hradec Králové,
- ČEZ Teplárenská, a.s., IČO 27309941, se sídlem Bezručova 2212/30, 251 01 Říčany, a
- ČEZ ICT Services, a. s., IČO 26470411, se sídlem Duhová 1531/3, 140 53 Praha 4,

kteří dne 20.9.2019 ve smyslu § 7 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uzavřeli smlouvu o společném postupu při zadání a při plnění veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 29.6.2020 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,

- navrhovatel – společnost „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, kterou tvoří subjekty
 - G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8, a
 - G4S Services s.r.o., IČO 01558676, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8,ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 24.6.2020 společností G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Ostraha Skupiny ČEZ“, zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20.12.2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23.12.2019 pod ev. č. Z2019-045718, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24.12.2019 pod ev. č. 2019/S 248-616815,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – společnosti „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, kterou tvoří subjekty G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8, a G4S Services s.r.o., IČO 01558676, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8 – ze dne 25.6.2020 **se** 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. Zadavatelé – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín, ČEZ Korporátní služby, s.r.o., IČO 26206803, se sídlem 28. října 3123/152, 702 00 Ostrava, Severočeské doly a.s., IČO 49901982, se sídlem Boženy Němcové 5359, 430 01 Chomutov, Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice, Elektrárna Počerady, a.s., IČO 24288110, se sídlem Duhová 1444/2, 140 53 Praha, ČEZ Energetické služby, s.r.o., IČO 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 703 00 Ostrava, Energotrans, a.s., IČO 47115726, se sídlem Duhová 1444/2, 140 00 Praha 4, ČEZ Obnovitelné zdroje, s.r.o., IČO 25938924, se sídlem Křižíkova 788/2, 500 03 Hradec Králové,

ČEZ Teplárenská, a.s., IČO 27309941, se sídlem Bezručova 2212/30, 251 01 Říčany, a ČEZ ICT Services, a. s., IČO 26470411, se sídlem Duhová 1531/3, 140 53 Praha 4, kteří dne 20.9.2019 ve smyslu § 7 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uzavřeli smlouvu o společném postupu při zadání a při plnění veřejné zakázky, ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 29.6.2020 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1 (společně dále též jen „zadavatel“ nebo „zadavatelé“) – jakožto veřejní zadavatelé ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona uveřejnili ve Věstníku veřejných zakázek dne 23.12.2019 pod ev. č. Z2019-045718, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24.12.2019 pod ev. č. 2019/S 248-616815, oznámení o zahájení jednacího řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Ostraha Skupiny ČEZ“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 20.12.2019 a tímto dnem bylo podle § 61 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

2. V bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na služby, přičemž z bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že jejím předmětem je *„provádění fyzické ostrahy, dozorčí činnosti, zajištění klíčového režimu a dalších činností souvisejících se zajištěním ostrahy objektů Skupiny ČEZ ve vlastnictví nebo užívání jednotlivých členů sdružení dle požadavků Zadavatele na území České republiky, za účelem ochrany majetku jednotlivých členů Skupiny ČEZ. Součástí Předmětu veřejné zakázky je rovněž pro účely řešení mimořádných událostí závazek Dodavatele zajistit až 100 bezpečnostních pracovníků (na pozici Strážný I) k posílení ostrahy kteréhokoliv objektu či objektů Zadavatele na území České republiky, a to za podmínek stanovených v návrhu Rámcové dohody.“*.
3. Zadavatel v bodu IV.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v jednacím řízení s uveřejněním, přičemž v bodu IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil lhůtu pro podání žádostí o účast, a to do 31.1.2020 do 12:00 hod.
4. Z dokumentu „Protokol o otevírání žádostí o účast“ ze dne 31.1.2020 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem čtyři žádosti o účast, a to včetně žádosti o účast dodavatele – společnosti „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, kterou tvoří subjekty G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8, a G4S Services s.r.o., IČO 01558676, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 24.6.2020 společností G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8 (dále jen „navrhovatel“).
5. Zadavatel „Rozhodnutím o vyloučení účastníka zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Ostraha Skupiny ČEZ““ ze dne 18.5.2020 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) oznámil navrhovateli, že rozhodl podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o jeho vyloučení ze zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku.
6. Navrhovatel proti svému vyloučení podal námitky ze dne 1.6.2020, jež byly zadavateli doručeny téhož dne. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 16.6.2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, tyto námitky odmítl.

7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 25.6.2020 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

8. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že směřuje proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Navrhovatel předesílá, že zadavatel postupoval při svém rozhodování nezákonně, když rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách trpí zásadními vadami, neboť zadavatel v uvedených rozhodnutích vychází z nesprávných skutkových okolností, pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nenaplnil zákonné požadavky a jeho postup je účelový.
9. Navrhovatel primárně poznamenává, že zadavatel vůči němu nikdy nevznesl jakoukoliv námitku, že by porušoval své povinnosti, odpracované služby jeho bezpečnostních pracovníků byly zadavatelem odsouhlaseny a vždy byla uhrazena cena za tyto služby, aniž by byla vznesena jakákoliv stížnost či nárok na slevu, když provedení či výkon služeb navrhovatelem nebyly ze strany zadavatele až do září roku 2017 nikdy reklamovány. Dle navrhovatele zadavatel ignoroval to, že mu vystavil několik osvědčení o řádném poskytování služeb potvrzujících skutečnost, že navrhovatel poskytoval zadavateli své služby řádně, v požadované kvalitě, a tyto služby vykonávali odborně způsobilí zaměstnanci. Taková osvědčení by navrhovateli nevystavil, jestliže by byl s poskytovanými službami souvisejícími s ostrahou elektrárny Dukovany (dále jen „EDU“) ze strany navrhovatele nespokojen a pokud by se tvrzená pochybení vyskytovala dlouhodobě či systémově. Navrhovatel proto považuje závěry zadavatele o závažném a dlouhodobém pochybení navrhovatele uvedené v rozhodnutí o vyloučení a v rozhodnutí o námitkách za nesprávné a založené na neprokázaných tvrzeních.
10. Navrhovatel v dalším sděluje, že dne 7.8.2018 došlo k uzavření dohody o narovnání mezi ním a zadavatelem (dále též „dohoda o narovnání“), na základě níž zanikla veškerá sporná práva specifikovaná v předmětné dohodě (uplatněná smluvní pokuta, přiměřená sleva z ceny plnění a údajné poškození dobrého jména zadavatele) a byla nahrazena nárokem zadavatele na uhrazení částky ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč, kterou navrhovatel v plné výši uhradil. Zadavatel tak nemůže tvrdit, že vymohl na navrhovateli smluvní pokutu vyplývající z porušení jeho povinností při plnění smlouvy.
11. Navrhovatel uvádí, že pokud by připustil, že kontrolou Státního úřadu pro jadernou bezpečnost (dále jen „SÚJB“) ze dne 7.9.2017 odhalená zjištění, že 4 bezpečnostní pracovníci navrhovatele nebyli ozbrojeni předepsanou zbraní, je možno označit za pochybení ve smyslu „Smlouvy o poskytování fyzických ochranných služeb číslo 90104655“ (dále jen „smlouva“), nelze tvrdit, že by se dalo hovořit o pochybeních závažných nebo dlouhodobých, jak je vyžadováno ustanovením § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Na podporu daného tvrzení navrhovatel odkazuje na relevantní judikaturu a rozhodnutí Úřadu.
12. Navrhovatel má za to, že se zadavatel dopustil porušení zákona, když nijak neodůvodnil, zda se v případě navrhovatele mělo jednat o pochybení závažná, či pochybení dlouhodobá, v čem spatřuje tato pochybení, a proč je podle něj lze kvalifikovat jako závažná či

dlouhodobá pochybení. Zadavatel tudíž nemohl vyloučit navrhovatele v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

13. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že by měl zadavatel vzít v potaz, že již téměř uplynula zákonem stanovená tříletá lhůta, ve které se tvrzené pochybení stalo. Zadavatel se nijak nevypořádal s faktem, že navrhovatel pro něj poskytoval své služby na EDU přes 25 let, přičemž pokud za takto dlouhou dobu došlo jen k jedinému marginálnímu pochybení, považuje vyloučení ze zadávacího řízení za zjevně nepřiměřené a šikanózní.
14. Dle názoru navrhovatele je chybný závěr zadavatele, že se navrhovatel zavázal uhradit smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč, jelikož se zavázal uhradit částku v předmětné výši jako plnění vyplývající z dohody o narovnání, a tudíž se nejednalo o smluvní pokutu, byť je tato částka takto jednou v dohodě o narovnání chybně označena. Zadavatel tedy neprokázal, že by tvrzené pochybení navrhovatele naplnilo kvalifikovaný následek, jak vyžaduje § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
15. Navrhovatel předesílá, že naplnění všech zákonných požadavků pro vyloučení účastníka zadávacího řízení musí zadavatel dostatečně podrobně, jednoznačně a srozumitelně popsat v rozhodnutí o vyloučení, aby bylo jeho rozhodnutí přezkoumatelné. Dle názoru navrhovatele je rozhodnutí o vyloučení netransparentní, neboť je krátké, strohé a nepůsobí přesvědčivě. Zadavatel své argumenty ohledně důvodů pro vyloučení navrhovatele rozvíjí až v rozhodnutí o námitkách, nicméně ani v tomto případě není jasné a odůvodněné, zda jsou bezesbytku naplněny veškeré zákonem a rozhodovací praxí požadované náležitosti. Navrhovatel proto považuje rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelná.
16. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel se snaží chybně vztáhnout jeho pochybení při poskytování služeb fyzické ostrahy EDU na šetřenou veřejnou zakázku, když jejím předmětem je provádění fyzické ostrahy a dalších činností na objektech skupiny zadavatele mimo jaderných elektráren. Povaha služeb týkajících se ostrahy jaderné elektrárny se však významně odlišuje od ostrahy ostatních objektů. Vzhledem k právě řečenému lze považovat aplikaci pochybení při ostraze EDU na ostrahu nejaderných objektů, která je předmětem přezkoumávané veřejné zakázky, za nepřipustnou, nepřiměřenou a zjevně překračující účel ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
17. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel zadával v letech 2017 až 2018 veřejnou zakázku s názvem „Ostraha EDU a ETE“, které se navrhovatel rovněž účastnil. Jmenovaná veřejná zakázka se přitom přímo týkala ostrahy jaderných elektráren Dukovany a Temelín, avšak zadavatel se navrhovatele nepokoušel vyloučit z důvodů stanovených ve shora citovaném ustanovení zákona. Navrhovatel proto považuje postup zadavatele v případě posuzované veřejné zakázky za účelový a zjevně šikanózní. Dle navrhovatele si zadavatel nahodile vybírá veřejné zakázky, v nichž se snaží uplatnit údajnou nezpůsobilost navrhovatele.
18. Navrhovatel konečně namítá, že zadavatel měl vzít v potaz, že v návaznosti na provedenou kontrolu SÚJB ze dne 7.9.2017 byla navrhovatelem přijata adekvátní interní opatření. Navrhovatel sděluje, že mu zadavatel, konkrétně vedoucí oddělení fyzické ochrany EDU, vystavil dne 16.7.2018 osvědčení o řádném plnění zakázky týkající se ostrahy EDU, v němž potvrdil, že všechny navrhovatelem poskytované služby byly poskytovány řádně a v požadované kvalitě.

19. Na základě všech výše uvedených argumentů tudíž navrhovatel v závěru návrhu Úřadu navrhuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze dne 18.5.2020, rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 16.6.2020 a všech následných úkonů zadavatele. Současně navrhovatel v návrhu požaduje vydání předběžného opatření, jímž Úřad zadavateli až do pravomocného skončení správního řízení zakáže činit v zadávacím řízení jakékoliv další kroky či přijímat jakákoliv rozhodnutí, a uloží zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. 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 zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 25.6.2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 25.6.2020.
21. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-19669/2020/531/MHo ze dne 29.6.2020.
23. Úřad výrokem I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-20317/2020/531/MHo ze dne 2.7.2020 zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu, jímž by měl být zadavatelům uložen zákaz činit v zadávacím řízení na veřejnou zakázku jakékoliv další kroky či přijímat jakákoliv rozhodnutí až do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci. Současně výrokem II. shora citovaného rozhodnutí Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu, jímž by měl být zadavatelům uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
24. Usnesením č. j. ÚOHS-20723/2020/531/MHo ze dne 9.7.2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to informování Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel případně provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-21362/2020/531/MHo ze dne 15.7.2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to k podání písemného sdělení, z jakého dokumentu, resp. z jakého smluvního ujednání, vyplývá povinnost dodavatele – G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 00175439, se sídlem Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8 (dále jen „společnost G4S Secure Solutions“) – zajistit pro zadavatele – ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4 (dále jen „společnost ČEZ, a. s.“) – při plnění smluvní povinnosti spočívající ve fyzické ostraze EDU splnění požadavku na ozbrojení bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně v souladu s § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb., Státního úřadu pro jadernou bezpečnost ze dne 19. června 1997 o fyzické ochraně jaderných materiálů a jaderných zařízení a o jejich zařazování do jednotlivých kategorií, ve znění pozdějších předpisů, resp. s § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb., o zabezpečení jaderného zařízení a jaderného materiálu, resp. na základě jakého titulu musí být bezpečnostní

pracovníci výše jmenovaného dodavatele při provádění dané ostrahy ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, a k předložení předmětného dokumentu, popř. dokumentů.

26. Usnesením č. j. ÚOHS-23010/2020/531/MHo ze dne 28.7.2020 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
27. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-24494/2020/531/MKe ze dne 7.8.2020 Úřad podle § 61 odst. 1 správního řádu nařídil zadavatelům z moci úřední předběžná opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, neboť s ohledem na dosavadní průběh zadávacího a správního řízení shledal nezbytným zatímně upravit poměry účastníků správního řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 3.7.2020

28. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 3.7.2020, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
29. Zadavatel předně uvádí, že v rámci šetřeného zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem.
30. Zadavatel sděluje, že dne 19.12.1994 byla (s účinností od 1.1.1995) mezi společnostmi G4S Secure Solutions (tj. vedoucím společníkem společnosti „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, čili navrhovatele) a společností ČEZ, a. s. (tj. vedoucím společníkem sdružení zadavatelů veřejné zakázky) uzavřena smlouva. Povinnost společnosti G4S Secure Solutions zajistit, aby její bezpečnostní pracovníci vykonávající ostrahu na stanovištích jaderného zařízení s vymezeným vnitřním nebo životně důležitým prostorem, tj. jaderného zařízení I. kategorie, byli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, přitom vyplývala nejenom ze smlouvy, která v tomto ohledu odkazovala na „Instrukci k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a.s., DV-JE Dukovany“ č. j. V2/2009-ČEZ-EDU, která formulovala požadavek na vyzbrojení bezpečnostních pracovníků vykonávajících ostrahu na stanovištích jaderného zařízení s vymezeným vnitřním nebo životně důležitým prostorem (tj. jaderného zařízení I. kategorie) krátkou kulovou zbraní do ráže 9 mm včetně, jež byla později nahrazena „Instrukcí k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a.s., divize Výroba – Jaderná elektrárna Dukovany“ č. j. V2/2013-ČEZ-EDU (a která na povinnosti vyzbrojení příslušných bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní do ráže 9 mm včetně ničeho neměnila), ale i z relevantních právních předpisů.
31. Zadavatel předesílá, že kontrolou provedenou SÚJB dne 7.9.2017 zaměřenou na kontrolu fyzické ostrahy střeženého prostoru EDU bylo zjištěno, že někteří bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions z denní i noční směny nebyli v rozporu s právními předpisy vyzbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, čímž došlo k porušení § 11 vyhlášky SÚJB č. 144/1997 Sb., o fyzické ochraně jaderných materiálů a jaderných zařízení a o jejich zařazování do jednotlivých kategorií, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška 144/1997 Sb.“), a k porušení § 22 vyhlášky č. 361/2016 Sb., o zabezpečení jaderného zařízení a jaderného materiálu (dále jen „vyhláška č. 361/2016 Sb.“). V návaznosti na provedenou kontrolu SÚJB provedla společnost ČEZ, a. s. hloubkovou kontrolu, přičemž bylo zjištěno, že společnost G4S Secure Solutions dlouhodobě (minimálně v letech 2016 a 2017) neplnila své povinnosti dle smlouvy, interních instrukcí společnosti ČEZ, a. s. a vyhlášky č. 144/1997 Sb., resp. vyhlášky č. 361/2016 Sb., když nasazovala na ostrahu vnitřního nebo životně důležitého

prostoru jaderné elektrárny osoby bez zbrojního průkazu odpovídající skupiny, a tedy bez předepsané výzbroje krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, což je v hrubém rozporu se smlouvou a relevantními právními předpisy. Zadavatel podotýká, že s ohledem na povahu chráněného zařízení, kterým je jaderná elektrárna, je zřejmé, že pochybení, které vede ke snížení fyzické ochrany významného jaderného zařízení, je pochybením závažným, přičemž za takovéto pochybení hrozí držiteli povolení k provozování jaderného zařízení pokuta do výše 2 000 000,- Kč.

32. Na podporu svých tvrzení přikládá zadavatel přehled směn, kdy byly k ostraze EDU společností G4S Secure Solutions nasazeny osoby bez odpovídající výzbroje (a bez potřebného zbrojního průkazu). Zadavatel poznamenává, že v období ledna až září roku 2017 se společnost G4S Secure Solutions dopustila shora popsaného porušení smlouvy a relevantních právních předpisů, tzn. nasazení bezpečnostního pracovníka bez zbrojního průkazu a tedy nevyzbrojeného krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně k ostraze vnitřního nebo životně důležitého prostoru jaderné elektrárny, v celkem 527 různých případech. Dle zadavatele je tudíž zjevné, že předmětné pochybení bylo nejenom závažné, ale i dlouhodobé.
33. Zadavatel konstatuje, že pro naplnění jedné z podmínek pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona postačuje, byla-li pochybení takového účastníka v předchozím vztahu k zadavateli buď závažná, nebo dlouhodobá; v daném případě přitom byla pochybení účastníka zadávacího řízení (kumulativně) jak závažná, tak i dlouhodobá. Zadavatel dále sděluje, že společnost G4S Secure Solutions se v rámci smluvních vztahů dopouštěla i jiných pochybení, a to jak při poskytování ostrahy EDU, tak při poskytování ostrahy Jaderné elektrárny Temelín, kdy tato pochybení pro dokreslení situace vyjmenovává.
34. Zadavatel uvádí, že pochybení, která vedla k vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení, a tudíž i další podmínka pro aplikaci výše citovaného ustanovení zákona byla naplněna.
35. Zadavatel v dalším upozorňuje, že pochybení společnosti G4S Secure Solutions ve vztahu k zadavateli vedla ke vzniku škody na straně zadavatele, resp. společnosti ČEZ, a. s., která marně vynakládala finanční prostředky za služby, kterých se jí nedostávalo, přičemž tato škoda byla vyčíslena na částku [... obchodní tajemství ...] Kč a uplatněna u společnosti G4S Secure Solutions formou požadavku na slevu z ceny poskytovaných služeb. Dále vedla k předčasnému ukončení smlouvy, když zadavatel v návaznosti na četná porušování smlouvy ze strany společnosti G4S Secure Solutions tuto vypověděl, a zároveň k dalším srovnatelným sankcím, když zadavatel uplatnil u společnosti G4S Secure Solutions své právo na úhradu smluvní pokuty ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč. Zadavatel sděluje, že na shora řečeném přitom nic nemění následná dohoda o narovnání, na základě níž její strany nahradily povinnost společnosti G4S Secure Solutions k náhradě škody, resp. poskytnutí slevy ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč a úhradě smluvní pokuty ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč povinností společnosti G4S Secure Solutions uhradit společnosti ČEZ, a. s. smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč. Smluvní pokuta ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč vyplývající z dohody o narovnání byla společností G4S Secure Solutions uhrazena. Dle slov

zadavatele proto nemůže být pochyb o tom, že i poslední podmínka pro použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla splněna.

36. Zadavatel dodává, že z dopisu [... anonymizováno ...], tehdejší předsedkyně představenstva společnosti G4S Secure Solutions, jasně vyplývá, že tato společnost si je svého pochybení – pokud jde o nasazování bezpečnostních pracovníků bez zbrojního průkazu k ostraze vnitřních nebo životně důležitých prostor jaderné elektrárny – vědoma, přičemž provedla i analýzu příčin takového pochybení.
37. Zadavatel konstatuje, že fakt, že po určitou dobu porušování smlouvy společnosti G4S Secure Solutions u zadavatele, resp. společnosti ČEZ, a. s., „procházel“, neboť zadavatel toto porušování smlouvy neodhalil, nezbavuje dodavatele jeho pochybení, resp. nemůže legitimizovat jeho počínání v rozporu se smlouvou, potažmo s příslušnými právními předpisy. Pokud pak navrhovatel namítá, že mu zadavatel dne 16.7.2018 vystavil osvědčení o řádném poskytování služeb, pak zadavatel uvádí, že i navzdory tomu, že jeden ze zaměstnanců společnosti ČEZ, a. s. skutečně vystavil společnosti G4S Secure Solutions nesprávné, resp. nepravdivé osvědčení o řádném poskytování služeb dle smlouvy, nic to nemění na tom, že se společnost G4S Secure Solutions shora popsanych pochybení dopustila.
38. K námitce navrhovatele týkající se zavádějících informací ohledně smluvní pokuty zadavatel sděluje, že smluvní strany při sjednávání dohody o narovnání vnímaly částku [... obchodní tajemství ...] Kč, kterou se společnost G4S Secure Solutions zavázala uhradit společnosti ČEZ, a. s., jako sankci za porušení smlouvy. Uvedené je přitom zřejmé z čl. 4 odst. 1 dohody o narovnání, v němž strany vědomě a záměrně označily plnění společnosti G4S Secure Solutions jako „smluvní pokutu“.
39. Zadavatel je přesvědčen, že z rozhodnutí o vyloučení jasně, podrobně a srozumitelně vyplývá, jaká konkrétní pochybení v relevantním smluvním vztahu dodavateli vyčítá, že je považuje za pochybení závažná a dlouhodobá a z jakého důvodu, a že tato pochybení vedla minimálně k jednomu z předpokládaných zákonných důsledků. Zadavatel je toho názoru, že z odůvodnění rozhodnutí o vyloučení je zřejmé, proč má zadavatel za to, že v daném případě byly bezezbytku naplněny předpoklady pro možnost vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
40. Zadavatel upozorňuje, že vzhledem k tomu, že od vytýkaných pochybení společnosti G4S Secure Solutions neuplynuly ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona doposud 3 roky, považuje argumentaci navrhovatele týkající se tvrzení, že tato doba již „téměř uplynula“, za zcela irelevantní. Pro aplikaci citovaného ustanovení zákona je rozhodující toliko to, zda stanovená doba uplynula či nikoliv.
41. Zadavatel podotýká, že je zřejmé, že úhrada z dohody o narovnání plnila v zásadě stejnou funkci jako smluvní pokuta, tzn. v tomto případě představovala úhrada dle dohody o narovnání „jinou srovnatelnou sankci“ za pochybení účastníka podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
42. K tvrzení o neaplikovatelnosti pochybení navrhovatele na šetřenou veřejnou zakázku zadavatel sděluje, že není významné, zda předmět dřívějšího smluvního vztahu mezi dodavatelem a zadavatelem, v němž se dodavatel dopustil pochybení, je či není obdobný nebo shodný s předmětem plnění veřejné zakázky, ve vztahu k níž má být § 48 odst. 5

písm. d) zákona aplikován. K dřívějším pochybením dodavatele ve smluvním vztahu se zadavatelem je tedy možno přihlídnout bez ohledu na to, jaký byl předmět dřívějšího smluvního vztahu a zda tento je či není obdobný předmětu posuzované veřejné zakázky. Nadto zadavatel poznamenává, že ostraha jaderných elektráren v určitém rozsahu rovněž tvoří předmět plnění přezkoumávané veřejné zakázky.

43. K argumentaci navrhovatele stran údajně účelového využívání argumentu jeho nezpůsobilosti zadavatel uvádí, že vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona je právem (možností) zadavatele, nikoliv jeho povinností. Je tedy na zadavateli, aby se rozhodl, zda v konkrétní veřejné zakázce k vyloučení účastníka přistoupí či nikoliv. V žádném případě proto neplatí pravidlo, že pokud se zadavatel rozhodne vyloučit určitého účastníka ze zadávacího řízení dle shora citovaného ustanovení zákona, musí takový postup dodržet i u všech dalších zadávacích řízení, jichž se daný účastník bude účastnit.
44. Pokud navrhovatel argumentuje, že přijetí adekvátních interních opatření k obnovení jeho způsobilosti lze dovozovat z toho, že zadavatel již neměl další výtky k poskytovaným službám, považuje zadavatel tuto argumentaci za zcela nesprávnou, neboť takto institut obnovení způsobilosti ve smyslu § 76 zákona nefunguje. Navrhovatel v zadávacím řízení nepředložil zadavateli k prokázání obnovení své způsobilosti vůbec nic. Zadavatel tedy neměl k dispozici nic (ani tvrzení navrhovatele ohledně obnovení jeho způsobilosti, natož pak věrohodný průkaz o přijetí vhodných technických, organizačních nebo personálních preventivních opatření proti pochybením), na základě čeho by mohl posoudit, zda k obnovení způsobilosti navrhovatele došlo či nikoliv. Zadavatel přitom upozorňuje, že je věcí dodavatele, aby případně předložil relevantní informace dokládající obnovení jeho způsobilosti, kdy po zadavateli nelze v žádném případě požadovat, aby ověřoval, zda dodavatel náhodou nepřijal příslušná opatření vedoucí k obnovení jeho způsobilosti.
45. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že při vyloučení navrhovatele jednal v souladu se zákonem. Není tudíž dán důvod, pro který by bylo namístě uložit některé z nápravných opatření dle § 263 zákona, ani nařídit předběžné opatření. Vzhledem k výše popsaným argumentům proto zadavatel navrhuje, aby byl návrh zamítnut.

Vyjádření zadavatele ze dne 20.7.2020

46. K usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-21362/2020/531/MHo ze dne 15.7.2020 se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 20.7.2020, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
47. Zadavatel předesílá, že povinnost společnosti G4S Secure Solutions zajistit, aby její bezpečnostní pracovníci vykonávající ostrahu střeženého prostoru EDU byli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, vyplývá jednak ze smlouvy, která v tomto ohledu odkazuje na „Instrukci k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a. s., DV-JE Dukovany“ č. j. V2/2009-ČEZ-EDU, která formulovala požadavek na vyzbrojení bezpečnostních pracovníků vykonávajících ostrahu střeženého prostoru EDU krátkou kulovou zbraní do ráže 9 mm včetně, jež byla později nahrazena „Instrukcí k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a. s., divize výroba – Jaderná elektrárna Dukovany“ č. j. V2/2013-ČEZ-EDU a následně „Instrukcí k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a. s. – Jaderná elektrárna Dukovany“ č. j. V9/2017-ČEZ-EDU, a současně z vyhlášky č. 144/1997 Sb. a vyhlášky č. 361/2016 Sb.

48. Zadavatel sděluje, že povinnost dodržovat při plnění smlouvy mj. vnitřní předpisy společnosti ČEZ, a. s., čili i výše uvedené instrukce k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru EDU, vyplývá rovněž z čl. V.5 smlouvy, dle kterého platí, že „[p]oskytovatel se zavazuje, že se bude řídit platnou legislativou ČEZ-EDU – Objednatele (provozovatele KP) (...)“.
49. Zadavatel uvádí, že „Instrukci k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a. s., DV-JE Dukovany“ č. j. V2/2009-ČEZ-EDU, již v této chvíli nelze Úřadu předložit, neboť byla v souladu s relevantními právními předpisy skartována. Zadavatel však podotýká, že obsah předmětné instrukce – pokud jde o povinnost bezpečnostních pracovníků vykonávajících ostrahu střeženého prostoru EDU být vyzbrojen krátkou kulovou zbraní do ráže 9 mm včetně – lze ověřit u SÚJB.
50. Povinnost vyzbrojit bezpečnostní pracovníky vykonávající ostrahu na stanovištích jaderného zařízení s vymezeným vnitřním nebo životně důležitým prostorem, tzn. jaderného zařízení I. kategorie (tj. i EDU), krátkou kulovou zbraní do ráže 9 mm včetně, vyplývá rovněž z relevantních právních předpisů, kdy zadavatel odkazuje na vyhlášky č. 144/1997 Sb. a č. 361/2016 Sb. Dle zadavatele tak bylo odpovědností společnosti G4S Secure Solutions, která vykonávala komplexní fyzickou ostrahu EDU, aby služby fyzické ostrahy jaderného zařízení byly poskytovány v souladu se všemi relevantními právními předpisy, které se k ostraze jaderných zařízení vztahují.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 4.8.2020

51. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-23010/2020/531/MHo ze dne 28.7.2020 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 4.8.2020, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
52. Zadavatel předně opětovně sděluje, že je přesvědčen, že pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byly splněny všechny předpoklady stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
53. Pokud jde o naplnění podmínky závažnosti či dlouhodobosti pochybení účastníka zadávacího řízení, pak zadavatel uvádí, že se společnost G4S Secure Solutions dopustila dlouhodobého a systematického porušování smlouvy a relevantních právních předpisů tím, že obsazovala směny bezpečnostními pracovníky neozbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Daná porušení přitom mohla mít, vzhledem k povaze chráněného zařízení, kterým je jaderná elektrárna, fatální následky, a je tudíž zjevné, že se jedná o velmi závažná pochybení.
54. Zadavatel je v dalším toho názoru, že je splněna i ta podmínka ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona, že se účastník zadávacího řízení, tj. navrhovatel, předmětných pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení.
55. Zadavatel současně pokládá za nepochybné, že došlo i ke splnění podmínky, že pochybení navrhovatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy nebo jiným srovnatelným sankcím, čímž jsou splněny všechny předpoklady pro vyloučení navrhovatele postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
56. S ohledem na výše uvedené tudíž zadavatel v závěru svého stanoviska navrhuje, aby Úřad návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 5.8.2020

57. Navrhovatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-23010/2020/531/MHo ze dne 28.7.2020 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 5.8.2020, které Úřad obdržel téhož dne. Navrhovatel v předmětném vyjádření reaguje na stanovisko zadavatele k návrhu ze dne 3.7.2020.
58. Navrhovatel předně odmítá tvrzení zadavatele, že někteří jeho bezpečnostní pracovníci nebyli v době kontroly provedené SÚJB dne 7.9.2017 ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Jak již uvedl v návrhu, jednalo se o 2 pracovníky z denní a 2 pracovníky z noční směny. Navrhovatel považuje interní analýzu vyhotovenou zadavatelem za nevěrohodnou, jelikož je v ní uvedeno, že dne 7.9.2017 měli být na denní směně neozbrojeni 3 bezpečnostní pracovníci navrhovatele.
59. Navrhovatel poznamenává, že SÚJB v protokolu o kontrole uvedl, že došlo k „*možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany*.“. To znamená, že ani SÚJB si nebyl jist, zda v důsledku neozbrojení bezpečnostních pracovníků opravdu došlo ke snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany EDU. V této souvislosti navrhovatel dodává, že po celou dobu dvaceti pěti let, kdy poskytoval bezpečnostní služby na EDU, k žádnému jinému nálezu ze strany SÚJB nedošlo, ačkoliv kontroly probíhaly dvakrát ročně.
60. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že navrhovatel neplnil povinnosti vyplývající ze smlouvy a interních instrukcí, pak navrhovatel podotýká, že mu žádné interní instrukce nebyly předány, byť o ně žádal. Navrhovateli jsou známy povinnosti vyplývající z § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb., stejně tak i z § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. Nicméně bylo na zadavateli, aby stanoviště, na nichž mají být bezpečnostní pracovníci ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, na EDU vymezil. To zadavatel patrně učinil v interních instrukcích, na něž odkazuje, které však navrhovateli nikdy nepředložil.
61. Navrhovatel dále odmítá argumentaci zadavatele, že dlouhodobě a závažně porušoval své povinnosti při plnění smlouvy po celé roky 2016 a 2017.
62. Tvrzení zadavatele, že se rozhodl slevit z jeho požadavků vůči navrhovateli na smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč a na slevu z ceny díla ve výši cca [... obchodní tajemství ...] Kč, aby jej ekonomicky nezlikvidoval, je zavádějící, jelikož ekonomická situace navrhovatele byla v té době stabilní. Jestliže by měl zadavatel pravdu a svá zjištění průkazně zdokumentovaná, pak nedává smysl, proč by z jeho požadavků ustupoval. Dle navrhovatele nebyl zadavatel řádně schopen prokázat své nároky vyplývající z tvrzených porušení povinností navrhovatelem, přičemž navrhovatel tyto sporné nároky nikdy neuznal. Proto zadavatel z těchto nároků ustoupil a obě smluvní strany dospěly k narovnání jejich vztahů.
63. Zadavatel se snaží bagatelizovat to, že jeden z jeho zaměstnanců vystavil navrhovateli údajně nesprávné osvědčení o řádném poskytování služeb dle smlouvy. Vzhledem k tomu, že navrhovatel od zadavatele disponuje nejméně 4 takovými osvědčeními, je zřejmé, že se jedná o účelovou a nesmyslnou argumentaci zadavatele.
64. Navrhovatel konečně označuje za zavádějící tvrzení zadavatele o korektním vyloučení navrhovatele z šetřeného zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Navrhovatel konstatuje, že všechny informace, jimiž jeho vyloučení odůvodňuje, měl zadavatel k dispozici

již před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Ostraha EDU a ETE“, přesto navrhovatele ze zadávacího řízení na jmenovanou veřejnou zakázku nevyloučil.

65. S ohledem na výše uvedené proto navrhovatel v závěru předmětného vyjádření navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze dne 18.5.2020, rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 16.6.2020 a všechny následné úkony zadavatele.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

66. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

67. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
68. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
69. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
70. Podle § 76 odst. 1 věty první zákona může účastník zadávacího řízení prokázat, že i přes nesplnění základní způsobilosti podle § 74 zákona nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření.
71. Podle § 76 odst. 2 zákona mohou být nápravnými opatřeními zejména
- a) uhrazení dlužných částek nebo nedoplatků,
 - b) úplná náhrada újmy způsobená spácháním trestného činu nebo pochybením,
 - c) aktivní spolupráce s orgány provádějícími vyšetřování, dozor, dohled nebo přezkum, nebo
 - d) přijetí technických, organizačních nebo personálních preventivních opatření proti trestné činnosti nebo pochybením.
72. Podle § 76 odst. 3 zákona zadavatel posoudí, zda přijatá nápravná opatření účastníka zadávacího řízení považuje za dostatečná k obnovení způsobilosti dodavatele s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti trestného činu nebo jiného pochybení.
73. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

74. Podle § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. bezpečnostní pracovníci zajišťující fyzickou ostrahu na strážních stanovištích jaderných zařízení I. kategorie, jsou ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně a splňují požadavky podle zvláštních předpisů.
75. Podle § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. bezpečnostní pracovník, který zajišťuje fyzickou ostrahu na stanovištích jaderného zařízení s vymezeným vnitřním nebo životně důležitým prostorem, musí být ozbrojen krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně a musí být držitelem platné koncese pro ostrahu majetku a osob podle živnostenského zákona nebo být zaměstnancem tohoto držitele.
76. Podle § 163 odst. 1 písm. e) zákona č. 263/2016 Sb., atomový zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „atomový zákon“), je držitel povolení podle § 9 odst. 1 písm. b) až h) povinen zajistit fyzickou ostrahu jaderného zařízení a jaderného materiálu nalézajícího se ve střeženém prostoru, chráněném prostoru a vnitřním prostoru nebo životně důležitém prostoru.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

77. V čl. 4. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“, bodě 4.1, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[p]ředmětem veřejné zakázky je provádění fyzické ostrahy, dozorčí činnosti, zajištění klíčového režimu a dalších činností souvisejících se zajištěním ostrahy objektů Skupiny ČEZ ve vlastnictví nebo užívání jednotlivých členů sdružení (dále jen „služby ostrahy“) dle požadavků Zadavatele na území České republiky, za účelem ochrany majetku jednotlivých členů Skupiny ČEZ.“*
78. V rozhodnutí o vyloučení je mj. uvedeno, že *„[v]jedoucí společník sdružení „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, společnost G4S Secure Solutions (CZ), a.s., IČO 001 75 439 (dále jen „G4S“) uzavřel se zadavatelem smlouvu o poskytování fyzických ochranných služeb č. 90104655 s účinností od dne 1. 1. 1995 ve znění dodatku č. 18 (reasmované znění smlouvy ze dne 1. 1. 2010) a dalších dodatků 19 až 25 (dále jen „smlouva“). Na základě smlouvy poskytoval G4S fyzické ochranné bezpečnostní služby a další dozorčí a klíčové služby v objektu Jaderné elektrárny Dukovany (dále jen „EDU“).*

Dne 7. 9. 2017 proběhla v EDU ze strany Státního úřadu pro jadernou bezpečnost (dále jen „SÚJB“) kontrola zajištění fyzické ostrahy, jejímž výstupem byl protokol o kontrole č. 140/2017-EDU (dále jen „protokol“). Výsledkem této kontroly bylo, mimo jiné, zjištění, že někteří bezpečnostní pracovníci z denní a noční směny nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Tímto došlo k v protokolu uvedenému porušení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. i porušení požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. K tomuto je v protokolu uvedeno: „Tím, že držitel připustil zařazení těchto BP do výkonu služby na stanovištích fyzické ostrahy, došlo k možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany v případě naplnění projektové základní hrozby.“ Dále bylo v protokolu konstatováno, že „že tato skutečnost vypovídá o systémových nedostatcích (porušení ustanovení vyhlášky bylo

zaznamenáno v rámci denní i noční směny) v zajištění fyzické ostrahy a nejedná se tedy pouze o nahodilé nedodržení požadavku ...“.

(...)

Na základě shora uvedeného byla zadavatelem uplatněna a následně vymožena smluvní sankce ve výši [... obchodní tajemství ...].

Na základě výše popsaného skutkového stavu tak lze jednoznačně konstatovat, že došlo k naplnění požadavků § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, neboť zadavatel výše uvedeným prokázal, že

a) se G4S, tedy účastník zadávacího řízení;

b) dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, když zadávací řízení bylo zahájeno dne 20. 12. 2019 odesláním oznámení o zakázce k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a účastník se výše uvedených pochybení dopouštěl opakovaně v období let 2016 a 2017, přičemž toto pochybení bylo jednoznačně prokázáno v protokolu z kontroly ze strany SÚJB provedené dne 7. 9. 2017;

c) závažného a dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, když záměrně a systematicky ve výše uvedeném období obsazoval jednotlivé směny bezpečnostními pracovníky neozbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, čímž docházelo k systémovému neplnění požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a obdobného požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb., přičemž účastník toto své pochybení uznal;

d) toto závažné a dlouhodobé pochybení vedlo k tomu, že se účastník zavázal uhradit zadavateli smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč.

(...)

Z tohoto důvodu bude účastník vyloučen ze zadávacího řízení v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.“.

K výroku tohoto rozhodnutí

79. Úřad konstatuje, že mezi účastníky správního řízení je sporu o oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v šetřeném zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zatímco navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že jeho vyloučení je nezákonné (viz body 8. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel, z logiky věci, zaujímá názor diametrálně odlišný, když má za to, že všechny podmínky stanovené ve shora citovaném ustanovení zákona byly u navrhovatele naplněny, a jeho vyloučení bylo tudíž učiněno v souladu se zákonem (viz body 29. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad proto přistoupil k přezkoumání toho, zda zadavatel při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dodržel zákon, k čemuž sděluje následující.
80. Úřad ve vztahu k § 48 odst. 5 písm. d) zákona, na základě kterého zadavatel vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení „opřel“ (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto ustanovení zákona lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost

odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popř. obchodní pověst dodavatele. Úřad zde zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení na základě výše citovaného ustanovení zákona vyloučit, důkazní břemeno k prokázání naplnění podmínek stanovených v daném ustanovení zákona leží na zadavateli. Zadavatel tedy musí naplnění všech vzájemně souvisejících zákonných podmínek vyplývajících z předmětného ustanovení zákona prokázat a odůvodnit. Zadavatel tak musí prokázat, že se účastník dopustil více než jednoho pochybení, že k uvedeným pochybením došlo při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky nebo při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem, že se uvedených pochybení účastník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, že se jednalo o pochybení závažná nebo dlouhodobá a že tato pochybení vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím. Se zřetelem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda ve zde projednávané věci zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

81. Jak je zřejmé z rozhodnutí o vyloučení (viz opětovně bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel vyloučení navrhovatele odůvodnil tím, že společnost G4S Secure Solutions, coby vedoucí společník sdružení „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, tzn. navrhovatele, se při plnění smlouvy ze dne 19.12.1994 o poskytování fyzických ochranných služeb na EDU, uzavřené mezi jmenovanou společností a společností ČEZ, a. s., jakožto vedoucím společníkem sdružení zadavatelů předmětné veřejné zakázky, dopustila pochybení spočívajících v tom, že její pracovníci nebyli, zjednodušeně řečeno, vybaveni předepsanou zbraní při výkonu plnění vyplývajících z uzavřené smlouvy. Úřad k tomu sděluje, že ověřil, že smlouva, ve znění jejích dodatků, byla uzavřena mezi společností ČEZ, a. s. a společností G4S Secure Solutions. Úřad má tudíž za prokázané, že se údajných pochybení (Úřad v tuto chvíli ještě nikterak nehodnotí, zda zadavatelem vytýkaná pochybení naplňují předpoklady § 48 odst. 5 písm. d) zákona) dopustil účastník zadávacího řízení, tj. navrhovatel. Úřad v této souvislosti poznamenává, že podle § 5 zákona se dodavatelem rozumí i více osob společně, přičemž podle § 47 odst. 1 písm. b) zákona se dodavatel stává účastníkem zadávacího řízení v okamžiku, kdy podá žádost o účast nebo nabídku. Ačkoliv navrhovatel, tj. společnost „Ostraha G4S pro Skupinu ČEZ“, sestává z 2 dodavatelů, tak vzhledem k tomu, že jedním z nich je společnost G4S Secure Solutions, vůči jejímuž plnění má zadavatel výhrady, a proto přistoupil k aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona, vztahuje se případně důvod pro vyloučení na navrhovatele jako „celek“; ostatně fakt, že vyloučení ze zadávacího řízení dopadá na navrhovatele jako „celek“, ani není mezi účastníky řízení jakkoliv sporný. Z pohledu Úřadu je pak bezpochyby splněna i podmínka dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající v tom, že se účastník zadávacího řízení dopustil pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky. Úřad opakuje, že v rozhodnutí o vyloučení je uvedeno, že se společnost G4S Secure Solutions dopustila konkrétních pochybení při plnění smlouvy, kdy tato smlouva byla uzavřena mezi jmenovanou společností a společností ČEZ, a. s., která je jedním ze zadavatelů posuzované veřejné zakázky (viz bod 1. odůvodnění tohoto rozhodnutí); ani existence této podmínky, resp. její splnění, netvoří předmět sporu mezi účastníky správního řízení. Nicméně pokud jde o zbývající 3 podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a sice podmínky, že 1) se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení 2) závažných nebo dlouhodobých

pochybení, která 3) vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, které musí být pro oprávněnou aplikaci shora citovaného ustanovení zákona dány kumulativně, pak o jejich splnění mezi účastníky správního řízení již spor panuje. Úřad se proto bude zabývat tím, zda jsou všechny 3 předmětné podmínky v šetřeném případě skutečně splněny, přičemž nejprve přistoupí k ověření toho, zda pochybení společnosti G4S Secure Solutions, resp. navrhovatele, jež zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl, jsou závažná, popř. dlouhodobá. K tomu Úřad konstatuje následující.

82. Úřad uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení konstatoval, že společnost G4S Secure Solutions, resp. navrhovatel se při plnění smlouvy dopustil závažných a dlouhodobých pochybení, když záměrně a systematicky obsazoval jednotlivé směny bezpečnostními pracovníky neozbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, čímž docházelo k neplnění požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy charakter závažnosti, resp. dlouhodobosti pochybení odvozuje od toho, že bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions nebyli při výkonu ostrahy EDU ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Úřad dříve, než se bude zabývat tím, zda vytýkaná pochybení navrhovatele skutečně naplňují znaky závažnosti, popř. dlouhodobosti, pokládá za vhodné nejprve vyjasnit, zda povinnost bezpečnostních pracovníků být ozbrojen krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně byla společnosti G4S Secure Solutions zřejmá, resp. zda jmenovaná společnost v rámci plnění smlouvy musela dané povinnosti dostát. Jestliže by totiž společnost G4S Secure Solutions nebyla povinna dodržet, aby její pracovníci při výkonu fyzické ostrahy EDU museli být vyzbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, pak by nebylo možno uvažovat o tom, že nevybavení jejích pracovníků danou zbraní může představovat závažné či dlouhodobé pochybení, jak tvrdí zadavatel, v důsledku čehož by nebyla splněna jedna z podmínek pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
83. Ze smlouvy, konkrétně z jejího reasumovaného znění ve smyslu dodatku č. 18 s účinností ode dne 1.1.2010, lze dovodit, že předmětem plnění dle čl. II. „Předmět plnění“, bodu II.1., je *„[p]oskytování fyzických ochranných bezpečnostních služeb v souladu ustanoveními „Instrukce k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a.s., DV-JE Dukovany“, č.j. V 2/2009-ČEZ-EDU a „Taktického plánu zásahu bezpečnostní služby ve střeženém prostoru ČEZ, a.s., DV – Dukovany“, č.j. V3/2009-ČEZ-EDU.“*. Dále je v čl. V. „Spolupůsobení ČEZ-EDU“, bodu V.5., smlouvy stanoveno, že poskytovatel (tj. společnost G4S Secure Solutions) se zavazuje, že *„se bude řídit platnou legislativou ČEZ-EDU – Objednatele (provozovatele KP) a podmínkami stanovenými ve Smlouvě.“*. Úřad ověřil, že předmět plnění specifikovaný v čl. II. „Předmět plnění“, bodu II.1., smlouvy nebyl následujícími dodatky, tj. dodatky č. 19 až 25, nijak změněn. Ze shora uvedených ustanovení smlouvy tak Úřad dovodil, že předmětem plnění smlouvy, jež měla společnost G4S Secure Solutions společnosti ČEZ, a. s. poskytovat, byla po celou dobu trvání smluvního vztahu fyzická ostraha EDU. Zadavatel tedy předmětnou smlouvou přenesl povinnost zajištění fyzické ostrahy EDU na externí subjekt, tzn. navrhovatele.
84. Úřad sděluje, že podle § 163 odst. 1 písm. e) atomového zákona je držitel povolení k provozu jaderného zařízení povinen zajistit fyzickou ostrahu jaderného zařízení a jaderného materiálu nalézajícího se ve střeženém prostoru, chráněném prostoru a vnitřním prostoru nebo životně důležitém prostoru, přičemž specifikace této povinnosti je upravena v § 11 vyhlášky

č. 144/1997 Sb., resp. v § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. Úřad podotýká, že vyhláška č. 144/1997 Sb. byla účinná do 31.12.2016 a vyhláška č. 144/1997 Sb. nabyla účinnosti od 1.1.2017. Současně z § 229 odst. 1 atomového zákona lze dovodit, že osoby, které vykonávají činnosti upravené v tomto zákoně na základě povolení vydaného podle zákona č. 18/1997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon) a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona považují za držitele povolení podle tohoto zákona a jsou povinny přizpůsobit své právní poměry tomuto zákonu, nestanoví-li tento zákon jinak, do 2 let ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nebo do 1 roku ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona, jde-li o činnosti v rámci expozičních situací. Tedy, zjednodušeně řečeno, do doby, než bylo na EDU třeba v plném rozsahu implementovat povinnosti vyplývající z „nového“ atomového zákona, byla společnost ČEZ, a. s. oprávněna se ještě 2 roky od nabytí účinnosti tohoto „nového“ atomového zákona řídit dosavadní legislativou. Konkrétně z § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. vyplývá, že bezpečnostní pracovníci zajišťující fyzickou ostrahu na strážních stanovištích jaderných zařízení I. kategorie, jsou ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně a splňují požadavky podle zvláštních předpisů. Podle § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. bezpečnostní pracovník, který zajišťuje fyzickou ostrahu na stanovištích jaderného zařízení s vymezeným vnitřním nebo životně důležitým prostorem, musí být ozbrojen krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně a musí být držitelem platné koncese pro ostrahu majetku a osob podle živnostenského zákona nebo být zaměstnancem tohoto držitele. Z obou citovaných vyhlášek je tedy možno dovodit, zjednodušeně řečeno, že bezpečnostní pracovníci poskytující fyzickou ostrahu jaderné elektrárny musí být ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, když tato povinnost byla koncipována v obou těchto vyhláškách obdobným způsobem.

85. Úřad na tomto místě poznamenává, že při rozhodování věci nepřehlédl, že ve smlouvě, ani v jiném smluvním ujednání, nebylo smluvními stranami explicitně upraveno (stanoveno), že společnost G4S Secure Solutions je povinna poskytovat své plnění v souladu se shora citovanými vyhláškami, avšak z účelu smlouvy je zřejmé, že zadavatel zajištění svojí povinnosti spočívající v zajištění ostrahy EDU, která pro něj vyplývá z atomového zákona, přenesl na společnost G4S Secure Solutions, a to včetně dodržování povinností vyplývajících z § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb., resp. z § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb., tj. povinnosti, aby bezpečnostní pracovníci poskytující fyzickou ostrahu jaderné elektrárny byli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. V této souvislosti lze doplnit, že smlouva, resp. její reasumované znění ve smyslu dodatku č. 18 neposkytuje zcela konkrétní popis výkonu zabezpečení EDU, nicméně předmětný dodatek odkazuje v čl. V.5. na povinnost poskytovatele, tj. společnosti G4S Secure Solutions, řídit se při plnění smlouvy platnou legislativou společnosti ČEZ, a. s., přičemž tato je s ohledem na povahu zde obsažených informací vedena v režimu vyhrazených informací ve smyslu zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů.
86. Úřad v této souvislosti podotýká, že z nedatovaného dopisu někdejší předsedkyně představenstva společnosti G4S Secure Solutions [... anonymizováno ...], adresovaného společnosti ČEZ, a. s., jenž byl zaslán po kontrole uskutečněné na EDU dne 7.9.2017 SÚJB, která v předmětném dopisu mj. sděluje, že „[v] úvodu bych se ráda jménem sebe a naší společnosti omluvila za pochybení, ke kterému na JE Dukovany došlo. (...)

Za hlavní příčiny předmětné události považuji především problémy, které vznikají se získáním zbrojního průkazu u uchazečů o pozici bezpečnostní pracovník JE. (...) To byl také důvod nasazení osob, které ještě zbrojní průkaz nezískaly, do výkonu služby. Samozřejmě to vše jsou pouze důvody na dovysvětlení situace, které jdou plně za námi jako dodavatelem služby.“ lze dovodit, že společnost G4S Secure Solutions si byla vědoma své povinnosti na ozbrojení bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Úřad nadto předesílá, že dodržení této povinnosti není ani ze strany navrhovatele ve správním řízení činěno sporným. K tomu lze uvést, že navrhovatel v návrhu mj. sdělil, že „*souhlasí, že poskytoval služby fyzické ostrahy na EDU na základě Smlouvy. Rovněž inspekce SÚJB, která odhalila celkem čtyři neozbrojené pracovníky Navrhovatele na dvou směnách, se uskutečnila dne 7. 9. 2017. (...) Pokud by Navrhovatel připustil, že kontrolou SÚJB odhalená zjištění, že čtyři bezpečnostní pracovníci, kteří nebyli ozbrojeni předepsanou zbraní, lze označit za pochybení ve smyslu Smlouvy, nelze však tvrdit, že by se dalo hovořit o pochybeních závažných nebo dlouhodobých.“* Z pohledu Úřadu tak navrhovatel nepopírá, že by při výkonu fyzické ostrahy EDU nebyl vázán povinností vybavit jeho bezpečnostní pracovníky krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Dle přesvědčení Úřadu tedy danou povinnost navrhovatel nijak neneguje, kdy její nesplnění staví do roviny „marginálního pochybení“ (k tomu v podrobnostech viz níže).

87. Na věci pak nic nemění tvrzení navrhovatele, že nebyl s aktuální platnou instrukcí společnosti ČEZ, a. s., tj. s Instrukcí k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a.s., divize Výroba – Jaderná elektrárna Dukovany č. j. V2/2013- ČEZ-EDU (dále též jen „Instrukce V2/2013“) seznámen, když smlouva odkazuje jen na v době údajného pochybení společnosti G4S Secure Solutions již neplatnou Instrukci k zajištění fyzické ostrahy střeženého prostoru ČEZ, a. s., DV-JE Dukovany č. j. V3/2009-ČEZ-EDU (dále též jen „Instrukce V3/2009“) a „Taktický plán zásahu bezpečnostní služby ve střeženém prostoru ČEZ, a.s., DV-JE Dukovany“ č. j. V3/2009-ČEZ-EDU, jelikož povinnost provádět fyzickou ostrahu EDU bylo dle smlouvy předmětem plnění společnosti G4S Secure Solutions, nikoliv společnosti ČEZ, a. s., tudíž povinností společnosti G4S Secure Solutions bylo řídit se při poskytování fyzické ostrahy EDU platnými právními předpisy. Úřad přitom odkazuje na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí, z něhož lze mít za to, že navrhovatel nečiní spornou samotnou povinnost zajistit, aby jeho bezpečnostní pracovníci poskytující fyzickou ostrahu EDU byli vyzbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, a byly tak splněny požadavky kladené na výkon fyzické ostrahy EDU příslušnými právními předpisy.
88. Jestliže navrhovatel ve vyjádření k podkladům ze dne 5.8.2020 začíná uplatňovat argumentaci, že zadavatel patrně v interních instrukcích specifikoval ta stanoviště EDU, jež měla být střežena bezpečnostními pracovníky společnosti G4S Secure Solutions vyzbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, nicméně s těmito instrukcemi navrhovatele neseznámil (viz bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tzn. navrhovatel de facto tvrdí, že nevěděl o tom, že jeho bezpečnostní pracovníci mají být vyzbrojeni předmětnou zbraní, pak Úřad pokládá tuto argumentaci za účelovou, a to s ohledem na průběh vedeného správního řízení a původně uplatňovanou argumentaci navrhovatele, stejně tak skutečnosti vyplývající z předchozího jednání navrhovatele v průběhu doby plnění uzavřené smlouvy a jeho reakcí na zjištěné pochybení. Úřad si je v tomto ohledu rovněž vědom toho, že v rámci nahlížení do vedeného správního spisu se navrhovatel seznámil s obsahem usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-21362/2020/531/MHo ze dne 15.7.2020. Úřad nijak

nepopírá, že citovaným usnesením stanovil zadavateli lhůtu ke sdělení, z jakého dokumentu vyplývá povinnost společnosti G4S Secure Solutions zajistit pro společnost ČEZ, a. s. při plnění smluvní povinnosti spočívající ve fyzické ostraze EDU splnění požadavku na ozbrojení bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně v souladu s § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb., resp. s § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž zadavatel v jeho sdělení takový dokument neidentifikoval. Úřad si za účelem zjištění skutkového stavu věci hodlal u zadavatele ověřit to, že skutečně nepřehlédl explicitní ustanovení smlouvy, týkající se povinnosti ozbrojení pracovníků ostrahy. Úřad tedy při rozhodování věci vycházel z toho, že ve smlouvě, ani v jiném smluvním ujednání, nebyl smluvními stranami explicitně upraven způsob výkonu předmětných služeb. Úřad nicméně opakuje, že v kontextu skutkových okolností případu má za to, že z účelu smlouvy je zřejmé, že zadavatel zajištění svojí povinnosti spočívající v zajištění ostrahy EDU, která pro něj vyplývá z atomového zákona, přenesl na společnost G4S Secure Solutions, a to včetně dodržování povinností vyplývajících z § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb., resp. z § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb., tj. povinnosti, aby bezpečnostní pracovníci poskytující fyzickou ostrahu jaderné elektrárny byli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Fakt, že přenesení určité konkrétní povinnosti nebylo jmenovitě mezi společnostmi ČEZ, a. s. a společností G4S Secure Solutions „zakotveno“, neznámá, že dle celkového obsahu smlouvy tato povinnost na společnost G4S Secure Solutions nedopadala. Z pohledu Úřadu se navrhovatel svojí argumentací, poté, kdy nahlédl do vedeného správního spisu, z něž zjistil, že zadavatel konkrétní dokument neoznačil, snaží ex post předmětnou povinnost popřít. Úřad má nicméně za to, že si byl navrhovatel plně vědom toho, že na něj byla daná povinnost přenesena, čemuž odpovídalo dosavadní jednání navrhovatele. Úřadu se totiž v tomto kontextu ani nejeví logickým, proč by jinak společnost G4S Secure Solutions při výkonu ostrahy EDU některé své bezpečnostní pracovníky krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně vyzbrojovala, pakliže by k tomu údajně neměla být povinována. Skutečnost, že nevyzbrojení předmětnou zbraní byli při kontrole dne 7.9.2017 pouze někteří bezpečnostní pracovníci, lze dovozovat z kontrolního protokolu vyhotoveného SÚJB. V této souvislosti nelze přehlédnout ani to, že v návaznosti na provedenou kontrolu ze strany SÚJB zaslala společnost ČEZ, a. s. společnosti G4S Secure Solutions dopis ze dne 20.9.2017, v němž je mj. uvedeno, že „s krajním znepokojením Vám podávám informaci o zjištěném zásadním porušení **smluvních ujednání**¹ vyplývajících z uzavřené smlouvy o dílo č. 90104655 (tj. smlouvy, pozn. Úřadu) (...). Porušení těchto smluvních ujednání konstatuji na základě zjištění inspektorů Státního úřadu pro jadernou bezpečnost (...) v průběhu kontroly zajištění fyzické ostrahy EDU, která byla provedena v odpoledních a podvečerních hodinách dne 7. 9. 2017. V rámci této kontroly inspektoři SÚJB zjistili porušení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a obdobného požadavku § 22 odst. 1 ji nahrazující vyhlášky č. 361/2016 Sb., a to tím, že celkově 4 bezpečnostní pracovníci G4S v době kontroly (...) nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně.“ V reakci na předmětný dopis tehdejší předsedkyně představenstva společnosti G4S Secure Solutions [... anonymizováno ...] v dopisu adresovanému společnosti ČEZ, a. s. mj. uvedla, že „[v] úvodu bych se ráda jménem sebe a naší společnosti omluvila za pochybení, ke kterému na JE Dukovany došlo.“, přičemž následně v něm uvedla důvody, které k tomuto vedly (viz bod 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřadu nepřijde racionální, proč by za předpokladu, že by společnost G4S Secure

¹ Zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu.

Solutions nebyla v rámci ostrahy EDU povinna vybavit své bezpečnostní pracovníky krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, a porušení této povinnosti jí bylo ze strany společnosti ČEZ, a. s. výslovně vytknuto, toto porušení přiznala, omluvila se za ně a snažila se je zdůvodnit. Dle Úřadu tak s ohledem na skutkové okolnosti výše uvedená argumentace navrhovatele, již se snaží zajišťování této povinnosti negovat, nemůže obstát; Úřad proto danou argumentaci považuje za účelovou a nemající vliv na rozhodnutí věci.

89. Úřad nadto poznamenává, že zadavatel učinil přílohou svého vyjádření ze dne 20.7.2020 interní dokument společnosti G4S Secure Solutions s názvem „Instrukce pro výkon služby na stan. č.3 VJEZD DO CHRÁNĚNÉHO PROSTORU, č. j. 10008986“ ze dne 29.9.2014, jež se vztahuje k ostraze EDU. V čl. 6.1.5. „Výstroj a výzbroj pracovníků ostrahy“ předmětného dokumentu se přitom hovoří o tom, že pracovník ostrahy bude vyzbrojen krátkou kulovou zbraní – pistolí ráže 7,65 mm nebo pistolí ráže 9,00 mm. Úřad předesílá, že výše jmenovanou instrukci nezahrnul mezi podklady pro rozhodnutí, neboť tato instrukce nebyla žádnou ze stran podepsána, tudíž nemá postaveno najisto, zda nabyla účinnosti. Nicméně tímto není vyloučeno, aby na danou instrukci nebylo možno nazírat jako na další indicii osvědčující fakt, že společnost G4S Secure Solutions byla povinna v rámci provádění fyzické ostrahy EDU vybavit své bezpečnostní pracovníky krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. S ohledem na skutkový stav věci nepovažoval Úřad již za nezbytné zabývat se tím, zda skutečně existuje takto konkrétní interní dokument společnosti G4S Secure Solutions, který by do detailu řešil mj. povinnosti příslušných pracovníků podílejících se na ostraze EDU.
90. Úřad proto činí dílčí závěr, a sice ten, že má v kontextu shora popsanych skutečností za prokázané, že společnost G4S Secure Solutions, resp. navrhovatel byl povinen při plnění smlouvy zajistit, aby jeho bezpečnostní pracovníci byli při provádění fyzické ostrahy EDU vybaveni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Úřad se tudíž bude nyní věnovat tomu, zda pochybení spočívající v porušení dané povinnosti, tak, jak je zadavatel odůvodnil v rozhodnutí o vyloučení, lze hodnotit jako závažná, popř. dlouhodobá, a zda je tak možno uvažovat o vyloučení navrhovatele z účasti v šetřeném zadávacím řízení v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
91. Z rozhodnutí o vyloučení lze dovodit, že navrhovatel se dopustil při plnění smlouvy závažných a dlouhodobých pochybení, jelikož záměrně a systematicky obsazoval jednotlivé směny bezpečnostními pracovníky neozbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, čímž docházelo k systémovému neplnění požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a obdobného požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. Dále zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že dne 7.9.2017 proběhla v EDU ze strany SÚJB kontrola zajištění fyzické ostrahy, přičemž výsledkem této kontroly bylo mj. zjištění, že někteří bezpečnostní pracovníci z denní a noční směny, tj. 2 směn, nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Zadavatel v předmětném rozhodnutí cituje z obsahu kontrolního protokolu vyhotoveného SÚJB, že „[t]ím, že držitel připustil zařazení těchto BP do výkonu služby na stanovištích fyzické ostrahy, došlo k možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany v případě naplnění projektové základní hrozby.“, přičemž „tato skutečnost vypovídá o systémových nedostacích (porušení ustanovení vyhlášky bylo zaznamenáno v rámci denní i noční směny) v zajištění fyzické ostrahy a nejedná se tedy pouze o nahodilé nedodržení požadavku ...“.

92. V protokolu o kontrole ze dne 13.9.2017 SÚJB konstatoval, že předmětem kontroly prováděné dne 7.9.2017 v EDU bylo „plnění (...) požadavků zákona č. 263/2016 Sb., atomový zákon, a jeho prováděcích právních předpisů a rovněž jim odpovídajícím požadavkům zákona č. 18/1997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon) a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 263/2016 Sb. a jeho prováděcích právních předpisů.

(...)

Inspektor dále u jednotlivých BP provedl kontrolu platnosti jejich zbrojních průkazů dle požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. Kontrolou bylo zjištěno, že BP p. [... anonymizováno ...] (stanoviště odstávka), pí. [... anonymizováno ...] (vjezd do CHP) z denní směny a pí. [... anonymizováno ...] (stanoviště záloha) a pí. [... anonymizováno ...] (stanoviště odstávka) z noční směny nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Dle sdělení uvedených BP nejsou tito doposud držitelé platného zbrojního průkazu dle zákona č. 119/2002 Sb., zákon o střelných zbraních a střelivu. Tímto došlo k porušení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. i porušení požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. Tím, že držitel připustil zařazení těchto BP do výkonu služby na stanovištích fyzické ostrahy, došlo k možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany v případě naplnění projektové základní hrozby. Dále tato skutečnost vypovídá o systémových nedostacích (porušení ustanovení vyhlášky bylo zaznamenáno v rámci denní i noční směny) v zajištění fyzické ostrahy a nejedná se tedy pouze o nahodilé nedodržení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. i porušení požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb.

(...)

Kontrolou bylo zjištěno porušení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a obdobného požadavku § 22 odst. 1 ji nahrazující vyhlášky č. 361/2016 Sb. a to tím, že celkově 4 BP zajišťující fyzickou ostrahu jaderné elektrárny Dukovany dne 7. 9. 2017 v době kontroly od 16.20 hodin do 19.05 hodin nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Ač kontrolovaná osoba není dle § 229 odst. 2 AZ povinna přizpůsobit své právní poměry nové legislativě po dobu dvou let od nabytí účinnosti nového atomového zákona, tak dané porušené ustanovení má obdobu i v legislativě staré – v § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb.“. V předmětném protokolu o kontrole je v dalším uvedeno následující: „Vyžádané a předané podklady: Rozpis služby denní a noční směny BP G4S ze dne 7. 9. 2017.“. Úřad má tudíž za prokázané, že SÚJB zjištěné nevybavení 4 bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, v rámci dvou samostatných směn, se týká bezpečnostních pracovníků společnosti G4S Secure Solutions, kdy tento fakt nečiní navrhovatel nijak sporným.

93. Úřad ve světle shora uvedených skutečností nemá pochybnosti o tom, že k pochybením spočívajícím v neobsazování směn bezpečnostními pracovníky ozbrojenými krátkou kulovou zbraní do 9 mm včetně ze strany společnosti G4S Secure Solutions v rámci plnění smlouvy skutečně došlo. Za důkaz právě řečeného považuje Úřad protokol o kontrole SÚJB ze dne 13.9.2017, v němž SÚJB předmětná pochybení konstatoval, kdy relevantní pasáž tohoto protokolu vtělil zadavatel do rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. Úřad dále sděluje, že již ten fakt, že vybraný dodavatel provede plnění jinak, může sám o sobě za určitých podmínek

vykazovat určitou intenzitu závažnosti, neboť vybraný dodavatel postupuje zjevně v rozporu se sjednanými podmínkami, a je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby co nejlépe odpovídalo jeho potřebám a pokud dojde k poskytnutí jiného nedostatečného plnění, je možné, že poskytovaná služba již nebude splňovat všechny požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval. Pokud společnost G4S Secure Solutions v posuzovaném případě poskytla zadavateli plnění, jež neodpovídá smlouvě, došlo tím v podstatě ke zmaření účelu smlouvy, a tak dle Úřadu není pochyb, že předmětné pochybení lze z důvodu jeho povahy označit za závažné. Právě v povaze pochybení společnosti G4S, jak rovněž stvrzuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, v němž uvádí: „že někteří bezpečnostní pracovníci z denní a noční směny nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Tímto došlo k v protokolu uvedenému porušení požadavku § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. i porušení požadavku § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. K tomuto je v protokolu uvedeno: „Tím, že držitel připustil zařazení těchto BP do výkonu služby na stanovištích fyzické ostrahy, došlo k možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany v případě naplnění projektové základní hrozby.““, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti. Úřad přitom k povaze předmětných pochybení zdůrazňuje, že předmětem smlouvy byla fyzická ostraha jaderné elektrárny, coby objektu významného charakteru, kdy i úmyslem zákonodárce bylo stanovit ve shora citovaných vyhláškách speciální (zprísněné) podmínky pro ostrahu těchto typů objektů prostřednictvím ozbrojených pracovníků ostrahy, a to z důvodu jejich zásadního strategického významu. Kdyby totiž zákonodárce nepovažoval nutnost ostrahy jaderných elektráren ozbrojenými pracovníky za povinnou, zajisté by tak nestanovoval. Dle přesvědčení Úřadu by eventuální vniknutí do EDU „nepovolanými“ osobami mohlo mít skutečně nedozírné, resp. katastrofální následky. Proto je zájem veřejnosti na „nedotknutelnosti“ jaderné elektrárny promítnut do požadavku zákonodárce na tom, aby bezpečnostní pracovníci vykonávající její fyzickou ostrahu byli vybaveni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně. Pakliže tuto zbraň při výkonu ostrahy nemají, nelze mít pochyb o tom, že zajištění jaderné elektrárny je podstatným způsobem sníženo. O tom, že řádnou ostrahu jaderné elektrárny není možné brát „na lehkou váhu“, svědčí koneckonců i to, že za nedodržení shora uvedené povinnosti lze držiteli licence k provozování jaderného zařízení uložit pokutu až do výše 2 000 000 Kč (viz § 175 odst. 2 písm. b) atomového zákona). Pochybení poskytovatele služeb ostrahy tohoto jaderného zařízení, který si byl svých povinností nepochybně vědom, spočívající v nezajištění stupně ostrahy v souladu se smlouvou, resp. předmětnými vyhláškami, lze tak s jistotou charakterizovat jako závažná, neboť společnost G4S Secure Solutions de facto nezajistila řádnou ostrahu jaderné elektrárny, jakožto objektu strategického charakteru, jak jí vyplývalo ze smlouvy. K argumentu navrhovatele, že SÚJB v protokolu o kontrole konstatoval, že „došlo k možnému snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany“, tzn. ani sám SÚJB si nebyl jist, zda ke snížení účinnosti zajištění fyzické ochrany došlo, či nikoliv (viz bod 59. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad sděluje, že SÚJB v předmětném protokolu výslovně konstatoval porušení požadavků § 11 vyhlášky č. 144/1997 Sb. a § 22 odst. 1 vyhlášky č. 361/2016 Sb. v důsledku toho, že konkrétní bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions nebyli při výkonu ostrahy ozbrojeni předepsanou zbraní. O porušení příslušných ustanovení těchto vyhlášek tak nemůže být žádného sporu. Stejně tak je dle názoru Úřadu nepopíratelné, že dané porušení předmětné povinnosti mohlo vést ke snížení účinnosti zajištění fyzické

ochrany EDU, jak ostatně konstatoval i SÚJB v protokolu o kontrole. Z pohledu Úřadu tedy fakt, že SÚJB v protokolu o kontrole použil formulaci „*došlo k možnému snížení*“, nemá žádný vliv na shora učiněné závěry, že nevyzbrojení bezpečnostních pracovníků krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně je třeba klasifikovat jako závažná pochybení navrhovatele, kdy pro tyto závěry je klíčové právě to, že tímto jednáním prokazatelně došlo k porušení shora specifikovaných vyhlášek, bez ohledu na jeho reálný dopad.

94. Na základě posouzení povahy pochybení navrhovatele (a to jak jednotlivě, tak ve vzájemných souvislostech), ve vztahu ke smluvním podmínkám stanoveným ve smlouvě, Úřad konstatuje, že výše uvedená pochybení v tomto smyslu posoudil jako závažná, neboť na základě provedené kontroly SÚJB dne 7.9.2017 bylo prokazatelně zjištěno, že někteří bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions jak z denní, tak i z noční, směny, nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, jak uvedl zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, ačkoliv tato povinnost vyplývala ze smluvního vztahu mezi společnostmi ČEZ, a. s. a společností G4S Secure Solutions. Úřad v této souvislosti konstatuje, že z dokumentace, resp. z podkladů obdržенých od zadavatele, přitom nevyplývají žádné objektivní důvody, které by navrhovateli v souvislosti s vytýkanými pochybeními bránily výkon ostrahy EDU řádně plnit, naopak je zřejmé, že společnost G4S Secure Solutions si byla zjištěných pochybení, resp. porušení předmětné povinnosti, vědoma, jak vyplývá z nedatovaného dopisu tehdejší předsedkyně představenstva společnosti G4S Secure Solutions [... anonymizováno ...] (viz bod 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad se tudíž neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, jenž zadavatelem vytýkaná pochybení označuje v návrhu za „marginální pochybení“; z pohledu Úřadu se totiž prokazatelně jedná, vzhledem k předmětu ostrahy a vzhledem k jejich intenzitě, o pochybení závažného charakteru. Dle přesvědčení Úřadu je třeba za závažné pochybení považovat každou jednu řádně neozbrojenou směnu, a to s ohledem na vysoký zájem na tom, aby EDU byla nepřetržitě střežena, a to i prostřednictvím ozbrojených bezpečnostních pracovníků, resp. strážných, jak o tom bylo Úřadem pojednáno již shora.
95. Jestliže navrhovatel rozporuje počet zadavatelem v rozhodnutí o námitkách vytknutých pochybení a namítá, že jejich počet vyčíslený zadavatelem na základě jím provedené interní analýzy v reakci na kontrolu SÚJB nikdy neuznal, pak Úřad sděluje, že na posouzení věci nic nemění, resp. je irelevantní, zda se společnost G4S Secure Solutions dopustila tím, že neobsazovala jednotlivé směny bezpečnostními pracovníky vyzbrojenými krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně v roce 2017 527 pochybení, jak uvádí zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, či jen např. 10 takových pochybení. Úřad totiž považuje za prokázané, že se společnost G4S Secure Solutions dopustila minimálně 2 těchto pochybení, jak vyplývá z protokolu o kontrole SÚJB ze dne 13.9.2017, když pracovníci ostrahy jmenované společnosti nebyli jak na denní, tak na noční směně, tj. 2 směnách, dne 7.9.2017 ozbrojeni požadovanou zbraní, přičemž, jak již Úřad konstatoval výše, tato samostatná pochybení lze považovat za závažná, a tudíž již jen tato 2 pochybení plně postačují ke splnění podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tj. dopuštění se závažných (více než jednoho) pochybení; Úřad proto již blíže neověřoval, kolika těchto pochybení, jež zadavatel dovozuje z provedené interní analýzy, se navrhovatel skutečně dopustil, jelikož by to nemohlo na jeho závěrech ničeho změnit, neboť již pochybení konstatovaná v protokolu o kontrole vyhotoveném SÚJB, na něž zadavatel odkázal v rozhodnutí o vyloučení, sama o sobě postačují k naplnění podmínky dle shora citovaného ustanovení zákona, a nadto by se

jednalo o postup v rozporu se zásadou procesní ekonomie. Pokud se však uvedených pochybení dopouštěla společnost G4S Secure Solutions opakovaně, minimálně po dobu několika měsíců, jak argumentuje zadavatel, bylo by eventuálně možné považovat takováto její pochybení současně i za dlouhodobé. Úřad nicméně akcentuje, že považuje za dostačující důvod k vyloučení předpokládaný ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona, pokud se účastník zadávacího řízení dopustí min. 2 závažných pochybení, což má v šetřeném případě Úřad za prokázané, když tato pochybení společnosti G4S Secure Solutions vyplývají jednoznačně z předmětného protokolu SÚJB o kontrole, neboť se společnost G4S Secure Solutions dopustila daného závažného pochybení jak na denní, tak na noční směně, tedy minimálně dvakrát. Ostatně skutečnost, že dne 7.9.2017, tedy dne, kdy se na EDU uskutečnila kontrola SÚJB, z níž byl vyhotoven předmětný protokol, nebyli 2 bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions na denní směně a 2 její bezpečnostní pracovníci na noční směně ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, nepopírá ani navrhovatel, kdy toto naopak sám přiznává (viz bod 58. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pokud pak navrhovatel pokládá za nevěrohodnou interní analýzu zadavatele, ve které je uvedeno, že dne 7.9.2017 byli na denní směně neozbrojeni předmětnou zbraní nikoliv pouze 2 bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions, ale bezpečnostní pracovníci 3, pak Úřad konstatuje, že pro rozhodnutí věci nepovažuje za podstatné, zda se jednalo o 2 či 3 bezpečnostní pracovníky; zásadní totiž je, že dne 7.9.2017 byli jak na denní, tak i na noční směně, čili ve 2 případech, evidentně přítomni bezpečnostní pracovníci společnosti G4S Secure Solutions neozbrojení krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, což zakládá závažná pochybení navrhovatele při plnění smlouvy.

96. Úřad tedy s odkazem na shora uvedené konstatuje, že pochybení navrhovatele, jež zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl, a která spočívají v tom, že navrhovatel nezajistil, aby byli jeho bezpečnostní pracovníci při výkonu ostrahy EDU ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně, představují nepochybně pochybení závažného charakteru.
97. Ve vztahu k argumentu navrhovatele, že do doby provedení kontroly ze strany SÚJB nebyla zadavatelem vznesena jakákoliv námitka, že by navrhovatel porušoval jakékoliv povinnosti vyplývající ze smlouvy, Úřad uvádí, že fakt, že zadavatel až do provedení předmětné kontroly poskytované služby týkající se výkonu fyzické ostrahy EDU z libovolné příčiny případně nijak nerozporoval, resp. nereklamoval, nemůže jakkoliv zhojit to, že se navrhovatel při plnění smlouvy dopustil shora specifikovaných závažných pochybení. Plnění v rozporu se smlouvu nemůže být dle názoru Úřadu rozhodně jednoduše legitimizováno tím, že druhá smluvní strana toto pochybení po určité době nijak nenamítá, příp. přehlíží. Úřad tudíž předmětný argument navrhovatele pokládá za zcela lichý. Jestliže navrhovatel namítá, že od společnosti ČEZ, a. s. obdržel dne 16.7.2018, čili až po provedené kontrole ze strany SÚJB, z jejichž závěrů zadavatel dovozuje pochybení navrhovatele, osvědčení o řádném plnění zakázky týkající se ostrahy EDU, v němž společnost ČEZ, a. s. potvrdila, že všechny poskytované služby byly společností G4S Secure Solutions poskytovány řádně a v požadované kvalitě, pak Úřad upozorňuje, že toto obdržené potvrzení nemůže ničeho změnit na tom, že se společnost G4S Secure Solutions dopustila v předmětném smluvním vztahu minimálně 2 závažných pochybení, jak bylo Úřadem popsáno a postaveno najisto výše. Předmětné potvrzení tedy samo o sobě nijak „nenuluje“ existenci závažných pochybení při plnění smlouvy navrhovatelem, která zadavatel uvedl v rozhodnutí o jeho vyloučení. Úřad v tomto ohledu nehodnotí vhodnost postupu zadavatele, který vydává osvědčení o řádném plnění služeb,

ačkoliv toto potvrzení v sobě zahrnuje i období, v němž prokazatelně o pochybeních navrhovatele věděl. Předmětné osvědčení bylo společností ČEZ, a. s. vydáno za období od ledna roku 1992 do 16.7.2018, tj. bylo vydáno v době, kdy zadavatel u navrhovatele uplatňoval svá práva z neperfektního plnění, kdy dohoda o narovnání byla uzavřena dne 7.8.2018. Pro úplnost Úřad doplňuje, že kromě osvědčení ze dne 16.7.2018 předložil navrhovatel v rámci návrhu i další 3 osvědčení vystavená společností ČEZ, a. s. Jedná se však o osvědčení z let 2011, 2014 a 2015, čili z let, která se do rozhodnutí o vyloučení nijak nepromítají, a jedná se tak z hlediska posouzení zákonnosti postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele o osvědčení irelevantní.

98. V návaznosti na vše výše uvedené tak má Úřad za to, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení prokázal, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy k závažným pochybením, a tudíž je podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v posuzovaném případě naplněna.
99. Pokud jde o splnění další podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a sice podmínky, že se účastník zadávacího řízení dopustil závažných či dlouhodobých pochybení v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, pak Úřad sděluje následující.
100. Úřad na tomto místě opakuje, že zadavatel odeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek dne 20.12.2019 (viz bod 1. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tímto dnem tak bylo zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku ve smyslu § 61 odst. 1 zákona zahájeno. Vzhledem k právě řečenému je tudíž zřejmé, že k tomu, aby byla splněna ona „časová“ podmínka dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, musel by se účastník zadávacího řízení dopustit zadavatelem vytýkaných pochybení v období od 20.12.2016 do 20.12.2019. Jak bylo blíže popsáno v části odůvodnění tohoto rozhodnutí, v níž se Úřad zabýval naplněním znaku závažnosti, resp. dlouhodobosti pochybení navrhovatele, navrhovatel se závažných pochybení, jež byla zjištěna SÚJB na základě provedené kontroly, a jimiž zadavatel jeho vyloučení rovněž odůvodňuje, dopustil dne 7.9.2017, když jeho konkrétní bezpečnostní pracovníci jak na denní, tak i na noční směně nebyli ozbrojeni krátkou kulovou zbraní ráže do 9 mm včetně; již předmětná 2 pochybení přitom sama o sobě postačují k vyslovení závěru, že se navrhovatel při plnění smlouvy dopustil závažných pochybení, jak Úřad konstatoval shora. Tato závažná pochybení navrhovatele tedy zcela evidentně spadají do rozhodné doby 3 let od zahájení zadávacího řízení, a je proto možno uvést, že shora specifikovaná podmínka pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je v přezkoumávaném případě taktéž splněna.
101. Pokud navrhovatel namítá, že „již téměř uplynula stanovená tříletá doba, ve které se pochybení stalo“ a že poskytoval své služby na EDU přes 25 let, pak Úřad zdůrazňuje, že je nepochybné, že se společnost G4S Secure Solutions dopustila pochybení, jež vedly k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona přitom nijak nerozlišuje, zda předmětná doba již „téměř“ uplynula, či zda např. k pochybením vedoucím k vyloučení účastníka zadávacího řízení došlo na samém počátku této doby. Rozhodným hlediskem je totiž pouze to, zda k vytýkaným pochybením došlo v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení či nikoliv. Úřad na tomto místě poznamenává, že vyloučení příslušného účastníka zadávacího řízení na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona je fakultativním postupem, tzn. záleží vždy na uvážení samotného zadavatele. Zadavatel tedy nemusí

přistoupit k vyloučení účastníka ani tehdy, jestliže jsou jinak všechny podmínky předvídané v citovaném ustanovení zákona splněny. Nicméně pokud se zadavatel rozhodne § 48 odst. 5 písm. d) zákona použít, pak je pro vyslovení závěru, zda jeho postup byl oprávněný (při abstrahování od naplnění dalších podmínek), to, zda se účastník zadávacího řízení dopustil zadavatelem uvedených pochybení v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení. Jestliže je tento předpoklad splněn, pak není možné ze strany Úřadu brát jakkoliv do úvahy, „kdy konkrétně“ v průběhu rozhodného období k těmto pochybením došlo; Úřad tedy v žádném případě nemůže přistoupit k uložení nápravného opatření zadavateli s tím, že nezohlednil, že pochybení vyloučeného účastníka jsou již téměř „promlčena“. Stejně tak předmětné ustanovení zákona nerozlišuje, resp. nijak nepracuje s tím, jak dlouho smluvní vztah trval, a že případně po převážnou dobu jeho trvání nedocházelo k žádným pochybením při jeho plnění. Úřad proto dané argumenty navrhovatele pokládá za irelevantní pro rozhodnutí věci.

102. S odkazem na shora řečené tak Úřad shrnuje, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení prokázal, že se navrhovatel dopustil tam uvedených pochybení v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, protože je i tato „časová“ podmínka ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve zde projednávané věci jednoznačně splněna.
103. Pokud jde o zbývající podmínku stanovenou v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, jejíž naplnění ve zde projednávané věci zbývá ověřit, a sice podmínku, že pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, uvádí Úřad následující.
104. Úřadem bylo zjištěno, že zadavatel po navrhovateli dokumentem „Výzva k poskytnutí slevy z ceny díla a k zaplacení smluvní pokuty“ ze dne 25.1.2018 požadoval uhrazení přiměřené slevy z ceny díla ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč, kdy výše této slevy byla určena jako rozdíl mezi cenou služby, která byla skutečně vyfakturována, a obvyklou cenou fakticky poskytnutých služeb (tj. služeb fyzické ostrahy EDU realizovaných pracovníky, kteří nebyli vyzbrojeni krátkou kulovou zbraní) a rovněž u navrhovatele uplatňoval na základě předmětného dokumentu smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč, přičemž výše této smluvní pokuty byla určena tak, že každá jednotlivá směna odsloužená pracovníkem bez krátké kulové zbraně byla považována za jeden samostatný případ porušení smluvní povinnosti a byla za ni vyměřena pokuta [... obchodní tajemství ...] Kč (tj. celkem 810 případů porušení smluvní povinnosti, jak zadavatel zjistil provedením interní analýzy). Jak vyplývá z „Dohody o narovnání“ ze dne 7.8.2018, uzavřené mezi společností ČEZ, a. s. a společností G4S Secure Solutions, společností ČEZ, a. s. shora specifikovanou požadovanou smluvní pokutu a přiměřenou slevu z ceny plnění považují obě smluvní strany za sporná práva, která za podmínek uvedených v dohodě o narovnání zanikají. V čl. 4 „NOVÉ ZÁVAZKY“, bodu 1), dohody o narovnání smluvní strany dohody uvedly, že předmětná sporná práva nahrazují závazkem novým, a to uhrazením smluvní pokuty ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč společností G4S Secure Solutions ve prospěch společnosti ČEZ, a. s.
105. Zadavatel ke splnění posuzované podmínky v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že závažné a dlouhodobé pochybení vedlo k tomu, že se „účastník zavázal uhradit zadavateli smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč“ a dále, že „[z]jištěné pochybení tedy ve svém důsledku vedlo k tomu, že vůči účastníkovi byla uplatněna a účastníkem uznána sankce

srovnatelná s výší škody hrozící zadavateli jako důsledkem porušení povinností stanovených v AZ (atomovém zákonu, pozn. Úřadu).“.

106. V § 48 odst. 5 písm. d) zákona je stanoveno, že pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Úřad k tomuto uvádí, že pojem „jiná srovnatelná sankce“ je zjevně neurčitý právní pojem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu, nicméně zároveň lze z pojmu „sankce“ nepochybně usoudit, že by jiná srovnatelná sankce měla pro účastníka zadávacího řízení představovat určitý nepříznivý následek srovnatelný se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu.
107. Právo na smluvní pokutu vzniklo na základě ujednání stran. V konsolidovaném znění smlouvy ve znění dodatku č. 18, konkrétně v čl. VI. „Odpovědnost, náhrada škody a majetkové sankce“, bodu VI.1, je uvedeno, že „G4S zodpovídá za řádné plnění svých povinností uvedených v rámci předmětu plnění v čl.II této Smlouvy.“. V totožném článku, bodu VI.2, je uvedeno, že „V případě, že služby Poskytovatele budou poskytovány vadně je Objednatel oprávněn uplatnit a Poskytovatel je v takovém případě povinen uhradit smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč za každý takový případ. Zaplacení této smluvní pokuty není dotčeno právo ČEZ-EDU na náhradu škody vzniklé z tohoto důvodu. Za vadné plnění smluvní strany pokládají: a) každé porušení povinností uvedených v čl.II této Smlouvy. (...).“.
108. V posuzovaném případě, s odkazem na dokument „Výzva k poskytnutí slevy z ceny díla a k zaplacení smluvní pokuty“ ze dne 25.1.2018, na základě kterého zadavatel po společnosti G4S Secure Solutions požadoval v souvislosti se závažným porušením povinností vyplývajících ze smlouvy uhrazení slevy z ceny díla ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč, a dále smluvní pokutu ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč (viz shora), lze dle přesvědčení Úřadu uvést, že povinnost uhradit tyto nemalé finanční částky musela pro navrhovatele zcela zjevně představovat jasný nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad tak má za to, že závažná pochybení navrhovatele při plnění smlouvy vedla k uplatnění „jiných srovnatelných sankcí“, konkrétně přiměřené slevy z ceny díla a smluvní pokuty, neboť tyto skutečnosti představují nepříznivý následek stejně, jak tomu je v případě škody či u předčasném ukončení smluvního vztahu.
109. Na posouzení věci pak z pohledu Úřadu nic nemění ani následné uzavření dohody o narovnání, na základě níž došlo k zániku sporných práv a vzniku nového práva na uhrazení smluvní pokuty společností G4S Secure Solutions ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč. Rozhodujícím faktem je totiž především to, že k uplatnění jiné srovnatelné sankce zadavatelem vůbec došlo, což Úřad považuje za prokázané. Za účelem podpory právě řečeného Úřad odkazuje rovněž na komentářovou literaturu², ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona mj. uvedeno: „Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele

² DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka, MACHÁLKOVÁ, Michaela, MÜLLER, Veronika, PODOLOVÁ, Libuše. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7

deklarovalo.“. Argumentaci navrhovatele, že dohodou o narovnání zanikla sporná práva, je tak z výše uvedených důvodů třeba odmítnout, neboť ke splnění předmětné podmínky ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona postačuje pouze uplatnění srovnatelné sankce, za kterou lze považovat sjednanou smluvní pokutu. Jak lze dovodit z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 63/2019 ze dne 1.7.2020, „za srovnatelnou sankci je potřeba považovat nikoliv sankci, která bude nutně povahou srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy, nýbrž která bude srovnatelná závažností své sankční povahy vůči dodavateli. Krajský soud si v tomto ohledu nedokáže představit vhodnější srovnatelnou sankci ve vztahu k předčasnému ukončení smlouvy, než je smluvní pokuta, která kromě sankčního má taktéž satisfakční charakter, anebo reparační charakter, má-li představovat paušalizovanou náhradu škody. To však pouze za předpokladu, že smluvní pokuta dosáhne určité výše, odpovídající závažnosti pochybení dodavatele vůči veřejnému zadavateli, neboť stěží by bylo možno uplatnění smluvní pokuty v řádech stovek či tisíců korun možno považovat za sankci, srovnatelnou s odstoupením od smlouvy, uzavřené pro účely realizace veřejné zakázky.“. Navíc tím, že účastníci dohody o narovnání sporná práva nahradili novým závazkem, specifikovaným v čl. 4 „NOVÉ ZÁVAZKY“, bodu 1), dohody o narovnání, a to uhrazením smluvní pokuty ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč ze strany společnosti G4S Secure Solutions, jehož příčinou byla existence sporných práv, a to požadavku společnosti ČEZ, a. s. na uhrazení smluvní pokuty a přiměřené slevy z ceny díla (viz výše), došlo k dvoustrannému ujednání, jehož předmětem byl pro společnost G4S Secure Solutions vznik nepříznivého následku srovnatelného se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu. Argument navrhovatele, že fakticky nešlo o smluvní pokutu, ale pouze o „částku“, když pojem „smluvní pokuta“ zůstal ve shora citovaném článku dohody o narovnání omylem, nepovažuje Úřad za relevantní, neboť ke vzniku a uplatnění „srovnatelné sankce“ ve výši [... obchodní tajemství ...] Kč společností ČEZ, a. s. vůči společnosti G4S Secure Solutions prostřednictvím dohody o narovnání reálně došlo, když se společnost G4S Secure Solutions v předmětné dohodě k úhradě této částky zavázala a danou částku následně i uhradila. Je přitom nerozhodné, zda je úhrada této částky nazývána účastníky správního řízení „smluvní pokutou“ nebo „částkou“ či jiným způsobem, jelikož ve své podstatě tato úhrada negativně zasahuje společnost G4S Secure Solutions, a to měrou nikoliv zanedbatelnou, a tudíž ji lze považovat za „srovnatelnou sankci“, ať je nazývána jakýmkoliv způsobem. Porušení povinností plynoucích ze smlouvy tedy mělo pro společnost G4S Secure Solutions jednoznačně sankční následek.

110. Úřad tak má za prokázané, že v šetřeném případě je dána příčinná souvislost mezi závažnými pochybeními navrhovatele a vznikem jiné srovnatelné sankce. Nelze tedy konstatovat jinak, než že i tato poslední podmínka stanovená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona je splněna.
111. Ve světle výše popsanych skutečností proto Úřad shrnuje, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení prokázal, že byly splněny všechny podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Úřad tak dospěl k závěru, že se zadavatel tím, že na základě předmětného ustanovení zákona vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, nedopustil porušení zákona, protože zde nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření zadavateli.

K námitce obnovení způsobilosti (tzv. self-cleaning)

112. Navrhovatel v návrhu vyjadřuje názor, že přijal dostatečná nápravná opatření k obnovení své způsobilosti. Úřad se proto dále zabýval otázkou, zda navrhovatel prokázal obnovení své způsobilosti k účasti v zadávacím řízení na posuzovanou veřejnou zakázku.
113. Navrhovatel v námitkách proti svému vyloučení mimo jiné uvedl, že *„měl by Zadavatel vzít v potaz, že v návaznosti na provedenou předmětnou kontrolu SÚJB, byla přijata adekvátní interní opatření“* a že *„[s]kutečnost, že všechna nápravná opatření přijatá po inspekci SÚJB byla dostatečná a adekvátní, lze bez jakýchkoliv pochybností prokázat na skutečnosti, že Zadavatel již žádné výtky k poskytovaným službám ze strany Stěžovatele neuplatňoval a další spolupráce probíhala bezproblémově.“*. Dále namítal, že *„[n]avíc Zadavatel vystavil Stěžovateli dne 16. 7. 2018 osvědčení o řádném plnění zakázky týkající se ostrahy EDU, ve kterém potvrdil, že všechny Stěžovatelem poskytované služby byly poskytovány řádně a v požadované kvalitě.“*.
114. Možnost účastníka zadávacího řízení prokázat obnovení své způsobilosti je novým institutem zavedeným zákonem. Dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona může účastník zadávacího řízení mj. prokázat, že i přes naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 či 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. Zákon tedy umožňuje dodavateli, který je v postavení účastníka zadávacího řízení, tj. o jehož vyloučení pro nezpůsobilost není dosud „nevratně“ rozhodnuto, v průběhu zadávacího řízení předložit zadavateli důkazy o tom, že se „napravil“, a je tedy opět způsobilý plnit veřejnou zakázku, a že tedy odpadl důvod pro jeho vyloučení. Účastník zadávacího řízení však musí obnovení své způsobilosti prokázat, tj. doložit, že nápravná opatření, kterými odůvodňuje zánik své nezpůsobilosti, přijal a že tato jsou dostatečná.
115. K časovému rámci prokázání obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení Úřad dále konstatuje, že dodavatel účastníci se zadávacího řízení může prokázat obnovení své způsobilosti v průběhu zadávacího řízení. Kupříkladu se může jednat o situaci, kdy dodavatel (vědom si své nezpůsobilosti) přijme nápravná opatření ještě v období před podáním nabídky, předběžné nabídky nebo žádosti o účast a v rámci dokumentů předkládaných zadavateli již tato opatření doloží. Další možností např. je, že dodavatel přijme potřebná opatření až po svém vyloučení z účasti v zadávacím řízení a bude se domáhat toho, aby zadavatel své rozhodnutí o jeho vyloučení zrušil. Tuto možnost může dodavatel, jakožto účastník řízení, využít jen za předpokladu, že stále ještě bude účastníkem předmětného zadávacího řízení. V případě, že účast dodavatele v zadávacím řízení v souladu s ustanovením § 47 zákona zanikla, tak již prokázání obnovení způsobilosti možné není.
116. Dostatečnost přijatých nápravných opatření pak na základě předložených dokladů posoudí zadavatel. Ten tedy posuzuje a vyhodnocuje, zda jsou přijatá nápravná opatření adekvátní z hlediska závažnosti pochybení či provinění a okolností, za kterých k němu došlo, a zda je tedy předloženými doklady skutečně garantováno obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení.
117. K předmětné námitce navrhovatele Úřad opakuje, že navrhovatel se obecně může dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona dovolávat obnovení své způsobilosti. Aby však mohlo dojít k obnovení jeho způsobilosti, musel by navrhovatel prokázat, že přijal dostatečná nápravná opatření, jejichž demonstrativní výčet uvádí zákon v ustanovení § 76 odst. 2, a jejich přijetí

doložit zadavateli. Z dokumentace o zadávacím řízení nicméně nevyplývá, že by navrhovatel zadavateli doložil přijetí jakéhokoliv konkrétního nápravného opatření, tzn. že by zadavateli předložil jakýkoliv důkaz, z něhož by bylo patrné, že skutečně přistoupil k přijetí konkrétního nápravného opatření, resp. konkrétních nápravných opatření. Ačkoliv navrhovatel namítá, že od zadavatele obdržel osvědčení o řádném plnění zakázky týkající se ostrahy EDU, tak dané osvědčení není možno z pohledu Úřadu považovat za doložení přijetí nápravného opatření ve smyslu ustanovení § 76 odst. 1 zákona. Toto osvědčení totiž nijak nevyovídá o tom, zda a jaká nápravná opatření navrhovatel přijal, a nenaplnuje tudíž dikci posledně citovaného ustanovení zákona. Úřad se proto ztotožňuje s názorem zadavatele, že mu navrhovatel v průběhu zadávacího řízení nepředložil k prokázání obnovení své způsobilosti „zhola nic“. První podmínka ustanovení § 76 odst. 1 zákona, tj. aby navrhovatel doložil zadavateli přijetí nápravného opatření, tedy není splněna.

118. Úřad současně konstatuje, že navrhovatel ani neprokázal, že by k přijetí nějakého nápravného opatření z jeho strany opravdu došlo. Pouze z argumentu, že byla přijata adekvátní interní opatření a z konstatování, že zadavatel již žádné výtky k poskytovaným službám navrhovatelem neuplatňoval a další spolupráce probíhala bezproblémově, nelze rozhodně bez dalšího dovozovat a mít za to, že by navrhovatel přijal dostatečná nápravná opatření předtím, či poté, kdy zadavatel vydal rozhodnutí o jeho vyloučení. Předmětná argumentace navrhovatele se tak nachází pouze v rovině tvrzení, aniž by byla jakkoliv podpořena konkrétními důkazy a doklady. Následné údajně bezvadné plnění tak může být např. dílem náhody a nespočívá ani v jakémkoliv přijatém opatření k nápravě. Právě to je smyslem obnovení způsobilosti ve smyslu citovaného ustanovení zákona, aby dodavatel zadavateli předložil dostatečné důkazy a záruky o tom, že se již do budoucna taková pochybení nebudou opakovat. Ani druhá podmínka ustanovení § 76 odst. 1 zákona, tj. aby navrhovatel prokázal, že přijal dostatečná nápravná opatření, tedy není evidentně naplněna.
119. Na základě výše popsaného Úřad sděluje, že vzhledem k absenci podkladů prokazujících přijetí nápravných opatření zadavatel neměl možnost relevantně posoudit, zda vůbec byla tvrzená opatření přijata (příp. v jakém rozsahu), tudíž neměl možnost ani vyhodnotit, zda lze tvrzená nápravná opatření navrhovatele považovat za dostatečná k obnovení jeho způsobilosti. Úřad proto shrnuje, že navrhovatel zadavateli neprokázal přijetí takových nápravných opatření, kterými by obnovil svoji způsobilost k účasti v zadávacím řízení; s ohledem na skutkové okolnosti tudíž není možné uvažovat o tom, že by u navrhovatele došlo k naplnění dikce § 76 odst. 1 zákona.
120. Obiter dictum však Úřad poznamenává, že pokud navrhovatel do okamžiku, než zanikne jeho účast v zadávacím řízení, uplatní argumentaci obnovením způsobilosti ve smyslu § 76 zákona, přičemž zadavateli současně reálně doloží přijetí dostatečných nápravných opatření, bude na zadavateli, aby se navrhovatelem případně přijatými nápravnými opatřeními přezkoumatelným způsobem zabýval, tj. v případě jejich neakceptování zejména podrobně a srozumitelně odůvodnil, proč je nepovažuje za dostatečná. I na tento jeho postup se totiž nepochybně uplatní zásady upravené v § 6 zákona a i tento postup může být případně předmětem následného přezkumu ze strany Úřadu.

K dalším namítaným skutečnostem

121. K argumentu navrhovatele, že rozhodnutí o vyloučení nesplňuje zákonem požadované náležitosti, když je nepřezkoumatelné a netransparentní, jelikož je krátké, strohé a nepůsobí přesvědčivě, Úřad sděluje, že v předmětném rozhodnutí je dostatečně popsáno, jaká konkrétní pochybení zadavatel navrhovateli vytýká, proč považuje tato pochybení za závažná a dlouhodobá, a k jakým zákonem předpokládaným důsledkům tato pochybení vedla. Úřad proto konstatuje, že z rozhodnutí o vyloučení přezkoumatelným způsobem vyplývá, na základě jakých skutečností byl navrhovatel z účasti v šetřeném zadávacím řízení vyloučen. Úřad neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele dopustil porušení zákona, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení zachytil a prokázal, že jsou všechny podmínky pro vyloučení navrhovatele postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona splněny; z pohledu Úřadu tedy zadavatel v rozhodnutí o vyloučení unesl důkazní břemeno, že jsou podmínky pro vyloučení navrhovatele skutečně zcela splněny.
122. Pokud navrhovatel namítá, že se zadavatel snaží chybně vztáhnout jeho pochybení při zajišťování fyzické ostrahy EDU na posuzovanou veřejnou zakázku, ačkoliv jejím předmětem je provádění fyzické ostrahy na objektech mimo jaderných elektráren, čímž překračuje účel § 48 odst. 5 písm. d) zákona, pak Úřad předně podotýká, že citované ustanovení zákona nehovoří o tom, že by se účastník zadávacího řízení musel dopustit pochybení při realizaci veřejné zakázky s obdobným, popř. zcela totožným předmětem plnění. Úřad v této souvislosti opakuje, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona lze vnímat jako určitou snahu zákonodárce přiblížit zadávací řízení běžnému kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích. I v nich totiž zpravidla při výběru smluvního partnera sehrává významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popř. obchodní pověst takového dodavatele. Smyslem shora citovaného ustanovení zákona tedy je, aby zadavatel nemusel přistoupit k uzavření smlouvy s dodavatelem, který by jinak i případně splňoval veškeré zadávací podmínky, pokud má s tímto dodavatelem z minulosti, zjednodušeně řečeno, negativní zkušenosti buď on sám, nebo jiný veřejný zadavatel. Úřad opětovně akcentuje, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona nijak nestanovuje, že by jej zadavatel mohl aplikovat výhradně tehdy, jestliže by negativní zkušenosti s příslušným dodavatelem získal na základě realizace veřejné zakázky s obdobným či identickým předmětem, jehož splnění v „nové“ veřejné zakázce poptává. Výklad § 48 odst. 5 písm. d) zákona prezentovaný navrhovatelem tudíž není správný, jelikož takto předmětné ustanovení zákona koncipováno není. Úřad tedy nespaturuje žádnou překážku pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatelem ve vztahu k navrhovateli, ačkoliv předmět veřejné zakázky, při jejíž realizaci se navrhovatel dopustil příslušných pochybení, a předmět šetřené veřejné zakázky, nemusí být zcela identické, nicméně není sporu o to, že i ve zde šetřené veřejné zakázce se jedná o plnění spočívající v zajištění ostrahy.
123. Konečně k námitce navrhovatele, že postup zadavatele je účelový, když jej v minulosti z obdobného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Ostraha EDU a ETE“ nevyločil, ačkoliv měl již v té době k dispozici příslušné závěry SÚJB z provedené kontroly na EDU, Úřad opětovně zdůrazňuje, že dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je právem zadavatele rozhodnout, zda účastníka zadávacího řízení pro jeho nezpůsobilost vyloučí, či nikoliv. Nejedná se tedy o obligatorní postup, tzn. i když jsou důvody předvídané v citovaném ustanovení zákona zakládající nezpůsobilost účastníka zadávacího řízení prokazatelně dány, záleží na uvážení zadavatele, zda takového účastníka ze zadávacího řízení vyloučí, nebo jej navzdory tomu v zadávacím řízení ponechá. Fakt, že se zadavatel rozhodne ve vztahu k určitému dodavateli

postup dle předmětného ustanovení zákona u konkrétní veřejné zakázky použít, neznamená, že se jedná o neměnný postup a zadavatel jej tak bude muset aplikovat „jednou provždy“. Zadavatel je tedy oprávněn dle konkrétních okolností při zadávání veřejné zakázky rozhodnout, zda účastníka zadávacího řízení na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona vyloučí či nikoliv. Ve skutečnosti, že u šetřené veřejné zakázky zadavatel ve vztahu k navrhovateli přistoupil k aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona, zatímco u shora jmenované veřejné zakázky jej v zadávacím řízení ponechal, nelze spatřovat porušení zákona. Úřad předesílá, že nehodlá vstupovat do myšlenkových úvah zadavatele a zabývat se tím, proč navrhovatele u veřejné zakázky „Ostraha EDU a ETE“ ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nevyloučil. Zjišťování těchto příčin by totiž bylo pro rozhodnutí věci zcela irelevantní, jelikož předmětem vedeného správního řízení je přezkum postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky, kdy na tento přezkum nemá postup zadavatele u výše specifikované veřejné zakázky jakýkoliv dopad. Pro úplnost Úřad upozorňuje zadavatele, že v případě vylučování účastníka ze zadávacího řízení platí, že v rámci přezkumu jsou vždy relevantní pouze a jen důvody uvedené v samotném rozhodnutí (oznámení) o vyloučení. Uvádění dalších důvodů, ex post, které by mohly zadavatele vést k vyloučení daného účastníka, pak již nejsou pro posouzení věci Úřadem relevantní. Proto se Úřad ani nezabýval argumentací zadavatele týkající se dalších údajných pochybení navrhovatele vyplývajících z jiných smluvních vztahů, nicméně pro posouzení věci byly v daném případě dostatečné již důvody uvedené v přezkoumávaném rozhodnutí o vyloučení navrhovatele.

Shrnutí

124. Na základě všech výše uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky tudíž Úřad uzavírá, že neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele a při posouzení tvrzeného nápravného opatření přijatého navrhovatelem k obnovení způsobilosti dopustil porušení zákona, a nejsou tak dány důvody pro uložení nápravného opatření, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1
2. G4S Secure Solutions (CZ), a.s., Na Košince 2257/9, 180 00 Praha 8

Vypraveno dne

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