



UOHSX008ASVL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0936/2015/VZ-14390/2016/553/VDy

Brno: 5. dubna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 23. 12. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha,

ve věci možného porušení § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavatelem - Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 660 03 008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha, při zadávání veřejné zakázky „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9. 9. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha, nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9. 9. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015, postup stanovený § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném

znění, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona specifikovaným v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť:

- požadoval, aby referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **právního poradenství** v souvislosti s realizovaným PPP projektem, jakož i referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **ekonomického a finančního poradenství** v souvislosti s realizovaným PPP projektem, **se týkala silničního projektu,**
- požadoval, aby referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **technického poradenství** u silničního projektu, měla být **realizována formou PPP projektu,**
- a současně **u všech referenčních zakázek** stanovil, že **požadované referenční zakázky musely být realizovány v rámci EU,**

a tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Správní řízení ve věci možného porušení postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha, – při zadávání veřejné zakázky „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9. 9. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015, stanoveného v § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že zadavatel v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona specifikovaným v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když u všech referenčních zakázek stanovil, že celkové investiční náklady silničního projektu musí činit minimálně 5, 5 mld. Kč bez DPH, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, **se** podle § 117a písm. f) citovaného zákona **zastavuje**, neboť ve správním řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha, uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ruší** zadávací řízení na veřejnou zakázku „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9. 9. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015.

IV.

Podle ustanovení § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na ustanovení § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha – **ukládá:**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel 3 podněty týkající se postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9. 9. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ve dvou z podnětů bylo mimo jiné namítáno, že zadavatel v rámci zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku v rámci požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů požaduje, aby uchazeči doložili, že v posledních 3 letech realizovali alespoň zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP projektu v rámci EU o celkových investičních nákladech min. 5,5 mld. Kč bez DPH, což stěžovatelé pokládají za nepřiměřené a neodůvodněně diskriminační. V rámci třetího z podnětů byl rovněž namítán požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů spočívající v tom, aby uchazeči doložili, že v posledních 3 letech realizovali alespoň zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb ekonomického a finančního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP projektu v rámci EU o celkových investičních nákladech min. 5,5 mld. Kč bez DPH, a že realizovali alespoň zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb technického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP projektu v rámci EU o celkových investičních nákladech min. 5,5 mld. Kč bez DPH.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětech si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětných veřejných zakázkách a vyjádření zadavatele, přičemž z obdržené dokumentace zjistil následující skutečnosti.
4. Zadávací řízení bylo zahájeno dne 8. 9. 2015 odesláním formuláře Oznámení o zakázce (dále jen „Oznámení o zakázce“) k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek.

5. Podle Oddílu II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ Oznámení o zakázce jsou předmětem plnění předmětné veřejné zakázky služby spočívající v poskytování komplexního právního, finančního, ekonomického a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4, včetně poradenství pro možnost uzavření příslušných smluv zadavatelem.
6. Podle oddílu II.2.1) „Celkové množství nebo rozsah (včetně všech částí zakázky, obnovení zakázek a opcí, je-li to relevantní“ Oznámení o zakázce byla předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky stanovena na 97 500 000,- Kč bez DPH.
7. Podle čl. 2. 2 písm. a) Zadávací dokumentace právní poradenství mělo spočívat ve:
 - *„Vypracování veškerých právních částí kvalifikační a soutěžní dokumentace, vč. smluvní dokumentace, pro možnost zahájení zadávacího řízení, jeho zdárný průběh a úspěšné ukončení, vč. smluvní části zajišťované při finančním uzavření projektu.*
 - *Poskytování právních konzultací pro Zadavatele v souvislosti s přípravou a samotným průběhem zadávacího řízení pro projekt PPP R4.*
 - *Vypracování a připomínkování podkladů, stanovisek, návrhů, odpovědí a smluv podle aktuálních požadavků/potřeb Zadavatele v souvislosti s přípravou a samotným průběhem zadávacího řízení pro projekt PPP R4 z právního hlediska.*
 - *Zabezpečení účasti kvalifikovaných expertů poskytujících právní poradenství před a v průběhu zadávacího řízení pro projekt PPP R4 podle potřeb Zadavatele a obhajoba zájmů Zadavatele v souvislosti s procesem zadávacího řízení.*
 - *Poskytování právního poradenství při řešení komplikací v majetkoprávní přípravě projektu PPP R4.*
 - *Zastupování Zadavatele v případných soudních sporech či řízeních vedených Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže v souvislosti s projektem PPP R4.*
 - *Poskytování dalších právních služeb a právní podpory pro Zadavatele, vypracování právních stanovisek a dalších souvisejících písemností a aktivní participace při řešení jakýchkoliv právních problémů v souvislosti s přípravou a realizací projektu PPP R4.“.*
8. Podle čl. 6. 4 Zadávací dokumentace zadavatel požadoval k prokázání technických kvalifikačních předpokladů mimo jiné podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložení seznamu významných zakázek a příslušných osvědčení, z nichž má vyplývat, že uchazeč v posledních třech letech realizoval:
 1. *„minimálně jednu službu, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství (lead advisory) u silničního projektu realizovaného formou ppp v EU o celkových investičních nákladech (CAPEX) minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH, přičemž se zároveň musí jednat o projekt, který úspěšně dosáhl alespoň fáze smluvního uzavření (commercial close). Jestliže se bude jednat o referenci, která nebyla proplacena v Kč, bude zahraniční měna uchazečem přepočtena dle kurzu ČNB platného ke dni vyhlášení veřejné zakázky.*
 2. *minimálně jednu službu, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího finančního a ekonomického poradenství (lead advisory) u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových investičních nákladech (CAPEX) minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH, přičemž se*

zároveň musí jednat o projekt, který úspěšně dosáhl fáze finančního uzavření. Jestliže se bude jednat o referenci, která nebyla proplacena v Kč, bude zahraniční měna uchazečem přepočtena dle kurzu ČNB platného ke dni vyhlášení veřejné zakázky.

3. *minimálně jednu službu, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího technického poradenství (lead advisory) u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových investičních nákladech (CAPEX) minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH, přičemž se zároveň musí jednat o projekt, který úspěšně dosáhl alespoň fáze ukončení vyjednávání s uchazeči (best and final offer). Jestliže se bude jednat o referenci, která nebyla proplacena v Kč, bude zahraniční měna uchazečem přepočtena dle kurzu ČNB platného ke dni vyhlášení veřejné zakázky.“*
9. Podle čl. 9. 2 Zadávací dokumentace byl konec lhůty pro podání stanoven na 6. 11. 2015. Na základě dodatečných informací č. 2, uveřejněných na profilu zadavatele dne 21. 10. 2015 (dále jen „dodatečné informace č. 2“), byl konec lhůty pro podání nabídek změněn na 21. 12. 2015 do 10:00 hod.
10. Dne 27. 10. 2015 Úřad dopisem, č. j.: ÚOHS-P1030/2015/VZ-36490/2015/553/VDy (dále jen „žádost ze dne 27. 10. 2015“), z téhož dne žádal 8 vybraných advokátních kanceláří, které se zabývají mimo jiné i právním poradenstvím v oblasti PPP projektů, o vyjádření, zda v posledních 3 letech realizovaly zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství na straně **veřejného zadavatele** u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, a v opačném případě, zda by byly schopny obdobnou zakázku realizovat.
11. Dne 29. 10. 2015 Úřad obdržel od Advokátní kanceláře Růžová, se sídlem Růžová 1, 110 00 Praha 1 (dále jen „AK Růžová“), na základě žádosti, č. j.: ÚOHS-P1030/2015/VZ-36490/2015/553/VDy, ze dne 27. 10. 2015 následující vyjádření:
*„Dovoluji si reagovat k Vaší žádosti prostřednictvím tohoto mailu, kdy Vám mohu sdělit následující. Referencí ve smyslu ZVZ požadovaného typu nedisponujeme.
Asi před pěti lety jsem se podílel na obdobném předmětu plnění, kdy se mělo jednat o PPP projekt ve věci rychlodráhy Praha - Kladno. Nicméně následně celá realizace projektu byla odložena.
Dále k Vašemu dotazu si dovoluji sdělit, že na základě zkušeností, které máme jako advokátní kancelář, bychom realizaci předmětu plnění dané veřejné zakázky zvládli.“*
12. Úřad v reakci na žádost ze dne 27. 10. 2015 obdržel i od dalších vyzvaných advokátních kanceláří vyjádření, která se obsahově shodovala s vyjádřením uvedeným níže (viz bod 14. - 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
13. Dne 10. 11. 2015 Úřad s ohledem na změny zadávacích podmínek uvedených na základě dodatečných informací č. 2, kdy zadavatel mimo jiné upustil od požadavku na realizaci referenčních zakázek na straně veřejného zadavatele, dopisem, č. j.: ÚOHS-P1030/2015/VZ-38712/2015/553/VDy, z téhož dne si vyžádal od totožného okruhu advokátních kanceláří jako v případě žádosti ze dne 27. 10. 2015, vyjádření, zda v posledních 3 letech realizovaly zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, a v opačném případě, zda by byly schopny obdobnou zakázku realizovat.

14. Dne 13. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO: 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 (dále jen „AK Havel a Holásek“), následující vyjádření:

„Výše specifikovanou zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, naše advokátní kancelář v posledních 3 letech nerealizovala a uvedená změna zadávacích podmínek Veřejné zakázky tedy na možnost prokázání splnění tohoto konkrétního požadavku naší advokátní kanceláří nemá vliv, protože je stále velmi ojedinelá a úzce specifikovaná.

Jak jsme již uvedli v Předchozím vyjádření, jsme nadále přesvědčeni, že bychom takovou zakázku byli schopni realizovat, neboť standardně poskytujeme právní poradenství v souvislosti s PPP projekty, jejichž ilustrativní přehled jsme již uvedli v Předchozím vyjádření.“

15. Dne 16. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, IČO: 25621050, se sídlem Křižovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha (dále jen „AK Weil, Gotshal & Manges“), následující vyjádření:

„K Vaší žádosti tímto sdělujeme, že jsme v posledních 3 letech žádnou shora uvedenou zakázku nerealizovali. S ohledem na odborné znalosti a rozsáhlé zkušenosti naší advokátní kanceláře v oblasti zadávání veřejných zakázek a koncesí jsme však schopni obdobnou zakázku realizovat.“

16. Dne 18. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO: 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „AK MT Legal“), následující vyjádření:

„...naše advokátní kancelář v posledních 3 letech nerealizovala zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč ani v zastoupení jiné strany než veřejného zadavatele.

S ohledem na naše zaměření, zkušenosti i personální obsazení bychom byli schopni obdobnou zakázku realizovat (lze se přitom domnívat, že zastoupení na jiné straně než veřejného zadavatele je zpravidla méně náročné či méně komplexní).“

17. Dne 10. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře JUDr. Ondřeje Bultase, ev.č. 13114, IČO: 71346872, se sídlem Sokolovská 81/55, 186 00 Praha (dále jen „AK Ondřej Bultas“), následující vyjádření:

„...na Vaši žádost sdělují, že naše advokátní kancelář v posledních 3 letech nerealizovala zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč.

Obecně se domníváme, že bychom takovou zakázku byli schopni realizovat.“

18. Dne 11. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře PETERKA & PARTNERS advokátní kancelář s.r.o., IČO: 26169720, Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha (dále jen „AK PETERKA & PARTNERS“), následující vyjádření:

„Pokud jde o Vaši otázku ohledně reference na poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, pak Vám sděluji, že takovouto referencí naše advokátní kancelář aktuálně nedisponuje.

Pokud jde o Vaši otázku ohledně schopnosti naší advokátní kanceláře výše uvedenou zakázku realizovat, pak uvádíme, že bychom se museli nejprve detailně seznámit se zadávací dokumentací. V případě, že bychom dospěli k závěru, že splnění podmínek zadávací dokumentace a realizace takovéto veřejné zakázky bude pro naši advokátní kancelář odpovídající, pak bychom se společně s našimi partnerskými zahraničními kancelářemi s potřebnou referencí, veřejné zakázky jakožto člen sdružení patrně zúčastnili.“

19. Dne 12. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře Žižka & Partners, IČO: 66233267, se sídlem Václavské náměstí 846/1, 110 00 Praha 1 (dále jen „AK Žižka & Partners“), následující vyjádření:

„Naše advokátní kancelář v posledních 3 letech nerealizovala zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč. Vzhledem k tomu, že z dotazu není zřejmé, jaký rozsah a druh právních služeb by zahrnovalo vedoucí právní poradenství, nejsem bohužel schopen říci, zda by naše advokátní kancelář byla takovou zakázku schopna realizovat.“

20. Dne 23. 11. 2015 Úřad dopisem, č. j.: ÚOHS-P1030/2015/VZ-40667/2015/553/VDy, z téhož dne žádal 8 vybraných dodavatelů, zabývajících se komplexním poradenstvím v oblasti PPP projektů, o vyjádření, zda v posledních 3 letech realizovali zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího finančního a ekonomického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, a zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího technického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, v opačném případě, zda by byli schopni obdobné zakázky realizovat. V rámci předmětné žádosti Úřad rovněž žádal o vyjádření, zda je dle zkušeností oslovených dodavatelů odůvodněné požadovat, aby za účelem budoucí realizace silničního PPP projektu bylo nutné požadovat, aby dodavatel realizující PPP projekt měl zkušenosti s poskytováním služeb technického poradenství silničního projektu realizovaného formou PPP, resp. zda je nutné, aby zadavatel v tomto případě požadoval zkušenost technického poradenství v souvislosti s PPP projektem.

21. Dne 26. 11. 2015 Úřad obdržel od společnosti OTIDEA a. s., IČO: 27142442, se sídlem Thámova 681/32, 186 00 Praha 8, následující vyjádření:

„Naše společnost za celou dobu své existence, což představuje více než deset let, neposkytovala výše uvedené služby tak, jak byly z Vaší strany popsány. Zároveň jsme nebyli během celou dobu fungování společnosti vyzváni k podání nabídky či pouze informací do předběžného průzkumu. Současně však můžeme potvrdit, že realizace takové zakázky či služby v rozsahu, jež zadavatel požaduje, by nebyla v kapacitních silách společnosti OTIDEA jako samostatného subjektu. V případě, že bychom se chtěli o obdobný projekt ucházet, museli bychom podat nabídku ve sdružení či za pomoci subdodavatelů a domníváme se, že společnost zaměřující se na běžnou administraci zadávacích řízení a koncesních řízení není schopna podat nabídku samostatně.

Dle našeho názoru je plně dostačující požadavek na zkušenost technického poradenství silničního projektu. Podmínka PPP projektu je velmi omezující směřující pouze na jeden či dva subjekty, které se na trhu specializují. Dle našeho názoru je podmínka obdobně omezujícího rozsahu, jako kdyby zadavatel požadoval, aby dodavatel měl zkušenost s realizací projektů hrazených z fondů EU či jako podmínka se zkušenostmi z rekonstrukce památky chráněné UNESCO. Přesto, že se jedná o výjimečnou stavbu, která podléhá zvláštní ochraně nejen v rámci ČR, ale celého světového dědictví, může její rekonstrukci realizovat společnost mající osvědčení z kulturní památky. Stejně jako v případě výše uvedených Evropských fondů, kdy to, zda má „administrátor“ či stavební společnost zkušenost s administrací veřejné zakázky hrazené z Evropských fondů nebo či společnost realizovala stavbu z Evropských fondů, není relevantní pro výkon činnosti.

Podmínění tedy PPP projektem je dle našeho názoru velmi diskriminační. Stejná zkušenost může být například z oblasti koncesního řízení a omezením na PPP došlo z našeho hlediska k cílené diskriminaci určitých subjektů, resp. k zvýhodnění jiných subjektů.“

22. Dne 26. 11. 2015 Úřad obdržel od advokátní kanceláře Holec, Zuska & Partneři, IČO: 66231051, se sídlem Radlická 3185/1, 150 00 Praha 5 (dále jen „AK Holec, Zuska & partneři“), rovněž následující vyjádření:

„Naše advokátní kancelář v posledních letech nerealizovala zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího finančního a ekonomického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, ani zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího technického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč.

Z důvodu, že jsme advokátní kancelář a vzhledem k ekonomické, potažmo technické charakteristice poradenství, bychom nebyli schopni dané zakázky realizovat sami, ale byli bychom nuceni využít služeb dalších odborníků na příslušné oblasti.

Naše advokátní kancelář je jednou z vedoucích advokátních kanceláří v oblasti PPP, nicméně v oblasti projektů PPP nebyl do dnešního dne žádný projekt realizován až do vlastní fáze výstavby. Ani nám není známo, kolik projektů bylo v posledních letech připraveno v této oblasti tzv. do šuplíku. Z tohoto důvodu nejsme schopni plně posoudit oprávněnost daného požadavku. Obecně lze říci, že technické poradenství by se zásadně nemělo lišit u projektu realizované formou PPP a u projektu realizovaného formou "běžné" veřejné zakázky. V tomto bodě lze daný požadavek považovat za přílišně omezující, a to z důvodu vymezení pouze na oblast PPP.“

23. Úřad obdržel dne 24. 11. 2015 od společnosti Wisdoma s. r. o., IČO: 27930220, se sídlem Leopoldova 1682/25, 14900 Praha 4 (dále jen „Wisdoma s. r. o.“), dne 25. 11. 2015 od společnosti Grant Help, s. r. o., IČO: 27645240, se sídlem Václavské náměstí 828/23, 11000 Praha 1 (dále jen „Grant Help, s. r. o.“), a od společnosti Alevia s. r. o., IČO: 28023111, se sídlem Podélná 182/24, 326 00 Plzeň (dále jen „Alevia s. r. o.“) a od dodavatele Zabilanský Zdeněk, Ing., IČO 75190401, se sídlem Sušilova 1506/15, 104 00 Praha 10, vyjádření, z nichž vyplývá, že tito dodavatelé v posledních třech letech nerealizovali žádnou obdobnou zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího technického a finančního a ekonomického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč. Současně z těchto vyjádření nevyplývala žádná relevantní odpověď ve vztahu k otázce, zda je odůvodněné požadovat, aby za účelem budoucí

realizace silničního PPP projektu bylo nutné požadovat, aby dodavatel realizující PPP projekt měl zkušenosti s poskytováním služeb technického poradenství silničního projektu realizovaného formou PPP.

24. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil postup stanovený § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona specifikovaným v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0936/2015/VZ.

I. Řízení před správním orgánem

25. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona

- zadavatel.

26. Zahájení správního řízení ve věci možného porušení § 56 odst. 5 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j.: ÚOHS-S0936/2015/VZ-46019/2015/553/VDy ze dne 23. 12. 2015, ve kterém Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, na základě nichž došlo k zahájení správního řízení.

27. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-46022/2015/553/VDy ze dne 23. 12. 2015 stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

28. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona dne 23. 12. 2015, tj. dnem, kdy bylo výše uvedené oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.

29. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0939/2015/VZ-03609/2016/553/VDy ze dne 29. 1. 2016 nařídil Úřad předběžné opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku. Proti citovanému rozhodnutí o předběžném opatření neobdržel Úřad ve lhůtě 15 dnů rozklad.

30. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal zadavatel vyjádření ze dne 11. 1. 2016 a vyjádření ze dne 18. 1. 2016, která byla ve stejné dny doručena Úřadu prostřednictvím datové schránky.

31. Dne 3. 2. 2016 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-04017/2016/553/VDy zadavateli stanovil lhůtu k tomu, aby vyjádřil své stanovisko ke stanovisku Asociace pro rozvoj infrastruktury, IČO 26671395, se sídlem Národní 138/10, 110 00 Praha 1 (dále jen „ARI“), ze dne 14. 1. 2016, které Úřad obdržel v průběhu správního řízení dne 18. 1. 2016, a které Úřad přiložil k tomuto usnesení, a aby se vyjádřil k tomu, zda souhlasí, aby přiložené stanovisko bylo součástí podkladů pro vydání rozhodnutí.

32. Dne 9. 2. 2016 Úřad obdržel od zadavatele v reakci na výše uvedené usnesení dopis z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že je ztotožněn s obsahem stanoviska ARI, a že toto stanovisko má být zařazeno jako podklad pro vydání rozhodnutí.

33. Dne 10. 2. 2016 Úřad svým usnesením č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-05102/2016/553/VDy z téhož dne stanovil zadavateli lhůtu, aby se opětovně vyjádřil k podkladům pro vydání

rozhodnutí, a to v návaznosti na zařazení stanoviska ARI jakožto nového dokumentu, který má být součástí podkladů pro vydání rozhodnutí.

34. Dne 18. 2. 2016 Úřad obdržel v reakci na výše uvedené usnesení od zadavatele dopis, v němž uvádí, že zadavatel v plné míře odkazuje na své předchozí vyjádření ze dne 9. 2. 2016 (viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

II. Vyjádření zadavatele ze dne 11. 1. 2016

35. Zadavatel předně odkazuje na své vyjádření k podnětu č. j.: 4/2015-520-PPP/7 ze dne 12. 10. 2015, v němž zadavatel uvedl následující.

36. Dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona může veřejný zadavatel k prokázání technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, přičemž z dosavadní výkladové praxe soudů a Úřadu usoudil, že tato lhůta je stanovena jako maximální a nelze ji prodloužit např. na období 6 let, proto stanovil lhůtu ve výši 3 let.

37. Pro úspěšné splnění předmětu šetřené veřejné zakázky zadavatel považuje za nezbytné, aby uchazeči prokázali v dostatečné míře svou kvalifikaci, která prokáže schopnost uchazeče realizovat předmět veřejné zakázky. Zadavatel si je vědom skutečnosti, že v České republice nebyl dosud realizován projekt PPP v oblasti silniční infrastruktury, i přes tuto skutečnost považuje za nutné, aby uchazeč měl reálné zkušenosti s úspěšně realizovaným PPP projektem v oblasti silniční infrastruktury. Zadávací dokumentace proto obsahuje kvalifikační požadavky, které jsou bezesporu splnitelné zahraničními uchazeči, kteří tyto nezbytné zkušenosti mají.

38. S ohledem na výše uvedené si zadavatel opatřil před vyhlášením veřejné zakázky seznam projektů PPP v silniční infrastruktuře realizovaných v EU v posledních 3 letech, včetně údajů o investičních nákladech, který byl zpracován organizací EPEC – European PPP Expertise Centrum a který dále přikládá ke svému vyjádření. S ohledem na počet těchto projektů stanovil požadavek na referenční zakázku vedoucího právního poradenství na minimalistický rozsah, když stanovil požadavek na celkové investiční náklady projektu min. 5,5 mld. Kč, což tvoří cca 70 % předpokládaných investičních nákladů projektu PPP R4, kterého se týká předmět šetřené veřejné zakázky.

39. Zadavatel považuje za logicky nezbytné, aby vítězný uchazeč disponoval i kvalitními odborníky se zkušenostmi v českém právním (legislativním) prostředí. Za tímto účelem stanovil kvalifikační předpoklady pro jednotlivé členy realizačního týmu, přičemž v oblasti právního poradenství je tato požadovaná kvalifikace reprezentována požadavky na klíčové experty L4 a L5, viz článek 6.4, písm. b) Zadávací dokumentace.

40. Zadavatel dále uvádí, že pro posouzení oprávněnosti předmětných požadavků zadavatele je nutné se vypořádat s předmětem veřejné zakázky, jehož rozsah je vymezen v zadávací dokumentaci, k čemuž zadavatel uvádí, že předmětem je celý rozsah služeb, jejichž potřebu lze předpokládat při realizaci zadávacího řízení na výběr koncesionáře, přičemž výběr bude probíhat v režimu soutěžního dialogu, neboť se jedná o zakázku se zvlášť složitým předmětem plnění, u níž není veřejný zadavatel objektivně schopen přesně vymezit technické podmínky podle § 46 odst. 4 a 5 zákona, ani právní nebo finanční požadavky na plnění veřejné zakázky. Je to právě složitost a komplexnost otázek řešených v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře, který vyžaduje od poradců zkušenost s realizovaným a úspěšně ukončeným

projektem PPP obdobného typu. V této souvislosti zadavatel upozorňuje, že předmětem šetřené veřejné zakázky je zajištění poradenství pro projekt zajišťovaný významnou veřejnou zakázkou s předpokládanou hodnotou 24.900.000.000,- Kč, jejíž odůvodnění podléhá předchozímu projednání ve Vládě.

41. Dle zadavatele bez komplexního poradenství zajišťovaného dostatečně kvalifikovaným poradenstvím není veřejný zadavatel schopen v zadávacím řízení na koncesionáře realizovaného formou soutěžního dialogu zajistit nastavení kvalifikační dokumentace, aby se mohlo soutěže účastnit dostatečný počet kvalifikovaných dodavatelů, dostatečnou úroveň zadávací a smluvní dokumentace pro samotné zahájení zadávacího řízení, jednat dostatečně kvalifikovaně s uchazeči v rámci průběhu soutěžního dialogu, vyhodnocovat relevantně (s využitím aktuálních praktických zkušeností) jejich podněty tak, aby bylo nalezeno oboustranně optimální řešení, které bude pro zadavatele ekonomicky nejvýhodnější a zajistit smluvní a následně finanční uzavření projektu za podmínek, které při nastaveném rozložení rizik minimalizují cenu financování, což opětovně zvyšuje ekonomickou výhodnost projektu.
42. Zadavatel uvádí, že připuštění realizace subjektem, který nemá reálnou zkušenost s realizací silničního PPP projektu, který dosáhl fáze minimálně smluvního uzavření, by bylo pro zadavatele značně rizikové, neboť takové poradenství by nemuselo vést k výběru nejvhodnějšího koncesionáře, přičemž před stanovením požadavků k prokázání kvalifikace prostudoval množství metodik, které se věnují problematice výběrů poradců pro PPP projekty, v nichž je na mnoha místech upozorňováno na nutnost výběru poradců s praktickými zkušenostmi a upozorňováno na rizika výběru nekvalifikovaných poradců, pročež **navrhl ve smyslu § 36 odst. 1 správního řádu ve správním řízení provést důkazy spočívající v metodikách „EPC – Role and Use of Advisers“, „Public-Private Infrastructure Advosiry Facility (PPIAF)“ – Toolkit: A guide for hiring and managing adviseros for private participiot in infrastrukture“, jakož i v dalších metodikách, které přiložil ke svému vyjádření. Jedná se o dokumenty s označením „Technical Note No. 3 –How to appoint and manage advisers to PFI projects“ a „IPP transaction advisor terms of reference“.** Rovněž uvádí, že absolvoval mnohá školení a semináře věnující se projektům PPP, resp. věnující se náplni průběhu výběrového řízení na koncesionáře, v rámci kterých seznal značnou složitost tohoto zadávacího řízení, kterou nutně musel reflektovat při nastavování kvalifikačních kritérií na předmětnou veřejnou zakázku.
43. Dále zadavatel uvádí, že v průběhu přípravy zadávacích podmínek na veřejnou zakázku komunikoval s organizací EPEC (European PPP Expertise Centrum), přičemž tato organizace poskytla zadavateli **doporučení, které zadavatel rovněž navrhuje provést jako důkazy ve správním řízení,** a dále odkazuje na seznam projektů PPP finančně uzavřených v EU v předchozích 3 letech, který tato organizace zadavateli poskytla a který je součástí správního spisu, zadavatel tento důkaz považuje za klíčový.
44. Zadavatel rovněž uvádí, že v průběhu přípravy zadávacích podmínek úzce spolupracoval s Asociací pro rozvoj infrastruktury, která působí jako think-tank v oblasti veřejné infrastruktury sjednocující názory významných dodavatelů projektové a inženýrské přípravy, stavební realizace, správy a údržby, financování a poradenství, přičemž tato asociace vznikla z dřívější asociace PPP, jejími členy tak stále jsou významné poradenské společnosti činné v oblasti PPP poradenství v mezinárodním rozsahu. Zadavatel uspořádal spolu s asociací dne 29. 6. 2015 tzv. kulatý stůl, jehož cílem bylo seznámit trh s představami zadavatele o podmínkách tehdy

zamýšleného zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, tak aby zadavatel mohl v zadávacích podmínkách promítnout oprávněné názory trhu, které by mohly přispět k rozšíření okruhu potenciálních uchazečů. Žádný z prezentovaných kvalifikačních předpokladů nebyl přitom přítomnými shledán jako problematický či omezující. V souvislosti s tím, zadavatel jako další důkaz **navrhuje dokument s označením „Prezentace z Kulatého stolu“ spolu s příslušnou prezenční listinou, kterou přikládá ke svému vyjádření.**

45. Dále zadavatel uvádí, že po zahájení předmětného zadávacího řízení mu ARI doručila stanovisko k původním zadávacím podmínkám předmětného zadávacího řízení, které zadavatel zohlednil a prostřednictvím dodatečných informací č. 2 ze dne 21. 10. 2015 odstranil mimo jiné omezení kvalifikačního požadavku uvedeného v čl. 6. 4 a) bod I. – III. Zadávací dokumentace (poradenství v rámci veřejného sektoru), a rozšířil tak možnost prokázání kvalifikace i na zkušenosti poradců s poradenstvím na straně uchazečů o projekt PPP, ačkoliv si trvá na tom, že poradenství v průběhu výběrového řízení na koncesionáře je na straně veřejného subjektu značně odlišné od obdobných poradenství na straně soukromých subjektů. Toto zmírnění kvalifikačních předpokladů, stejně jako další snížení kvalifikačních požadavků a další úpravy zadávacích podmínek provedené dodatečnými informacemi č. 2 dle názoru zadavatele dokládají jeho snahu rozšířit okruh potenciálních dodavatelů. V souvislosti s tímto **předkládá zadavatel stanovisko ARI k provedení důkazů, které je rovněž přílohou vyjádření zadavatele.**
46. Zadavatel dále navrhuje provedení důkazu v podobě **Odůvodnění veřejné zakázky** ve smyslu § 156 zákona, které obsahuje mimo jiné odůvodnění stanovení technických kvalifikačních předpokladů.
47. Zadavatel rovněž uvádí, že za klíčový nehmotný důkaz souladnosti postupu zadavatele pokládá skutečnost, že zadavatel v průběhu lhůty pro podání nabídek neobdržel žádné oficiální námítky od potenciálních dodavatelů.
48. Za další klíčový důkaz svědčící o oprávněnosti postupu zadavatele zadavatel považuje, že ve lhůtě pro podání nabídek, obdržel nabídky od celkem 3 uchazečů, přičemž celkový počet obdržených nabídek ukazuje dle přesvědčení zadavatele na skutečnost, že trh byl schopen reflektovat na požadavky zadavatele a předložil nabídky v takovém počtu, který zajišťuje dostatečnou tržní soutěž mezi uchazeči.

III. Vyjádření zadavatele ze dne 18. 1. 2016

49. Zadavatel se v rámci následného vyjádření ze dne 18. 1. 2016 vyjadřuje k podkladům pro vydání rozhodnutí.
50. Dle zadavatele Úřad v oznámení o zahájení správního řízení nedostatečně vysvětluje, na základě čeho získal pochybnosti o tom, že zadavatel postupoval v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona.
51. Zadavatel zpochybňuje relevanci vyjádření všech dodavatelů, které Úřad vyzval k vyjádření se ve vztahu k tomu, zda by byli schopni realizovat obdobné veřejné zakázky na právní, technické a finanční poradenství. Zadavatel namítá, že dotazy Úřadu, které Úřad vznesl osloveným dodavatelům, směřují pouze na dílčí technické kvalifikační předpoklady bez provázání na ostatní části zadávací dokumentace. Dále namítá, že nijak nevyplývá, na základě jakého vzorce Úřad oslovil oslovené dodavatele a uvádí, že jestli měl Úřad zájem o relevantní externí posouzení případu, měl možnost využít institutu znaleckého posudku. Z bezplatného vyjádření

dodavatelů nelze usoudit, zda se oslovené subjekty s předmětným případem (zejména zadávacími podmínkami) v potřebném rozsahu seznámili, přičemž Úřad k těmto vyjádřením poskytl příliš krátké lhůty a lhůty nedostačující (3 a 4 pracovní dny), zvláště pak k prostudování zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky. Nadto zadavatel uvádí, že Úřad svými dotazy oslovil subjekty, které s realizací silničního projektu realizovaného formou PPP projektu zkušenosti nemají, což postrádá jakýkoli smysl, neboť subjekt, který určitou činnost nerealizoval, nemůže bez dalšího spolehlivě tvrdit, že by tuto činnost byl schopen realizovat. Úřad tedy měl oslovit subjekt, který požadovanou činnost realizoval a který by tak byl kompetentní k podání požadovaného stanoviska a v tomto smyslu uvádí, že Úřad oslovil pouze subjekty se sídlem v ČR a nikoliv v zahraničí a působící převážně v ČR. Úřad tedy neoslovil ani jeden subjekt, který poskytoval poradenství na úspěšně realizovaných silničních PPP projektech, jejichž seznam zadavatel před zahájením správního řízení Úřadu poskytl. Dle názoru zadavatele Úřad tak měl při volbě oslovovaných subjektů mimo jiné také ze seznamu úspěšně realizovaných silničních projektů PPP v EU za poslední tři roky (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vycházet a pokusit se oslovit společnosti ze zemí, v nichž tyto projekty byly realizovány. K tomuto zadavatel rovněž uvádí, že dle jeho názoru nelze s ohledem na nepřezkoumatelnost způsobu, dle kterého byly oslovené subjekty vybírány, rozhodovat pouze na základě těchto vyjádření, neboť není vyloučeno, že v případě, že by byly oslovené jiné subjekty, jejich vyjádření by byla odlišná. Zadavatel potřebuje, aby v rámci poskytovaných služeb došlo k přenosu zahraničního know-how z úspěšně realizovaných silničních PPP projektů do prostředí ČR a v zadávací dokumentaci je tento záměr reprezentován tím, že jsou požadovány jak experti s mezinárodními zkušenostmi, tak experti se zkušenostmi tuzemskými, přičemž takto složené týmy pak vytvoří předpoklad pro vzájemnou spolupráci uvedených expertů a související přenos zkušeností. Zadavatel k tomuto rovněž s odkazem na výstup z databáze InfraDeals (www.infra-news.com) uvádí přehled poradenských společností, které dle databáze poskytovaly poradenství u projektů dosahujících minimálně zadavatelem požadovaných parametrů, přičemž dle zadavatele se zdaleka nemusí jednat o vyčerpávající seznam subjektů. Ve vztahu k finančnímu a ekonomickému poradenství seznam obsahuje celkem 13 dodavatelů, k právnímu poradenství 33 dodavatelů a k technickému poradenství 24 dodavatelů.

52. Zadavatel dále uvádí, že každý požadavek na prokázání technické kvalifikace je v jistém rozsahu diskriminační, ale záleží na tom, zda se jedná o diskriminaci odůvodněnou předmětem veřejné zakázky, **resp. zda požadavky na prokázání kvalifikace jsou zjevně nepřiměřené vzhledem k velikosti**, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, což dle přesvědčení zadavatele v daném případě nebylo a v tomto smyslu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j.: 1 Afs 20/2008-152, ze dne 5. 6. 2008. Dále zadavatel cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně, č. j.: 31 Af 66/2013-50, ze dne 22. 7. 2015, podle něhož: *„Zájem zadavatele na komplexní ‘dodávce’ služeb souvisejících s čerpáním dotací ze strukturálních fondů je s ohledem na maximální možný objem čerpaných dotací, tj. téměř 3.000.000.000 Kč, podle názoru soudu legitimní ekonomickou úvahou, pročež nastavení technických kvalifikačních předpokladů musí odpovídat této ekonomické úvaze. Soud nehledal, že by v obecné rovině byly tyto technické kvalifikační předpoklady excesivní. (...)*

Soud považuje za nutné zdůraznit, že v případech, kdy se jedná o zakázky velkého objemu, bude počet soutěžitelů, kteří mají s obdobnými zakázkami zkušenosti a jsou schopni takové zakázky administrovat, limitně nižší. Samotný charakter zakázky proto může představovat určité ‘sítu’,

v jehož důsledku bude omezen i počet samotných soutěžitelů, kteří se mohou o takovou zakázku ucházet, a zároveň objem zakázky odůvodňuje i zvýšené nároky zadavatele. Proto z těchto zvýšených nároků nelze v obecné rovině dovozovat diskriminaci. Diskriminační by bylo, kdyby objem zakázky nebyl od určité výše ve vztahu ke složitosti poradenství a administrace již rozhodující, což ale ani žalobce netvrdí.“ Zadavatel k tomuto uvádí, že s ohledem na výše uvedené nelze v daném případě konstatovat, že by objem referenčních zakázek nebyl do určité výše ve vztahu ke složitosti předmětu plnění rozhodující a že v rámci posouzení přiměřenosti požadavků zadavatele musí Úřad přihlédnout zejména k ekonomické úvaze zadavatele.

53. Zadavatel dále uvádí, že zadávací dokumentace ve správním spise není založena v plném rozsahu a Úřad tak vychází při posuzování věci z útržkovitých informací (jen z některých listin, resp. z vykopírovaných částí), pročež zasílá kompletní znění zadávací dokumentace, včetně příloh a dodatečných informací, které byly postupně zveřejňovány na profilu zadavatele, a požaduje, aby Úřad vycházel z této verze zadávací dokumentace. K tomuto dále uvádí, že z judikatury Krajského soudu v Brně, konkrétně z rozsudku, č. j.: 31 Af 30/2013-90 nebo z rozsudku č. j.: 31 Af 29/2013-81, vyplývá, že správní spis musí být veden uživatelsky přívětivě tak, aby každý průměrný člověk byl schopen v něm zorientovat a eventuálně vyhledat potřebné dokumenty. Úřad by tedy měl rozhodovat s odkazem na kompletní znění zadávací dokumentace a všech souvisejících listin, přičemž dle zadavatele pokud nejsou ve správním spisu založeny veškeré dokumenty v plném znění potřebné pro komplexní posouzení, může vést tato skutečnost až k možné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí.
54. Zadavatel dále vyjádřil podiv nad tím, proč dotaz Úřadu ze dne 27. 10. 2015 směřoval na již neplatné znění zadávací dokumentace, které bylo změněno dodatečnou informací č. 2, zveřejněné dne 21. 10. 2015 na profilu zadavatele.
55. Následně zadavatel uvádí, že Úřad ve svém dotazu nesprávně uvedl požadovaný kvalifikační předpoklad, když odkázal na celkové finanční náklady, navzdory tomu, že se mělo jednat o náklady investiční, dle zadavatele se však jedná o formální nedostatek, který neměl vliv na odpovědi jednotlivých oslovených subjektů.
56. Následně se zadavatel vyjádřil k vyjádření jednotlivých oslovených subjektů (dodavatelů).
57. K advokátovi JUDr. Ondřeji Bultasovi zadavatel uvedl, že z profilu zadavatele vyplývá, že daný advokát nestáhl dokument se zadávací dokumentací, pročež není zřejmé, z čeho dotazovaný usuzuje, že by veřejnou zakázku byl schopen realizovat, přičemž z principu nelze rozsah poptávané služby plnit jedním advokátem. Dále zadavatel uvedl, že jakkoliv neomezil možnosti prokázání kvalifikace skrz subdodavatele, ani množství služeb takto poskytovaných, přičemž tímto postupem měl učinit maximum pro zamezení diskriminace subjektů.
58. K vyjádření AK Růžová zadavatel uvedl, že dodavatel si nestáhl z profilu zadavatele zadávací dokumentaci, pročež není zřejmé, z čeho dotazovaný usuzuje, že by veřejnou zakázku byl schopen realizovat. Účast dodavatele na PPP Praha – Kladno, vzhledem k tomu, že daný projekt nedosáhl ani zahájení zadávacího řízení na výběr koncesionáře, nemohl být považován za reálnou zkušenost s průběhem zadávacího řízení na výběr koncesionáře.
59. K vyjádření AK PETERKA & PARTNERS zadavatel uvedl, že vyjádření tohoto dodavatele bylo, na rozdíl od většiny vyjádření obsažených ve spise, „férové“ a odpovědné, když jeho obsahem bylo, že pro účast na daném zadávacím řízení by se nejprve musela detailně obeznámit se

zadávací dokumentací a následně získat spolupráci se zahraničními partnerskými kanceláři, jež by poskytly potřebné reference.

60. K vyjádření AK MT Legal zadavatel sdělil, že tento subjekt si z profilu zadavatele naposledy stáhl dokumenty dne 23. 10. 2015 z profilu zadavatele, protože lze předpokládat, že k prostudování zadávací dokumentace na předmětnou veřejnou zakázku skutečně došlo. Zadavatel k tomuto vyjádření uvádí, že ačkoliv dle dodavatele s ohledem na jeho zaměření, zkušenosti a personální obsazení by byl schopen obdobnou zakázku (na poskytování právní poradenství) realizovat a požadovanou referencí nedisponuje, kdyby tento dodavatel měl skutečný zájem o účast v zadávacím řízení, mohl nedostatek reference prokázat prostřednictvím sdružení nebo prostřednictvím subdodavatele, přičemž daný subjekt sám připouští, že dodatečná informace č. 2 zjmenila kvalifikační předpoklad, což dle zadavatele vedlo k rozšíření okruhu potenciálních uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku, o čemž svědčí i to, že tohoto zmírnění mnozí u uchazečů, kteří podali nabídku, skutečně využili.
61. K vyjádření AK Havel a Holásek zadavatel uvedl, že subjekt si z profilu zadavatele naposledy stáhl dokumenty dne 23. 10. 2015 z profilu zadavatele, protože lze předpokládat, že k prostudování zadávací dokumentace na předmětnou veřejnou zakázku skutečně došlo. V reakci na odpověď vyjádření, že požadovaná reference na poskytování právních služeb spojená s realizací silničního projektu je nejen v ČR, ale i v rámci EU ojedinělá a velmi úzce specifikovaná, protože i zahraniční advokátní kanceláře, které běžně poradenstvím PPP poskytují (např. ve Velké Británii), nejsou schopny přísné požadavky splnit, zadavatel uvádí, že s tímto nesouhlasí a odkazuje na seznam silničních PPP projektů, který byl Úřadu jako příloha původního vyjádření dne 12. 10. 2015 zaslán, který obsahuje 6 projektů realizovaných na území Velké Británie. Dodavatel tak zjevně neoslovil správné zahraniční advokátní kanceláře, přičemž na www.infra-new.com jsou veřejně dostupné informace o subjektech, které tento typ poradenství realizovaly. Dále se zadavatel vyjádřil k jednotlivým PPP projektům dotazovaného, které nebyly připuštěny pro referenci. V případě PPP projektů „Věznice Rapotice“ zadavatel uvádí, že nebylo dosaženo realizace projektů, neboť nedošlo k zahájení výběrového řízení na výběr koncesionáře. K projektu „**Ubytovna personálu ÚVN**“ zadavatel uvádí, že **ačkoliv projekt úspěšně došel až k výběru koncesionáře, jedná se o PPP projekt pozemního stavitelství, což je projekt diametrálně odlišný od zamýšleného PPP projektu, jeho se týká předmětná veřejná zakázka.** V případě „Poskytování služeb a dodávek k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ se jednalo o projekt realizovaný v letech 2007 až 2010, přičemž referenční zakázky byly omezeny na poslední tři roky dle § 56 odst. 2 zákona, přičemž tuto lhůtu zadavatel pochopil jako maximální podle rozhodovací praxe ÚOHS a soudů. K projektu „Výstavba a provoz opravárenského závodu MHD Plzeň“ zadavatel uvedl, že **ačkoliv projekt úspěšně došel až do fáze finančního uzavření, byl realizován a je provozován,** týkal se především údržby vozového parku, přičemž PPP R4 je projekt inženýrské liniové stavby, která má svá výrazná specifika.
62. K vyjádření AK Weil, Gotshal & Manges zadavatel uvedl, že subjekt si z profilu zadavatele naposledy stáhl dokumenty dne 21. 9. 2015, protože lze předpokládat, že k prostudování zadávací dokumentace na předmětnou veřejnou zakázku skutečně došlo, přičemž subjekt uvedl, že disponuje potřebnými znalostmi a zkušenosti pro realizaci tohoto projektu, ale že nedisponuje potřebnými referencemi. Zadavatel k tomuto vyjádření uvádí, že ačkoliv dle dodavatele s ohledem na jeho zaměření, zkušenosti a personální obsazení by byl schopen

obdobnou zakázku (na poskytování právního poradenství) realizovat a požadovanou referencí nedisponuje, kdyby tento dodavatel měl skutečný zájem o účast v zadávacím řízení, mohl nedostatek reference prokázat prostřednictvím sdružení nebo prostřednictvím subdodavatele

63. K vyjádření AK Žižka & Partners zadavatel uvedl, že tento subjekt si nestáhl zadávací dokumentaci, přičemž tento subjekt proklamoval, že bez podrobného seznámení se se zadávací dokumentací, nemůže sdělit, zda by byl schopný požadované plnění poskytnout, pročež zadavatel pokládá toto vyjádření za „férové“).
64. V souvislosti s třetím dotazem Úřadu ze dne 23. 11. 2015 zadavatel opakovaně rozporuje postup Úřadu při výběru subjektů, jež se měly vyjádřit k danému technickému kvalifikačnímu předpokladu, a to že nespécifikoval způsob, podle kterého vybíral oslovené dodavatele. Dle zadavatele správní řízení bylo zahájeno pouze na základě těchto vyjádření, a tudíž se jednalo o nepřezkoumatelný postup. Zadavatel uvádí, že Úřadu poskytl seznam úspěšně realizovaných silničních PPP projektů v EU za poslední tři roky, přičemž se Úřad měl pokusit oslovit i některé subjekty z daného seznamu. Navzdory snaze zadavatele, Úřad neoslovil ani jeden subjekt ze seznamu, pouze oslovil pouze subjekty se sídlem v ČR, u nichž se dle názoru zadavatele nelze ani oprávněně domnívat, zejména s ohledem na jejich mnohdy odlišné profesní zaměření, že by mohly samostatně prokázat zkušenosti v rámci požadavků na prokázání kvalifikace, přičemž zadavatel uvádí, že zákon nestanovuje, aby kvalifikační kritéria musela být nastavena tak, aby je mohli splnit lokální uchazeči. Opětovně uvádí, že potřebuje, aby v rámci poskytovaných služeb došlo k přenosu zahraničního know-how z úspěšně realizovaných silničních PPP projektů do prostředí ČR a v zadávací dokumentaci je tento záměr reprezentován tím, že jsou požadovány jak experti s mezinárodními zkušenostmi, tak experti se zkušenostmi tuzemskými, přičemž takto složené týmy pak vytvoří předpoklad pro vzájemnou spolupráci uvedených expertů a související přenos zkušeností.
65. Dále zadavatel odkazoval na zmatečnost dotazu Úřadu, kdy se Úřad dotazoval na zkušenosti dodavatele realizujícího PPP projekt, přičemž zadavatel hledal dodavatele poradenských služeb pro realizaci zadávacího řízení na koncesionáře. V souvislosti se zmíněným ale zadavatel uvedl, že uvedená zmatečnost neměla vliv na odpovědi obdržené Úřadem, neboť tyto neobsahovaly relevantní odůvodnění.
66. K vyjádření AK Holec, Zuska & partneři zadavatel uvedl, že si advokátní kancelář nestáhla zadávací dokumentaci, pročež není zřejmé, z čeho usuzuje, že by veřejnou zakázku byla schopna realizovat. Dle zadavatele skutečnost, že ve svém vyjádření hovoří „o daných zakázkách“ v množném čísle, opět odkazuje na to, že se neseznámila se zadávací dokumentací. Dále také tvrdila, že je jedním z vedoucích subjektů v oblasti PPP, nicméně v oblasti PPP nebyl dosud realizován jediný projekt do fáze výstavby, přičemž uvedené je tedy dle zadavatele v přímém rozporu.
67. K vyjádření Wisdoma s.r.o. zadavatel uvedl, že se jednalo o korektní odpověď, neboť daný subjekt tvrdil, že nemá žádné zkušenosti s realizací PPP projektů, přičemž nedošlo ke stažení zadávací dokumentace. Toto vyjádření dle zadavatele dokládá ne zcela jasný způsob, dle kterého byli oslovení dodavatelé vybíráni.
68. K vyjádření Grant Help, s.r.o., zadavatel znovu poukázal na neexistenci jasného způsobu, podle kterého oslovené subjekty byly vybrány, neboť tento subjekt nebyl schopen posoudit (jak sám

uvádí), zda je odůvodněný požadavek na dodavatele, aby tento měl zkušenosti s poskytováním služeb technického poradenství silničního PPP projektu.

69. K výběru oslovených subjektů zadavatel uvedl, že uvedení zkratky „poradenství PPP“ na webových stránkách subjektu, nelze považovat za relevantní výběr, neboť tento způsob nelze považovat za relevantní bez dotázání se na reference z oblasti PPP, kterými společnost skutečně disponuje.
70. K vyjádření pana Zabilanského zadavatel opakovaně poukázal na neexistenci jasného způsobu, podle kterého oslovené subjekty byly vybrány a na skutečnost, že dodavatel si zadávací dokumentace z profilu zadavatele nestáhl. Vyjádření dodavatele považuje s ohledem na skutečnost, že uvádí, že požadovanou referencí na technické a ekonomické služby nedisponuje a že by nebyl schopen tyto zakázky realizovat, za korektní. Nesouhlasí však s tím, že k prokázání kvalifikace postačuje, aby potřebnou zkušenost doložili pouze klíčoví poradci/techničtí poradci, neboť garantem plnění je vůči zadavateli vždy dodavatel, proto i on sám musí prokázat splnění technické kvalifikace.
71. V reakci na odpověď společnosti Otidea a.s. zadavatel uvádí, že daná společnost se neseznámila se zadávací dokumentací, neboť si ji nestáhla z profilu zadavatele, pročez není zřejmé, z čeho usuzuje, že by veřejnou zakázku byla schopna realizovat. Zadavatel uvádí, že za korektní považuje pouze tu část odpovědi, kde uvádí, že není v kapacitních silách společnosti jako samostatného subjektu takové služby (technického a ekonomického poradenství) realizovat, pročez by musela podat nabídku ve sdružení či za pomoci subdodavatelů. Dále zadavatel k požadavku na technického poradce pro silniční PPP projekty uvedl, že se jedná o klíčový požadavek, neboť v daném případě bude docházet v průběhu soutěžního dialogu k četným jednáním za účelem přesné a konkrétní specifikace technických podmínek realizace projektu, a proto znalost konkrétního průběhu vyjednávání je nezbytná. V této souvislosti nelze považovat za dostatečné pouze zkušenosti s investorsko-inženýrskou činností v přípravě staveb, resp. zkušenosti z oblasti projektové přípravy. Dále k diskriminaci zadavatel uvedl, že je nutné posuzovat jako relevantní trh EU, nikoliv pouze trh ČR a nesouhlasí s tím, že zadavatelem nastavené podmínky jsou velmi omezující a že se jedná o cílenou diskriminaci, resp. zvýhodnění určitých subjektů na trhu.
72. V reakci na odpověď společnosti Alevia s.r.o., v níž bylo uvedeno, že daná společnost nemá kapacitu pro realizaci takové zakázky a že z důvodu malého výskytu zakázek realizovaných formou PPP v ČR se domnívají, že existuje velmi zúžený okruh potenciálních uchazečů, avšak projekty PPP jsou dle názoru dodavatele poměrně specifické, a to především v kombinaci s příslušnou národní legislativou, pročez by požadavek nenazval neodůvodněný, ale problematický, zadavatel uvedl, že daná společnost si nestáhla zadávací dokumentaci, a proto se nemohla seznámit s požadavky zadavatele, a dále zadavatel zopakoval argument týkající se relevantního trhu EU oproti trhu ČR a že přenos praktických zkušeností ze zahraničí je přitom dle názoru zadavatele nezbytný pro úspěch projektu samotného, pročez ostatně umožnil v rámci nabídky předkládat její jednotlivé části i v anglickém jazyce, aby usnadnil přípravu nabídek zahraničním uchazečům.
73. Zadavatel v závěru svého vyjádření uvedl, že zásada zákazu diskriminace se vztahuje i na zahraniční dodavatele, kteří mají možnost zúčastnit se veřejné zakázky, Úřad tedy postupoval nesprávně, když omezil své šetření jen na subjekty činné na území ČR, dále, že zadavatel

prokázal, že postupoval v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona a že svým postupem nemohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

Provedení dalších navrhovaných důkazů - Odůvodnění veřejné zakázky

74. Z odůvodnění veřejné zakázky, které zadavatel v souladu s § 156 zákona uveřejnil na svém profilu dne 11. 9. 2015, vyplývá následující odůvodnění požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů předložením seznamu významných referenčních zakázek:

„Zadavatel vyžaduje předložení referenčních projektů, v nichž uchazeč figuroval v roli technického, finančně-ekonomického a právního poradce (jeden referenční projekt pro každou z oblastí poradenství), přičemž není vyloučeno, aby se jednalo o prokázání reference na jednom projektu. Hodnota referenčního projektu, ve vztahu k němuž bylo poradenství poskytováno je stanovena s ohledem na rozsah projektu PPP R4. Tyto reference jsou nezbytné z titulu prokázání zkušeností poradce s obdobnými projekty, které byly úspěšně realizovány.“

Další relevantní podklady

75. Z Protokolu o otevírání obálek ze dne 21. 12. 2015, který byl součástí přílohouvé části vyjádření zadavatele ze dne 11. 1. 2016, vyplývá, že zadavatel v rámci lhůty pro podání nabídek obdržel nabídky celkem od 3 uchazečů. Konkrétně se jedná u uchazeče sdružení sestávajícího z dodavatelů PricewaterhouseCoopers Česká republika, s. r. o., IČO 61063029, se sídlem Hvězdova 1734/2, 140 00 Praha 4, a JŠK, advokátní kancelář, s. r. o., IČO 24712485, se sídlem Ovocný trh 573/12, 110 00 Praha 11 (dále jen „**uchazeč č. 1**“), uchazeče sdružení sestávajícího z dodavatelů White & Case (Europe) LLP, zapsaného v rejstříku společností pro Anglii a Wales pod reg. Č. OC 300102, se sídlem 5 Old Broad Street, Londýn EC2N 1 DW, Anglie, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, vykonávající v ČR činnost prostřednictvím White & Case (Europe) LLP, organizační složka, IČO 2419181, se sídlem Na Příkopě 854/14, 110 00 Praha 1 (dále jen „White & Case“), společnosti Česká spořitelna, a. s., IČO 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, Ernst & Young, s. r. o., IČO: 267 05 338, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 (dále jen „EY“), a Louis Berger (dále jen „L. Berger“), se sídlem ve Francii, 86 Rue Henri Farman, 92130 Issy les Moulineaux (dále jen „**uchazeč č. 2**“), a sdružení „EEIP-RebelGroup“ sestávajícího ze společnosti EEIP, a. s., IČO 15891534, se sídlem Thunovská 179/12, 118 00 Praha, a společnosti RebelGroup Advisory B. V., IČO 24336215, se sídlem Wijnhaven 23, 3011 WH Rotterdam, Nizozemí (dále jen „**uchazeč č. 3**“).

76. Z nabídky uchazeče č. 1 vyplývá, že uchazeč uzavřel subdodavatelské smlouvy s celkem 9 subdodavateli, přičemž za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazeč využil, mimo jiné, referenci na vedoucí právní poradenství subdodavatele Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N. V., IČO: 272 83 716, se sídlem Postbus 11756, 2502 AT Den Haag, referenci na vedoucí finanční poradenství subdodavatele PricewaterhouseCoopers Advisory N. V., IČO: 811099635, se sídlem Thomas R. Malhusstraat 5, 1066 JR, Amsterdam, Holansko, a referenci na vedoucí technické poradenství subdodavatele Ove Arup and Partners International Limited, IČO: 952468, se sídlem 13 Fitzroy street, Londýn, W1T 4BQ, Velká Británie.

77. Z nabídky uchazeče č. 2 vyplývá, že uchazeč prokazuje technickou kvalifikaci dle čl. 6. 4. Zadávací dokumentace prostřednictvím reference na právní poradenství účastníka sdružení White & Case, reference na finanční poradenství prostřednictvím účastníka sdružení EY a reference na technické poradenství účastníka sdružení L. Berger.
78. Z nabídky uchazeče č. 3 vyplývá, že za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazeč využil, mimo jiné, reference vedoucího technického poradenství subdodavatele Infrata limited, IČO 7616088, se sídlem One Fetter Lane, London, EC4A 1BR, Velká Británie, a reference na vedoucí právní poradenství subdodavatele CMS Cameron McKenna LLP v. o. s., IČO 25602381, se sídlem Na Poříčí 1079/3a, 110 00 Praha 1.

Stanovisko ARI ze dne 14. 1. 2016

79. ARI v úvodu uvádí, že podle jejího názoru zadavatel stanovil transparentní podmínky a nepovažuje za účelné opakování zadávacího řízení. Uvádí, že působí jako infrastrukturní think-tank, který dlouhodobě propaguje využití mezinárodní dobré praxe při realizaci a správě dopravní infrastruktury, neboť spatřuje velký potenciál k zefektivnění veřejných investic států v ČR, přičemž využití modelu PPP patří mezi jednu z takovýchto možností. Uvádí, že Světová banka, EIB a EBRD dlouhodobě doporučují využití PPP modelu pro zajištění dopravní infrastruktury a že z 1275 projektů, s investiční hodnotou 240 miliard EUR, které se v posledních 12 letech zrealizovaly v zemích EU, se ukazuje, že soukromý sektor dokáže být dlouhodobě odpovědnějším investorem než stát a díky své invenci a zkušenostem může velké infrastrukturní projekty zajistit efektivněji a včas. V posledních pěti letech 22 členských zemí EU zrealizovalo alespoň jeden PPP projekt, kromě ČR.
80. ARI dále uvádí, že se zadavatelem dne 29. 6. 2015 uspořádala tzv. kulatý stůl s cílem „otestování trhu před vypsáním veřejné zakázky“, a to za účasti 40 potenciálních uchazečů z ČR a zahraničí, a následně vydala dne 13. 10. 2015 komentář k zadávacím podmínkám, v němž reflektovala připomínky členské základny k vybraným tématům. V nově upravených zadávacích podmínkách je většina připomínek ARI akceptována a zohledněna, pročež ARI zastává názor, že zadávací řízení bylo transparentní a proběhlo podle mezinárodní praxe se zadávacími podmínkami, které respektovaly komplexnost přípravy tohoto pilotního PPP projektu i fakt, že obdobný dálniční projekt nebyl v ČR dosud realizován. Dle názoru ARI bylo v EU realizováno dostatek podobných projektů, které mohou poskytnout vhodné kvalifikační reference dostatečnému počtu kvalitních uchazečů, přičemž je evidentní, že vzhledem k tomu, že se jedná o pilotní projekt, úspěšný uchazeč bude muset přinést zkušenosti a referenci zejména z úspěšných zahraničních projektů. Dle dat EIR v období 2011/2014 se jednalo o 312 projektů v hodnotě 65 mld. EUR a v souvislosti s tím odkazuje ARI na přílohovou část svého vyjádření.
81. Přílohu stanoviska ARI tvoří přehled PPP silničních projektů uzavřených v letech 2013-2015 v EU, každý minimálně s výší investičních nákladů v přepočtu požadovaných 5,5 mld. Kč, z čehož finančního poradenství se týkalo celkem 12 projektů, právního poradenství se týkalo celkem 15 projektů a technického poradenství se týkalo celkem 16 projektů. Součástí byl i seznam společností, které údajně disponují referencí ve vztahu k finančnímu, právnímu nebo technickému poradenství, tak jak je zadavatel stanovil v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace. Z tohoto seznamu vyplývá, že požadovanou referencí ve vztahu k finančnímu poradenství disponuje celkem 13 dodavatelů, v případě právního poradenství 31 dodavatelů a v případě technického poradenství celkem 23 dodavatelů.

82. Příloha dále obsahuje ukazatele a grafy, z nichž mimo jiné vyplývá, že v Evropě bylo za posledních 12 let realizováno celkem 1275 PPP projektů, přičemž v období 2010-2014 bylo v EU realizováno celkem 424 PPP projektů, z čehož 88 se týkalo právě sektoru dopravy.
83. Součástí přílohouvé části stanoviska ARI je rovněž výše zmiňovaný dokument s označením „Komentář k zadávacím podmínkám VZ na poradce PPP projektu R4“ (dále jen „Komentář“). Obsahem tohoto dokumentu jsou komentáře a připomínky k zadávacím podmínkám na šetřenou veřejnou zakázku, ve znění účinném ještě před úpravou zadávacích podmínek prostřednictvím dodatečných informací č. 2.
84. Podle Komentáře byly kvalifikační kritéria, jakož i další podmínky zadávací dokumentace, nastaveny velice striktně a zbytečně limitovaly konkurenci mezi uchazeči o projekt, protože zadavateli nezajistí dostatečný počet konkurenčních nabídek. ARI v Komentáři ve vztahu k požadavkům zadavatele na požadované referenční zakázky uvedlo následující:

„Jediným silničním PPP projektem v rámci CEE regionu, který byl v poslední době realizován, je slovenský projekt R1, který dosáhl finančního vypořádání (financial close) v roce 2009. S ohledem na skutečnost, že tento projekt neplní podmínku posledních 3 let a současně se v rámci regionu jedná o jediný relevantní projekt, považujeme nastavení kvalifikačních kritérií, které využití tohoto projektu neumožňují, za nevhodné a neumožňující maximalizaci přenosu zkušeností českých a slovenských ekonomických a finančních poradců získaných na tomto projektu.

*Na základě výše uvedeného se domníváme, že zadavatel v zadávacích podmínkách nezohlednil fakt, že za poslední 3 roky se v regionu CEE a **obecně v Evropě zrealizovalo velmi málo PPP projektů, které by dosáhly finančního vypořádání.** Okruh uchazečů, kteří se účastnili těchto projektů na straně veřejných zadavatelů, je proto velmi omezený (...).*

Doporučujeme, aby s cílem zajištění dostatečného počtu konkurenčních nabídek, změnil zadavatel požadavky na významné služby a kvalifikační podmínky byly upraveny tak, aby:

- *za významnou službu byly považovány i projekty, které alespoň dosáhly fáze předložení nabídky a to stejně u všech typů poradenství – právního, finančního i technického, a*
- *kvalifikační požadavky splnily i projekty, u nichž uchazeč působil jako poradce na straně soukromého sektoru, tedy potenciálních dodavatelů/koncesionářů.“*

IV. Závěry správního orgánu

85. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu bylo uloženo nápravné opatření uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

Relevantní ustanovení zákona

86. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

87. Podle § 50 odst. 3 zákona veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
88. Podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí; přílohou tohoto seznamu musí být
1. osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo
 2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 3. smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
89. Podle § 56 odst. 5 písm. c) zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
90. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

91. Úřad nejprve uvádí, že účelem požadavků na kvalifikaci je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Požadavek na splnění minimálních technických kvalifikačních předpokladů má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku po jejím přidělení též plnit. Zadavatel může vymezením kvalifikačních předpokladů, zejména stanovením příliš přísných kritérií k prokázání způsobilosti dodavatele, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Z uvedeného důvodu je zadavatel při stanovení kvalifikačních předpokladů vždy povinen respektovat zásady nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, stanovení kvalifikačních předpokladů tedy nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení. Zadavatel musí naopak umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit.
92. K významu § 6 odst. 1 zákona (dříve § 6 zákona) se ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008 vyjádřil i Nejvyšší správní soud, který konstatoval, že „*Toto ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže*

a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. ... smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“ Nejvyšší správní soud dále v citovaném rozsudku uvedl, že „... za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“

93. Z výše uvedeného vyplývá, že stanovení kvalifikačních předpokladů nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení či jakémukoliv zvýhodnění některého z dodavatelů. Účelem kvalifikace je zabezpečit účast všech potenciálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou veřejnou zakázku plnit. Zásada nediskriminace se pak při vymezení požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů fakticky promítá do ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, podle kterého je zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
94. Předmětem šetřené veřejné zakázky jsou služby spojené s poskytováním komplexního právního, finančního, ekonomického a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4, spočívající v zajištění doprojektování, výstavby (včetně jejího financování), provozu a údržby nedokončeného úseku rychlostní silnice R4 II/118 (Háje) – Mirovice a v zajištění provozu a údržby existujících, bezprostředně k novostavbám přiléhajících úseků silniční infrastruktury, které jsou specifikovány dále, včetně poradenství pro možnost uzavření příslušných smluv zadavatelem.
95. Právní poradenství má spočívat ve vypracování zadávacích podmínek, včetně smluvní dokumentace, a zdárný průběh výběrového řízení, včetně smluvní části zajišťované při finančním uzavření projektu. Dále v poskytování právních konzultací v souvislosti s přípravou a samotným průběhem výběrového řízení, včetně vypracovávání a připomínkování podkladů, stanovisek, návrhů, odpovědí a smluv dle aktuálních potřeb zadavatele, poskytování právního poradenství při řešení komplikací v majetkoprávní přípravě projektu, zastupování zadavatele v případných soudních sporech či řízeních vedených Úřadem v souvislosti s předmětným projektem, jakož i poskytování dalších právních služeb a právní podpory a vypracování dalších stanovisek a souvisejících písemností a aktivní účasti při řešení jakýchkoli právních problémů v souvislosti s přípravou a realizací projektu apod.
96. Finanční poradenství má spočívat ve vypracování veškerých finančních a ekonomických částí zadávacích podmínek na výběrové řízení na koncesionáře k předmětnému PPP projektu, poskytování konzultací v souvislosti s přípravou a průběhem výběrového řízení, vypracování a připomínkování podkladů, stanovisek, návrhů, odpovědí a smluv dle aktuálních potřeb zadavatele v souvislosti s předmětným výběrovým řízením, poskytováním ekonomického a

finančního poradenství v souvislosti s případnými soudními spory či řízeními vedenými Úřadem, vytvoření finančního modelu pro ověřování parametrů projektu v průběhu jeho přípravy a zabezpečeného kalkulačního nástroje sloužícího pro výpočet plateb za dostupnost, resp. výpočet srážek a kompenzací dle koncesionářské smlouvy a poskytování potřebné uživatelské podpory, jakož i poskytování dalších služeb finančního a ekonomického poradenství a účast při řešení jakýchkoli problémů v souvislosti s přípravou a realizací projektu PPP.

97. Služby spojené s poskytováním technického poradenství zahrnovaly vypracování veškerých technických částí zadávacích podmínek na výběrové řízení na koncesionáře k předmětnému PPP projektu, konzultační činnost v souvislosti s přípravou a samotným průběhem výběrového řízení pro předmětný projekt, vypracování a připomínkování podkladů, stanovisek, návrhů, odpovědí a smluv dle aktuálních potřeb zadavatele v souvislosti s předmětným výběrovým řízením z technického hlediska, poradenství v souvislosti s případnými soudními spory či řízeními vedenými Úřadem v souvislosti s projektem, úzkou spoluprací se zpracovatelem projektových dokumentací předmětného PPP projektu, v případě potřeby konzultace v místě plánované stavby či v místě zpracovatelů projektové dokumentace apod.
98. Zadavatel za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadoval, mimo jiné, aby uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku doložili, že realizovali minimálně jednu službu na poskytování vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU, u něhož minimální výše investičních nákladů činila 5,5 mld. Kč bez DPH a který úspěšně dosáhl fáze smluvní uzavření. Obdobně pak zadavatel vymezil předmět referenčních zakázek na vedoucí ekonomické a finanční poradenství a na vedoucí technické poradenství.
99. Úřad předně shledává jako zjevně neodůvodněný požadavek zadavatele, aby **referenční zakázka na službu, jejímž předmětem bylo poskytování vedoucího technického poradenství u silničního projektu, se vztahovala k PPP projektu**, tj. k projektu na poskytování veřejných služeb prostřednictvím spolupráce veřejného a soukromého sektoru. Obsahem technického poradenství bylo samotné vypracování veškerých technických částí zadávacích podmínek na výběrové řízení na koncesionáře k zamýšlenému PPP projektu, jakož i jiných služeb technického poradenství z hlediska technického aspektu projektu silniční infrastruktury. Spojení zkušenosti vedoucího technického poradenství s PPP projektem nemá relevantní důvod, neboť skutečnost, zda má být předmětný projekt realizován formou PPP, nemá na samotnou odbornou stránku technického poradenství žádný vliv. Relevantním v tomto smyslu je nepochybně zkušenost technického poradenství se silničním projektem, který z technického hlediska nepochybně vykazuje jisté specifika, nikoliv však souvislost se zkušeností s PPP projektem, která je naopak na místě zejména ve vztahu k právnímu poradenství. Nelze přitom odhlédnout od skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky má být rovněž poskytování vedoucího právního poradenství, které bylo ve vztahu k zamýšlenému výběrovému řízení na výběr koncesionáře vymezeno komplexně, včetně vypracování a připomínkování podkladů, stanovisek, návrhů, odpovědí a smluv dle aktuálních potřeb zadavatele, přičemž ve vztahu k právnímu poradenství byla zvláště dána podmínka na doložení reference spojené s poskytováním právního poradenství souvisejícího s obdobným PPP projektem.
100. O neodůvodněnosti požadavku zadavatele, aby dodavatel technického poradenství disponoval referencí na silniční projekt realizovaný formou PPP, svědčí i odpovědi oslovených dodavatelů, společnosti OTIDEA a AK Holec, Zuska & partneři, zvláště pak vyjádření prvně zmiňovaného dodavatele, podle něhož je podmínka neodůvodněně a velmi omezující a který

v rámci svého vyjádření uvedl, že „*podmínka obdobně omezujícího rozsahu, jako kdyby zadavatel požadoval, aby dodavatel měl zkušenost s realizací projektů hrazených z fondů EU či jako podmínka se zkušenostmi z rekonstrukce památky chráněné UNESCO. Přesto, že se jedná o výjimečnou stavbu, která podléhá zvláštní ochraně nejen v rámci ČR, ale celého světového dědictví, může její rekonstrukci realizovat společnost mající osvědčení z kulturní památky. Stejně jako v případě výše uvedených Evropských fondů, kdy to, zda má „administrátor“ či stavební společnost zkušenost s administrací veřejné zakázky hrazené z Evropských fondů nebo či společnost realizovala stavbu z Evropských fondů, není relevantní pro výkon činnosti.* Obdobně jako Úřad (viz bod 99. tohoto rozhodnutí) tedy dodavatel argumentoval irelevancí požadavku PPP projektu na samotný charakter výkonu technického poradenství. Nutno podotknout, že ačkoliv druhý zmiňovaný dodavatel není s ohledem na předmět své činnosti dle svých slov kompetentní k posouzení oprávněnosti předmětného požadavku, sám v obecnosti uvedl, že dle jeho názoru by se zásadně technické poradenství nemělo lišit u projektu realizované formou PPP a u projektu realizovaného formou "běžné" veřejné zakázky a že daný požadavek lze tak považovat za přílišně omezující, a to z důvodu vymezení pouze na oblast PPP.

101. Ačkoliv zadavatel ve svém vyjádření (viz bod 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádí, že na tomto požadavku trvá, neboť při výběrovém řízení na výběr koncesionáře předmětného PPP projektu má v rámci soutěžního dialogu docházet k četným jednáním za účelem přesné a konkrétní specifikace technických podmínek realizace projektu, a proto znalost konkrétního průběhu vyjednávání je nezbytná, shledává Úřad tento argument lichým, neboť orientace v rámci soutěžního dialogu (výběrového řízení) na výběr koncesionáře spadá jednoznačně pod oblast právního poradenství a právních služeb, v žádném případě se však netýká specializovaných činností v oblasti technické, včetně oblasti silniční infrastruktury, přičemž skutečnost, že předmětný projekt, na který má být vybrán koncesionář, má být realizován formou PPP, nemá na stanovení technických podmínek výběrového řízení na výběr koncesionáře, popřípadě jiných souvisejících činností spojených s poskytováním technického poradenství, zjevně žádný vliv.
102. Úřad k výše uvedenému dodává, že zadavatel má možnost v rámci zadávacích podmínek promítnout mechanismus spolupráce týmu technických poradců s týmem právního poradenství, přičemž jak zadavatel sám uvádí, předmětem šetřené veřejné zakázky je poskytování služeb komplexního poradenství, na kterých se má podílet realizační tým, který má fungovat na základě vzájemné spolupráce expertů a souvisejícím přenosu zkušeností mezi těmito experty.
103. Ačkoliv tento argument zadavatel užívá ve vztahu k transferu zkušeností a spolupráci mezi experty s mezinárodními zkušenostmi a experty se zkušenostmi tuzemskými v rámci právního poradenství, je nepochybné, že v rámci realizace předmětu šetřené veřejné zakázky, tj. včetně výběrového řízení na koncesionáře projektu PPP R4, musí spolupracovat i experti právního poradenství s experty technického poradenství, protože je jasné, že požadavek zadavatele je nutné pokládat za jednoznačně neodůvodněný.
104. K požadavku zadavatele na předložení referenční zakázky na poskytování vedoucího **právního poradenství u silničního PPP projektu** Úřad uvádí, že diskriminace spočívající ve stanovení nepřiměřených kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona nemusí vycházet pouze z toho, že v rámci požadavků na prokázání technické kvalifikace jsou

požadována kritéria, které na první pohled odpovídají potřebám zadavatele a bylo by tak možné toto označit také za projev legitimní ekonomické úvahy zadavatele, ale i skutečnost, že zadavatel (tak obvykle i případní soutěžitelé) ví, že takové kritérium může splnit pouze jediný soutěžitel nebo limitované množství soutěžitelů, a přesto na tomto požadavku trvá, ačkoli předmět veřejné zakázky by mohli realizovat i dodavatelé, kteří požadavek zadavatele nesplňují. V tomto smyslu Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22. 7. 2015, č. j.: 31 Af 166/2013-50. Zadavatel tedy při vymezení technických kvalifikačních předpokladů musí zohlednit i specifika trhu, a to i trhu relativně nového.

105. Obdobné vyplývá i z rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 10. 11. 2011, čj.: 62 Ca 15/2009-71, kde soud rovněž uvedl, že:

*„Je správná jeho úvaha, že podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a v souladu se ZVZ, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablojí. Na takových trzích nemůže stanovení kvalifikačních předpokladů vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat. Ostatně podpora hospodářské soutěže je sekundárním cílem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek...Výčet přiměřených – a tím i zákonně stanovených kvalifikačních předpokladů (technických, specifikovaných podle § 56 odst. 7 ZVZ...), **není ve svém souhrnu kategorií rigidní, ve vztahu ke všem zadávacím řízením za různých faktických podmínek na trhu neměnnou.** Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti – a tím i zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů nemůže být výsledkem jeho arbitrární úvahy abstrahující od podmínek trhu, na němž soutěž o získání veřejné zakázky měla probíhat, ani od konkrétních důsledků, které takto stanovené kvalifikační předpokladu s ohledem na podmínky panující na trhu mohly z pohledu účasti dodavatelů v soutěži o získání veřejné zakázky vyvolat.*

106. Ačkoli je zjevné, že předmětem veřejné zakázky mají být služby spojené mimo jiné s poskytováním právního poradenství vztahujícího se k výběrovému řízení na výběr koncesionáře zamýšleného silničního PPP projektu, Úřad má za to, že zadavatel s vědomím toho, že na českém trhu dosud nedošlo k realizaci obdobného projektu v silniční infrastruktuře (a na trhu EU existuje limitovaný počet dodavatelů), nepostupoval při vymezení technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zásadou přiměřenosti, resp. že tento požadavek nebyl odůvodněný, zvláště když předmětem šetřené veřejné zakázky je právě poskytování právního poradenství spojeného s výběrovým řízením na výběr koncesionáře PPP projektu **dle tuzemské právní úpravy.**

107. Zadavatel mohl při vymezení zadávacích podmínek alespoň svůj požadavek na realizaci obdobné referenční zakázky právního poradenství zmírnit tak, že by požadoval, aby se právní poradenství vztahovalo k PPP projektu týkajícího se např. i jiných staveb či zařízení dopravní infrastruktury nebo veřejné infrastruktury podle zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), v rozhodném znění, kterým by připustil účast dodavatelů, kteří mají zkušenost s právním poradenstvím v oblasti stavebního práva.

108. K argumentu zadavatele, podle něhož zadavatel potřebuje, aby v rámci poskytovaných služeb došlo k přenosu zahraničního know-how z úspěšně realizovaných silničních PPP projektů do prostředí ČR, přičemž v zadávací dokumentaci je tento záměr reprezentován tím, že jsou

požadováni jak experti s mezinárodními zkušenostmi, tak experti se zkušenostmi tuzemskými, dle zadavatele takto složené týmy pak vytvoří předpoklad pro vzájemnou spolupráci expertů a související přenos zkušeností, Úřad uvádí, že argumentace zadavatele vychází z toho, že k prokázání technických kvalifikačních předpokladů je nutné, aby dodavatel měl zkušenosti s právním poradenstvím ve vztahu k PPP projektu v oblasti silniční infrastruktury. Úřad nepopírá, že je namístě, aby uchazeč prokázal zkušenost s právním poradenstvím v oblasti PPP, ale požadovat toto v oblasti silniční infrastruktury, zvláště pak když je zadavateli zřejmé, že výběr koncesionáře má proběhnout dle tuzemského práva, není odůvodněné. Nic na tom nemění ani fakt, že, jak zadavatel sám uvádí, v rámci požadavků na prokázání technické kvalifikace požadoval i experty se znalostí tuzemského práva.

109. Diskriminační postup zadavatele ve vztahu k požadavku na referenční zakázku na poskytování vedoucího právního poradenství k silničnímu PPP projektu vyplývá i z odpovědí advokátních kanceláří působících v ČR oslovených na základě žádosti ze dne 10. 11. 2015, resp. žádosti Úřadu ze dne 27. 10. 2015. Z těchto odpovědí vyplývá, že žádný z těchto dodavatelů, kteří se zaměřují na právní podporu při zadávání veřejných zakázek a koncesí a právní podporu související s realizací PPP projektů, v posledních 3 letech referenční zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč, nerealizoval. Dále podle většiny těchto vyjádření (AK Růžová, AK Havel a Holásek, AK Weil, Gotshal & Manges, AK MT Legal a AK Ondřej Bultas) by většina těchto dodavatelů byla schopna obdobou zakázku realizovat. Pouze vyjádření dodavatelů AK PETERKA & PARTNERS a AK Žižka & Partners uvádějí, že bez bližší specifikace zadávacích podmínek nejsou schopni na otázku, zda by byli schopni zakázku realizovat, odpovědět. Ačkoliv v tomto případě odpovědi nebyly jako v případě ostatních oslovených dodavatelů pozitivní, z vyjádření však ani nevyplývalo, že by dotyčné advokátní kanceláře nebyly schopny obdobnou zakázku realizovat, přičemž z vyjádření AK PETERKA & PARTNERS rovněž vyplývá i jistý zájem se o veřejnou zakázku v případě bližší specifikace ucházet. Dle vyjádření AK Havel a Holásek navíc způsob, jakým zadavatel stanovil předmětnou referenční zakázku, je velmi ojedinělý a úzce specifikovaný.
110. Pokud tedy zadavatel při vymezování technických kvalifikačních předpokladů postupoval tak, že nezohlednil to, že v ČR dosud nedošlo k realizaci žádného PPP projektu v oblasti silniční infrastruktury, když požaduje k prokázání technických kvalifikačních předpokladů zkušenost s poskytováním vedoucího právního poradenství v souvislosti s tímto projektem, ačkoli v rámci předmětu šetřené veřejné zakázky má docházet k poskytování právního poradenství v souvislosti s PPP projektem realizovaným v ČR, tj. realizovaným v souladu s právní úpravou ČR, Úřad v tomto shledává požadavek zadavatele rovněž diskriminačním.
111. Z obdobných důvodů uvedených především v bodech 105. – 108. odůvodnění tohoto rozhodnutí, jakož i z důvodu, že zadavatel ve svém vyjádření nijak blíže neodůvodnil, proč trvá na tom, aby poradenství, které má být předmětem referenční zakázky, bylo spojeno se silničním projektem, Úřad neshledal jako odůvodněný ani požadavek zadavatele na to, aby dodavatelé realizovali **ekonomické a finanční poradenství u silničního** PPP projektu. Zadavatel v podstatě ve svých vyjádřeních opakuje, že na referenčních zakázkách, tak jak je vymezil v zadávacích podmínkách, trvá z důvodu, že odpovídají předmětu veřejné zakázky, a že proto potřebuje zkušené dodavatele, kteří jsou schopni realizovat předmět šetřené veřejné zakázky. Neuvádí však žádný konkrétní důvod, z něhož by vyplývalo, že požadovaná zkušenost s

ekonomickým a finančním poradenstvím související s PPP projekty musí být spojena zároveň se silničním projektem. Úřad k tomuto dodává, že z vyjádření všech oslovených dodavatelů, obdobně jako v případě právního poradenství, vyplynulo, že tito dodavatelé v posledních třech letech nerealizovali žádnou obdobnou zakázku, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího technického a finančního a ekonomického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP v EU o celkových finančních nákladech min. 5,5 mld. Kč.

112. Argumentace zadavatele, že vyjádření oslovených dodavatelů nejsou relevantní, neboť oslovení dodavatelé se zjevně neseznámili podrobně se zadávacími podmínkami předmětné veřejné zakázky, je lichá, neboť dotazy Úřadu se nevztahovaly přímo k šetřené veřejné zakázce, resp. přímo ke konkrétní zakázce, ale obecně směřovaly k tomu, zda by byli schopni realizovat obdobnou zakázku, jako byla zadavatelem stanovená referenční zakázka. Je samozřejmé, že aby dodavatel s jistotou věděl, zda je schopen (např. z kapacitních důvodů) realizovat veřejnou zakázku, musí se důkladně seznámit se zadávacími podmínkami. Účelem Úřadem zasláné žádosti však bylo zjistit, zda požadavek na referenční zakázku na vedoucí právní poradenství k PPP projektům v oblasti silniční infrastruktury byl vymezen excesivně, a zda tak v důsledku toho, jak zadavatel stanovil předmět referenční zakázky, nevyločil z účasti dodavatele, kteří by jinak byli způsobilí veřejnou zakázku (nebo její část na právní poradenství) realizovat, což se v daném případě prostřednictvím odpovědí vyzvaných dodavatelů potvrdilo. Nejenže Úřad v daném případě vybíral z advokátních kanceláří, které se zaměřují na právní poradenství k PPP projektům (často v silniční infrastruktuře), přičemž až na dvě výjimky, které však relevanci vyjádření ostatních dodavatelů nikterak nevyvrátily, odpověděli dodavatelé shodně. Pokud však zadavatel uvádí, že bez podrobného prostudování nelze shledat ve vyjádření oslovených advokátních kanceláří jakoukoli relevanci, pak by postrádal smysl i způsob, jakým zadavatel stanovil předmětnou referenční zakázku na právní poradenství, neboť Úřad předmětný okruh dodavatelů oslovil s odkazem na přesné stanovení požadované referenční zakázky. Účelem stanovení požadavku na referenční zakázky je právě vybrat dodavatele, který by byl schopen zadávanou veřejnou zakázku realizovat, přičemž uchazeč o veřejnou zakázku má toto doložit prostřednictvím referenční zakázky, která splňuje jednotlivé, avšak oproti zadávacím podmínkám velmi obecné a zúžené (avšak stěžejní), požadavky stanovené prostřednictvím vymezené referenční zakázky. Ostatně kdyby zadavatel stanovil kvůli podrobnému vymezení předmět referenční zakázky příliš úzce, mohl by potenciální dodavatele, kteří by byli schopni realizovat veřejnou zakázku, neodůvodněně diskriminovat, tak jako tomu bylo v daném případě, neboť ačkoliv by zakázky, které potenciální dodavatel v minulosti realizoval, nebyly se zadávanou veřejnou zakázkou identické, byl by jinak dodavatel zakázku s ohledem na své zkušenosti a možnosti schopen realizovat. Ze stejných důvodů proto Úřad postupoval i ve vztahu k požadavkům na reference finančního a technického poradenství a proto Úřad neshledal, že by jím poskytnuté lhůty k vyjádření oslovených dodavatelů byly nedostatečné.
113. Úřad rovněž neshledal jako důvodný požadavek, aby **všechny tři referenční zakázky** požadované v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace, tj. služby, jejichž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího právního poradenství, ekonomického a finančního poradenství a technického poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP **byly realizovány v EU**, zvláště pak ve vztahu k referenční zakázce na ekonomické a finanční poradenství a zejména technické poradenství. K tomuto Úřad uvádí, že zadavatel nikterak svůj požadavek neodůvodnil, ačkoliv dopisem č. j.: ÚOHS-S0936/2015/VZ-46019/2015/553/VDy ze dne 23. 12. 2015 byl zadavatel se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, řádně seznámen.

Požadavek zadavatel neodůvodnil v žádném ze svých vyjádření, přičemž odůvodněnost tohoto požadavku nevyplývá ani ze zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky, ani z odůvodnění veřejné zakázky ve smyslu § 156 zákona, jenž obsahuje velmi obecné odůvodnění, které oprávněnost Úřadem namítnutých požadavků na referenční zakázky vůbec nedokládá. Pokud by zadavatel argumentoval tím, že v rámci zemí EU je výrazně odlišná právní úprava, v žádném případě s tímto neobstojí ve vztahu k technickému poradenství, přičemž nelze odhlédnout rovněž od skutečnosti, že EU nezahrnuje všechny evropské země, např. země Evropského hospodářského prostoru (Norsko, Lichněstajnsko, Island) a Švýcarskou konfederaci, tedy rovněž země které mají implementovány zadávací směrnice EU a mají s EU uzavřeny celou řadu smluv pro oblast volného pohybu osob, zboží, služeb a kapitálu a je zřejmé, že v nich panují obdobné právní a ekonomické poměry, a které mají rovněž, stejně jako další státy i mimo Evropu, uzavřenou s EU tzv. Dohodu o veřejných zakázkách („Government Procurement Agreement“, zkráceně GPA), která je jedinou současnou právně závaznou smlouvou na půdě WTO („World Trade Organization“), jejímž předmětem je zadávání veřejných zakázek.

114. Úřad dále uvádí, že z předmětného stanoviska ARI, které zadavatel ke svému vyjádření ze dne 11. 1. 2016 přiložil, vyplývá, že ARI za účelem zajištění dostatečného soutěžního prostředí v rámci předmětného zadávacího řízení doporučila mimo upuštění od požadavku u referenčních zakázek na poskytování poradenství na straně veřejného zadavatele rovněž úpravu zadávacích podmínek tak, aby kvalifikační požadavky splnily i projekty, které alespoň dosáhly fáze předložení nabídky, a to stejně u všech typů poradenství - právního, finančního i technického poradce, a to z důvodu, že *„zadavatel v zadávacích podmínkách nezohlednil fakt, že za poslední 3 roky se v regionu CEE a obecně v Evropě zrealizovalo velmi málo PPP projektů, které by dosáhly finančního vypořádání.“* Zadavatel však i přesto požadavek nijak dále nezmiřnil, ačkoliv byl ARI upozorňován na velmi malý počet zrealizovaných PPP projektů v celé Evropě. Ačkoliv Úřad v tomto případě neshledává jako neodůvodněný požadavek, aby dodavatelé prokazovali svou kvalifikaci prostřednictvím projektů, které byly úspěšné a dosáhly tak smluvního uzavření, z vyjádření ARI tak jednoznačně vyplývá velmi omezený okruh PPP projektů v celé Evropě (a nikoliv jen v EU), k nimž se požadované referenční zakázky mají vztahovat, což však zadavatel při vymezení zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky, popřípadě při případném zmírnění prostřednictvím dodatečných informací, nijak dále nezohlednil.
115. O celkové nepřiměřenosti vymezení požadovaných referenčních zakázek svědčí i skutečnost, že zadavatel v rámci lhůty pro podání nabídek obdržel 3 nabídky, které nejenže byly všechny podány ve sdružení, ale především bylo u nich za účelem prokázání těchto kvalifikačních předpokladů použito subdodavatelů. V případě uchazeče č. 1 bylo tak ve vztahu ke každé požadované referenci na příslušné vedoucí poradenství za účelem prokázání kvalifikačních předpokladů využito dokonce subdodavatele na každý druh poradenství zvlášť, v případě uchazeče č. 2 bylo takto využito subdodavatele ve vztahu k vedoucímu technickému poradenství a vedoucímu právnímu poradenství). Úřad k tomuto dále odkazuje na bod 128. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
116. Vzhledem k výše uvedenému má Úřad za to, že v důsledku nepřiměřeně nastavených požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí zadavatel mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když svým postupem mohl neodůvodněně diskriminovat potenciální uchazeče o veřejnou zakázku, kteří

by byli jinak schopni veřejnou zakázku realizovat, a tímto celkově omezil okruh potenciálních uchazečů, neboť v případě širšího okruhu způsobilých dodavatelů mohl zadavatel obdržet i pro něj výhodnější nabídky.

117. Ve vztahu k návrhům na provedení důkazů uvedených v bodě 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad odkazuje na § 16 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění, podle něhož se ve správním řízení jedná, a písemnosti se vyhotovují v českém jazyce, přičemž účastníci řízení mohou jednat a písemnosti mohou být předkládány i v jazyce slovenském. Písemnosti vyhotovené v cizím jazyce přitom musí účastník řízení předložit v originálním znění a současně v úředně ověřeném překladu do jazyka českého, pokud správní orgán nesdělí účastníkovi řízení, že takový překlad nevyžaduje. Vzhledem ke skutečnostem, že zadavatel předmětné dokumenty, které jsou zpracovány v anglickém jazyce, v souladu s příslušnými ustanovení citovaného zákona nepředložil v originálním znění, a to společně s úředně ověřeným překladem do jazyka českého, přičemž s ohledem na počet, odbornost a především rozsah těchto dokumentů (nejrozsáhlejší z příložených dokumentů má 326 stran), by opatření úředně ověřeného překladu způsobilo Úřadu nemalé náklady, jakož i vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel ve vztahu k předmětným dokumentům neuvádí a nevykládá žádné relevantní (konkrétní) pasáže a argumenty, z nichž by vyplývaly rozhodné skutečnosti, přičemž ve vztahu k argumentaci zadavatele uvedené pod bodem 36. – 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad nijak nerozporuje složitost a komplexnost otázek souvisejících s realizací PPP projektu, resp. výběrového řízení na koncesionáře a s tím související nezbytnost klást požadavky za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů a prokázání zkušeností potenciálních dodavatelů, Úřad shledává jako nadbytečné provést zadavatelem navrhované metodiky jako důkazy, které mají tyto nesporné skutečnosti doložit.
118. Ve vztahu k odkazu zadavatele na seznam projektů, které zadavatel Úřadu poskytl v rámci svého vyjádření ze dne 12. 10. 2015, které Úřad obdržel ještě před zahájením správního řízení a který zadavatel považuje v dané věci za klíčový, Úřad uvádí, že předložený počet PPP projektů realizovaných v rámci EU žádným způsobem neosvobozuje zadavatele od povinnosti stanovit technické kvalifikační předpoklady nediskriminačním způsobem a rovněž dodává, že zadavatelem zmiňovaný seznam obsahuje celkem 32 projektů realizovaných v EU, přičemž výše investičních nákladů 16 z nich zjevně nedosahovala požadované výše investiční hodnoty projektu dle čl. 6. 4 Zadávací dokumentace, pročež je nepochybné, že referenční zakázky na poradenství spojené s těmito projekty by nesplňovaly technické kvalifikační předpoklady tak, jak je zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, přičemž příložený seznam vůbec neobsahuje informaci o tom, poskytování služeb jakého poradenství bylo v souvislosti s těmito projekty realizováno.
119. Obdobně skutečnost, že zadavatel v průběhu přípravy zadávacích podmínek spolupracoval s ARI, přičemž tato asociace vznikla z dřívější asociace PPP, jejími členy tak stále jsou významné poradenské společnosti činné v oblasti PPP poradenství v mezinárodním rozsahu, přičemž ve spojení s touto organizací došlo k uspořádání tzv. kulatého stolu, v rámci něhož došlo k seznámení s představami zadavatele o podmínkách tehdy zamýšleného zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, tak aby zadavatel mohl v zadávacích podmínkách promítnout oprávněné názory trhu, které by mohly přispět k rozšíření okruhu potenciálních uchazečů, přičemž žádný z prezentovaných kvalifikačních předpokladů nebyl přitom přítomnými shledán jako problematický či omezující, nic nemění na tom, že zadavatel svým postupem

neodůvodněně diskriminuje okruh potenciálních uchazečů, kteří by mohli být schopni realizovat předmět veřejné zakázky. Je přitom krajně nepravděpodobné, že na předmětném jednání byli přítomni všichni potenciální dodavatelé poradenství PPP projektů, kteří by tak měli možnost se zamýšlenými zadávacími podmínkami zadavatele seznámit a zadavatele konfrontovat. Zadavatel tvrdí, že seznámil (relevantní) trh s předběžnými zadávacími podmínkami šetřené veřejné zakázky, nelze však ohlédnout od skutečnosti, že k diskuzi došlo pouze ve vztahu k členům předmětné asociace.

120. Stejně tak skutečnost, že v reakci na stanovisko ARI zadavatel zmírnil požadavky na předmětné referenční zakázky tak, že upustil od požadavku na poskytování poradenství na straně veřejného zadavatele, žádným způsobem nedokládá souladnost postupu zadavatele ve vztahu k předmětným požadavkům na reference, na kterých zadavatel setrval, přičemž argumentace zadavatele, že od předmětného požadavku za účelem rozšíření okruhu potenciálních uchazečů upustil, ačkoliv poradenství v průběhu výběrového řízení na koncesionáře je na straně veřejného subjektu značně odlišná od obdobných poradenství na straně soukromých subjektů, je bezpředmětná, neboť předmětem správního řízení není posouzení odůvodněnosti tohoto požadavku, který byl prostřednictvím dodatečných informací č. 2 odstraněn.
121. Ze skutečnosti, že zadavatel ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám neobdržel žádné námítky, jakož ani ze skutečnosti, že obdržel ve lhůtě pro podání nabídek nabídky celkem 3 uchazečů, samo o sobě nedokládá soulad zadavatele při vymezení zadávacích podmínek, resp. předmětných referenčních zakázek, se zákonem. Kdyby zadavatel nestanovil požadavky ve vztahu k referenčním zakázkám neodůvodněně přísně, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů (např. tuzemských dodavatelů), kteří by byli schopni realizovat předmět šetřené veřejné zakázky, které by mohly být pro zadavatele výhodnější. Naopak počet nabídek uchazečů v daném případě neshledává Úřad jako vysoký, zvláště když se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku, z níž zahájení zadávacího řízení muselo být rovněž uveřejněno v Úředním Věstníku EU. Nelze přitom odhlédnout od skutečnosti, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku podali nabídku ve sdružení dodavatelů, přičemž za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů, včetně předmětných požadavků na referenční zakázky, bylo rovněž ve velké míře využito subdodavatelů. Je přitom zřejmé, že celé řady subdodavatelů bylo využito ve vztahu k požadavkům na klíčové experty pro oblast právního poradenství, neboť zahraniční dodavatelé z pochopitelných důvodů nebyli schopni sami zajistit účast potřebných expertů právního poradenství pro tuzemské právní prostředí, ostatně sám zadavatel ve svém vyjádření uvádí (bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že s tímto v rámci zadávacích podmínek počítal, když stanovil požadavek na experty – členy realizačního týmu – s tuzemskými zkušenostmi.
122. K námitce zadavatele týkající se údajně pochybného výběru oslovených dodavatelů Úřad uvádí, že svou žádostí ze dne 27. 10. 2015, resp. žádostí ze dne 10. 11. 2015 týkající se zkušeností a schopností realizace obdobné zakázky na vedoucí právní poradenství obrátil na celkem 8 advokátních kanceláří, které se dle veřejně dostupných informací zaměřují na právní podporu v souvislosti s výběrovým řízením na PPP projekty – dodavatelé na svých internetových stránkách nabízejí služby spojené se zpracováním komplexní dokumentace k zadávání PPP projektů, zastupování při zadávání PPP projektů, analýzy proveditelnosti PPP projektů, vyhodnocení vhodnosti PPP projektů a uvádějí, že se zabírají právní poradenstvím v oblasti

dopravy, dopravní infrastruktury apod., což ostatně vyplývá i z většiny vyjádření těchto dodavatelů, jejichž odpovědi Úřad obdržel. Obdobně se Úřad svou žádostí ze dne 23. 11. 2015 ve vztahu k poskytování ekonomického, finančního a technického poradenství obrátil na dodavatele, které se dle veřejně dostupných údajů zabírají komplexním poradenstvím ve vztahu k PPP projektům, koncesních řízeních, zpracování koncesních projektů, smluv a dokumentací, zpracování studií proveditelnosti, přičemž někteří z těchto dodavatelů na svých internetových stránkách uvádí několik PPP projektů i na celostátní úrovni, které v minulosti realizovali atd. Přitom, jak již Úřad uvedl v bodě 113 tohoto rozhodnutí, účelem dotazů Úřadu bylo zjistit, zda jsou na trhu dodavatelé, kteří by byli schopni předmět (nebo část) veřejné zakázky realizovat, ačkoliv nedisponují požadovanými referencemi, které by splňovaly všechny zadavatelem požadované parametry. Pokud by Úřad vyzval dodavatele, kteří požadovanými referencemi disponují, např. dle seznamu přiloženého zadavatelem, jak zadavatel uvádí, pozbyl by postup Úřadu v tomto smyslu. Vzhledem k tomu, že předmětem veřejné zakázky je poskytování komplexního poradenství s PPP projektem (včetně právního) v oblasti ČR, bylo pak logickým krokem vyzvat k předložení požadovaných vyjádření tuzemské poskytovatele těchto služeb. Úřad rovněž podotýká, že ze seznamu úspěšně realizovaných silničních projektů PPP v EU za poslední tři roky, které zadavatel Úřadu v rámci svého vyjádření za dne 12. 10. 2015 zaslal a z něhož se měl Úřad dle přesvědčení zadavatele pokusit se oslovit dodavatele, Úřad opakuje, že zmiňovaný seznam obsahuje celkem 32 projektů realizovaných v EU, avšak finanční hodnota 16 z nich zjevně nespĺňovala podmínky referenčních zakázek, neboť nedosahovaly požadované výše investiční hodnoty projektu, přičemž seznam vůbec neobsahoval žádné údaje, z nichž by vyplývalo poskytování služeb jakého poradenství bylo poskytováno v souvislosti s těmito projekty, resp. zda vůbec v souvislosti s těmito projekty byly nějaké poradenské služby poskytovány.

123. Úřad dále nesouhlasí s tím, že z oznámení o zahájení správního řízení dostatečně nevyplývá, na základě čeho získal pochybnosti o porušení § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Z oznámení o zahájení správního řízení jasně vyplývá, na základě jakých požadavků Úřad shledal nepřiměřenost požadavků, přičemž Úřad v oznámení uvedl relevantní skutečnosti, na základě kterých získal pochybnost o souladnosti postupu zadavatele se zákonem.
124. Úřad souhlasí s tím, že požadavky na prokázání kvalifikace jsou v jistém rozsahu vždy diskriminační, záleží však na tom, zda se jedná o diskriminaci odůvodněnou předmětem veřejné zakázky. Vzhledem ke skutečnosti, že se argumentace zadavatele vztahuje k požadavku na výši investičních nákladů, ve vztahu k němuž Úřad správní řízení zastavil (viz níže), Úřad se dále touto argumentací zadavatele, stejně jako skutečnostmi uvedenými pod bodem 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí, z důvodu irelevance v rámci odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí nezabýval.
125. Ve vztahu k tvrzení zadavatele uvedeném v bodě 53 tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že všechny relevantní podklady ve správním spise jsou, a to v celém rozsahu, nikoliv jejich část. Ačkoliv nejsou ve spise založeny všechny dokumenty, které tvořily součást zadávacích podmínek, jediné dokumenty, které nejsou ve správním spise založeny, je návrh smlouvy, který neobsahuje žádné další relevantní skutečnosti, neboť v podstatě obsahuje jen promítnutí požadavků obsažených v zadávací dokumentaci (v užším smyslu), a přílohy typu krycí list, z nichž nevyplývají žádné relevantní skutečnosti rozhodné pro posouzení věci. Obdobně součástí zadávacích podmínek, které nejsou založeny ve spise, jsou dodatečné informace, které

se předmětných technických kvalifikačních předpokladů netýkají a dodatečné informací č. 3, které ačkoli s požadavky zadavatele na předmětné referenční zakázky rovněž souvisí, dotaz v něm obsažený se týká pouze požadavku fáze finančního uzavření, jehož posouzení odůvodněnosti není předmětem tohoto správního řízení. Součástí spisu jsou však dodatečné informace č. 2, které se těchto kvalifikačních předpokladů týkají. Stejně tak si Úřad není vědom nepřehlednosti spisu. Spis je opatřen obsahem spisu, přičemž jednotlivé dokumenty jsou očíslovány a pod tímto číslováním promítnuty v obsahu, přičemž součástí obsahu je i počet stran jednotlivých dokumentů a uvedení data, kdy byly jednotlivé dokumenty ve spisu založeny.

126. K vyjádření zadavatele uvedeným pod bodem 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že o změně zadávacích podmínek, resp. o uveřejnění předmětných dodatečných informací, se dozvěděl až na základě kontroly profilu zadavatele, které proběhla až po odeslání žádosti ze dne 27. 10. 2015. Úřad proto dodatečně ten samý okruh dodavatelů oslovil opakovaně s tím, že změnu v zadávacích podmínkách ve své žádosti promítl, což je ze správního spisu, jakož i z oznámení o zahájení správního řízení, zřejmé.
127. K argumentaci uvedené pod bodem 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad odkazuje na bod 112. odůvodnění tohoto rozhodnutí a dále uvádí, že oslovením dodavatelů Úřadu nešlo o to zjistit konkrétní okruh dodavatelů, kteří mohli být postupem zadavatele diskriminováni, ale o samotnou odůvodněnost (přiměřenost) požadavků zadavatele na referenční zakázky a obdobně Úřad argumentuje i ve vztahu k argumentaci zadavatele uvedené v bodě 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí, podle něhož společnost OTIDEA ve svém vyjádření uvedla, že není v kapacitních silách společnosti jako samostatného subjektu službu odpovídající referenční zakázky realizovat. Obdobně Úřad odkazuje na tento bod i ve vztahu k argumentaci zadavatele uvedené pod bodem 58. a 59. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
128. K tvrzení zadavatele týkající se vyjádření AK MT Legal (bod 58. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a vyjádření k AK Weil, Gotshal & Manges (bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že možnost prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, popřípadě ve sdružení nedokládá souladnost postupu zadavatele se zákonem. Ačkoli dodavatelé mohou uzavřít sdružení s jiným dodavatelem, který požadovanou referenci disponuje, popřípadě využít k tomuto účelu subdodavatele, ani tato skutečnost nemůže ospravedlnit zadavatelův postup spočívající v nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky (stanovení předmětných požadavků na kvalifikaci), který bude diskriminovat ostatní dodavatele schopné splnit předmět veřejné zakázky. Jak podání společné nabídky, tak podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011, které ačkoliv se týkaly otázky rozsahu vymezení předmětu veřejné zakázky, resp. situace, kdy byl vymezen příliš široce předmět veřejné zakázky, je nepochybné, že citovaná rozhodnutí lze analogicky aplikovat i v tomto případě, neboť obdobně také vymezení zadávacích podmínek veřejné zakázky je třeba posuzovat objektivně, tedy zda taková situace fakticky nastala bez ohledu na to, že potenciální dodavatel neudělal něco, co dle zákona udělat mohl (sdružit se s jiným dodavatelem, plnit nabídku subdodavately). Jak podání společné nabídky, tak podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem

srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. Skutečnost, že zadavatel prostřednictvím dodatečných informací zmírnil požadavek na prokázání kvalifikace, rovněž nedokládá souladnost postupu zadavatele se zákonem, když dle Úřadu byly předmětné požadavky na prokázání referenčních zakázek i v následném znění nepřiměřeně a neodůvodněně diskriminační.

129. K vyjádření zadavatele uvedenému pod bodem 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad uvádí, že ač je žádost v části týkající se odůvodnění požadavku, aby se technické poradenství k silničnímu projektu, týkalo projektu realizovaného formou PPP, do jisté míry matoucí, dle přesvědčení Úřadu neměla tato chyba vliv na relevanci podaných vyjádření, uvedených v bodech 21. a 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí, neboť nejenže součástí předmětné žádosti byl dotaz na zkušenosti spojené s poskytováním služeb vedoucího technického (a ekonomického) poradenství u silničního projektu realizovaného formou PPP a eventuální schopnost realizace obdobné zakázky, ale i v úvodním odstavci předmětné žádosti bylo uvedeno, že žádost je podána v souvislosti s šetřením veřejné zakázky na poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4, přičemž i z předmětných odpovědí vyplývá, že dodavatelé pochopili, na co se Úřad dotazuje. V případě vyjádření společnosti OTIDEA toto vyplývá zejména z části, kde uvádí, že: *„Podmínka PPP projektu je velmi omezující směřující pouze na jeden či dva subjekty, které se na trhu specializují. Dle našeho názoru je podmínka obdobně omezujícího rozsahu, jako kdyby zadavatel požadoval, aby dodavatel měl zkušenost s realizací projektů hrazených z fondů EU či jako podmínka se zkušenostmi z rekonstrukce památky chráněné UNESCO. Přesto, že se jedná o výjimečnou stavbu, která podléhá zvláštní ochraně nejen v rámci ČR, ale celého světového dědictví, může její rekonstrukci realizovat společnost mající osvědčení z kulturní památky. Stejně jako v případě výše uvedených Evropských fondů, kdy to, zda má „administrátor“ či stavební společnost zkušenost s administrací veřejné zakázky hrazené z Evropských fondů nebo či společnost realizovala stavbu z Evropských fondů, není relevantní pro výkon činnosti. Obdobně pak vyjádření AK Holec, Zuska & partneři uvádí, že **technické poradenství** by se zásadně nemělo lišit u projektu realizované formou PPP a u projektu realizovaného formou "běžné" veřejné zakázky, a že v tomto bodě lze daný požadavek považovat za přílišně omezující, a to z důvodu vymezení pouze na oblast PPP, pročez je nepochybné, že dodavatel si dotaz Úřadu rovněž správně vyložil.*
130. Úřad dále uvádí, že rozpor ve vyjádření AK Holec, Zuska & partneři, že dodavatel je jedním z vedoucích subjektů v oblasti PPP, nicméně že v oblasti PPP nebyl dosud realizován jediný projekt do fáze výstavby, vychází zjevně z toho, že dodavatel měl na mysli silniční projekt PPP, což je skutečností, kterou nerozporuje ani samotný zadavatel, přičemž tato skutečnost sama o sobě neznamená, že v oblasti PPP nepůsobí.
131. Ve vztahu k části vyjádření zadavatele uvedenému v bodech 67. – 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad odkazuje na bod 122. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
132. Ve vztahu k části vyjádření zadavatele uvedenému v bodě 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad argumentaci týkající se požadavku kvalifikace technického poradce pro silniční PPP projekty odkazuje na bod 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
133. Ve vztahu k vyjádření zadavatele uvedenému pod bodem 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že Úřad nepopírá, že se zásada zákazu diskriminace vztahuje i na

zahraniční dodavatele a že tito dodavatelé mají rovněž možnost ucházet se o veřejnou zakázku, Úřad však neshledává, že by postupoval při výběru dodavatelů nesprávně, když oslovil dodavatele činné v ČR, zvláště když byl jeho postup zejména ve vztahu k části služeb právního poradenství odůvodněný (viz bod 108. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a naopak má za to, že s ohledem na výše uvedené mohl mít postup zadavatele vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

134. Úřad dále k tvrzení zadavatele uvedenému pod bodem 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí uvádí, že počet obdržených nabídek v rámci zadávacího řízení sám o sobě souladnost postupu se zákonem nedokládá, neboť v případě, že by upustil od předmětných požadavků v souvislosti s referenčními zakázkami, mohl obdržet vícero nabídek, které by mohly být i nabídky výhodnější, než které zadavatel v rámci předmětného zadávacího řízení obdržel. Navíc z nabídek vyplývá, že žádný z uchazečů nebyl schopen splnit požadavky, aniž by podal nabídku ve sdružení a s využitím subdodavatelů, a Úřad v tomto smyslu dále odkazuje na body 76. – 78. A bod 115. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
135. Pokud jde skutečnosti uvedené ve stanovisku ARI, Úřad odkazuje na body 119. a 120. odůvodnění tohoto rozhodnutí a dále uvádí následující.
136. K názoru ARI, že byl v EU realizován dostatek podobných projektů, které mohou poskytnout vhodné kvalifikační reference dostatečnému počtu kvalitních uchazečů, Úřad uvádí, že z počtu podaných nabídek a z dalších údajů z nich vyplývajících (viz body 76. - 78. a 115. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a dále také z příložené přílohy stanoviska ARI, kterou tvoří výpis z databáze InfraDeals, vyplývá pravý opak (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nelze přitom odhlédnout od skutečnosti, že i bez ohledu na počet realizovaných relevantních PPP projektů v EU nelze sledovat postup zadavatele za souladný se zákonem, pokud je stanovení jednotlivých požadavků na referenční zakázky neodůvodněně diskriminační. Pokud například zadavatel požadoval, aby se zkušenost technického poradenství týkala silničního projektu, který byl realizován formou PPP, jedná se o požadavek zjevně neodůvodněný, a to i v případě, že by v ČR byla realizována celá řada relevantních PPP projektů. I v takovém případě by nemohl Úřad shledat jinak, než že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem.
137. V části, kde ARI uvádí, že v období let 2011-2014 bylo realizováno celkem 312 PPP projektů v hodnotě 65 mld. EU, Úřad uvádí, že z přílohy ARI jasně vyplývá, že uvedený údaj se týká všech PPP projektů. Z přílohy vyplývá, že v dopravním sektoru za období let 2010-2014 bylo v EU realizováno celkem 88 PPP projektů, jedná se však o projekty, které v řadě případů nemohly splnit zadavatelem stanovené požadavky, neboť minimálně ve vztahu k zákonem stanoveném požadavku na referenční zakázku na služby nikoliv starší 3 let tyto projekty podmínku nesplňovaly, přičemž je zřejmé, že se jedná o souhrnný počet všech projektů v rámci sektoru dopravy, nejen tedy o silniční projekty a z údajů nejsou zřejmé ani další podmínky, které zadavatel požadoval (požadavek na výši investičních nákladů projektu). Nakonec i ze seznamu konkrétních PPP projektů z databáze InfraDeals, kterou ARI přikládá a zadavatel rovněž zmiňuje a v rámci svého vyjádření ze dne 18. 1. 2016 rovněž přikládá, vyplývá, že okruh relevantních projektů, které splňují požadavky dle čl. 6. 4 Zadávací dokumentace, je podstatně užší, přičemž nutno podotknout, že k 11 konkrétně zmiňovaným projektům bylo dle přehledu poskytováno jak finanční, právní, tak i technické poradenství. Z tohoto podkladu tedy vyplývá, že relevantních projektů realizovaných v rámci EU v posledních 3 letech bylo pouze 21. O omezeném rozsahu relevantních projektů svědčí i příloha Komentáře stanoviska ARI (viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

138. Na základě výše uvedených skutečností Úřad shledal, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona specifikovaným v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval, aby referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **technického poradenství** u silničního projektu, měla být **realizována formou PPP projektu**, referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **právního poradenství** v souvislosti s realizovaným PPP projektem, jakož i referenční zakázka, jejímž předmětem bylo poskytování služeb vedoucího **ekonomického a finančního poradenství** v souvislosti s realizovaným PPP projektem, **se týkala silničního projektu**, a současně **u všech referenčních zakázek stanovil, že požadované referenční zakázky musely být realizovány v rámci EU**, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

139. Úřad předně ve vztahu k výroku II. tohoto rozhodnutí odkazuje na body 91. – 93. odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se obecně smyslu diskriminace a dodržování zásady zákazu diskriminace v souvislosti s vymezením technických kvalifikačních předpokladů a kvalifikačních předpokladů obecně. Stanovení technických kvalifikačních předpokladů tedy nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení. Zadavatel musí naopak umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit.

140. Z rozsudku Krajského soudu v Brně, č. j.: 31 Af 66/2013-50, ze dne 22. 7. 2015, vyplývá, že *„Zájem zadavatele na komplexní ‘dodávce’ služeb souvisejících s čerpáním dotací ze strukturálních fondů je s ohledem na maximální možný objem čerpaných dotací, tj. téměř 3.000.000.000 Kč, podle názoru soudu legitimní ekonomickou úvahou, pročež nastavení technických kvalifikačních předpokladů musí odpovídat této ekonomické úvaze. Soud nehledal, že by v obecné rovině byly tyto technické kvalifikační předpoklady excesivní. (...)*

Soud považuje za nutné zdůraznit, že v případech, kdy se jedná o zakázky velkého objemu, bude počet soutěžitelů, kteří mají s obdobnými zakázkami zkušenosti a jsou schopni takové zakázky administrovat, limitně nižší. Samotný charakter zakázky proto může představovat určité ‘síto’, v jehož důsledku bude omezen i počet samotných soutěžitelů, kteří se mohou o takovou zakázku ucházet, a zároveň objem zakázky odůvodňuje i zvýšené nároky zadavatele. Proto z těchto zvýšených nároků nelze v obecné rovině dovozovat diskriminaci. Diskriminační by bylo, kdyby objem zakázky nebyl od určité výše ve vztahu ke složitosti poradenství a administrace již rozhodující, což ale ani žalobce netvrdí.“

Zadavatel k tomuto uvádí, že s ohledem na výše uvedené nelze v daném případě konstatovat, že by objem referenčních zakázek nebyl do určité výše ve vztahu ke složitosti předmětu plnění rozhodující, a že v rámci posouzení přiměřenosti požadavků zadavatele musí Úřad přihlédnout zejména k ekonomické úvaze zadavatele.

141. Jak již Úřad v rámci odůvodnění k výroku I. tohoto rozhodnutí uvedl, v daném případě je nesporné, že předmět veřejné zakázky je zvláště složitý, zejména pak vzhledem ke skutečnosti, že komplexní rozsah služeb právního, finančního a technického poradenství je poskytován

v souvislosti s výběrovým řízením realizovaným formou soutěžního dialogu na silniční PPP projekt. Ze zadávacích podmínek na veřejnou zakázku vyplývá, že jejím předmětem je poskytování služeb spočívajících v poskytování komplexního právního, finančního, ekonomického a technického poradenství rozsáhlého silničního projektu, spočívající v zajištění doprojektování výstavby, včetně jejího financování, provozu a údržby nedokončeného úseku rychlostní silnice R4 II/118 (Háje) – Mirostice a v zajištění provozu a údržby existujících, bezprostředně k novostavbám přiléhajících úseků silniční infrastruktury, které jsou specifikovány dále, včetně poradenství pro možnost uzavření příslušných smluv zadavatelem. Z vyjádření zadavatele přitom vyplynulo, že poptávané služby poradenství se vztahují k projektu zajišťovanému významnou veřejnou zakázkou s předpokládanou hodnotou 24,9 mld. Kč, jejíž odůvodnění podléhá předchozímu projednání ve Vládě, což dokládá i nemalý rozsah předmětného silničního projektu.

142. V daném případě je přitom nepochybné, že složitost poradenských služeb se mimo jiné odvíjí i od rozsáhlosti samotného projektu, k nimž se poradenské služby vztahují, což vyplývá i z výše citovaného rozsudku Krajského soudu, který se rovněž týkal poradenských služeb a u něhož byly požadavky finančních objemů referenční zakázky navázány rovněž nejen na poskytování služeb samotných, ale na finanční objem projektu, k němuž se vztahují. Z tohoto rozsudku rovněž vyplývá, že v případě navázání technických kvalifikačních předpokladů, resp. požadovaných referencí, na požadavek finančního objemu projektu, je rozhodné, zda je požadavek zadavatele zjevně excesivní.
143. Z požadované výše investičních nákladů projektu, k nimž se referenční zakázky mají vztahovat (5,5 mld. Kč) vyplývá, že zadavatel v daném případě požaduje, aby projekt, k němuž se požadované referenční zakázky vztahují, činil cca 22 %. Předpokládaných nákladů projektu, ve vztahu k němuž jsou poradenské služby poptávány. Ze zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky přitom vyplývá, že zadavatel nevyločil, aby se všechny požadované referenční zakázky, tj. referenční zakázky na právní, finanční a technické poradenství, vztahovaly k jednomu projektu, z Odůvodnění veřejné zakázky ve smyslu § 156 zákona, které zadavatel uveřejnil v souladu se zákonem na svém profilu, vyplývá, že tuto možnost výslovně připustil. S ohledem na výše uvedené tak Úřad neshledal požadavek zadavatele ve světle citovaného rozsudku Krajského soudu za excesivní a uvádí, že tento požadavek odpovídá legitimní ekonomické úvaze, pročež ani neshledal, že by zadavatel při stanovení tohoto požadavku postupoval v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona.
144. Ze shora uvedených důvodů Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. rozhodnutí – uložení nápravného opatření

145. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodržel-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
146. Úřad je při rozhodování podle § 118 povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení

základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. V daném případě Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil pochybení již při stanovení zadávacích podmínek, a vzhledem k tomu, že lhůta pro podání nabídek uplynula v případě veřejné zakázky dne 21. 12. 2015, nelze nápravu sjednat jiným způsobem, než zrušením předmětného zadávacího řízení.

147. Vzhledem k tomu, že v případě zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl Úřad o zrušení zadávacích řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
148. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí.
149. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.
150. Podle § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se ustanovení § 84 odst. 7 a 8 zákona obdobně. Lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí - uložení úhrady nákladů řízení

151. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
152. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
153. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím zrušil předmětná zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
154. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol – 2015000936.

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, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad a další

podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha

Vypraveno dne

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