



UOHSX008KEFX

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R119/2016/VZ-29561/2016/323/MOđ

Brno 18. července 2016

V řízení o rozkladu ze dne 19. 4. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo dopravy**, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha - Nové Město,

proti výrokům I., III. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-14390/2016/553/VDy ze dne 5. 4. 2016,

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 výše uvedeném zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 9. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 9. 2015 pod ev. č. 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015 a v Úředním věstníku Evropské Unie uveřejněno dne 12. 09. 2015 pod ev. č. 2015/S 177-321482, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 27. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 208-377667,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Výroky I., III. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-14390/2016/553/VDy ze dne 5. 4. 2016

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 8. 9. 2015 odeslal zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha - Nové Město (dále jen „**zadavatel**“) – podle § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení otevřeného řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „Poskytování služeb právního, finančního a technického poradenství před a v průběhu zadávacího řízení na výběr koncesionáře pro projekt PPP R4“, které bylo uveřejněno dne 9. 9. 2015 pod ev. č. 515789, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 22. 10. 2015 a v Úředním věstníku Evropské Unie uveřejněno dne 12. 09. 2015 pod ev. č. 2015/S 177-321482, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 27. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 208-377667 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky zadavatel stručně charakterizoval v oddílu II.1.5) oznámení o zakázce jako 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, přičemž podrobnější vymezení jednotlivých činností v rámci těchto služeb uvedl v čl. 2. 2 Zadávací dokumentace.
3. Zadavatel požadoval k prokázání technických kvalifikačních předpokladů mimo jiné podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace (dále jen „**kvalifikace**“), aby uchazeči o veřejnou zakázku doložili, že realizovali minimálně jednu službu na poskytování vedoucího právního poradenství (dále jen „**právní poradenství**“) u silničního projektu (dále jen „**předmětový požadavek**“), který byl realizován formou PPP (dále jen „**organizační požadavek**“) a to v EU (dále jen „**územní požadavek**“), u něhož minimální výše investičních nákladů činila 5,5 mld. Kč bez DPH, a který úspěšně dosáhl fáze smluvního uzavření. Obdobně pak zadavatel vymezil předmět referenčních zakázek na vedoucí ekonomické a finanční poradenství (dále jen „**ekonomické a finanční poradenství**“) a na vedoucí technické poradenství (dále jen „**technické poradenství**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

4. Dne 23. 12. 2015, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) doručil zadavateli oznámení o zahájení správního řízení, bylo správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad dne 5. 4. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0936/2015/VZ-14390/2016/553/VDy z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I. Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace nevymezil minimální úroveň kvalifikace tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť (i) požadoval, aby reference právního poradenství, jakož i reference ekonomického a finančního poradenství, splňovaly kromě organizačního požadavku i požadavek předmětový, (ii) požadoval, aby reference technického poradenství splňovala kromě předmětového požadavku i požadavek organizační, a současně požadoval, aby všechny zmíněné reference splňovaly také požadavek územní, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad založil především na závěru, že i přes náročnost projektu, co do jeho rozsahu i komplexnosti, není možno stanovovat požadavky na kvalifikaci v rozsahu, ve kterém již nejsou odůvodněny předmětem veřejné zakázky, přičemž podrobněji rozvedl své úvahy o vztahu jednotlivých požadavků vůči oborům poradenství, a to i v kontextu požadavků zadavatele na profesní pestrost složení realizačního týmu a zkušenosti jeho jednotlivých členů.
8. V souvislosti se zadavatelem uváděným množstvím potenciálních dodavatelů ze zahraničí a jím tvrzenou nedostatečnou zkušeností tuzemských dodavatelů pak Úřad zdůraznil povinnost zadavatele zohlednit i specifika trhu, a to i trhu relativně nového, přičemž odkázal na rozhodnutí Krajského soudu v Brně (dále jen „**KS**“) č. j. 31 Af 166/2013-50 ze dne 22. 7. 2015, a dále na rozsudek KS č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011 (dále jen „**rozsudek 62 Ca 15/2009**“), ve kterém tento uvedl, že *„na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablojí (...) nemůže stanovení kvalifikačních předpokladů vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat“*.
9. Ve vztahu k vyjádřením zadavatele a jím poskytnutým podkladům Úřad uvedl, že samotný počet obdržených nabídek není způsobilý vyvrátit domněnku, že díky zmírnění kvalifikace v podobě odstranění požadavků, které již nebyly dostatečně odůvodněny předmětem veřejné zakázky, by mohl obdržet více nabídek, které by pro něj mohly být i výhodnější.
10. V této souvislosti také poukázal na skutečnost, že žádný ze 3 uchazečů nebyl schopen splnit požadavky, aniž by podal nabídku ve sdružení a s využitím subdodavatelů, a že podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit, přičemž odkázal i na závěry rozsudku KS sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 (dále jen „**rozsudek 62 Af 7/2010**“) a na něj navazujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu

(dále jen „**NSS**“) sp.zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011 (dále jen „**rozsudek 2 Afs 59/2010**“).

11. Výrokem II. Úřad podle § 117a písm. f) zákona zastavil správní řízení ve věci možného porušení postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v souvislosti s požadavkem minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH celkových investičních nákladů u všech referencí, neboť ve správním řízení zahájeném z moci úřední nebyly v této věci zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
12. Výrokem III. Úřad jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku a výrokem IV. uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 19. 4. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti výrokům I., III. a IV. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 4. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
14. Zadavatel předně odkazuje na rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 (dále jen „**rozsudek 1 Afs 20/2008**“) a z něj dovozuje nezbytnost kumulativního splnění 2 podmínek pro konstatování diskriminačního postupu zadavatele, tedy (i) „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikace a zároveň (ii) objektivní způsobilosti jinak v úvahu přicházejících dodavatelů splnit veřejnou zakázku. V návaznosti na to pak namítá, že se Úřad s první z nich vypořádal nedostatečně a splněním druhé podmínky se nezabýval.
15. Zadavatel směřuje svůj rozklad především proti závěrům Úřadu ve výroku I. napadeného rozhodnutí, které považuje za nepřezkoumatelné, když podle něj Úřad při zjištění skutkového stavu nevycházel z názorů nezávislé autority, a když tyto názory nemají oporu v právních předpisech, rozhodovací praxi orgánů dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, ani v jiných pro předmětný případ relevantních skutečnostech.
16. Zadavatel pak pokračuje dílčími námitkami k některým bodům napadeného rozhodnutí, kdy na stranách 6 až 16 rozkladu argumentuje především nedostatečnou relevancí názorů subjektů dotazovaných Úřadem před zahájením správního řízení, které staví do kontrastu se zadavatelem absolvovanými jednáními o zadávání PPP na silniční stavby, a dále odůvodněností každého ze tří požadavků kvalifikace obsahem činností jednotlivých poradenství.

Závěr rozkladu

17. S ohledem na výše uvedené se zadavatel domáhá, aby předseda Úřadu výroky I., III. a IV. napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, alternativně, aby je pro nepřezkoumatelnost zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

19. Dne 27. 6. 2016 jsem usnesením č. j. ÚOHS-R119/2016/VZ-25867/2016/323/PMo 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“ a „**stanovisko**“), ze dne 12. 5. 2016, které Úřad k napadenému rozhodnutí obdržel v průběhu řízení o rozkladu dne 17. 5. 2016, a které jsem přiložil k tomuto usnesení, a aby se vyjádřil k tomu, zda souhlasí, aby stanovisko bylo součástí podkladů pro vydání rozhodnutí o rozkladu.
20. V rámci stanoviska vyjádřila ARI své přesvědčení o transparentní a nediskriminační povaze zadávacího řízení a na podporu tohoto tvrzení uvedla argumenty v duchu výše uvedených rozkladových námitek zadavatele, především pak těch, které jsou shrnuty v bodě 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
21. Dne 4. 7. 2016 Úřad obdržel od zadavatele v reakci na výše uvedené usnesení dopis z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že se s obsahem stanoviska plně ztotožňuje, a že toto má být zařazeno jako podklad pro vydání rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně výroků I., III. a IV. napadeného rozhodnutí.

V. K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

24. Rozklad zadavatele směřoval pouze do výroků I., III. a IV. napadeného rozhodnutí a jeho výrok II. nebyl rozkladem zadavatele napaden. Dle § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
25. Výrokem II. Úřad podle § 117a písm. f) zákona zastavil správní řízení ve věci možného porušení postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v souvislosti s požadavkem minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH celkových investičních nákladů u všech referencí. Je tedy zřejmé, že tento výrok představuje vůči výroku I. paralelní větev přezkumu, která se týká jen jednoho ze samostatných požadavků kvalifikace. Výrok II. pak není ani podkladem pro závěry ve výrocích III. a IV.
26. Výrok II. tedy není závislý na ostatních výrocích a z tohoto pohledu s nimi tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu neboť tím, že nenapadený

výrok rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když účastníkem řízení je pouze zadavatel a ten svým rozkladem výslovně napadl pouze výroky I., III. a IV. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo zadavateli doručeno dne 5. 4. 2016, ve výroku II. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výrok II. napadeného rozhodnutí nabyl dne 21. 4. 2016 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.

VI. K námitkám rozkladu

27. K rozsahu přezkumu dosud nepravomocných výroků napadeného rozhodnutí podle rozkladových námitek zadavatele předesílám, že za relevantní považuji argumenty Úřadu a zadavatele, jak jsou shrnuty v částech II. a III. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a jejich vypořádání jsem provedl v duchu toho, co uvedl NSS v rozsudku č. j. 5 Afs 25/2009 – 98 ze dne 25. 3. 2010, tedy že *„podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. IV. ÚS 1903/07, náleží Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29)“* a na co navázal i v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013, když v rámci přezkumu dané věci tyto úvahy blíže rozvinul následujícím způsobem: *„Nejvyšší správní soud má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem stěžovatele neztotožnil.“*
28. Ačkoliv se předmětný rozsudek vztahuje k přezkumu rozhodnutí správního soudu, lze obdobný princip analogicky použít i ve vztahu k vypořádání námitek správním orgánem. Pokud tedy zadavatel uvádí v rozkladu řadu námitek, z nichž některé spolu úzce souvisí, avšak nevnáší nové světlo do posuzované věci, když spíše dotváří danou argumentační rovinu, či případně nejsou ani relevantní pro posouzení té které předmětné otázky, je nadbytečné, aby se správní orgán jednotlivě s takovými námitkami podrobně vypořádával, pokud komplexně postihne gros rozkladové argumentace. Předoslání takového závěru však v žádném případě neznamená ani neznačí, že bych se dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí nezabýval některými podstatnými otázkami či námitkami, které zadavatel vnesl v rozkladu, jak jsem uvedl již v úvodu. Totéž platí o tvrzeních ARI obsažených ve stanovisku, které jsem vzhledem k totožnosti stěžejní argumentace vypořádal spolu s rozkladovými námitkami zadavatele.

K vypořádaní stěžejní otázky diskriminačního nastavení kvalifikace provedenému Úřadem a naplnění obou kumulativních podmínek podle rozsudku 1 Afs 20/2008

29. Předně považuji za důležité vyjádřit se k zadavatelem zmiňovanému rozsudku 1 Afs 20/2008 a míře Úřadem provedeného vypořádaní naplnění obou kumulativních podmínek svědčících o diskriminačním nastavení kvalifikace.
30. K pojmu „zjevné nepřiměřenosti“ zadavatel z rozsudku 1 Afs 20/2008 citoval mimo jiné následující: *„V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria ‚zjevné nepřiměřenosti‘ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (...).“*
31. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí (např. z bodu 99., 101., 107. či 108.) vyplývá, že Úřad v zásadě nepopírá přiměřenost požadavků na kvalifikaci jako takových, ale spíše jejich dílčí nadbytečnost a neodůvodněnost v souvislosti s jednotlivými druhy poradenství. Úřad tedy ponechává prostor pro legitimní úvahu, když například u právního poradenství akceptuje jako organizační požadavek nutnost zkušeností dodavatelů konkrétně s PPP a nikoliv pouze obecně s poskytováním právních služeb, což by čistě z hlediska počtu možných uchazečů jistě přispělo k širší soutěži, a naopak u technického poradenství jako předmětový požadavek akceptuje nutnost přímo silničního projektu. To, co je zadavateli vytýkáno, opět například u právního poradenství, je spíše neodůvodněná specifická a tím i přísnost předmětového požadavku, namísto kterého by se jevil dostačující například požadavek zkušeností s realizovanou službou v oblasti stavebního práva.
32. Obdobně je například z bodu 113. odůvodnění napadeného rozhodnutí patrné, proč Úřad nepovažuje územní požadavek za legitimní, byť ve vztahu k PPP výslovně nevylučuje zohlednění odlišných právních a ekonomických poměrů, když uvádí: *„EU nezahrnuje všechny evropské země, např. země Evropského hospodářského prostoru (Norsko, Lichtenštejnsko, 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.“*
33. V souvislosti s druhou kumulativní podmínkou zadavatel z rozsudku 1 Afs 20/2008 citoval mimo jiné následující: *„musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými“*
34. Jak je zřejmé například z bodů 102., 103. a 108. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad zohlednil i tuto podmínku, když poukázal na dostatečnou náročnost dalších kvalifikačních požadavků zadavatele, především s ohledem na existenci požadavku realizačního týmu složeného z expertů ze všech tří oborů poradenství a také požadavku jejich profilace.

35. Rozhodovací praxi Úřadu, kterou zadavatel uvádí na straně 3. a 4. rozkladu v souvislosti s poměrem požadavku minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH celkových investičních nákladů u referencí vůči celkové předpokládané hodnotě zamýšleného koncesního řízení na PPP, jakožto pouhé 1/5, pak nepovažuji pro otázku kumulativního naplnění obou podmínek za relevantní. Jak jsem uvedl již výše v oddíle V. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí, který nabyl právní moci již dne 21. 4. 2016, zastavil správní řízení ve věci možného porušení postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v souvislosti s požadavkem minimálně 5,5 mld. Kč bez DPH celkových investičních nákladů u všech referencí. Je tedy zřejmé, že Úřad v tomto rozsahu nespatořoval žádné pochybení zadavatele a není možno souhlasit s tím, že by se „*Úřad od svých dosavadních závěrů bez jakéhokoli důvodu odklonil, aniž by tento krok řádně zdůvodnil*“.
36. Navíc ani ve vztahu k objektivní způsobilosti dodavatelů plnit předmět veřejné zakázky z hlediska sporných požadavků na kvalifikaci, nemůže být zadavatelova benevolence z hlediska finančního objemu referenční zakázky považována za relevantní. Zodpovězení otázky, jak moc mohl být zadavatel přísný při stanovení objemu reference, ač nebyl, nepřispívá k zodpovězení otázky, zda zadavatel byl či nebyl příliš přísný při stanovení jiných typových požadavků na splnění technických kvalifikačních předpokladů, tedy například při stanovení sporných požadavků kvalifikace.
37. Vypořádání obou kumulativních podmínek pro konstatování diskriminačního nastavení kvalifikace tak, jak jej provedl Úřad již v napadeném rozhodnutí, je tedy nutno považovat za dostatečné.
- Ke správnosti závěrů Úřadu o diskriminačním nastavení kvalifikace*
38. V souvislosti s výše uvedeným je pak možno považovat závěry o zjevné nepřiměřenosti jednotlivých požadavků ve vztahu k druhům poradenství, stejně jako závěry o objektivní způsobilosti jinak v úvahu přicházejících dodavatelů splnit veřejnou zakázku, navíc i za správné, a to z následujících důvodů.
39. Stejně jako Úřad v nápadném rozhodnutí i zde předesílám, mimo jiné k argumentu zadavatele o nedostatečné opoře o rozhodovací praxi orgánů dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, že je nutné vyjít ze závěrů rozsudku 62 Ca 15/2009, neboť v přezkoumávaném případě jde přinejmenším s ohledem na právní poradenství právě o takový specifický trh, na kterém by organizační požadavek vedl „*k ,neotevření‘ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat*“, a taktéž je nutné vyjít ze závěrů rozsudků 62 Af 7/2010 a 2 Afs 59/2010 poukazujících na nižší kvalitu soutěžního prostředí v případě zakázek, které je možno splnit pouze se subdodavatelem či ve sdružení.
40. I přesto, že je nutno chápat uvedenou rozhodovací praxi přiměřeně s ohledem na specifika a náročnost předmětu plnění poptávaného v rámci veřejné zakázky, jak ve správním řízení zdůrazňoval zadavatel a na jeho podporu i ARI, je zároveň nezbytné přičíst výše uvedenou úvahu soudů do úvah o odůvodněnosti jednotlivých požadavků zadavatele.
41. Rozsudek 62 Ca 15/2009 se pak obzvláště týká zadavatelem často požívané argumentace, kterou také podpírá důvodnost, a tedy nediskriminační povahu, požadavků na kvalifikaci ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, a to nezbytnosti alespoň jedné prokazatelné

realizace téměř každé z dílčích činností, jež se mají vyskytnout v průběhu jejího plnění, pro úspěšné dokončení jeho projektu. Je totiž zřejmé, že pokud nemá být tuzemský trh příslušných poradenských činností i nadále poznamenán nedostatkem zkušeností s organizací a realizací významných PPP, není možno akceptovat zadávací podmínku, která působí jako pojistka takového, pro soutěžní prostředí nepříznivého, stavu.

42. Co se týká argumentace nedostatečnou oporou napadeného rozhodnutí o jiné, pro předmětný případ relevantní skutečnosti, jsem toho názoru, že zadavatelem zmiňované skutečnosti, a stejně tak i argumenty uvedené ARI ve stanovisku, jsou v podstatě souhrnem technických, ekonomických a organizačních argumentů svědčících o náročnosti zamýšleného koncesního řízení obecně. I když tato jeho tvrzení zajisté nelze popřít, je nutné zdůraznit, že vůči parametrům kvalifikace v rovině konkrétní nejsou nijak relevantní.
43. Případné vynechání Úřadem vytýkaných požadavků na kvalifikaci pro ten který obor poradenství by totiž neznamenalo připuštění podstatně méně zkušených dodavatelů, když v rozhodujících aspektech daných profesí by stále existovala (i) povinnost prokázat úzkou specializaci u některého z požadavků, stejně jako (ii) povinnost realizovat předmět plnění veřejné zakázky realizačním týmem s poměrně přísně nastavenými požadavky na zkušenosti a profilaci jednotlivých expertů.
44. Nelze tedy souhlasit se způsobem, jakým se zadavatel i ARI snaží interpretovat skutkový stav týkající se klíčové otázky „konkrétní“ odůvodněnosti či naopak diskriminační povahy sporných požadavků na kvalifikaci, které by byly jedinou zárukou kvalitní realizace předmětu plnění veřejné zakázky.
45. Zadavatel totiž v čl. 6. 4 Zadávací dokumentace nestanovil „pouze“ předmětový, organizační a územní požadavek společně pro poradenství právní, ekonomické a finanční, a technické, ale „zároveň“ i požadavek realizačního týmu složeného z minimálně 12 expertů ze všech těchto oborů poradenství, přičemž nejen na vedoucí každého ze tří poradenských týmů, ale i na řadové členy byly kladeny dostatečně přísné požadavky na léta praxe v oboru poradenství, a dále i na léta praxe s ohledem na některou ze specifických činností odpovídajících předmětu plnění veřejné zakázky.
46. Vzhledem k tomu, že v přezkoumávaném případě stanovil zadavatel z týchž důvodů a za týmž účelem v podstatě dvojitý požadavek, přičemž nadbytečným byl v přezkoumávaném případě shledán každý ze tří sporných požadavků kvalifikace, je nutno potvrdit závěr Úřadu o diskriminačním stanovení kvalifikace tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
47. K námitce proti relevanci názorů subjektů dotazovaných Úřadem před zahájením správního řízení, které zadavatel i ARI staví do kontrastu se zadavatelem absolvovanými jednáními o zadávání PPP na silniční stavby, uvádím následující.
48. Bez ohledu na to, čím mohly být motivovány odpovědi jednotlivých dotazovaných subjektů, přirozeně působících v konkurenčním prostředí, a bez ohledu na to, že jejich vyjádření nemá hodnotu státem aprobovaných autorit, je zřejmé, že takové odpovědi posloužily Úřadu především v okamžiku, kdy zvažoval, zda jsou dány dostatečné indicie pro zahájení správního řízení, ve kterém by přezkoumával úkony zadavatele při zadávání veřejné zakázky, a především, jakých úkonů se má takové správní řízení týkat.

49. V rámci přezkoumávaného správního řízení je již posouzení diskriminační povahy a (ne)odůvodněnosti kvalifikace provedené Úřadem, a to i přes dílčí odkazy na názory jednotlivých subjektů dotázaných před jeho zahájením, v podstatných otázkách vždy dostatečně odůvodněno samostatnými úvahami Úřadu, které byly částečně shrnuty i výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Nezávislost přezkoumávaného správního řízení na názorech dotazovaných subjektů je pak zřejmá i ze skutečnosti, že v případě jedné z takto daných indicií, na základě které se správní řízení týkalo i přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v souvislosti s požadavkem na objem celkových investičních nákladů u každé reference, Úřad po proběhlém správním řízení neshledal v tomto rozsahu důvod pro uložení nápravného opatření, jak ostatně vyplývá z výroku II. napadeného rozhodnutí.

VII. Závěr

50. Po zvážení všech aspektů dané věci, po zohlednění námitek zadavatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků I., III. a IV. napadeného rozhodnutí.
51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výroky I., III. a IV. napadeného rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha - Nové Město

Vypraveno dne:

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