

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XX**, zastúpený spoločnosťou XY, na základe plnomocenstva zo dňa 13.05.2021 (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy“, vyhlásenej obchodnou spoločnosťou **Železničná spoločnosť Slovensko, a.s.**, Rožňavská 1, 832 72 Bratislava, IČO: 35 914 939 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 247-615108 dňa 18.12.2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 267/2020 dňa 21.12.2020 pod značkou 45318- MSS, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** kontrolovanému **Železničná spoločnosť Slovensko, a.s.**, Rožňavská 1, 832 72 Bratislava, IČO: 35 914 939, vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 247-615108 dňa 18.12.2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 267/2020 dňa 21.12.2020 pod značkou 45318- MSS, **odstrániť protiprávny stav**, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa označené ako „Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“, č. 27514-S2521/2021-SeON zo dňa 03.05.2021, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa z hľadiska splnenia podmienok účasti navrhovateľa podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní,

a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa **14.05.2021** doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu.
2. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa **14.05.2021** v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje, t. j. cez IS EVO.

3. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ predložil ponuku prostredníctvom IS EVO dňa 22.02.2021 o 08:40 hod.
4. Podľa ustanovenia § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
5. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že **navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 32 400,40 EUR.**
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že **navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 14.05.2021 kauciu vo výške 32 500 EUR.**
7. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v prvom rade poukazuje na to, že dňa 04.05.2021 mu bolo prostredníctvom IS EVO doručené od kontrolovaného „Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“ zo dňa 03.05.2021, pričom navrhovateľ poukazuje na obsah vylúčenia (viď zistenia úradu).
9. Nakoľko sa navrhovateľ nestotožňuje s dôvodmi vylúčenia uvedenými kontrolovaným v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania zo dňa 03.05.2021, navrhovateľ podáva v zákonom stanovenej lehote podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní námietky proti vylúčeniu, ktoré odôvodňuje nasledovnými skutočnosťami.
10. Navrhovateľ sa v úvode námietok odvoláva na oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 267/2020 dňa 21.12.2020 pod značkou 45318-MSS (ďalej len „Oznámenie“), kde kontrolovaný v bode III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť stanovil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pričom v rámci minimálnej požadovanej úrovne štandardov požadoval nasledovné, cit: *„Uchádzač preukáže predložením Zoznamu poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania, s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania. Obstarávateľ odporúča uchádzačom pre spracovanie zoznamu použiť formulár z Prílohy č. 4 SP Zoznam poskytnutých služieb. V prípade, že bola poskytnutá služba len z časti (napr. člen združenia, skupiny dodávateľov a pod.), musí uchádzač preukázať, v akom finančnom objeme za určené obdobie realizoval služby uchádzač alebo uchádzačom uvedená*

iná osoba podľa § 34 ods.3 ZVO. “ Podľa navrhovateľa kontrolovaný v súťažných podkladoch podmienky účasti neuviedol vôbec.

11. Ďalej navrhovateľ cituje bod II.2.4) Opis obstarávania Oznámenia, kde kontrolovaný definoval opis predmetu zákazky (viď zistenia úradu).
12. Následne navrhovateľ poukazuje na dikciu § 10 ods. 2, § 40 ods. 5 písm. c), § 40 ods. 6 písm. a) a § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní.
13. Navrhovateľ sa nestotožňuje s dôvodmi vylúčenia, ktoré kontrolovaný uviedol v odôvodnení Oznámenia o vylúčení z verejného obstarávania (viď zistenia úradu), a to v nasledovných častiach:
 - neuznanie referencií navrhovateľa vedených pod č. 6 až 10;
 - neuznanie referencií tretej osoby XA;
 - neuznanie referencií č. 11 a 12, ktorými navrhovateľ nahradil referencie tretej osoby, ktoré kontrolovaný pôvodne neuznal.

Neuznanie referencií navrhovateľa vedených pod č. 6 až 10

14. Navrhovateľ poukazuje na to, že **kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uviedol, že zrealizovaná modernizácia pri zákazkách č. 6,7,8,9,10, nie je podobného rozsahu, aký vyplýva z opisu predmetu zákazky, ani nejde o výrobu osobných klimatizovaných vozňov.** Navrhovateľ tvrdí, že komisia predmetné referencie vyhodnotila ako čiastočné modernizácie, resp. úpravy vozňov, ktoré svojim rozsahom nie sú porovnateľné s predmetom obstarávania.
15. Navrhovateľ poukazuje aj na tvrdenie kontrolovaného, že za poskytnuté služby podobného charakteru ako je predmet zákazky, t.j. vykonané modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ktorý bol určený v súťažných podkladoch, bolo možné považovať komplexnú modernizáciu ŽKV, pri ktorej uchádzač navrhol a realizoval modernizáciu, ktorej výsledkom je zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosiahnutie nového centrálného zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).
16. Navrhovateľ považuje postup kontrolovaného a odôvodnenie neuznania predložených referencií za rozporný s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, predovšetkým v rozpore s princípom transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov.
17. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný má v procese verejného obstarávania postupovať transparentne, to znamená, aby jeho úkony boli predvídateľné, preskúmateľné, jednoznačne definované a boli rovnako uplatňované voči každému vyhodnocovanému uchádzačovi a neprichádzalo k zmenám stanovených podmienok účasti a predovšetkým k zmene stanovených pravidiel ich vyhodnocovania, nakoľko takéto konanie vážne narušuje rovnováhu hospodárskej súťaže a princíp transparentnosti vo verejnom obstarávaní.
18. **Navrhovateľ zdôrazňuje, že kontrolovaný podmienky účasti vrátane minimálnej požadovanej úrovne štandardov stanovil iba v Oznámení, a to v bode III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť Oznámenia. Podľa navrhovateľa v súťažných podkladoch**

podmienky účasti neuviedol vôbec. Podľa navrhovateľa v rámci minimálnej požadovanej úrovne štandardov kontrolovaný v Oznámení definoval, že zoznam poskytnutých služieb má obsahovať služby rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania, s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania.

19. Podľa navrhovateľa v Oznámení ani v súťažných podkladoch kontrolovaný nedefinoval to, čo uviedol v oznámení o vylúčení z verejného obstarávania, a konkrétne, že za rovnaký alebo podobný predmet zákazky bude považovať iba vykonané modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ktorý bol určený v súťažných podkladoch, čo znamená, že bude možné považovať komplexnú modernizáciu ŽKV, pri ktorej uchádzač navrhol a realizoval modernizáciu, ktorej výsledkom je zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosiahnutie nového centrálného zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).
20. Žiadna takáto definícia rovnakého alebo podobného predmetu zákazky sa v Oznámení ani v súťažných podkladoch podľa navrhovateľa nenachádza. Navrhovateľ tvrdí, že túto definíciu a uznávaný rozsah referencií kontrolovaný uviedol až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania, čo je podľa jeho názoru neprehľadné a netransparentné, navyše narúšajúce hospodársku súťaž.
21. Podľa navrhovateľa kontrolovaný v Oznámení ani v súťažných podkladoch nedefinoval, čo myslí pod podobným rozsahom, nakoľko uvedené je možné vykladať rôzne, napr. ako rozsah vo finančnom vyjadrení, rozsah vyjadrený druhom vykonávaných činností, rozsah môže byť vyjadrený aj dobou poskytovaného plnenia a pod. Zo znenia stanovenej podmienky účasti podľa navrhovateľa nevyplýva, že týmto rozsahom mal kontrolovaný na mysli komplexnú modernizáciu ŽKV, pričom čiastkové činnosti, aj keď v relevantných finančných objemoch aj dobe trvania plnenia, zodpovedajúce predmetu zákazky v jeho jednotlivých bodoch, nebude za účelom preukázania splnenia podmienok účasti vôbec akceptovať.
22. **Z uvedeného nie je možné podľa navrhovateľa vyvodit' iný záver ako ten, že v prípade, ak kontrolovaný vedel a mal presne definované, čo bude považovať za plnenie rovnaké alebo podobné ako je predmet zákazky a tento podobný rozsah má presne vymedzený, a vedel ako bude podmienky účasti, podľa akých pravidiel vyhodnocovať, túto skutočnosť mal uviesť už v Oznámení alebo v súťažných podkladoch tak, aby jeho konanie bolo transparentné, právne predvídateľné, preskúmateľné a predovšetkým jednoznačne vyhodnotiteľné a nie až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania.**
23. Podľa navrhovateľa nemôže byť na ťarchu uchádzača, ak v procese verejného obstarávania kontrolovaný mení pravidlá a podmienky vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, pričom o spôsobe vyhodnocovania uchádzači nemali vopred vôbec žiadnu vedomosť. Kontrolovaný je povinný vo verejnom obstarávaní správať sa právne predvídateľným a predovšetkým preskúmateľným spôsobom, čo v uvedenom prípade kontrolovaný vôbec nedodrжал.
24. Uvedené konanie a postup kontrolovaného podľa navrhovateľa vnáša závažné pochybnosti do transparentnosti postupu verejného obstarávania a jednotlivých úkonov kontrolovaného, čo

narúša princíp transparentnosti a nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

25. Podľa navrhovateľa ide pritom o konanie v rozpore s § 40 ods. 6 a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko kontrolovaný zasahuje do práv a právom chránených záujmov uchádzača tým najväčším spôsobom a síce vylúčením, kedy ho ako uchádzača kontrolovaný vylučuje z procesu ďalšieho vyhodnocovania verejného obstarávania a neumožňuje mu zúčastniť sa elektronickej aukcie s možnosťou predloženia ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.
26. Navrhovateľ je toho názoru, že definícia rovnakého alebo podobného charakteru a rozsahu predmetu zákazky ako bola obsiahnutá v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania mu nebola vopred známa, nakoľko sa nikde v dokumentoch z verejného obstarávania nenachádzala a napokon kontrolovanému nebránilo nič v tom, aby ju všetkým uchádzačom vopred oznámil a tento rozsah definoval už v samotnom Oznámení. Dokonca toto vymedzenie rozsahu plnenia neuviedol ani v žiadnej zo žiadostí o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov, resp. v žiadosti o nahradenie tretej osoby. Uvedené vymedzenie kontrolovaný uviedol až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania.
27. Podľa navrhovateľa je jednoznačne preukázané, že len vopred známa definícia všetkých vyhodnocovaných relevantných atribútov môže priniesť transparentnosť a prehľadnosť do procesu verejného obstarávania a predovšetkým rovnaké zaobchádzanie medzi uchádzačmi. Ak by bola táto skutočnosť navrhovateľovi vopred známa, tak by požadovaný rozsah informácií v zozname referencií uvádzal v takto požadovanom rozsahu, resp. by uvedené deklaroval a vysvetľoval tieto skutočnosti v rámci vysvetlenia podmienok účasti, čo mu však kontrolovaný neumožnil.
28. Navrhovateľ má tiež za to, že ak rozsah poskytnutých údajov zo strany navrhovateľa považoval kontrolovaný za nedostatočný, resp. taký, že nevie z neho vyhodnotiť splnenie podmienok účasti, kontrolovanému nebránilo nič v tom, aby uchádzača aj opakovane požiadal o vysvetlenie predložených dokladov v požadovanom rozsahu. Navrhovateľ je rovnako toho názoru, že kontrolovanému nič nebránilo v tom, aby tento rozsah uznávania referencií bol uvedený už v Oznámení a uchádzači mohli podľa neho svoje ponuky aj predkladať. Následne navrhovateľ poukazuje na dikciu § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
29. Navrhovateľ argumentuje, že zákon o verejnom obstarávaní v žiadnom svojom ustanovení nedefinuje, koľkokrát je možné takúto žiadosť uplatniť, teda nič kontrolovanému nebránilo ani v tom, aby žiadosť o vysvetlenie aplikoval aj opakovane, čo však neurobil a predložené referencie jednoducho neuznal, a to s odvolaním sa na definíciu rovnakého alebo podobného charakteru predmetu zákazky, ktorú uviedol až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný vyhodnocoval splnenie podmienok účasti v rozpore s tým, ako stanovil v Oznámení.
30. Navrhovateľ ďalej uvádza, že v Oznámení ani v súťažných podkladoch kontrolovaný nedefinoval podobnosť predmetu zákazky tak ako ju uviedol v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania.
31. Aj napriek doplnenej definícii podobnosti predmetu plnenia uvedenej kontrolovaným, navrhovateľovi nie je vôbec jasné, prečo kontrolovaný navrhovateľom a treťou osobou predložené referencie aj napriek tomu neuznal, nakoľko tieto, ako sám kontrolovaný uznal,

obsahovali jednotlivé úkony zodpovedajúce modernizácii vozňov tak, ako sú uvedené v súťažných podkladoch a opise predmetu zákazky.

32. Navrhovateľ poukazuje na to, že kontrolovaný nikde v Oznámení ani v súťažných podkladoch nedefinoval, že bude uznávať iba také referenčné plnenia, ktoré predstavujú komplexnú modernizáciu ŽKV. Ak takto kontrolovaný svoju požiadavku vopred nedefinoval a neoboznámil s ňou uchádzačov, nemôže ju podľa navrhovateľa uplatňovať v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti a ešte naviac ju uplatňovať ako dôvod vylúčenia uchádzača z procesu verejného obstarávania.
33. Ak kontrolovaný nedefinoval a vopred neuviedol, že bude uznávať iba komplexnú modernizáciu ŽKV, nemôže byť toto legitímnym dôvodom na neuznanie referencie a následné vylúčenie uchádzača z procesu verejného obstarávania. Takýto postup kontrolovaného je v rozpore so základnými princípmi, predovšetkým s princípmi transparentnosti a rovnakého zaobchádzania.
34. Navrhovateľ poukazuje na netransparentnosť konania kontrolovaného a konkrétne, keď na jednej strane tvrdí, že uznávať bude napr. dosadenie nového centrálneho zdroja energie, dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, tak nie je navrhovateľovi zrejmé, prečo neboli komisiou kontrolovaného uznané referencie č. 6 a 7, kde uchádzač deklaroval, že osadil nové rozvody, nové elektrokomponenty v rozvážači, vykonal úpravu dverí, nové displeje IS, nové WC. Navrhovateľ tvrdí, že pri referencii č. 8 modernizoval detské kútiky vo vozňoch, referencie č. 9 a 10 preukazujú činnosti návrhov a zabudovania nových WC systémov, nového vodného systému, dosadenia systému riadenia WC, úpravu hrubej stavby vozňov, pričom aj tieto činnosti sú podľa opisu predmetu zákazky súčasťou predmetu zákazky a teda preukazujú rovnaké alebo podobné plnenie ako to, ktoré je predmetom obstarávania a teda zodpovedá definovanej podmienke účasti a jej minimálnej požadovanej úrovni, nakoľko ide o modernizačné činnosti na vozňoch.
35. Podľa navrhovateľa nie je možné, aby kontrolovaný vylúčil z vyhodnocovania splnenia podmienok účasti také referencie, ktoré preukazujú činnosti, ktoré majú byť rovnako predmetom zákazky. Naviac kontrolovaný nikde v Oznámení ani v súťažných podkladoch nedefinoval, že bude uznávať iba takú referenciu, ktorá bude komplexná a že nebude uznávať aj čiastkové modernizačné činnosti, ktoré zodpovedajú predmetu zákazky a sú rovnaké alebo podobné jeho opisu a čiastkovým činnostiam.
36. Navrhovateľ má za to, že takýto postup kontrolovaného je nepreskúmateľný, netransparentný, vnáša závažné pochybnosti do prehľadnosti samotného postupu verejného obstarávania a narúša hospodársku súťaž a to tým, že z verejného obstarávania kontrolovaný vylúčil navrhovateľa a neumožňuje mu v elektronickej aukcii „bojovať“ o predloženie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čím obmedzuje hospodársku súťaž.
37. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 v nadväznosti na § 40 ods. 4 a § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, keď vylúčil navrhovateľa pre nesplnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to podľa pravidla, ktoré vôbec nebolo uchádzačom vopred známe a bez toho, aby navrhovateľa opakovane žiadal o vysvetlenie uvedených skutočností tak, aby ich kontrolovanému vysvetlil podľa jeho žiadosti. Podľa navrhovateľa nie sú totiž žiadne pochybnosti o tom, že uchádzač je na trhu etablovanou spoločnosťou, ktorá poskytuje a zabezpečuje plnenia v rozsahu definovaného predmetu zákazky, preto má navrhovateľ za to, že uvedené skutočnosti bolo možné vysvetliť a doplniť na základe opakovanej žiadosti o

vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, čo však kontrolovaný opakovane neaplikoval.

38. Navrhovateľ tvrdí, že aj v zmysle rozhodovacej praxe úradu je zrejmé, že vylúčenie uchádzača má byť posledným a tým najkrajnejším úkonom, ktorý kontrolovaný voči uchádzačovi vyvodí, nakoľko vylúčenie predstavuje ten najtvrdší zásah do jeho práv a právom chránených záujmov. Preto by vylúčenie malo byť zákonné a riadne odôvodnené a malo by nasledovať po vyčerpaní všetkých zákonných prostriedkov a nástrojov, čo v prípade tohto verejného obstarávania splnené rozhodne nebolo.
39. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný uvedenú pravidlá a princípy v procese verejného obstarávania nedodržiaval, a jeho konanie tak môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania v dôsledku vylúčenia uchádzača, ktorému ďalej ani neumožní zúčastniť sa elektronickej aukcie a predložiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku.

Neuznanie referencií tretej osoby XA

40. Navrhovateľ poukazuje na to, že kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov zo dňa 19.03.2021 adresovanej navrhovateľovi vo väzbe k referenciám tretej osoby uviedol, že **v ponuke je predložený zoznam poskytnutých služieb za spol. XA, ktorých predmetom nie je modernizácia osobných vozňov ani vyrobené osobné klimatizované vozne. Komisia konštatovala, že žiadne z plnení XA nezodpovedá požiadavkám kontrolovaného a to bez ďalšieho odôvodnenia.**
41. Podľa navrhovateľa **kontrolovaný však v tejto žiadosti neuviedol nič viac, prečo predložené referencie tretej osoby nezodpovedajú definovaným požiadavkám, táto žiadosť neobsahovala žiadnu definíciu, čo považuje kontrolovaný za rovnaký alebo podobný predmet zákazky, a to tak, aby navrhovateľ mohol uvedené skutočnosti relevantne vysvetliť, aby skutočne podľa požiadaviek kontrolovaného preukázal splnenie podmienok účasti.**
42. Na základe tohto konštatovania kontrolovaného sa navrhovateľ v rámci vysvetľovania osobitne nesústredil na vysvetľovanie referencií tretej osoby, ktoré kontrolovaný automaticky vyhodnotil ako nespĺňajúce podmienky účasti a miesto vylúčených referenčných plnení doplnil ďalšie, ktoré boli realizované samotným navrhovateľom, a to aj napriek tomu, že predložil všetky ďalšie doklady, ktoré kontrolovaný za tretiu osobu požadoval predložiť.
43. Navrhovateľ poukazuje na to, že následne kontrolovaný v Žiadosti o nahradenie inej osoby zo dňa 13.04.2021 navrhovateľa vyzval, aby v súlade § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní nahradil osobu XA, ktorej kapacity navrhovateľ využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti inou osobou.
44. Navrhovateľ tvrdí, že ani v žiadosti o nahradenie inej osoby kontrolovaný nijako nedefinoval, prečo predložené referencie neuznal, prečo ich vylučuje a bez akéhokoľvek odôvodnenia sa obmedzil iba na konštatovanie, že poskytnuté služby nezodpovedajú požiadavkám kontrolovaného na preukázanie minimálnej požadovanej úrovne zodpovedajúcej podmienky účasti.

45. Postup kontrolovaného považuje navrhovateľ za netransparentný a nepreskúmateľný, nakoľko navrhovateľovi neboli dostatočné známe dôvody, pre ktoré má tieto referencie nahradiť a prečo treťou osobou predloženými dokladmi stanovené podmienky účasti nespĺňa. Postup kontrolovaného je tak podľa navrhovateľa v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, základnými princípmi, v rozpore s princípom transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov.
46. Navrhovateľ sa v rámci argumentácie odvoláva na skutočnosti uvedené v bode 1 týchto námietok a síce, že kontrolovaný nikde ani v Oznámení ani v súťažných podkladoch nedefinoval, čo konkrétne považuje za plnenie rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, pričom to, že bude uznávať iba referencie zodpovedajúce komplexnej modernizácii uviedol až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania, čo iba preukazuje jeho postup v rozpore s § 10 ods. 2 a § 40 ods. 4 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.
47. **V nadväznosti na argumentáciu navrhovateľa uvedenú v bode 1 týchto námietok, má navrhovateľ za to, že minimálne jedno referenčné plnenia tretej osoby, a to konkrétne „Periodické opravy podvozků osobních vozů: modernizované vozy s podvozky GP 200 řady ABpee 347, Bdgmee 236, Bdmpee 233, Bdpee 231, Bdtee 276, Bfhpvee 295“ pre XB v rozsahu plnenia 5 184 000 EUR obsahuje plnenie, ktoré je rovnaké alebo podobné predmetu zákazky, nakoľko deklaruje modernizáciu podvozkov, tak ako požadoval kontrolovaný, pričom modernizácia podvozkov je súčasťou aj samotného opisu predmetu zákazky. Máme za to, že toto plnenie malo byť rozhodne uznané za účelom preukázania splnenia stanovenej podmienky účasti.**
48. Navrhovateľ má za to, že kontrolovanému nič nebránilo v tom, aby uplatnil inštitút vysvetlenia k predloženej referencii, čo však kontrolovaný vôbec neurobil. Kontrolovaný len stroho konštatoval, že tieto referencie nespĺňajú stanovené požiadavky, a to bez toho, aby konkretizoval v čom. Dôvody, ktoré kontrolovaný uviedol v Oznámení o vylúčení verejného obstarávania tak neboli navrhovateľovi v čase vysvetľovania vôbec známe, aby mohol na ne primerane aj odpovedať a predložené referencie vysvetliť. Uchádzač môže odpovedať na žiadosť kontrolovaného len v tom rozsahu ako sa ho kontrolovaný pýta. Ak uchádzač nevie, čo konkrétne má kontrolovaný na mysli, tak nemôže zodpovedať to, čo sa ho nikto nepýta.
49. Podľa navrhovateľa je nespochybniteľné, že tretia osoba, ktorú navrhovateľ použil na preukázanie splnenia podmienok účasti je rovnako spoločnosťou etablovanou na trhu, ktorá vykonáva činnosti zodpovedajúce predmetu zákazky a rovnako sa podieľa aj na modernizácii podvozkov vagónov, ktoré rovnako zodpovedajú samotnému opisu predmetu zákazky.
50. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovanému nič nebránilo v tom, aby navrhovateľa konkrétne žiadal o vysvetlenie predložených referencií s poukazom na skutočnosti, ktoré požaduje vysvetliť. Navrhovateľ mal za to, že predložené referencie sú rovnakého alebo podobného rozsahu a charakteru ako je predmet zákazky, preto ich aj do ponuky predkladal za účelom preukázania splnenia podmienok účasti a nemal o nich žiadne pochybnosti.
51. **Ak by navrhovateľovi boli známe všetky skutočnosti, ktoré majú byť predmetom vysvetľovania, tak by ich kontrolovanému uviedol. Nakoľko však kontrolovaný len všeobecne uviedol, že tieto referencie nespĺňajú stanovené požiadavky, navrhovateľ deklaroval ďalšie plnenia, ktoré podľa neho rovnako tieto parametre spĺňajú. V zmysle formulovanej žiadosti o vysvetlenie navrhovateľ presne nevedel, v čom konkrétne spočíva nesplnenie podmienok účasti, preto predložil ďalšie referencie, ktoré rovnako ako tie čo predložil, podľa jeho názoru spĺňajú stanovené podmienky účasti.**

52. Naviac, navrhovateľ zastáva názor, že v dôsledku neexistencie definície, čo je rovnakým alebo podobným plnením ako je predmet zákazky, mal kontrolovaný uznať minimálne prvú referenciu tretej osoby, nakoľko ide o činnosti, ktoré sú podobnými činnosťami ako je predmet zákazky, nakoľko ide o modernizáciu podvozkov, ktorá je súčasťou opisu predmetu zákazky.
53. Kontrolovaný nikde, tak ako bolo uvedené už vyššie, podľa navrhovateľa nedefinoval čo má byť obsahom referencie - v zmysle požadovaného rozsahu plnenia, teda že uzná iba komplexnú modernizáciu vozňov. **Navrhovateľ zdôrazňuje, že si je potrebné uvedomiť, že nie každé poskytované plnenie je rovnaké ako to, čo je predmetom verejného obstarávania a nie každé referenčné plnenie bolo vykonávané v rovnakom rozsahu ako je predmet zákazky. Túto skutočnosť nemôže očakávať ani sám kontrolovaný. Preto je nevyhnutné a v súlade s princípom transparentnosti a hospodárskej súťaže, aby kontrolovaný uznával aj také plnenia, ktoré prvky modernizácie a modernizačné úkony v sebe obsahovali, ako je to napr. v prípade modernizácie podvozkov, nakoľko takto definovaný rozsah uznávaného plnenia vyplýva zo znenia podmienky účasti uvedenej v oznámení.**
54. Navrhovateľ má za to, že ak by kontrolovaný riadne a transparentne, s konkrétnou otázkou aplikoval žiadosť o vysvetlenie, a to aj opakovane, vôbec by nevznikol dôvod na nahradenie tretej osoby a vôbec by neprišlo k vylúčeniu navrhovateľa z procesu verejného obstarávania, nakoľko tak ako referencie predložené navrhovateľom aj referencie predložené tretou osobou spĺňajú stanovené podmienky účasti podľa Oznámenia.
55. Navrhovateľ považuje vylúčenie za dôsledok nezákonne aplikovaných inštitútov verejného obstarávania, ktoré, ak by boli aplikované transparentne a nediskriminačne, k vylúčeniu navrhovateľa by vôbec neprišlo.
56. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 v nadväznosti na § 40 ods. 4 a § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní, keď vylúčil navrhovateľa pre nesplnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keď neuznal aj referenčné plnenie tretej osoby, ktorú žiadal nahradiť, a to podľa pravidla, ktoré vôbec nebolo navrhovateľovi vopred známe a bez toho, aby navrhovateľa opakovane žiadal o vysvetlenie uvedených skutočností tak, aby ich kontrolovanému vysvetlil podľa jeho žiadosti. Podľa navrhovateľa nie sú totiž žiadne pochybnosti o tom, že navrhovateľ aj jeho tretia osoba sú na trhu etablovanými spoločnosťami, ktoré poskytujú a zabezpečujú plnenia v rozsahu definovaného predmetu zákazky, preto má navrhovateľ za to, že uvedené skutočnosti bolo možné vysvetliť a doplniť na základe opakovanej žiadosti o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, čo však kontrolovaný opakovane neaplikoval.

Neuznanie referencií č. 11 a 12, ktorými navrhovateľ nahradil referencie tretej osoby, ktoré kontrolovaný pôvodne neuznal

57. Navrhovateľ uvádza, že v Žiadosti o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov zo dňa 19.03.2021 kontrolovaný len stručne konštatoval, že žiadne z plnení XA nezodpovedá požiadavkám kontrolovaného. **Navrhovateľ zdôrazňuje, že kontrolovaný dôvody, prečo doklady nezodpovedajú požiadavkám, už neuviedol a bližšie nešpecifikoval.**

58. **Navrhovateľ tvrdí, že v rámci svojho vysvetlenia zo dňa 25.03.2021 doplnil požadované doklady aj za tretiu osobu a zároveň predložil aktualizovaný a doplnený zoznam referenčných plnení, ktorými preukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Navyiac v predložennom vysvetlení navrhovateľ ako uchádzač deklaroval, že referencie predložené tretou osobou sa vzťahujú na opravy podvozkov, ktoré sú rovnako súčasťou obstarávaného predmetu zákazky a preto nevznikala žiadna pochybnosť, že predložené plnenia sú rovnaké alebo podobné ako je predmet zákazky v zmysle stanovenej podmienky účasti a stanovenej podmienke účasti aj zodpovedajú. Navrhovateľ uvádza, že nakoľko kdekoľvek v súťažnej dokumentácii chýbala akákoľvek definícia, čo konkrétne bude kontrolovaný uznávať za účelom preukázania splnenia stanovených podmienok účasti, nebol dôvod uvedené referencie spochybňovať. Rovnako podľa názoru navrhovateľa neexistuje ani právny dôvod na ich neuznanie a následné vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania a rovnako neexistujú ani právne dôvody na nahradenie tretej osoby. Za týmto účelom sa navrhovateľ aj naďalej pridŕža argumentov uvedených v bodoch 1 a 2 týchto námietok.**
59. Navrhovateľ má za to, že neexistuje právny titul na vylúčenie referencií predložených tretou osobou a tieto referencie mali byť uznané, nakoľko svojim obsahom zodpovedajú úkonom modernizácie vozňov a to konkrétne modernizáciou podvozkov.
60. **Navrhovateľovi neboli známe žiadne skutočnosti, prečo kontrolovaný predložené referencie, či už vlastné alebo tretej osoby neakceptoval. Navrhovateľ zdôrazňuje, že v pôvodnom zozname jeho referenčných plnení sú uvedené referencie, ktoré boli ukončené, v zozname pôvodne neuvádzal tie, ktoré má stále v realizácii.**
61. **Navrhovateľ je presvedčený, a to aj na základe vyššie uvedených skutočností, že ním a tretou osobou pôvodne predložený rozsah referenčného plnenia preukazuje splnenie stanovenej podmienky účasti a nie len čo sa týka podobnosti plnenia, ale aj finančného objemu 20 000 000 EUR bez DPH. Pre nezrozumiteľnosť dôvodov neuznania referencií kontrolovaného, navrhovateľ doplnil pôvodne predložený referenčný zoznam o dve aktuálne prebiehajúce referencie, ktoré sú v plnení s vyčíslením finančného objemu zodpovedajúcemu realizovanému obdobiu, nakoľko navrhovateľ nevedel, v čom konkrétne spočíva skutočnosť neuznania predložených referencií.**
62. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný takto predložené referencie neuznal, nakoľko ich označil za doklady, ktoré sa pôvodne v ponuke navrhovateľa nenachádzali a nakoľko podľa kontrolovaného neprišlo k nahradeniu tretej osoby, pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) a písm. k) zákona o verejnom obstarávaní.
63. **Následne navrhovateľ poukazuje na dikciu ustanovenia § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. V zmysle uvedeného zákon o verejnom obstarávaní podľa navrhovateľa hovorí o nahradení inej osoby, u ktorej existujú dôvody na vylúčenie, ale nehovorí o tom a ani uvedené nepredpisuje, že táto iná osoba má byť nahradená inou tretou osobou a to za predpokladu, ak podmienku účasti vie uchádzač splniť vlastnými kapacitami a vlastnými referenčnými plneniami.**
64. **Zákon o verejnom obstarávaní podľa navrhovateľa v žiadnom svojom ustanovení nevylučuje, že by finančné a ekonomické postavenie nemohlo byť v konečnom dôsledku nahradené vlastnými kapacitami, ktoré splnenie podmienky účasti preukážu. Hlavným účelom je podľa navrhovateľa preukázať spôsobilosť a odbornosť na poskytovanie predmetu zákazky a nemalo by byť pritom rozhodujúce, či je to preukázané vlastnými**

kapacitami alebo kapacitami tretej osoby. Naviac skutočnosť, že navrhovateľ používa svoje vlastné kapacity za účelom preukázania splnenia podmienok účasti kontrolovanému podľa navrhovateľa iba dokazuje, že navrhovateľ je technicky a odborne spôsobilý pre poskytovanie predmetu zákazky.

65. Navrhovateľ uvádza, že jeho konštatovanie vychádza z predpokladu, že ak navrhovateľ nahrádza inú osobou novou inou, treťou osobou, rovnako do ponuky predkladá doklady, ktoré sa pôvodne v ponuke navrhovateľa vôbec nenachádzali a sú pre kontrolovaného dokladmi novými. Preto by teda za uvedeným účelom nemohol navrhovateľ predložiť aj svoje vlastné doklady, ktorými nahradí doklady neuznanej a vylúčenej tretej osoby. Aj keď podľa názoru navrhovateľa v uvedenom prípade dôvody na nahradenie tretej osoby vôbec nenastali a podmienky účasti navrhovateľ splnil pôvodne predloženými dokladmi svojimi a tretej osoby.
66. **V zmysle uvedeného navrhovateľ zastáva názor, že predložené referenčné plnenia č. 11 a 12 sú plneniami, ktoré nahradili plnenie tretej osoby, ktoré kontrolovaný bez uvedenia relevantného dôvodu vylúčil a označil ako nesplňajúce stanovené podmienky účasti.**
67. Navrhovateľ tak vo svojej ponuke nahradil inú osobu, ktorou preukazoval technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, a to svojou vlastnou osobou, spĺňajúcou podmienky účasti, ktoré podľa názoru navrhovateľa je možné ponímať ako nahradenie inej osoby, teda osobou navrhovateľa, nakoľko túto skutočnosť zákon nijakým spôsobom z aplikácie nevylučuje.
68. Navrhovateľ uvádza, že referencie č. 11 a 12 sú referenčnými plneniami, ktoré stále prebiehajú, pritom ale ide o modernizácie vozňov tak, ako to v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania definoval kontrolovaný. Ich predmetom je oprava korózie vozidla, povrchová úprava, nová elektroinštalácia, nový riadiaci systém klimatizácie, dosadenie nového CZE, dosadenie nových WC, dosadenie nových elektro - pneum. dverí, rekonštrukcia podvozkov, nová kuchyňa, nový interiér a pod.
69. Z uvedených referencií je podľa navrhovateľa jednoznačne preukázané, že ide o plnenia, ktoré zodpovedajú predmetu zákazky a preukazujú technickú a odbornú spôsobilosť navrhovateľa na plnenie predmetu zákazky a tiež že nahrádzajú neuznané plnenie tretej osoby.
70. **Podľa názoru navrhovateľa, zákon o verejnom obstarávaní nevylučuje nahradiť inú osobou inými kapacitami a to vlastnými, ktorými preukáže splnenie stanovených podmienok účasti.** Predsa tak ako by iná tretia osoba predložila do verejného obstarávania doklady, ktoré sa pôvodne v ponuke uchádzača nenachádzali a tie by boli uznané, by aj v tomto prípade boli predložené a doplnené doklady, ktoré splnenie podmienok účasti preukazovať budú, rovnako ako inej tretej nahradenej osoby.
71. **Podľa navrhovateľa je pomerne nelogické vyvodiť záver, že tretia osoba môže byť nahradená iba inou treťou osobou, hlavne za predpokladu, ak tieto podmienky vie uchádzač splniť svojimi vlastnými kapacitami a tieto informácie a doklady by do ponuky predložil.**
72. Rovnako sa navrhovateľ nestotožňuje so záverom komisie, že ako uchádzač nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nesplňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá určené požiadavky splňa.

73. **Navrhovateľ má za to, že túto požiadavku na nahradenie tretej osoby akceptoval a to tým, že tretiu osobu nahradil inými vlastnými referenciami, ktorými stanovené požiadavky spĺňa. Nie je podľa názoru navrhovateľa právne logické, že je možné tretiu osobu nahradiť iba inou treťou osobou, ktorá spĺňa podmienky účasti, ale nie je možné vykonať toto nahradenie inými vlastnými dokladmi samotného navrhovateľa, ktoré rovnako splnenie podmienok účasti preukážu, je absurdné, že ak by dve nové referencie predložila iná nová tretia osoba, je to v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, ale už v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní nie je, ak tieto nové referencie predloží sám navrhovateľ.**
74. Takéto konanie považuje navrhovateľ za porušenie princípu proporcionality, ktorý má byť rovnako v zmysle § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uplatňovaný a dodržiavaný.
75. **V rámci verejného obstarávania by sa podľa navrhovateľa mal uplatňovať princíp proporcionality a hospodárnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úkony kontrolovaného však podľa navrhovateľa preukazujú úplný opak a síce, jednak neuznanie nahradenia tretej osoby svojimi vlastnými kapacitami a vylúčenie navrhovateľa, ktorý je technicky a odborne spôsobilý na plnenie predmetu zákazky, a to v plnom rozsahu, pričom mu nie je umožnené v rámci elektronickej aukcie predložiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku.**
76. Navrhovateľ tak ako v predložených vysvetleniach aj v podaných námietkach poukazuje na hlavný účel stanovenia podmienok účasti. Ich hlavným účelom je skúmať, či je uchádzač dostatočne technicky spôsobilý, má praktické skúsenosti s rovnakým alebo podobným predmetom zákazky v minulosti a teda má odborné predpoklady pre realizáciu predmetu zákazky v budúcnosti. Podmienky účasti majú za cieľ dosiahnuť a získať technicky a odborne kvalifikovaného dodávateľa. Podmienky účasti majú rovnako slúžiť na preverenie skúseností a technickej odbornosti uchádzača v minulosti, pričom by malo úplne postačovať, že pôjde o porovnateľné plnenia, nakoľko nie je nijako možné dosiahnuť a garantovať, že v minulosti poskytované plnenie bude úplne zodpovedať obstarávanému predmetu zákazky a jeho rozsahu, hlavne v prípadoch takto špecifického predmetu zákazky.
77. Navrhovateľ zdôrazňuje, že kontrolovaný by pri stanovení podmienok účasti a pri ich vyhodnocovaní nemal zabúdať na ich primeranosť, aj k predmetu zákazky aj k samotnému potenciálnemu trhu je potrebné si uvedomiť, že v danom verejnom obstarávaní ide o vykonávanie veľmi špecifickej činnosti, ktorá si vyžaduje odborné a technické skúsenosti na realizovanie a poskytovanie, pričom už vykonávanie samotnej revízie podvozkov vagónov je veľmi špecifickou činnosťou, ktorú ak uchádzač v minulosti realizoval, vzhľadom na obstarávaný predmet zákazky, je určite dostatočne odborne spôsobilým pre jeho plnenie.
78. Podľa navrhovateľa skutočnosť, že nie každá referencia obsahuje všetky činnosti v rozsahu definovaného predmetu zákazky a nebola vykonaná komplexná modernizácia, nemôže byť dôvodom pre neuznanie predložených referenčných plnení a pre vylúčenie navrhovateľa z verejného obstarávania, ak kontrolovaný ani sám vopred nedefinoval rozsah uznávaného plnenia.
79. Podľa názoru navrhovateľa dôvody na vylúčenie ani neexistujú, nakoľko predložené referencie navrhovateľom aj jeho treťou osobou svojim obsahom a rozsahom zodpovedajú modernizačným úkonom a činnostiam na vagónoch, vždy podľa osobitných potrieb odberateľov, pričom vždy ide o deklarované činnosti, ktoré súvisia s obstarávaným predmetom zákazky a sú predložené v súlade so stanovenou podmienkou účasti.

80. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný nikde v oznámení ani v súťažných podkladoch nedefinoval, že bude uznávať iba komplexnú modernizáciu ŽKV tak ako to uviedol až v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania, preto uvedené skutočnosti nemôžu byť dôvodom na vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania.
81. Podľa navrhovateľa kontrolovaný je povinný vyhodnocovať splnenie podmienok účasti tak ako stanovil a nie tak ako dodatočne deklaruje a dopĺňa a to nad definovaný rozsah, nakoľko týmto postupom vnáša do verejného obstarávania neprehľadnosť, netransparentnosť a hlavne nepreskúmateľnosť jeho konaní a jednotlivých úkonov, čím postupuje v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a následne v rozpore s § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.
82. Nakoľko kontrolovaný nedefinoval v rámci minimálnej požadovanej úrovne štandardov podmienky, za ktorých bude predložené referencie uznávať tak ako to uviedol v Oznámení o vylúčení z verejného obstarávania, je podľa navrhovateľa povinný vyhodnotiť a akceptovať navrhovateľom predložené referencie, vrátane referencií predložených tretou osobou aj v tom prípade, ak sú v rámci plnení deklarované akékoľvek úkony modernizácie vozňov ako je modernizácia podvozkov, toaliet, detských kútikov, výmeny dverí, elektroinštalácie a podobne. Len v tom prípade bude podľa navrhovateľa postup kontrolovaného transparentný a nediskriminačný a zabezpečí výber ekonomicky najvýhodnejšej ponuky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a predovšetkým len v tomto prípade bude ponuka navrhovateľa vyhodnotená v súlade s § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
83. Navrhovateľ má za to, že ním predložené referencie vrátane použitých referencií tretej osoby spĺňajú stanovené podmienky účasti podľa bodu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť Oznámenia a v zmysle rozsahu definovaného v Oznámení, a preto postup kontrolovaného pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti je v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a), písm. k) a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko kontrolovaný vylúčil navrhovateľa ešte pred konaním elektronickej aukcie, čím mu zabránil v možnosti predloženia ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čo nevyhnutne obmedzuje aj samotnú hospodársku súťaž.
84. Navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav a to tak, že mu nariadi zrušiť rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa z verejného obstarávania zo dňa 03.05.2021 a nariadi kontrolovanému navrhovateľa vrátiť späť do verejného obstarávania a znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1, písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a to tak, aby toto vyhodnotenie bolo v súlade s podmienkami stanovenými v bode III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť Oznámenia, v súlade so súťažnými podkladmi a v súlade s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

85. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **14.05.2021**.
86. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24

v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok.

87. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručení kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
88. Kontrolovaný dňa 19.05.2021 zriadil prístup do informačného systému, cez ktorý sa predmetné verejné obstarávanie realizuje, t. j. cez IS EVO. Kontrolovaný dňa 21.05.2021 doručil úradu listinnú dokumentáciu spolu s Vyjadrením k námietkam, č. 33353-S2521/2021-SeON zo dňa 20.05.2021 (ďalej len „Vyjadrenie“). Úrad konštatuje, že kontrolovaný doručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu dňa **21. 05. 2021**.
89. Dňa 24.05.2021 úrad vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 6870-6000/2021-OD-PO, ktorým úrad pozastavil konanie kontrolovaného, okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania a rozhodol, že lehoty, ktoré kontrolovanému stanovuje zákon o verejnom obstarávaní a lehoty, ktoré určil kontrolovaný v tejto verejnej súťaži, neplynú.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

90. Kontrolovaný v úvode Vyjadrenia popisuje skutkový stav a tvrdí, že navrhovateľ podal námietky proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania, ktoré aplikoval kontrolovaný **po ukončení vyhodnocovania splnenia podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti v súlade s oddielom III. bodom III.1.3) zverejneného oznámenia**. Kontrolovaný pri vyhodnocovaní pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z verejného obstarávania **až po tom, ako využil inštitút vysvetľovania podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, následne písomne požiadal navrhovateľa o nahradenie inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a až po riadnom preskúmaní skutkového stavu vylúčil navrhovateľa z verejného obstarávania**. Vylúčenie bolo navrhovateľovi oznámené listom č. 27514-S2521/2021-SeON zo dňa 03.05.2021, v ktorom kontrolovaný navrhovateľovi uviedol, že po preskúmaní i) dokladov predložených v ponuke, ii) doručeného vysvetlenia a doplnenia predložených dokladov, ako aj iii) vyjadrenia k nahradeniu osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k) a podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vylúčil z verejného obstarávania, **pretože nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky a ako uchádzač nesplnil podmienky účasti vo verejnom obstarávaní**.
91. V ďalšej časti Vyjadrenia kontrolovaný popisuje námietky navrhovateľa v zhode s tým, čo úrad uviedol v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia.
92. Následne kontrolovaný prezentuje svoju argumentáciu k námietkam navrhovateľa, pričom Vyjadrenie kontrolovaného možno rozčleniť na všeobecné vyjadrenie a vyjadrenie

k jednotlivým bodom navrhovateľa ako ich úrad uviedol v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia (viď námietky navrhovateľa).

93. **Všeobecne na začiatok kontrolovaný** uvádza, že zotráva v plnom rozsahu na svojej argumentácii, ktorú uviedol v oznámení o vylúčení z verejného obstarávania. Kontrolovaný vylúčil navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k) a podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z verejného obstarávania z dôvodu, že navrhovateľ ako uchádzač nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nesplňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá splňa určené požiadavky a ako uchádzač nesplnil podmienky účasti vo verejnom obstarávaní. Kontrolovaný tak rozhodol po preskúmaní dokladov predložených v ponuke, doručeného vysvetlenia a doplnenia predložených dokladov, ako aj vyjadrenia navrhovateľa k nahradeniu osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
94. Kontrolovaný uvádza, že vyhodnocoval splnenie podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti v súlade s oddielom III. bodom III.1.3 zverejneného Oznámenia, podľa ktorého mal uchádzač jej splnenie preukázať predložením Zoznamu poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania. Kontrolovaný tvrdí, že po preskúmaní zoznamu poskytnutých služieb navrhovateľa, komisia zriadená kontrolovaným na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a na vyhodnotenie ponúk nevedela posúdiť, do akej miery tieto plnenia zodpovedajú predmetu obstarávania, z dôvodu chýbajúcej podrobnejšej špecifikácie a taktiež nebolo možné vyhodnotiť splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov, pretože v zozname chýbala informácia o rozpočtovom náklade za stanovené rozhodné obdobie predchádzajúcich troch rokov od vyhlásenia verejného obstarávania niektorých služieb, ktorých lehota poskytovania stanovené rozhodné obdobie presahovala. Z tohto dôvodu komisia listom č. 16641-S2521/2021-SeON zo dňa 19.03.2021 požiadala navrhovateľa o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov.

Neuznanie referencií navrhovateľa vedených pod č. 6 až 10

95. Kontrolovaný poukazuje na to, že **v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie navrhovateľ doručil prostredníctvom príslušnej funkcionality IS EVO dňa 25.03.2021 kontrolovanému novému zoznam poskytnutých služieb s podrobnejším rozpisom zrealizovaných činností.** Na základe doplnených informácií k jednotlivým položkám zoznamu poskytnutých služieb komisia konštatovala, že **plnenia uvedené pod por. č. 6. až 10 nesplňajú stanovené požiadavky kontrolovaného z dôvodu, že vykonaná modernizácia osobných vozňov nie je podobného charakteru ako je predmet zákazky, nakoľko ide iba o čiastočné úpravy alebo humanizácie osobných vozňov, ktoré svojim rozsahom nie sú komplexnou modernizáciou a nejde ani o výrobu osobných klimatizovaných vozňov.** Kontrolovaný uvádza, že pri poskytnutí týchto služieb navrhovateľ nemusel preukázať podobné odborné a technické znalosti ako si vyžaduje predmet zákazky, nakoľko uvedené služby sa týkali iba vybraných celkov osobného vozňa (vákuová toaleta, elektroinštalácia, úprava dverí, informačný systém, úprava časti interiéru osobného vozňa), teda navrhovateľ vychádzal pri návrhu a realizácii zo skutkového stavu daného vozňa, do ktorého implementoval vlastné riešenie. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti, kontrolovaný referencie vedené v zozname poskytnutých služieb navrhovateľa pod č. 6 až 10 neuznal ako splňajúce určené požiadavky.

96. Kontrolovaný ďalej uvádza, že podľa jeho názoru stanovil v oddiele III, bode 1.3 zverejneného Oznámenia podmienku účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vrátane minimálnej požadovanej úrovne štandardov dostatočne presne a zrozumiteľne, pričom má tiež za to, že charakter a rozsah modernizácie osobných vozňov, vyplývajúci z podrobného opisu predmetu zákazky, bol zverejnený v profile kontrolovaného na webovom sídle ÚVO v časti B.1 súťažných podkladov v deň uverejnenia oznámenia. Teda potrebné informácie boli podľa kontrolovaného v čase vyhlásenia zákazky dostupné pre všetkých záujemcov. Zároveň v prípade akýchkoľvek nejasností mohli záujemcovia využiť inštitút vysvetľovania podľa § 48 zákona o verejnom obstarávaní.

Neuznanie referencií tretej osoby XA

97. Kontrolovaný po preskúmaní predloženého zoznamu poskytnutých služieb XA zistil, že predmetom poskytnutých služieb nie je vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ani výroba osobných klimatizovaných vozňov, ale údržba vozňov. Kontrolovaný navrhovateľ a o skutočnosti, že poskytnuté služby osoby XA nezodpovedajú požiadavkám kontrolovaného, upovedomil listom č. 16641/S2521/2021-SeON zo dňa 19.03.2021, kde tiež žiadal navrhovateľ a o vysvetlenie ako preukazuje splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Po doručení odpovede komisia konštatovala, že navrhovateľ vo vysvetlení nepreukázal, že predmetom uvedených plnení bolo vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobenie osobných klimatizovaných vozňov ani nevysvetlil, ako uvedené poskytnuté služby zodpovedajú požiadavkám kontrolovaného. Kontrolovaný zastáva názor, že opätovná žiadosť o vysvetlenie, akým spôsobom údržba osobných vozňov spĺňa stanovené požiadavky, by nevedla k odstráneniu uvedeného rozporu.

Neuznanie referencií č. 11 a 12, ktorými navrhovateľ nahradil referencie tretej osoby, ktoré kontrolovaný pôvodne neuznal

98. Kontrolovaný ďalej uvádza, že **v odpovedi doručenej prostredníctvom IS EVO dňa 25.03.2021 navrhovateľ zaslal kontrolovanému nový zoznam poskytnutých služieb, v ktorom boli oproti pôvodnému okrem iného doplnené dve nové referencie.** Kontrolovaný zdôrazňuje, že od navrhovateľ a žiadal iba o doplnenie podrobnejších informácií pre lepšie posúdenie obsahu a hodnoty poskytovaných služieb v predloženom zozname. Kontrolovaný má za to, že je oprávnený využiť inštitút vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní len v prípade, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti. Podľa kontrolovaného doplnenie dokladov prichádza do úvahy, ak v predloženom doklade absentuje určitá požadovaná informácia, alebo ak doklady preukazujúce splnenie podmienky účasti obsahujú nejednoznačné informácie. **Podľa kontrolovaného doplnenie nového dokladu – referencie, resp. výmena referencie, ktorá nesplňa podmienku kontrolovaného za inú referenciu, ktorú neobsahovala predložená ponuka, by podľa názoru kontrolovaného bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.** Kontrolovaný má za to, že jeho postup je v súlade s metodickými usmerneniami a doterajšou aplikačnou praxou ÚVO (napr. MU číslo 5734-5000/2017 zo dňa 20.03.2017, rozhodnutie číslo: 13012-6000/2020-OD zo dňa 22.10. 2020).
99. Kontrolovaný poukazuje na to, že v rámci vyhodnocovania splnenia podmienok účasti v súlade s § 40 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní taktiež overoval či má

navrhovateľ a osoba XA evidované relevantné referencie v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní, avšak v predmetnej evidencii neidentifikoval žiadnu referenciu navrhovateľa ani osoby XA. **Kontrolovaný uvádza, že po sumarizácii zistení a zohľadnení upravenej hodnoty plnenia pod por. č. 1 na čiastku za rozhodné obdobie, kontrolovaný vyhodnotil ako preukázané poskytnutie služieb navrhovateľa v súlade s požiadavkami kontrolovaného v hodnote 16 296 205,00 EUR bez DPH, t.j. pre splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov mal navrhovateľ preukázať ešte poskytnutie služieb v hodnote 3 703 795,00 EUR bez DPH.** Podľa kontrolovaného z doplnených informácií však nevyplývalo poskytnutie služieb spĺňajúcich požiadavky kontrolovaného navrhovateľom v požadovanej hodnote tak, aby bola splnená minimálna požadovaná úroveň štandardov. Z toho dôvodu kontrolovaný dospel k názoru, že u hospodárskeho subjektu XA existuje dôvod na vylúčenie z verejného obstarávania podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a preto navrhovateľa podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní listom č. 21342-S2521/2021-SeON zo dňa 13.04.2021 požiadal o nahradenie osoby XA, ktorej kapacity využíva na preukázanie splnenia podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti, inou osobou v lehote siedmich (7) pracovných dní.

100. Kontrolovaný poukazuje na to, že **v stanovenej lehote navrhovateľ doručil vyjadrenie k žiadosti o nahradenie inej osoby, avšak osobu XA, ktorá nespĺňa určené požiadavky, nenahradil inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky.** Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ vo vyjadrení uviedol, že doplnenie zoznamu poskytovaných služieb o nové referencie nemôže poškodzovať záujmy iných uchádzačov, ani tým nedochádza k zvýhodňovaniu spoločnosti navrhovateľa a podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní považuje za splnené priamo spoločnosťou navrhovateľa a preto podľa jeho názoru (navrhovateľa) nevzniká potreba nahradiť spoločnosť XA inou osobou v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
101. Kontrolovaný uvádza, že následne po preskúmaní doručenej odpovede vylúčil navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k) a podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z verejného obstarávania z dôvodu, že navrhovateľ ako uchádzač nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky a ako uchádzač nesplnil podmienky účasti vo verejnom obstarávaní.
102. Kontrolovaný navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a námietky navrhovateľa zamietol.

Zistenia úradu

103. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet nadlimitnej zákazky „Modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy“, uverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 247-615108 dňa 18.12.2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 267/2020 dňa 21.12.2020 pod značkou 45318- MSS (ďalej len „Oznámenie“). V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 32 400 400,00 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. Zákazka sa nedelí na časti. **Zákazka je financovaná z fondov EÚ.** V lehote na predkladanie ponúk, t.j. do 22.02.2021 do 09:00 hod. predložili ponuku celkovo traja uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 22.02.2021 o 10:00 hod. Navrhovateľ bol vylúčený dňa 04.05.2021

doručením Oznámenia o vylúčení ponuky. V nadväznosti na vyššie uvedené vylúčenie navrhovateľ dňa 14.05.2021 doručil úradu a kontrolovanému námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu.

104. Úrad zistil, že **predmetom tohto verejného obstarávania je modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy, pričom úrad v ďalšej časti uvedie vybrané časti opisu predmetu zákazky, ktoré sú relevantné pre právne posúdenie navrhovateľom namietaných skutočností:**

- **Bod II.2.4) Oznámenia, cit.:** „Predmetom zákazky je modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee (ďalej aj ako osobný vozeň, OV“) vyrobených v rokoch 1989/1990 vo VEB Waggonbau Bautzen pôvodné označenie Bymee, ktoré sa majú modernizovať na:
 - 6 ks klimatizovaných osobných vozňov 1. a 2. triedy určených pre regionálnu dopravu a na prepravu cestujúcich na invalidných vozíkoch s možnosťou opcie na ďalšie 3 ks osobných vozňov
 - 15 ks klimatizovaných osobných vozňov 2. triedy určených pre regionálnu dopravu s možnosťou opcie na ďalších 6 ks osobných vozňov.

Modernizácia osobných vozňov spočíva vo výmene dvojkoľesí a úprave podvozkov pre zvýšenie konštrukčnej rýchlosti vozňa na 160 km/h, dosadení novej koľajnicovej a núdzovej brzdy, nárazníkov, nového centrálného zdroja energie, nového systému vykurovania, chladenia a klimatizácie, novej WC misy a úprave WC, novej nádrže na vodu, potrubí a systému vodného hospodárstva, výmene nástupných, čelných, prechodových a interiérových dverí, výmene sedadiel, **komplexnej modernizácii interiéru**, dosadení nového informačného a komunikačného systému, kamerového systému, zariadení pre detekciu požiaru, sčítavanie cestujúcich, zariadení na privolanie pomoci, dvoch zdvíhacích plošín, nového osvetlenia, náterov atď. v zmysle platných vyhlášok UIC, technických noriem EN, STN, nariadení TSI a právnych predpisov platných Slovenskej republiky, vrátane skúšok v súlade so zákonom 513/2009 Z. z. o dráhach a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, v prevedení podľa technických špecifikácií uvedených v časti B.1 Opis predmetu zákazky súťažných podkladov (ďalej aj ako „SP“). Súčasťou dodávky modernizovaných vozňov radu Bdtmee je aj schvaľovací proces a povolenie do prevádzky pre všetky dodané osobné vozne. Pri dodaní osobných vozňov je Zhotoviteľ povinný vykonať školenia zamestnancov Obstarávateľa v predpísanom rozsahu.“;

- **časť A.1, bod 2.4 súťažných podkladov, cit.:** „(...)Modernizácia osobných vozňov spočíva vo výmene dvojkoľesí a úprave podvozkov pre zvýšenie konštrukčnej rýchlosti vozňa na 160 km/h, dosadení novej koľajnicovej a núdzovej brzdy, nárazníkov, nového centrálného zdroja energie, nového systému vykurovania, chladenia a klimatizácie, novej WC misy a úprave WC, novej nádrže na vodu, potrubí a systému vodného hospodárstva, výmene nástupných, čelných, prechodových a interiérových dverí, výmene sedadiel, komplexnej modernizácii interiéru, dosadení nového informačného a komunikačného systému, kamerového systému, zariadení pre detekciu požiaru, zariadení na sčítavanie cestujúcich, zariadení na privolanie pomoci, dvoch zdvíhacích plošín, nového osvetlenia, náterov atď. v zmysle platných vyhlášok UIC, technických noriem EN, STN, nariadení TSI a právnych predpisov platných Slovenskej republiky, vrátane skúšok v súlade so zákonom 513/2009 Z. z. o dráhach a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, v prevedení podľa technických špecifikácií uvedených v časti B.1 Opis predmetu zákazky týchto súťažných podkladov

(ďalej aj ako „SP“). Súčasťou dodávky modernizovaných vozňov radu Bdtmee je aj schvaľovací proces a povolenie do prevádzky pre všetky dodané osobné vozne. Pri dodaní osobných vozňov je Zhotoviteľ povinný vykonať školenia zamestnancov Obstarávateľa v predpísanom rozsahu.“

- **časť B.1, bod 1.4 súťažných podkladov** upravuje požiadavky na modernizáciu s ich podrobným popisom, resp. kontrolovaný popisuje jednotlivé dielčie časti opisu predmetu zákazky, ktoré sú predmetom modernizácie, a ktoré možno kategorizovať nasledovne:
 - skriňa a spodok vozňa, brzda, nátery, nápisy, dizajnové požiadavky, tepelná a hluková izolácia, priečky, vnútorné obloženie podlaha, rozvod vody, vákuové WC, nádrž na odpadkovú vodu, nástupné dvere, čelné prechodové dvere, interiérové dvere, dvere toalety, okná, klimatizácia – vykurovanie, klimatizácia – chladenie, regulácia klimatizácie (vykurovania, vetrania a chladenia), zariadenia zásobovania elektrickou energiou, elektrické vedenie, požiadavky na informačný a komunikačný systém, informačný systém akustický, informačný systém vizuálny, systém bezdrôtového pripojenia prostredníctvom WiFi, osvetlenie vozňa, palubná zásuvková sieť 230V, bezpečnostný komunikačný systém, bezpečnostný kamerový systém, bezpečnostné zariadenie detekcie požiaru, zariadenie pre sčítavanie cestujúcich, podvozok, ťažné a narážacie ústrojenstvo, návalky, protišmykové zariadenie, vozidlová zdvíhacia plošina, zariadenie pre privolanie pomoci, diagnostika vozidla;
 - interiér vozňa (1. a 2. trieda, vrátane vozňa pre imobilných cestujúcich), t. j. vybavenie oddielu pre cestujúcich, nástupné priestory (nástupný priestor bez ručnej brzdy, nástupný priestor s ručnou brzdou), toaleta;
 - ostatné požiadavky, t. j. schvaľovací proces (napr. zabezpečenie povolenia od Dopravného úradu SR), typové skúšky vozidla, predloženie dokumentácie, školenie zamestnancov z obsluhy a služby, atď.

105. **Úrad v rámci šetrenia zistil, že kontrolovaný v Oznámení upravil podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti nasledovne:**

- **bod III.1.3.6) Oznámenia, cit.:** „Doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti záujemcu so sídlom mimo územia Slovenskej republiky musia byť predložené v pôvodnom jazyku a súčasne musia byť preložené do štátneho jazyka okrem dokladov predložených v českom jazyku. Ak sa zistí rozdiel v ich obsahu, rozhodujúci je úradný preklad v slovenskom jazyku. **Minimálna požadovaná úroveň štandardov:** Uchádzač preukáže predložením Zoznamu poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania, s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania. Obstarávateľ odporúča uchádzačom pre spracovanie zoznamu použiť formulár z Prílohy č. 4 SP Zoznam poskytnutých služieb. V prípade, že bola poskytnutá služba len z časti (napr. člen združenia, skupiny dodávateľov a pod.), musí uchádzač preukázať, v akom finančnom objeme za určené obdobie realizoval služby uchádzač alebo uchádzačom uvedená iná osoba podľa § 34 ods.3 ZVO. V prípade ak uchádzač predkladá/uvádza zmluvu, ktorej realizácia presahuje stanovené obdobie rokov, t. j. poskytovanie služby (zmluvy) začalo pred 3 rokmi, alebo nebolo skončené do vyhlásenia verejného obstarávania

(ďalej aj ako „rozhodné obdobie“), uchádzač v zozname uvedie zvlášť rozpočtový náklad iba za tú časť poskytnutia služby, ktorá bola realizovaná v požadovanom/rozhodnom období. Obstarávateľ požaduje preukázať, že uchádzač má praktické skúsenosti so zabezpečením predmetu zákazky rovnakého charakteru a obdobného rozsahu ako je predmet tejto zákazky a sleduje preverenie skutočnosti, či uchádzač v minulosti realizoval zákazku aj pre iný subjekt s cieľom vybrať dodávateľa, ktorý poskytne na základe svojich praktických skúseností odborné a kvalitné plnenie predmetu zákazky.“

106. Prvotným úkonom kontrolovaného vo vzťahu k navrhovateľovej ponuke bola **Žiadosť o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov, č. 16641-S2521/2021-SeON zo dňa 19.03.2021** (ďalej len „Žiadosť o vysvetlenie“) doručená 19.03.2021 prostredníctvom IS EVO. V úvode Žiadosti o vysvetlenie kontrolovaný poukázal na už spomínanú dikciu bodu III.1.3.) Oznámenia (pozri vyššie). Následne kontrolovaný v Žiadosti o vysvetlenie uviedol, cit.: „Na preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ste predložili zoznam poskytnutých služieb za spol. XX a zároveň využivate technické a odborné kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou je spoločnosť XA.“

1.1 V zozname poskytnutých služieb za XX, predloženom v ponuke, ste uviedli aj poskytnuté služby, ktorých predmetom nie je modernizácia osobných vozňov ani vyrobené osobné klimatizované vozne. Komisia konštatovala, že nižšie uvedené plnenia nezodpovedajú požiadavkám obstarávateľa:

P.č.	Identifikácia odberateľa	Predmet - poskytnuté služby	Uvedenie ceny v EUR bez DPH	Lehoty dodania
4.	XC	Materiál pre vozne NIM Expres	1 353 846,00	9.3.2017 – 18.6.2019
5.	XD	Materiál pre elektrické jednopodlažné jednotky	1 331 971,00	17.2.2017 – 19.12.2019

1.2 V zozname poskytnutých služieb za XX, predloženom v ponuke, ste uviedli plnenia, z ktorých komisia nevedela posúdiť, do akej miery zodpovedajú predmetu obstarávania. Realizácia niektorých plnení zároveň presahuje stanovené rozhodné obdobie:

P.č.	Identifikácia odberateľa	Predmet - poskytnuté služby	Uvedenie ceny v EUR bez DPH	Lehoty dodania
1.	XE	Zhotovenie a revitalizácia súprav Pendolino	9 532 205,00	<u>6.7.2017-</u> 5.10.2018
2.	XE	Vlastné zhotovenie a	6 632 584,00	10.8.2018- 13.4.2020

		<i>revitalizácia vozňov Wrmee 829</i>		
3.	XE	<i>Prevedenie a revitalizácia vozňov Bdmtee</i>	431 416,00	23.4.2019-30.8.2019
6.	XF	<i>Zhotovenie a revitalizácia nástup. priestorov osobného vozňa B008</i>	171 937,00	18.7.2018-19.12.2019
7.	XF	<i>Zhotovenie kompletnej revitalizácie nástup. priestorov vozňa Ampz 18-91</i>	30 510,00	18.7.2018-19.12.2019
8.	XF	<i>Zhotovenie modernizácie detských kupé pre vozne Bmpz 28-91 a Abmz 30-90</i>	237 910,00	<u>4.8.2017-</u> 28.3.2018
9.	XB	<i>Zhotovenie modernizácie univerzálnych WC buniek</i>	475 216,00	<u>14.7.2017 –</u> 23.9.2019
10.	XG	<i>Zhotovenie univerzálnej WC bunky podľa projektu GWT 628</i>	121 200,00	30.8.2018 – 19.12.2019

1.3 V zozname poskytnutých služieb za spol. XA predloženom v ponuke ste uviedli poskytnuté služby, ktorých predmetom nie je modernizácia osobných vozňov ani vyrobené osobné klimatizované vozne. Komisia konštatovala, že žiadne z plnení XA nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa.

1.4 Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní; oprávnenie poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní týkajúce sa osobného postavenia osoby, ktorej kapacity využívate na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti - XA

ste predložili výpis zo zoznamu kvalifikovaných dodávateľov Ministerstva pre miestny rozvoj Českej republiky. Komisia preskúmala predmetný doklad a konštatovala, že zápis do Zoznamu kvalifikovaných dodávateľov nie je možné automaticky uznať na účely účasti vo verejnom obstarávaní v Slovenskej republike a z tohto dôvodu je potrebné požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v súvislosti s preukázaním splnenia podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 písm. c) a písm. f) zákona o verejnom obstarávaní.

Z predložených dokladov nemožno posúdiť splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods.1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Z toho dôvodu Vás komisia podľa § 40 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní žiada, aby ste:

- a) predložili potvrdenie miestne príslušného colného úradu, že XA nemá evidované nedoplatky na spotrebných daniach v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu, nie staršie ako tri mesiace,*
- b) predložili čestné vyhlásenie XA, že nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu, nie staršie ako tri mesiace,*
- c) predložili podrobný rozpis prác vykonaných v rámci projektov uvedených pod por. č.1.,2., 3., 6., 7., 8., 9. a 10.,*
- d) uviedli aká je cena za časť služieb, poskytnutých v rozhodnom období, t.j. od 18.12.2017 do 18.12.2020 v rámci projektov uvedených pod por. č. 1., 8. a 9.,*
- e) vysvetlili ako preukazujete splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona verejnom obstarávaní určenej v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.“*

107. Úrad uvádza, že citované časti (tabuľky s predchádzajúcimi plneniami) sú totožné s Prílohou č. 4 súťažných podkladov – Zoznam poskytnutých služieb, ktorú navrhovateľ predkladal vyplnenú v rámci svojej ponuky, t. j. v ponuke sa nachádzal vyššie uvedený zoznam „vlastných“ plnení pod por. č. 1 až 10.
108. Navrhovateľ zároveň v ponuke, konkrétne v prílohe č. 4 súťažných podkladov - Zoznam poskytnutých služieb, predložil osobitne aj zoznam plnení za XA (kapacity tretej osoby):

Název zakázky	Objednatel (včetně kontaktní osoby)	Předmět plnění (stručný popis služeb)	Rok provádění služeb	Rozsah plnění
Periodické opravy podvozků osobních vozů: modernizované vozy s podvozky GP 200 řady ABpee 347, Bbdgmee 236, Bdmpee 233, Bdpee 231, Bdtee 276, Bfhpvee 295.		Periodické opravy podvozků osobních vozů: modernizované vozy s podvozky GP 200 řady ABpee 347, Bbdgmee 236, Bdmpee 233, Bdpee 231, Bdtee 276, Bfhpvee 295.	2016-2020	5 184 000 EUR
Periodické opravy osobních vozů řady WLABmz 826		Periodické opravy osobních vozů řady WLABmz 826	2015 - 2018	995 073 EUR
Periodické opravy osobních vozů řady WLABmz 826		Periodické opravy osobních vozů řady WLABmz 826	2018 - 2019	260 000 EUR
Periodické opravy lůžkových vozů WLABmee ⁸²³		Periodické opravy lůžkových vozů WLABmee ⁸²³ ve stupni hlavní opravy	2020	436 000 EUR

109. Navrhovatel dňa 25.03.2021 doručil prostredníctvom IS EVO kontrolovanému **Podání vysvětlení a doplnění předložených podkladů k „Modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy“, žádost č. 16641-S2521/2021-SeON** (ďalej len „Vysvetlenie“), v ktorej navrhovateľ uviedol, cit.:

„Tímto podáváme Vysvětlení a důkazy k prokázání plnění podmínky k bodům:

- a) Příloha č. 1 tohoto vysvětlení obsahuje potvrzení místně příslušného celního úřadu, kdy XA nemá evidované nedoplatky na spotřebních daních.*
- b) Příloha č. 2 tohoto Vysvětlení obsahuje čestné prohlášení XA, že nemá uložený zákaz účasti ve veřejném řízení.*
- c) Příloha č. 3 obsahuje výčet prací, které jsou revidované, aby byly vztaženy k předmětu zakázky modernizace vozu. Navíc jsou doplněné o náhradní reference jako náhrada k referencím, které komise rozporovala.*

- d) Do sloupce „lehoty dodania“ jsme uváděli období, ve kterém probíhala realizace projektu uvedených projektů. Prvních 6 měsíců probíhaly přípravné práce. Revidované hodnoty jsou uvedeny v Příloze č. 3.
- e) Jak správně komise uvádí, v Oznámení 45318 - MSS je uveden požadavek na doložení seznamu služeb stejného anebo podobného rozsahu, jako je předmět zakázky. V aktualizaci výčtu referencí (Příloha č. 3) jsme uvedli právě zakázky obdobného charakteru, a doložili reference od XA (nyní v Příloze č. 4 potvrzení o kvalifikovaném dodavateli do Slovenské republiky) vztahující se k provádění úprav podvozků. Kombinací našich a XA, s. r. o. referencí tak dokazujeme zkušenosti z již realizovaných projektů a pokrýváme těmito zkušenostmi všechny činnosti, které bude zapotřebí na plánovaném modernizovaném vozidle Bdtmee provést a zhotovit.

Zároveň se odvolávame na tvrzení uvedené v Oznámení 45318 - MSS, ve ktorém je popsán účel pro který se reference dokládajú (a sice „Obstarávateľ požaduje preukázať, že uchádzač má praktické skúsenosti so zabezpečením predmetu zákazky rovnakého charakteru a obdobného rozsahu ako je predmet tejto zákazky a sleduje preverenie skutočnosti, či uchádzač v minulosti realizoval zákazku aj pre iný subjekt s cieľom vybrať dodávateľa, ktorý poskytne na základe svojich praktických skúseností odborné a kvalitné plnenie predmetu zákazky“).

Pro naplnění tohoto účelu se odkazujeme na Návrh smlouvy o dílo, Přílohu č. 11, ve které jsou uvedeni dodavatelé pro plnění zakázky. Tito dodavatelé jsou stálými dodavateli komponent do železničního průmyslu, jejich systémy jsou funkční, odzkoušené a otestované na vozech jiných řad, které má sám Zadavatel v provozu. Tito dodavatelé jsou schválenými dodavateli Zadavatele.

Mimo doložené reference je tak i výběr dodavatelů, dle našeho názoru, dostatečně prokazující komisi, že využitím referencí XA, s. r. o. jako dodavatele, a vhodně zvolenými schválenými dodavateli Zadavatelem, můžeme projekt realizovat.

Na základě našeho poskytnutého vysvětlení se domníváme, že lze kladně vyhodnotit splnění podmínky účasti technické anebo odborné způsobilosti podle § 34 ods.1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní. “

110. Úrad ďalej z Prílohy č. 3 Vysvetlenia zistil, že navrhovateľ upresnil informácie týkajúce sa plnení z hľadiska technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti (viď Žiadosť o vysvetlenie) a zároveň doplnil dve plnenia pod por. č. 11 a 12, ktoré sa pôvodne v ponuke navrhovateľa v prílohe č. 4 súťažných podkladov – Zoznam poskytnutých služieb nenachádzali. Konkrétne navrhovateľ v Prílohe č. 3 Vysvetlenia pri plneniach uvedených pod por. č. 1 až 12 uviedol, cit. (pozn. úradu – bez citovania stĺpca s menom a priezviskom kontaktnej osoby):

„P. č.“	Identifikácia odberateľa, jeho sídlo/adresa*	Predmet – poskytnuté služby (detailní rozpis)	Uvedenie ceny v EUR bez DPH	Lehoty dodania
1.		Zhotovení a revitalizace soupravy Pendolino		
		- Kompletní redesign a modernizace interiéru		

	XE	- <i>Doplnění kabeláže kvůli dosazení nových celků elektro</i> - <i>Doplnění kabeláže kvůli dosazení nových celků elektro, nové rozvaděče</i> - <i>Renovace a oprava systému klimatizace</i> - <i>Nové WC, vč. řízení</i> - <i>Nová kuchyně</i> - <i>Nová sedadla</i> - <i>Nový informační systém, rezervační systém, reperoduktory, požární hlásiče, aj.</i> - <i>Nové dveře, světla, elektro</i>	9 232 205 €	6.7.2017 5.10.2018	—
2.	XE	<i>Vlastní zhotovení a revitalizace vozů Wrmee829</i> - <i>Kompletní modernizace interiéru, rozvaděče, kuchyně, integrace nových prvků (IS, rezervarční systém, doplnění diagnostiky, návarky</i> - <i>Kompletní redesign a modernizace interiéru</i> - <i>Doplnění kabeláže kvůli dosazení nových celků elektro</i> - <i>Doplnění kabeláže kvůli dosazení nových celků elektro, nové rozvaděče</i> - <i>Renovace a oprava systému klimatizace</i> - <i>Nové WC, vč. řízení</i> - <i>Nová kuchyně</i> - <i>Nová sedadla</i> - <i>Nový informační systém, rezervační systém, reperoduktory, požární hlásiče, aj.</i> - <i>Nové dveře, světla, elektro</i> - <i>Doplnění diagnostiky</i> - <i>Úprava hrubé stavby - svařováním</i>	6 632 854 €	10.8.2018 13.4.2020	—
3.		<i>Provedení a revitalizace vozů Bdmtee</i> - <i>Oprava koroze vozidla</i> - <i>Povrchová úprava</i> - <i>Nová elektroinstalace VN, NN</i> - <i>Nové CZE</i> - <i>Nové WC</i>			

	XE	- Nový IS, audiovizuální systém, Wi-Fi - Úprava brzdy dosazením potrubního urychlovače - Rekonstrukce větrání, topení vč. nových klimakanálů, teplotních snímačů - Dosazení systému požárních hlásičů - Rekonstrukce podvozků - Úprava vstupních dveří, řízení přes zelenou linku - Nový interiér vozu (stropy, stěny, podlaha, sedadla, stolky, police, světla, aj.)	431 416 €	23.4.2019 – 30.8.2019
4.	XC	Materiál pro vozy NIM Expres	1 353 846 €	9.3.2017 – 18.6.2019
5.	XD	Materiál pro elektrické jednopodlažní jednotky	1 331 971 €	17.2.2017 – 19.12.2019
6.	XF	Zhotovení a revitalizace nást.prostor osobního vozu B008 - Nové elektrorozvody - Nové elektrokomponenty v rozvaděči - Nové displeje IS - Úprava dveří - Nové WC	171 937 €	18.7.2018-19.12.2019
7.	XF	Zhotovení kompletní revitalizace nástupních prostor vozu Ampz 18-91 - Nové elektrorozvody - Nové elektrokomponenty v rozvaděči - Nové displeje IS - Úprava dveří - Nové WC	30 510 €	18.7.2018-19.12.2019
8.	XF	Zhotovení modernizace dětských kupé pro vozy Bmz28-91 a Abmz 30-90	208 910 €	4.8.2017-28.3.2018
9.	XB	Zhotovení modernizace univerzálních WC buněk - Návrh a zabudování WC systému - Nový vodní systém - Dosazení systému řízení WC a vodního hospodářství - Úprava hrubé stavby vozu	445 600 €	14.7.2017-23.9.2019
10.	XG	Zhotovení univerzální WC buňky dle projektu GWT 628	121 200 €	30.8.2018-19.12.2019

		- <i>Návrh a zabudování WC systému</i> - <i>Nový vodní systém</i> - <i>Dosazení systému řízení WC a vodního hospodářství</i> - <i>Úprava hrubé stavby vozu</i>		
11.	XX	<i>Kompletní modernizace vozů WRmz815</i> - <i>Oprava koroze vozidla</i> - <i>Povrchová úprava</i> - <i>Nová elektroinstalace VN, NN</i> - <i>Dosazení kamerového syst.</i> - <i>Dosazení řídicího systému klimatizace</i> - <i>Dosazení nového CZE</i> - <i>Dosazení IS, diagn. Systému, Wi-Fi</i> - <i>Dosazení nových WC</i> - <i>Dosazení nových elektro-pneum. dveří</i> - <i>Rekonstrukce podvozků (nová ložiska, pružiny, tlumiče, protismyky, aj.)</i> - <i>Dosazení systému požárních hlásičů</i> - <i>Nová kuchyně</i> - <i>Přenos dat přes vzdálenou komunikaci</i> - <i>Nový interiér vozu (stropy, stěny, podlaha, sedadla, stolky, police, světla, aj.)</i>	3 788 000 €	12.11.2019 - doposud
12.	XH	<i>Modernizace vozů Bdtmee 267, 268</i> - <i>Oprava koroze vozidla</i> - <i>Povrchová úprava</i> - <i>Nová elektroinstalace VN, NN</i> - <i>Nové CZE</i> - <i>Nové WC</i> - <i>Nový IS, audiovizuální systém, Wi-Fi</i> - <i>Úprava brzdy dosazením potrubního urychlovače</i> - <i>Rekonstrukce větrání, topení vč. nových klimakanálů, teplotních snímačů</i> - <i>Dosazení systému požárních hlásičů</i> - <i>Rekonstrukce podvozků</i>	729 440 €	05.11.2020 - doposud

		- Úprava vstupných dverí, řízení přes zelenou linku - Nový interiér vozu (stropy, stěny, podlaha, sedadla, stolky, police, světla, aj.)		
		Suma	21 791 802 €	

**Částka zvýrazněná červeně ve smloupci Uvedenie ceny v EUR bez DPH, se rovná poměrné části rozpočtových uplatněných nákladů u projektů, jejichž realizace přesahuje stanovené období od 18.12.2017 do 18.12.2020, tj. byly zahájeny před anebo jsou vedeny jako dosposud běžící projekty*

***Modře jsou vyznačeny činnosti, díky kterým lze prokázat kompetence a zkušenosti relevantní pro vyhodnocení komisí jako dostatečné*

****Buňky, které jsou přeškrtnuté komise vyřadila a neuzala jako relevantní. Tyto jsou nahrazeny referencemi č. 11. a 12. "*

111. Úřad dále zjistil, že kontrolovaný dňa 13.04.2021 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO **Žiadosť o nahradenie inej osoby, č. 21342-S2521/2021-SeON zo dňa 13.04.2021** (ďalej len „Žiadosť o nahradenie inej osoby“). V úvode Žiadosti o nahradenie inej osoby kontrolovaný opätovne poukázal na bod III.1.3) Oznámenia a následne vo svetle predchádzajúcej Žiadosti o vysvetlenie a Vysvetlenia uviedol, cit.:

„(...) Z predloženej ponuky i doručeného vysvetlenia vyplýva, že ako uchádzač preukazujete splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) čiastočne vlastnými kapacitami a čiastočne kapacitami inej osoby v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Osoba, ktorej kapacity boli použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, má preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň má preukázať oprávnenie poskytovať službu vo vzťahu k predmetu zákazky.

Pri posudzovaní splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti komisia vyhodnotila predložené doklady za spol. XX a XA nasledovne:

XX

Komisia posúdila zoznam poskytnutých služieb za XX a konštatovala, že plnenia, uvedené v zozname pod por. č. 4. „Materiál pre vozne NIM Expres“ a č. 5. „Materiál pre elektrické jednopodlažné jednotky“, podľa jej názoru nezodpovedajú požiadavkám obstarávateľa, nakoľko ich predmetom nie je modernizácia osobných vozňov ani vyrobené osobné klimatizované vozne, ktorú skutočnosť i oznámila uchádzačovi v žiadosti o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov. Pri položkách zoznamu uvedených pod por. č.1. „Zhotovenie a revitalizácia súprav Pendolino“, 2. „Vlastné zhotovenie a revitalizácia vozňov Wrmee 829“, 3. „Prevedenie a revitalizácia vozňov Bdmtee“, 6. „Zhotovenie a revitalizácia nástup. priestorov osobného vozňa B008“, 7. „Zhotovenie kompletnej revitalizácie nástup. priestorov vozňa Ampz 18-91“, 8. „Zhotovenie modernizácie detských kupé pre vozne Bmpz 28-91 a Abmz 30-90“, 9. „Zhotovenie modernizácie univerzálnych WC buniek“ a 10. „Zhotovenie univerzálnej WC bunky podľa projektu GWT 628“ komisia nevedela posúdiť, do akej miery zodpovedajú požiadavkám obstarávateľa, nakoľko pri nich nebol uvedený podrobnejší rozpis vykonaných prác. Navyše pri položkách č. 1., č. 8. a č. 9., presahujúcich rozhodné obdobie, uchádzač uviedol len celkovú cenu, z čoho nebolo zrejmé, či

predmetná hodnota zodpovedá len časti rozpočtového nákladu za rozhodné obdobie. Z uvedených dôvodov komisia požiadala uchádzača o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov.

V doručenej odpovedi uchádzač zaslal obstarávateľovi aktualizovaný zoznam poskytnutých služieb, v ktorom boli doplnené dve nové položky, por. č. 11. „Kompletná modernizácia vozňov WRmz 815“ a č. 12. „Modernizácia vozňov Bdtmee 267, 268“. Komisia skúmala len obsahovú stránku predloženého dokladu v ponuke, avšak nežiadala uchádzača o doplnenie nových položiek do už predloženého zoznamu poskytnutých služieb. Komisia má za to, že v prípade týchto dvoch položiek sa jedná o predloženie dokladu s novým obsahom, teda o predloženie nového dokladu. Obstarávateľ podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní písomne požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ako vyplýva z metodického usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie číslo 5734-5000/2017, zo dňa 20. 3. 2017, doplnenie predložených dokladov prichádza do úvahy, ak v predloženom doklade absentuje určitá požadovaná informácia, ktorá je dôležitá na overenie, či predložený doklad spĺňa minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti alebo, ak doklady preukazujúce splnenie podmienky účasti obsahujú nejednoznačné informácie. **Výmena dokladu - referencie, ktorou uchádzač preukázal podmienku účasti, pričom táto referencia nespĺňa podmienku obstarávateľa za nový úplne iný doklad – inú referenciu, by nebola v súlade s postupom vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa zákona o verejnom obstarávaní.**

Aktualizovaný zoznam poskytnutých služieb XX ďalej obsahoval požadovaný podrobný rozpis vykonaných prác v rámci projektov uvedených pod por. č. 1., č. 2., č. 3., č. 6., č. 7., č. 8., č. 9. a č.10. a aktualizovanú cenu za časť služieb poskytnutých v rozhodnom období v rámci projektov uvedených pod por. č. 1., č. 8. a č. 9. **Komisia na základe doplnených informácií posúdila, že služby uvedené pod por. č. 6. „Zhotovenie a revitalizácia nástup. priestorov osobného vozňa B008“, 7. „Zhotovenie kompletnej revitalizácie nástup. priestorov vozňa Ampz 18-91“, 8. „Zhotovenie modernizácie detských kupé pre vozne Bmpz 28-91 a Abmz 30-90“, 9. „Zhotovenie modernizácie univerzálnych WC buniek“ a 10. „Zhotovenie univerzálnej WC bunky podľa projektu GWT 628“ nevyhovujú požiadavkám obstarávateľa z dôvodu, že vykonaná modernizácia osobných vozňov nie je podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ani sa nejedná o výrobu osobných klimatizovaných vozňov.**

Poskytnuté služby uvedené pod por. č. 1. „Zhotovenie a revitalizácia súprav Pendolino“, č. 2. „Vlastné zhotovenie a revitalizácia vozňov Wrmee 829“ a č. 3. „Prevedenie a revitalizácia vozňov Bdmtee“ komisia vyhodnotila ako spĺňajúce požiadavky obstarávateľa.

Komisia pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti taktiež overovala, či má uchádzač referencie v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní s výsledkom, že v predmetnej evidencii neidentifikovala žiadnu referenciu uchádzača XX.

Po sumarizácii zistení a zohľadnení upravenej hodnoty plnenia pod por. č. 1 na čiastku za rozhodné obdobie, komisia vyhodnotila za preukázané poskytnutie služieb spoločnosťou XX v súlade s požiadavkami obstarávateľa v hodnote **16 296 205,00 EUR bez DPH, t.j. pre splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov je potrebné preukázať ešte poskytnutie služieb v hodnote 3 703 795,00 EUR bez DPH.**

XA.

Po oboznámení sa s predloženým vysvetlením komisia posúdila splnenie podmienok účasti, týkajúce sa osobného postavenia spoločnosti XA a konštatovala, že uvedený hospodársky

subjekt spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

Komisia posúdila zoznam poskytnutých služieb spoločnosťou XA a má za to, že žiadne z poskytnutých plnení „Periodické opravy podvozkov osobných vozňov: modernizované vozne s podvozkami GP 200 radu ABpee 347, Bbdgmee 236, Bdmpee 233, Bdpee 231, Bdtee 276, Bfhpvee 295“, „Periodické opravy osobných vozňov radu WLABmz 826“, „Periodické opravy osobných vozňov radu WLABmz 826“ a „Periodické opravy lôžkových vozňov WLABmee v stupni hlavnej opravy“ nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa z dôvodu, že sa nejednalo o vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ani o výrobu osobných klimatizovaných vozňov, ale ide o údržbu osobných vozňov. Uchádzač ani v rámci doručeného vysvetlenia nepreukázal, že predmetom uvedených plnení bolo vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobenie osobných klimatizovaných vozňov, pričom uchádzač vo vysvetlení nevysvetlil ako uvedené poskytnuté služby zodpovedajú požiadavkám obstarávateľa na preukázanie minimálnej požadovanej úrovne zodpovedajúcej podmienky účasti.

V rámci vyhodnotenia splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti komisia taktiež overovala, či má XA referencie v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní, pričom v evidencii referencií neidentifikovala žiadnu referenciu hospodárskeho subjektu XA.

Vzhľadom na vyššie uvedené komisia dospela k záveru, že osoba, XA, ktorej kapacity boli použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, síce preukázala splnenie podmienok účasti, týkajúcich sa osobného postavenia, avšak nepreukázala predloženým zoznamom poskytnutých služieb splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, a preto u tejto osoby existuje dôvod na vylúčenie z verejného obstarávania podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

Z toho dôvodu Vás komisia v súlade s § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní žiada, aby ste:

- a) **nahradili osobu, XA, ktorej kapacity využívala** na preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti inou osobou,
- b) **predložili doklady inej osoby podľa písm. a)**, ktorými preukáže splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa ods. III.1.1 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa ods. III.1.3) oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania do určenej minimálnej požadovanej úrovne obstarávateľom.“

112. Z predloženej dokumentácie úrad ďalej zistil, že navrhovateľ dňa 22.04.2021 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO **Vyjadrenie k žiadosti o nahradenie inej osoby zo dňa 13.4.2021 vedenej pod č. 21342-S2521/2021-SeON zo dňa 22.04.2021** (ďalej len „Vyjadrenie k nahradeniu inej osoby“), v ktorej uviedol, cit.: „(...)keďže komisia mala po predložení našej ponuky vo verejnej súťaži „Modernizácia osobných vozňov radu Bdtmee do regionálnej dopravy“ za to, že z predložených dokladov nebolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods.1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov („ZVO“), dňa 19. 3. 2021 nás vyzvala na podanie vysvetlenia v súlade s § 40 ods. 4 ZVO. Na túto žiadosť o podanie vysvetlenia sme odpovedali dňa 25. 3. 2021 s uvedením všetkých rozhodujúcich skutočností, a to tak, aby sa splnenie podmienok účasti

podľa § 34 ods.1 písm. a) ZVO zo strany našej spoločnosti stalo po tomto podaní vysvetlenia nesporným.

Dňa 13. 4. 2021 sme obdržali žiadosť o nahradenie inej osoby v súlade s § 40 ods. 5 písm. c) ZVO. Komisia v predmetnej žiadosti okrem iného vyhodnotila zoznam poskytnutých referencií¹, a konštatovala, že:

- Zákazky pod por. č. 1, 2, 3 spĺňajú požiadavky obstarávateľa;
- Zákazky pod por. č. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 nezodpovedajú požiadavkám obstarávateľa;
- Zákazky pod por. č. 11 a 12 sú neprípustné z dôvodu povahy „nového dokladu“.

V súlade s vyššie uvedeným komisia následne vyhodnotila za preukázané poskytnutie služieb našou spoločnosťou v hodnote 16.296.205 EUR bez DPH, pričom pre splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov zostáva podľa komisie nepokrytá hodnota 3.703.795 EUR bez DPH.

Komisia svoje rozhodnutie neuznať naše referencie pod por. č. 11 a 12 odôvodňuje nasledovne:

„V doručenej odpovedi uchádzač zaslal obstarávateľovi aktualizovaný zoznam poskytnutých služieb, v ktorom boli doplnené dve nové položky, por. č. 11. „Kompletná modernizácia vozňov WRmz 815“ a č. 12 „Modernizácia vozňov Bdtmee 267, 268“. Komisia skúmala len obsahovú stránku predloženého dokladu v ponuke, avšak nežiadala uchádzača o doplnenie nových položiek do už predloženého zoznamu poskytnutých služieb. Komisia má za to, že v prípade týchto dvoch položiek sa jedná o predloženie dokladu s novým obsahom, teda o predloženie nového dokladu. Obstarávateľ podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní písomne požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ako vyplýva z metodického usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie číslo 5734- 5000/2017, zo dňa 20. 3. 2017, doplnenie predložených dokladov prichádza do úvahy, ak v predloženom doklade absentuje určitá požadovaná informácia, ktorá je dôležitá na overenie, či predložený doklad spĺňa minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti alebo, ak doklady preukazujúce splnenie podmienky účasti obsahujú nejednoznačné informácie. Výmena dokladu - referencie, ktorou uchádzač preukázal podmienku účasti, pričom táto referencia nespĺňa podmienku obstarávateľa za nový úplne iný doklad – inú referenciu, by nebola v súlade s postupom vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa zákona o verejnom obstarávaní.“

Z vyššie uvedeného vyplýva, že komisia vylúčila referencie č. 11 a 12 výlučne z dôvodu, že sa podľa nej jedná o predloženie nového dokladu, ktorý nie je prípustný a to s odkazom na parafrázu metodického usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie číslo 5734- 5000/2017, zo dňa 20. 3. 2017.

V nadväznosti na vyššie uvedené uvádzame, že podmienky účasti musia byť stanovené v súlade s princípom proporcionality v zmysle § 10 ods. 2 ZVO, a v súlade s týmto princípom je ich obstarávateľ následne povinný aj vyhodnocovať (t.j. primeranosť musí byť ťažiskovým základom akýchkoľvek úkonov obstarávateľa vo verejnom obstarávaní). Vylúčenie totiž predstavuje najtvrdší zásah do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania. Rozumieme, že inštitút vysvetlenia alebo doplnenia podľa § 40 ods. 4 ZVO je možné využiť iba v prípade, ak vo vzťahu ku konkrétnej podmienke účasti záujemca alebo uchádzač doklad predložil (ako súčasť ponuky). Ak je však táto podmienka splnená, a teda k predmetnej

podmienke účasti je predložený riadny dôkazný prostriedok (t.j. tak ako v našom prípade, kedy naša spoločnosť predložila zoznam poskytnutých služieb v súlade s požiadavkami obstarávateľa), uchádzačovi nemôže nič brániť v tom, aby svoju ponuku v režime podľa § 40 ods. 4 ZVO doplnil aj inou (svojou vlastnou) referenciou. V tejto súvislosti aj samotný § 40 ods. 4 ZVO počíta okrem vysvetlenia aj s možnosťou doplnenia predložených dokladov.

Sme presvedčení, že v posudzovanom prípade je potrebné (s prihliadnutím na princíp proporcionality) vyhodnotiť referencie pod por. č. 11 a 12 za primerané k stanovenému cieľu, ktorým je vždy preskúmanie skutočnosti, či uchádzač je alebo nie je dostatočne kvalifikovaný na plnenie predmetu zákazky. Naše doplnenie ponuky (dvoch referencií) v reakcii na žiadosť o vysvetlenie v žiadnom prípade nemôže poškodzovať záujmy iných uchádzačov, ani ním nedochádza k zvýhodňovaniu našej spoločnosti. V tejto súvislosti sa len sa potvrdzuje skutočnosť, ktorá je zrejmá už z obsahu našej ponuky, a teda, že sme vysoko spôsobilým zmluvným partnerom s ohľadom na predchádzajúcu činnosť našej spoločnosti a jej odborné zázemie.

V nadväznosti na vyššie uvedené zároveň dopĺňame, že metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie nepredstavuje právne záväzný výklad ZVO, ani individuálny správny akt s konštitutívnymi účinkami, čo potvrdil aj rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf/39/2009 zo dňa 17. 3. 2010. Uvedomujeme si, že metodické usmernenia môžu poskytovať nezáväzný výklad práva, z ktorého obstarávateľa čerpajú. Na druhej strane je však k týmto prameňom potrebné pristupovať rezervovane. Obstarávateľa si musia byť vedomí rizika, že metodické usmernenie nemusí byť v individuálnom konaní potvrdené.

Pokiaľ ide o spoločnosť XA, ktorej kapacity v zmysle § 34 ods. 3 ZVO využívame na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, len v krátkosti uvádzame odôvodnenie nesúhlasu s tvrdením komisie, že žiadne z plnení XA nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa. V tejto súvislosti uvádzame, že Zmluva o využití technických kapacít uzatvorená so spoločnosťou XA tvorila súčasť ponuky predloženej v inej verejnej súťaži vyhlásenej spoločnosťou ZSSK ako obstarávateľom, a to v rámci zákazky s takmer totožným predmetom plnenia - „Modernizácia osobných vozňov radu Bdt do regionálnej dopravy“, v ktorej komisia nijakým spôsobom nespochybnila referencie XA.

Na základe tohto vyjadrenia sa domnievame, že podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods.1 písm. a) ZVO sú splnené a to priamo našou spoločnosťou, a zároveň preto z tohto dôvodu nevzniká potreba nahradiť spoločnosť XA inou osobou v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) ZVO.“

113. Dňa 04.05.2021 kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO **Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania, č. 27514-S2521/2021-SeON zo dňa 03.05.2021** (ďalej len „Oznámenie o vylúčení“), cit.: „(...)Po preskúmaní i) dokladov predložených v ponuke, ii) doručeného vysvetlenia a doplnenia predložených dokladov, ako aj iii) vyjadrenia k nahradeniu osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, Vám obstarávateľ oznamuje, že Vás podľa § 40 ods. 6 písm. k) a podľa § 40 ods. 6, písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vylúčil z verejného obstarávania, pretože ste nenahradili inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazujete splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky, a ako uchádzač ste nespĺnili podmienky účasti vo verejnom obstarávaní.

Odôvodnenie:

Komisia vyhodnocovala splnenie podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti v súlade s oddielom III, bodom III.1.3 zverejneného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, podľa ktorého **mal uchádzač jej splnenie preukázať predložením Zoznamu poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania.** Po preskúmaní predložených dokladov a dokumentov Vašej ponuky komisia zistila, že ako uchádzač preukazujete splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti okrem vlastných kapacít aj s využitím technických a odborných kapacít inej osoby, hospodárskeho subjektu XA Komisia konštatovala, že z predložených dokladov v ponuke nemožno posúdiť splnenie podmienky technickej alebo odbornej spôsobilosti, nakoľko zo zoznamu poskytnutých služieb XX. nevedela posúdiť, do akej miery tieto plnenia zodpovedajú predmetu obstarávania, z dôvodu chýbajúcej podrobnejšej špecifikácie a taktiež nevedela vyhodnotiť či ako uchádzač spĺňate minimálnu požadovanú úroveň štandardov, pretože v zozname chýbala informácia o rozpočtovom náklade za stanovené rozhodné obdobie predchádzajúcich troch rokov od vyhlásenia verejného obstarávania niektorých služieb, ktorých lehota poskytovania presahovala stanovené rozhodné obdobie. **Poskytnuté služby spoločnosti XA posúdila ako nezodpovedajúce požiadavkám obstarávateľa.**

Z uvedených dôvodov Vás komisia listom č. 16641-S2521/2021-SeON zo dňa 19.03.2021 požiadala o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov. **V odpovedi doručenej prostredníctvom IS EVO dňa 25.03.2021 ste zaslali obstarávateľovi nový zoznam poskytnutých služieb, v ktorom boli oproti pôvodnému okrem iného doplnené dve nové referencie. Avšak komisia doplnenie nových položiek nepožadovala, žiadala iba o doplnenie podrobnejších informácií pre lepšie posúdenie obsahu a hodnoty poskytovaných služieb v predložennom zozname.**

Komisia má za to, že obstarávateľ je oprávnený podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov len v prípade, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Doplnenie dokladov prichádza do úvahy, ak v predložennom doklade absentuje určitá požadovaná informácia, alebo ak doklady preukazujúce splnenie podmienky účasti obsahujú nejednoznačné informácie. Doplnenie nového dokladu - referencie resp. výmena referencie, ktorá nespĺňa podmienku obstarávateľa za inú referenciu, ktorú neobsahovala predložená ponuka, podľa názoru komisie, ako aj s poukazom na metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) číslo 5734-5000/2017, zo dňa 20. 3. 2017, by bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. Z toho dôvodu komisia doplnené dve nové referencie neprijala. Vychádzajúc aj zo zverejnených rozhodnutí úradu, napr. číslo: 13012-6000/2020-OD, zo dňa 22. 10. 2020 je uvedený postup obstarávateľa súladný s doterajšou aplikačnou praxou úradu.

Na základe doplnených informácií k jednotlivým položkám zoznamu poskytnutých služieb komisia konštatovala, že služby uvedené v zozname pod por. č. 1, 2 a 3 zodpovedajú požiadavkám obstarávateľa na preukázanie poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, stanoveným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. **Plnenia uvedené pod por. č. 6, 7, 8, 9 a 10 komisia vyhodnotila ako nespĺňajúce stanovené požiadavky obstarávateľa z dôvodu, že vykonaná modernizácia osobných vozňov nie je podobného charakteru ako je predmet zákazky, nakoľko ide iba o**

čiasťočné úpravy alebo humanizácie osobných vozňov, ktoré svojim rozsahom nie sú komplexnou modernizáciou a nejde ani o výrobu osobných klimatizovaných vozňov. Poskytnuté služby uvedené v zozname pod por. č. 4 a 5, ako Vám už komisia oznámila listom č. 16641-S2521/2021-SeON a č. 21342-S2521/2021-SeON, nezodpovedajú požiadavkám obstarávateľa, nakoľko ich predmetom nie je modernizácia osobných vozňov ani nie sú vyrobené osobné klimatizované vozne.

Po porovnaní doplnenej podrobnejšej špecifikácie vykonaných prác jednotlivých položiek zoznamu s opisom predmetu zadávanej zákazky, komisia plnenia uvedené v zozname uchádzača pod por. č.:

- 1. „Zhotovenie a revitalizácia súprav Pendolino“,
- 2. „Vlastné zhotovenie a revitalizácia vozňov Wrmee 829“,
- 3. „Prevedenie a revitalizácia vozňov Bdmtee“

vyhodnotila ako spĺňajúce požiadavky minimálnej úrovne obstarávateľa zodpovedajúcej podmienky účasti, pretože sú podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. vykonanými modernizáciami osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania. Komisia to odôvodňuje tým, že pri poskytnutí týchto služieb musel uchádzač navrhnúť a realizovať vlastné riešenie jednotlivých celkov a dielov v železničnom koľajovom vozidle (ďalej len „ŽKV“), ktorých výsledkom bola zásadná zmena vybavenia interiéru celého vozňa a zmena technických parametrov ŽKV.

Zrealizovaná modernizácia osobných vozňov podľa položiek č.:

- 6. „Zhotovenie a revitalizácia nástup. priestorov osobného vozňa B008“,
- 7. „Zhotovenie kompletnej revitalizácie nástup. priestorov vozňa Ampz 18-91“,
- 8. „Zhotovenie modernizácie detských kupé pre vozne Bmpz 28-91 a Abmz 30-90“,
- 9. „Zhotovenie modernizácie univerzálnych WC buniek“,
- 10. „Zhotovenie univerzálnej WC bunky podľa projektu GWT 628“

nie je podobného rozsahu, aký vyplýva z opisu predmetu zákazky, ani nejde o výrobu osobných klimatizovaných vozňov. Komisia má za to, že poskytnuté služby v bodoch č. 6, 7, 8, 9 a 10 sú iba čiastočné modernizácie, resp. úpravy osobných vozňov, ktoré svojim rozsahom nie sú porovnateľné s predmetom obstarávania. Pri realizácii uvedených služieb nemusel uchádzač preukázať podobné odborné a technické znalosti ako si vyžaduje predmet zákazky, nakoľko uvedené služby sa týkali iba vybraných celkov osobného vozňa (vákuová toaleta, elektroinštalácia, úprava dverí, informačný systém, úprava častí interiéru osobného vozňa), kde uchádzač vychádzal pri návrhu a realizácii zo skutkového stavu daného vozňa, do ktorého implementoval vlastné riešenie. Za poskytnuté služby podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. vykonané modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ktorý bol určený v súťažných podkladoch, bolo možné považovať komplexnú modernizáciu ŽKV, pri ktorej uchádzač navrhol a realizoval modernizáciu, ktorej výsledkom je zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosadenie nového centrálného zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).

Komisia taktiež v súlade s § 40 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní overovala, či má uchádzač referencie v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní, avšak v predmetnej evidencii neidentifikovala žiadnu referenciu uchádzača XX.

Po sumarizácii zistení a zohľadnení upravenej hodnoty plnenia pod por. č.1 na čiastku za rozhodné obdobie, komisia vyhodnotila ako preukázané poskytnutie služieb uchádzačom XX v súlade s požiadavkami obstarávateľa v hodnote 16 296 205,00 EUR bez DPH, t.j. pre splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov obstarávateľom mal uchádzač preukázať ešte poskytnutie služieb v hodnote 3 703 795,00 EUR bez DPH. Z doplnených informácií však nevyplýva poskytnutie služieb spĺňajúcich požiadavky obstarávateľa uchádzačom XX v požadovanej hodnote tak, aby bola splnená minimálna požadovaná úroveň štandardov.

Komisia posúdila taktiež predložené doklady za hospodársky subjekt XA. Komisia mala za preukázané splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia hospodárskeho subjektu XA. Zároveň však konštatovala, že žiadne z plnení uvedených v zozname poskytnutých služieb XA, nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa, z dôvodu, že obsahom poskytnutých služieb nie je vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ani výroba osobných klimatizovaných vozňov; predmetom poskytnutých služieb je údržba osobných vozňov. Uchádzač ani v rámci doručeného vysvetlenia nepreukázal, že išlo o vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobenie osobných klimatizovaných vozňov, ani nevysvetlil prečo uvedené poskytnuté služby zodpovedajú požiadavkám obstarávateľa.

Komisia zároveň neidentifikovala v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní žiadnu referenciu hospodárskeho subjektu XA.

Z vyššie uvedeného dôvodu komisia mala za to, že u hospodárskeho subjektu XA existuje dôvod na vylúčenie z verejného obstarávania podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a preto Vás komisia podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, listom č. 21342-S2521/2021-SeON zo dňa 13.04.2021 požiadala o nahradenie osoby, XA, ktorej kapacity využívate na preukázanie splnenia podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti, inou osobou v lehote siedmich (7) pracovných dní.

V stanovenej lehote ste doručili vyjadrenie k žiadosti komisie o nahradenie inej osoby (ďalej len „vyjadrenie“), avšak osobu XA, ktorá nespĺňa určené požiadavky, ste nenahradili inou osobou, ktorá splňa určené požiadavky.

Vo svojom vyjadrení ste uviedli, že podmienky účasti musia byť stanovené v súlade s princípom proporcionality podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a takisto musia byť aj vyhodnocované. Zároveň zastávate názor, že doplnenie zoznamu poskytovaných služieb o nové referencie nemôže poškodzovať záujmy iných uchádzačov, ani tým nedochádza k zvýhodňovaniu Vašej spoločnosti; doplnenými referenciami sa len potvrdzuje, že ste ako uchádzač vysoko spôsobilým zmluvným partnerom s ohľadom na predchádzajúcu činnosť Vašej spoločnosti a jej odborné zázemie. **Taktiež nesúhlasíte s tvrdením komisie, že žiadne z plnení XA nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa, z dôvodu, že Zmluva o využití technických kapacít uzatvorená s uvedenou spoločnosťou XA bola aj súčasťou ponuky vo verejnej súťaži s názvom predmetu zákazky „Modernizácia osobných vozňov radu Bdt do regionálnej dopravy“ a komisia pri vyhodnocovaní predložených ponúk nijakým spôsobom nespochybnila referencie XA.** Podľa Vášho názoru sú podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods.1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní splnené priamo Vašou spoločnosťou, a preto nevzniká potreba nahradiť spoločnosť XA inou osobou v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.

Komisia po preskúmaní doručenej odpovede konštatovala, že ste ako uchádzač nenahradili inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo

odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky.

K vyššie uvedeným tvrdeniam komisia poznamenáva, že obstarávateľ Vás ako uchádzača, v zmysle princípu proporcionality, z dôvodu potreby riadneho zistenia skutkového stavu, požiadal o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov. V súlade s princípmi rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie hospodárskych subjektov a princípom transparentnosti Vám neumožnil dodatočné doplnenie referencií, ktoré neboli súčasťou pôvodne predloženej ponuky.

V prípade, ak ste považovali zverejnené podmienky vyhlásenej verejnej súťaže za neprimerané, mohli ste ako záujemca podať žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky podľa § 164 zákona o verejnom obstarávaní.

*Komisia má vedomosť o tom, že hospodársky subjekt XX, ako uchádzač predložil ponuku vo verejnom obstarávaní s názvom predmetu zákazky „Modernizácia osobných vozňov radu Bdt do regionálnej dopravy“. Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo pre uvedení zákazku zverejnené v Dodatku k Úradnému vestníku EÚ pod označením 2020/S 029-068540 dňa 11.02.2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 37/2020 pod označením 9544–MSS dňa 12.02.2020. Predmetná nadlimitná zákazka bola realizovaná postupom verejnej súťaže podľa § 91 v spojení s § 66 ods. 7 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní, teda tzv. „reverznou verejnou súťažou“, kedy dochádza, oproti štandardnému postupu zadávania zákazky verejnou súťažou podľa § 91 v spojení s § 66 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, k výmene jednotlivých krokov, a to tak, že po otvorení ponúk obstarávateľ uskutoční vyhodnotenie ponúk podľa § 53 zákona o verejnom obstarávaní, vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky a až následne vyhodnotí splnenie podmienok účasti uchádzačov, ktorých ponuky neboli vylúčené, podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní. V uvedenom verejnom obstarávaní teda komisia vyhodnotila ponuky podľa § 53 zákona o verejnom obstarávaní najprv z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky, následne vyhodnocovala ponuky, ktoré neboli vylúčené, podľa kritérií na vyhodnotenie ponúk, pričom zostavila poradie uchádzačov pred elektronickou aukciou. Splnenie podmienok účasti uchádzačov komisia posudzovala až po uskutočnení elektronickej aukcie. **Ponuka Vašej spoločnosti XX bola vylúčená podľa § 53 ods.5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t.j. ešte pred uskutočnením elektronickej aukcie. Z uvedeného vyplýva, že komisia vo verejnej súťaži „Modernizácia osobných vozňov radu Bdt do regionálnej dopravy“ neposudzovala splnenie podmienok účasti spoločnosti XX, ako uchádzača v predmetnom verejnom obstarávaní, a preto ani nevyhodnocovala predložené referencie tohto uchádzača.***

Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto listu.

114. Navrhovateľ následne doručil úradu a kontrolovanému námietky v lehote, podobe a v rozsahu uvedenom v predošlej časti tohto rozhodnutia.

Právny rámec

115. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

116. Podľa § 21 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní na účely tohto zákona sa do lehoty určenej podľa dní nezapočítava deň, keď došlo ku skutočnosti určujúcej začiatok lehoty. Lehoty určené podľa týždňov, mesiacov alebo rokov sa končia uplynutím toho dňa, ktorý sa svojím označením zhoduje s dňom, keď došlo ku skutočnosti určujúcej začiatok lehoty, a ak taký deň v mesiaci nie je, končí sa lehota posledným dňom mesiaca. Ak koniec lehoty pripadne na sobotu alebo na deň pracovného pokoja, je posledným dňom lehoty najbližší budúci pracovný deň.
117. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú desať rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, ak osobitný predpis neustanovuje inak; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania.
118. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.
119. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (prvá veta) verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.
120. Podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie.
121. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.
122. Podľa § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

K neuznaniu referencií navrhovateľa vedených pod č. 6 až 10

123. Úrad v prvom rade poukazuje na kontrolovaným určenú minimálnu požadovanú úroveň štandardov v bode III.1.3.6) Oznámenia, v ktorom kontrolovaný zakotvil, cit.: „*Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Uchádzač preukáže predložením Zoznamu poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne, uskutočnené v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia verejného obstarávania, s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov v celkovej minimálnej hodnote 20 000 000,00 EUR bez DPH spolu za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania.* Uvedené minimálne štandardy sa v tomto verejnom obstarávaní viažu na podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad si dovoľuje úvodom poznamenať, že slovné spojenie „rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ je v praxi zaužívanou formuláciou minimálnych štandardov, napriek tomu, že takáto formulácia minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nemá explicitný normatívny charakter, čím úrad nekonštatuje, že by samo osebe išlo o formuláciu rozpornú so zákonom o verejnom obstarávaní, ale problematickým sa tu javí, čo sa aj ukazuje v cyklicky opakujúcich sa revíziách konaniach, pojmové uchopenie spojenia „podobného charakteru ako je predmet zákazky“, ktoré častokrát verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia nedostatočne vymedzia v rozpore s ustanovením § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, čo v konečnom dôsledku rezultuje do netransparentného postupu podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní pre nečitateľnosť a nepredvídateľnosť postupu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.
124. V rámci tohto verejného obstarávania kontrolovaný vyššie uvedené v praxi zaužívané slovné spojenie „rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ špecifikoval v bode III.1.3.6) Oznámenia, pričom kontrolovaný osobitne definoval „podobného charakteru“ nasledovne, cit.: „(...), t. j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne (...)“. Pri zovšeobecnení navrhovateľových námietok vo vzťahu k minimálnym štandardom vo väzbe na ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, možno konštatovať, že navrhovateľ vidí postup kontrolovaného za nesúladný so zákonom o verejnom obstarávaní z toho dôvodu, že minimálne štandardy nepožadujú, aby predchádzajúce plnenia podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vykazovali atribút „komplexnosti“ – komplexná modernizácia železničných koľajových vozňov (ďalej len „ŽKV“), pričom navrhovateľ zároveň dôvodí, že takáto informácia nevyplýva zo súťažných podkladov/Oznámenia a že o takejto požiadavke na minimálne štandardy technickej alebo odbornej spôsobilosti sa dozvedel až v rámci Oznámenia o vylúčení. Vo všeobecnosti platí, že pri použitej formulácii „rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ dochádza v rámci procesu vyhodnocovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti ku komparácii doručeného zoznamu predchádzajúcich plnení so stanoveným opisom predmetu zákazky. Kontrolovaný však v tomto verejnom obstarávaní bližšie definoval „podobného charakteru ako je predmet zákazky“, čo vo všeobecnosti možno považovať za žiaduce pri požiadavke, ktorú kladie zákonodarca a recentná rozhodovacia prax (viď ďalšia časť rozhodnutia) na súťažné podklady, resp. oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania (v praxi sa minimálne štandardy upravujú buď v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a/alebo priamo v súťažných podkladoch). Pri definícii „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ kontrolovaný uplatňuje svoje oprávnenie určiť podmienky účasti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní v spojitosti

s ustanovením § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovanému sa v prípade definície „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ ponúka široký diapazón, ako môže zadať minimálne štandardy požiadaviek na technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť – v tomto prípade podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v rámci minimálnych štandardov môže v súvislosti s opisom predmetu zákazky legitímne limitovať okruh predchádzajúcich plnení subsumovateľných pod pojem „podobného charakteru ako je predmet zákazky“. Ak sa už kontrolovaný rozhodne využiť svoje oprávnenie bližšie definovať spojenie „podobného charakteru ako je predmet zákazky“, popri normatívnych požiadavkách na proporčné a vecne súvisiace podmienky účasti vo väzbe na predmet zákazky (§ 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní), kontrolovaný musí zároveň jasne, určito a zrozumiteľne definovať, čo považuje za „podobného charakteru ako je predmet zákazky“. Miera precíznosti pri definovaní „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ však závisí aj od obstarávaného predmetu zákazky. Inak povedané, platí tu všeobecná paradigma, že jasnosť, určitosť a zrozumiteľnosť definovania „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ je determinovaná obstarávaným predmetom zákazky a jeho zložitou. Pri istej dávke generalizácie možno konštatovať, že pri jednoduchších zákazkách (napríklad obstaranie jedného konkrétneho tovaru) je posudzovanie, interpretácia a výklad spojenia „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ jednoduchšie než v prípade zložitejších zákazkách, najmä v prípade, ak sa obstaráva určitá komplexná služba.

125. Úrad so zreteľom na zistený skutkový stav a určený opis predmetu zákazky má za to, že v tomto prípade ide o komplexnú modernizáciu ŽKV, čo vyplýva z bodu II.2.4) Oznámenia, časti A.1, bod 2.4 a osobitne z obsiahnutého bodu 1.4, časti B.1 súťažných podkladov (viď zistenia úradu). To znamená, že na jednej strane tu máme modernizáciu ŽKV, ktorá vykazuje prvky komplexnosti v opise predmetu obstarávania. Na druhej strane kontrolovaný zakotvil minimálne štandardy podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pričom „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ definoval ako „**t. j. zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobené osobné klimatizované vozne (...)**“. Pri vykonanej podrobnej atomizácii predmetnej definície „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ nemožno konštatovať, že by takáto formulácia vykazovala prvky jasnosti, určitosti a zrozumiteľnosti pre navrhovateľa (a ostatných uchádzačov) na účely predloženia ponuky a jej vyhodnotenia v časti týkajúcej sa podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, a to z dôvodov popísaných v ďalšej časti tohto rozhodnutia.
126. Nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť zakotvenej definície v časti „zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania“ spočíva podľa úradu v tom, že nemožno jednoznačne určiť, čo je „podobný rozsah“ ako je predmet obstarávania, ktorým je komplexná modernizácia ŽKV. Považuje sa za podobný rozsah, ak navrhovateľ (prípadne iný uchádzač) predloží referenciu, ktorá pokrýva modernizáciu „len“ v časti vákuových WC, nástupných dverí, klimatizácie, Wifi, alebo musí ísť aj o bezpečnostný komunikačný systém, kamerový systém, návalky atď.? Inak povedané, kde je tá „deliaca čiara“, kedy už určitá referencia spadá do podobného rozsahu, a kedy už nie? A aký „podobný rozsah“ pri tej-ktorej referencii nadobúda atribút komplexnosti? Pri takto špecifickom komplexnom opise predmetu zákazky formulácia „zoznam vykonaných modernizácií osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania“ dáva kontrolovanému v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti do rúk akéhosi „čierneho Petra“, pretože môže svojvoľne, ťažko uchopiteľne, nečitateľne a nepredvídateľne rozhodovať, ktoré referencie sú, a ktoré nie sú podobného charakteru ako je predmetu zákazky, najmä za situácie, keď sa obstaráva

komplexná modernizácia ŽKV. Z definície „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ jednoznačne síce vyplýva, že má ísť o modernizáciu osobných vozňov, problematickým sa však javí, že táto modernizácia osobných vozňov má byť v bližšie neurčenom „podobnom rozsahu“, ktorý so zreteľom na komplexný opis predmetu zákazky je len ťažko určiteľný. Predmetná nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť definície „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ je následne ešte „znásobená“ pokračovaním vety za čiarkou, cit.: „(...) resp. vyrobené osobné klimatizované vozne (...)“ Uvedenú formuláciu treba vnímať aj v kontexte použitého slova „resp.“, ktoré podľa Slovníku cudzích slov (akademický) z roku 2005 môže mať:

- **1. význam:** „presnejšie povedané, vlastne, totiž“, alebo
- **2. význam:** „prípadne, eventuálne alebo“.

127. Zatiaľ čo prvý význam slova respektíve je konkretizáciou niečoho, čo bolo vyslovené/napísané pred slovom respektíve, druhý význam má už alternatívnu povahu – prípadne, eventuálne, alebo.

128. Podľa úradu nielenže nie je zrejmé, v súčte koľko služieb realizovaných navrhovateľom v rámci jednej zákazky na modernizáciu osobných vozňov napĺňa atribút „podobného rozsahu“ (veta pred „resp.“), ale zároveň nie je zrejmé,

- či do tohto „podobného rozsahu“ majú byť zároveň zahrnuté „vyrobené osobné klimatizované vozne“ podľa prvého jazykového významu, alebo
- či vo vzťahu k „podobnému rozsahu“ možno predkladať alternatívne referencie, ktoré súviseli len s vyrobenými osobnými klimatizovanými vozňami podľa druhého jazykového významu (t. j. alternatívne vo vzťahu k „podobnému rozsahu ako je predmet zákazky“).

129. Inak povedané, veta „(...) resp. vyrobené osobné klimatizované vozne (...)“ pripúšťa dvojaký výklad, t. j. že:

- vyrobené osobné klimatizované vozne musia byť imanentnou súčasťou „podobného rozsahu“ (prvý možný výklad), alebo
- navrhovateľ (a uchádzači) predložia referencie buď na „podobného rozsahu“ (čo už je samo osebe neurčité), alebo samostatne len na vyrobené osobné klimatizované vozne.

130. Nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť je ešte následne vygradovaná tým, že z definície minimálnych štandardov v bode III.1.3.6) Oznámenia nevyplýva, že by kontrolovaný požadoval jednoznačne referencie na komplexnú modernizáciu osobných vozňov, pretože opis predmetu zákazky síce vykazuje prvky komplexnosti, ale definičným limitovaním „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ navrhovateľ (a ostatní uchádzači) nedisponujú jednoznačnou, určitou a zrozumiteľnou dikciou, z ktorej by mohli vyvodit' komplexnosť požadovaných referencií pri predkladaní ponúk.

131. Úrad v rámci svojej rozhodovacej praxe dlhodobo konštatuje, že ak sú po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk v určitej časti podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nejasné, neurčité a nezrozumiteľné, táto skutočnosť ide na ťarchu kontrolovaného. So zreteľom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že takto kontrolovaným nastavené nejasné, neurčité a nezrozumiteľné minimálne štandardy podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia treba vykladať v prospech navrhovateľa (uchádzačov) a kontrolovaný je povinný akceptovať referencie pokrývajúce parciálne časti opisu predmetu zákazky bez ohľadu na ich rozsah vo vzťahu k obstarávanému predmetu zákazky, zároveň je povinný akceptovať aj referencie, ktoré prislúchajú alternatívne významu spojenia „resp.“, t. j. z dôvodu dvojakého výkladu, ktorý prichádza do úvahy, je

kontrolovaný povinný akceptovať referencie, ktoré bez ohľadu na rozsah plnení nesúviseli s výrobou osobných klimatizovaných vozňov, alebo referencie, ktoré súviseli aj len s výrobou osobných klimatizovaných vozňov. To znamená, že kontrolovaný je povinný v dôsledku ním zapríčinennej nejasnosti, neurčitosti a nezrozumiteľnosti minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia akceptovať referencie podľa oboch jazykových významov popísaných v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia.

132. Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania a v ňom obsiahnuté ustanovenia treba vykladať na ťarchu kontrolovaného, ktorý ich ako prvý v rámci svojho konania použil, čo je situácia, ktorú rieši ustanovenie § 266 ods. 4 zákona č. 513/1991 Zb., **Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „OBZ“), podľa ktorého prejav vôle, ktorý obsahuje výraz pripúšťajúci rôzny výklad, treba pri pochybnostiach vykladať na ťarchu strany, ktorá ako prvá v konaní tento výraz použila.** To znamená, že v tomto prípade prvýkrát použil definíciu „podobného charakteru ako predmet zákazky“ kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v situácii, keď táto nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť vyvstala až v rámci vylúčenia navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania, treba uplatniť pravidlo obsiahnuté v ustanovení § 266 ods. 4 OBZ, ktoré sa subsidiárne uplatňuje aj v rámci verejného obstarávania, pretože zákon o verejnom obstarávaní neobsahuje osobitné ustanovenia o výklade právnych úkonov. Na subsidiárnu povahu OBZ vo vzťahu k zákonu o verejnom obstarávaní poukázal úrad napríklad v rozhodnutí č. 15440-6000/2019-OD/8, 14931-6000/2018-OD/8 zo dňa 12.11.2020, cit.: „*Zákon o verejnom obstarávaní všeobecne je lex specialis k Obchodnému zákonníku, resp. Občianskemu zákonníku, a teda ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní majú pri úkonoch vedúcich k uzavretiu zmluvy, prednosť pred ustanoveniami lex generalis, iba vtedy, ak uzatváraná zmluva je výsledkom verejného obstarávania.*“ Zároveň úrad poukazuje na rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2S 35/2013-67, cit.: „**Požiadavka jednoznačnosti, konkrétnosti a presnosti celej dokumentácie vo verejnom obstarávaní vyplýva zo všeobecnej zásady transparentnosti.** Táto zásada spolu so zásadou zákazu diskriminácie a zásadou rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi musí byť verejným obstarávateľom dodržiavaná v rámci celého obstarávania. **Porušením tejto zásady je potom akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, ktoré spôsobuje nečitateľnosť obstarávania. Tak tomu môže byť napr. aj vtedy, ak dokumentácia (súťažné podklady, oznámenie ...) neobsahuje jednoznačne a zrozumiteľne formulované pravidlá. Takáto interpretačná neistota nemôže postihovať žiadneho z uchádzačov, ale len samotného verejného obstarávateľa. Je totiž treba zdôrazniť, že je to práve verejný obstarávateľ, kto dokumentáciu vyhotovuje, prípadne si ju nechá vyhotovovať, a teda potom za správnosť a úplnosť dokumentácie zodpovedá. Ak sú podmienky účasti tak nejasné, že objektívne pripúšťajú rozdielny výklad ohľadne požiadaviek na predloženie ponuky, je postup verejného obstarávateľa fakticky nekontrolovateľný, čo je celkom evidentne porušením zásady transparentnosti.**“ Ďalej úrad dáva do pozornosti rozhodnutie č. 13949-6000/2020-OD zo dňa 29.10.2020, ktoré rovnako poukazuje na nutnosť vykladania súťažných podkladov, resp. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania na ťarchu kontrolovaného s odkazom na ustálenú rozhodovaciu prax Rady úradu v tejto otázke, cit.: „*Úrad s poukazom na rozhodnutie Rady úradu č. 10930-9000/2018 z 23. 10. 2018 považuje za potrebné zdôrazniť, že v prípade, ak kontrolovaný podmienku účasti jasne a jednoznačne nezadefinoval v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, vo výzve na predkladanie ponúk alebo v súťažných podkladoch, na základe čoho pri vyhodnotení jej splnenia prichádzajú do úvahy jej viaceré výklady (všetky súladné s jej nejednoznačným znením), všetky takéto výklady by mali byť kontrolovaným akceptované.* Opačný postup, ktorý by mal za následok záver o nesplnení podmienky účasti uchádzačom, ktorý nejednoznačnú požiadavku kontrolovaného

pochopil určitým spôsobom, by totiž bol v rozpore so samotným znením podmienky účasti, ktorý výklad použitý uchádzačom pripúšťa a nepochybne by bol aj v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi a záujemcami. Nemožno klásť na ťarchu uchádzača nedostatky formulácie podmienky účasti stanovenej kontrolovaným, ktoré umožňujú rôzny výklad (napr. rozhodnutia Rady č. 2692-9000/2014-KR/14 zo dňa 24. 04. 2014, č. 12890-9000/2017 zo dňa 24. 08. 2017 a č. 14595-9000/2017 zo dňa 16. 10. 2017).“

133. Úrad konštatuje, že kontrolovaný je povinný so zreteľom na ním spôsobenú nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť definície „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ akceptovať aj referencie, ktoré pokrývajú parciálne časti opisu predmetu zákazky bez ohľadu na ich rozsah (vo vzťahu k obstarávanému predmetu) s ohľadom na skutočnosť, že v kontrolovaným zakotvenej vágnej definícii „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ v bode III.1.3.6) Oznámenia, nemožno jednoznačne určiť, aký rozsah, t. j. súhrn čiastkových predchádzajúcich plnení v tej-ktorej referencii je „podobného rozsahu ako je obstarávaný predmet“. Zároveň je kontrolovaný povinný akceptovať skúsenosť s vyrobenými osobnými klimatizovanými vozňami spôsobom uvedeným v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia. Uvedená definícia „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ v rámci minimálnych štandardov podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia spôsobuje nemožnosť určiť, čo sa považuje za „podobný rozsah“ vo vzťahu ku komplexnej modernizácii ŽKV vo väzbe na časť B.1, bod 1.4 súťažných podkladov. Nakoľko definícia podobného charakteru ako je predmet zákazky následne pokračuje dikciou (pripúšťajúcou dvojaký výklad), cit: „„(...)resp. vyrobené osobné klimatizované vozne (...)““, kontrolovaný je povinný vyhodnocovať splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia tak, že uchádzač splní uvedenú podmienku tým:
 - ak v rámci rozsahu predchádzajúcich plnení, ktoré pokrývajú akýkoľvek obstarávaný rozsah predmetu zákazky, bude mať zahrnuté aj vyrobené osobné klimatizované vozne, alebo
 - ak v rámci rozsahu predchádzajúcich plnení, ktoré pokrývajú akýkoľvek obstarávaný rozsah predmetu zákazky, nebude mať zahrnuté vyrobené osobné klimatizované vozne, alebo
 - ak rámci rozsahu predchádzajúcich plnení má zahrnuté len vyrobené osobné klimatizované vozne.
134. Navrhovateľ totiž môže preukázať splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia vo väzbe na ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní aj „vyskladaním“ jednotlivých referencií, pričom každá referencia bude jednotlivo pokrývať určité parciálne časti obstarávaného predmetu zákazky podľa časti B.1, bodu 1.4 súťažných podkladov. Z vyššie uvedeného vyplýva, že uchádzač splní minimálne štandardy v tomto verejnom obstarávaní, ak predloží referenciu, ktorá bude čiastočne zodpovedať obstarávanému predmetu (bez ohľadu na rozsah), pričom pre vzťah „podobného rozsahu“ a požiadavky uvedenej vo vete za „resp.“ platí to, čo úrad uviedol v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia. Kontrolovaný je takto povinný pristupovať pri vyhodnocovaní všetkých referencií v tomto verejnom obstarávaní, t. j. aj tých, ktoré navrhovateľ predložil „za seba“ pod por. č. 1 až 10 a za tretiu osobu pod por. č. 1 až 4.
135. Kontrolovaný v Žiadosti o vysvetlenie neuznal „vlastné“ referencie navrhovateľa uvedené pod poradovým č. 4 a 5, pričom úrad z námietok navrhovateľa vyvodil, že samotné neuznanie týchto referencií navrhovateľ nerozporuje, meritom námietok v tejto časti je ich nahradenie novými referenciami v rámci Vysvetlenia, t. j. doplnené referencie pod por. č. 11 a 12 (pozri viac v ďalšej časti tohto rozhodnutia).

136. So zreteľom na vyššie uvedené sa úrad nestotožňuje s dôvodom vylúčenia navrhovateľa, cit.: „Komisia má za to, že poskytnuté služby v bodoch č. 6, 7, 8, 9 a 10 sú iba čiastočné modernizácie, resp. úpravy osobných vozňov, ktoré svojim rozsahom nie sú porovnateľné s predmetom obstarávania. Pri realizácii uvedených služieb nemusel uchádzač preukázať podobné odborné a technické znalosti ako si vyžaduje predmet zákazky, **nakol'ko uvedené služby sa týkali iba vybraných celkov osobného vozňa (vákuová toaleta, elektroinštalácia, úprava dverí, informačný systém, úprava častí interiéru osobného vozňa)**, kde uchádzač vychádzal pri návrhu a realizácii zo skutkového stavu daného vozňa, do ktorého implementoval vlastné riešenie. Za poskytnuté služby podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. vykonané modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ktorý bol určený v súťažných podkladoch, bolo možné považovať komplexnú modernizáciu ŽKV, pri ktorej uchádzač navrhol a realizoval modernizáciu, ktorej výsledkom je zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosadenie nového centrálneho zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).“ Práve naopak, s ohľadom na spomínanú nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť „podobného charakteru ako je predmet zákazky“, nie je zrejmé, ktoré vybrané celky osobného vozňa v súčte dosahujú požadovaný „podobný rozsah“, ktorý by zároveň bolo možné kvalifikovať ako „komplexnú modernizáciu ŽKV“. Takúto požiadavku pri žiadnom možnom výklade a interpretácii nemožno vyvodiť z dikcie minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti v bode III.1.3.6) Oznámenia. Keďže v rámci rozhodovacej praxe úrad razí cestu, že nejasnosť, neurčitosť a nezrozumiteľnosť súťažných podkladov, resp. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania (v praxi býva otázka minimálnych štandardov upravená buď v súťažných podkladoch, alebo v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, prípadne v oboch dokumentoch) sa má vykladať na ťarchu kontrolovaného (viď zároveň § 266 ods. 4 OBZ), treba prisvedčiť záveru, že kontrolovaný je povinný akceptovať aj referencie podľa pravidiel uvedeného v bode 133. tohto rozhodnutia. **Tento základný rámec vo vyhodnocovaní splnenia minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti je kontrolovaný povinný aplikovať aj v prípade referencií tretej osoby.**
137. Úrad sa taktiež nestotožňuje s odôvodnením vylúčenia navrhovateľa, v rámci ktorého kontrolovaný uviedol, cit.: „Za poskytnuté služby podobného charakteru, ako je predmet zákazky, t.j. vykonané modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ktorý bol určený v súťažných podkladoch, bolo možné považovať komplexnú modernizáciu ŽKV, pri ktorej uchádzač navrhol a realizoval modernizáciu, ktorej výsledkom je zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosadenie nového centrálneho zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).“ Opakujúc už vyššie uvedené, z bodu III.1.3.6) Oznámenia, ani zo súťažných podkladov, nevyplýva, že referencia má vykazovať prvky komplexnosti modernizácie ŽKV. Navrhovateľ v rámci prekladania ponuky nedisponoval informáciou o tom, že súčasťou referenčného plnenia má byť, cit.: „(...)zásadná zmena technických parametrov ŽKV, resp. zvýšenie kvalitatívnych vlastností ŽKV ako celku (napr. dosadenie nového centrálneho zdroja energie (CZE), dosadenie nových dverí, dosadenie klimatizácie, modernizácia brzdového systému, zvýšenie rýchlosti ŽKV a pod.).“ Ak kontrolovaný požadoval takúto úroveň referencií, kontrolovanému nič nebránilo takúto požiadavku definovať v rámci minimálnych štandardov. Navrhovateľ sa o tejto požiadavke na minimálne štandardy podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti dozvedá až v rámci Oznámenia o vylúčení, pričom úradu nie je zrejmé, o aké ustanovenie Oznámenia, či súťažných podkladov kontrolovaný opiera svoje tvrdenie o tom, že tieto referencie majú

napĺňať atribúty, ktoré kontrolovaný uviedol v poslednej citovanej časti Oznámenia o vylúčení.

138. So zreteľom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že **kontrolovaný porušil ustanovenie § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nejednoznačnosť, nejasnosť a nezrozumiteľnosť minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti spôsobuje nečitateľnosť a nepredvídateľnosť postupu kontrolovaného v rámci vyhodnocovania podmienok účasti a táto interpretačná neistota objektívne pripúšťa rozdielny výklad minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia, čo je celkom evidentne porušením princípu transparentnosti. Preto úrad považuje námietky navrhovateľa v časti týkajúcej sa vlastných referencií pod por. č. 6 až 10 za opodstatnené.**

K neuznaniu referencií tretej osoby XA

139. Úrad konštatuje, že v Žiadosti o vysvetlenie kontrolovaný vo vzťahu k „vlastným“ referenciám navrhovateľa uvedenými pod por. č. 1. až 3 a 6 až 10 na tomto mieste v súlade so zákonom identifikoval potrebu uplatniť inštitút vysvetlenia, nakoľko z predloženého zoznamu vlastných referencií skutočne nebolo možné zistiť, či referencie pod týmito por. č. zodpovedajú stanoveným podmienkam účasti v rámci minimálnej požadovanej úrovni štandardov a zároveň kontrolovaný oprávnene poukázal na to, že realizácia niektorých plnení zároveň presahuje stanovené rozhodné obdobie (predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia verejného obstarávania) – kontrolovaný zároveň vo vzťahu k týmto nedostatkom navrhovateľovej ponuky dostatočne jasno, určito a zrozumiteľne v „petite“ Žiadosti o vysvetlenie požadoval, aby navrhovateľ predložil podrobný rozpis prác vykonaných v rámci projektov uvedených pod por. č. 1 až 3 a 6 až 10 a zároveň, aby navrhovateľ uviedol, aká je cena za časť služieb poskytnutých v rozhodnom období, t. j. od 18.12.2017 do 18.12.2020 v rámci projektov uvedených pod por. č. 1., 8. a 9.
140. Uvedené však už nemožno konštatovať vo vzťahu k referenciám tretej osoby, pretože v Žiadosti o vysvetlenie kontrolovaný len stroho skonštatoval, že žiadne z plnení tretej osoby (XA) nezodpovedá požiadavkám kontrolovaného, a to navyše bez toho, aby v petite vysvetlenia osobitne požadoval vysvetlenie vo vzťahu k referenciám tretej osoby s takou mierou určitosti, ako to robil pri „vlastných“ referenciách navrhovateľa. V „petite“ Žiadosti o vysvetlenie sa síce uvádza, cit.: *„Z predložených dokladov nemožno posúdiť splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods.1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Z toho dôvodu Vás komisia podľa § 40 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní žiada, aby ste: (...) vysvetlili ako preukazujete splnenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní určenej v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.“*, úradu však nie je zrejmé, či sa táto časť viaže na „vlastné“ referencie navrhovateľa, alebo na referencie tretej osoby. Ak by sa aj predmetná citovaná žiadosť viazala na referencie tretej osoby, ide o značne vágnu Žiadosť o vysvetlenie, pretože navrhovateľ objektívne, až laicky povedané, nevedel, čo kontrolovaný od neho chce. Kontrolovaný len stroho bez akéhokoľvek odôvodnenia, myšlienkových úvah a označenia podkladov, ktoré by hodnotil jednotlivo a vo vzájomnej súvislosti, dospel k záveru o tom, že žiadne z plnení tretej osoby nezodpovedá požiadavkám kontrolovaného. Ak kontrolovaný už k tomuto „procesne vadnému“ postupu ešte dopĺňa vágnu Žiadosť o vysvetlenie (viď citáciu vyššie v rámci tohto bodu rozhodnutia), z ktorej nie je jednoznačne zrejmé, aké atribúty

predložených referencií tretej osoby má navrhovateľ vysvetliť, potom je nutné konštatovať, že Žiadosť o vysvetlenie kontrolovaného je v časti týkajúcej sa referencií tretej osoby neurčitá, v dôsledku čoho je limitovaná možnosť navrhovateľa kvalifikovane odpovedať na Žiadosť o vysvetlenie a rozptýliť tak nedostatky svojej ponuky v časti týkajúcej sa referencií tretej osoby. Pokiaľ navrhovateľ nemá vedomosť o dôvodoch generálneho neuznania všetkých referencií tretej osoby a vedomosť o myšlienkových úvahách, podkladoch hodnotených kontrolovaným jednotlivo a vo vzájomnej súvislosti, z ktorých kontrolovaný vyvodzuje tento záver, potom je navrhovateľovi (uchádzačovi) upreté právo kvalifikovane odpovedať, a to najmä za situácie, keď kontrolovaný k vyššie uvedeným nedostatkom ešte pripojí vážnu žiadosť o vysvetlenie vo vyššie citovanom znení v rámci tohto bodu rozhodnutia, z ktorej úradu dokonca nie je zrejmé, či sa viaže k „vlastným“ referenciám navrhovateľa alebo k referenciám tretej osoby. V tejto súvislosti úrad poukazuje napríklad na **rozhodnutie č. 7346-6000/2020-OD zo dňa 13.07.2020**, v ktorom úrad vo vzťahu k (ne)určitosti žiadosti o vysvetlenie konštatoval, cit.: „(...)aj s ohľadom na odpovede vo vyjadrení navrhovateľa na predoslú žiadosť o vysvetlenie v súlade s § 40 ods. 4 v spojení s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom svoju žiadosť mal formulovať jednoznačne a konkrétne uviesť nejasnosti, ktoré bolo treba vysvetliť. Úrad uvádza, že žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov musí byť koncipovaná v súlade s princípom transparentnosti, tzn. uchádzačom z nej musia byť zrejmé pohnútky kontrolovaného vedúce k tejto žiadosti a musí obsahovať jednoznačne formulované otázky.“

141. Úradu zároveň nie je zrejmé ako mohol kontrolovaný len na základe predloženého zoznamu referencií tretej osoby skonštatovať *en bloc*, že nešlo o modernizáciu osobných vozňov. Úrad napríklad pri referencii tretej osoby pod por. č. 1 vlastným šetrením zistil, že z preambuly Rámcovej dohody k predmetnej zákazke vyplýva, cit.: „Tato rámcová smlouva o dílo (dále jen „Smlouva“) se uzavírá na základě výsledků jednacího řízení s uveřejněním pro nadlimitní veřejnou zakázku „Rámcová smlouva na periodické opravy podvozků osobních vozů: **modernizované vozy s podvozky GP 200**“ podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (...)“. Ďalej možno poukázať na bod 11.10 Rámcovej dohody, cit.: „Objednatel má právo užívat dokumentaci dle odst. 11.9 tohoto článku za účelem provozu, údržby, běžných a periodických oprav a dalších **rekonstrukcí (modernizací)** včetně nákupu náhradních dílů od třetích subjektů, a to po dobu životnosti VOD. V případě, že provoz, údržbu, opravy a **rekonstrukce (modernizace)** provádí pro Objednatele třetí subjekt, je Objednatel oprávněn poskytnout tomuto subjektu a za tímto účelem potřebnou část technické dokumentace. Objednatel ve smluvním vztahu s tímto třetím subjektem zakotví povinnost použít předanou dokumentaci pouze pro účely splnění předmětu uzavřeného smluvního vztahu uvedeného v předchozí větě s tím, že třetí subjekt nesmí bez předchozího souhlasu Objednatele tuto dokumentaci užít jakýmkoliv jiným způsobem. Současně Objednatel třetí subjekt ve smlouvě zaváže, že po splnění předmětu tohoto smluvního vztahu vrátí předanou dokumentaci Objednateli a případné kopie skartuje. Objednatel oznámí Zhotoviteli, neprodleně po uzavření smluvního vztahu ve smyslu tohoto odstavce, název subjektu, jemuž byla dokumentace poskytnuta, a rozsah poskytnuté dokumentace. Tato povinnost zaniká uplynutím 10 let od předání každého VOD po provedení předmětu Smlouvy.“ Ďalej z bodu 11.11 Rámcovej dohody z predmetnej zákazky vyplýva, cit.: „Objednatel je oprávněn poskytnout nezbytnou část dokumentace uvedené v odst. 11.9 tohoto článku jako součást zadávací dokumentace v jakémkoliv výběrovém řízení na výběr dodavatele oprav, údržby event. **rekonstrukce (modernizace) modernizovaných vozů.**“ Už len uvedený výpočet týchto ustanovení predmetnej Rámcovej dohody je **indikátorom toho, že určité prvky modernizácie osobných vozňov v prípade referencie tretej osoby uvedenej pod por. č. 1 mohli byť predmetom plnenia, prostredníctvom ktorého**

navrhovateľ (skrz tretiu osobu) preukazuje splnenie podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. **Aj v prípade ostatných referencií tretej osoby pod por. č. 2 až 4 úradu nie je zrejmé ako mohol kontrolovaný dospieť k jednoznačnému záveru, že uvedené referencie nespĺňajú minimálne štandardy, ak mal k dispozícii len uvedený zoznam referencií (viď zistenia úrad v bode 108. tohto rozhodnutia).** So zreteľom na nejasne formulovanú Žiadosť o vysvetlenie a absenciu dokumentov, na základe ktorých by mohol kontrolovaný dospieť k preskúmateľnému rozhodnutiu o (ne)uznaní tej-ktorej referencie tretej osoby, pričom táto absencia bola spôsobená práve nejasnou až vágnou Žiadosťou o vysvetlenie vo vzťahu k referenciám tretej osoby, sa úrad stotožňuje s námietkou navrhovateľa v časti týkajúcej sa nutnosti uplatniť inštitút vysvetlenia vo vzťahu k referenciám tretej osoby, pretože keby bol býval kontrolovaný uplatnil tento inštitút (Žiadosť o vysvetlenie síce bola uplatnená, ale z dôvodov uvedených v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia navrhovateľ nemal možnosť kvalifikovane odpovedať pre jej nejasnosť a vágnosť), navrhovateľ by mal možnosť upresniť informácie vo vzťahu k tomu, čo bolo predmetom plnení pri všetkých referenciách tretej osoby (tak ako mal túto možnosť voči „vlastným“ referenciám, kde kontrolovaný podľa názoru úradu nepochybil). Preto záver komisie kontrolovaného mohol viesť k tomu, že navrhovateľ spĺňa požadované minimálne štandardy podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak by postupoval vyššie uvedeným spôsobom.

142. Druhým úkonom kontrolovaného bola Žiadosť o nahradenie osoby. Úrad v tejto súvislosti v prvom rade uvádza, že inštitút nahradenia osoby je zákonodarcom normovaný v ustanovení § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ a obstarávateľ **sú povinní** písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, **ak existujú dôvody na jej vylúčenie**. V nadväznosti na to normotvorca upravuje „skutkovú podstatu“ vylúčenia v ustanovení § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky. K ustanoveniu § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní úrad uvádza, že dané ustanovenie je transpozíciou čl. 63 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26.02.2011 o verejnom obstarávaní a zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“), v súlade s ktorým sa zaviedla povinnosť verejného obstarávateľa a obstarávateľa (a teda i kontrolovaného) požiadať záujemcu alebo uchádzača o nahradenie subjektu, ktorý nespĺňa relevantnú podmienku účasti alebo v súvislosti s ktorým existujú dôvody na povinné vylúčenie. Podľa čl. 63 ods. 1 Smernice (prvá veta) hospodársky subjekt sa môže vzhľadom na kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia stanovené podľa článku 58 ods. 3 a kritériá týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti stanovené podľa článku 58 ods. 4, keď to prichádza do úvahy a pokiaľ ide o konkrétnu zákazku, spoliehať na kapacity iných subjektov nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s nimi má. Ďalej európsky normotvorca v čl. 63 ods. 1 Smernice (štvrtá až šiesta veta) zakotvuje, že verejný obstarávateľ v súlade s článkami 59, 60 a 61 **overí, či subjekty, na ktorých kapacitu sa má hospodársky subjekt v úmysle spoliehať, spĺňajú príslušné podmienky účasti a či existujú dôvody na vylúčenie podľa článku 57. Verejný obstarávateľ požaduje, aby hospodársky subjekt nahradil subjekt, ktorý nespĺňa relevantnú podmienku účasti, alebo v súvislosti s ktorým existujú dôvody na povinné vylúčenie**. Verejný obstarávateľ môže požadovať, alebo členský štát môže od verejného obstarávateľa požadovať, aby hospodársky subjekt

nahradiť subjekt, v súvislosti s ktorým existujú dôvody na nepovinné vylúčenie. V tejto súvislosti úrad poukazuje aj na dôvodovú správu, z ktorej vyplýva, cit.: „(...) novým inštitútom je povinnosť verejného obstarávateľa a obstarávateľa požiadať uchádzača alebo záujemcu o nahradenie osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti, ak u tejto osoby existuje niektorý z dôvodov na vylúčenie. Dotknutý uchádzač alebo záujemca je tak pod sankciou vylúčenia povinný nahradiť túto osobu v lehote piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.“ To znamená, že inštitút nahradenia osoby poskytujúcej zdroje alebo kapacity je krokom v prospech záujemcov alebo uchádzačov, ktorí tak získavajú možnosť „druhej šance“ v prípade, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyhodnotí, že vo vzťahu k osobe, ktorej zdroje alebo kapacity záujemca alebo uchádzač využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, existujú dôvody na vylúčenie (to sa vzťahuje na všetky dôvody vylúčenia v zmysle § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní). „Hoci zákonodarca explicitne neustanovuje, či je možné aplikovať inštitút podľa odseku 5 aj opakovane, s ohľadom na znenie dôvodu vylúčenia ustanovené v § 40 ods. 6 písm. k) ZVO je možné usúdiť, že požiadať o nahradenie osoby poskytujúcej zdroje alebo kapacity je možné iba raz, t. j. nie je možné postupovať podľa odseku 5 opakovane.“¹

143. Úrad zdôrazňuje, že ustanovenie § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pozostáva z hypotézy a dispozície, pričom svojou povahou ide o imperfektnú normu bez sankcie (*leges imperfectae*),² ktorú nachádzame až v ustanovení § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní. „**Hypotéza (p) je tá časť právnej normy, ktorá stanovuje podmienky, za ktorých nastane dispozícia a prípadne sankcia. V hypotéze je predovšetkým vymedzený okruh adresátov normy, jej časová pôsobnosť a sú v nej uvedené právne skutočnosti, s ktorými norma spojuje vznik, zmenu alebo zánik subjektívnych práv a právnych povinností. V hypotéze teda nájdeme podmienky, ktoré musia nastať, aby pravidlo pôsobilo a mohlo sa uplatniť na jednotlivé prípady.**“³ Naproti tomu dispozícia je jadrom normy ako vlastné pravidlo správania. „*V dispozícii nachádzame jednotlivé žiaduce modality správania, t.j. z hľadiska normotvorcu prikaz, zákaz, dovoľenie určitého správania a z hľadiska adresáta oprávnenie a povinnosť.*“⁴ Ak si predmetné ustanovenie rozdelíme z hľadiska vyššie uvedených štrukturálnych elementov, v prípade ustanovenia § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní zistíme, že:

- **hypotézou tu je tá časť právnej normy, ktorá zakotvuje „ak existujú dôvody na jej vylúčenie“**, a to u osoby, prostredníctvom ktorej uchádzač alebo záujemca preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, to znamená, že až po splnení podmienky, že u tejto osoby existujú dôvody na jej vylúčenie, sa aktivizuje povinnosť verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, pričom
- **dispozíciou tu je tá časť právnej normy, ktorá zakotvuje „verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť“**.

¹ AZUD, J. – PLAVÁKOVÁ, L. – BARTOŠ, P. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava : C. H. Beck, 2019, s. 740

² Pozri ŠMIHULA, D. Teória štátu a práva. Bratislava : EPOS, 2010, s. 278

³ GERLOCH, A. Teorie práva. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 39

⁴ GERLOCH, A. Teorie práva. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 39

144. Dispozícia ustanovenia § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní nastane až v prípade, že existujú dôvody na vylúčenie osoby, prostredníctvom ktorej navrhovateľ v tomto verejnom obstarávaní preukazuje technickú alebo odbornú spôsobilosť, pričom implicitne zo zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že kontrolovaný je povinný tieto dôvody jednoznačne identifikovať, uviesť svoje myšlienkové úvahy na podklade zadovážených dokumentov (skrz inštitút vysvetlenia, ak je to nevyhnutné) nevyhnutných pre posúdenie splnenia minimálnych štandardov podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti. Opačný záver by znamenal, že kontrolovaný by mohol jednoduchým konštatovaním o generálnom neakceptovaní žiadnej referencie tretej osoby, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, požiadať o nahradenie tejto osoby a dostať tak uchádzačov (i navrhovateľa) do nepriaznivej situácie. Úrad na tomto mieste zdôrazňuje, že nahradenie tretej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti pre navrhovateľa má povahu spomínanej „druhej šance“, zatiaľ čo pre danú tretiu osobu ide o „kvázi“ vylúčenie z predmetného obstarávania, ktoré musí byť náležité odôvodnené. Nevyhnutnosť náležitého odôvodnenia v otázke existujúcich dôvodov na vylúčenie tretej osoby, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, je znásobená okrem iného aj tým, že žiadosť o nahradenie tejto osoby možno požiadať iba jedenkrát. **Osobitné okolnosti tohto revízneho konania, presnejšie vážnosť samotnej Žiadosti o vysvetlenie a nejasnosť, či reálne kontrolovaný uplatnil inštitút vysvetlenia vo vzťahu k tretej osobe, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, prisvedčujú tomu, že došlo k predčasnému uplatneniu inštitútu nahradenia tejto tretej osoby, bez toho, aby kontrolovaný svojou procesnou aktivitou skrz inštitút vysvetlenia si zadovážil relevantné podklady, pre vyslovenie záveru v Žiadosti o nahradenie osoby, cit.:** „Komisia posúdila zoznam poskytnutých služieb spoločnosťou XA a má za to, že žiadne z poskytnutých plnení „Periodické opravy podvozkov osobných vozňov: modernizované vozne s podvozkami GP 200 radu ABpee 347, Bbdgmee 236, Bdmpee 233, Bdpee 231, Bdtee 276, Bfhpvee 295“, „Periodické opravy osobných vozňov radu WLABmz 826“, „Periodické opravy osobných vozňov radu WLABmz 826“ a „Periodické opravy lôžkových vozňov WLABmee v stupni hlavnej opravy“ nezodpovedá požiadavkám obstarávateľa z dôvodu, že sa nejednalo o vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, ani o výrobu osobných klimatizovaných vozňov, ale ide o údržbu osobných vozňov (...).“ V nadväznosti na to kontrolovaný síce uvádza, cit.: „Uchádzač ani v rámci doručeného vysvetlenia nepreukázal, že predmetom uvedených plnení bolo vykonanie modernizácie osobných vozňov podobného rozsahu ako je predmet obstarávania, resp. vyrobenie osobných klimatizovaných vozňov, pričom uchádzač vo vysvetlení nevysvetlil ako uvedené poskytnuté služby zodpovedajú požiadavkám obstarávateľa na preukázanie minimálnej požadovanej úrovne zodpovedajúcej podmienky účasti.“, tento nedostatok však bol spôsobený spomínaným nedostatkom Žiadosti o vysvetlenie (pozri predchádzajúca časť tohto rozhodnutia). Úradu nie je zrejmé, ako mohol k vyššie citovanému záveru o nesplnení požiadaviek podľa bodu III.1.3.6) Oznámenia dospieť kontrolovaný v prípade referencií tretej osoby, keď disponoval len informáciami uvedenými v bode 108. tohto rozhodnutia. To znamená, že existencia dôvodov na vylúčenie tejto tretej osoby nie je jednoznačne preukázaná, a tento záver nemožno vysloviť len na základe zoznamu plnení tretej osoby (bod 108. tohto rozhodnutia), čo vo svojom dôsledku znamená, že ani nemohlo dôjsť k nastoleniu dispozície obsiahnutej v ustanovení § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, a teda Žiadosť o nahradenie osoby bola predčasná a nezákonná, pre nesplnenie zákonom ustanovenej podmienky o existencii dôvodu na vylúčenie tejto tretej osoby. Nakoľko nedošlo k nastoleniu hypotézy právnej normy § 40 ods.

5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, treba považovať aj vylúčenie navrhovateľa za nesúladne s ustanovením § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní.

145. Úrad je toho názoru, že vyslovenie záveru o dôvode na vylúčenie u tretej osoby bolo predčasné s ohľadom na vážnosť Žiadosti o vysvetlenie, resp. nejasnosť, či vôbec kontrolovaný vo vzťahu k referenciám tretej osoby uplatnil náležité Žiadosť o vysvetlenie. **Ak kontrolovaný disponuje určitou množinou informácií vo vzťahu k vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, na základe ktorej nemožno jednoznačne vysloviť záver o ich (ne)splnení, úrad túto situáciu v revízných konaniach rozhoduje tým spôsobom, že kontrolovaný bol povinný uplatniť inštitút vysvetlenia. Obdobnú situáciu riešil úrad napríklad v rámci rozhodnutia č. 5811-6000/2018-OD/5 zo dňa 20.06.2018**, pričom úrad v danom konaní zistil, že uchádzač doručil kontrolovanému dokumenty požadované v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a to dokument „Zoznam stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov“, pričom v tomto preskúmanom revíznom konaní disponoval kontrolovaný obdobnou tabuľkou s obdobnými informáciami ako kontrolovaný v tomto revíznom konaní (bod 108. tohto rozhodnutia). Zároveň uchádzač k predmetnej podmienke účasti týkajúcej sa preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil dokumenty s označením „Referencia“ ku každej stavbe uvedenej v dokumente „Zoznam stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov“. **Úrad v rozhodnutí č. 5811-6000/2018-OD/5 zo dňa 20.06.2018 konštatoval, cit.:** „Z dokumentácie týkajúcej sa predmetného verejného obstarávania vyplýva, že kontrolovaný nepožiadala uchádzača XXX o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov predložených týmto uchádzačom za účelom preukázania splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní stanovenej kontrolovaným, a to aj napriek skutočnosti, že z doručených dokumentov uchádzača XXX nevyplýva splnenie predmetnej podmienky účasti. (...) Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 113 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 114 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď nepožiadala uchádzača XXX o doplnenie alebo vysvetlenie dokladov predložených týmto uchádzačom za účelom preukázania splnenia podmienky účasti týkajúcej sa preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a to aj napriek skutočnosti, že z ponuky časť „Ostatné“ uchádzača XXX, ako aj z doručených dokumentov týmto uchádzačom po výzve kontrolovaného v zmysle § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní nevyplýva splnenie podmienky účasti stanovenej v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uchádzačom XXX. Úrad konštatuje, že konanie kontrolovaného vo vzťahu k uchádzačovi XXX mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania, nakoľko uchádzač XXX bol v predmetnom verejnom obstarávaní vyhodnotený ako úspešný uchádzač, aj napriek tomu, že z obsahu dokladov predložených týmto uchádzačom nevyplýva bez uplatnenia inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia dokladov predložených týmto uchádzačom splnenie podmienky účasti týkajúcej sa preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti, tak ako si ju kontrolovaný stanovil.“ Analogicky úrad postupoval aj v rozhodnutí č. 8033-6000/2018-OD/5 zo dňa 10.09.2018.
146. So zreteľom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že **kontrolovaný porušil ustanovenie § 40 ods. 5 písm. c) a § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní a preto úrad považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za opodstatnené.**

K neuznaniu referencií č. 11 a 12, ktorými navrhovateľ nahradil referencie tretej osoby, ktoré kontrolovaný pôvodne neuznal

147. Úrad v prvom rade vo vzťahu k tejto namietanej skutočnosti uvádza, že navrhovateľ sa v námietkach snaží navodiť dojem, že vlastné referencie pod por. č. 11 a 12, ktoré doplnil v rámci Vysvetlenia, sú referenciami, ktorými nahrádzal neuznané referencie tretej osoby. Opis rozhodujúcich skutočností uvedený v časti námietky pod „**Neuznanie referencií č. 11 a 12, ktorými navrhovateľ nahradil referencie tretej osoby, ktoré kontrolovaný pôvodne neuznal**“ nezodpovedá úradom zistenému skutkovému stavu. Úrad má totiž jednoznačne za preukázané, že navrhovateľ v skutočnosti doplnené referencie pod por. č. 11 a 12 v rámci Vysvetlenia dopĺňal za neuznané vlastné referencie pod por. č. 4 a 5. Uvedená skutočnosť preukázateľne vyplýva z Vysvetlenia, v ktorom navrhovateľ vo vzťahu k preškrtnutým vlastným referenciám pod por. č. 4 a 5 na záver Vysvetlenia uviedol, cit.: „*****Buňky, které jsou přeškrtnuté komise vyřadila a neuzala jako relevantní. Tyto jsou nahrazeny referencemi č. 11. a 12.**“ Uvedená skutočnosť nepriamo vyplýva aj z Vysvetlenia, kde navrhovateľ uviedol, cit.: „*Příloha č. 3 obsahuje výčet prací, které jsou revidované, aby byly vztaženy k předmětu zakázky modernizace vozu. Navíc jsou doplněné o náhradní reference jako náhrada k referencím, které komise rozporovala.*“
148. So zreteľom na vyššie zistené skutočnosti úrad právne posúdi skutočnosť, či navrhovateľ v rámci Vysvetlenia (po predchádzajúcej Žiadosti o vysvetlenie) doplnil za vlastné dve neuznané referencie pod por. č. 4 a 5 (nie za referencie tretej osoby), dve referencie pod por. č. 11 a 12.
149. Úrad v prvom rade poukazuje na **Metodické usmernenie č. 5734-5000/2017 zo dňa 20.03.2017, v ktorom sa uvádza, cit.:** „*V súvislosti s výmenou dokladu - referencie, ktorým uchádzač preukázal konkrétnu podmienku účasti, pričom táto referencia nesplňa podmienku verejného obstarávateľa „na stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ za nový úplne iný doklad – inú referenciu, zastávame názor, že takýto postup by nebol v súlade s postupom vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní.*“ **Obdobne z komentárovej literatúry vyplýva, cit.:** „*Rovnako nie je možné umožniť záujemcovi alebo uchádzačovi nahradiť napríklad referenciu, ktorá nesplňa stanovené podmienky účasti novou referenciou.*“ Vyššie uvedené závery úrad pretavuje aj do svojej rozhodovacej činnosti a tento záver vyplýva aj zo samotnej judikatúry Súdneho dvora EÚ. Z rozhodovacej činnosti možno spomenúť napríklad **rozhodnutie č. 7238-6000/2018-OD/6 zo dňa 24.10.2018, v ktorom úrad uviedol, cit.:** „*Uchádzač XXX v rámci vysvetlenia predloženej ponuky predložil kontrolovanému doklad obsahujúci nový zoznam dodávok tovarov podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom uviedol okrem pôvodnej dodávky tovaru pre odberateľa -----, ktorá bola uvedená aj v zozname dodávok tovarov predloženom v ponuke uchádzača, údaje o novej dodávke tovaru zrealizovanej pre odberateľa XY v hodnote xxxx,- EUR bez DPH. Úrad poukazuje na skutočnosť, že táto informácia o dodaní tovarov nebola v pôvodnom zozname dodávok tovarov vôbec uvedená. (...) V zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní má verejný obstarávateľ písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti a následne zvoliť postup podľa zákona o verejnom obstarávaní. Úrad však poukazuje na skutočnosť, že vysvetlením alebo doplnením predložených dokladov uplatnením inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je možné vysvetliť len skutočnosti, resp. doplniť len doklady už predložené v ponuke uchádzača, ktoré boli predložené ku konkrétnej podmienke účasti za účelom preukázania jej splnenia, ak z takto predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej boli predložené a ku ktorej sa tieto doklady viažu. Nie je prípustné zo strany uchádzača v rámci vysvetlenia, resp. doplnenia*

*dokladov, predložiť nový doklad obsahujúci novú „referenciu“ o dodaní tovaru/ resp. doklad, ktorý nebol uvedený v ponuke predloženom zozname dodávok tovaru, okrem situácie ak uchádzač predloží v zozname dodávok tovaru takú referenciu, ktorá je vedená v evidencii podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko verejný obstarávateľ je povinný tieto referencie zohľadniť. (...) Úrad zároveň v súvislosti s uplatnením inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že predstavuje ochranu záujemcu, resp. uchádzača pred automatickým vylúčením v prípade, ak nemožno z predložených dokladov posúdiť splnenie podmienok účasti a/alebo nemožno posúdiť jednoznačne ich platnosť. Verejný obstarávateľ má v takom prípade možnosť prostredníctvom jednoduchého dožiadania uchádzača odstrániť vzniknuté pochybnosti o splnení vyhodnocovanej podmienky účasti vtedy, keď to nie je možné jednoznačne posúdiť. Uchádzač XXX však už vo svojej ponuke predložil doklad, a to zoznam dodávok tovarov, ktorým nepreukázal splnenie podmienky účasti a už nebol oprávnený na základe vysvetlenia alebo doplnenia dokladov, predložiť kontrolovanému úplne nový doklad, obsahujúci referenciu na dodávku tovaru, ktorá nebola uvedená v ponuke predloženom zozname dodávok tovaru a zároveň nebola uvedená v evidencii referencií a súčasne, kontrolovaný nebol oprávnený akceptovať uchádzačom predložený doklad, týkajúci sa „novej referencie“ o dodaní tovaru, ktorý nebol pôvodne predložený v ponuke uchádzača a zároveň referencia nebola vedená v evidencii referencií. Vychádzajúc z princípov verejného obstarávania, nie je možné prostredníctvom inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia dokladov nahradiť v ponuke predložené doklady, dokladmi úplne inými, a to aj v prípade, ak z týchto dokladov už vyplýva splnenie podmienok účasti, tak ako to uvádza vo svojom vyjadrení kontrolovaný.“ **Rovnako možno poukázať na rozhodnutie Súdneho dvora EÚ vo veci Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser proti Manova A/S (C-336/12), v ktorom sa uvádza, cit: „Zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti bránia akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom v rámci postupu verejného obstarávania, z čoho vyplýva, že ponuka sa po svojom predložení v zásade nemôže meniť ani z podnetu verejného obstarávateľa, ani uchádzača. (...) Okrem toho táto žiadosť nemôže viesť k tomu, aby dotknutý uchádzač predložil dokumenty, ktoré by sa v skutočnosti mohli javiť ako nová ponuka.“** Úrad je toho názoru, že „vlastné“ referencie navrhovateľa pod por. č. 11 a 12 preukázateľne neboli súčasťou jeho pôvodnej ponuky a tieto referencie s ohľadom na zistenia úradu uvedené v bode 147. tohto rozhodnutia, sú referenciami, ktorými nahrádzal „vlastné“ referencie pod por. č. 4 a 5, ktoré neboli uznané zo strany kontrolovaného. Úrad konštatuje, že navrhovateľ nemôže neuznané referencie zo strany kontrolovaného (ktoré nerozporuje na rozdiel od „vlastných“ referencií pod por. č. 6 až 10) nahrádzať po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk novými referenciami. Opačný záver by znamenal, že navrhovateľ by mal možnosť neustále predkladať nové referencie, ak by určitú referenciu dôvodne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní kontrolovaný neuznal, v dôsledku čoho by lehota na predkladanie ponúk vo vzťahu k referenciám stratila svoje opodstatnenie.*

150. **So zreteľom na vyššie uvedené, úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval v časti týkajúcej sa neuznania doplnených vlastných referencií navrhovateľa pod por. č. 11 a 12 (predložené v rámci Vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní namiesto kontrolovaným neuznaných referencií navrhovateľa pod por. č. 4 a 5) v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a preto úrad považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za neopodstatnené.**
151. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného

obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.

152. Úrad v zmysle § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že vyššie uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko kontrolovaný:

- nejasne, nejednoznačne a nezrozumiteľne definoval v rámci minimálnych štandardov podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti v bode III.1.3) Oznámenia služby „podobného charakteru ako je predmet zákazky“, čím objektívne spôsobil rozdielny výklad pri predkladaní a vyhodnocovaní ponúk z hľadiska splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda postup kontrolovaného je nekontrolovaný, nečitateľný, nepredvídateľný, čo je evidentne porušením zásady transparentnosti;
- uplatnil voči ponuke navrhovateľ nejasnú, neurčitú a nezrozumiteľnú Žiadosť o vysvetlenie vo vzťahu k referenciám tretej osoby, pretože navrhovateľ objektívne nemohol vedieť, aké atribúty predložených referencií tretej osoby má vysvetliť, v dôsledku čoho bola limitovaná možnosť navrhovateľa kvalifikovane odpovedať na Žiadosť o vysvetlenie a rozptýliť tak nedostatky svojej ponuky v časti týkajúcej referencií tretej osoby. Pokiaľ navrhovateľ nemal vedomosť o dôvodoch generálneho neuznania všetkých referencií tretej osoby a vedomosť o myšlienkových úvahách, podkladoch hodnotených jednotlivo a vo vzájomnej súvislosti, z ktorých kontrolovaný vyvodzuje tento záver, potom bolo navrhovateľovi upreté právo kvalifikovane odpovedať, a to najmä za situácie, keď kontrolovaný k vyššie uvedeným nedostatkom ešte pripojí vágnu Žiadosť o vysvetlenie, z ktorej dokonca nie je zrejmé, či sa viaže k „vlastným“ referenciám navrhovateľa alebo k referenciám tretej osoby;
- Žiadosť o nahradenie inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní bola uplatnená bez toho, aby bola splnená zákonom ustanovená podmienka, že u tretej osoby preukázateľne existujú dôvody na vylúčenie, ktoré kontrolovaný žiadnym spôsobom neodôvodnil, resp. tento záver nebolo možné jednoznačne vyvodiť len zo zoznamu plnení tretej osoby, prostredníctvom ktorého navrhovateľ preukazuje splnenie minimálnych štandardov podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti.

153. Úrad ako návod pre kontrolovaného na predchádzanie vyššie uvedeným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní v zmysle § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní odporúča kontrolovanému v budúcnosti v druhovo rovnakej veci postupovať tak, že:

- pri minimálnych štandardoch podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti definuje dostatočne jasne, určito a zrozumiteľne, čo považuje za služby „podobného charakteru ako je predmet zákazky“. Kontrolovaný má celý rad možností ako uchopiť túto definíciu. Napríklad môže vybrať vybrané celky opisu predmetu zákazky a taxatívne uviesť, že za služby podobného charakteru ako je predmet zákazky sa považuje určitá konkrétna množina predmetu plnenia, ktorá zodpovedá obstarávanému predmetu zákazky, samozrejme za súčasného rešpektovania základných princípov obsiahnutých v ustanovení § 10 ods. 2 a požiadaviek na podmienky účasti pertraktovaných v ustanovení § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní;
- dostatočne jasno, určito a zrozumiteľne sformuluje žiadosť o vysvetlenie, aby nebola limitovaná možnosť uchádzača kvalifikovane odpovedať na žiadosť o vysvetlenie a rozptýliť tak nedostatky svojej ponuky;

- pred uplatnením žiadosti o nahradenie tretej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní uvedie, na základe akých dokumentov vyvodzuje záver o tom, že u tretej osoby, ktorou uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti, existuje dôvod na vylúčenie, a ak takými dokumentami nedisponuje, kontrolovaný je povinný uplatniť inštitút vysvetlenia a až následne po zadovážení týchto dokumentov, ktoré posúdi jednotlivo a vo vzájomnej súvislosti, je kontrolovaný povinný uplatniť inštitút nahradenia inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.

Kaucia

154. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
155. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.
156. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní **rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.**
157. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)
riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí

1. **XX**
2. **XY**
3. **Železničná spoločnosť Slovensko, a.s.**, Rožňavská 1, 832 72 Bratislava, IČO:
35 914 939

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka