

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 XXX (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 z verejného obstarávania na predmet zákazky „Zber, odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a zabezpečenie jeho zhodnotenia“, vyhláseného verejným obstarávateľom **Mesto Pezinok**, Radničné námestie 7, 902 14 Pezinok, IČO: 00 305 022 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 245-645993 zo dňa 17.12.2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 290/2021 dňa 20.12.2021 pod značkou 59101-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 **nariaduje** kontrolovanému vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Zber, odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a zabezpečenie jeho zhodnotenia“, ktoré bolo vyhlásené verejným obstarávateľom **Mesto Pezinok**, Radničné námestie 7, 902 14 Pezinok, IČO: 00 305 022, v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 245-645993 zo dňa 17.12.2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 290/2021 dňa 20.12.2021 pod značkou 59101-MSS, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť oznámenie o vylúčení navrhovateľa označené ako „Kompostáreň Pezinok – stavebné práce“:¹ Oznámenie o vylúčení“ zo dňa 03.02.2022, zaradiť navrhovateľa späť do procesu predmetného verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti 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 **11.02.2022** doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu² 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 uchádzača z verejného obstarávania. Navrhovateľ doručil námietky úradu aj listinne dňa 14.02.2022.

¹ Zrejme chyba v písaní

² zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (zákon o e-Governmente)

2. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa **11.02.2022** 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. Úrad má na základe sprístupnenej elektronickej dokumentácie za preukázané, že navrhovateľ ako uchádzač predložil ponuku dňa 16.01.2022 o 14:56 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 2 000,00 EUR (slovom: dvetisíc eur)**. Navrhovateľ zložil na účet úradu dňa 14.02.2022 kauciu vo výške 2 000,00 EUR (slovom: dvetisíc eur)
6. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ v prvom rade poukazuje na to, že kontrolovaný mu dňa 03.02.2022 prostredníctvom IS EVO doručil oznámenie o vylúčení uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré následne cituje (pozri viac zistenia úradu).
8. Navrhovateľ zdôrazňuje, že uvedenému oznámeniu o vylúčení ponuky nepredchádzala žiadna žiadosť o vysvetlenie zo strany kontrolovaného. V rámci ponuky za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ predložil dokument Výber z referencií XXX, v ktorom sa nachádzal zoznam poskytnutých služieb (pozri viac zistenia úradu).
9. Navrhovateľ vedomý si skutočnosti, že z predloženého zoznamu 7 subjektov (odberateľov) boli verejní obstarávatelia, tvrdí, že tieto subjekty požiadal pred samotným predložením ponuky do verejnej súťaže, aby vyhotovili referencie v súlade s § 12 zákona o verejnom obstarávaní do Evidencie referencií na úrade, či už na ukončené plnenia, resp. ich časti. V dobrej viere, že verejní obstarávatelia si splnia svoju povinnosť, resp. prísľub vyhotoviť referencie, navrhovateľ podal ponuku len so zoznamom poskytnutých služieb. Navrhovateľ tvrdí, že netrval na vyhotovení referencií v listinnej podobe od verejných obstarávateľov, nakoľko sa domnieval, že v čase predloženia ponuky, resp. jej vyhotovenia, budú už referencie zapísané v Evidencii referencií. Navrhovateľ poukazuje na to, že v rámci zoznamu uviedol len výber ním poskytnutých služieb, pričom vyčíslil sumu za alikvotné obdobie. Napriek tomu, že navrhovateľ poskytuje služby aj mnohým iným odberateľom v rámci

súkromného sektora, navrhovateľ zvolil do zoznamu práve verejných obstarávateľov/mestá, aby poukázal na skutočnosť, že navrhovateľ disponuje viacerými skúsenosťami s identickými zákazkami ako je samotný predmet zákazky.

10. Jediná argumentácia kontrolovaného, že v rámci Evidencie referencií má navrhovateľ zapísané len 3 referencie v súhrnnej hodnote XXX Eur, absolútne neobstojí, nakoľko vo výbere referencií predloženom v rámci ponuky navrhovateľ uviedol odkaz aj na zákazku samotného kontrolovaného. Kontrolovaný si teda vedel overiť minimálne referenciu týkajúcu sa jeho plnenia z interných zdrojov, pričom však ani toto neurobil, čo navrhovateľ vyvodzuje z odôvodnenia vylúčenia. S ohľadom na oznámenie o vylúčení navrhovateľ opätovne kontaktoval verejných obstarávateľov uvedených v predloženom zozname, že mu nevyhotovili prislúbené referencie a požiadal opätovne o ich vyhotovenie. Na základe uvedeného kontrolovaný a XXX vyhotovili referencie v Evidencii referencií dňa 08.02.2022. Navrhovateľ tvrdí, že XXX mu poskytlo referenciu v listinnej podobe s odôvodnením, že osoba zodpovedná za vyhotovenie referencií v Evidencii referencií je toho času práceneschopná. Ďalej navrhovateľ tvrdí, že XXX mu dňa 10.01.2022 vydalo referenciu v listinnej podobe, s tým, že v priebehu budúceho týždňa vyhotovia referenciu v Evidencii referencií. Ďalej navrhovateľ uvádza, že XXX mu dňa 08.02.2022 vydalo referenciu v listinnej podobe, s tým, že v priebehu budúceho týždňa vyhotovia referenciu v Evidencii referencií. Podľa navrhovateľa XXX mu dňa 10.02.2022 vydalo referenciu v listinnej podobe, s tým, že v priebehu budúceho týždňa vyhotovia referenciu v Evidencii referencií. Z oslovených miest navrhovateľovi na opätovnú urgenciu o vyhotovenie referencie zatiaľ nereagovalo len XXX. Aj napriek uvedenému z referencií, ktoré boli navrhovateľovi dodatočne vyhotovené, je zrejmé, že spĺňa podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v minimálnej požadovanej úrovni 400 000,00 eur bez DPH. V nadväznosti na to navrhovateľ poukazuje na dikciu ustanovenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
11. Navrhovateľ je toho názoru, že komisia kontrolovaného sa nedostatočne venovala procesu vyhodnotenia podmienok účasti, nakoľko je nesporné, že v rámci preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v rámci ponuky predložil dokument Výber z referencií XXX a teda kontrolovaný mal využiť inštitút žiadosti o vysvetlenie alebo doplnenie dokumentov, čo však vôbec nespravil a ihneď pristúpil k jeho vylúčeniu.
12. Kontrolovaný by mal podľa navrhovateľa uviesť dôvody, pre ktoré ho nepožiadali o vysvetlenie, keď na základe všetkých okolností a objektívnych skutočností, by bolo rozumné si preveriť žiadosťou o vysvetlenie, či skutočne existuje dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
13. V nadväznosti na to navrhovateľ poukazuje na dikciu ustanovenia § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ sa domnieva, že postupom kontrolovaného prišlo k porušeniu viacerých základných princípov verejného obstarávania. Pri potenciálnom vylúčení uchádzača je potrebné vziať do úvahy aj princíp proporcionality, ktorý navrhovateľ následne vymedzuje. Podľa navrhovateľa princíp proporcionality je zásada, že akékoľvek prijaté opatrenie nesmie ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľa. Princíp proporcionality je teda požiadavka na primerané aplikovanie inštitútov zákona o verejnom obstarávaní. Zmyslom princípu transparentnosti je, aby všetky úkony a postupy verejných obstarávateľov vykonané v procese verejného obstarávania, vrátane úkonu rozhodnutia o vylúčení ponuky, mohli podliehať kontrole, a to tak samotnými uchádzačmi, ako aj nestranným orgánom disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržiavaním

povinností verejného obstarávateľa. Navrhovateľ má za to, že vylúčenie je účelové a je založené na nesprávnom a nekomplexnom posúdení veci, a taktiež nemá oporu v dokladoch, ktoré boli poskytnuté zo strany navrhovateľa ako uchádzača.

14. Podľa navrhovateľa kontrolovaný má pristúpiť k vylúčeniu uchádzača z procesu verejného obstarávania až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností a využití inštitútu vysvetlenia, nakoľko vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania a predstavuje popretie jedného z princípov verejného obstarávania a to princípu hospodárnosti verejného obstarávania. Podľa navrhovateľa dôvod vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania musí byť založený na riadne preskúmanom skutkovom stave za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. Podľa navrhovateľa treba vziať do úvahy, že uvedenú situáciu si nespôsobil ako uchádzač sám, ale je dôsledkom zanedbania si svojich povinností zo strany iných verejných obstarávateľov a preto takéto opomenutie/zanedbanie, nemôže ísť na ťarchu navrhovateľovi ako uchádzačovi v procese verejného obstarávania.
15. Opísaný postup kontrolovaného je podľa navrhovateľa v priamom rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie, zakotvenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú v dôvodovej správe k zákonu o verejnom obstarávaní definované ako hlavné zásady pre celé verejné obstarávanie. Navrhovateľ zdôrazňuje, že princíp rovnakého zaobchádzania vyplýva zo všeobecného princípu nediskriminácie. Podstatou predmetného princípu je, že žiadny zo záujemcov alebo uchádzačov nesmie byť priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome zvýhodnený alebo znevýhodnený oproti iným subjektom v rovnakom postavení. Základným znakom princípu rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi, resp. záujemcami je, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ posudzuje jednotlivých uchádzačov, resp. záujemcov v zásade podľa rovnakých kritérií a teda nikoho úmyselne ani neúmyselne nezvýhodňuje. Podľa navrhovateľa kontrolovaný postupoval v rozpore s princípom proporcionality a s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď nevyužil žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov a rovno pristúpil k vylúčeniu. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný postupoval v rozpore s ustanovením § 40 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keď ho nepožiadala o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov.
16. So zreteľom na vyššie uvedené navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. aby zrušil rozhodnutie o vylúčení, zaradil navrhovateľa späť do procesu predmetnej verejnej súťaže a opätovne vyhodnotil jeho ponuku.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

17. 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 **11.02.2022**.
18. 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.

19. Dňa 23.02.2022 kontrolovaný zriadil úradu prístup do IS EVO. Dňa 24.02.2022 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam zo dňa 23.02.2022 (ďalej len „vyjadrenie“) a zároveň doručil kompletnú dokumentáciu.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

20. Kontrolovaný v prvom rade uvádza, že verejné obstarávanie na poskytnutie služby - nadlimitná zákazka - sa nachádza vo fáze vyhodnocovania ponúk a v nadväznosti na to uvádza screenshot zo zápisnice z vyhodnotenia podmienok účasti (pozri viac zistenia úradu).
21. Kontrolovaný zdôrazňuje, že uchádzač bol vylúčený z dôvodu nesplnenia podmienky účasti, týkajúcej sa technickej a odbornej spôsobilosti. Podľa kontrolovaného navrhovateľovi bolo dňa 03.02.2022 odoslané oznámenie o vylúčení, kde boli podľa kontrolovaného uvedené dôvody vylúčenia (pozri viac zistenia úradu).
22. Kontrolovaný vo vyjadrení nad rámec citovania oznámenia o vylúčení (pozri viac zistenia úradu) uvádza, že podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je potrebné preukázať predložením riadnych dokladov, pričom z predmetného ustanovenia cituje: „(...)zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 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“. Kontrolovaný poukazuje na to, že v dokumente „Výber z referencií XXX“ navrhovateľ uviedol 8 dodávok, pričom v siedmych prípadoch bol odberateľom verejný obstarávateľ. Zároveň kontrolovaný poukazuje na dikciu ustanovenia § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní s dôrazom na definíciu referencie a dodáva, že zákonodarcu jednoznačne definuje, že dokladom na preukázanie poskytnutia služby je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ.
23. Podľa kontrolovaného komisia pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti preskúmala ponuku uchádzača v plnom rozsahu a v zápisnici konštatuje, cit.: „*uchádzač v ponuke predložil dokument s názvom „Výber z referencií XXX“, kde sú uvedené informácie o referenciách. Kontrolovaný konštatuje, že uchádzač v ponuke nepredložil žiadne referencie.*
24. Kontrolovaný uvádza, že následne komisia posudzovala všetky referencie, ktoré mal navrhovateľ ku dňu vyhodnocovania ponúk (17.01.2022) zverejnené v Evidencii referencií a v zápisnici konštatuje, cit.: „*Komisia preskúmala aj Evidenciu referencií na stránke ÚVO, kde má uchádzač zverejnené 3 referencie, avšak ich spoločná celková výška dosahuje menej ako XXX EUR*“.
25. Podľa kontrolovaného zároveň komisia posudzovala aj plnenie uchádzača pre XXX, avšak objem plnenia je cca XXX EUR, čo v súčte s tromi zverejnenými referenciami tvorí približne XXX EUR, čo spolu so zákazkou pre XXX znamená spolu cca XXX EUR, zatiaľ čo minimálna požadovaná úroveň štandardov k predmetnej podmienke účasti znie, cit.: „*Uchádzač musí predloženými referenciami preukázať, že za obdobie posledné 3 roky zrealizoval takéto zákazky v minimálnej súhrnnej 400 000 EUR bez DPH*“.
26. V nadväznosti na to kontrolovaný z ustanovenia § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní cituje definíciu jednotného európskeho dokumentu a vysvetľuje jeho podstatu. Kontrolovaný následne konštatuje, že navrhovateľ nepredložil jednotný európsky dokument. Podľa

kontrolovaného navrhovateľ v ponuke síce predložil čestné vyhlásenie, že spĺňa podmienky účasti, avšak čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti je možné v zmysle § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní použiť iba pri podlimitných, nie nadlimitných zákazkách. Následne kontrolovaný cituje z Metodického usmernenia č. 12341-5000/2019 zo dňa 11.09.2019, cit: *„Zároveň si Vás dovoľujeme upozorniť, že pri nadlimitných postupoch zadávania zákazky nie je možné využiť inštitút čestného vyhlásenia za účelom predbežného nahradenia dokladov preukazujúcich podmienky účasti. Pri predložení takéhoto vyhlásenia v prípade nadlimitnej zákazky môže spôsobiť vylúčenie uchádzača § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní“*. Kontrolovaný poukazuje ďalej na konštatovanie komisie, cit.: *„Uchádzač v ponuke uvádza, že nie je členom skupiny dodávateľov, v ponuke sa nenachádza žiaden doklad o využití kapacít iných osôb.“* Komisia teda zvažovala, či nie je potrebné preskúmať aj Evidenciu referencií iných dodávateľov, napr. členov skupiny dodávateľov, prípadne tzv. tretích osôb, ktorými by navrhovateľ mohol preukázať splnenie podmienok účasti v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

27. Kontrolovaný tvrdí, že komisia teda detailne preverila všetky možnosti, akými uchádzač môže preukázať splnenie podmienok účasti. Jedným z variantov bolo aj požiadať navrhovateľa o vysvetlenie, avšak v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, cit.: *„verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti“*. Nakoľko však doklady — referencie predložené neboli a ani neboli zverejnené v Evidencii referencií, nebolo možné požiadať uchádzača o ich vysvetlenie. Súčasne, uchádzač nemôže dodatočne (po predložení ponuky) predkladať referencie, ktoré neboli predložené v ponuke alebo zverejnené v Evidencii referencií — ak v ponuke nepredložil JED.
28. Podľa kontrolovaného tvrdenie navrhovateľa (t. j. že komisia kontrolovaného sa nedostatočne venovala procesu vyhodnotenia podmienok účasti, nakoľko je nesporné, že v rámci preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v rámci ponuky predložil dokument „Výber z referencií XXX ” a teda kontrolovaný mal využiť inštitút žiadosti o vysvetlenie alebo doplnenie dokumentov, čo však vôbec kontrolovaný nespravil a ihneď pristúpil k vylúčeniu) je irelevantné, nakoľko verejný obstarávateľ nemá možnosť požiadať uchádzača o vysvetlenie dokladov, ktoré v ponuke predložené (alebo zverejnené v Evidencii referencií) neboli. Naopak, ako je uvedené vyššie v tomto vyjadrení a tiež zaznamenané v Zápisnici zo splnenia podmienok účasti, podľa kontrolovaného komisia podrobne preverovala všetky možnosti, ako uchádzač môže preukázať splnenie podmienok účasti a jeho vylúčenie brala ako poslednú možnosť, keď boli vyčerpané všetky zákonné možnosti posúdenia splnenia podmienok účasti.
29. Kontrolovaný uvádza, že ak navrhovateľ ku dňu predloženia ponuky „nestihol“ zabezpečiť referencie, mal možnosť využiť predloženie JED-u. Túto zákonnú možnosť však nevyužil napriek tomu, že kontrolovaný v súťažných podkladoch opakovane na viacerých miestach (napr. bod 29.6 alebo bod 30. predposledná veta) uvádzal, cit.: *„uchádzač môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok Jednotným európskym dokumentom (JED) podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní“*.
30. Podľa kontrolovaného, ak by sa navrhovateľ riadne venoval príprave svojej ponuky a predložil JED, bol by kontrolovaným vyzvaný na predloženie riadnych dokladov a mohol referencie predložiť — mal by na to dostatok času, keďže minimálna zákonná lehota je 5 pracovných dní.

31. Kontrolovaný tiež dodáva, že navrhovateľ ho o vystavenie referencie požiadal až po jeho vylúčení a nie v procese prípravy ponuky, ako uvádza v námietke. Nakoľko sa v tomto prípade jedná o zákazku s nízkou hodnotou, kontrolovaný vystaví referenciu až na požiadanie dodávateľa.
32. Kontrolovaný má za to, že proces vyhodnotenia splnenia podmienok účasti navrhovateľa prebehol riadne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a že komisia zvážila všetky zákonné možnosti preukázania splnenia podmienok účasti a vylúčila navrhovateľa z dôvodu nesplnenia podmienok účasti, nakoľko mu zákon o verejnom obstarávaní nedával žiadnu inú možnosť.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:

33. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „Zber, odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a zabezpečenie jeho zhodnotenia“, uverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 245-645993 zo dňa 17.12.2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 290/2021 dňa 20.12.2021 pod značkou 59101-MSS. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 825 000,00 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. Zákazka nemá byť financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný sprístupnil súťažné podklady priamo a úplne bez obmedzení či poplatkov tak, že tieto boli zverejnené dňa 17. 12. 2021 v profile kontrolovaného, ktorý je zriadený na webovom sídle úradu. V lehote na predkladanie ponúk (t. j. do 17.01.2022, 10:00 hod.) predložili ponuku celkovo štyria uchádzači vrátane navrhovateľa. Kontrolovaný dňa 17.01.2022 o 10:30 hod. pristúpil k otváraniu ponúk. Kontrolovaný dňa 03.02.2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO oznámenie o vylúčení a navrhovateľ v nadväznosti na to doručil úradu a kontrolovanému námietky smerujúce proti vylúčeniu dňa 11.02.2022.
34. So zreteľom na namietané skutočnosti zo strany navrhovateľa je v prvom rade určujúce, že kontrolovaný upravil minimálnu úroveň štandardov pri podmienke účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v bode 30 písm. A) súťažných podkladov nasledovne, cit.: „*Uchádzač vo verejnom obstarávaní musí splniť podmienky účasti, týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti:*

a) podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní: predložiť zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.

Minimálna úroveň štandardov:

*Uchádzač predloží Zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov. Zoznam sa musí týkať poskytovania služby rovnakého alebo obdobného charakteru a rozsahu ako je predmet zákazky (zber a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu alebo zber a likvidácia ostatných komunálnych odpadov). Uchádzač musí predloženými referenciami preukázať, že za obdobie posledné 3 roky zrealizoval takéto zákazky v **minimálnej súhrnnej 400 000 EUR bez DPH.**“*

35. Navrhovateľ v rámci ponuky doručenej kontrolovanému dňa 16.01.2022 prostredníctvom IS EVO (ďalej aj ako „ponuka“) na účely preukázania vyššie uvedenej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil dokument s názvom „Výber z referencií XXX“ (ďalej aj ako „zoznam predchádzajúcich plnení“), v ktorom sa uvádza:

IČO	Entita	Služba	Obdobie		Plnenie v EUR bez DPH
			Od	Do	
XXX	XXX	XXX	1.1.2020	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	1.7.2021	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	1.3.2021	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	1.8.2021	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	1.6.2021	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	22.12.2020	22.6.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	1.8.2021	1.12.2021	XXX
XXX	XXX	XXX	4.12.2018	16.7.2020	XXX

Spolu v EUR bez DPH: XXX EUR

36. Úrad ďalej v rámci šetrenia zistil, že navrhovateľ v rámci ponuky nepredložil jednotný európsky dokument (tzv. JED) podľa § 39 zákona o verejnom obstarávaní.
37. Lustráciou IS EVO úrad zistil, že kontrolovaný nevyužil inštitút vysvetlenia vo vzťahu k splneniu navrhovateľom namietanej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti.
38. Dňa 17.01.2022 kontrolovaný pristúpil k vyhodnoteniu ponúk na základe kritérií, ktorého formálnym výstupom je Zápisnica z vyhodnotenia ponúk podľa § 53 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetná zápisnica obsahuje len zoznam uchádzačov a poradie uchádzačov na základe hodnotiaceho kritéria, ktorým je v tomto verejnom obstarávaní najnižšia cena.
39. Dňa 17.01.2022 kontrolovaný zároveň uskutočnil vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní, nevynímajúc vyhodnotenie splnenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti. Formálnym výstupom tohto postupu kontrolovaného je Zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti zo dňa 17.02.2022, v ktorej sa (okrem iného) vo vzťahu k navrhovateľovej ponuke v spojitosti so splnením podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa bodu 30., písm. A) súťažných podkladov uvádza, cit.: „*Nakoľko uchádzač XXX nesplnil podmienky účasti a bol vylúčený v zmysle § 40 ods. 6 písm. ZVO, komisia pristúpila k vyhodnoteniu splnenia podmienok u uchádzača, ktorý sa umiestnil na 3. mieste po vyhodnotení ponúk. Podrobné vyhodnotenie je v prílohe zápisnice.*“ V nadväznosti na to kontrolovaný uvádza v zozname vylúčených uchádzačov navrhovateľa, pričom ako dôvod vylúčenia uvádza, cit.: „*Uchádzač nesplnil podmienky účasti, týkajúce sa osobného postavenia.*“

40. Prílohou predmetnej zápisnice je tabuľka z hodnotenia podmienok účasti, pričom vo vzťahu k namietanému nesplneniu požiadaviek technickej alebo odbornej spôsobilosti zo strany navrhovateľa je relevantná nasledovná časť:

Technická a odborná spôsobilosť	Zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov. Zoznam sa musí týkať poskytovania služby rovnakého alebo obdobného charakteru a rozsahu ako je predmet zákazky (zber a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu alebo zber a likvidácia ostatných komunálnych odpadov). Uchádzač musí predloženými referenciami preukázať, že za obdobie posledné 3 roky zrealizoval takéto zákazky v minimálnej súhrnnej 400 000 EUR bez DPH.	Uchádzač v ponuke predložil dokument s názvom „Výber z referencií [REDAKOVANÉ]“, kde sú uvedené informácie o referenciách. Uchádzač v ponuke nepredložil žiadne referencie. Komisia preskúmala aj Evidenciu referencií na stránke ÚVO, kde má uchádzač zverejnené 3 referencie, avšak ich spoločná celková výška dosahuje menej ako [REDAKOVANÉ]. Komisia posudzovala aj plnenie uchádzača pre [REDAKOVANÉ] ale objem plnenia ani zďaleka nedosahuje požadovanú hodnotu, a to ani v súčte s tromi zverejnenými referenciami. Uchádzač v ponuke nepredložil Jednotný európsky dokument. Uchádzač v ponuke uvádza, že nie je členom skupiny dodávateľov, v ponuke sa nenachádza žiaden doklad o využití kapacít iných osôb. Podmienka účasti nespĺnená.
---------------------------------	---	--

41. Kontrolovaný dňa 03.02.2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO Oznámenie o vylúčení zo dňa 03.02.2022 (ďalej aj ako „oznámenie o vylúčení“), v ktorom uviedol, cit.: „Ako mandatar verejného obstarávateľa, ktorým je Mesto Pezinok so sídlom Radničné námestie 7, 902 14 Pezinok vo verejnom obstarávaní „Zber, odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a zabezpečenie jeho zhodnotenia“, ktoré bolo zverejnené pod zn. 59101 – MSS vo Vestníku verejného obstarávania č. 290/2021 zo dňa 20.12.2021 a v rámci ktorého ste predložili ponuku, Vám týmto v zmysle § 40 ods. 6, písm. a) zákona č. 343/5015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) oznamujeme, že v predmetnom verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ Vás ako uchádzača vylúčil.

Odôvodnenie:

V zmysle Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a súčasne v zmysle bodu 30. písm. A) Súťažných podkladov: „uchádzač vo verejnom obstarávaní musí splniť podmienky účasti, týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: predložiť zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ“.

Súčasne, podľa minimálnej úrovne štandardov: „uchádzač predloží Zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov. Zoznam sa musí týkať poskytovania služby rovnakého alebo obdobného charakteru a rozsahu ako je predmet zákazky (zber a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu alebo zber a likvidácia ostatných komunálnych odpadov). Uchádzač musí predloženými referenciami preukázať, že za obdobie posledné 3 roky zrealizoval takéto zákazky v minimálnej súhrnnej 400 000 EUR bez DPH“.

Vo Vašej ponuke ste predložili dokument s názvom „Výber z referencií XXX“, kde sú uvedené informácie o referenciách. Nakoľko však sedem z ôsmich odberateľov z tohto výberu sú verejní obstarávatelia, dokladom na preukázanie poskytnutej služby je referencia. Referencia je definovaná v § 12 ods. 2 ZVO.

Preskúmaním Evidencie referencií na stránke Úradu pre verejné obstarávanie bolo zistené, že máte zaevidované 3 referencie, týkajúce sa zberu a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu, resp. zberu a likvidácie ostatných komunálnych odpadov, v súhrnnej výške XXX EUR. Vo Vami predloženej ponuke sa žiadne iné referencie nenachádzajú. V ponuke ste nepredložili ani Jednotný európsky dokument. V ponuke uvádzate, že nie je členom skupiny dodávateľov a ani sa v ponuke nenachádza žiaden doklad

o využití kapacit iných osôb. V zmysle vyššie uvedeného, Vás verejný obstarávateľ vylúčil v súlade s § 40 ods. 6, písm. a) ZVO: „verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača, ak nesplnil podmienky účasti“. (...)“

42. Úrad zistil, že v čase doručenia ponuky dňa 16.01.2022 navrhovateľ mal zapísané v Evidencii referencií nasledovné referencie od verejných obstarávateľov:

- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského a reštauračného odpadu“ v hodnote XXX EUR – referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 07.01.2022;
- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Likvidácia odpadov“ v hodnote XXX EUR - referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 03.01.2022;
- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Odvoz biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu“ v hodnote XXX EUR - referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 01.10.2020,

t. j. **v celkovej hodnote XXX EUR.**

43. Lustráciou Evidencie referencií úrad zároveň zistil, že navrhovateľovi boli po doručení ponuky dňa 16.01.2022, resp. po otvorení ponúk dňa 17.01.2022, zapísané ďalšie tri referencie do Evidencie referencií od verejných obstarávateľov:

- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Zber, odvod a zhodnotenie biologicky rozložiteľného odpadu z domácností a služby s tým spojené na území XXX v hodnote XXX EUR - referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 17.02.2022;
- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Zber, preprava a zhodnotenie biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu v XXX“ v celkovej hodnote XXX EUR - referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 09.02.2022;
- zákazka pre XXX (zároveň kontrolovaný v tomto revíznom konaní) s predmetom plnenia „Zhodnotenie kuchynského odpadu formou R3“ v hodnote XXX EUR - referencia bola zapísaná do Evidencie referencií dňa 09.02.2022.

44. Navrhovateľ zároveň v námietke predložil ďalšie referencie v nadväznosti na predložený zoznam predchádzajúcich plnení v ponuke, pričom tieto referencie nie sú k dnešnému dňu zapísané v Evidencii referencií, resp. boli vystavené len listinne, a to:

- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Odvoz a spracovanie biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a použitého jedlého oleja“ v hodnote – XXX EUR – referencia bola vyhotovená v listinnej podobe dňa 10.01.2022;
- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Odvoz a spracovanie biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu a použitého oleja“ v hodnote XXX EUR bez – referencia bola vyhotovená v listinnej podobe dňa 08.02.2022.
- zákazka pre XXX s predmetom plnenia „Zhodnotenie biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu z domácností (bytové domy) v XXX“ v hodnote XXX EUR – referencia bola vyhotovená v listinnej podobe dňa 10.01.2022.

Právny rámec

45. 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.

46. 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 päť 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.
47. Podľa § 12 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní evidencia referencií je informačný systém verejnej správy, ktorého správcom je úrad a v ktorom sa vedú referencie od verejných obstarávateľov a obstarávateľov.
48. Podľa § 12 ods. 2 (prvá veta) zákona o verejnom obstarávaní referenciou na účely tohto zákona je elektronický dokument, ktorý obsahuje potvrdenie o dodaní tovaru, uskutočnení stavebných prác alebo poskytnutí služby.
49. Podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní vyhotoviť referenciu do
- a) 30 dní odo dňa skončenia plnenia podľa zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo jej časti, ktorá spĺňa požiadavku funkčného celku,
 - b) 10 dní odo dňa doručenia žiadosti dodávateľa o vyhotovenie referencie, ak
 1. ide o zákazku s nízkou hodnotou,
 2. ide o zákazku, na ktorú sa nevzťahuje tento zákon, alebo
 3. ide o opakované plnenia a ak nebola vyhotovená referencia podľa písmena a).
50. Podľa § 12 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní povinnosť podľa odseku 3 plnia verejný obstarávateľ a obstarávateľ v elektronickej podobe a spôsobom, ktorý určí úrad v rámci funkcionality evidencie referencií. Úrad zabezpečí všetky technické rozhrania v rozsahu potrebnom na plnenie povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa podľa odseku 3. Zápis referencie do údajov vedených v evidencii referencií zabezpečí úrad.
51. Podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nesplní povinnosť podľa odseku 3, dodávateľ je oprávnený podať verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi písomnú žiadosť o vyhotovenie referencie. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyhotoví referenciu do desiatich dní odo dňa doručenia žiadosti dodávateľa. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nevyhotoví referenciu v lehote podľa druhej vety, dodávateľ je oprávnený do 30 dní odo dňa uplynutia tejto lehoty podať návrh na vyhotovenie referencie Rade úradu (ďalej len „rada“), ku ktorému priloží dôkazy o tom, že podmienky na vyhotovenie referencie boli splnené. Ak rada dospeje k záveru, že podmienky na vyhotovenie referencie ustanovené podľa odseku 3 boli splnené, vyhotoví referenciu namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, a to do 15 pracovných dní.
52. 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.

53. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní 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. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do
- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).
54. Podľa § 40 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti uchádzačov alebo záujemcov, ktoré sa týkajú technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) alebo písm. b), zohľadniť referencie uchádzačov alebo záujemcov uvedené v evidencii referencií podľa § 12, ak takéto referencie existujú.
55. 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.

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:

56. V prvom rade je potrebné uviesť, že kontrolovaný podľa bodu 30 písm. A) súťažných podkladov požadoval preukázanie podmienky technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. navrhovateľ mal predložiť zoznam poskytnutých služieb za predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov (pozri viac zistenia úradu k minimálnym štandardom). Požiadavku predloženia zoznamu, o ktorom sa zmieňuje ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ splnil predložením zoznamu predchádzajúcich plnení v rámci ponuky doručenej kontrolovanému dňa 16.01.2022 (pozri bod 35. tohto rozhodnutia). Analýzou predmetného zoznamu predchádzajúcich plnení navrhovateľa úrad jednoznačne identifikoval, že navrhovateľ celkovo v zozname uviedol 8 predchádzajúcich plnení, pričom 7 plnení bolo realizovaných pre verejných obstarávateľov a 1 plnenie bolo uskutočnené pre iný subjekt než je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.
57. Z oznámenia o vylúčení a písomného vyjadrenia kontrolovaného k námietkam navrhovateľa vyplýva, že kontrolovaný uplatnil doslovný výklad ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (*stricto sensu*), pretože veta za bodkočiarkou znie „jasne“, cit.: „(...)dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona“, pričom normotvorca legálne definuje referenciu v ustanovení § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ako elektronický dokument, ktorý obsahuje potvrdenie o dodaní tovaru, uskutočnení stavebných prác alebo poskytnutí služby, pričom zákonodarca následne vymedzuje obligatórne náležitosti referencie. Z oznámenia o vylúčení navrhovateľa z tohto verejného obstarávania vyplýva, že kontrolovaný „uznal“ navrhovateľovi len referencie, ktoré sa po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, resp. lehoty na otváranie ponúk

nachádzali v Evidencii referencií (pozri bod 42. tohto rozhodnutia), pričom tieto referencie v súhrnne dosahujú hodnotu **XXX EUR**, čo korešponduje aj s odôvodnením oznámenia o vylúčení navrhovateľa, cit.: „*Preskúmaním Evidencie referencií na stránke Úradu pre verejné obstarávanie bolo zistené, že máte zaevidované 3 referencie, týkajúce sa zberu a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu, resp. zberu a likvidácie ostatných komunálnych odpadov, v súhrnnej výške XXX EUR. Vo Vami predloženej ponuke sa žiadne iné referencie nenachádzajú.*“

58. Podľa názoru úradu z vyššie uvedeného preukázateľne vyplýva, že kontrolovaný išiel striktne podľa dikcie ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný však opomína dôsledky vyplývajúce z doslovného jazykového výkladu a aplikácie predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, ktorý kontrolovaný aplikoval v rámci oznámenia o vylúčení navrhovateľa z tohto verejného obstarávania a zároveň kontrolovaný nezohľadnil ustálenú rozhodovaciu prax úradu ohľadne otázky, ktorá je meritom tohto revízneho konania.
59. K dôsledkom vyplývajúcim z takéhoto doslovného jazykového výkladu a aplikácie predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní je potrebné zdôrazniť, že ak by úrad pripustil takýto doslovný, resp. striktný výklad a aplikáciu ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, znamenalo by to, že podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti by bolo možné preukazovať len referenciou, pričom by mohlo ísť len o plnenia realizované pre verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov podľa § 7 až § 9 zákona o verejnom obstarávaní. Takýmto prísny doslovným výkladom kontrolovaný vylučuje možnosť preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní plneniami realizovanými pre iné subjekty než verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, t. j. kontrolovaný tým vyjadruje presvedčenie (čo logicky vyplýva z prístupu kontrolovaného), že podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nemožno preukazovať plneniami, ktoré realizuje napríklad súkromná obchodná spoločnosť pre inú súkromnú obchodnú spoločnosť v rámci obchodných záväzkovo-právnych vzťahov podľa tretej časti zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (§ 261 a nasl.).
60. Dôsledky takéhoto výkladu a aplikácie predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní úrad prekonal už napríklad v rámci rozhodnutia č. 6850-6000/2020-OD zo dňa 18.06.2020, kde úrad posudzoval (okrem iného) neakceptovanie iných dokladov o predchádzajúcom plnení pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1 zákona o verejnom obstarávaní. Ide o takmer totožný skutkový stav, pretože ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zakotvuje, cit.: „*dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ*“, a ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) bod 1. rovnako zakotvuje, cit.: „*ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia*“. Úrad v predmetnom rozhodnutí č. 6850-6000/2020-OD zo dňa 18.06.2020 identifikoval medzeru v zákone a využil analógiu legis s „najpríbuznejším“ ustanovením, ktorým je ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní. Z tohto dôvodu sú závery pertraktované v spomínanom rozhodnutí plne aplikovateľné aj na toto revízne konanie pri posudzovaní vzťahu § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a § 34 ods. 1 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „**Úrad zdôrazňuje, že určenie toho, či záujemca/uchádzač preukazuje technickú a odbornú spôsobilosť referenciou podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní a/alebo potvrdením podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní má zásadný význam aj pre právne**

posúdenie navrhovateľových námietok. S referenciou podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní a potvrdením podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní sú totiž spojené rozdielne právne povinnosti odberateľa vo vzťahu k evidencii referencií, resp. v praxi prichádzajú do úvahy dve nasledovné eventuality:

1. Záujemca/uchádzač uskutočnil stavebnú prácu pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa - v takomto prípade je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ:

- **podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní povinný vyhotoviť referenciu do**

- a) 30 dní odo dňa skončenia plnenia podľa zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo jej časti, ktorá splňa požiadavku funkčného celku,
- b) 10 dní odo dňa doručenia žiadosti dodávateľa o vyhotovenie referencie, ak
 - 1. ide o zákazku s nízkou hodnotou,
 - 2. ide o zákazku, na ktorú sa nevzťahuje tento zákon, alebo
 - 3. ide o opakované plnenia a ak nebola vyhotovená referencia podľa písmena a);

- **podľa § 12 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní povinnosť podľa § 12 ods. 3 plnia verejný obstarávateľ a obstarávateľ v elektronickej podobe a spôsobom, ktorý určí úrad v rámci funkcionality evidencie referencií. Úrad zabezpečí všetky technické rozhrania v rozsahu potrebnom na plnenie povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Zápis referencie do údajov vedených v evidencii referencií zabezpečí úrad.**

2. Záujemca/uchádzač uskutočnil stavebnú prácu pre inú osobu ako je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ – v takomto prípade iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ:

- **nie je povinná vyhotoviť referenciu v lehote podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a zverejňovať túto referenciu v zmysle § 12 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v evidencii referencií.**

Nesplnenie povinnosti odberateľa vystaviť a zverejniť referenciu podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní nemôže ísť na ujmu záujemcu/uchádzača, resp. navrhovateľa. Úrad navyše dodáva, že aj samotný zákonodarca reaguje na závažnosť porušenia tejto právnej povinnosti verejného obstarávateľa a obstarávateľa v ustanovení § 182 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého „úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu od 500 eur do 30 000 eur, ak porušil povinnosť podľa § 12 ods. 3“. Kontrolovaný svojim postupom a argumentáciou pertraktovanou do Oznámenia o vylúčení dospel k záverom ad absurdum – t. j. ak odberateľ nevystaví a nezverejní referenciu v Evidencii referencií podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, a túto povinnosť si odberateľ nesplní ani do času predloženia, resp. vyhodnocovania ponúk, potom je nutné uchádzača, ktorého referencia sa nenachádza v Evidencii referencií v dôsledku porušenia odberateľovej povinnosti podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, z verejného obstarávania vylúčiť. **Takémuto frapantnému záveru kontrolovaného možno sotva prisvedčiť.** Ako už úrad uviedol, kontrolovaným vyslovený záver znamená, že porušenie povinnosti odberateľa podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní postihuje i dodávateľa, v prospech ktorého má, resp. mala byť vystavená a uverejnená referencia v Evidencii referencií. Dodávateľ však žiadnu právnu

povinnosť, ani prevenčnú povinnosť, neporušil, či už úmyselne, neúmyselne, vedome, nevedome. Úrad opätovne zdôrazňuje, že sporný referenčný list vystavený pre dodávateľa XX od odberateľa Univerzitná nemocnica Martin je referenciou podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní. Nakoľko Univerzitná nemocnica Martin je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ by mal preukazovať vykonanie stavebných prác počas referenčného obdobia referenciou zverejnenou v Evidencii referencií. Podľa § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní referencia je „**elektronický dokument, ktorý obsahuje potvrdenie o dodaní tovaru, uskutočnení stavebných prác alebo poskytnutí služby.**“ **S ohľadom na skutkové a právne okolnosti tohto prípadu vyvstáva otázka, ako postupovať v situácii, keď navrhovateľ (alebo iný subjekt, prostredníctvom ktorého preukazuje technickú a odbornú spôsobilosť) de facto realizoval stavebné práce počas referenčného obdobia, ale odberateľ (v postavení verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa) si nesplnil svoju povinnosť podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho navrhovateľ nemá k dispozícii referenciu ako elektronický dokument? Možno v danom prípade predložiť referenciu v listinnej podobe, keď zákonodarca referenciu podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. v spojitosti s ustanovením § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní legálne definuje ako elektronický dokument?** Pre právne posúdenie vyššie nastolenej otázky je opätovne východiskom ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) bod 1. a 2. zákona o verejnom obstarávaní. Zákonodarca pri referencii podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní, pod ktorú spadá aj sporná referencia XX/Univerzitná nemocnica Martin, neupravuje aký dokument/doklad má predložiť záujemca/uchádzač, ak odberateľ referenciu ako elektronický dokument nevystavil. Normatívna právna úprava na tomto mieste vykazuje prvky vacuum legis, resp. explicitne nerieši situáciu, ktorá je predmetom týchto námietok. Inak už postupuje normotvorca pri potvrdení podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vystavuje iná osoba ako je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. Zákonodarca hneď vo vete za bodkočiarkou ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní upravuje situáciu, ak takéto potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá (pričom takáto úprava absentuje pri spomínanej referencii vystavenej verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom) nasledovne, cit.: „ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené“. Normatívna právna úprava tu teda nerovnako rieši, ak navrhovateľ nemá k dispozícii referenciu podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. a potvrdenie podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ v prípade nezverejnenej referencie síce môže uplatniť postup podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. podať písomnú žiadosť o vyhotovenie referencie, ale ide o časovo náročný postup. Podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nesplní povinnosť podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, dodávateľ je oprávnený podať verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi písomnú žiadosť o vyhotovenie referencie. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyhotoví referenciu do desiatich dní odo dňa doručenia žiadosti dodávateľa. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nevyhotoví referenciu v lehote podľa druhej vety, dodávateľ je oprávnený do 30 dní odo dňa uplynutia tejto lehoty podať návrh na vyhotovenie referencie Rade úradu, ku ktorému priloží dôkazy o tom, že podmienky na vyhotovenie referencie boli splnené. Ak rada dospeje k záveru, že podmienky na vyhotovenie referencie ustanovené podľa § 12 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní boli splnené, vyhotoví referenciu namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, a to do 15 pracovných dní. Z dikcie ustanovenia § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ disponuje v určitom prípade možnosťou zabezpečiť zverejnenie referencie prostredníctvom Rady úradu, ak verejný

obstarávateľ alebo obstarávateľ koná v rozpore s § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní. Ak však navrhovateľ počas verejného obstarávania zistí, že v Evidencii referencií nemá zverejnenú určitú referenciu, ktorú zrovna potrebuje v určitom verejnom obstarávaní na účely preukázania podmienok účasti odbornej a technickej spôsobilosti, aj s ohľadom na lehoty uvedené v § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, môže trvať aj 2 mesiace, kým navrhovateľ docielí zverejnenie referencie. Ak napríklad navrhovateľ zistí až zo žiadosti o vysvetlenie, že odberateľ v postavení verejného obstarávateľa a obstarávateľa, nevydal a nezverejnil referenciu podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, potom je navrhovateľ postavený v zásade do situácie, že nemá reálnu možnosť stihnúť zabezpečiť zverejnenie referencie v Evidencii referencií postupom podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní s ohľadom na krátke lehoty, ktoré sa uplatňujú vo vysvetľovanom konaní. Normatívna právna úprava tu teda nerovnako rieši, ak navrhovateľ nemá k dispozícii referenciu podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. a potvrdenie podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní. Pri potvrdení podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ nemusí postupovať podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko podľa vety za bodkočiarkou ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že „ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené“. Pri referencii podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní však zákonodarca takúto úpravu nepozná, resp. navrhovateľ by musel postupovať časovo náročným postupom podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, čo znamená, že v dôsledku odberateľovho omisívneho porušenia § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní by navrhovateľ len ťažko mohol (a stihol) preukázať splnenie podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti, pretože by musel absolvovať časovo náročný postup podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Takúto situáciu treba považovať za neprijateľnú a ide na ujmu samotnej hospodárskej súťaže. Vo svetle vyššie uvedeného je úrad toho názoru, že ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní túto situáciu výslovne nerieši a absenciu tejto právnej úpravy možno kvalifikovať ako čiastočnú medzeru v zákone (*lacunae legis*). Orgán aplikujúci a vykladajúci právo, t. j. úrad, si musí dokázať poradiť aj s nedokonalým právom, a to práve na základe analógie, ktorú možno chápať ako dotváranie práva, zostrovanie jeho kontúr, odhaľovanie základných zásad a pod.³ Úrad v tomto posudzovanom prípade na základe námietok navrhovateľa poníma vykonanie analógie ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. vo vzťahu k bodu 1. predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní ako „zaceľovanie čiastočnej medzery v zákone“. V danom prípade treba uplatniť analógiu *per analogiam legis*, t. j. „existuje medzera v práve, ktorá musí byť vyplnená. Pociťuje sa nedostatok právnej úpravy tam, kde očakávame, že by úprava mala byť. Všetko je založené na podobnosti: medzeru vyplníme podobnou normou (t. j. pre daný prípad najbližší).“⁴ Uplatnením prísneho doslovného výkladu by uvedená právna úprava znamenala, že pri absencii zverejnenej referencie podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní neprichádzajú do úvahy iné dokumenty/doklady preukazujúce uskutočnenie stavebných prác počas referenčného obdobia, zatiaľ čo pri potvrdeniach podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní to už prichádza do úvahy. Úrad má v danom prípade za to, že v prípade § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. treba uplatniť výklad *per analogiam legis* v tom zmysle, že daným

³ Pozri: HOLLÄNDER, P. 2003. *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha : Linde, 2003, s. 11

⁴ GERLOCH, A. 2007. *Teorie práva*. 4. upravené vydání. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 209

ustanovením ošetrovajúca situácia vo vete za bodkočiarkou sa nutne musí vzťahovať aj na podobnú situáciu, keď navrhovateľ, resp. záujemca/uchádzač nedisponuje referenciou podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní v dôsledku porušenia právnej povinnosti verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa (odberateľa) podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní. Obe ustanovenia zároveň vykazujú podobnosť (čo je jednou z nevyhnutných podmienok uplatnenia per analogiam legis), rozdiel spočíva len v subjekte, ktorý vydáva referenciu, resp. potvrdenie o uskutočnených prácach počas referenčného obdobia, a vo forme týchto dokumentov, t. j. pojmovým znakom referencie podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní je, že ide o elektronický dokument. „Predpokladom k použitiu analógie je obdobnosť. Riešený prípad môže iba z časti, nie však v podstatných rysoch, vybočovať z medzí zákonnej skutkovej podstaty a aplikujúci orgán neprihliada na to, čo riešeniu prípadu nevyhovuje. Z podobnosti, ktorú poskytuje právny predpis, sa aplikujúci orgán snaží nájsť normatívnu oporu s tým, že vyzdvihuje znaky spoločné, zatiaľ čo znaky rozdielne považuje za nepodstatné.“⁵ Základnou spoločnou črtou ustanovení § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. a 2. zákona o verejnom obstarávaní je, že upravujú základné dokumenty, ktorými záujemcovia/uchádzači preukazujú splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti v prípade, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje uskutočnenie stavebných prác počas referenčného obdobia. Takýto výklad treba použiť podľa potreby tak, aby sa zabezpečila úplná relevancia navzájom prepojených právnych noriem, t. j. § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. a 2. zákona o verejnom obstarávaní. Pritom nejednoznačnosť právnej normy nie je jedinou príčinou pre upustenie od doslovného výkladu. Napríklad od doslovného výkladu treba upustiť najmä v prípade, kde nemožno na jeho základe jednoznačne identifikovať subjekt, obsah alebo objekt právnej normy. Na základe vyššie uvedeného doktrínálneho prístupu je úrad toho názoru, že záujemca resp. uchádzač nutne musí disponovať právom preukázať vykonanie stavebných prác počas referenčného obdobia pre odberateľa v postavení verejného obstarávateľa alebo obstarávateľom aj inými dokladmi, ktoré preukazujú ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené, a to v listinnej, ako aj elektronickej podobe. Ak by úrad pripustil opačný výklad, resp. riadil sa len doslovným výkladom, vznikla by pre záujemcu/uchádzača „patová situácia“ spočívajúca v tom, že záujemca/uchádzač by nemohol preukázať v inom verejnom obstarávaní splnenie podmienok účasti z hľadiska technickej a odbornej spôsobilosti do času:

- kým si odberateľ (verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ) nesplní povinnosť podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, a to aj napriek tomu, že záujemca/uchádzač tieto stavebné práce počas referenčného obdobia de facto uskutočnil, alebo
- kým Rada úradu nevyhotoví referenciu postupom podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.

Inak povedané, pre konkrétny skutkový stav chýba z jazykového hľadiska v príslušnom na vec sa vzťahujúcom zákone, aplikovateľná právna norma, ktorá by však musela existovať, keby bol zákonodarca dôsledný vzhľadom na účel sledovaný úpravou spoločenských vzťahov konkrétnym zákonom.⁶ Išlo by na ujmu hospodárskej súťaže, ak by záujemcovia/uchádzači v dôsledku pasivity, či opomenutia postupu podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom

⁵ MATES, P. 2014. Analogie ve správním právu, kdy ano a kdy ne. In: *Správní právo*, Praha, 2014, roč. 47, č. 1 – 2, s. 33 - 34

⁶ Pozri: MELZER, F. 2011. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2011, s. 233

*obstarávaní zo strany odberateľa, nemohli preukázať splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti v iných verejných obstarávaniach, ktorých sa chcú zúčastniť. Úrad je ďalej povinný pri uplatnení per analogiam legis dodržiavať všeobecné limity vzťahujúce sa pre takéto výklad zákona o verejnom obstarávaní. Vo sfére správneho práva, prichádza analógia do úvahy za účelom vyplňovania medzier právnej úpravy iba v prípade, ak je to na prospech ochrany práv účastníkov konania.⁷ Úrad má v tomto posudzovanom prípade s ohľadom aj na spomínanú „patovú situáciu“, ktorá by nastala pri uplatnení doslovného výkladu, za to, že takáto analógia je prípustná a priam nevyhnutná v záujme zachovania hospodárskej súťaže. Rovnako úrad považuje za nevyhnutné zdôrazniť, že prostredníctvom výkladu per analogiam legis úrad nemôže rozširovať rozsah svojej právomoci a pôsobnosti, pretože úrad môže ako ústredný orgán štátnej správy vykonávať verejnú moc iba v oblasti výslovne upravenej zákonom. Uplatnením per analogiam legis, t. j. zacelením čiastočnej legislatívnej medzery v ustanovení § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní aplikáciou analogického, resp. obdobného ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) bodu 2. zákona o verejnom obstarávaní, nedošlo k žiadnemu rozšíreniu, či posilneniu právomoci úradu, ale naopak, k posilneniu práva záujemcov/uchádzačov predkladať verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom aj referenciu v inej podobe ako je referencia podľa § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní v spojitosti s ustanovením § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Preto treba považovať úradom vykonanú analógiu legis za prípustnú, nevyhnutnú a vhodnú. (...) S ohľadom na vyššie uvedené **navrhovateľ bol oprávnený preukázať vykonanie a uskutočnenie stavebných prác počas referenčného obdobia v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1. zákona o verejnom obstarávaní aj inými dokumentmi než elektronickou referenciou, ktorá nebola zverejnená v Evidencii referencií bez zavinenia navrhovateľa.**“*

61. Úrad zdôrazňuje, že vyššie uvedené revízne konanie (a obdobné revízne konania s podobným meritom) boli dôvodom, prečo od 31.03.2022 dochádza k novelizácii ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) bodu 1 zákona o verejnom obstarávaní. Novelou č. 395/2021 Z. z. bude s účinnosťou od 31.03.2022 predmetné ustanovenie znieť, cit.: „(...)bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia; **ak referencia nebola vyhotovená podľa § 12, dokladom môže byť aj vyhlásenie uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplnené dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie**“. Táto novela (síce neaplikovateľná ešte na toto revízne konanie) reaguje práve na situáciu, ktorá je predmetom aj tohto revízneho konania. Obdobná úprava síce nie je premietnutá aj do ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, to však nič nemení na skutočnosti, že prax úradu prelomila doslovný výklad, ktorý by spočíval v tom, že ak plnenie bolo realizované pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, dokladom je výlučne referencia zapísaná v Evidencii referencií, a to aj za situácie, že si verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nesplnil zákonom ustanovenú povinnosť referenciu zapísať do Evidencie referencií.
62. Aplikácia vyššie uvedených záverov rozhodovacej praxe úradu na skutkový stav v tomto verejnom obstarávaní, najmä vo väzbe na časový sled od vyhlásenia verejného obstarávania, znamená, že navrhovateľ by ani pri vynaložení maximálneho úsilia nemusel mať možnosť preukázať splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak by jediným dokladom, ktorý by preukazoval túto podmienku účasti, bola referencia (ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo

⁷ MATES, P. 2014. Analogie ve správním právu, kdy ano a kdy ne. In: *Správní právo*, Praha, 2014, roč. 47, č. 1 – 2, s. 39

obstarávateľ). Toto verejné obstarávanie bolo vyhlásené v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 17.12.2021, pričom lehota na predkladanie ponúk bola určená na 17.01.2022 o 10:00 hod., t. j. presne 31 dní. To znamená, že 17.12.2021 sa mohol navrhovateľ prvýkrát objektívne dozvedieť, že došlo k vyhláseniu verejného obstarávania a identifikovať nastavené podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti. Na tomto mieste je potrebné si uvedomiť odlišný právny režim vzťahujúci sa na referencie s nízkou hodnotou a referencie s vyššou hodnotou než je nízka hodnota. Ak nejde o zákazku s nízkou hodnotou, v takom prípade verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ sú povinní (aj bez žiadosti) vyhotoviť referenciu do 30 dní odo dňa skončenia plnenia podľa zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo jej časti, ktorá spĺňa požiadavku funkčného celku. Do tejto kategórie spadá napríklad predchádzajúce plnenie navrhovateľa pre XXX v hodnote XXX EUR bez DPH. To znamená, že navrhovateľ mal možnosť síce postupovať podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní pri referencii s hodnotou XXX EUR bez DPH, avšak aj pri maximálnom úsilí o zapísanie referencie prostredníctvom postupu aprobovaného ustanovením § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní by navrhovateľ nemusel získať požadovanú referenciu. Prečo nemožno zotrvávať na preukazovaní technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní výlučne skrz referenciu (ak bol odberateľom verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ) možno ozrejmiť aj na situácii, ak by napríklad predchádzajúce plnenie (ktoré predkladá v ďalšom verejnom obstarávaní) skončilo pár dní pred vyhlásením verejného obstarávania, v ktorom chce uchádzač predložiť referenciu. Ustanovenie § 12 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní totiž zakotvuje 30-dňovú lehotu na vyhotovenie referencie od skončenia plnenia zmluvy, z čoho vyplýva, že prípadné nesplnenie tejto lehoty zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa by prinútilo uchádzača postupovať podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, čo by s ohľadom napríklad na minimálne lehoty na predkladanie ponúk podľa § 66 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní, bolo nesplniteľné, a to len v dôsledku pasivity verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktorý si nesplnil povinnosť podľa § 12 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

63. Pri ostatných predchádzajúcich plneniach navrhovateľa (všetky plnenia zo zoznamu predchádzajúcich plnení okrem zákazky pre XXX a plnenia pre XXX) uvedených v zozname predchádzajúcich plnení v rámci ponuky zo dňa 16.01.2022 verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia sú však povinní postupovať podľa § 12 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. vyhotoviť referenciu do 10 dní odo dňa doručenia žiadosti dodávateľa o vyhotovenia referencie, nakoľko hodnoty predchádzajúcich plnení uvedených navrhovateľom v ponuke majú nízku hodnotu. V tomto prípade sa síce vyžaduje určitá aktivita uchádzača, aby si zabezpečil zápis referencie do Evidencie referencií, aj tu však platí, že prípadná pasivita zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa by viedla k nemožnosti preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak by túto podmienku účasti bolo prípustné preukazovať výlučne prostredníctvom elektronicky zapísanej referencie v Evidencii referencií. V prípade pasivity verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa navrhovateľ má možnosť už len podať návrh na vyhotovenie referencie Rade úradu (do 30 dní odo dňa uplynutia pôvodnej 10-dňovej lehoty), ku ktorému priloží dôkazy o tom, že podmienky na vyhotovenie referencie boli splnené. Ak rada dospeje k záveru, že podmienky na vyhotovenie referencie boli splnené, vyhotoví referenciu namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, a to do 15 pracovných dní. Z toho vyplýva, že aj keby navrhovateľ teoreticky podal žiadosť o vyhotovenie referencie podľa § 12 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní už deň nasledujúci po dni vyhlásenia verejného obstarávania (t. j. 18.12.2021), pasivita verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa ohľadne vydania referencie by spôsobila, že navrhovateľ

by mohol požiadať Radu úradu o vydanie referencie namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa najskôr 29.12.2021 (t. j. po uplynutí 10-dní odo dňa doručenia žiadosti). Ak by aj navrhovateľ ešte 29.12.2021 doručil žiadosť Rade úradu o vydanie referencie podľa § 12 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, tak v prípade, že by Rada úradu vydala referenciu namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v posledný deň lehoty, navrhovateľ by do lehoty na predkladanie ponúk (t. j. 17.01.2022) nedisponoval referenciou, pretože Rada úradu má lehotu 15 **pracovných** dní na vyhotovenie referencie. To znamená, že ak by navrhovateľ doručil žiadosť 29.12.2021, Rada úradu má lehotu do 20.01.2022 (06.01.2022 je štátny sviatok, t. j. nejde o pracovný deň), a teda Rada úradu by síce dodržala zákonom ustanovenú lehotu ak by vydala referenciu namiesto verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa dňa 20.01.2022, ale navrhovateľ by nesplnil podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, a to len z dôvodu pasivity verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a paradoxne rozhodnutia Rady úradu v zákonom ustanovenej lehote, ale až v posledných dňoch tejto lehoty.

64. **Rovnaký záver vyslovil aj samotný úrad vo svojom predchádzajúcom rozhodnutí č. 12594-6000/2018-OD/4 zo dňa 11.02.2019, v ktorom úrad konštatoval, cit.: „(...) *pokiaľ si verejný obstarávateľ/obstarávateľ nesplní zákonnú povinnosť vyhotoviť referenciu, nemôže to byť na ťarchu uchádzača, ktorý má záujem o účasť v ďalšom verejnom obstarávaní. Pokiaľ by totiž verejný obstarávateľ/obstarávateľ nevyhotovil referenciu, záujemca/uchádzač by nemal ako preukázať uskutočnenie stavebných prác a mohlo by to ohroziť jeho účasť v ďalších procesoch verejného obstarávania.*“**
65. Čiastkový záver úradu vo veci preskúmania úkonov kontrolovaného v tomto verejnom obstarávaní je, že kontrolovaný odvíjajúc sa od predloženého zoznamu predchádzajúcich plnení pre verejných obstarávateľov a jednu súkromnú spoločnosť, mal uplatniť inštitút vysvetlenia, t. j. požiadať o vysvetlenie **už predloženého dokladu** v rámci pôvodnej ponuky – t. j. spomínaného zoznamu predchádzajúcich plnení. Takýto postup explicitne aprobuje ustanovenie § 40 ods. 4 (prvá veta) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak **z predložených dokladov** (v tomto prípade zoznam predchádzajúcich plnení predložený navrhovateľom v ponuke) nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Rovnako komentárová literatúra k predmetnému ustanoveniu zákona o verejnom obstarávaní uvádza, cit.: „V prvom rade platí, že inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov je možné využiť iba v prípade, ak vo vzťahu ku konkrétnej podmienke účasti záujemca alebo uchádzač doklad predložil. V prípade, ak vo vzťahu ku konkrétnej podmienke účasti záujemca alebo uchádzač žiadny doklad nepredložil, nie je spravidla možné inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov aplikovať a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ by mal pristúpiť k vylúčeniu daného uchádzača.“⁸ Kontrolovanému možno dať do pozornosti aj Metodické usmernenie č. 6881-5000/2016 zo dňa 27.04.2016, cit.: „Ak však k predmetnej podmienke účasti je predložený dôkazný prostriedok a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nevie správne vyhodnotiť splnenie podmienky účasti (napr. pre nejednoznačnosť dôkazy, jeho formálna vada) je v súlade s princípom proporcionality, aby verejný obstarávateľ využil oprávnenie podľa § 40 ods. 4 zákona verejnom obstarávaní.“

⁸ AZUD, J. – PLAVÁKOVÁ, L. – BARTOŠ, P. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava : C. H. Beck, 2019, s. 738

66. Vychádzajúc z vyššie uvedeného úrad konštatuje, že **kontrolovaného úkon – vylúčenie navrhovateľa z tohto verejného obstarávania, „postráda“ dva definičné elementy, ktoré sú nevyhnutné na to, aby takýto úkon kontrolovaného napĺňal atribúty proporcionality, a to vhodnosť a potrebnosť. Úrad neustále pri „recidívnom“ porušovaní princípu proporcionality podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní zdôrazňuje, že akékoľvek opatrenie verejného obstarávateľa a obstarávateľa musí byť vhodné na dosiahnutie sledovaných cieľov a zároveň ich úkony (v tomto prípade vylúčenie z verejného obstarávania) nesmú prekračovať hranice toho, čo je na dosiahnutie príslušného cieľa potrebné.** Každý krok kontrolovaného musí byť vhodný, potrebný a nevyhnutný, čo sú základné požiadavky vyplývajúce z princípu proporcionality podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedená požiadavka je dlhodobou reprezentovaná aj na pôde Súdneho dvora EÚ. Ako reprezentatívne rozhodnutie možno uviesť Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 16.12.2008 vo veci C-213/07, *Michaniki AE proti Ethniko Symvoulío Radiotileorasis Ypourgos Epikrateia*, v ktorom Súdny dvor EÚ v kontexte vylúčenia uchádzača konštatoval, že podľa zásady proporcionality, ktorá patrí medzi všeobecné zásady práva Spoločenstva, opatrenia predvídané v predpisoch Spoločenstva musia byť spôsobilé dosiahnuť sledovaný cieľ a nesmú presahovať to, čo je na dosiahnutie daného cieľa potrebné. To znamená, že medzi rozhodnutím kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a sledovaným cieľom musí byť určitá korelácia. Kontrolovaný bol povinný aj v tomto verejnom obstarávaní uplatniť inštitút vylúčenia ako najkrajnejší prostriedok v duchu *ultima ratio*, a to až po vyčerpaní všetkých inštitútov, ktoré dáva k dispozícii normatívna práva úprava reprezentovaná zákonom o verejnom obstarávaní, eventuálne subsidiárne uplatňujúcim sa správnym poriadkom. V tomto posudzovanom prípade ako miernejší prostriedok, resp. úkon kontrolovaného, ktorý by mal predchádzať samotnému aktu vylúčenia navrhovateľa z verejného obstarávania, je inštitút vysvetlenia, ktorý navrhovateľ aj inicioval. Ak navrhovateľ nedokáže ani v rámci vysvetľovacieho konania, resp. odpovedí na žiadosti o vysvetlenie ozrejmiť, vysvetliť, odstrániť nezrovnalosti v predloženej ponuke, až v tomto momente možno považovať vylúčenie uchádzača za nevyhnutné (pri istej dávke generalizácie). Požiadavka nevyhnutnosti vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania spočíva v tom, že je potrebné skúmať, či v daných okolnostiach neexistovali menej drastické, resp. šetrnejšie prostriedky, než je vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania. K potrebe uplatňovania menej „invazívnejších“ inštitútov sa vyjadril aj Súdny dvor EÚ v rozhodnutí z 03.03.2005 v spojených veciach C-21/03 a C-34/03, *Fabricom SA proti Belgickému kráľovstvu*, v ktorom Súdny dvor EÚ konštatoval, že je na príslušnom verejnom obstarávateľovi a obstarávateľovi, aby posúdil, akým opatrením je možné dosiahnuť cieľ, ktorý sleduje. Následne je potrebné vyhodnotiť všetky tieto opatrenia a určiť, ktoré z nich je najmenej obmedzujúce. Obdobne komentárová literatúra v kontexte vylúčenia uchádzača a princípu proporcionality konštatuje, cit.: „*Porušením princípu proporcionality môže byť vo všeobecnosti napríklad to, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči uchádzača, hoci sa dosiahnutie sledovaného cieľa, teda zabezpečenie ponuky súladnej s požiadavkami verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa dá dosiahnuť inak. V konkrétnom vyjadrení teda napríklad pôjde o vylúčenie pre nesplnenie formálnych, administratívnych požiadaviek na ponuku namiesto toho, aby uchádzač dostal možnosť tieto nedostatky odstrániť*, alebo o prípad, ak uchádzač nedostane možnosť vysvetliť tie časti ponuky, ktorých vysvetlenie (a odstránenie súvisiacich nejasností) je bez väčších ťažkostí možné.“.
67. Úrad pre úplnosť uvádza, že ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) rozlišuje situáciu, či uchádzač preukazuje túto podmienku účasti plnením realizovaným pre iný subjekt ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ (napríklad pre inú súkromnú obchodnú spoločnosť) alebo

pre verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa. Ak ide o prvú situáciu, uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky účasti zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb počas referenčného obdobia od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov. Pri druhej situácii a pri akceptovaní doslovného výkladu, uchádzač preukazuje túto podmienku účasti referenciou. Postup kontrolovaného spočíva v tom, že v rámci preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vyžaduje a akceptuje len zapísané referencie v Evidencii referencií predstavuje prísne formalistický prístup zo strany kontrolovaného, ktorý absurdne znásobil pri plnení, ktoré v minulosti preňho realizoval navrhovateľ, t. j. neuznal „vlastnú“ zákazku, a to len z toho dôvodu, že navrhovateľ nemal predmetnú referenciu zapísanú v Evidencii referencií. **Kontrolovaný v písomnom vyjadrení síce uvádza, že komisia posudzovala aj plnenie navrhovateľa pre XXX (t. j. kontrolovaného), v oznámení o vylúčení sa však uvádza, cit.: „Preskúmaním Evidencie referencií na stránke Úradu pre verejné obstarávanie bolo zistené, že máte zaevidované 3 referencie, týkajúce sa zberu a súčasne zhodnotenie odpadov biologicky rozložiteľného kuchynského odpadu, resp. zberu a likvidácie ostatných komunálnych odpadov, v súhrnnej výške XXX EUR.“** Z toho logicky vyplýva, že adresátovi oznámenia o vylúčení bolo oznámené, že kontrolovaný uznal len referencie uvedené v bode 42. tohto rozhodnutia. Oznámenie o vylúčení v tomto ohľade nie je v zhode so Zápisnicou z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 17.01.2022, pretože z nej implicitne vyplýva, že toto plnenie bolo navrhovateľovi uznané, cit.: „Komisia posudzovala aj plnenie uchádzača pre XXX, ale objem plnenia ani zďaleka nedosahuje požadovanú hodnotu, a to ani v súčte s tromi zverejnenými referenciami“. V tomto ohľade postup kontrolovaného vykazuje prvky zmätočnosti, pričom úradu dlhodobo takéto úkony kontrolovaných kvalifikuje ako netransparentné.

68. Kontrolovaný vo vyjadrení uviedol, že posudzoval aj predchádzajúce plnenie navrhovateľa pre obchodnú spoločnosť XXX. Prezentované tvrdenie kontrolovaného sa však nezhuďuje s úradom zisteným skutkovým stavom, pretože v žiadnej zápisnici z vyhodnotenia ponúk sa nenachádza žiadna zmienka o tom, že by kontrolovaný predmetné plnenie posudzoval. Vo vzťahu k predmetnému predchádzajúcemu plneniu navrhovateľa voči obchodnej spoločnosti XXX platia závery uvedené pri inštitúte vysvetlenia obdobne ako pri referenciách, t. j. ak má kontrolovaný pochybnosti o skutočnej realizácii predmetného plnenia, resp. ak má kontrolovaný pochybnosti či uvedené plnenie zodpovedá nastaveným minimálnym štandardom, kontrolovaný je v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, odvíjajúc sa od predloženého zoznamu predchádzajúcich plnení podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, povinný uplatniť inštitút vysvetlenia.
69. Kontrolovaný s ohľadom na dikciu ustanovenia § 40 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní síce postupoval správne, ak uznal navrhovateľovi 3 referencie zapísané v Evidencii referencií, to však už so zreteľom na vyššie uvedené nemožno konštatovať v prípade zoznamu predchádzajúcich plnení, ktoré predložil v rámci ponuky (pozri bod 35. tohto rozhodnutia). Úrad vo svetle vyššie uvedeného konštatuje, že kontrolovaný bol povinný uplatniť inštitút vysvetlenia vo vzťahu k všetkým predchádzajúcim plneniam navrhovateľa, ktoré predložil v ponuke v rámci zoznamu predchádzajúcich plnení, osobitne zdôrazňujúc plnenia pre verejných obstarávateľov.
70. Úrad pre úplnosť uvádza, že vyššie uvedený spôsob vyhodnocovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti by mal kontrolovaný realizovať vo vzťahu

k všetkým uchádzačom v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

71. Zároveň úrad upozorňuje kontrolovaného na chybu z Zápisnici z vyhodnotenia podmienok účasti (pozri bod 39. tohto rozhodnutia), kde sa nesprávne uvádza ako dôvod vylúčenia, cit.: „Uchádzač nesplnil podmienky účasti, týkajúce sa osobného postavenia.“
72. 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.
73. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
74. V kontexte navrhovateľom namietaných skutočností a s ohľadom na vyššie uvedené úrad v zmysle § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní konštatuje, že v posudzovanom prípade **došlo k porušeniu § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, omisívnemu porušeniu ustanovenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom (neuplatnenie inštitútu vysvetlenia) a porušeniu princípu proporcionality a transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a preto úrad považuje námietky navrhovateľa za opodstatnené.**
75. Úradom identifikované porušenia zákona o verejnom obstarávaní v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko akceptovaním spomínaných predchádzajúcich plnení navrhovateľa a uplatnením inštitútu vysvetlenia mohol byť navrhovateľ v tomto verejnom obstarávaní identifikovaný ako úspešný uchádzač, najmä so zreteľom na to, že v tomto verejnom obstarávaní predložil druhú najnižšiu ponuku, pričom uchádzač s najnižšou ponukou bol z tohto verejného obstarávania vylúčený (tento uchádzač voči vylúčeniu nedoručil námietku).
76. Úrad ako návod pre kontrolovaného, aby v budúcnosti predišiel vyššie uvedeným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní odporúča kontrolovanému, aby pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uplatnil inštitút vysvetlenia, ak uchádzač predložil zoznam predchádzajúcich plnení, hoci tento uchádzač nemá zapísané referencie v Evidencii referencií. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti akceptoval aj referencie v listinnej podobe, resp. iné potvrdenia a doklady preukazujúce poskytnutie služieb počas referenčného obdobia, a to aj za situácie, ak si odberateľ (verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ) nesplnil svoju zákonnú povinnosť podľa § 12 ods. 3 a 5 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nezverejnil elektronickú podobu referencie v Evidencii referencií.

Kaucia

77. 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.
78. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.
79. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní **rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.**
80. 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. XXX – navrhovateľ
2. **Mesto Pezinok**, Radničné námestie 7, 902 14 Pezinok, IČO: 00 305 022 – kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka