

Bratislava 07. 02. 2024
Číslo: 5130-6000/2024

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. c) 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** (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 verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „**VÝSTAVBA ZÁKLADNEJ ŠKOLY A TELOCVIČNE NA ZÁHRADNÍCKEJ UL. - ZVÝŠENIE KAPACÍT ZÁKLADNÝCH ŠKÔL V SENCI**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **mesto Senec**, Mierové nám. 8, 903 01 Senec, IČO: 00 305 065 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 10. 2023 pod značkou 2023/S 196-615323 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 199/2023 dňa 12. 10. 2023 pod značkou 33718 - MSP (ďalej len „verejná súťaž“), 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 mesto Senec**, Mierové nám. 8, 903 01 Senec, IČO: 00 305 065, vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky „**VÝSTAVBA ZÁKLADNEJ ŠKOLY A TELOCVIČNE NA ZÁHRADNÍCKEJ UL. - ZVÝŠENIE KAPACÍT ZÁKLADNÝCH ŠKÔL V SENCI**“, vyhlásenom v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 10. 2023 pod značkou 2023/S 196-615323 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 199/2023 dňa 12. 10. 2023 pod značkou 33718 - MSP, **odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa XX**, označené ako „Oznámenie o vylúčení“ zo dňa 22. 12. 2023, zaradiť navrhovateľa späť do procesu predmetného verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť jeho ponuku z hľadiska splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) tohto zákona prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 tohto zákona a opätovne vyhodnotiť podmienky, ktoré by zakladali dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní,

a to **do 60 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 02. 01. 2024 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹ 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 z verejnej súťaže. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa toho istého dňa ako úradu v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému elektronickej platformy verejného obstarávania (ďalej len „IS EPVO“), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje.
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 9 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 v IS EPVO za preukázané, že navrhovateľ predložil ponuku dňa 22. 11. 2023 o 07:10:00 hod.
3. 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). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr na druhý pracovný deň nasledujúci po doručení námietok v lehote podľa § 170 ods. 4. Za každú skutočnosť, proti ktorej námietky podľa § 170 ods. 3 smerujú, sa skladá samostatná kaucia.
4. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).
5. Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (t. j. 9 928 500,00 EUR bez DPH) predstavuje sumu 9 928,50 EUR. Navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 9 928,50 EUR.
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že **navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 03. 01. 2024 kauciu vo výške 9 928,50 EUR.**
7. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

¹ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente) v znení neskorších predpisov

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ úvodom poukazuje na to, že mu dňa 28. 11. 2023 kontrolovaný doručil žiadosť o nahradenie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom (ďalej len „JED“), ktoré v lehote stanovenej kontrolovaným riadne a včas predložil.
9. Navrhovateľ považuje za osobitne dôležité zdôrazniť, že následne dňa 04. 12. 2023 a po predchádzajúcom vystavení potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác kontrolovaným pre zákazku Čistenie odpadových vôd v meste Senec - Intenzifikácia a modernizácia jestvujúcej ČOV Mesta Senec, kontrolovaný vystavil zmätočne negatívnu referenciu.
10. Navrhovateľ uvádza, že dňa 14. 12. 2023 mu bola doručená žiadosť kontrolovaného, v ktorej od neho požadoval:
 - a) predloženie úplného znenia dokumentu Zmluva o poskytnutí technických a odborných kapacít uzatvorenej medzi navrhovateľom a spoločnosťou XX dňa 20. 11. 2023,
 - b) vysvetlenie referencií XX, ktoré mal realizovať pre XX a XX, ktoré sú majetkovo a personálne prepojené,
 - c) vysvetlenie, ktorým referenčným plnením preukazuje splnenie podmienky účasti „výstavba alebo rekonštrukcia zariadení určených na vzdelávanie v min. hodnote 600 000,00 EUR bez DPH“,
 - d) vysvetlenie okolností splnenia podmienok účasti pre preukázanie certifikátov ISO 9001:2015 a ISO 14001:2015,pričom na uvedený dopyt navrhovateľ riadne a včas odpovedal.
11. Navrhovateľ uvádza, že mu kontrolovaný dňa 22. 12. 2023 doručil oznámenie o vylúčení ponuky s uvedením 2 dôvodov vylúčenia:
 - a) nesplnenie podmienky účasti podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že komisia zriadená kontrolovaným neuznala referencie poskytovateľa kapacít spoločnosti XX poskytnuté od spoločností XX a XX, nakoľko sa jedná o majetkovo a personálne prepojené spoločnosti, t. j. vystavenie referencie „samému sebe“;
 - b) existencia 2 negatívnych referencií, v súlade s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
12. Vo vzťahu k prvému dôvodu vylúčenia navrhovateľ uvádza, že sa nemôže stotožniť s tvrdením kontrolovaného, nakoľko sa podľa jeho názoru v žiadnom prípade nejedná o „samoreferenciu“, pretože sa týka samostatných právnických osôb (aj keď s majetkovým a personálnym prepojením), poskytujúcich reálne a overiteľné plnenia. Súčasne konštatuje, že ho kontrolovaný nepožiadaval o nahradenie poskytovateľa kapacít v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
13. V nadväznosti na druhý dôvod vylúčenia navrhovateľ tvrdí, že ho kontrolovaný nepožiadaval o vysvetlenie danej skutočnosti (negatívnej referencie). Navrhovateľ uvádza, že pokiaľ by kontrolovaný požiadaval o vysvetlenie vo vzťahu k referencii Univerzitetnej nemocnice Bratislava (ďalej len „UNB“), potom by sa dozvedel, že táto referencia je preukázateľne nepravdivá a bola

vystavená v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní po tom, čo navrhovateľ odstúpil od zmluvy (tzn. neprišlo k odstúpeniu zo strany verejného obstarávateľa), čím je podľa názoru navrhovateľa absolútne neplatná. Súčasne by sa podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný dozvedel, že medzičasom došlo k predaju časti podniku a spoločnosť XX ako navrhovateľ už danou referenciou nedisponuje.

14. Navrhovateľ vyslovuje názor, podľa ktorého je podľa neho závažnejšie, že druhá negatívna referencia bola vystavená pravdepodobne účelovo samotným kontrolovaným, a to jednak z dôvodu, že bola vystavená po predchádzajúcom vystavení potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác, a jednak z dôvodu, že k vystaveniu negatívnej referencie zo strany kontrolovaného prišlo po vyžiadaní dokladov nahradených JED-om v dotknutej verejnej súťaži, čo podľa navrhovateľa vyvoláva znaky tendenčného správania zo strany kontrolovaného. Navrhovateľ uvádza, že takéto správanie kontrolovaného považuje za šikanózne, ba priam hraničiace s machináciou vo verejnom obstarávaní.
15. Navrhovateľ vo vzťahu k uvedenému konštatuje, že vzhľadom na zjavne tendenčný postup kontrolovaného má za to, že vylúčenie jeho ponuky je nezákonné, čo preukazuje v ďalších bodoch námietok.
16. Navrhovateľ svoju argumentáciu rozčlenil do častí, z dôvodu prehľadnosti ich úrad uvádza v nasledujúcom rozdelení:
 - A) Údajné „samoreferencie“ a absencia výzvy na nahradenie poskytovateľa kapacít,
 - B) Nezákonné negatívne referencie:
 - o B1) Negatívna referencia vystavená mestom Senec
 - o B2) Negatívna referencia vystavená UNB

Ad. A)

17. V súvislosti s uvedením dôvodu vylúčenia pod bodom 11 písm. a) tohto rozhodnutia cituje navrhovateľ znenie dokumentu Oznámenie o vylúčení zo dňa 22. 12. 2023 (ďalej len „Oznámenie o vylúčení“), ktorý mu kontrolovaný doručil cez IS EPVO dňa 22. 12. 2023 (viď bod 110 a bod 120 tohto rozhodnutia).
18. Navrhovateľ opätovne uvádza, že tak ako je zrejmé z vyššie uvedeného ako i zo skutkového stavu, kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu ponuky z dôvodu existencie tzv. „samoreferencie“ poskytovateľa kapacít, avšak bez toho, aby riadne preveril existenciu danej referencie, aby (napriek výzve navrhovateľa) uviedol pochybnosti o ich pravosti a bez toho, aby požiadal navrhovateľa o nahradenie poskytovateľa kapacít.
19. Podľa názoru navrhovateľa, nakoľko kontrolovaný v rozpore s kogentným ustanovením § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní nevyzval navrhovateľa na nahradenie osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, musí byť vylúčenie z dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní označené za nezákonné.
20. Navrhovateľ uvádza, že ustanovenie § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní je konštruované na povinnosti kontrolovaného ako verejného obstarávateľa vyzvať uchádzača (okrem iného) na nahradenie osoby použitej na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1

písm. a) alebo b) zákona o verejnom obstarávaní, ak u nej existujú dôvody na vylúčenie. Zároveň uvádza, že neuznanie „samoreferencie“ bez riadneho overenia je rovnako obdobným príkladom. Podľa navrhovateľa preto niet pochyb, že vylúčenie ponuky bez predchádzajúcej výzvy na nahradenie poskytovateľa kapacít je nezákonné.

21. Navrhovateľ ďalej vo svojich námietkach uvádza, že vylúčenie uvedené pod bodom 11 písm. a) tohto rozhodnutia považuje za nezákonné aj z dôvodu, že v danom prípade sa nejedná o tzv. „samoreferenciu“, pretože ak sa kontrolovaný (ako uvádza v Oznámení o vylúčení) opiera o metodické usmernenie úradu č. 16388-5000/2020 z 29. 12. 2020 vrátane rozhodnutia Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže č. ÚOHS-R419/2013/VZ-9358/2014/310/LPa zo dňa 05. 05. 2014, je jeho rozhodnutie postavené na nesprávnej interpretácii záveru metodického usmernenia č. 16388-5000/2020 z 29. 12. 2020, v ktorom sa uvádza, cit.: „(...) *K alternatívam, ktoré uvádzate v prvej časti Vašej žiadosti nie je možné zaujať jednoznačný záver, nakoľko odpovede závisia od okolností konkrétneho prípadu. Hoci „referencia“ podpísaná rovnakou osobou, ktorá vystupovala aj na strane dodávateľa vo všeobecnosti indikuje určité pochybnosti o objektivite v nej uvádzaného hodnotenia, jej nerelevantnosť na účely vyhodnotenia splnenia podmienok účasti je možné podľa nášho názoru skonštatovať až po podrobnejšom preskúmaní štruktúry dotknutých obchodných spoločností a ich vzájomných vzťahov (vrátane ich možnej majetkovej prepojenosti), spôsobu konania v ich mene, ako aj preskúmania skutočností, na ktoré mala daná osoba v pozícii konateľa reálny vplyv (t. j. akým spôsobom mohla ovplyvňovať rozhodnutia uskutočňované v mene spoločnosti). V určitých prípadoch bude pravdepodobne na mieste, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ využil inštitút vysvetlenia.*“.
22. Vo vzťahu k citovanému textu v bode 21 tohto rozhodnutia navrhovateľ uvádza, že dotknuté metodické usmernenie sa vo veľkej časti venovalo právnomu nástupníctvu, čo nie je rovnaký prípad ako jeho skutkový stav. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný v rámci vysvetľovania zamlčal, že pri posudzovaní predložených referencií sa opiera o metodické usmernenie uvádzané v Oznámení o vylúčení. Navrhovateľ je názoru, že pokiaľ by túto informáciu kontrolovaný uviedol v žiadosti o vysvetlenie, tzn. presne by poznal jej pravé dôvody, mohol by v tejto súvislosti poskytnúť podrobnejšie vysvetlenie kontrolovanému vrátane iných dôkazov o uspokojivom plnení.
23. Navrhovateľ konštatuje, že za týchto okolností je konanie kontrolovaného krajne netransparentné, účelové a teda nezákonné. Navrhovateľ tvrdí, že referenčné plnenia poskytovateľa kapacít spoločnosti XX sú skutočne realizovanými prácami na dotknutých objektoch, pričom odkazuje na stránku XX, podľa ktorej je evidentné, že objednávateľom je obchodná spoločnosť XX a zhotoviteľom obchodná spoločnosť XX.
24. Navrhovateľ opätovne uvádza a zdôrazňuje, že pokiaľ by ho kontrolovaný ihneď oboznámil so svojimi pravými dôvodmi pre žiadosť o vysvetlenie, mohol by poskytnúť iné vhodné dôkazy potvrdzujúce uspokojivé vykonanie prác. Navrhovateľ dodáva, že riadnou a transparentnou žiadosťou o vysvetlenie by kontrolovaný zabezpečil dodržiavanie základných princípov vo verejnom obstarávaní a teda za týchto okolností nemožno hodnotiť jeho postup inak ako tendenčný. Navrhovateľ uvádza, že v žiadosti o vysvetlenie, ktorá sa podľa neho obmedzovala len na identifikáciu majetkového a personálneho prepojenia, kontrolovaný len stroho uviedol, cit.: „*Komisia konštatuje, že uvedené referencie si zhotoviteľ XX vystavil a verifikoval sám sebe,*

vystavila ju a potvrdila tá istá osoba, konateľ všetkých troch spoločností XX. Verejný obstarávateľ Vás žiada o vysvetlenie uvedených skutočností a objektivity potvrdenia referencie č. 1 a č. 2.“, čím nebolo možné odpovedať inak ako tak, že sa navrhovateľ nestotožňuje s posúdením predložených referenčných listov komisiou kontrolovaného.

25. Navrhovateľ uvádza, že zhotoviteľ XX nevystavil a neverifikoval sám sebe referenčné plnenie, nakoľko realizovala „referenčné“ plnenia pre právne samostatné subjekty. Navrhovateľ vyslovuje názor, že zákon o verejnom obstarávaní v žiadnom smere nezakazuje vystavenie potvrdenia o uspokojivom plnení majetkovo, či personálne prepojenými spoločnosťami. Navrhovateľ konštatuje, že podľa verejne dostupných informácií je spoločnosť XX etablovanou spoločnosťou so vzrastajúcou tendenciou nárastu tržieb a dosahovaného zisku, štát voči tejto spoločnosti neeviduje žiadne nedoplatky a preto neexistuje žiadny reálny dôvod spochybňovať realizáciu prác podľa predložených potvrdení o uspokojivých plneniach v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ má za to, že danú podmienku účasti riadne a v súlade so súťažnými podkladmi preukázal tak, ako to vyžadoval kontrolovaný, pričom žiadne dodatočné pochybnosti neboli kontrolovaným vyslovené.
26. Navrhovateľ poukazuje na záver odpovede, ktorú doručil kontrolovanému v nadväznosti na žiadosť o vysvetlenie, v ktorej požiadal kontrolovaného (v prípade nedostačujúceho poskytnutého vysvetlenia) o spresnenie, aké konkrétne okolnosti vyvolávajú u kontrolovaného pochybnosti o skutočnom a uspokojivom vykonaní prác, pričom uviedol, že samotné majetkové alebo personálne prepojenie nemôže byť objektívnym dôvodom pre spochybňovanie predložených referenčných plnení (čo v konečnom dôsledku podľa názoru navrhovateľa vyplýva aj z kontrolovaným použitých rozhodnutí). Navrhovateľ uvádza, že na túto žiadosť kontrolovaný nereagoval a rovno vylúčil jeho ponuku, čo je podľa jeho názoru typickým prípadom neproporčného konania kontrolovaného, nakoľko v prípade vylúčenia ponuky ako najzávažnejšieho zásahu do práv uchádzača, je kontrolovaný povinný overiť všetky relevantné skutočnosti a až následne pristúpiť k vylúčeniu ponuky, čo sa však v danom prípade nestalo.
27. Ako dôkazy k uvedeným skutočnostiam navrhovateľ označil Žiadosť o vysvetlenie zo dňa 14. 12. 2023 a Odpoveď na žiadosť o vysvetlenie zo dňa 18. 12. 2023.
28. Navrhovateľ uvádza, že vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti, t. j. že kontrolovaný v prípade, ak mal za preukázané, že poskytovateľ kapacít nespĺňa podmienky účasti, mal navrhovateľa vyzvať v súlade ustanovením § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní o nahradenie poskytovateľa kapacít. Súčasne uvádza, že kontrolovaný konal netransparentne, keď neoboznámil navrhovateľa v rámci požadovaného vysvetlenia s pravými dôvodmi pochybností o predložených referenčných plneniach poskytovateľa kapacít a aj napriek explicitnej žiadosti navrhovateľa nekonkretizoval svoje výhrady.
29. Navrhovateľ má za to, že vylúčenie kontrolovaným a postup, ktorý mu predchádzal sú nezákonné a je nevyhnutné takéto úkony zrušiť (nariadiť odstrániť protiprávny stav), riadne vyhodnotiť predložené doklady navrhovateľa v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní na základe jasných a transparentných žiadostí o vysvetlenie a umožniť tak navrhovateľovi preukázať splnenie podmienok poskytovateľom kapacít ekvivalentnými dokladmi alebo vyzvať navrhovateľa na nahradenie poskytovateľa kapacít inou osobou spĺňajúcou požadované podmienky účasti, tak ako to umožňuje zákon o verejnom obstarávaní.

Ad. B1) Negatívna referencia vystavená mestom Senec

30. V súvislosti s uvedením dôvodu vylúčenia pod písmenom b) v bode 11 tohto rozhodnutia cituje navrhovateľ znenie odôvodnenia vylúčenia v dokumente Oznámenie o vylúčení, ktorý mu kontrolovaný doručil cez IS EPVO dňa 22. 12. 2023 (viď právne posúdenie).
31. Navrhovateľ vyslovuje názor, podľa ktorého je správanie kontrolovaného pri vylúčení jeho ponuky tendenčné, nakoľko navrhovateľovi najskôr vystavil potvrdenie o uspokojivom vykonaní prác, následne vyhlásil verejné obstarávanie, v ktorom predložil navrhovateľ ponuku a po dožiadaní dokladov nahradených JED-om (28. 11. 2023) mu vystavil kontrolovaný dňa 04. 12. 2023 negatívnu referenciu a označil ju neskôr ako dôvod pre vylúčenie ponuky s vykonštruovanou výškou škody (pričom navrhovateľ spochybňuje, že prišlo k škode), aby naplnil znaky možného vylúčenia podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Dôkaz, že ide o vykonštruovanú škodu, dokazuje podľa názoru navrhovateľa to, že vo vystavenej nepravdivej referencii sa takáto informácia nenachádza a navodzuje to oprávnený dojem, že až dodatočne kontrolovaný (resp. nestotožnená osoba) zistil, že dostatočne nepoškodil navrhovateľa vystavením lživej referencie, pretože bez odstúpenia od zmluvy nie je možné navrhovateľa vylúčiť podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (navrhovateľ uvádza, že takéto vylúčenie však nebolo možné, keďže predmet zmluvy riadne a včas splnil) a preto vykonštruoval neexistujúcu škodu. Podľa navrhovateľa takýmuto tendenčnému postupu nemožno priznať právnu ochranu a jedná sa o obyčajné zneužitie práva.
32. Navrhovateľ považuje vylúčenie za nezákonné aj z dôvodu, že je neproporčné a predčasné a má za to, že rozhodnutie o vylúčení, ako najzávažnejší zásah do práv uchádzača vychádza z nedostatočne zisteného skutkového stavu, nesprávneho právneho posúdenia, a súčasne uvádza, že kontrolovaný konal neproporčne, ak nepožiadaval uchádzača o vysvetlenie skutočností tvoriacich dôvod pre vylúčenie jeho ponuky.
33. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu ponuky bez akejkol'vek predchádzajúcej žiadosti o vysvetlenie týkajúcej sa negatívnej referencie, čím hrubo porušil princíp proporcionality, keďže bez akejkol'vek snahy objasniť ponuku pristúpil k jej vylúčeniu a zúžil hospodársku súťaž pred realizáciou elektronickej aukcie.
34. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný nemohol mať za jednoznačne a bez akýchkoľvek pochybností za preukázané, že existuje dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to z dôvodu, že verejné obstarávanie bolo vyhlásené dňa 12. 10. 2023, lehota na predkladanie ponúk uplynula dňa 22. 11. 2023 pričom negatívna referencia mesta Senec, na ktorú sa kontrolovaný (ten istý subjekt) odvoláva, bola vystavená dňa 04. 12. 2023, t. j. po predložení ponuky a teda logicky nemohlo byť vo vzťahu k nej v JED-e uvedené nápravné opatrenie (samoočistný mechanizmus), ktoré by mohlo negovať negatívne dôsledky tejto nepravdivej referencie. Súčasne navrhovateľ uvádza, že v negatívnej referencii kontrolovaného je uvedené, že neprišlo k odstúpeniu od zmluvy a teda nie sú splnené zákonné predpoklady pre uplatnenie dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré *expressis verbis* vyžaduje existenciu odstúpenia od zmluvy, čo v danom prípade nebolo naplnené. Podľa názoru navrhovateľa dodatočne vykonštruovaná škoda v Oznámení o vylúčení nie je relevantná. Podľa navrhovateľa nie je naplnený ani znak podstatného porušenia povinností pri plnení zákazky, nakoľko nie je v referencii identifikovaný a súčasne k domnelým nedostatkom prišlo mimo rámca plnenia predmetu zákazky. Navyše

k uvedenej zákazke navrhovateľ disponuje aj potvrdením o uspokojivom vykonaní prác k zákazke, ktoré bolo vystavené v zákonnej lehote po dokončení diela a ktoré zároveň navrhovateľ priložil ako prílohu k podaným námietkam.

35. Navrhovateľ poukazuje aj na fakt, že vystavenie účelovej neuspokojivej referencie nespĺňalo ani základne zákonné lehoty vzhľadom k obdobiu vyhlásenia a realizácie projektu. Podľa názoru navrhovateľa bolo neuspokojivé plnenie odôvodnené nepravdivými a skreslenými informáciami, ktoré sa nezakladajú na pravde pretože, cit.: „

a) *Dielo bolo vykonané a riadne odovzdané - príloha Preberací protokol, strana 3 „Zhodnotenie kvality prebranej verejnej práce (alebo jej dokončenej časti) stavebníkom (preberajúcim) - odpoveď „V zmysle STN, EN a projektovej dokumentácie v dobrej kvalite“.*

b) *Závady boli odstránené - vid' príloha zápis zo stavebného denníka*

c) *Verejný obstarávateľ vystavil potvrdenie o uspokojivom vykonaní prác skladným vyhotovením - vid' príloha*

Dôkazy: Potvrdenie o uspokojivom vykonaní prác - referenčný list zo 05/2022

Preberací protokol o odovzdaní a prevzatí verejnej práce, číslo zápisu: 01 - 2022

Zápis v stavebnom denníku č. listu 007490“.

36. Navrhovateľ uvádza, že v spornej referencii nepopiera ani kontrolovaný, že dielo bolo zhotovené riadne a včas v plnom súlade so Zmluvou o dielo, následná dokumentácia bola odovzdaná, čoho dôkazom je Preberací protokol ako i fakt, že kontrolovaný uhradil práce realizované na základe Zmluvy o dielo v znení Dodatkov č. 1 až 4. Súčasne navrhovateľ konštatuje, že drobné vady a nedorobky nebrániace prevzatíu diela uvedené v Preberacom protokole boli riadne a včas odstránené, čoho dôkazom je zápis v stavebnom denníku č. listu 007490 zo dňa 25. 06. 2022 (bod 122 c) rozhodnutia) a to v lehote stanovenej v preberacom protokole, t. j. do 30. 06. 2022.
37. Navrhovateľ tvrdí, že po riadnom dokončení a prebratí diela v zmysle Zmluvy o dielo kontrolovaným (ktoré bolo dodatkami navýšené na celkovú sumu 4 848 126,74 EUR) vykonal navrhovateľ navyše práce, ktoré boli kontrolovaným objednané iba ústne (týkali sa hlavne pôvodnej ČOV, pôvodných inžinierskych sietí, búracích prác a pod.), pričom z dôvodu neuzatvorenia ďalších dodatkov neboli kontrolovaným účelovo uhradené, napriek tomu, že boli vykonané. Podľa tvrdenia navrhovateľa ich v danej veci kontrolovaný zavádzal, keď tvrdil, že zariaďuje financovanie prác z Ministerstva životného prostredia SR a Environmentálneho fondu a po obdržaní financií mu práce uhradí. Navrhovateľ uvádza, že nakoľko kontrolovaný nepristúpil k uzatvoreniu dodatku ani k úhrade ceny, uplatnil navrhovateľ svoje práva na súde, pričom celková suma neuhradených záväzkov zo strany kontrolovaného je 758 130,93 EUR bez DPH bez zádržného. Navrhovateľ uvádza, že listom zo dňa 20. 12. 2023 adresoval kontrolovanému výzvu na bezodkladnú zmenu referencie vystavenej na portáli úradu, pričom ako dôkaz pripojil k námietkam dokument s názvom Žiadosť o bezodkladné opravenie referencie vystavenej na portáli úradu zo dňa 20. 12. 2023.

38. Navrhovateľ uvádza, že z preberacieho protokolu diela ako i vyhotoveného referenčného listu jednoznačne vyplýva, že plnenie bolo poskytnuté riadne, včas a v požadovanej kvalite, pričom záväzok dodať dielo zanikol riadnym a včasným splnením, a preto kontrolovaný nemohol vystaviť neuspokojivú (negatívnu) referenciu, a teda prípadné následné nezhody nemohli zapríčiniť naplnenie znakov porušenia povinnosti pri plnení zákazky alebo koncesie.
39. Vzhľadom na uvedené skutočnosti, t. j. pozitívne hodnotenie vykonaných služieb v súlade so zmluvou, absencia odstúpenia a vzniku skutočnej škody, k vystaveniu negatívnej referencie po predložení ponuky a ku konšpirácii o vzniku škody až v oznámení o vylúčení má navrhovateľ za to, že takéto uplatnenie práva na vylúčení podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je hrubým zneužitím práva. Ako dôkazy k uvedeným tvrdeniam predložil navrhovateľ potvrdenie o uspokojivom vykonaní prác vystavené mestom Senec v máji 2022, záznam zo stavebného denníka a preberací protokol o odovzdaní a prevzatí verejnej práce, číslo zápisu: 01 – 2022 (viď bod 122 rozhodnutia).

Ad. B2) Negatívna referencia vystavená UNB

40. V súvislosti s vystavenou referenciou UNB navrhovateľ uvádza, že ak by ho kontrolovaný požiadal pred vylúčením o vysvetlenie uvedenej skutočnosti, zistil by, že nie je daný dôvod na vylúčenie. Navrhovateľ v danej súvislosti uvádza, že na základe Zmluvy o prevode časti podniku oznámil UNB prechod všetkých práv vrátane pohľadávok navrhovateľa voči UNB zo Zmluvy o dielo č. XX na spoločnosť XX, pričom ako dôkaz predložil list Oznámenie o prechode pohľadávok na kupujúceho zo dňa 01.06.2023. Navrhovateľ uvádza, že od uvedeného dátumu nedisponuje a ani nemôže disponovať podľa platnej legislatívy a rozhodovacej praxe úradu danou referenciou. Súčasne navrhovateľ poukazuje na to, že zmluva, na základe ktorej bola vystavená negatívna referencia UNB preukázateľne zanikla k 19.03.2023 a to na základe odstúpenia navrhovateľa. Navrhovateľ uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní pozná pre naplnenie predpokladov pre vylúčenie podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní len pojem predčasného odstúpenia alebo ukončenia zmluvy zo strany verejného obstarávateľa podľa § 19, ale nepozná pojem odstúpenia od zmluvy zhotoviteľom.
41. Navrhovateľ v nadväznosti na uvedené konštatuje, že vo vystavenej referencii je dátumom skončenia alebo zániku zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody dátum 31. 08. 2023, pričom sa podľa jeho názoru nezakladá na pravdivých informáciách, nakoľko v čase predloženia ponuky navrhovateľ nedisponoval danou referenciou a nemal žiadnu zákonnú povinnosť narábať s ňou.
42. V tejto súvislosti poukazuje navrhovateľ na list „Upozornenie na porušovanie povinností zo zmluvy o dielo č. XX a výzva na splnenie povinností v dostatočnej primeranej lehote“ prevzatej UNB dňa 03. 03. 2023 (obsahujúci potvrdzujúcu pečiatku o prijatí od UNB), v rámci ktorej navrhovateľ vyzval UNB ako objednávateľa na poskytnutie riadnej súčinnosti potrebnej k riadnej a včasnej realizácii diela spočívajúcej v schválení zmenových listov, súpisu prác za mesiac január 2023. Súčasne navrhovateľ poukázal na predchádzajúce nevhodné pokyny objednávateľa UNB brániace riadnej realizácii diela v súlade so súťažnými podkladmi a právnym poriadkom SR, pričom na odstránenie nedostatkov poskytol primeranú dostatočnú lehotu. Súčasne navrhovateľ uvádza, že poskytol primeranú dostatočnú lehotu aj na dohodu

o zmene diela, ktorému riadnemu zhotoveniu bránili nevhodné pokyny objednávateľa UNB resp. iné (zákonné) prekážky brániace jeho realizácii.

43. Navrhovateľ v súvislosti s referenciou UNB ďalej uvádza, že nakoľko riadna a nevyhnutná súčinnosť nebola v stanovenej primeranej lehote 15 dní zo strany UNB poskytnutá a ani neprišlo k dohode na zmene diela, notifikovali UNB o odstúpení od zmluvy, ak nepríde v stanovenej primeranej lehote k poskytnutiu súčinnosti a dohode na zmene diela. Navrhovateľ konštatuje, že nakoľko neprišlo ani k poskytnutiu riadnej a vyžadovanej súčinnosti a ani k dohode na zmene diela, odstúpenie nadobudlo účinnosť dňa 19. 03. 2023 a zmluva dňom 18. 03. 2023 zanikla, pričom o tejto skutočnosti bola UNB osobitne notifikovaná. Ďalej navrhovateľ tvrdí, že nebolo preto možné následné vypovedanie zmluvy zo 07. 06. 2023 zo strany UNB, čo je základným predpokladom pre vylúčenie v zmysle § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože od zmluvy platne odstúpil navrhovateľ.
44. Ďalej poukazuje navrhovateľ na skutočnosť, že okolnosti uvedené vo vystavenej referencii, cit.: „*listom z 03.03.2023 ukončil práce ku koncu februára 2023*“
- *dňa 23.5. 2023 prevzal od UNB súpis vykonaných prác so stavebným dozorom odsúhlasenými položkami zaslaným UNB e-mailom a poštou 28.04.2023*
 - *ku dňu 25.09.2023 napriek opätovným výzvam neodviezol a neprevzal nezabudovaný materiál a nezhlikvidoval stavebný odpad zo staveniska*
 - *ku dňu 25.09.2023 neodovzdal dielo, napriek výzvam na odovzdanie diela*
 - *nevystavil odovzdávací/preberací protokol v súlade so ZoD*
 - *nevystavil faktúru (v poradí druhú) v súlade s odsúhlaseným súpisom vykonaných prác“*,
- nemôžu byť zo svojej podstaty pravdivé. Navrhovateľ uvádza, že dňa 03. 03. 2023 pozastavil práce (nie ukončil práce) do poskytnutia riadnej súčinnosti a vytvorenia priestoru pre dohodu na zmenu diela, ktoré nebolo za vtedy daného stavu objektívne realizovateľné. Podľa názoru navrhovateľa, následne všetky ostatné skutočnosti, keďže k zániku zmluvy prišlo dňa 19. 03. 2023 nie sú pravdivé resp. nemôžu sa vzťahovať na zmluvu, ktorá je predmetom referencie, pretože táto zmluva už toho času neexistovala. Ako dôkazy k uvedeným skutočnostiam navrhovateľ priložil list Upozornenie na porušovanie povinností zo zmluvy o dielo č. XX a výzva na splnenie povinností a Oznámenie o nadobudnutí účinkov odstúpenia od zmluvy o dielo č. XX (viď bod 135).
45. Navrhovateľ vyslovuje názor, podľa ktorého o všetkých vyššie uvedených skutočnostiach nemohol mať kontrolovaný vedomosť, avšak to aj preto, že navrhovateľa v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípmi nepožiadali o vysvetlenie. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že mu neprišla notifikácia o vystavení negatívnej referencie a ani negatívnu referenciu očakávať nemohol, keďže od zmluvy odstúpil pred dátumom identifikovaným UNB ako termínu ukončenia zmluvy a zmluva zanikla. Z uvedeného dôvodu podľa navrhovateľa nemohol aplikovať tzv. samoočistný mechanizmus podľa § 40 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní v prípade tejto referencie.
46. Navrhovateľ je toho názoru, že nemožno akceptovať ničím neobmedzenú svojvôľu verejného obstarávateľa, ktorý podľa jeho názoru účelovo odstupuje od neexistujúcej zmluvy, vyhotoví lživú referenciu a následne môže nezákonne vyvíjať nátlak na uchádzača s hrozbou vylúčenia

v iných verejných obstarávaní, o čom si vzhľadom na dikciu § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní UNB musela byť pri vystavovaní referencie vedomá, a teda na takto vyhotovenú referenciu minimálne z dôvodu jej spornosti nemožno prihliadať.

47. Vzhľadom na vyššie uvedené má navrhovateľ za to, že ani tento dôvod pre vylúčenie neobstoí ako zákonný pod prizmou princípu transparentnosti a proporcionality.
48. Vzhľadom na uvedené argumenty je navrhovateľ názoru, že kontrolovaný sa mal riadne zaoberať ponukou navrhovateľa a mal doplniť dôvody pre neakceptovanie referenčných plnení XX (minimálne tak, ako sa uvádza v oznámení o vylúčení) a v prípade, ak by navrhovateľ ani potom neodstránil pochybnosti o uspokojivom vykonaní prác XX, mal navrhovateľa vyzvať na nahradenie poskytovateľa kapacít. Súčasne podľa názoru navrhovateľa mal kontrolovaný navrhovateľa vyzvať na vysvetlenie existencie negatívnych referencií ako i skutočností, prečo v predloženom JED-e nie je žiadny tzv. samoočistný mechanizmus, resp. nebrať na zreteľ zjavne zmätočné a nepravdivé referencie. S poukazom na vyššie uvedené má navrhovateľ za to, že je úkon vylúčenia v celom rozsahu nezákonný.
49. Navrhovateľ v petite námietok navrhuje, aby úrad v súlade s § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť Oznámenie o vylúčení a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa, resp. splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.
50. Navrhovateľ priložil prílohy k podaným námietkam v rozsahu Oznámenie o vylúčení, doklad o zložení kaucie XX zo dňa 02. 01. 2024, Upozornenie na porušovanie povinností zo zmluvy o dielo č. XX a výzva na splnenie povinností v dodatočnej primeranej lehote z 03. 03. 2023, Oznámenie o nadobudnutí účinkov odstúpenia od zmluvy o dielo č. XX zo dňa 21. 03. 2023, Oznámenie o prechode pohľadávok na kupujúceho zo dňa 01. 06. 2023, Referenčný list mesta Senec na XX z mája 2022, Záznam zo stavebného denníka zo dňa 25. 06. 2022, Preberací protokol o odovzdaní a prevzatí verejnej práce č. 01 – 2022 a Žiadosť o bezodkladné opravenie referencie vystavenej na portáli ÚVO zo dňa 20. 12. 2023.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

51. 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 navrhovateľa začalo dňa **02. 01. 2024**.
52. 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; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
53. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením 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 elektronickej prostriedku. Ak kontrolovaný predkladá dokumentáciu alebo jej časť v listinnej podobe, môže úradu predložiť fotokópiu tejto dokumentácie, ak zároveň písomne potvrdí, že táto dokumentácia súhlasí s originálnym vyhotovením dokumentácie. Kontrolovaný môže nahliadať do dokumentácie ním doručenej úradu. V prípadoch, keď sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred úradom nezačne, úrad bez zbytočného odkladu poskytnutú dokumentáciu vráti.

54. Kontrolovaný zriadil dňa 08. 01. 2024 pre úrad prístup do elektronickej prostriedku IS EPVO, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje. Zároveň kontrolovaný doručil úradu dňa 09. 01. 2024 písomné vyjadrenie k podaným námietkam, ktorého prílohou bol dokument Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie pre spoločnosť XX. Tento dokument sa už nachádzal v IS EPVO v sekcii „Dokumenty zákazky“.
55. Úrad považuje sprístupnenú dokumentáciu za kompletnú dňom **08. 01. 2024**.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

56. Kontrolovaný v prvom rade uvádza opis rozhodujúcich skutočností a to, že vylúčil navrhovateľa zaslaním Oznámenia o vylúčení dňa 22. 12. 2023 prostredníctvom IS EPVO a dňa 02. 01. 2024 mu bola doručená námietka navrhovateľa v IS EPVO smerujúca proti vylúčeniu uchádzača v zmysle § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní.
57. Kontrolovaný uvádza, že po predložení ponúk, v štádiu vyhodnocovania ponúk, požiadal navrhovateľa dňa 28. 11. 2023 o predloženie dokladov, ktorými sa preukazuje splnenie podmienok účasti a ktoré boli v ponuke nahradené JED-om v zmysle § 40 ods. 4 vo väzbe na § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný konštatuje, že navrhovateľ v lehote dňa 05. 12. 2023 predložil vysvetlenie s doplnenými dokladmi, pričom komisia kontrolovaného skúmala predloženú dokumentáciu a na základe nejasností, ktoré v rámci vyhodnocovacieho procesu vznikli, požiadala navrhovateľa dňa 14. 12. 2023 o vysvetlenie jednotlivých dokladov.
58. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v lehote dňa 18. 12. 2023 predložil vysvetlenie dokladov, pričom komisia kontrolovaného časť vysvetlenia akceptovala a časť neakceptovala, k čomu kontrolovaný doplnil zdôvodnenie.
59. Kontrolovaný k vysvetleniu navrhovateľa konštatuje, že navrhovateľ predložil Zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít uzatvorenú medzi navrhovateľom a XX dňa 20. 11. 2023, ktorou preukazuje technické a odborné kapacity prostredníctvom inej osoby k preukázaniu splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uvádza, že predložená zmluva má viacero sivo prekrytých častí, z ktorých nie je možné následne preskúmať celý obsah a rozsah zmluvy, pričom sa navrhovateľ odvoláva na obchodné tajomstvo v zmysle Obchodného zákonníka. Kontrolovaný má však za to, že doklady v ponuke, ktoré podliehajú obchodnému tajomstvu majú uchádzači označiť ako „Dôverné“, pričom tieto majú byť textovo plne prístupné k preskúmaniu príslušného dokladu. Kontrolovaný uvádza, že by bol pri povinnom zverejňovaní dokumentácie viazaný

nezverejnením dokladov (alebo jeho častí) označených ako „Dôverné“ a navrhovateľ mal možnosť predložiť plnú verziu dokladov s označením ako „Dôverné“. Kontrolovaný tvrdí, že ďalšie vysvetľovanie tohto bodu komisia nepožadovala (potenciálne vysvetlenie ponuky č. 3), keďže sa javili už iné skutočnosti smerujúce k vylúčeniu navrhovateľa, čím by vznikla administratívna záťaž na strane navrhovateľa a preto sa potenciálne ďalšie vysvetľovanie dokladu javilo ako nerelevantné.

60. Kontrolovaný konštatuje, že komisia kontrolovaného akceptovala vysvetlenie predstavujúce akceptáciu referencie č. 3 zo Zoznamu stavebných prác k preukázaniu splnenia podmienky v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a to v požadovaní referencie v minimálnom rozsahu výstavba alebo rekonštrukcia zariadení určených na vzdelávanie v min. hodnote 600 000,00 EUR bez DPH. Súčasne uvádza, že komisia kontrolovaného akceptovala vysvetlenie a predloženie pokračujúcich dokladov v lehote platnosti k preukázaniu splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní, a to požadované certifikáty ISO 9001:2015 a ISO 14001:2015, nakoľko nová lehota platnosti oboch certifikátov je 08. 12. 2026.
61. Kontrolovaný zároveň uvádza, že komisia kontrolovaného neakceptovala vysvetlenie k bodu týkajúceho sa vystavenia tzv. „samoreferencií“, pričom svoje neakceptačné stanovisko jasne a obsírne deklarovala v Oznámení o vylúčení.
62. Kontrolovaný dáva na vedomie, že zotrváva na dôvodoch vylúčenia navrhovateľa v plnom rozsahu.
63. Kontrolovaný uviedol vyjadrenie k jednotlivým častiam namietaných skutočností tak, ako ich rozčlenil navrhovateľ.

Vyjadrenie kontrolovaného k časti námietok A)

64. Kontrolovaný uvádza, že skúmal a vyhodnocoval jednotlivé predmetné referencie dôkladne, čo deklaroval vo veľmi podrobnom odôvodnení v žiadosti o vysvetlenie a následne v rámci Oznámenia o vylúčení. Kontrolovaný uvádza, že sa jednoznačne opiera o existujúcu judikatúru a metodické usmernenia úradu, na ktoré sa explicitne odvoláva s uvedením konkrétneho označenia príslušnej odvolávky / usmernenia / rozhodnutia, kto ho vydal a k akému dátumu. Preto pre kontrolovaného nie je možné sa stotožniť s tvrdením navrhovateľa, že kontrolovaný postupoval nepodložené, nedostatočne, v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a rozhodovacou praxou úradu či Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže z Českej republiky (ďalej len „ÚOHS“), nakoľko komisia pri rozhodnutí o vylúčení navrhovateľa vychádzala a odvolávala sa na právny názor úradu a postupovala analogicky pri skúmaní a vyhodnocovaní predmetnej problematiky. Kontrolovaný poukazuje na to, že navrhovateľ uznáva, že v samotnom Oznámení o vylúčení kontrolovaný deklaroval komplexné dôvody neakceptovania predložených 3 referencií a dôvodov k nim vedúcich.
65. Kontrolovaný tvrdí, že nemôže súhlasiť s tvrdeniami navrhovateľa, že mu neboli zrejmé pochybnosti kontrolovaného a že v žiadosti o vysvetlenie predmetných „referencií vystavených samému sebe“ boli nedostatočne popísané skutočnosti vyhodnocovania referencií komisiou. Kontrolovaný považuje tieto tvrdenia za účelové prekrúcanie faktov. Podľa názoru kontrolovaného bola žiadosť o vysvetlenie predmetných referencií podaná s podrobným

a jasným popisom zistených skutočností, na ktoré sa kontrolovaný dopytoval o vysvetlenie. Na základe uvedeného kontrolovaný uvádza, že nie je možné súhlasiť s tvrdením navrhovateľa, že mu neboli známe právne dôvody a že postup komisie kontrolovaného bol tendenčný a netransparentný. Kontrolovaný vyslovuje názor, že sa jednoznačne pýtal na predmetné referencie predložené prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní spoločnosťou XX, kde zdôraznil poznatok prepojenia jednotlivých spoločností, kde všetky 3 obchodné spoločnosti XX, XX a XX majú totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka v jednej osobe, t. j. XX a zároveň všetky uvedené spoločnosti majú totožné miesto podnikania zhodujúce sa s adresou trvalého bydliska ich jediného konateľa a spoločníka, t. j. adresa: XX.

66. Kontrolovaný sa odvoláva na znenie metodického usmernenia úradu č. 16388-5000/2020 z 29. 12. 2020 vrátane rozhodnutia ÚOHS č. R419/2013/VZ- 9358/2014/310/LPa zo dňa 05. 05. 2014.
67. Kontrolovaný zdôrazňuje názor, že v rámci procesného inštitútu vysvetľovania ponúk v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní sa štandardne neuplatňuje opačný postup, že uchádzači vznášajú žiadosti na vysvetlenie požadujúce od verejného obstarávateľa a ani zákon o verejnom obstarávaní verejnému obstarávateľovi neukladá povinnosť reagovať na ne (kontrolovaný uvádza, že mu nie je známe uplatňovanie „reverzného vysvetľovania“), rovnako mu nestanovuje zákonnú lehotu a pod. Preto pre kontrolovaného nie je možné sa stotožniť s požiadavkami a formou ich vybavenia, ako uvádza navrhovateľ vo svojej námietke. Kontrolovaný súčasne tvrdí, že v rámci inštitútu vysvetľovania ponúk zákon neupravuje koľko žiadostí o vysvetlenie je potrebných na to, aby mohol verejný obstarávateľ dospieť k zisteným skutočnostiam, a je výlučne v kompetencii komisie verejného obstarávateľa do akej miery sa potrebuje žiadosťami o vysvetlenie ponuky dopytovať o informácie vedúce k získaniu dostatočných dôkazných prostriedkov k rozhodnutiu, či uchádzač preukázal resp. nepreukázal splnenie požadovaných podmienok účasti. Kontrolovaný uvádza, že všetky uvedené skutočnosti overenia si jednotlivých referencií komisia kontrolovaného vykonala, zhromaždila dôkazné prostriedky, čo aj súhrnne uviedla v samotnom Oznámení o vylúčení v rámci splnenia predmetnej podmienky účasti.
68. Kontrolovaný vysvetľuje, že nepožiadaval uchádzača o nahradenie inej osoby v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, keďže iná osoba obchodná spoločnosť XX spĺňa podmienky osobného postavenia v zmysle § 32 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. že je zapísaná v Zozname hospodárskych subjektov pod reg. č. XX s platnosťou do 08. 02. 2025, nemá uložený zákaz vo verejnom obstarávaní, ktoré bolo overené v rámci Registra osôb so zákazom vedeného úradom a zároveň neboli preukázané dôvody na vylúčenie v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uvádza, že ak by potenciálne aj malo dôjsť k výmene inej osoby k preukázaniu splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, tak by navrhovateľ následne musel zmeniť aj subdodávateľov, ktorí by sa mali podieľať na realizácii predmetu zákazky v min. výške 12 % (ako je uvedené v ponuke navrhovateľa za spoločnosť XX. Podľa názoru kontrolovaného by otázkou ešte zostávalo, ako by nahradenie inej osoby, obchodnej spoločnosti XX malo dopad na preukázanie splnenia podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a to

celkový obrat, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie predmetnej podmienky, pričom tým by sa kontrolovaný zaoberal v prípade, ak by dané skutočnosti nastali.

Vyjadrenie kontrolovaného k časti námietok B1)

69. Kontrolovaný si dovoľuje kategoricky nesúhlasiť s konštatovaním navrhovateľa, že konanie kontrolovaného bolo tendenčné s porušením základných princípov verejného obstarávania. Kontrolovaný uvádza, že je zákonnou povinnosťou verejného obstarávateľa po realizácii zákazky vystaviť zhotoviteľovi referenciu v súlade s § 12 zákona o verejnom obstarávaní, je však pravdou, že kontrolovaný nevystavil referenciu so zverejnením do Evidencie referencií v zákonnej lehote a preto tak urobil bezodkladne po tom, čo si uvedené zistenie uvedomil a zjednal nápravu. Kontrolovaný konštatuje, že vystavil referenciu, ktorú odoslal 01. 12. 2023 na zverejnenie v Evidencii referencií úradu (ďalej len „Evidencia referencií“).
70. Kontrolovaný uvádza, že všetky skutočnosti a dôkazné prostriedky vedúce k vystaveniu negatívnej referencie popisuje v dokumente Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie, ktorý tvorí prílohu vyjadrenia kontrolovaného, cit.:

„VEC: Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie pre spoločnosť XX

Tak ako uvádzame v referencii uverejnenej v Evidencii referencií vedenej Úradom pre verejné obstarávanie, Mesto Senec na základe výsledku procesu verejného obstarávania uzatvorilo so XX, ktorého členmi boli spoločnosti XX. a XX dňa 16.12.2020 Zmluvu o dielo, predmetom ktorej bolo zhotovenie stavby „Čistenie odpadových vôd v meste Senec - Intenzifikácia a modernizácia jestvujúcej ČOV mesta Senec. Celková cena diela bola 6 016 348,05 € s DPH.

Realizáciu vyššie uvedeného diela spoločnosť XX - člen XX započala pri zhotovovaní stavby v súlade so Zmluvou o dielo, ku ktorej sa zaviazala ako víťazný uchádzač VO. Samotný priebeh stavby vyššie spomínaného diela si vyžiadala potrebu realizácie aj prác navyše, ktorých objektivitu investor - Mesto Senec uznal a na základe toho aj pristúpil k uzatvoreniu dodatkov č.2 a č. 5 k Zmluve o dielo.

Do tohto momentu mesto Senec nemalo so spoločnosťou XX vážnejšie problémy, ktoré by zásadným spôsobom ovplyvnili realizáciu samotnej stavby a tak vzhľadom na uvedené Mesto Senec ku dňu 05/2022 vystavilo spoločnosti XX kladnú referenciu.

Závažný problém nastal však následne po prevzatí diela, kedy zhotoviteľ - spoločnosť XX zaslala mestu Senec návrhy dodatkov č.6 a č.7, ktoré dôvodila požiadavkou úhrady ďalších prác navyše a zároveň požadovala úhradu vyplývajúcu z navýšenia cien z dôvodu neočakávaného nárastu inflácie. Mesto Senec k uzatvoreniu dodatkov nepristúpilo, nakoľko cena za dielo zahŕňala aj prípadnú infláciu cien a aj práce navyše, čo vyplýva aj zo Zmluvy o dielo podľa ktorej: „ak nie je v zmluve uvedené inak, pokrýva prijatá cena stavby všetky záväzky zhotoviteľa podľa Zmluvy o dielo (vrátane cien nepredvídateľných nákladov, ak existujú) a všetky veci potrebné pre správnu realizáciu a dokončenie stavby a odstránenie všetkých väd“. Keď Mesto Senec odmietlo uzatvoriť uvedené dodatky spoločnosť XX začala počas vykonávania komplexných skúšok zhotoveného diela - ČOV Senec robiť obštrukcie, ktoré spočívali v nižšie opísaných skutočnostiach:

- *Spoločnosť XX. odmietla odovzdať podklady k uvedeniu diela do skúšobnej prevádzky, čím spôsobila mestu problémy pri kolaudácii diela,*

- *Pri uplatňovaní vád diela, ktoré sa vyskytli na diele počas lehoty na oznámenie vád spoločnosť XX tieto vady odmietla uznať a aj napriek opakovaným výzvam nepristúpila k ich odstráneniu hoci jej táto povinnosť vyplýva zo Zmluvy o dielo,*
- *Pri riešení reklamácií na zariadeniach strojnotechnologických častí vždy hľadali zámienku, že to bola chyba obsluhy a nie dodávky resp. montáže zariadenia,*
- *Neodstránenie stavebného odpadu, ktorý bol umiestnený mimo staveniska, na ktorého užívanie sme mali len obmedzený časový priestor zo strany spoločnosti XX,*
- *Zo strany XX. boli svojvoľne vystavované faktúry s ich následnou penalizáciou na práce, ktoré neboli predmetom Zmluvy o dielo, vrátane dodatkov č.1-5*
- *Pri nahlasovaní ďalších vzniknutých porúch na strojnotechnologickej časti jednotlivých zariadení nebola nám v dostatočnom horizonte doručená odpoveď na ich odstránenie, čo nás nútilo z hľadiska zaistenia bezpečnej a plynulej prevádzky opravu jednotlivých zariadení vykonať vo vlastnej réžii,*
- *Spoločnosť XX podala niekoľko oznámení na príslušné orgány štátnej správy vo veci neoprávneného užívania stavby ČOV aj napriek obštrukciám, ktoré uvedená spoločnosť svojim konaním úmyselne spôsobila.*

Vyššie opísanými skutočnosťami spoločnosť XX značne predĺžila proces kolaudácie diela. Mesto Senec si muselo na vlastné náklady zabezpečiť dokumentáciu potrebnú ku kolaudácii a taktiež odstrániť vady diela, ktoré bránili bezpečnej skúšobnej prevádzke diela.

Z vyššie uvedených skutočností mesto Senec spoločnosti XX vystavilo negatívnu referenciu.“

71. Kontrolovaný konštatuje, že dôvody na základe ktorých bola vystavená vlastná negatívna referencia, sú rozsiahlo popísané v dokumente Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie. V nadväznosti na to kontrolovaný zdôrazňuje, že zákonná úprava vylúčenia podľa § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní sa nevzťahuje len na osobnú skúsenosť verejného obstarávateľa. Kontrolovaný poukazuje na znenie metodického usmernenia úradu č. 8633-5000/2022 zo dňa 27. 06. 2022, metodického usmernenia úradu č. 10503-5000/2023 zo dňa 11. 7. 2023 a metodického usmernenia úradu č. 11029-5000/2023 zo dňa 08. 08. 2023.
72. Podľa názoru kontrolovaného si navrhovateľ nesprávne vysvetľuje ustanovenie zákona § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keď tvrdí, že dôvodom na vylúčenie môže byť len odstúpenie od zmluvy zo strany verejného obstarávateľa, avšak tento dôvod je len jeden z uvedených v predmetnom ustanovení. Kontrolovaný uvádza, že ďalšími obligatónymi dôvodmi sú spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma, pričom zákonodarca už neprecizuje v zákone o verejnom obstarávaní, čo je myslené pod pojmom závažná škoda alebo závažná ujma. Avšak kontrolovaný má za to, že pod dané pojmy je možné subsumovať nielen finančnú alebo materiálnu škodu, ktorá explicitne vznikne a dá sa vyčíslieť, ale je možné pod ňu subsumovať škodu aj tzv. nemajetkovej povahy, napríklad nemožnosť začať kolaudačné konanie z dôvodu neúplnej dokumentácie odovzdanej zhotoviteľom, čo má za následok nespustenie do prevádzky v pôvodne plánovanom termíne a s tým vzniknutý ďalší sled viacerých okolností, ktoré musí verejný obstarávateľ riešiť, úradne vybavovať, uhradiť prípadné ďalšie správne poplatky, absolvovať prieskumy v následných konaniach a pod. Kontrolovaný tvrdí, že prípadne daným konaním zhotoviteľa môže dôjsť k ohrozeniu

ukončenia projektu v stanovenom termíne čerpania (príp. nedočerpania alebo vrátenia) dotačných zdrojov verejného obstarávateľa, ak je zákazka financovaná zo štrukturálnych fondov či dotačnej schémy, prípadne závažná ujma osobnej až adresnej povahy, podanie trestného oznámenia (uvedené v žiadosti o bezodkladné opravenie referencie vystavenej na portáli úradu, predposledný odstavec, adresovanej kontrolovanému) či žaloby vedúcej k súdnemu konaniu, na ktoré sám navrhovateľ poukazuje v námietkach. Z uvedených dôvodov má kontrolovaný za to, že výklad predmetného ustanovenia sa má posudzovať výhradne individuálne a má posudzovať vlastné skúsenosti, prípadne, ak verejný obstarávateľ disponuje aj ďalšími dôkaznými prostriedkami, je povinný sa nimi zaoberať.

73. Kontrolovaný zdôrazňuje, že splnenie požadovaných podmienok účasti má verejný obstarávateľ v plnej kompetencii možnosť overovať v akomkoľvek čase v rámci priebehu verejného obstarávania a zároveň uchádzač musí spĺňať požadované podmienky účasti nielen do lehoty predkladania ponúk, ale až do úplného vyhodnotenia ponúk vedúceho k podpisu zmluvy s víťazným uchádzačom. Z uvedeného podľa kontrolovaného vyplýva, že ak sa vyskytnú nové skutočnosti a zistenia v rámci fázy vyhodnocovania ponúk, verejný obstarávateľ sa nimi musí zaoberať.
74. Kontrolovaný nesúhlasí s tvrdením, že mal žiadať o dodatočné vysvetlenie negatívnej referencie zverejnenej v Evidencii referencií vystavenej UNB zo dňa 05. 10. 2023 (vystavená referencia je z dátumu pred samotným vyhlásením zákazky a pred lehotou predkladania ponúk predmetnej verejnej súťaže). Kontrolovaný vyjadruje názor, že referencie, či už uspokojivé - pozitívne alebo neuspokojivé - negatívne zverejnené v Evidencii referencií vedených úradom majú pre všetkých verejných obstarávateľov záväzný charakter, tzn. že ich rozsah, obsah a objektivitu nie je možné spochybňovať inými verejnými obstarávateľmi. Kontrolovaný uvádza, že referencie slúžia verejným obstarávateľom v rámci overovania splnenia podmienok účasti preukazovaných v zmysle § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní ako objektívny, voľne dostupný a overiteľný zdroj informácií. Zároveň tvrdí, že verejní obstarávatelia 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 zákona o verejnom obstarávaní.
75. Kontrolovaný uvádza, že nie je možné súhlasiť s tvrdením navrhovateľa, že kontrolovaný bol povinný žiadať o vysvetlenie neuspokojivej referencie vystavenej UNB zo dňa 05. 10. 2023, aby sa dozvedel údajne o odlišných skutočnostiach, ktoré v podanej námietke navrhovateľ uvádza. Kontrolovaný vysvetľuje, že ak by mal verejný obstarávateľ overovať takto zverejnené referencie v Evidencii referencií, tak je možné jednoznačne konštatovať, že by verejný obstarávateľ mal analogicky overovať aj iné zverejnené a dostupné informácie či doklady v rámci procesu vyhodnocovania ponúk (príp. spochybňovať pravosť zverejnených údajov) uvedených napríklad aj v Zozname hospodárskych subjektov vedených úradom, overovať údaje vedené v Registri osôb so zákazom vedených úradom, Registra partnerov verejného sektora, Obchodného registra / živnostenského registra, Registra účtovných závierok a obdobne je možné spomenúť aj ďalšie registre. Kontrolovaný uvádza, že verejne dostupné informácie z takýchto registrov boli vytvorené za účelom (najmä pre uchádzačov) zníženia administratívnej záťaže pri predkladaní ponúk a predkladaní dokladov v rámci platnej

legislatívy „debyrokratizácie“ a zároveň slúžia ako hodnoverný nástroj ich overovania v rámci vyhodnocovania ponúk verejnými obstarávateľmi.

76. Kontrolovaný poukazuje na to, že zákon pamätá na situácie, ak sú zverejnené údaje nepravdivé, neaktuálne alebo nezodpovedajú skutočnosti a uchádzač (hospodársky subjekt) má možnosť zákonným spôsobom požiadať o zmenu resp. opravu zverejnených údajov v súlade s § 12 ods. 8 až 10 zákona o verejnom obstarávaní. V nadväznosti na uvedené kontrolovaný uvádza, že v prípade tvrdení navrhovateľa o údajne nesprávne vystavenej referencie UNB zo dňa 05. 10. 2023 mal navrhovateľ požiadať o zmenu referencie vystavovateľa referencie, pričom o tejto skutočnosti mal navrhovateľ informovať kontrolovaného v súlade s ustanovením § 40 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní už v predloženej ponuke, prípadne v JED, najneskôr však v rámci predloženia dokladov nahradzujúcich JED, o ktorý ho kontrolovaný požiadal dňa 28. 11. 2023.
77. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ úmyselne zamlčal dané skutočnosti a až v rámci podanej námietky predkladá dôkazné prostriedky, ktorými sa snaží vysvetliť negatívnu referenciu UNB a jeho dôvody vedúce k zmene obsahu referencie.
78. Kontrolovaný cituje znenie metodického usmernenia úradu č. 9544-5000/2023 zo dňa 26. 06. 2023.

Vyjadrenie kontrolovaného k časti námietok B2)

79. Kontrolovaný uvádza, že k jednotlivým bodom viažucim sa ku konaniu v rámci zmluvného vzťahu medzi navrhovateľom a UNB mu neprináleží vyjadrovať sa, keďže kontrolovaný nedisponuje informáciami z celého priebehu zmluvného vzťahu (čo nie je ani v jeho kompetencii či povinnosti), preto nie je možné zaujať jednoznačné stanovisko k interpretácii navrhovateľa.
80. Kontrolovaný uvádza, že nežiadal o vysvetlenie neuspokojivej referencie, nakoľko pre komisiu kontrolovaného je dôležitý fakt, že ponuku do namietanej zákazky formou verejnej súťaže predložil navrhovateľ ako uchádzač spoločnosť XX, IČO: XX a referencia vystavená UNB je vystavená na spoločnosť XX, IČO: XX, čiže ide o totožnú spoločnosť. Kontrolovaný tvrdí, že na základe verejne dostupných informácií je možné konštatovať, že referencia je patriaca spoločnosti navrhovateľa.
81. Kontrolovaný opakovane vysvetľuje, že navrhovateľ mal možnosť požiadať o úpravu referencie vystavovateľa UNB a zároveň mal vo svojej ponuke na predmetnú skutočnosť upozorniť a doložiť dôkazné prostriedky o žiadosti o úpravu referencie vrátane podpornej dokumentácie. Kontrolovaný poukazuje na to, že takéto doklady v ponuke navrhovateľa a aj následných odpovediach na žiadosti o vysvetlenie absentujú, z daného dôvodu sa nimi kontrolovaný nemal zaoberať.
82. Kontrolovaný cituje výkladové stanovisko úradu č. 1/2021 zo dňa 05. 02. 2021 a uvádza, že sa s jeho znením plne stotožňuje, poukazuje na zistené skutočnosti a konanie navrhovateľa od momentu predloženia svojej ponuky až po moment podania námietky.

83. Kontrolovaný vyslovuje záver, podľa ktorého sa z uvedených popisujúcich faktov navrhovateľa a vlastných získaných dôkazných prostriedkov vytvára dojem, že navrhovateľ úmyselne predčasne odstupuje od zmluvy zo strany zhotoviteľa u rôznych verejných obstarávateľov pred dokončením celého diela, pretože si je vedomý uvádzaného ustanovenia § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, že ak dôjde k odstúpeniu od zmluvy zo strany zhotoviteľa, tak nedochádza k naplneniu predpokladov ustanovenia vedúceho k vylúčeniu uchádzača v zmysle tohto ustanovenia. Podľa kontrolovaného sa tak vytvára dojem špekulatívneho konania navrhovateľa o predčasných ukončeníach zmluvných vzťahov v domnienke, že nebude postihovaný ustanovením § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a následne sa domáha odškodnenia súdnou cestou.
84. Kontrolovaný má za to, že jeho konanie v rámci zachovania zmluvného vzťahu s navrhovateľom bolo čestné a korektné so snahou vedúcou k obojstranným zmluvným aktom (vrátane uzatvorenia dodatkov č. 1 až č. 5) za účelom úspešnej realizácie diela. Možnosť predčasného odstúpenia od zmluvy preto kontrolovaný nechcel využiť. Avšak kontrolovaný má za to, že ak nedôjde k predčasnému odstúpeniu od zmluvy, to neznamená, že dielo bolo realizované a skolaudované v uspokojivej miere, a tým nie sú dotknuté práva mať možnosť objektívne zhodnotiť priebeh realizácie diela s vystavením príslušnej hodnoty referencie, aj neuspokojivej. Rovnako tým nie sú dotknuté práva kontrolovaného, že nemôže časom dôjsť k úprave hodnotenia referencie zo strany verejného obstarávateľa, ak sa vyskytnú dôvody hodné osobitného zreteľa - majetkovej alebo nemajetkovej ujmy, ktoré vedú k prehodnoteniu referencie.
85. Na základe už vyššie uvedených skutočností kontrolovaný dospel k záveru, jednak na základe vlastnej neprenosnej skúsenosti a zároveň preukázateľných zistení z externých zdrojov (evidencia referencií vedených úradom, stanovisko k realizácii zákazky iného verejného obstarávateľa), že dôvody vylúčenia v zmysle § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní sú voči navrhovateľovi zásadne oprávnené a odôvodnené a zároveň navrhovateľ nesplnil podmienky účasti, na základe ktorých bol v súlade s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vylúčený.
86. Ako prílohu vyjadrenia kontrolovaný priložil Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie.

Právny rámec

87. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesii a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
88. 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.
89. Podľa § 12 ods. 2 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní referenciou na účely tohto zákona je elektronický dokument, ktorý obsahuje potvrdenie o dodaní tovaru, uskutočnení stavebných prác alebo poskytnutí služby. Referencia obsahuje hodnotenie plnenia, najmä hodnotenie, či plnenie bolo dodané v rozsahu, kvalite a spôsobom podľa zmluvy alebo koncesnej zmluvy a či celkovo bolo uspokojivé alebo neuspokojivé.

90. Podľa § 12 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní ak počas záručnej doby k dodanému plneniu dôjde k zmene skutočností podľa odseku 2 vo vzťahu k už zapísanej referencii, verejný obstarávateľ a obstarávateľ vykonajú zmenu v referencii; na zmenu v referencii sa použijú ustanovenia odsekov 4 a 5 primerane.
91. Podľa § 12 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní je dodávateľ oprávnený požiadať verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa o úpravu referencie, ak nezodpovedá skutočnému stavu, a to do troch mesiacov odo dňa zápisu referencie do evidencie referencií; na úpravu referencie sa použijú ustanovenia odsekov 4 a 5 primerane a verejný obstarávateľ a obstarávateľ ju vykonajú do 30 dní odo dňa doručenia žiadosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú oprávnení postupovať podľa prvej vety aj z vlastnej iniciatívy.
92. Podľa § 24 ods. 1 prvá veta 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.
93. Podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní sa technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:
1. 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,
 2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; 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.
94. 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. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže v súvislosti s dôvodom na vylúčenie podľa odseku 6 písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie. 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).
95. 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, ktorej prostredníctvom preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie.

96. Podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vylúčiť kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak sa v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia alebo preukázateľného začatia verejného obstarávania dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku čoho verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy alebo mu bola spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma.
97. Podľa § 40 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní ak hospodársky subjekt nespĺňa podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) alebo sa na neho vzťahuje dôvod na vylúčenie podľa odseku 6 písm. c) až g) a odsekov 7 a 8, je oprávnený verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že prijal dostatočné opatrenia na vykonanie nápravy; v takom prípade je povinný objasniť dotknuté skutočnosti a okolnosti, a to aktívnou spoluprácou s verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom. Opatreniami na vykonanie nápravy musí hospodársky subjekt preukázať, že zaplatil alebo sa zaviazal zaplatiť náhradu týkajúcu sa akejkoľvek škody, napravil pochybenie, dostatočne objasnil sporné skutočnosti a okolnosti, a to aktívnou spoluprácou s príslušnými orgánmi, a že prijal konkrétne technické, organizačné a personálne opatrenia, aby sa zabránilo budúcim pochybeniam, priestupkom, iným správnym deliktom alebo trestným činom. Ak skutočnosti zakladajúce nesplnenie podmienky účasti alebo dôvodu na vylúčenie podľa prvej vety nastali pred uplynutím lehoty na predkladanie žiadostí o účasť alebo ponúk, záujemca uvedie opatrenia na vykonanie nápravy podľa prvej vety v žiadosti o účasť a uchádzač v ponuke.
98. 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.
99. 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.

Právne posúdenie námietok navrhovateľa úradom

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

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely.
Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

100. Kontrolovaný zverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 10. 2023 pod značkou 2023/S 196-615323 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 199/2023 dňa 12. 10. 2023 pod značkou 33718 - MSP vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „VÝSTAVBA ZÁKLADNEJ ŠKOLY A TELOCVIČNE NA ZÁHRADNÍCKEJ UL. - ZVÝŠENIE KAPACÍT ZÁKLADNÝCH ŠKÔL V SENCI“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 9 928 500,00 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na stavebné práce, zadávanú postupom verejnej súťaže. Zákazka sa nedelí na časti. Zákazka nie je financovaná z fondov EÚ. Pôvodná lehota na predkladanie ponúk bola stanovená na dátum 14. 11. 2023 10:00 hod, opravou Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku č. 225/2023 zo dňa 15. 11. 2023 pod značkou 36822 - IOX bola zmenená na 22. 11. 2023 10:00 hod. V lehote na predkladanie ponúk predložilo ponuku 5 uchádzačov vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo podľa IS EPVO dňa 22. 11. 2023 o 20:55 hod. Kontrolovaný dňa 28. 11. 2023 doručil navrhovateľovi žiadosť o nahradenie JED. Navrhovateľ zaslal kontrolovanému odpoveď spolu s prílohami dňa 05. 12. 2023. Kontrolovaný následne požiadal navrhovateľa dňa 14. 12. 2023 o vysvetlenie predložených dokladov, na ktoré navrhovateľ poskytol odpovede dňa 18. 12. 2023. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 22. 12. 2023 oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania. Navrhovateľ doručil dňa 02. 01. 2024 kontrolovanému prostredníctvom IS EPVO a toho istého dňa úradu v elektronickej podobe námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu.
101. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa je jeho vylúčenie z predmetnej verejnej súťaže. Z odôvodnenia Oznámenia o vylúčení vyplýva, že kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z dôvodu:
- A) nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) v spojitosti s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní,
 - B) osobnej negatívnej skúsenosti kontrolovaného a zároveň negatívnymi skúsenosťami iných verejných obstarávateľov v sledovanom období v súlade s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
102. Z dôvodu prehľadnosti úrad rozdelí právne posúdenie vo vzťahu k namietaným skutočnostiam v časti B) do podčastí:
- B1) negatívna referencia vystavená mestom Senec,
 - B2) negatívna referencia vystavená UNB.

K bodu A) námietok

103. Základným východiskom pre právne posúdenie námietok navrhovateľa vzťahujúcich sa na problematiku tzv. „samoreferencií“ obchodnej spoločnosti XX, ktorú navrhovateľ využíva ako kapacitu tretej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní na účely preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, na základe Zmluvy o poskytnutí technických a odborných kapacít zo dňa 20. 11. 2023, je vymedzenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v časti A.3 Podmienky

účasti, bode 3., podbode 3.1 Súťažných podkladov (zverejnených 15. 10. 2023) na stranách 24, 25 a 26, cit.:

„3.1 § 34 ods. 1 písm. b) - Zoznam stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom

1. bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia,
2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; 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.

Na posúdenie technickej spôsobilosti uchádzača bude verejný obstarávateľ akceptovať práce rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky, t. j. výstavba alebo rekonštrukcia budov, výstavba alebo rekonštrukcia hál, výstavba alebo rekonštrukcia zariadení určených na vzdelávanie a pod. Prílohu predloženého Zoznamu stavebných prác budú tvoriť za obdobie 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania objednávateľmi potvrdené referencie s uvedením týchto údajov: objednávateľ: názov, sídlo, IČO; zhotoviteľ: názov, sídlo IČO; stavba: názov, miesto; popis a rozsah (výmera v m²) uskutočňovaných prác s uvedením zmluvnej ceny vrátane DPH, termínov realizácie, kontaktnej osoby, telefonického kontaktu, pečiatky a podpisu oprávneného zástupcu odberateľa. V prípade, že referencie predkladané uchádzačom neobsahujú všetky požadované údaje, uchádzač tieto uvedie v Zozname stavebných prác. Údaje uvedené v zozname a v referenciách musia vzájomne korešpondovať.

(...)

Minimálne požadovaná úroveň štandardov podľa vyššie uvedených bodov 3.1 a 3.4 :

3.1 Uchádzač musí potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác preukázať uskutočnenie prác rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky, t.j. výstavba alebo rekonštrukcia budov, výstavba alebo rekonštrukcia hál, výstavba alebo rekonštrukcia zariadení určených na vzdelávanie a pod., v priebehu predchádzajúcich piatich rokov od vyhlásenia verejného obstarávania, a v závislosti od vzniku spoločnosti. Uchádzač predloží v ponuke dôkazy o plnení stavebných prác (referencie) rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky v objeme minimálne 7.000.000,- EUR bez DPH (slovom: Sedemmiliónov eur) súhrnne za päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania.

A zároveň sa požaduje predložiť minimálne 1 potvrdenie o uspokojivom vykonaní prác: v minimálnom rozsahu výstavba alebo rekonštrukcia zariadení určených na vzdelávanie v min. hodnote: 600.000,- EUR bez DPH (slovom: šesťstotisíc eur bez dane z pridanej hodnoty).

Verejný obstarávateľ akceptuje a vyhodnotí referencie zverejnené na webovom sídle Úradu pre verejné obstarávanie, pričom uchádzač môže predložiť tieto referencie vo svojej ponuke. (...)“

104. Úrad z predloženej ponuky navrhovateľom zo dňa 22. 11. 2023 zistil, že navrhovateľ zaslal kontrolovanému ako súčasť ponuky vyplnený JED za navrhovateľa a JED za spoločnosť XX, ktorú označil ako subdodávateľa.
105. Kontrolovaný požiadal navrhovateľa v zmysle § 40 ods. 4 vo väzbe na § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní dňa 28. 11. 2023 o predloženie dokladov, ktoré v ponuke nahradil predložením JED k preukázaniu splnenia podmienok účasti v súlade s vyhlásenými podmienkami uvedenými v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v časti A.3 Podmienky účasti súťažných podkladov.
106. Navrhovateľ dňa 05. 12. 2023 predložil dokumenty, ktorými preukazuje splnenie podmienok účasti. Vo vzťahu k preukázaniu podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ predložil Zoznam stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejnej súťaže (ďalej len „Zoznam stavebných prác“), 4 referenčné listy a potvrdenie mesta Trebišov. Zo Zoznamu stavebných prác vyplývajú (okrem iného) nasledujúce informácie:

Názov a opis zákazky	Suma EUR bez DPH	Objednávateľ	Zhotoviteľ
Referencia č. 1 Bytový dom a garáže SNP, ul. Narcisová, názov: XX	Celková hodnota realizovaných prác: 2 917 346,00 EUR	XX	XX
Referencia č. 2 Novostavba polyfunkčného bytového domu – blok C ul. Okružná Michalovce	Celková hodnota realizovaných prác: 888 243,00 EUR	XX	XX
Referencia č. 3 Mestská športová hala - rekonštrukcia	Celková hodnota realizovaných prác: 1 482 713,69 EUR Z toho realizované vedúcim členom XX 1 482 563,69 EUR	XX	„XX“ Vedúci člen: XX Člen združenia: XX
Referencia č. 4 18 Bytových jednotiek – novostavba – obec Klokočov	Celková hodnota realizovaných prác: 1 004 315,27 EUR	XX	XX

Referencia č. 5 Trebišov – sídlisko JUH I, 2x39 bytových jednotiek, nájomné byty	Celková hodnota realizovaných prác: 4 637 795,06 EUR Z toho realizovaná I. etapa: 1 728 367,62 EUR Z toho realizované vedúcim členom XX 1 721 222,00 EUR	XX	„XX“ Vedúci člen: XX Člen združenia: XX XX
---	--	----	---

107. Predložené 4 referenčné listy k referencii č. 1 až 4 a potvrdenie mesta Trebišov k referencii č. 5, ktoré nadväzujú na Zoznam stavebných prác, boli potvrdené podpisom a pečiatkou oprávnených osôb, pričom obsahujú doplňujúce informácie k poskytnutému Zoznamu stavebných prác (obdobie realizácie, vyhlásenie investora k vykonaniu prác, atď.).
108. Komisia kontrolovaného posúdila predložené dokumenty a následne dňa 14. 12. 2023 bola navrhovateľovi doručená Žiadosť o vysvetlenie ponuky z toho istého dňa (ďalej len „Žiadosť o vysvetlenie“), ktorá sa týkala aj preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. V úvode Žiadosti o vysvetlenie kontrolovaný poukázal na vyššie spomínané 4 referencie a 1 potvrdenie, ktoré úspešný uchádzač predložil kontrolovanému dňa 05. 12. 2023. Po odcitovaní úpravy minimálnych štandardov technickej alebo odbornej spôsobilosti v súťažných podkladoch (pozri bod 103 tohto rozhodnutia), resp. po poukaze na uzatvorenú Zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít s obchodnou spoločnosťou XX zo dňa 20. 11. 2023,² kontrolovaný v tejto Žiadosti o vysvetlenie ďalej uviedol, cit.:

(...)

B)

Na preukázanie časti splnenia podmienok účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) preukazujete dve referencie (referencia č. 1 a č.2 zo Zoznamu referencií) prostredníctvom inej osoby, spoločnosti XX. Štatutárny orgán spoločnosti je XX.

Referencia č.1 je vystavená objednávateľom XX, pričom zhotoviteľ je spoločnosť XX. Obe spoločnosti majú totožné sídlo spoločnosti, totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka, t.j. XX.

² Pozn. úradu - kontrolovanému prekážali sivo prekryté časti, z ktorých nebolo podľa neho možné preskúmať celý obsah a rozsah zmluvy, a preto požiadal o predloženie úplného znenia tejto zmluvy v časti A.) Žiadosti o vysvetlenie

Referencia č. je vystavená objednávatelom XX, pričom zhotoviteľ je spoločnosť XX. Obe spoločnosti majú totožné sídlo spoločnosti, totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka, t.j. XX.

Všetky tri (3) spoločnosti XX, XX, XX, majú totožné sídlo spoločnosti: XX, totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka, t.j. XX.

Komisia konštatuje, že uvedené referencie si zhotoviteľ XX vystavil a verifikoval sám sebe, vystavila ju a potvrdila tá istá osoba, konateľ všetkých troch spoločností: XX. Verejný obstarávateľ Vás žiada o vysvetlenie uvedených skutočností a objektivity potvrdenia referencie č. 1 a č. 2.

(...)“

109. Navrhovateľ doplnil vysvetlenie dňa 18. 12. 2023, pričom k bodu B) uviedol nasledovné vysvetlenie, cit.: „ (...)“

B)

K uvedenej žiadosti verejného obstarávateľa uvádzame, že sa nestotožňujeme s posúdením predložených referenčných listov. Zhotoviteľ XX. nevystavil a neverifikoval sám sebe referenčné plnenie. Spoločnosť XX realizovala "referenčné" plnenia pre právne samostatné subjekty. Zákon o verejnom obstarávaní v žiadnom smere nezakazuje vystavenie potvrdenia o uspokojivom plnení majetkovo, či personálne prepojenými spoločnosťami. Podľa verejne dostupných informácií je spoločnosťou XX etablovanou spoločnosťou so vzrastajúcou tendenciou nárastu tržieb a dosahovaného zisku, štát voči tejto spoločnosti neeviduje žiadne nedoplatky, nemáme preto žiadny reálny dôvod spochybňovať realizáciu prác podľa predložených potvrdení o uspokojivých plnení v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Máme, za to, že danú podmienku účasti sme riadne a v súlade so súťažnými podkladmi preukázali, tak ako to vyžadoval verejný obstarávateľ. V prípade ak verejný obstarávateľ požaduje ďalšie dôkazy o uspokojivom vykonaní prác, ako vlastné potvrdenie odberateľa, ide nad rámec súťažných podkladov no i zákona o verejnom obstarávaní. Máme zato, že vystavené potvrdenia sú dostatočne objektívne. V prípade ak by verejný obstarávateľ považoval toto vysvetlenie za nedostačujúce žiadame o spresnenie aké konkrétne okolnosti vyvolávajú u verejného obstarávateľa pochybnosti o skutočnom a uspokojivom vykonaní prác. Pripomíname však, že samotné majetkové alebo personálne prepojenie nemôže byť objektívnym dôvodom pre spochybňovanie nami predložených referenčných plnení.

(...)“

110. Dňa 22. 12. 2023 kontrolovaný doručil navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení z toho istého dňa, v ktorom vo vzťahu k problematike bodu A) námietok, resp. po opísaní skutočností v zhode so skutkovým stavom zisteným a popísaným úradom v bodoch 104, 105, 106 tohto rozhodnutia, kontrolovaný uvádza, cit.: „

A.)

V súlade s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) Vám oznamujeme, že Vás verejný obstarávateľ z predmetného verejného obstarávania

v y l u č u j e .

Odôvodnenie:

(...)

Na preukázanie časti splnenia podmienok účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) preukazujete dve referencie (referencia č. 1 a č.2 zo Zoznamu referencií) prostredníctvom inej osoby, spoločnosti XX. Štatutárny orgán spoločnosti je XX.

Referencia č.1 je vystavená objednávatelom XX, pričom zhotoviteľ je spoločnosť XX. Obe spoločnosti majú totožné sídlo spoločnosti, totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka, t.j. XX.

Referencia č.2 je vystavená objednávatelom XX, pričom zhotoviteľ je spoločnosť XX. Obe spoločnosti majú totožné sídlo spoločnosti, totožné orgány spoločnosti: konateľ a aj spoločníka, t.j. XX.

Všetky tri (3) společnosti XX, XX, XX, mají totožné sídlo společnosti: XX, totožné orgány společnosti: konatel a aj spoločníka, t.j. XX.

Komisia skonštatovala, že uvedené referencie si zhotoviteľ XX vystavil a verifikoval sám sebe, vystavila ju a potvrdila tá istá osoba, konateľ všetkých troch spoločností: XX. Verejný obstarávateľ Vás žiadal o vysvetlenie uvedených skutočností a objektivity potvrdenia referencie č. 1 a č. 2.

Vo vysvetlení ste uvideli, že sa nestotožňujete s posúdením referencií komisiou. Uviedli ste, že jednotlivé spoločnosti sú samostatné subjekty s právnou subjektivitou, a že komisia verejného obstarávateľa nemá žiaden reálny dôvod spochybňovať predložené referencie spoločností, ktoré sú majetkovo či personálne prepojené.

Verejný obstarávateľ sa opiera o nasledujúce metodické usmernenia ÚVO - číslo: 16388-5000/2020, z 29. 12. 2020, vrátane Rozhodnutia ÚOHS č. R419/2013/VZ-9358/2014/310/LPa:

„V metodickom usmernení č. 5332-5000/2020, bol vyjadrený názor, že „odberateľom (príjemcom) sa má rozumieť iná osoba ako osoba samotného záujemcu/uchádzača, a teda „referenciu“ vo vzťahu k stavebným prácam realizovaným pre seba samého nie je možné použiť“. Poukazujeme, že uvedené korešponduje napr. aj s názorom vyjadreným v rozhodnutí ÚOHS č. R419/2013/VZ-9358/2014/310/LPa: „Nelze popřít, že takováto reference vystavená sobě samému nenaplnuje znaky a účel osvědčení, spočívající v odlišnosti subjektu potvrzujícího a žádajícího potvrzení určitých skutečností. Je to zde právě onen element třetí nezávislé osoby, který vkládá do institutu osvědčení potřebnou míru objektivnosti a pravdivosti údajů, které mají být jeho pomocí osvědčeny. Pokud v šetřeném případě dualita stran chybí a osoba osvědčující a ta, pro kterou je osvědčováno, jsou totožné, předmětná listina povahu osvědčení ztrácí. Lze pak hovořit o období čestného prohlášení, kdy subjekt, který realizoval referenční zakázku, sám prohlašuje, že určité zadavatelem požadované podmínky splnil.

V takovémto případě je nicméně zřejmá absence třetí objektivní a nezávislé osoby, která by uvedené tvrzení podpořila a věrohodnost takového dokladu je tedy oproti osvědčení menší.“

.....

„Hoci „referencia“ podpísaná rovnakou osobou, ktorá vystupovala aj na strane dodávateľa vo všeobecnosti indikuje určité pochybnosti o objektivite v nej uvádzaného hodnotenia, jej

nerelevantnosť na účely vyhodnotenia splnenia podmienok účasti je možné podľa nášho názoru skonštatovať až po podrobnejšom preskúmaní štruktúry dotknutých obchodných spoločností a ich vzájomných vzťahov (vrátane ich možnej majetkovej prepojenosti), spôsobu konania v ich mene, ako aj preskúmania skutočností, na ktoré mala daná osoba v pozícii konateľa reálny vplyv (t. j. akým spôsobom mohla ovplyvňovať rozhodnutia uskutočňované v mene spoločnosti).“

*Komisia verejného obstarávateľa skúmala všetky tri hospodárske subjekty prostredníctvom výpisov z Obchodného registra SR, databázou Finstat a Registra partnerov verejného sektora, a je možné jednoznačne konštatovať, že všetky tri (3) spoločnosti XX, XX, XX, majú totožné sídlo spoločnosti s trvalým pobytom jediného spoločníka všetkých spoločností a jediného konateľa, totožného za všetky spoločnosti. Uvedené hospodárske subjekty sídlia na ulici XX, uvádzajú totožné orgány všetkých spoločností: konateľa aj spoločníka, t.j. XX. Jednotlivé spoločnosti nedisponujú inými spoločníkmi, ani inými osobami štatutárnymi orgánmi. Jedná sa o tzv. „jednoosobové“ spoločnosti s ručením obmedzeným. Vzhľadom k skutočnosti, že referencie nie sú zverejnené v Evidencii referencií vedených v ÚVO, keďže objednávateľom/investorom boli súkromné subjekty, boli poskytnuté referenčné listy vystavené a verifikované totožnou osobou XX, ktoré **komisia verejného obstarávateľa vyhodnotila, že dodatočné verifikovanie potvrdenia referenčných listov sa javia ako márne a neprinášajúce väčšiu mieru objektivity, ako už bolo samotné predloženie referenčných listov a následne vyjadrenie uchádzača z dňa 18.12.2023.***

Na základe Vami predloženej ponuky komisia konštatuje, že ste nesplnili podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) ZVO, a tým ste z predmetnej zákazky v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) ZVO vylúčený. (...)“

111. Úrad na úvod právneho posúdenia vyslovuje názor k problematike tzv. „samoreferencie“, ktorej neuznanie zo strany kontrolovaného malo vplyv na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ preukazoval splnenie podmienky účasti referenčným listom č. 1 vystaveným obchodnou spoločnosťou XX na obchodnú spoločnosť XX a referenčným listom č. 2 od obchodnej spoločnosti XX vystaveným na obchodnú spoločnosť XX, ktoré majú podľa výpisu z obchodného registra zhodné sídlo na adrese XX a totožného konateľa XX, ktorý za všetky uvedené spoločnosti koná samostatne. Podľa názoru úradu samotná skutočnosť, že právnické osoby vystavujúce referenčné listy majú zhodné sídlo obchodnej spoločnosti a totožný štatutárny orgán (konateľ), nie je rozhodujúcou skutočnosťou, ktorej naplnenie podstaty má byť použité ako dôvod pre neuznanie sporných predchádzajúcich plnení a následné vylúčenie uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, v danom prípade navrhovateľa, z verejného obstarávania. Úrad súhlasí s názorom navrhovateľa, že uvedené obchodné spoločnosti sú samostatnými právnymi subjektmi a vystavenie referenčného listu medzi obchodnými spoločnosťami, v ktorých je konateľom jedna a tá istá osoba, sa nepovažuje za vystavenie tzv. „samoreferencie“, napriek tomu, že tu vzniká pochybnosť o objektivite, ktorú vyslovuje kontrolovaný v odôvodnení vylúčenia. Rozhodujúcou skutočnosťou preukazujúcou technickú a odbornú spôsobilosť na uskutočnenie predmetu zákazky je dôkaz o tom, že v predchádzajúcom období bol navrhovateľ resp. subdodávateľ schopný a technicky spôsobilý úspešne plniť zmluvy rovnakého alebo podobného charakteru ako je zmluva v tomto verejnom obstarávaní. Z uvedeného vyplýva, že pre naplnenie podstaty podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti na uskutočnenie predmetu zákazky je dôležité, aby

uchádzač náležite preukázal vecnú stránku, tzn. že skutočne došlo k realizácii stavieb uvedených v referenciách. Úrad uvádza, že kontrolovaný postupoval vo verejnej súťaži v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď požiadal navrhovateľa v súlade s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie predložených dokladov, z ktorých komisia kontrolovaného nevedela posúdiť splnenie podmienky účasti. Úrad však súhlasí s tvrdením navrhovateľa, že samotná textácia Žiadosti o vysvetlenie, cit.: „(...) *Verejný obstarávateľ Vás žiada o vysvetlenie uvedených skutočností a **objektivity** potvrdenia referencie č. 1 a č. 2.*“, nenapĺňa základnú povinnosť dodržania princípu transparentnosti, nakoľko z uvedenej textácie nie je zrejmé, akým spôsobom sa mal navrhovateľ vysporiadať so zisteným skutkovým stavom komisie kontrolovaného a akým spôsobom mal preukázať splnenie podmienky účasti, keď kontrolovaný nešpecifikoval, aké dokumenty požaduje predložiť. Z povahy veci bolo možné predpokladať, že doplnenie zo strany navrhovateľa v uvedenej problematike nenaplní očakávanie kontrolovaného. Úrad konštatuje, že kontrolovaný svojím postupom nezabezpečil priehľadnosť a predvídateľnosť procesu verejnej súťaže, čím porušil princíp transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad súčasne uvádza, že kontrolovaný mal v Žiadosti o vysvetlenie ponuky doručenej navrhovateľovi dňa 14. 12. 2023 konkretizovať, akým spôsobom má vysvetliť zistené skutočnosti a objektivitu potvrdení referencií č. 1 a č. 2. Nakoľko zo Žiadosti o vysvetlenie nebolo možné precizovať, akým spôsobom sa má navrhovateľ vysporiadať so žiadosťou o vysvetlenie, úrad konštatuje, že kontrolovaný mal opätovne využiť právny inštitút doplnenia resp. vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a mal od navrhovateľa požadovať doklady o reálnosti poskytnutých plnení (napr. zmluvy o dielo, daňové doklady, stavebné povolenia, kolaudačné rozhodnutia a pod.), ktorými preukáže reálnosť plnenia v požadovanom rozsahu. Ak by eventuálne nastala situácia, že navrhovateľ nemá za preukázanú reálnosť poskytnutých plnení prostredníctvom tretej osoby XX, kontrolovaný je v takomto prípade povinný postupovať podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a písomne požiadať navrhovateľa, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako 5 pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, ktorej prostredníctvom preukazuje technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie. Kontrolovaný by mohol oponovať, že v rámci Žiadosti o vysvetlenie sa dožadoval preukázania reálnosti plnení, pretože sa dožadoval „objektivity potvrdenia referencie č. 1 a č. 2“. Slovné spojenie má dvojaký význam, možno ho vnímať v zmysle nestrannosti/nezaujatosti, ale aj v zmysle dokázateľnosti a existencie. Ak si predmetnú Žiadosť o vysvetlenie v časti týkajúcej sa objektivity „spárujeme“ s Oznámením o vylúčení, cit.: „Komisia skonštatovala, že uvedené referencie si zhotoviteľ XX vystavil a verifikoval sám sebe, vystavila ju a potvrdila tá istá osoba, konateľ všetkých troch spoločností: XX. Verejný obstarávateľ Vás žiadal o vysvetlenie uvedených skutočností a objektivity potvrdenia referencie č. 1 a č. 2.“, dospejeme k záveru, že kontrolovaný skúmal nestrannosť/nezaujatosť vystavenia referencie, nie reálnosť poskytnutého plnenia.

112. S ohľadom na odvolanie sa kontrolovaného v odôvodnení vylúčenia navrhovateľa na metodické usmernenie úradu č. 16388-5000/2020 zo dňa 29. 12. 2020, dáva úrad do pozornosti **rozhodnutie úradu č. 14891-6000/2023-OD zo dňa 05. 12. 2023**, v ktorom sa zaoberal obdobnou situáciou, a to vylúčením navrhovateľa pre nesplnenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre neuznanie potvrdenia o realizovaní plnenia z dôvodu zhodného štatutárneho orgánu (konateľ) obchodnej spoločnosti so štatutárnym orgánom obchodnej spoločnosti navrhovateľa, a v ktorom úrad vyslovil nasledujúce závery, cit.:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely.
Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

„58. Úrad k uvedenému vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní vo svojich ustanoveniach vo vzťahu k preukazovaniu splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní neobsahuje zákaz, ktorý by spočíval v nemožnosti predkladať potvrdenie o zmluvnom plnení, ktorého odberateľom bola právnická osoba odlišná od uchádzača, s ktorým je táto osoba určitým spôsobom spriaznená. **Inými slovami, zákon o verejnom obstarávaní neumožňuje verejnému obstarávateľovi vylúčiť uchádzača bez ďalšieho skúmania len z toho dôvodu, že v rámci predloženého zoznamu dodaných tovarov podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní boli uvedené plnenia pre iné hospodárske subjekty, ktoré sú s uchádzačom navzájom personálne alebo majetkovo prepojené.**

59. Úrad súhlasí s vyjadrením kontrolovaného, že účelom referencie (potvrdenia o zmluvnom plnení) je potvrdenie skutočnosti, že uchádzač má technickú alebo odbornú spôsobilosť plniť zákazku. Úrad rovnako nepopiera ani to, že u kontrolovaného mohlo zistenie o personálnom prepojení hospodárskych subjektov (navrhovateľa a odberateľa) vyvolať určité pochybnosti o reálnom uskutočnení referenčného plnenia. **Zároveň je však úrad toho názoru, že overenie skutočnej realizácie zákazky v zmysle referencie, resp. zoznamu dodávok tovaru a poskytnutých služieb, ktorá bola plnená pre majetkovo alebo personálne „spriaznené“ subjekty je možné v prípade pochybností overiť ďalším skúmaním, a to najmä využitím inštitútu žiadosti o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, na základe ktorého je možné si dožiadať doklady, napr. účtovné, daňové, zmluvy atď., z ktorých by sa dalo preveriť, či k plneniu predmetnej zákazky reálne došlo.** To znamená, že samotný vznik pochybností kontrolovaného o skutočnom realizovaní referenčného plnenia nemôže sám o sebe predstavovať automaticky dôvod na vylúčenie uchádzača, ale naopak je na mieste v takejto situácii, za účelom odstránenia týchto pochybností uskutočniť ďalšie overovanie a skúmanie vo vzťahu k referenčnému plneniu. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na rozhodnutie úradu č. 11516-6000/2018 zo dňa 07. 11. 2018, v ktorom sa zaoberal obdobnou situáciou aká je predmetom posúdenia v tomto revíznom konaní, kde úrad v bode 157. uviedol, cit.: „Ku skutočnostiam, ktoré vyvolávali u kontrolovaného a u navrhovateľa vyvolávajú pochybnosť o tom, že na predmetnej železničnej trati nebol vybudovaný systém ETCS, úrad uvádza, že za najzásadnejšiu považuje okolnosť, ktorou je firemné pozadie uchádzača č. 1. v minulosti. Úrad sa stotožňuje s tým, že prepojenosť uchádzača č. 1 s odberateľom v minulosti, je skutočnosťou, ktorá by mohla vyvolávať určité pochybnosti o reálnosti potvrdenia odberateľa. Je teda akceptovateľné, keď po identifikovaní takejto skutočnosti kontrolovaný pristúpil k skúmaniu reálnosti potvrdenia odberateľa, nakoľko je potrebné preskúmať, či predmetná okolnosť mohla mať, resp. mala vplyv na reálnosť potvrdenia odberateľa. To znamená, že je možné skúmať, či to čo potvrdil odberateľ zodpovedá skutočnosti, v tomto prípade, či na predmetnej železničnej trati bol vybudovaný systém ETCS, za predpokladu, že existujú relevantné skutočnosti, ktoré preukazujú, že by potvrdenie odberateľa nemuselo byť pravdivé. To znamená, že by mali existovať aj relevantné dôkazy, ktoré by mali preukazovať, resp. aspoň naznačovať, že potvrdenie odberateľa nemusí byť pravdivé, resp. zodpovedať skutočnosti. Úrad uvádza, že za účelom overenia si predmetných zistení je možné využiť inštitút vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pričom pri koncipovaní požiadaviek, ktoré majú byť vysvetlené je potrebné vychádzať zo znenia vyhodnocovanej podmienky účasti.“

(...)

64. Úrad v rámci svojej metodickej činnosti vydal niekoľko metodických usmernení súvisiacich s preukazovaním „vlastných“ referencií, v ktorých okrem iného uviedol: „Účelom požiadavky na predloženie zoznamu dodávok tovaru, poskytnutia služieb, uskutočnenia stavebných prác v predchádzajúcom období, ako jednej z podmienok účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj minimálnej požadovanej úrovne štandardov, je najmä preukázanie skutočnosti, či mal uchádzač alebo záujemca v posudzovanom období dostatočnú materiálnu a personálnu vybavenosť, či je spoľahlivý a technicky spôsobilý zrealizovať požadovaný predmet zákazky. Zároveň by v súvislosti s touto podmienkou účasti malo byť z predložených dokladov zrejmé, že uchádzač alebo záujemca bol schopný uspokojivým spôsobom splniť svoj záväzok, resp. objednávku na vykonanie stavebných prác, a teda je spoľahlivým subjektom pôsobiacim na trhu. V nadväznosti na uvedené máme za to, že odberateľom (príjemcom) sa má rozumieť iná osoba ako osoba samotného záujemcu/uchádzača, a teda „referenciu“ vo vzťahu k stavebným prácam realizovaným pre seba samého nie je možné použiť.“

65. Z citovaného Metodického usmernenia č. 5332-5000/2020, ako aj z iných obdobných usmernení (ako napr. aj z usmernenia č. 7839-5000/2018, na ktoré poukazuje aj sám kontrolovaný v Oznámení o vylúčení) je však zrejmé, že **záujemca/uchádzač by nemal preukazovať splnenie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) alebo b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom preukázania predchádzajúcej zákazky, ktorú realizoval na uspokojenie vlastných potrieb, teda pre seba samého.**

66. Zákon o verejnom obstarávaní pojem „spriaznené osoby“ nepozná a rovnako tak nijakým spôsobom nezakazuje preukazovať dodanie/plnenie/uskutočnenie predchádzajúcej zákazky pre hospodárske subjekty, ktoré sú takto personálne alebo majetkovo prepojené bez možnosti následne použiť potvrdenie o takomto plnení ako dôkaz na preukázanie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) a písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

67. V prípade, že by takýmto spôsobom verejný obstarávateľ/obstarávateľ obmedzil preukazovanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) alebo b) zákona o verejnom obstarávaní, konal by tak nad rámec § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je taxatívne stanovený a z mnohých metodických usmernení, ako aj rozhodnutí úradu, napr. 10577-6000/2016 vyplýva, že: „(...) podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj doklady určené na ich preukázanie však kontrolovaný môže určiť výhradne v intenciách ustanovenia § 34 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. kontrolovaný môže určiť len tie podmienky účasti smerujúce k preskúmaniu technickej alebo odbornej spôsobilosti záujemcov, resp. len tie doklady na ich preukázanie, ktoré sú uvedené v predmetnom ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na to, že doklady, ktoré sú uvedené v predmetnom ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sú stanovené taxatívne, ich obsah nemožno rozširovať alebo zužovať.“

68. Z vyššie uvedeného vyplýva, že **kontrolovaný nebol oprávnený na základe predložených dokladov, ako aj zistených informácií bez ďalšieho vysvetľovania vyhodnotiť, že navrhovateľ nesplnil podmienky účasti týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.**

69. K tvrdeniu kontrolovaného, uvedenému vo vyjadrení k námietkam, že vo vzťahu k potvrdeniu spriazneného subjektu o dodaní tovaru, cit.: „nemal možnosť preveriť, či takéto plnenie

a) bolo uskutočnené

b) v ktorom období

c) či prebehlo v súlade so zmluvnými a/alebo obchodnými podmienkami

d) či zmluvná cena vznikla z trhových podmienok alebo ide len o fiktívny prevod napr. za účelom daňovej optimalizácie.“, sa úrad v tomto prípade stotožňuje s názorom navrhovateľa, že **v prípade, ak mal kontrolovaný pochybnosti o predloženom potvrdení, resp. o reálnom uskutočnení zmluvného plnenia, mal navrhovateľ a v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní požiadať o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, z ktorých by bolo možné overiť, či predmetná zákazka bola pre odberateľa skutočne realizovaná.**

70. **To, že si kontrolovaný podľa jeho slov nevedel overiť realizáciu referenčného plnenia by nemalo ísť na ťarchu navrhovateľa, pretože on predložil požadovaný doklad v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (zoznam dodávok tovaru / poskytnutých služieb), tak ako to kontrolovaný požadoval. Riadne overenie splnenia uvedenej podmienky účasti bolo v kompetencii, ako aj povinnosťou kontrolovaného v časti týkajúcej sa reálnosti uskutočneného plnenia, v opačnom prípade by mal takýto zoznam dodávok tovaru / poskytnutých služieb len deklaratórnu povahu v prípade plnení realizovaných pre súkromné obchodné spoločnosti (tzv. potvrdenia).**

71. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že ak kontrolovaný mal pochybnosti o skutočnej realizácii referenčného plnenia deklarovaného navrhovateľom v zozname dodávok tovaru / poskytnutých služieb, mal v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti venovať viac času vysvetľovaniu a vyhodnocovaniu predchádzajúceho plnenia, ktorým navrhovateľ preukazoval splnenie podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný tým, že nepožiadaval navrhovateľa o ďalšie vysvetlenie dokladu, ktorým navrhovateľ preukazoval splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a vyhodnotil predložené potvrdenie o predchádzajúcom plnení iba tým spôsobom, že ho nemôže považovať za cit.: „dostatočný dôkaz o riadnom a včasnom uskutočnení zmluvného vzťahu, keďže ide o plnenie medzi spriaznenými osobami“, **postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, konkrétne s § 40 ods. 4 tohto zákona, ako aj v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) tohto zákona, nakoľko dôvod, na ktorom kontrolovaný založil vylúčenie navrhovateľa, nemá oporu v tomto zákone.**“

113. Kontrolovaný sa v odôvodnení vylúčenia navrhovateľa z verejnej súťaže opiera aj o rozhodnutie predsedu Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže č. ÚOHS-R419/2013/VZ-9358/2014/310/LPa zo dňa 05. 05. 2014, z ktorého cituje iba znenie bodu 30. Úrad uvádza, že uvedené rozhodnutie predsedu ÚOHS je potrebné interpretovať v celom jeho kontexte, nakoľko ÚOHS síce vyjadril názor, že osvedčenie k realizácii referenčnej zákazky vystavené dodávateľom na obchodnú spoločnosť navrhovateľa, ktoré naplnilo znaky vystavenia dokumentu „samého sebe“ má povahu čestného prehlásenia, avšak v bode 42 rozhodnutia uvádza možnosť, podľa ktorej môže byť osvedčenie k realizácii zákazky nahradené rovnocenným dokladom, ktorý zabezpečí nestrannosť a objektivitu tretej strany akým je napr. kolaudačné rozhodnutie, cit.:

„VI. K námietkam rozkladu

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely.
Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

28. V prvé řadě konstatuji, že jsem se ztotožnil s napadeným výrokem rozhodnutí i jeho odůvodněním, které je plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil. Nemohu tedy přisvědčit úvodní rozkladové námitce navrhovatele, že by bylo napadené rozhodnutí postaveno na nesprávném či neúplném věcném a právním posouzení případu.

29. K rozkladové námitce navrhovatele, že ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona nestanoví, že by objednatel vystavující referenční osvědčení o řádné realizaci prací musel být bezpodmínečně odlišný od zhotovitele díla, upozorňuji na skutečnost, že Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí v žádné jeho části nekonstatoval (a ani se primárně v odůvodnění napadeného rozhodnutí touto otázkou obšírněji nezabýval), nadto aby popřel možnost, aby osoba zhotovitele stavebních prací a jejich objednatele byla totožná. Úřad v této souvislosti pouze konstatoval, že na rozdíl od veřejných zakázek na dodávky či veřejných zakázek na služby ze zákona nevyplyvá, že osvědčení o řádné realizaci stavebních prací lze nahradit čestným prohlášením dodavatele. Úřad se tedy primárně zabýval skutečností, zda osvědčení, které navrhovatel k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu předložil, bylo dostatečné a dualitu vztahů posuzoval právě vzhledem k povaze předložených listin. **Otázkou totožnosti objednatelů a zhotovitelů se přitom nad toto blíže nezabýval.** Navrhovatelovy námitky tedy a jím v rozkladu popisované důvody a situace, za kterých je podle něj možné, aby dodavatel vystupoval na pozici objednatele i zhotovitele, se v tomto ohledu jeví jako bezpředmětné, když nevystupují proti závěru, který by Úřad v rámci napadeného rozhodnutí učinil.

30. Nelze přisvědčit ani argumentu navrhovatele, že právě s ohledem na specifika posuzovaného případu je nutno jím předložené osvědčení jako referenční listinu ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona připustit. K tomuto uvádím, že bez ohledu na to, zda se v šetřeném případě jisté specifické okolnosti skutečně vyskytují, jsou účastníci zadávacího řízení vždy povinni postupovat v souladu se zákonem a jejich případná pochybení nelze poukazem na tyto skutečnosti ospravedlnit.

31. Úřad v tomto ohledu správně posoudil povahu osvědčení k realizaci referenční zakázky předloženého navrhovatelem jako čestné prohlášení, když je zjevné, že takováto listina, kterou navrhovatel vystupující zde jako objednatel stavebních prací a zároveň jejich dodavatel, osvědčil požadované skutečnosti sám sobě. Nelze popřít, že takováto reference vystavená sobě samému nenaplnuje znaky a účel osvědčení, spočívající v odlišnosti subjektu potvrzujícího a žádajícího potvrzení určitých skutečností. Je to zde právě onen element třetí nezávislé osoby, který vkládá do institutu osvědčení potřebnou míru objektivnosti a pravdivosti údajů, které mají být jeho pomocí osvědčeny. Pokud v šetřeném případě dualita stran chybí a osoba osvědčující a ta, pro kterou je osvědčováno, jsou totožné, předmětná listina povahu osvědčení ztrácí. Lze pak hovořit o obdobě čestného prohlášení, kdy subjekt, který realizoval referenční zakázku, sám prohlašuje, že určité zadavatelem požadované podmínky splnil. V takovémto případě je nicméně zřejmá absence třetí objektivní a nezávislé osoby, která by uvedené tvrzení podpořila a věrohodnost takovéhoho dokladu je tedy oproti osvědčení menší.

32. K uvedeným skutečnostem podotýkám, že navrhovatel v žádné části rozkladu výslovně nebrazil, ani neuvedl žádné argumenty proti závěru Úřadu, **který přiřkl jím předloženému osvědčení povahu čestného prohlášení.** Z povahy předmětného dokumentu přitom tato skutečnost jasně vyplývá a považuji ji takto za prokázanou.

33. Zákon přitom, jak již bylo uvedeno výše, až na výjimku vyplývající z ustanovení § 56 odst. 8 zákona, nepřipouští, na rozdíl od úpravy týkající se veřejných zakázek na dodávky a služby, nahrazení osvědčení objednatelů čestným prohlášením dodavatele. Zatímco v případě veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na služby zákon jednoznačně umožňuje dodavateli jako uchazeči o veřejnou zakázku předložit k prokázání technických kvalifikačních předpokladů čestné prohlášení v případě, že bylo zboží či služby dodány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není možné od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně standardní osvědčení, **v případě veřejných zakázek na stavební práce tuto možnost zákon neposkytuje.** Z uvedeného je tedy zjevné, že navrhovatelem předložené osvědčení, kterým sám sobě prokazoval řádné splnění referenční stavby, nebylo k prokázání technického kvalifikačního předpokladu dostatečné, když toto mělo povahu čestného prohlášení, které zákon k prokazování takovýchto skutečností nepřipouští.

(...)

35. **Stejně jako Úřad správně konstatoval, že osvědčení vydané objednatelem nelze nahradit v případě realizace stavebních prací čestným prohlášením,** stejně tak se správně v intencích šetřeného případu zabýval i výjimkou z tohoto pravidla reprezentovanou institutem vyplývajícím z ustanovení § 56 odst. 8 zákona, který v případě, že dodavatel není z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným veřejným zadavatelem, umožňuje dodavateli prokázat jeho technickou kvalifikaci i jinými rovnocennými doklady, než které byly požadovány. Obecně je tento institut využitelný pouze za předpokladu, že se jedná o případ, kdy dodavatel objektivně není schopen splnění technických kvalifikačních předpokladů prokázat způsobem stanoveným ze strany veřejného zadavatele, přičemž taková objektivní neschopnost musí být dodavatelem dostatečně doložena a odůvodněna (v úvahu by přicházelo předložení čestného prohlášení). **Dodavatel dále musí být schopen doložit splnění technických předpokladů prostřednictvím jiných dokumentů, které jsou rovnocenné dokumentům požadovaným veřejným zadavatelem. Poslední podmínkou pro uplatnění tohoto postupu je, že veřejný zadavatel takto předložené doklady uzná za rovnocenné těm, které jím byly požadovány. Pokud by je veřejný zadavatel odmítl, musí toto své rozhodnutí náležitě objektivně odůvodnit.**

(...)

42. Důvod, proč navrhovatelem předložené osvědčení k prokázání splnění kvalifikace, kterým navrhovatel referenci potvrdil sám sobě a kteréžto Úřad posoudil jako čestné prohlášení, nelze považovat za rovnocenný doklad ve smyslu § 56 odst. 8 zákona, byl vysvětlen již výše. Pokud zákon k prokázání takového kvalifikačního předpokladu vyžaduje doložení osvědčení objednatele referenčního díla jako osoby nezávislé, odlišné od dodavatele, který stavební práce realizoval, nelze za tento rovnocenný doklad považovat potvrzení, které si dodavatel, který v konkrétním případě vystupuje zároveň i v roli objednatele, vystavil sám. **Rovnocenným dokladem je naopak možno považovat pouze takový dokument, který vykazuje obdobné znaky, v tomto případě obdobnou míru věrohodnosti a objektivnosti jako dokument požadovaný zadavatelem, tedy dokument, který je způsobilý dostatečně objektivizovat schopnost navrhovatele realizovat veřejnou zakázku. Ve světle uvedeného je pak zjevné, že dokumenty uvedené Úřadem v odůvodnění napadeného rozhodnutí jako např. kolaudační rozhodnutí tyto vlastnosti splňují a mohly by tedy za splnění dalších zákonem stanovených podmínek nahradit osvědčení vyžadované**

zadavateľom v zadávacom dokumente. Takovéto dokumenty však navrhovateľ v požadovanej lehote nepredložil. “

114. Podľa názoru úradu z vyššie citovaného rozhodnutia preukázateľne vyplýva, že ÚOHS v danom konaní posudzoval odlišný skutkový stav, ktorý zakladá dištinkciu takej povahy, ktorá vylučuje aprobovanie záverov ÚOHS na skutkový stav posudzovaný v tomto revíznom konaní. **Po prvé**, samotný ÚOHS explicitne uviedol, že nevyvylúčil *a priori* totožnosť objednávateľa a zhotoviteľa, cit.: „Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí v žádné jeho části nekonstatoval (a ani se primárně v odůvodnění napadeného rozhodnutí touto otázkou obšírněji nezabýval), nadto aby popřel možnost, aby osoba zhotovitele stavebních prací a jejich objednatele byla totožná.“ **Po druhé**, ÚOHS v danom konaní posudzoval situáciu, kedy potvrdenie predchádzajúceho plnenia uskutočnila tá istá právnická osoba, resp. objednávateľom a dodávateľom bola rovnaká entita, čo nie je skutkový stav posudzovaný v tomto revíznom konaní, v ktorom úrad posudzuje situáciu, keď odlišná právnická osoba potvrdila predchádzajúce plnenie inej právnickej osobe, pričom tento rozdiel nie je negovaný tým, že tieto právnické osoby majú rovnakého konateľa. Prvostupňové rozhodnutie ÚOHS č. S215/2013/VZ-23266/2013/521/VČe zo dňa 27. 11. 2013 tento záver len potvrdzuje, cit.: „Navrhovatel na straně 76 své žádosti o účast v zadávacím řízení, doručené zadavateli dne 13. 12. 2012, předložil referenční listinu, ve které je jako zhotovitel označen účastník „Sdružení TÚU Stráž – RVM – ČLUZ - AQUA“ České lupkové závody, a.s., IČO 26423367, se sídlem Pecínov 1171, 271 01 Nové Strašecí (dále jen „České lupkové závody, a.s.“). Jako objednatel je pak v předmětné referenční listině uvedena rovněž společnost České lupkové závody, a.s.“. Vzhľadom na uvedené úrad poukazuje na skutočnosť, že k vylúčeniu uchádzača z procesu verejného obstarávania môže dôjsť výlučne naplnením zákonom ustanovených dôvodov a možno k nemu pristúpiť až po dôkladnom preskúmaní a zhodnotení všetkých predložených dokladov vo väzbe na stanovené požiadavky v súťažných podkladoch, ako aj dokladoch požadovaných na preukázanie ich splnenia. Úrad zdôrazňuje, že vylúčenie uchádzača z procesu verejného obstarávania je najtvrdším zásahom do práva zúčastniť sa daného procesu, ktorý má mať povahu *ultima ratio*. Dôvod vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania musí byť založený na riadne preskúmanom skutkovom stave za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. Prípustné je len také vylúčenie, ktoré je v súlade s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
115. Úrad s ohľadom na zistené skutočnosti a s poukazom na princíp transparentnosti uvedený v bode 111 tohto rozhodnutia uvádza, že kontrolovaný sa nevysporiadal s hore uvedenou skutočnosťou vo vzťahu k podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní u tretej osoby navrhovateľa, obchodnej spoločnosti XX, **čím je konanie kontrolovaného nepreskúmateľné a neproporcionálne, a preto úrad konštatuje, že kontrolovaný porušil ustanovenie § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (princíp transparentnosti a proporcionality) v spojitosti s § 40 ods. 4 a ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.**
116. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú v tomto bode **opodstatnené.**

K bodu B) námietok

117. Základným východiskom pre právne posúdenie námietok navrhovateľa vzťahujúcich sa na problematiku neuspokojivých referencií vystavených mestom Senec (kontrolovaným) a UNB v Evidencii referencií vedenej úradom, na účel vyhodnotenia splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, je vymedzenie tejto podmienky v podobe minimálnych štandardov, ktoré úrad už uviedol v bode 103 tohto rozhodnutia.
118. Úrad uvádza, že navrhovateľ v Zozname stavebných prác, ktorým preukazuje splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní neuvádza referencie, ktoré má ako spoločnosť zverejnené na webovom sídle úradu.
119. Úrad konštatuje, že Žiadosť o vysvetlenie neobsahovala informáciu súvisiacu s rozhodnutím komisie kontrolovaného pristúpiť k vylúčeniu uchádzača v súlade s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
120. Kontrolovaný dňa 22. 12. 2023 doručil navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení, ktoré, vo vzťahu k problematike bodu B) námietok uvádza, cit.:

„B.)

V súlade s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) Vám oznamujeme, že Vás verejný obstarávateľ z predmetného verejného obstarávania

vylučuje.

Odôvodnenie:

*Komisia verejného obstarávateľa skúmala v Evidencii referencií aj referencie predložené a hodnotené inými verejnými obstarávateľmi. Je možné jednoznačne konštatovať, že **Vaša spoločnosť v čase vyhodnocovania ponúk disponuje už dvoma (2) negatívnymi/neuspokojivými referenciami.***

Jednou z neuspokojivých referencií voči Vašej spoločnosti, je aj referencia samotného verejného obstarávateľa Mesta Senec, ktorému pri realizácii diela „Čistenie odpadových vôd v meste Senec“, vzniklo množstvo obštrukcií, problémov, až k vzniku škody v hodnote 244.821,30 EUR.

Ďalšou neuspokojivou referenciou vedúcou k predčasnému ukončeniu zmluvy je aj referencia verejného obstarávateľa Univerzitnej nemocnice Bratislava, zákazka: Rekonštrukcia ČOV v areáli UNB Nemocnice, akad.L.Dérera, Bratislava, ktorá vyústila k predčasnému ukončeniu zmluvy verejným obstarávateľom z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa, ktoré je veľmi podrobne popísané v samotnej referencii.

Verejný obstarávateľ disponuje aj inými potvrdeniami a verifikovaním negatívnej skúsenosti so spoločnosťou XX

Verejný obstarávateľ sa opiera o nasledujúce metodické usmernenia ÚVO, číslo: 8633-5000/2022 Bratislava: 27.6.2022:

„V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie:

Podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vylúčiť kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak sa v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia alebo preukázateľného začatia verejného obstarávania dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku čoho verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy alebo mu bola spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma.

Ako vyplýva z dôvodovej správy ide i novo koncipovaný dôvod vylúčenia, ktorý je explicitne zameraný na nepoctivých dodávateľov, ktorí sa v rámci zmluvného plnenia zákazky alebo koncesie dopustili závažného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku ktorých verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy, alebo, v dôsledku ktorých bola verejnému obstarávateľovi spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma (napr. ujma na živote alebo zdraví). Cieľom navrhovanej úpravy je poskytnúť verejným obstarávateľom pri uplatňovaní týchto dôvodov vylúčenia väčšiu mieru flexibility a to predovšetkým v konfrontácii s dodávateľmi, ktorí sa dopustili závažného porušenia zmluvných povinností.

Cieľom dôvodu na vylúčenie, ktorý je zakotvený v ust. § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je teda ochrana verejného obstarávateľa pred dodávateľmi, ktorí si neplnia svoje povinnosti vyplývajúce z uzavretých záväzkov a majú tak negatívny dopad na verejného obstarávateľa. Máme za to, že cieľom predmetného ustanovenia je poskytnúť „generálnu ochranu“, t.j. ochranu všetkým verejným obstarávateľom, ktorí by sa mohli potenciálne dostať do „kontaktu“ s nepoctivými dodávateľmi počas priebehu procesu verejného obstarávania. Predmetné ustanovenia bude môcť aplikovať každý verejný obstarávateľ, ktorý vie dostatočne preukázať naplnenie skutkových podmienok stanovených v ust. § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (vo vzťahu k dodávateľovi, ktorý je v postavení uchádzača v konkrétnom verejnom obstarávaní), pričom z pohľadu zákona o verejnom obstarávaní nie je rozhodujúce, z akého zdroja sa verejný obstarávateľ o týchto skutočnostiach pôvodne dozvedel (napr. negatívna referencia). Znamená to, že nemusí ísť iba o „osobnú“ skúsenosť konkrétneho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ale dôvod na vylúčenie môže byť založený aj zákazkou, či koncesiou u iného verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.“

Nielen na základe osobnej negatívnej skúsenosti verejného obstarávateľa Mesta SENEČ, ale zároveň aj negatívnymi skúsenosťami iných verejných obstarávateľov v sledovanom období, sa komisia verejného obstarávateľa rozhodla pristúpiť k vylúčeniu uchádzača v súlade s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) ZVO.“

121. Z dôvodu prehľadnosti úrad pristúpi k rozdeleniu právneho posúdenia neuspokojivých referencií označených ako bod B1) a B2) námietok.

K bodu B1) námietok

Vo vzťahu k vystaveniu neuspokojivej referencie navrhovateľovi mestom Senec (kontrolovaným) v zákazke ČISTENIE ODPADOVÝCH VÔD V MESTE SENEČ – INTENZIFIKÁCIA A MODERNIZÁCIA JESTVUJÚCEJ ČOV MESTA SENEČ (ďalej len „Zákazka“) úrad uvádza, že referencia bola zverejnená na webovej stránke úradu v Evidencii

referencií dňa 04. 12. 2023, tzn. **po lehote na predkladanie ponúk** (22. 11. 2023). Trvanie plnenia je vymedzené od 04. 12. 2020 do 30. 05. 2023 s uvedením neuspokojivého hodnotenia kvality plnenia a skutočností, ktoré kontrolovaného viedli k vystaveniu tejto referencie. V referencii sa uvádza, že **nedošlo** k predčasnému ukončeniu zmluvy verejným obstarávateľom (kontrolovaným) z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa (navrhovateľa).

122. Navrhovateľ v nadväznosti na dátum vystavenia neuspokojivej referencie kontrolovaného v Evidencii referencií priložil ako prílohu námietok dôkazy, ktoré podľa neho preukazujú uspokojivý charakter plnenia, ktorého sa vystavená referencia týka, v nasledujúcom rozsahu:

- a) Referenčný list vystavený mestom Senec (kontrolovaný) pre zhotoviteľa XX v Zákazke, ktorého vedúcim členom je spoločnosť XX (navrhovateľ) datovaný k máju 2022. Zákazka bola realizovaná podľa tohto referenčného listu od 16. 12. 2020 do 16. 05. 2022. Primátor mesta Senec XX v tomto referenčnom liste vyhlásil, že potvrdzuje vykonanie všetkých prác v uspokojivej miere a v súlade s podmienkami zmluvy.
- b) Preberací protokol o odovzdaní a prevzatí verejnej práce č. 01-2022 k Zákazke s dátumom ukončenia preberacieho konania dňa 30. 05. 2022, podľa ktorého bolo dielo zrealizované v rozsahu Zmluvy o dielo č. XX zo dňa 04. 12. 2020 vrátane 3 dodatkov. Preberací protokol uvádza súpis drobných nedorobkov a nedostatkov zrejmých pri odovzdaní a prevzatí diela s dátumom ich odstránenia do 30. 06. 2022. V súvislosti s nedorobkami bolo vyčíslené zádržné vo výške 10 % z ceny diela bez DPH, t. j. 494 812,67 EUR. Záručná lehota pre stavebnú časť je uvedená 60 mesiacov do 30. 05. 2027 a pre technologickú časť 24 mesiacov do 30. 05. 2024.
- c) Záznam zo stavebného denníka zo dňa 25. 06. 2022, cit.: „

PROTOKOL

25. 6. 2022

ZOD číslo [REDACTED]

Číslo oznámenia 01-2022

SÚPIS DROBNÝCH NEDOROBKOV
ZREJMÝCH PRI ODOVZDANI A PREVZATÍ
DIELA.1. DOKONČIT TERÉNNÉ ÚPRAVY
VADA ODSTRANENÁ DŇA 24.6.20222. VYSPRAVIŤ NA NOVÝCH DOSADZOVACÍCH
NÁDRŽIACH HRANU.
VADA ODSTRANENÁ DŇA 24.6.20223. NA DN 0.2 NASTAVIŤ CHOD POJKYDU
VADA ODSTRANENÁ DŇA 24.6.20224. VYKONÁŤ ÚČLNU ODVOZ PREBYTOČNÉJ ZEMINY
Z DOČASNÉJ SKLADKY ZA AREÁLOM ČOV UVRADENIE
POSEMKOV DO PŮVODNÉHO STAVU.

STAV: NIE JE ZÁVADA

ZEMINA NEBRÁNI PLANOVOHODNOTNEMU
VYUŠŤOVANIU DIELA, S VLASTNÍKMI POSEMKOV
JE EXISTUJÚCA DOHODA O DOČASNOM
USKLADNENÍ ZEMINY.5. VYČISTIŤ IESTVUJÚCE KOMUNIKÁCIE VRÁTANE
UMYTIA KROVÁČIM VOZOM
VADA ODSTRANENÁ DŇA 24.6.20226. DOKONČIŤ VYČISTENIE SÚOZ VSTUPNÁ O. STAVBA
A PUĐOVA HRABLÍČ.
VADA ODSTRANENÁ DŇA 24.6.2022

DŇA 25.6.2022

- d) Žiadosť navrhovateľa o bezodkladné opravenie referencie vystavenej na portáli úradu zo dňa 20. 12. 2023, cit.:

„Vážený obchodný partner,

Dňa 04.12.2023 bola zverejnená na portáli UVO v evidencii referencií referencia obstarávateľa Mesta Senec na predmet referencie Čistenie odpadových vôd v meste Senec – intenzifikácia a modernizácia jestvujúcej ČOV mesta Senec s hodnotou zmluvy 3 788 333,33 EUR a hodnotením neuspokojivá. Vzhľadom k tomu, že takto zverejnená referencia je zavádzajúca, klamlivá a poškodzujúca dobré meno spoločnosti XX, žiadame o jej bezpodmienečnú opravu z nasledovných dôvodov:

Mesto Senec vyhlásilo verejné obstarávanie na predmet zákazky “ČISTENIE ODPADOVÝCH VÔD V MESTE SENEK – INTENZIFIKÁCIA A MODERNIZÁCIA JESTVUJÚCEJ ČOV MESTA SENEK“ v zmysle oznámenia č. 21475 – MSP uverejneného vo Vestníku č. 119/2020 dňa 04.06.2020. Na základe výsledkov verejného obstarávania verejný obstarávateľ uzatvoril so zhotoviteľom XX, ktorého tvorili okrem našej spoločnosti aj spoločnosť XX dňa 04.12.2020 zmluvu o dielo.

Hodnota zmluvy o dielo bola neskoršími dodatkami navýšená na celkovú sumu diela 4 948 126,74 EUR ktorá bola uvedená aj v Preberacom protokole o odovzdaní a prevzatí verejnej práce zo dňa 16.05.2023. Rovnaká suma bola uvedená aj na referenčnom liste zo 08.01.2023 Mesta Senec, v ktorom zároveň verejný obstarávateľ potvrdil vykonanie prác v uspokojivej miere a v súlade s podmienkami zmluvy.

Po riadnom dokončení a prebratí diela v zmysle zmluvy verejným obstarávateľom vykonala spoločnosť XX naviac práce, ktoré boli verejným obstarávateľom objednané iba ústne. Z dôvodu nepodpisania dodatkov neboli verejným obstarávateľom uhradené. Mesto Senec zavádzalo zhotoviteľa, že vybavuje financovanie prác z Ministerstva životného prostredia SR a Environmentálneho fondu a po obdržaní financií uhradí naviac práce zhotoviteľovi. Keďže Mesto Senec k dnešnému dňu dodatky nepodpísalo a neuhradilo práce, zhotoviteľ sa musel úhrady týchto naviac prác domáhať súdnou cestou. Predmetom súdneho sporu je úhrada prác naviac, ktoré boli realizované na základe ústnej objednávky a ktoré Objednávateľom neboli zaplatené. Celková výška nezaplatenej sumy mestom Senec je 1 071 033,42 EUR bez DPH.

Mesto Senec nie je oprávnené z titulu údajného neodovzdania naviac prác, ktoré neboli predmetom platne podpísanej zmluvy o dielo, vyvodzovať žiadne nároky a ani poškodzovať dobré meno Zhotoviteľa.

Keďže uvedenie nepravdivých informácií zo strany mesta na webovom portáli Úradu pre verejné obstarávanie s možnosťou poškodiť dobré meno zhotoviteľa pri súdnom spore mohlo naplňať skutkovú podstatu viacerých trestných činov, spoločnosť XX v tejto súvislosti podáva trestné oznámenie na primátora mesta, XX a súvisiace osoby.

S poukazom na uvedené skutočnosti spoločnosť XX dôrazne žiada Mesto Senec aby v zákonnej lehote od doručenia tejto žiadosti upravilo referenciu na uspokojivú, v opačnom prípade budeme nútení podať návrh na Úrad pre verejné obstarávanie na opravu zverejnenej nepravdivej referencie v súlade s preukázateľnými. Zároveň spoločnosť XX žiada o zverejnenie ospravedlnenia prostredníctvom tlače a oficiálneho portálu mesta Senec. V opačnom prípade budeme nútení hájiť naše práva a právom chránené záujmy právnou cestou.“

123. Kontrolovaný priložil ako prílohu vyjadrenia k podaným námietkam dokumenty súvisiace s vystavením neuspokojivej referencie navrhovateľovi:

- a) Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie pre spoločnosť XX (pozri bod 70 tohto rozhodnutia)
- b) Informácia k výške vzniknutej škody kontrolovaného, cit.:

„Dodávateľ diela XX v stanovenom termíne aj napriek opakovaným výzvam nedorobky, vady a nedostatky diela zistené počas preberacieho konania a následne počas lehoty na odstránenie vád neodstránil. Mesto Senec bolo nútené objednať si vykonanie ich odstránenia u iných zhotoviteľov, uhradilo ich vykonanie z vlastného rozpočtu a následne boli na základe súhlasného stanoviska Environmentálneho fondu zo dňa 30. 06. 2023 vykonané úhrady – refundácia prostriedkov vo výške celkom 244 821,30 EUR z časti dotácie – II. polovice zádržného.

Súčasne bolo na základe rozhodnutia z Environmentálneho fondu vykonané aj vrátenie dotačných prostriedkov vo výške: 28 479,24 EUR s DPH. Jednalo sa o stavebné práce v stavebnom objekte SO 44 Vnútorne cesty, ktoré boli zhotoviteľom nezrealizované.“

124. Úrad pre komplexnosť informácií uvádza, že predmet Zákazky bol realizovaný na základe Zmluvy o dielo č. XX zo dňa 04. 12. 2020 vrátane Dodatku č. 1 zo dňa 19. 02. 2021, Dodatku č. 2 zo dňa 12. 05. 2021, Dodatku č. 3 zo dňa 11. 03. 2022, Dodatku č. 4 zo dňa 14. 06. 2022 a Dodatku č. 5 zo dňa 28. 07. 2022. Vo vzťahu k predloženým dôkazom zo strany kontrolovaného a navrhovateľa úrad v prvom rade sumarizuje časový rámec, ktorý nastal v prípade vystavenia neuspokojivej referencie v Zákazke. Podľa údajov uvedených vo vystavenej referencii č. XX kontrolovaným na webovom sídle úradu bola Zákazka realizovaná v trvaní od 04. 12. 2020 do 30. 05. 2023 s hodnotením plnenia ako neuspokojivé, k predčasnému ukončeniu zmluvy verejným obstarávateľom z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa podľa tejto referencie nedošlo a podľa bodu 5.2 tejto referencie bola referencia vyhotovená dňa 18. 09. 2023 bez zverejnenia na stránke úradu. Referenčný list vystavený kontrolovaným potvrdzujúci vykonanie prác v uspokojivej miere a v súlade s podmienkami zmluvy je datovaný **k máju 2022**, pričom uvádza obdobie realizácie od 16. 12. 2020 do 16. 05. 2022 s dátumom konečného odovzdania diela **16. 05. 2022**. Preberací protokol o odovzdaní a prevzatí verejnej práce uvádza dátum ukončenia preberacieho konania **30. 05. 2022** s termínom odstránenia vád a nedorobkov do 30. 06. 2022 a s ich odstránením súvisiaceho zádržného vo výške 10 % z ceny diela bez DPH, t. j. 494 812,67 EUR. Z kópie strany stavebného denníka č. 007490 je zrejмый opis stavu odstránenia jednotlivých vád k 25. 06. 2022 podpísanej stavbyvedúcim XX. Lehota na predkladanie ponúk v tejto verejnej súťaži bola stanovená na dátum 22. 11. 2023. Referencia k zákazke bola zverejnená kontrolovaným v Evidencii referencií na stránke úradu dňa **04. 12. 2023**. Úrad uvádza, že

kontrolovaný zverejnil v Evidencii referencií ďalšie dve referencie k Zákazke dňa 10. 01. 2024 a 24. 01. 2024. Nakoľko je zrejmé, že tieto referencie boli zverejnené na stránke úradu po dátume doručenia námietky navrhovateľa, úrad nebude právne posudzovať náležitosti ich obsahu.

125. Úrad v prvom rade vyslovuje názor k samotnému postupu kontrolovaného, ktorý vylúčil navrhovateľa aj z dôvodu vlastnej negatívnej skúsenosti pri plnení Zákazky. Úrad uvádza, že ustanovenie § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktorého aplikáciou kontrolovaný navrhovateľ vylúčil, umožňuje vylúčiť uchádzača alebo záujemcu **kedykoľvek počas verejného obstarávania** pri naplnení jedného z dôvodov a to, že sa v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia alebo preukázateľného začatia verejného obstarávania dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku **čoho verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy alebo mu bola spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma**. Atomizáciou predmetného ustanovenia zistíme, že normotvorca v ňom zakotvuje dve skutkové podstaty vylúčenia, a to, že v predchádzajúcich troch rokoch od vyhlásenia alebo preukázateľného začatia verejného obstarávania sa uchádzač alebo záujemca
- a) dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku čoho verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy;
 - b) dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku čoho bola verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma.
126. Úrad poukazuje na dôvodovú správu k ustanoveniu § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý ustanovuje nové, fakultatívne, dôvody vylúčenia, cit.: „*Novo koncipovaným dôvodom vylúčenia je úprava v písmene a), ktorá je explicitne zameraná na nepoctivých dodávateľov, ktorí sa v rámci zmluvného plnenia zákazky alebo koncesie dopustili závažného porušenia zmluvných povinností, v dôsledku, ktorých verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy, alebo, v dôsledku ktorých bola verejnému obstarávateľovi spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma (napr. ujma na živote alebo zdraví). Cieľom navrhovanej úpravy je poskytnúť verejným obstarávateľom pri uplatňovaní týchto dôvodov vylúčenia väčšiu mieru flexibility a to predovšetkým v konfrontácii s dodávateľmi, ktorí sa dopustili závažného porušenia zmluvných povinností.*“
127. Úrad poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 8633-5000/2022 zo dňa 27. 06. 2022, kde je vo vzťahu k aplikácii ustanovenia § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní akcentovaná aj požiadavka na to, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ dôvod vylúčenia dostatočne preukázal, cit.: „*Cieľom dôvodu na vylúčenie, ktorý je zakotvený v ust. § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je teda ochrana verejného obstarávateľa pred dodávateľmi, ktorí si neplnia svoje povinnosti vyplývajúce z uzavretých záväzkov a majú tak negatívny dopad na verejného obstarávateľa. Máme za to, že cieľom predmetného ustanovenia je poskytnúť „generálnu ochranu“, t.j. ochranu všetkým verejným obstarávateľom, ktorí by sa mohli potenciálne dostať do „kontaktu“ s nepoctivými dodávateľmi počas priebehu procesu*

verejného obstarávania.³ Predmetné ustanovenia bude môcť aplikovať každý verejný obstarávateľ, ktorý **vie dostatočne preukázať** naplnenie skutkových podmienok stanovených v ust. § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (vo vzťahu k dodávateľovi, ktorý je v postavení uchádzača v konkrétnom verejnom obstarávaní), pričom z pohľadu zákona o verejnom obstarávaní nie je rozhodujúce, z akého zdroja sa verejný obstarávateľ o týchto skutočnostiach pôvodne dozvedel (napr. negatívna referencia). Znamená to, že nemusí ísť iba o „osobnú“ skúsenosť konkrétneho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ale dôvod na vylúčenie môže byť založený aj zákazkou, či koncesiou u iného verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Dávame do pozornosti, že vzhľadom na to, že vylúčenie považuje zákon o verejnom obstarávaní za najzávažnejší zásah do práv záujemcu, resp. uchádzača **je nevyhnutné, aby boli predmetné dôkazy súčasťou dokumentácie, ktorú vedie verejný obstarávateľ k procesu verejného obstarávania**. Zároveň dávame do pozornosti, že uchádzač alebo záujemca môže prejavíť snahu o aplikáciu ust. § 40 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré upravuje tzv. samoočisťovací mechanizmus. “

128. Kontrolovaný založil vylúčenie navrhovateľa vo vzťahu k plneniu deklarovaného v referencii mesta Senec práve na druhej spomínanej skutkovej podstate, keď len stručne uviedol v Oznámení o vylúčení, cit.: „(...) Jednou z neuspokojivých referencií voči Vašej spoločnosti, je aj referencia samotného verejného obstarávateľa Mesta Senec, ktorému pri realizácii diela „Čistenie odpadových vôd v meste Senec“, vzniklo množstvo obštrukcií, problémov, **až k vzniku škody v hodnote 244.821,30 EUR**.(...)“. Dodatočné odôvodnenie tohto vylúčenia kontrolovaný uvádza až vo vyjadrení k námietkam (pozri bod 70 tohto rozhodnutia), voči ktorému sa navrhovateľ nemá možnosť v konaní o preskúmaní kontrolovaného na základe námietok vyjadriť a predložiť dôkazy. Zároveň však netreba opomenúť, že ustanovenie § 40 ods. 9 in fine zákona o verejnom obstarávaní deklaruje, ako má hospodársky subjekt postupovať ak sa na neho vzťahuje takýto dôvod na vylúčenie, cit.: „Ak skutočnosti zakladajúce nesplnenie podmienky účasti alebo dôvodu na vylúčenie podľa prvej vety **nastali pred uplynutím lehoty na predkladanie žiadostí o účasť alebo ponúk**, záujemca uvedie opatrenia na vykonanie nápravy podľa prvej vety v žiadosti o účasť a uchádzač v ponuke. “ Z podkladu skutkového stavu a uvedeného časového rámca vystavenia neuspokojivej referencie kontrolovaného je zrejmé, že **navrhovateľ nemohol vo svojej ponuke uviesť opatrenia na vykonanie nápravy**, keď v čase predloženia ponuky (t. j. dňa 22. 11. 2023) nevedel, že bude disponovať takouto referenciou, ktorá zakladá možný dôvod jeho vylúčenia z verejnej súťaže (zverejnená až 04. 12. 2023). Úrad dáva na zreteľ, že samozrejme nevyčíta vystavenie referencie ohľadne zákazky obstaranej v inom verejnom obstarávaní po lehote na predkladanie ponúk v tomto verejnom obstarávaní, kde vystupuje obchodná spoločnosť (navrhovateľ), ktorej sa negatívna referencia týka. Išlo by o neudržateľný záver, pretože úrad by v takom prípade nezmyselne vyčítal, že vystavenie referencie k zákazke obstaranej v inom verejnom obstarávaní, je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní z dôvodu, že v inom verejnom obstarávaní mu rovnaký dodávateľ (ako ten, s ktorým je nespokojný v zákazke obstaranej v inom verejnom obstarávaní) predložil ponuku a uplynula v tomto verejnom obstarávaní lehota na predkladanie ponúk. V zásade by mohlo ísť o nezmyselnú situáciu, že splnením povinnosti kontrolovaného v podobe vystavenia referencie v lehote určenej ustanovením § 12 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní by bolo v rozpore so zákonom, ak by k jej vystaveniu došlo po uplynutí

³ obdobným spôsobom je konštruované aj znenie čl. 57 ods. 4 písm. g) smernice 2014/24/EÚ, k čomu súčasne pozri aj bod 101 jej preambuly

lehoty na predkladanie ponúk v úplne inom verejnom obstarávaní s rovnakým dodávateľom, ktorému je vystavovaná negatívna referencia. Úrad zámerné uvádza, že vyššie uvedené hľadisko vystavenia referencie posudzované v tomto revíznom konaní nie je dôvodom, prečo považuje postup kontrolovaného v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. Podľa názoru úradu kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní tým, že zo strany kontrolovaného mohla byť vyššie popísaná situácia „sanovaná“ prostredníctvom inštitútu žiadosti o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pretože navrhovateľova možnosť brániť sa voči negatívnej referencii vo vyššie popísanej situácii je značne limitovaná, a to z dôvodu, že zo zákona o verejnom obstarávaní explicitne nevyplýva, že by mal kontrolovaný čakať do času, kým úrad rozhodne o spornej referencii podľa § 12 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní. V uvedenom prípade zároveň nastala nepredvídateľnosť procesu zo strany kontrolovaného, keď navrhovateľ v čase predkladania ponuky do verejnej súťaže disponoval referenčným listom potvrdzujúcim uspokojivú mieru vykonaných prác, ale kontrolovaný po lehote na predkladanie ponúk pôvodne pozitívnu referenciu zmenil na negatívnu, pričom navrhovateľovi neposkytol možnosť brániť sa (proporcionalita). Zákonodarcu ustanovuje v § 12 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní procesy nápravy, ktoré oprávňujú dodávateľa (v danom prípade navrhovateľa) požiadať verejného obstarávateľa (v danom prípade kontrolovaného) o úpravu referencie, ak nezodpovedá skutočnému stavu, a to do 3 mesiacov odo dňa zápisu referencie do evidencie referencií. **Úrad konštatuje, že kontrolovaný vo vzťahu k vystaveniu neuspokojivej referencie po lehote na predkladanie ponúk a vylúčenia navrhovateľa na podklade tejto referencie nepostupoval v súlade s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keď neuplatnil vo vzťahu k navrhovateľovi žiadosť o vysvetlenie, čím porušil základný princíp transparentnosti a princíp proporcionality podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.**

129. Postupu kontrolovaného nemožno vytknúť len neuplatnenie inštitútu vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní so zreteľom na skutočnosti popísané v predchádzajúcej časti tohto rozhodnutia, ale úkon kontrolovaného – Oznámenie o vylúčení, ktoré založil na vzniku škody v hodnote 244 821,30 EUR, vykazuje aj prvky nepreskúmateľnosti. Nemožno akceptovať, že navrhovateľ je z tohto dôvodu vylúčený len na základe strohej informácie o vzniku škody v hodnote 244 821,30 EUR bez toho, aby tento záver bol podporený relevantnými dôkazmi, a to aj v situácii, ak ide o fakultatívny dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Už spomínané metodické usmernenie úradu č. 8633-5000/2022 zo dňa 27. 06. 2022 v tejto súvislosti uvádza, cit.: „*Predmetné ustanovenia bude môcť aplikovať každý verejný obstarávateľ, ktorý vie dostatočne preukázať naplnenie skutkových podmienok stanovených v ust. § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (...)*“.
130. Vzhľadom na uvedené vylúčenie navrhovateľa úrad konštatuje, že vylúčenie musí byť založené na základe riadne preskúmaného skutkového stavu, za použitia nesporných dôkazných prostriedkov a takýto postup verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa nemôže vzbudzovať žiadne pochybnosti o jeho správnosti. Prípustné je len také vylúčenie, ktoré je v súlade s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. V intenciách vyššie uvedeného úrad poukazuje na princíp transparentnosti zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého zmyslom je, aby všetky úkony a postupy verejných obstarávateľov vykonávané v procese verejného obstarávania mohli podliehať kontrole, a to tak samotnými záujemcami a uchádzačmi, ako aj neustranným orgánom

disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa. Krajský súd v Bratislave v rozsudku č. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 09. 2011 judikoval, že vyššie uvedená kontrola má právnu oporu v zakotvení zásady transparentnosti, ktorá zabezpečuje, aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom, pretože transparentnosť procesu zadávania zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. Dodržiavanie zásady transparentnosti verejným obstarávateľom je teda jedným zo základných predpokladov dosiahnutia účelu verejného obstarávania a jej nedodržaním dochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti úrad uvádza, že k porušeniu zásady transparentnosti môže v procese zadávania verejnej zákazky dôjsť v tom prípade, ak by sa v postupoch verejného obstarávateľa vyskytovali také prvky, ktoré by verejné obstarávanie robili nekontrolovateľným, horšie kontrolovateľným, nečitateľným alebo neprehľadným, prípadne prvky, ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov verejného obstarávateľa. Princíp transparentnosti vo verejnom obstarávaní totiž vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal prehľadným a predvídateľným spôsobom, aby sa tak zaručila absencia svojvoľného konania zo strany verejného obstarávateľa. Platí, že v súlade s princípom transparentnosti musí byť akýkoľvek úkon verejného obstarávateľa vykonaný v súvislosti so zadávaním zákazky preskúmateľný, a to jednak zo strany úradu, ako aj zo strany samotných uchádzačov.

131. Úrad pristúpil k preskúmaniu dokumentácie kontrolovaného a dôkazov doručených navrhovateľom a uvádza, že z Preberacieho protokolu č. 01 - 2022 vyplýva, že dielo bolo zrealizované v rozsahu Zmluvy o dielo č. XX zo dňa 04. 12. 2020 s uvedením súpisu drobných nedorobkov a nedostatkov zrejmych pri odovzdaní a prevzatí diela. Preberací protokol uvádza v nadväznosti na odstránenie nedorobkov vyčíslenie zádržného vo výške 494 812,67 EUR. V neuspokojivej referencii zverejnenej dňa 04. 12. 2023 kontrolovaný uviedol, cit.: „(...) *Mesto Senec pre neplnenie povinnosti ZOD bolo nútené objednať si práce potrebné na odstránenie vás a nedorobkov u iných dodávateľov a **náklady si uplatniť zo zádržného*** (...)“. Zároveň v liste kontrolovaného vo veci vyčíslenia sumy nevykonaných prác zo dňa 21. 12. 2023 uviedol, cit.: „*Mesto Senec bolo nútené objednať si vykonanie ich odstránenia u iných zhotoviteľov, **uhradilo ich vykonanie z vlastného rozpočtu a následne boli na základe súhlasného stanoviska Environmentálneho fondu zo dňa 30. 06. 2023 vykonané úhrady – refundácia prostriedkov vo výške celkom 244 821,30 EUR s časti dotácie – II. polovice zádržného***. Súčasne bolo na základe rozhodnutia z Environmentálneho fondu vykonané aj vrátenie dotačných prostriedkov vo výške: 28 479,24 EUR s DPH. Jednalo sa o stavebné práce v stavebnom objekte SO 44 Vnútorne cesty, ktoré boli zhotoviteľom nezrealizované.“ V kontexte uvedeného dopĺňa úrad textáciu navrhovateľa zo žiadosti o bezodkladné opravenie referencie zo dňa 20. 12. 2023 adresovanej kontrolovanému, cit.: „(...) *Po riadnom dokončení a prebratí diela v zmysle zmluvy verejným obstarávateľom vykonala spoločnosť XX naviac práce, ktoré boli verejným obstarávateľom objednané iba ústne. Z dôvodu nepodpisania dodatkov neboli verejným obstarávateľom uhradené. Mesto Senec zavádzalo zhotoviteľa, že vybavuje financovanie prác z Ministerstva životného prostredia SR a Environmentálneho fondu a po obdržaní financií uhradí naviac práce zhotoviteľovi. Keďže Mesto Senec k dnešnému dňu dodatky nepodpisalo a neuhradilo práce, zhotoviteľ sa musel úhrady týchto naviac prác domáhať súdnou cestou. **Predmetom súdneho sporu je úhrada prác naviac, ktoré boli realizované na základe ústnej objednávky a ktoré objednávatelom neboli zaplatené. Celková výška nezaplatenej sumy mestom Senec je 1 071 033,42 EUR bez DPH.***“ K navrhovateľom

spomenutému neuzatvoreniu dodatkov zo strany kontrolovaného sa kontrolovaný vyjadril v dokumente Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie, cit.: „*Mesto Senec k uzatvoreniu dodatkov nepristúpilo, nakoľko cena za dielo zahŕňala aj prípadnú infláciu cien a aj práce navyše, čo vyplýva aj zo Zmluvy o dielo podľa ktorej: „ak nie je v zmluve uvedené inak, pokrýva prijatá cena stavby všetky záväzky zhotoviteľa podľa Zmluvy o dielo (vrátane cien nepredvídateľných nákladov, ak existujú) a všetky veci potrebné pre správnu realizáciu a dokončenie stavby a odstránenie všetkých väd“.* Keď Mesto Senec odmietlo uzatvoriť uvedené dodatky spoločnosť XX začala počas vykonávania komplexných skúšok zhotoveného diela – ČOV Senec robiť obštrukcie, ktoré spočívali v nižšie opísaných skutočnostiach: - Spoločnosť XX odmietla odovzdať podklady k uvedeniu diela do skúšobnej prevádzky, čím spôsobila mestu problémy pri kolaudácii diela, (...).“ Úrad uvádza, že nedisponuje dôkazmi, na ktoré sa kontrolovaný odvoláva v liste Odôvodnenie k vystaveniu negatívnej referencie pre spoločnosť XX. Z predložených dokladov je zrejmé, že kontrolovaný v máji 2022 vystavil navrhovateľovi v uvedenej zákazke uspokojivú referenciu (bod 122 a), pričom problémy, ktoré ho údajne viedli k zmene referencie nastali až po prevzatí diela, resp. po dátume ukončenia preberacieho konania dňa 30. 05. 2022 podľa Preberacieho protokolu o odovzdaní a prevzatí verejnej práce č. 01- 2022. Úrad nepopiera, že dodatočne môže dôjsť k zmene pôvodne pozitívnej referencie na negatívnu a takúto zmenu nemožno považovať za rozpor s princípom transparentnosti, ale len za predpokladu, že takáto zmena je podložená relevantnými dôkazmi, ktoré nevzbudzujú pochybnosti o závere kontrolovaného, že mu bola spôsobená škoda v hodnote 244 821,30 EUR. Úrad nepopiera, že eventuálne mohlo dôjsť k vzniku tejto škody, resp. že do istého času nebolo možné konanie navrhovateľa považovať za podstatné porušenie zmluvných povinností, v dôsledku ktorých bola kontrolovanému spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma. Napríklad dodávateľ si môže riadne plniť svoje povinnosti počas výstavby určitého funkčného celku a až v rámci stavebných prác na ďalšom funkčnom celku začne dodávateľ podstatne porušovať zmluvné povinnosti. Rovnako môže nastať situácia, že aj po protokolárnom odovzdaní diela sa v rámci záručnej doby dodatočne zistí, že došlo k podstatnému porušeniu zmluvných povinností, v dôsledku čoho vznikla verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi závažná škoda alebo iná závažná ujma. S možnosťou zmeny referencie počíta aj normotvorca v ustanovení § 12 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého ak počas záručnej doby k dodanému plneniu dôjde **k zmene skutočností podľa odseku 2** vo vzťahu k už zapísanej referencii, verejný obstarávateľ a obstarávateľ vykonajú zmenu v referencii; na zmenu v referencii sa použijú ustanovenia odsekov 4 a 5 primerane. Predmetné ustanovenie odkazuje na ustanovenie § 12 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý vo výpočte obligatórnych náležitostí referencie (okrem iného) uvádza v písm. h) aj hodnotenie plnenia, najmä hodnotenie, či plnenie bolo dodané v rozsahu, kvalite a spôsobom podľa zmluvy alebo koncesnej zmluvy a či celkovo bolo uspokojivé alebo neuspokojivé. To znamená, že samotný zákonodarca počíta s možnosťou zmeny referencie z pozitívnej na negatívnu, a *vice versa*. Úrad v tomto revíznom konaní teda nespochybňuje, že eventuálne mohlo dôjsť k podstatnému porušeniu zmluvných povinností, v dôsledku ktorých bola kontrolovanému spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma (t. j. dodatočne kontrolovaný môže uniesť dôkazné bremeno), ale spochybňuje to, že nemá za preukázané a podložené relevantnými dôkazmi, že bola „spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma“ v dôsledku podstatného porušenia zmluvných povinností. Práve naopak, niektoré skutočnosti vyvolávajú pochybnosti (jednoznačný záver nemožno vysloviť z dôvodu absencie dôkazov, ktoré činia úkon kontrolovaného nepreskúmateľným), či navrhovateľovi možno skutočne prísúdiť vznik škody vo výške 244 821,30 EUR a či v skutočnosti nejaká

škoda bola kontrolovanému spôsobená. Napríklad v neuspokojivej referencii zo dňa 04. 12. 2023 kontrolovaný spomína, že si uplatnil zádržné a zároveň v liste vo veci vyčíslenia sumy nevykonaných prác zo dňa 21. 12. 2023 kontrolovaný tvrdí, že nedorobky, nedostatky a vady diela si objednal u iných dodávateľov a že ich vykonanie uhradilo z vlastného rozpočtu a následne boli na základe súhlasného stanoviska Environmentálneho fondu zo dňa **30. 06. 2023 vykonané úhrady – refundácia prostriedkov vo výške celkom 244 821,30 EUR s časti dotácie – II. polovice zádržného**. Ak došlo k refundácii týchto nákladov, resp. uplatneniu zádržného, tieto skutočnosti vyvolávajú pochybnosti o tom, že na strane kontrolovaného bola „spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma“, čo úrad nespochybňuje, že mohlo nastať, ale túto skutočnosť treba podložiť relevantnými dôkazmi. Rovnako ak kontrolovaný tvrdí, že bol nútený si objednať práce u iných dodávateľov (t. j. tie práce, ktoré mal údajne vykonať navrhovateľ a nevykonali ich), tieto skutočnosti taktiež treba mať podložené dôkazmi pre vyslovenie záveru o spôsobení závažnej škody alebo inej závažnej ujmy podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. V prípade, že kontrolovaný na podklade dôkazov dostatočným spôsobom preukáže, že k takej škode došlo a za akých okolností, resp. odôvodní, aké konkrétne skutočnosti ho viedli k zmene pôvodne pozitívnej referencie na negatívnu referenciu, až potom úrad môže konštatovať súladnosť postupu kontrolovaného s ustanovením § 40 ods. 8 písm. a) v spojitosti s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (konkrétne princípom transparentnosti a proporcionality).

132. **Úrad vyslovuje záver, že kontrolovaný svoje odôvodnenie zakladá na skutočnostiach, ktorých skutkovú podstatu úrad nemá za preukázanú, nakoľko týmito dokumentami nedisponuje. Na podklade preskúmania dostupnej dokumentácie úrad nemá za preukázané, že došlo na strane kontrolovaného ku závažnej škode alebo mu bola spôsobená iná závažná ujma.** Úrad uvádza, že v prípade, ak by závažná škoda vznikla a bola kontrolovaným vyčíslená, podľa predloženej dokumentácie kontrolovaného bola vzniknutá škoda následne refundovaná z Environmentálneho fondu (bod 123 b), resp. je sporné, či kontrolovaný použil v danom prípade vlastné zdroje alebo zádržné na financovanie vzniknutej škody. **Úrad konštatuje, že v namietanej veci existuje dôkazná núdza (tzv. tvrdenie proti tvrdeniu), v dôsledku ktorej nie je možné vyjadriť záver, či bol naplnený fakultatívny dôvod vylúčenia navrhovateľa a preto považuje konanie kontrolovaného v tejto časti za nepreskúmateľné a neproporcionálne.**
133. So zreteľom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že kontrolovaný **porušil ustanovenie § 10 ods. 2 (princíp transparentnosti a proporcionality), § 24 ods. 1 (prvá veta), § 40 ods. 4 v spojitosti s § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní** tým, že:
- predčasne vylúčil navrhovateľa a neuplatnil žiadosť o vysvetlenie ponuky v situácii, keď navrhovateľ nemal možnosť vyjadriť sa k negatívnej referencii (pred lehotou na predkladanie ponúk pozitívna referencia), resp. keď navrhovateľ v čase predloženia ponuky (t. j. dňa 22. 11. 2023) nevedel, že bude disponovať takouto referenciou, ktorá zakladá možný dôvod jeho vylúčenia z verejnej súťaže (zverejnená až 04. 12. 2023);
 - preskúmateľným spôsobom nezachytil a dostatočne dôkazmi nepreukázal, že navrhovateľ podstatne porušil zmluvné povinnosti, v dôsledku čoho bola kontrolovanému spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma,
- a preto úrad považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za **opodstatnené**.

K bodu B2) námietok

134. Vo vzťahu k vystaveniu neuspokojivej referencie UNB v zákazke Rekonštrukcia ČOV úrad uvádza, že referencia bola zverejnená na webovej stránke úradu v Evidencii referencií dňa 05. 10. 2023, **tzn. pred lehotou na predkladanie ponúk (22. 11. 2023)**. Trvanie plnenia zákazky je vymedzené od 19. 08. 2022 do 31. 08. 2023 s uvedením neuspokojivého hodnotenia kvality plnenia a skutočností. V referencii sa uvádza, že došlo k predčasnému ukončeniu zmluvy verejným obstarávateľom (UNB) z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa (navrhovateľa). V odôvodnení k vystaveniu neuspokojivej referencie verejný obstarávateľ (UNB) uviedol, cit.: „

(...)

XX ako zhotoviteľ svojím prístupom k tomuto dielu jednoznačne nepreukázal, že:

- *je spoločnosťou, ktorá je odborne spôsobilá na uskutočnenie stavebných prác a technologicky, technicky a personálne pripravená na realizáciu stavebných prác,*
- *že sa plne oboznámil s rozsahom a povahou predmetu diela a správne vyhodnotil a ocenil všetky práce,*
- *sa oboznámil so zadáním a všetkou relevantnou dokumentáciou,*
- *preveril miestne podmienky,*
- *má dostatok odborných predpokladov a skúseností potrebných na realizáciu diela,*
- *má záujem dielo realizovať k spokojnosti zhotoviteľa v zmysle uzavretej zmluvy,*
- *disponuje dostatkom pracovníkov k zazmluvnému objemu prác*

Ku 24.10. 2022 (2 mesiace od začatia prác a mesiac pred ukončením prác) :

- *zhotoviteľ nepredložil k odsúhlaseniu žiadneho subdodávateľa*
- *zmluvný stavbyvedúci sa nezúčastňoval kontrolných dní (okrem 1.KD)*
- *POV (plán organizácie výstavby) bol predložený na schválenie 13.10.2022*
- *disponoval 3-5 pracovníkmi na stavbe*
- *bol pravidelne upozorňovaný Objednávateľom na porušovanie zmluvy – viď zápisy v stavebnom denníku*

Zhotoviteľ bol viackrát penalizovaný

- *za porušenie BOZP,*
- *za nedodržanie dojednaných zmluvných podmienok*

Zhotoviteľ

- *listom z 03.03.2023 ukončil práce ku koncu februára 2023*
- *dňa 23.5.2023 prevzal od UNB súpis vykonaných prác so stavebným dozorom odsúhlasenými položkami zaslaným UNB e-mailom a poštou 28.04.2023*
- *ku dňu 25.09.2023 napriek opätovným výzvam neodviezol a neprevzal nezabudovaný materiál a nezlikvidoval stavebný odpad zo staveniska*
- *ku dňu 25.09.2023 neodovzdal dielo, napriek výzvam na odovzdanie diela*
- *nevystavil odovzdávací/preberací protokol v súlade so ZoD*
- *nevystavil faktúru (v poradí druhú) v súlade s odsúhlaseným súpisom vykonaných prác“*

135. Navrhovateľ v nadväznosti na vylúčenie jeho ponuky z verejnej súťaže v dôsledku neuspokojivej referencie vystavenej UNB v Evidencii referencií priložil ako prílohu námietok dokumenty k vysvetleniu skutkového stavu v nasledujúcom rozsahu:

- a) Upozornenie na porušenie povinnosti zo zmluvy o dielo č. XX a výzva na splnenie povinností v dodatočnej primeranej lehote zo dňa 03. 03. 2023, cit.:

„Vážený obchodný partner,

spoločnosť XX, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu XX, oddiel: Sro, Vložka č.:XX ako zhotoviteľ a UNIVERZITNÁ NEMOCNICA BRATISLAVA, Pažitková 4, 821 01 Bratislava, IČO: 31 813 861 ako objednávateľ uzavreli zmluvu o dielo č. XX zo dňa 19.08.2022 v znení dodatku č. 1 na vykonanie diela s názvom „Kompletná rekonštrukcia elektroinštalácií a opravy fasády, atiky a okien na ČOV“ (ďalej aj ako „Zmluva o dielo“).

(...)

Z dôvodu omeškania objednávateľa s poskytnutím riadnej súčinnosti nevyhnutnej na vykonávanie diela v súvislosti so schválením zmeny zmluvy o dielo (...) spoločnosť XX týmto ako zhotoviteľ v súlade s čl. XIII. ods. 5 Zmluvy o dielo vyzýva objednávateľa na splnenie povinnosti poskytnúť súčinnosť a na dosiahnutie dohody o zmene diela a Zmluvy o dielo v dodatočnej primeranej lehote 15 dní od doručenia tejto výzvy.

(...)

*Podľa ustanovenia § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka zhotoviteľ pri poskytnutí dodatočnej primeranej lehoty vyhlasuje, že **ak objednávateľ nesplní povinnosť poskytnúť súčinnosť vo vzťahu k schváleniu zmeny zmluvy o dielo (...) a vo vzťahu k odsúhlaseniu súpisu vykonaných prác za mesiac január 2023 v dodatočnej lehote a nedôjde v poskytnutej dodatočnej primeranej lehote k dohode o zmene zmluvy podľa predložených zmenových listov č. 20, 21, 23, 24, 25, 26 a 27, zhotoviteľ v súlade s ustanovením § 344 a nasl. § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka a čl. XIII. ods. 1 písm. c) Zmluvy o dielo odstúpuje od Zmluvy o dielo č. XX zo dňa 19.08.2022. Podľa § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka nastávajú účinky odstúpenia márnym uplynutím poskytnutej lehoty. Podľa § 351 ods. 1 Obchodného zákonníka odstúpením od zmluvy zanikajú všetky práva a povinnosti strán zo Zmluvy o dielo v časti zaniknutého záväzku.***

- b) Oznámenie o nadobudnutí účinkov odstúpenia od zmluvy o dielo č. XX zo dňa 21. 03. 2023, cit.:

„Vážený obchodný partner,

spoločnosť XX, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu XX, oddiel: Sro, Vložka č.:XX ako zhotoviteľ a UNIVERZITNÁ NEMOCNICA BRATISLAVA, Pažitková 4, 821 01 Bratislava, IČO: 31 813 861 ako objednávateľ uzavreli zmluvu o dielo č. XX zo dňa 19.08.2022 v znení dodatku č. 1 na vykonanie diela s názvom „Kompletná rekonštrukcia elektroinštalácií a opravy fasády, atiky a okien na ČOV“ (ďalej aj ako „Zmluva o dielo“).

Listom zo dňa 03.03.2023, doručeným objednávateľovi dňa 03.03.2023, upozornil zhotoviteľ objednávateľa na porušenie povinností zo Zmluvy o dielo a vyzval objednávateľa na splnenie povinností v dodatočnej primeranej lehote 15 dní od doručenia výzvy. Súčasne podľa ustanovenia § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka zhotoviteľ pri poskytnutí dodatočnej primeranej lehoty vyhlásil, že ak objednávateľ nesplní povinnosť v dodatočnej lehote, zhotoviteľ v súlade s ustanovením § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka a čl. XIII. ods. 1 písm. c) Zmluvy o dielo odstupuje od Zmluvy o dielo. Podľa § 350 ods. 2 Obchodného zákonníka nastávajú účinky odstúpenia márnym uplynutím poskytnutej lehoty.

V dodatočnej poskytnutej lehote do 18.03.2023 nedošlo zo strany objednávateľa k splneniu povinností. **Z tohto dôvodu nastali účinky odstúpenia od Zmluvy o dielo dňa 19.03.2023 a dňom 19.03.2023 došlo k zániku Zmluvy o dielo.**

(...)

Zhotoviteľ dáva do pozornosti skutočnosť, že má nad'alej záujem doriešiť vec dohodou a na tieto účely poslal návrh dohody.“

- c) Oznámenie o prechode pohľadávok na kupujúceho (podľa ustanovenia § 477 ods. 4 Obchodného zákonníka) zo dňa 01. 06. 2023, cit.:

„Spoločnosť XX, spoločnosť je zapísaná v OR MS XX, odd. Sro, vložka č. XX Vám týmto oznamuje, že na základe zmluvy o predaji časti podniku medzi spoločnosťou XX ako predávajúcim a spoločnosťou XX, spoločnosť je zapísaná v OR MS XX, odd. Sro, vložka č. XX ako kupujúcim došlo k predaji časti podniku.

Predajom časti podniku na základe vyššie uvedenej zmluvy o predaji časti podniku došlo v súlade s ustanovením § 477 ods. 1 Obchodného zákonníka dňa 01.06.2023 k prechodu všetkých práv a záväzkov spoločnosti XX súvisiacich s rekonštrukciou ČOV v areáli UNB Nemocnice akad. L. Dédera, Limbová 5, Bratislava na spoločnosť XX, vrátane pohľadávok predávajúceho voči Univerzitnej nemocnici Bratislava zo zmluvy o dielo č. XX. Z dôvodu zákazu postúpenia pohľadávok bez súhlasu dlžníka Univerzitná nemocnica Bratislava neprechádza na kupujúceho pohľadávka, na ktorú sa vzťahuje zákaz postúpenia.

Vzhľadom na uvedenú skutočnosť Vás týmto informujeme a žiadame, aby ste všetky Vaše zvyšné záväzky, ktoré máte voči spoločnosti XX zo vzájomných obchodných vzťahov plnili spoločnosti XX ako novému veriteľovi.“

136. Úrad v nadväznosti na posúdenie časti námietok B1) uvádza textáciu z Oznámenia o vylúčení, cit.: „Ďalšou neuspokojivou referenciou vedúcou k predčasnému ukončeniu zmluvy je aj referencia verejného obstarávateľa Univerzitnej nemocnice Bratislava, zákazka: Rekonštrukcia ČOV v areáli UNB Nemocnice, akad.L.Dédera, Bratislava, ktorá vyústila k predčasnému ukončeniu zmluvy verejným obstarávateľom z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa, ktoré je veľmi podrobne popísané v samotnej referencii. “
137. Úrad v tejto časti námietky (neuspokojivej referencie UNB) rovnako ako pri časti námietky B1) skúmal, či bol naplnený legitímny dôvod pre vylúčenie navrhovateľa v zmysle § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad na úvod konštatuje, že z referencie UNB zverejnenej na webovom sídle úradu dňa 05. 10. 2023 vyplýva, cit.: „Predčasné ukončenie

*zmluvy, koncesnej zmluvy verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa: **Áno***". Úrad pre komplexnosť skutkovej podstaty uvádza, že verejná súťaž bola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 10. 2023, tzn. že referencia bola zverejnená pred vyhlásením tohto verejného obstarávania. Ako už úrad poukázal v predchádzajúcom bode, navrhovateľ vo svojej ponuke neuviedol opatrenia na vykonanie nápravy v súvislosti s neuspokojivou referenciou UNB a preto kontrolovaný nemal dôvod na spochybnenie jej obsahových náležitostí. Z uvedeného je zrejmé, že kontrolovaný mal z referencie UNB preukázaný vylučovací dôvod v zmysle § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého môže verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčiť kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak sa **v predchádzajúcich 3 rokoch od vyhlásenia** alebo preukázateľného začatia verejného obstarávania dopustil pri plnení zákazky alebo koncesie podstatného porušenia zmluvných povinností, **v dôsledku čoho verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy** alebo mu bola spôsobená závažná škoda alebo iná závažná ujma.

138. Úrad pristúpil ku komparácii dokumentov navrhovateľa (bod 135 rozhodnutia) a neuspokojivej referencie UNB (bod 134). Vo vzťahu k úkonu odstúpenia od Zmluvy o dielo č. XX uzavretej medzi navrhovateľom a UNB dňa 19. 08. 2022 predložil navrhovateľ list Upozornenie na porušenie povinností zo zmluvy o dielo č. XX a výzva na splnenie povinností v dodatočnej primeranej lehote doručený UNB dňa 03. 03. 2023, v ktorej upozornil UNB, že v prípade nesplnenia povinností uvedených v liste odstúpi od predmetnej Zmluvy o dielo č. XX. Následne navrhovateľ listom Oznámenie o nadobudnutí účinkov odstúpenia od zmluvy o dielo č. XX doručeným UNB dňa 21. 03. 2023 oznámil, cit.: **„V dodatočnej poskytnutej lehote do 18.03.2023 nedošlo zo strany objednávateľa k splneniu povinností. Z tohto dôvodu nastali účinky odstúpenia od Zmluvy o dielo dňa 19.03.2023 a dňom 19.03.2023 došlo k zániku Zmluvy o dielo.“** Z uvedeného má vyplývať, že k odstúpeniu od Zmluvy o dielo č. XX malo nastať zo strany navrhovateľa (dodávateľa) a nie zo strany UNB (verejného obstarávateľa). V referencii verejného obstarávateľa UNB zverejnenej dňa 05. 10. 2023 je uvedené, cit.:

„(...)

Zhotoviteľ bol viackrát penalizovaný

- za porušenie BOZP,

- za nedodržanie dojednaných zmluvných podmienok

Zhotoviteľ

- listom z 03.03.2023 ukončil práce ku koncu februára 2023

- dňa 23.5. 2023 prevzal od UNB súpis vykonaných prác so stavebným dozorom odsúhlasenými položkami zaslaným UNB e-mailom a poštou 28.04.2023

- ku dňu 25.09.2023 napriek opätovným výzvam neodviezol a neprevzal nezabudovaný materiál a nezlikvidoval stavebný odpad zo staveniska

- ku dňu 25.09.2023 neodovzdal dielo, napriek výzvam na odovzdanie diela

- nevystavil odovzdávací/preberací protokol v súlade so ZoD

- nevystavil faktúru (v poradi druhú) v súlade s odsúhlaseným súpisom vykonaných prác

Predčasné ukončenie zmluvy, koncesnej zmluvy verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom z dôvodu podstatného porušenia povinností dodávateľa: Áno

(...)

4.2. DOPLŇUJÚCE INFORMÁCIE

Verejný obstarávateľ bol nútený odstúpiť od zmluvy a zabezpečiť dokončenie stavených prác na objekte ČOV

Dátum vyhotovenia referencie: 04.10.2023“.

139. Úrad dopĺňa, že navrhovateľ v námietkach uviedol (bod 43), cit.: „(...) ***Nebolo preto možné následné vypovedanie zmluvy z 07.06.2023 zo strany Univerzitnej nemocnice Bratislava, čo je základným predpokladom pre vylúčenie v zmysle § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože od zmluvy platne odstúpil zhotoviteľ.***“ Úrad v nadväznosti na tvrdenie navrhovateľa uvádza, že nedisponuje dokladom, ktorý by preukazoval odstúpenie zo strany UNB od Zmluvy o dielo č. XX dňa 07. 06. 2023 a referencia zverejnená UNB v Evidencii referencií rovnako neuvádza dátum odstúpenia. Aj v prípade, že kontrolovaný skutočne odstúpil od predmetnej zmluvy dňa 07. 06. 2023, úradu nie je zrejmé, ako mohlo dôjsť k odstúpeniu od zmluvy, od ktorej už odstúpil navrhovateľ dňa 19. 03. 2023. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že pre úkon vylúčenia uchádzača alebo záujemcu z verejnej súťaže podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, musí dôjsť k odstúpeniu od zmluvy zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, tzn. dôvod vylúčenia sa nezakladá na odstúpení od zmluvy zo strany úspešného uchádzača (zhotoviteľa). **Úrad na podklade uvedeného konštatuje, že v otázke, ktorá zo zmluvných strán odstúpila zo Zmluvy o dielo č. XX ako prvá, je daná dôkazná núdz a na strane kontrolovaného, čím úrad nemá za preukázaný fakultatívny dôvod vylúčenia navrhovateľa podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a preto považuje túto časť námietky za opodstatnenú.**
140. So zreteľom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že kontrolovaný porušil ustanovenie § 10 ods. 2 (princíp transparentnosti a proporcionality), § 24 ods. 1 (prvá veta), § 40 ods. 4 v spojitosti s § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní tým, že predčasne vylúčil navrhovateľa a neuplatnil žiadosť o vysvetlenie ponuky v situácii, keď navrhovateľ nemal možnosť vyjadriť sa k negatívnej referencii, ktorá sa podľa dokladov navrhovateľa nemusí zakladať na pravdivých skutočnostiach.
141. Úrad zároveň uvádza, že nakoľko nie je v tomto prípade ustálené, či fakultatívne vylúčenie podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je opodstatnené, nie je možné s určitosťou povedať, či mal v danom prípade navrhovateľ uplatniť tzv. samoočistný mechanizmus v zmysle § 40 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní.
142. Úrad zároveň vyslovuje stanovisko vo väzbe na predložený dokument navrhovateľa Oznámenie o prechode pohľadávok na kupujúceho (podľa ustanovenia § 477 ods. 4 Obchodného zákonníka) zo dňa 01. 06. 2023 adresovaný UNB, ktorým navrhovateľ oznamuje UNB predaj časti podniku medzi spoločnosťou XX (navrhovateľom) a XX⁴ (ďalej len „XX“)

⁴ Uvedené sídlo spoločnosti je platné podľa výpisu z obchodného registra k 01.07.2023. Adresa sídla v predložených dokumentoch navrhovateľa: XX bola podľa výpisu z obchodného registra platná v čase od 28. 07. 2017 do 30. 06. 2023

v súlade s § 477 ods. 1 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník a s ním spojený prechod všetkých práv a záväzkov spoločnosti XX (navrhovateľa) k 01. 06. 2023 súvisiacich so zákazkou, ktorá je predmetom Zmluvy o dielo č. XX. Navrhovateľ je názoru, že vzhľadom na predaj časti podniku k 01. 06. 2023 nedisponuje podľa platnej legislatívy a rozhodovacej praxe úradu neuspokojivou referenciou UNB a preto nemohla byť použitá ako dôvod jeho vylúčenia z verejnej súťaže. Úrad uvádza, že zmluvu, ktorou nastal predaj časti podniku medzi navrhovateľom a spoločnosťou XX nemá k dispozícii a preto nemá za preukázané, akým spôsobom a v akom rozsahu je v danej veci vysporiadaný prechod práv a záväzkov navrhovateľa.

143. Ďalej je nutné uviesť, že úrad lustráciou Obchodného registra SR navrhovateľa zistil, že v časti „Predaj:“ sa nachádza nasledovná informácia: „Dňa 25.05.2023 (úradne osvedčené podpisy 07.12.2023) bola uzatvorená zmluva o predaji časti podniku medzi spoločnosťou XX ako predávajúcim a spoločnosťou XX, ako kupujúcim.“ Úrad konštatuje, že tvrdenie navrhovateľa zo dňa 01. 06. 2023 v dokumente Oznámenie o prechode pohľadávok na kupujúceho (podľa ustanovenia § 477 ods. 4 Obchodného zákonníka), že došlo v tom čase na základe zmluvy o predaji časti podniku medzi navrhovateľom (predávajúcim) a XX (kupujúcim) k predaju časti podniku, nie je pravdivé, pretože podľa § 476 ods. 2 Obchodného zákonníka zmluva vyžaduje písomnú formu a osvedčené podpisy predávajúceho a kupujúceho. Z komentárovej literatúry vyplýva, cit.: „Zmluva o predaji podniku musí mať písomnú formu a je uzavretá momentom, keď sú podpisy obidvoch zmluvných strán osvedčené.“⁵ Z Obchodného registra SR vyplýva, že 01. 06. 2023 ešte neboli úradne osvedčené podpisy predávajúceho a kupujúceho, ale k ich osvedčeniu došlo až 07. 12. 2023, čo je mimochodom len 3 dni po vystavení negatívnej referencie zo strany mesta Senec.
144. Vzápätí však treba dodať, že bez ohľadu na to, kedy boli úradne osvedčené podpisy predávajúceho a kupujúceho (viď predchádzajúci bod tohto rozhodnutia), úrad je toho názoru, že obchodná spoločnosť, ktorá reálne plnila zákazku, pre ktorú bola vystavená negatívna referencia, nemôže na účely preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní vylúčiť svoju zodpovednosť za negatívnu referenciu tým, že jednoducho prevedie časť podniku na základe zmluvy o predaji podniku na kupujúceho aj s touto referenciou. Úrad sa v tejto časti námietky navrhovateľa opiera o komentár k ustanoveniu § 477 ods. 1 Obchodného zákonníka a cituje znenie k časti týkajúcej sa prechodu záväzkov, cit.: „(...) Na základe odbornej diskusie sa prijal záver, že na základe zmluvy o predaji podniku dochádza len k prevodu záväzkov súkromnoprávnej povahy a **nie je možné previesť povinnosti, ktoré vznikli na základe predpisov verejného práva (napr. daňové povinnosti, povinnosť platiť clo a pod).** Tento právny názor bol vyjadrený aj v judikatúre súdov. Napríklad § 55 DP vyslovene vyhlasuje dohodu, podľa ktorej daňovú povinnosť znáša namiesto daňového subjektu iná osoba, za právne neúčinnú.(...)“. Úrad má za to, že **navrhovateľ nemôže takýmto úkonom vylúčiť svoju zodpovednosť za neuspokojivú referenciu vystavenú UNB a dôvodiť, že danou referenciou už nedisponuje a že preto mu nemožno už prisúdiť podstatné porušenie zmluvy, ktorého sa dopustil pred prevodom podniku aj s negatívnou referenciou.** V tejto súvislosti úrad poukazuje na Nález Ústavného súdu SR III. ÚS 314/07, v ktorom Ústavný súd SR skonštatoval, že obchádzanie zákona spočíva vo vylúčení

⁵ Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2022 [C. H. Beck online]

právne záväzného pravidla správania sa zámerným použitím prostriedkov, ktoré sami o sebe nie sú zákonom zakázané, v dôsledku čoho sa nastolený stav javí z hľadiska pozitívneho práva ako nenapadnuteľný. Konanie *in fraudem legis* predstavuje postup, keď sa niekto správa formálne podľa práva, ale tak, aby zámerne dosiahol výsledok právnu normou zakázaný alebo nepredvídaný a nežiaduci. Takéto správanie môže nastať najmä využitím medzery v zákone či nejasnosti v zákone atď.⁶ Ústavný súd SR vo vyššie uvedenom náleze uviedol, cit.: „*Obchádzanie zákona spočíva vo vylúčení právne záväzného pravidla správania sa zámerným použitím prostriedkov, ktoré samy osebe nie sú zákonom zakázané, v dôsledku čoho sa nastolený stav javí z hľadiska pozitívneho práva ako nenapadnuteľný. (...) K obchádzaniu zákona dôjde v prípade, keď právny úkon nie je v priamom rozpore so zákonom, ale svojimi účinkami a najmä svojím účelom zákon, jeho ciele a zmysel (ratio legis) obchádza.*“ **Konanie spočívajúce v tom, že zmluvou o predaji podniku (prípadne jeho časti) dôjde k prechodu negatívnej referencie z predávajúceho na kupujúceho za účelom vylúčenia zodpovednosti predávajúceho za negatívnu referenciu, ktorá reflektuje v minulosti predávajúcim realizované plnenie kvalifikované ako podstatné porušenie zmluvy, pre ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ odstúpil od zmluvy, úrad považuje za obchádzanie zákona o verejnom obstarávaní (*in fraudem legis*), a to najmä § 34 ods. 1 písm. b) v spojitosti s § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a popretie základného účelu tejto technickej alebo odbornej spôsobilosti a referencií vystavovaných podľa právneho režimu zakotveného v ustanovení § 12 zákona o verejnom obstarávaní.** Ak by úrad akceptoval, že zmluvou o predaji podniku (prípadne jeho časti) už nemožno prisúdiť dodávateľovi negatívnu referenciu, ktorá je len odrazom v minulosti realizovaného negatívneho plnenia, predávajúci v postavení záujemcu/uchádzača pomerne jednoducho obíde ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) v spojitosti s § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní tak, že si založí obchodnú spoločnosť a po jej vzniku na ňu bude prevádzať negatívne referencie. Akceptovaním takéhoto postupu by sme dospeli postupom času do stavu, že obchodné spoločnosti, ktoré participujú na verejnom obstarávaní, by si vytvorili obchodné spoločnosti slúžiace ako „skladisko“ negatívnych referencií a ustanovenie § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní by nadobudol obsolentný charakter. So zreteľom na vyššie uvedené sa úrad nestotožňuje s námietkou navrhovateľa, že z dôvodu predaja časti podniku negatívnu referenciou už nedisponuje. **V každom prípade však stále platí, že nateraz uplatneniu vylučovacieho dôvodu podľa § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k negatívnej referencii UNB naďalej bráni skutočnosť, že úrad nemá za preukázané, že kontrolovaný ako prvý odstúpil od zmluvy pre podstatné porušenie zmluvy.**

145. V kontexte vyššie uvedených skutočností úrad v zmysle § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní konštatuje, že identifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní vyslovené v bodoch 115, 133 a 140 tohto rozhodnutia. Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
146. 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:

⁶ KNAPP, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 186

- a) v druhovo rovnakej veci pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, v prípade pochybností o predložennom potvrdení, resp. o reálnom uskutočnení zmluvného plnenia (ak obchodná spoločnosť, ktorá vystavuje potvrdenie na účel preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a obchodná spoločnosť, ktorej sa takéto potvrdenie vystavuje, má rovnakého konateľa), **požiadať v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, z ktorých by bolo možné overiť, či predmetná zákazka bola pre odberateľa skutočne realizovaná;**
- b) pri vylúčení uchádzača z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) a § 40 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní toto rozhodnutie **náležite odôvodniť, a to na základe skutočností podporených dôkazmi, ktoré kontrolovaného jednoznačne oprávňujú na tento postup a nenechávajú priestor pochybnostiam o zákonnosti tohto rozhodnutia.** Úrad zároveň odporúča kontrolovanému, aby pri rozhodovaní o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania postupoval v súlade s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom k jeho vylúčeniu z verejného obstarávania má pristúpiť až v prípade jednoznačného preukázania existencie dôvodu (prípadne dôvodov), pričom tento dôvod (dôvody) musí premietnuť aj do rozhodnutia o jeho vylúčení.

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

148. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.

Kaucia

149. 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 v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % 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.
150. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú za podanie námietok v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Podľa § 175 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať opravný prostriedok. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a uchádzačom a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 175 ods. 12 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie úradu je preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia.

(elektronický podpis)

generálny riaditeľ sekcie dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XX** – navrhovateľ
2. **mesto Senec**, Mierové nám. 8, 903 01 Senec, IČO: 00 305 065 – kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka