

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky „Výstavba technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla ako náhrady TEKŮ I“, vyhlásenom obstarávateľom **Tepláreň Košice, a.s. v skratke TEKŮ, a.s.**, Teplárenská 3, 042 92 Košice (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2017/S 039-071434 z 24. 2. 2017 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 41/2017 z 27. 2. 2017 pod značkou 2403 - MSP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov námietky navrhovateľa **zamietá**.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom z 24. 4. 2017, doručeným úradu elektronicky 24. 4. 2017, podal námietky v elektronickej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) 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 podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému pred otvorením častí ponúk označených ako „Kritériá“ v lehote podľa § 170 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 170 ods. 5 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.

Námietky navrhovateľa

2. V úvode svojich námietok navrhovateľ uvádza, že žiadal kontrolovaného o nápravu, nakoľko bol toho právneho názoru, že kontrolovaným stanovené podmienky v súťažných podkladoch sú v priamom rozpore s princípmi verejného obstarávania upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom hospodárnosti.
3. Navrhovateľ k porušeniu princípu transparentnosti, zákazu diskriminácie a zákazu obmedzovania hospodárskej súťaže uvádza, že podľa komentára k zákonu o verejnom obstarávaní zásada transparentnosti vo verejnom obstarávaní vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal priehľadným a predvídateľným spôsobom, pričom cieľom tejto zásady je podľa navrhovateľa v zásade to, aby bola zaručená absencia uprednostňovania a svojvoľného konania zo strany obstarávateľa.

Bod č. 1 námietok navrhovateľa

4. Navrhovateľ cituje bod 8.3 časti A súťažných podkladov, v ktorom je uvedené, cit.: „Obstarávateľ si vyhradzuje právo predĺžiť lehotu viazanosti ponúk z dôvodu

zabezpečovania financovania zákazky z externých zdrojov.“. Navrhovateľ cituje aj bod 31.3 časti A súťažných podkladov, v ktorom je uvedené, cit.: „Obstarávateľ si vyhradzuje právo zrušiť verejné obstarávanie, ak v lehote viazanosti ponúk nezíska financovanie zákazky z externých zdrojov.“. Navrhovateľ ďalej uvádza, že komunikáciou s kontrolovaným v rámci postupov dovoľených zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj z vysvetlení zverejnených kontrolovaným, nadobudol odôvodnenú obavu, že zásada rovnakého zaobchádzania môže byť porušená. Navrhovateľ uvádza, že vníma túto výhradu zakomponovanú kontrolovaným do oznámenia a súťažných podkladov ako „poistku“ umožňujúcu mu v prípadoch, ktoré kontrolovanému nevyhovujú, celé obstarávanie zrušiť, čím sa vytvára priestor na porušenie zásady rovnakého zaobchádzania. Podľa navrhovateľa poskytnutie financovania je závislé od konania kontrolovaného a financujúcej inštitúcie a z odpovedí a postojov kontrolovaného v rámci vysvetľovania súťažných podkladov vyplýva, že odmietnutie financovania nemožno rozumne očakávať. Navrhovateľ uvádza, že preto usudzuje, že záležitosť financovania je závislá jedine od správania sa kontrolovaného, v najširšom ponímaní od jeho svojvôle, čo kontrastuje s požiadavkou transparentnosti a predvídateľnosti procesov a zabráneniu svojvôli, čo kontrolovaný nijakým spôsobom v rámci zamietnutia žiadosti o nápravu presvedčivo nevyvrátil. Navrhovateľ je toho názoru, že neposkytnutie financovania za takýchto okolností nepredstavuje dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od kontrolovaného požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval (v zmysle § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní). Navrhovateľ uvádza, že argumentácia kontrolovaného uvedená v zamietnutí žiadosti k otázke, čo možno považovať za dôvod hodný osobitného zreteľa, považuje navrhovateľ za nedostačujúcu a nepresvedčivú a priečiacu sa uznávaným názorom. V danom obstarávaní predstavuje celková predpokladaná hodnota zákazky sumu 52 422 000,- Eur bez DPH a navrhovateľ usudzuje, že taký stav vecí, kedy sa vypisuje verejné obstarávanie (zákonom regulovaný proces) za účelom získania zmluvného partnera bez zabezpečenia financovania, je minimálne priečiaci sa správaniu riadneho hospodára v situácii, keď podľa zmluvy o dielo (bod 5.1), ktorá je prílohou súťažných podkladov, realizáciu celého diela financuje vysúťažnený dodávateľ a až po odovzdaní a prevzatí diela je mu uhradená celá čiastka, čo pri dielach tohto rozsahu nie je štandardom, ale výrazným neštandardom vychylujúcim rovnováhu zmluvného usporiadania v prospech kontrolovaného a v neprospech navrhovateľa (úhrada je ďalej viazaná na splnenie kritérií, teda môže byť ponížovaná). Navrhovateľ ďalej uvádza, že odpovede na otázky č. 7 a 8 uvedené vo vysvetlení informácií č. 3 len potvrdzujú, že prezentovaný názor navrhovateľa nie je len jeho subjektívnou záležitosťou, ale aj iní záujemcovia vnímajú podmienky obstarávania tak, že je netransparentné, diskriminačné a obmedzujúce hospodársku súťaž. Navrhovateľ uvádza, že podľa veľkého komentára podmienkou dodržania princípu transparentnosti je „priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí ako férový a riadny“.

Bod č. 2 námietok navrhovateľa

5. Navrhovateľ poukazuje na porušenie princípu hospodárnosti pri nastavení vyhodnocovacích kritérií, a to v súvislosti s parametrom lambda, ktorý je uvádzaný v časti A bod 26 súťažných podkladov a ktorý vyjadruje uchádzačom garantovanú dobu prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla určenú ako počet hodín prevádzky v roku v zmysle prílohy č. 2. Navrhovateľ uvádza, že v žiadosti o nápravu uviedol, že odkaz na prílohu č. 2 je netransparentný, nakoľko táto pozostáva z mnohých dokumentov a nie je jednoznačne určiteľná a špecifikovaná, na ktorý dokument konkrétne

sa odvoláva, s čím sa kontrolovaný vôbec v zamietnutí žiadosti nevysporiadal. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný vysvetlil v odpovedi č. 22 v dokumente vysvetlenie informácií č. 2 obsah pojmu garantovaná doba prevádzky. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v zamietnutí žiadosti nad rámec uvádzaného vysvetlenia uviedol, že predpokladá, že uchádzač bude dodržiavať pokyny na údržbu ponúkaných zariadení a predpokladá, že uchádzač od počtu hodín v roku odpočíta počet hodín potrebný na všetky opravy, údržbu, odborné prehliadky a skúšky technických zariadení vyplývajúcich z platnej legislatívy a rezervu na odstránenie prípadných porúch. Podľa právneho názoru navrhovateľa tento predpoklad nie je dostatočne zabezpečený proti nekalému, resp. zneužívajúcemu určeniu, čo otvára možnosť porušenia princípu efektívnosti a hospodárnosti: parameter λ nezohľadňuje výrobcom predpísané servisné zásahy (po nabehnutí určitého počtu mth), naopak, pri tomto nastavení zvädza, že technológia môže byť prevádzkovaná neekonomicky, resp. nadmerne zaťažujúco a k tomuto záveru prispieva aj výrazná preferencia doby 60 mesiacov (5 rokov) ako rozhodujúcej doby. Navrhovateľ uvádza, že potom dochádza k diskriminácii uchádzačov, ktorí parameter λ nastavujú vo svojej ponuke so zohľadnením všetkých kontrolovaným predpokladaných, avšak nevynucovaných skutočností oproti uchádzačom, ktorí budú počas malej časti životnosti technologického zariadenia (5 rokov oproti cca 30 rokom životnosti) poskytovať k vysúťáženým zariadeniam podporu pod minimálnou výrobcom nastavenou úrovňou (v snahe týmito úkonmi priečiacimi sa spôsobu užívania zariadení riadnym a zodpovedným hospodárom dosiahnuť zvýhodnenie, ktoré je tým vo svojej podstate neoprávnené), a to z dôvodu, že stanovenie parametra λ nepodlieha žiadnym preventívne nastaveným limitom.

6. Navrhovateľ v závere svojich námietok uvádza, že si je vedomý skutočnosti, že v tomto verejnom obstarávaní sa obstaráva technicky aj finančne náročné dielo, ktoré má spĺňať kontrolovaným definované parametre (nepretržitá hospodárna prevádzka, vrátane možnosti zapojiť sa do systému poskytovania podporných služieb). Navrhovateľ je toho právneho názoru, že vyššie uvedené argumenty svedčia o tom, že súťažné podklady neboli nastavené úplne správne, ale trpia najmä vadou netransparentnosti, diskriminácie a obmedzovania hospodárskej súťaže a potenciálom neekonomickosti. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že vytknutá netransparentnosť, ktorú kontrolovaný neodstránil, ako aj diskriminácia a obmedzovanie hospodárskej súťaže, sú spôsobilé odradiť záujemcov od účasti na obstarávaní, pritom poukazuje napr. na rozhodnutie úradu č. 7073-6000/2012-ON/442 z 19. 3. 2013: v tom verejnom obstarávaní sa obstarával pomerne rozsiahly súbor strojov a servisných prác, pričom si kontrolovaný stanovil hodnotiace kritériá tak, aby získal ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku (rovnako ako v prípade tohto verejného obstarávania kontrolovaného TEKO). Navrhovateľ uvádza, že úrad uvádzaným rozhodnutím verejnú súťaž zrušil z dôvodov, že vyhodnocovacie parametre mohli od účasti v danom verejnom obstarávaní odradiť záujemcov. Navrhovateľ uvádza, že vidí paralelu aj v tomto verejnom obstarávaní, keď niektoré kritériá, na ktoré poukazuje, sú určené nejednoznačne, diskriminujúco a obmedzujúco hospodársku súťaž, čo je v rozpore so základnými požiadavkami procesu verejného obstarávania. Navrhovateľ má za to, že v prípade tohto obstarávania nie je iná možnosť na nápravu, ako zrušenie tohto verejného obstarávania.
7. V petite svojich námietok navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a teda aby úrad rozhodnutím nariadil zrušiť predmetnú verejnú súťaž.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

8. Úrad v súvislosti so začatím konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok uvádza, že 23. 6. 2017 mu bola od kontrolovaného doručená informácia podľa § 166 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo podľa § 171 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní jedenásty deň odo dňa doručenia informácie podľa § 166 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. 4. 7. 2017.
9. Úrad v nadväznosti na bod 8 tohto rozhodnutia uvádza, že podľa § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní listom č. 9377-6000/2017-ODI-V zo 6. 7. 2017 označeným ako „Výzva na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli“ vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli. Predmetná výzva na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli bola kontrolovanému doručená 12. 7. 2017. Kontrolovaný 13. 7. 2017 doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu k predmetnému postupu zadávania zákazky.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

10. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam navrhovateľa uvádza, že 7. 4. 2017 mu bola od navrhovateľa doručená žiadosť o nápravu, ktorú s odôvodnením zamietol. Kontrolovaný ďalej uvádza, že z obsahu predmetnej žiadosti o nápravu smerujúcej voči technickej časti súťažných podkladov, ako aj podanej námietky, vyplýva určité navrhovateľove nepochopenie špecifických potrieb teplárenskej prevádzky kogeneračného zdroja veľkého výkonu, ktorý zabezpečuje výrobu a dodávku tepla na základe okamžitej potreby, výrobu a dodávku elektrickej energie na základe zmluvných vzťahov a zabezpečuje poskytovanie podporných služieb na základe požiadavky prenosovej sústavy. Kontrolovaný ďalej uvádza, že cieľom predmetnej súťaže je zabezpečiť náhradu časti technológie TEKO zdrojom, ktorý bude zabezpečovať bezpečnú a spoľahlivú dodávku všetkých troch poskytovaných služieb.
11. Kontrolovaný poukazuje na to, že vo vzťahu k odôvodneniu zamietnutia žiadosti o nápravu navrhovateľovi bolo z jeho strany konštatované nasledovné, cit.:

„K bodu 1 (i): Podporné služby

Pri súčasných cenách elektriny a podporných služieb a pri súčasnom dopyte po teple obstarávateľ plánuje prevádzkovať všetky 4 motory v režime trvalej prevádzky. V tomto režime obstarávateľ požaduje, aby motory boli schopné poskytovať aj služby PRV a SRV. Nakoľko sa môžu zmeniť ceny elektriny, ceny podporných služieb aj dopyt po teple, nie je možné vylúčiť, že jeden alebo viac motorov bude v budúcnosti niekoľko mesiacov prevádzkovaný iba pre niektorú z podporných služieb TRV, a to v závislosti na tom, ktorá služba bude mať v uvedenú dobu najvýhodnejšie cenové podmienky. Ako vyplýva z požiadaviek obstarávateľa stanovených v dokumentácii, obstarávateľ nepožaduje súčasné poskytovanie PRV, SRV a TRV na jednom stroji. Obstarávateľ si je vedomý skutočnosti, že štart zo studeného stavu na plný výkon do troch minút od povelu môže skrátiť životnosť niektorých častí diela. Z tohto dôvodu môže uchádzač ponúkaným riešením zabezpečiť trvalý predohrev motorov poskytujúcich službu TRV v od fázovanom stave s použitím vratnej vody horúcovodu. Nie je možné akceptovať tvrdenie záujemcu, že v prípade

odpovede č. 23 v rámci Vysvetlenia informácií č. 2 sa jedná o „nejednoznačnú odpoveď“. Kontrolovaný má za to, že odpoveď č. 23 poskytnutá v rámci Vysvetlenia informácií č. 2 je jednoznačná, keďže uvádza nasledovné: „Za podmienok stanovených v súťažných podkladoch v časti C „Opis predmetu zákazky“ v rámci „Ďalších garantovaných podmienok“ (str. 43 súťažných podkladov) musí byť technologické zariadenie schopné prevziať záťaž vo veľkosti nominálneho elektrického výkonu.“. Rovnako záujemcom spomínané technické podmienky SEPS, a.s. uvádzajú, že „Od pokynu dispečera SED musí skutočný výkon zariadenia dosiahnuť výkon rovnajúci sa žiadanému výkonu pre TRV3MIN+ za čas tn menší alebo rovný 3 minúty.“. Obstarávateľ požaduje, aby podmienky stanovené prevádzkovateľom prenosovej sústavy pre poskytovanie podporných služieb boli úspešným uchádzačom splnené. Ak záujemca/uchádzač nie je schopný na ponúkanom zariadení splniť podmienky stanovené prevádzkovateľom prenosovej sústavy, táto skutočnosť nemôže byť interpretovaná ako záhada verejného obstarávania. Z uvedených dôvodov vyplýva, že požiadavka záujemcu na reformuláciu ustanovení o schopnosti plniť podmienky pre poskytovanie podporných služieb nie je opodstatnená.

Tepelný výkon a tepelný príkon

Obstarávateľ požaduje neprekročenie hodnôt, pre ktoré má vydané integrované povolenie. Uchádzač môže ponúknuť aj riešenie s nižšími ako maximálnymi hodnotami. V dokumentácii je jasne uvedené, že ide o maximálne hodnoty. Obstarávateľ nebude ani nemôže dokumentáciu interpretovať tak, že ide o presne stanovenú hodnotu tepelného príkonu alebo tepelného výkonu.

K bodu 1 (ii)

Parameter lambda vyjadruje počet hodín prevádzky každého jednotlivého motora garantovaný uchádzačom. Obstarávateľ predpokladá, že úspešný uchádzač bude dodržiavať pokyny na údržbu ponúkaných zariadení. Obstarávateľ predpokladá, že úspešný uchádzač od počtu hodín v roku odpočíta počet hodín potrebný na všetky opravy, údržbu, odborné prehliadky a skúšky technických zariadení vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov a rezervu na odstránenie prípadných porúch. Vzorec jasne vyjadruje skutočnosť, že zariadenia náročné na údržbu prinesú obstarávateľovi menej výnosov ako zariadenia s dlhšou dobou prevádzky. Súhlasíme s tvrdením záujemcu, že parameter lambda je veľmi dôležité číslo, súčasne však nie je možné akceptovať tvrdenie záujemcu, že parameter lambda nezohľadňuje výrobcom predpísané servisné zásahy. Parameter lambda je do vzorca zahrnutý práve preto, aby doba potrebná na servisné zásahy bola zohľadnená, pričom hodnotu lambda uvedie uchádzač vo svojej ponuke. Obstarávateľovi do momentu otvorenia obálok s ponukami označenými ako časť „Ostatné“ nie je známy výrobca motora a rovnako tak konkrétne servisné podmienky daného výrobcu. Vzhľadom na uvedené koeficient lambda určí uchádzač, ktorý ponúka konkrétne zariadenie výrobcu a pozná konkrétne servisné podmienky. Návrh záujemcu na úpravu súťažných podkladov vo vzťahu k parametru lambda v zmysle záujemcom predložených produktových listov konkrétnych výrobcov nebolo možné akceptovať, keďže je nezlučiteľný s princípmi verejného obstarávania, nakoľko by mohol zvýhodniť konkrétnych výrobcov alebo uchádzačov (...).

K bodu 2:

Obstarávateľ sa nestotožňuje s tvrdením záujemcu, že stanovením možnosti zrušenia zákazky/predĺženia lehoty viazanosti ponúk z dôvodu nezískania financovania zákazky z externých zdrojov, je porušením princípu transparentnosti a princípu rovnakého zaobchádzania. Práve naopak, obstarávateľ má za to, že uvedením týchto skutočností už v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch podáva záujemcom a uchádzačom jasný odkaz, o spôsobe financovania realizácie zákazky, čím ich tým najtransparentnejším spôsobom informuje o spôsobe financovania realizácie zákazky a súčasne týmto postupom pristupuje rovnako ku všetkým záujemcom/uchádzačom. Závery záujemcu o tom, že financovanie je zabezpečené a bude len svojvôľou obstarávateľa, či zruší verejné obstarávanie, neobstoja z nasledovných dôvodov:

- v odpovedi na otázku č. 20 v rámci vysvetľovania informácií č. 2 obstarávateľ uvádza len skutočnosť, že financovanie bude zabezpečované z externých zdrojov, a to konkrétne prostredníctvom bánk a neuvádza, že financovanie je definitívne zabezpečené,
- ak zo strany banky/bánk dôjde k uzatvoreniu zmluvy, na základe ktorej vznikne záväzok poskytnúť obstarávateľovi peňažné prostriedky na realizáciu zákazky, a to v čase plynutia lehoty viazanosti ponúk, dôvod na zrušenie zákazky odpadá.

Obstarávateľ v tejto súvislosti poukazuje na metodické usmernenie úradu z 7. 12. 2016 č. 22094-5000/2016, v zmysle ktorého: „Za predpokladu, že neposkytnutie nenávratného finančného príspevku predstavuje dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno pokračovať vo verejnom obstarávaní, je možné uvažovať o zrušení verejného obstarávania.“ a ktoré je primerane (možné neposkytnutie úverového bankového financovania) aplikovateľné aj na uvedené verejné obstarávanie.

Obstarávateľ má za to, že takýto jeho postup je v rámci priestoru vytvoreného ustanovením § 57 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov zákonný, keďže zákon neustanovuje taxatívny výpočet dôvodov hodných osobitného zreteľa a v danej situácii obstarávateľa aj jediný možný. V každom prípade však musí ísť o také dôvody, pre ktoré nemožno od obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, pričom nie je rozhodujúce, či uvedené dôvody nastanú objektívne, alebo majú pôvod u obstarávateľa, rozhodujúca je len intenzita ich negatívneho vplyvu na proces verejného obstarávania alebo na následnú realizáciu zákazky. Máme za to, že postup, keď obstarávateľ z dôvodu nezískania financovania zruší verejné obstarávanie, je takým dôvodom hodným osobitného zreteľa na strane obstarávateľa, najmä ak z hľadiska proporcionality zvážime možné negatívne dopady na uchádzačov v prípade zrušenia verejného obstarávania z takéhoto dôvodu vo vzťahu k pokračovaniu vo verejnom obstarávaní a následnému uzatvoreniu zmluvy bez zabezpečeného finančného krytia.

Vo vzťahu k dĺžke lehoty na predkladanie ponúk uvádzame, že táto prekračuje limity stanovené zákonom o verejnom obstarávaní, a to v prospech záujemcov/uchádzačov, a obstarávateľ ju považuje za primeranú.“.

12. Obstarávateľ má za to, že jeho postupom nedošlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní a vzhľadom na uvedené považuje námietky navrhovateľa za nedôvodné.

Skutkový stav

13. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil, že kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Výstavba technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla ako náhrady TEKÓ I“ v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2017/S 039-071434 z 24. 2. 2017 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 41/2017 z 27. 2. 2017 pod značkou 2403 – MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 52 422 000,- Eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Súťažné podklady k predmetnému verejnému obstarávaniu kontrolovaný poskytol piatim záujemcom. Navrhovateľ doručil kontrolovanému v listinnej podobe 11. 4. 2017 žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. Kontrolovaný listom označeným ako „Písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu s odôvodnením v zmysle § 165 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov“, doručeným navrhovateľovi 13. 4. 2017, predmetnú žiadosť o nápravu navrhovateľa zamietol. Navrhovateľ následne doručil úradu a kontrolovanému 24. 4. 2017 v elektronickej podobe námietky podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 12. 4. 2017 do 14:00 hod., predložili ponuku 3 uchádzači. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 12. 4. 2017 o 15:00 hod.. Z predloženej dokumentácie ďalej vyplýva, že všetci traja uchádzači splnili podmienky účasti a požiadavky na predmet zákazky.
14. V časti A „Pokyny na vypracovanie ponuky“, v bode 8 „Lehota viazanosti ponuky“ v podbode 8.3. súťažných podkladov je uvedené, cit.: „Obstarávateľ si vyhradzuje právo predĺžiť lehotu viazanosti ponúk z dôvodu zabezpečovania financovania zákazky z externých zdrojov.“.
15. V časti A „Pokyny na vypracovanie ponuky“, v bode 26 „Kritérium na vyhodnotenie ponúk“ súťažných podkladov je uvedené, cit.: „

26.1 Ponuky sa vyhodnocujú na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality. Kritériom pre stanovenie najlepšieho pomeru ceny a kvality je prínos pre obstarávateľa. Prínos pre obstarávateľa sa vyhodnotí na základe vzorca:

$$Po = \lambda \times (Pe \times Ce + Pt \times Ce - Pe \times Cp / (Ne/100) - Sc/24 \times Cc - Csmt \times n) - Csf / (Ds/12) - Cd/Do,$$

Kde

Po je hodnota predstavujúca ročný prínos pre obstarávateľa,

λ je uchádzačom garantovaná doba prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla určená ako počet hodín prevádzky v roku podľa prílohy č. 2,

Pe predstavuje uchádzačom garantovaný maximálny celkový elektrický výkon technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla v kW, vyhodnocovaný na svorkách generátorov (brutto), určený v prílohe č. 2,

Ce predstavuje cenu elektriny z vysokoúčinnnej kombinovanej výroby elektriny a tepla vo výške 0,07504 EUR/kWh,

Pt predstavuje uchádzačom garantovaný maximálny tepelný výkon technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla v ponuke v kW, vyhodnocovaný na vstupe do horúcovodu v mieste pripojenia technológie

	na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla do jestvujúcej sústavy centrálného zásobovania teplom, pri teplote vratnej vody 60 °C a teplote vykurovacej vody 90 °C, určený v prílohe č. 2,
C_t	predstavuje cenu tepla vo výške 0,0306 EUR/kWh,
N_e (éta e)	je uchádzačom garantovaná elektrická účinnosť technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla vyjadrená v percentách a určená ako elektrický výkon v kW meraný na svorkách generátorov (brutto) vydelený príkonom v palive v kW výhrevnosti, určená v prílohe č. 2,
C_p	predstavuje cenu zemného plynu vrátane súvisiacich nákladov vo výške 0,02066 EUR/kWh výhrevnosti,
S_c	je uchádzačom garantovaná maximálna denná spotreba čpavkovej vody pre splnenie emisných limitov určená v prílohe č. 2,
C_c	predstavuje cenu čpavkovej vody vo výške 0,138 EUR/kg,
C_{smt}	je variabilná cena za vykonávanie opráv a údržby v zmysle zmluvy vzťahujúca sa na jednu motohodinu jedného motora v EUR/h bez DPH, ponúkaná uchádzačom,
N	je počet motorov, $n=4$,
C_{sf}	je fixná cena za 60 mesiacov za vykonávanie opráv a údržby v zmysle zmluvy v EUR bez DPH, ponúkaná uchádzačom,
D_s	je doba servisu v zmysle zmluvy v mesiacoch, $D_s=60$,
C_d	je celková cena diela v EUR bez DPH, ponúkaná uchádzačom,
D_o	je doba odpisovania v rokoch, $D_o=8$

26.2 Účelom vzorca je nájsť ponuku, ktorá má pre obstarávateľa najväčší prínos. Prínos je vyjadrený ako zisk obsiahnutý pri prevádzke ponúkanej technológie na uchádzačom garantovaných parametroch. Zisk je definovaný ako rozdiel výnosov a nákladov pri zohľadnení uchádzačom navrhovaných cenových podmienok a uchádzačom garantovaných parametrov dodanej technológie.

26.3 Vzorec adekvátne zohľadňuje cenové charakteristiky ponuky (cenu diela, cenu podpory podľa zmluvných podmienok) ako aj kvalitatívne charakteristiky ponuky (uchádzačom garantovaný elektrický výkon, uchádzačom garantovaný tepelný výkon, spotrebu paliva vyjadrenú prostredníctvom uchádzačom garantovanej účinnosti, uchádzačom garantovanú spotrebu čpavkovej vody). (...).

16. V časti A „Pokyny na vypracovanie ponuky“, v bode 27 „Pravidlá uplatnenia kritéria na vyhodnotenie ponúk“ súťažných podkladov je uvedené, cit.: „(...) 27.3 Komisia na vyhodnotenie ponúk bude vyhodnocovať iba tie ponuky, ktoré splnili podmienky účasti a požiadavky verejného obstarávateľa na predmet zákazky stanovené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch a neboli vylúčené. Komisia na vyhodnotenie ponúk hodnotí ponuky podľa kritéria na vyhodnotenie ponúk a pravidiel jeho uplatnenia uvedeného v bode 27.1.

27.4 Komisia na vyhodnotenie ponúk identifikuje uchádzačov, ktorých ponuky neboli zo súťaže vylúčené a ktorí majú právo zúčastniť sa elektronickej aukcie. (...).

17. V časti A „Pokyny na vypracovanie ponuky“, v bode 31 „Zrušenie použitého postupu zadávania zákazky v podbode 31.3 súťažných podkladov je uvedené, cit.: „Obstarávateľ si vyhradzuje právo zrušiť verejné obstarávanie, ak v lehote viazanosti ponúk nezíska financovanie zákazky z externých zdrojov.“.

18. V časti C „Opis predmetu zákazky“, v bode 35 „Opis predmetu zákazky: Výstavba technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla ako náhrady TEKO I“ súťažných podkladov je okrem iného uvedené, cit.: „Predmetom zákazky je uskutočnenie diela: „Výstavby technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla ako náhrady TEKO I“, poskytovanie opravy a údržby prevádzky technologického zariadenia, ktoré je predmetom vykonania diela počas prvých šesťdesiatich (60) mesiacov od odovzdania technologického zariadenia objednávateľovi. (...)

Oprava a údržba prevádzky technologického zariadenia, ktoré je predmetom vykonania diela:

- **Poskytovanie údržby a opráv prevádzky technologického zariadenia počas prvých šesťdesiatich (60) mesiacov od odovzdania technologického zariadenia objednávateľovi za účelom zabezpečenia nepretržitej a bezpečnej prevádzky technologického zariadenia v prevádzkových podmienkach objednávateľa za súčasného splňania parametrov stanovených touto zmluvou a prevádzkových požiadaviek objednávateľa, pričom jednotlivé úkony podpory sa zaväzuje vykonávať v lehotách a v rozsahu podľa podmienok určených výrobcom technologického zariadenia, podľa podmienok určených zmluvou a v lehotách a podľa podmienok vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov a/alebo technických noriem,**
 - vypracovanie a priebežné odovzdávanie dokumentácie o poskytnutej oprave a údržbe na mesačnom základe podľa podmienok určených v článku 9 zmluvy o dielo, (...).
19. V prílohe č. 2 k súťažným podkladom „Povinný formulár“ je okrem iného uvedené, cit.: „Návrh uchádzača /obchodné meno a sídlo/ na plnenie kritérií na vyhodnotenie ponúk pre predmet zákazky Výstavba technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla ako náhrady TEKO I (...)

Garantovaná doba prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla určená ako počet hodín v roku, táto hodnota musí byť nižšia alebo rovná hodnote 8760 hodín/rok (hodnota garantovaná počas 5 rokov od prevzatia diela):	minimálnehodín/rok
---	--------------------------

20. V článku 9 „Podmienky poskytovania podpory prevádzky technologického zariadenia“ zmluvy o dielo je okrem iného uvedené, cit.:

„9.1 Na základe dohody zmluvných strán sa zhotoviteľ zaväzuje poskytovať objednávateľovi podporu počas doby podpory za účelom zabezpečenia nepretržitej a bezpečnej prevádzky technologického zariadenia v prevádzkových podmienkach objednávateľa za súčasného splňania parametrov stanovených touto zmluvou a prevádzkových požiadaviek objednávateľa.

9.2 Zhotoviteľ je povinný poskytovať podporu s odbornou starostlivosťou, riadne a včas a tak, aby jednotlivé úkony, práce a činnosti boli vykonané v súlade:

- a) so všeobecne záväznými právnymi predpismi,
- b) s technickými normami, aj keď nie sú právne záväzné,

- c) s touto zmluvou o dielo vrátane jej prípadných zmien,
- d) s podmienkami stanovenými výrobcom technologického zariadenia,
- e) s vysvetleniami súťažných podkladov podaných objednávateľom v procese zadávania zákazky na vykonanie diela, ktorými sa mení a/alebo dopĺňa táto zmluva,
- f) s ponukou zhotoviteľa podanou ako uchádzačom v procese obstarávania zákazky na vykonanie diela.

9.3 Lehoty poskytovania podpory. Podporu poskytuje zhotoviteľ nepretržite počas šesťdesiatich (60) mesiacov od dátumu odovzdania diela objednávateľovi. Výkon plánovaného, resp. všeobecne záväznými predpismi a/alebo technickými normami vyžadovaného úkonu podpory obmedzujúceho prevádzku technologického zariadenia alebo vyžadujúceho odstávku technologického zariadenia sa zhotoviteľ zaväzuje písomne oznámiť objednávateľovi minimálne tridsať (30) dní vopred. Súčasťou oznámenia bude aj uvedenie rozsahu vykonávaného úkonu podpory a predpokladaný čas trvania vykonávania úkonu podpory, ktorý musí zodpovedať podmienkam stanoveným nižšie. Podporu sa zhotoviteľ zaväzuje poskytovať z vlastnej iniciatívy, pričom jednotlivé úkony podpory sa zaväzuje vykonávať v lehotách a v rozsahu podľa podmienok určených výrobcom technologického zariadenia, podľa podmienok určených touto zmluvou a v lehotách a podľa podmienok vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov a/alebo technických noriem. V prípade ak to všeobecne záväzné právne predpisy a/alebo technické normy, predpisy výrobcu a/alebo stav technologického zariadenia umožňuje, zhotoviteľ sa zaväzuje podporu vyžadujúcu odstávku technologického zariadenia poskytovať počas plánovanej odstávky technologického zariadenia.“.

21. V článku 11 „Garančné skúšky“ zmluvy o dielo je okrem iného uvedené, cit.:

„11.1 Za účelom preverenia plnenia objednávateľom požadovaných prevádzkových, výkonových a emisných parametrov sa zmluvné strany dohodli na spôsobe pravidelného preverovania týchto parametrov v rámci prevádzky diela, pričom na základe dohody zmluvných strán sú zistenia realizované spôsobom uvedeným v tomto článku a z nich vyplývajúce nároky podľa tejto zmluvy pre zmluvné strany záväzne určené. Zhotoviteľ vypracuje a predloží projekt garančných skúšok objednávateľovi na schválenie v lehote podľa článku 2 ods. 2.1 písm. c) tejto zmluvy.

11.2 Lehoty vykonania garančných skúšok. Písomné oznámenie o navrhovanom termíne prvej garančnej skúšky doručí zhotoviteľ objednávateľovi na schválenie najneskôr tridsať (30) dní pred začiatkom garančnej skúšky tak, aby sa skúška vykonala v lehote do 30 dní po odovzdaní a prevzatí diela. Objednávateľ je povinný oznámiť zhotoviteľovi svoje prípadné námietky k termínu vykonania garančnej skúšky alebo ho schváliť v lehote do siedmich (7) dní od jeho predloženia, márnym uplynutím tejto lehoty sa má za to, že objednávateľ termín vykonania garančnej skúšky schválil. (...)

Následné ďalšie pravidelné garančné skúšky sa budú vykonávať v lehote do dvanástich (12) mesiacov po vykonaní predchádzajúcej skúšky, pričom posledná garančná skúška sa musí vykonať v poslednom mesiaci záručnej doby.

11.3 Pre preverenie plnenia požadovaných prevádzkových, výkonových a emisných parametrov platia ukazovatele a k nim priradené parametre uvedené v prílohe č. 6 tejto zmluvy (ďalej v tomto článku len „parametre“). Zisťovanie parametrov sa uskutoční pri prevádzke zariadení, ktoré boli predmetom diela, v jednotlivých prevádzkových stavoch uvedených v prílohe č. 6 tejto zmluvy postupmi podľa príslušných technických noriem, resp. zaužívanými spôsobmi pre meranie parametrov pre dané odvetvie a v súlade s touto zmluvou za použitia určených meradiel s platnými certifikátmi o overení a kalibrácii. (...).“.

22. V článku 12 „Zodpovednosť za vady“ zmluvy o dielo je okrem iného uvedené, cit.: „12.2 Zhotoviteľ preberá záruku, že počas záručnej doby: (...) e) dielo bude nepretržite spĺňať garantované parametre podľa prílohy č. 6 tejto zmluvy.“.

23. V článku 13 „Sankcie“ zmluvy o dielo je okrem iného uvedené, cit.:

„(...) 13.4 V prípade nedodržania garantovanej hodnoty elektrického výkonu počas doby podpory, je objednávateľ oprávnený požadovať od zhotoviteľa zmluvnú pokutu za každý aj začatý kW nedodržania garantovanej hodnoty elektrického výkonu vo výške 5,- EUR/kW za každý aj začatý kalendárny deň trvania nedodržania garantovanej hodnoty elektrického výkonu počas doby podpory.

13.5 V prípade nedodržania garantovanej hodnoty tepelného výkonu počas doby podpory, je objednávateľ oprávnený požadovať od zhotoviteľa zmluvnú pokutu za každý aj začatý kW nedodržania garantovanej hodnoty elektrického výkonu vo výške 2,- EUR/kW za každý aj začatý kalendárny deň trvania nedodržania garantovanej hodnoty tepelného výkonu počas doby podpory.

(...)

13.8 V prípade nedodržania garantovanej doby prevádzky (nedisponibilita) počas doby podpory, je objednávateľ oprávnený požadovať od zhotoviteľa zmluvnú pokutu ak nebude dosiahnutá garantovaná doba disponibility každého jednotlivého plynového motora osobitne vo výške 500,- EUR za každú aj začatú chýbajúcu hodinu do splnenia garantovanej doby disponibility každého jednotlivého plynového motora v zmysle prílohy č. 6 tejto zmluvy, a to za každý motor samostatne, počas doby podpory. Dodržanie garantovanej doby prevádzky sa vyhodnocuje raz ročne, prvýkrát po uplynutí 365 kalendárnych dní od dňa odovzdania a prebratia a následne vždy po uplynutí každých ďalších 365 dní.“.

24. Vo vysvetlení č. 2 z 31.3.2017 je okrem iného uvedené, cit.: „Otázka č. 21: „S akým spôsobom prevádzkovania technologického zariadenia na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla (ako súčasti predmetu zákazky) sa vyžaduje: nepretržité prevádzkovanie alebo nasadzovanie technologického zariadenia podľa potreby?“ Odpoveď č. 21: Uvažujeme s nepretržitou prevádzkou technologického zariadenia. Otázka č. 22 Akým spôsobom uchádzač garantuje parameter lambda (uchádzačom garantovaná doba prevádzky každého jednotlivého plynového motora)? Aké sú sankcie za nedodržanie daného parametra? Odpoveď č. 22 Garantovanú dobu prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla, určuje uchádzač ako počet hodín v roku, pričom táto hodnota musí byť nižšia alebo rovná hodnote 8760 hodín/rok (hodnota garantovaná na ročnom základe počas 5 rokov od prebratia predmetu plnenia). V prípade nedodržania garantovanej doby prevádzky je obstarávateľ oprávnený uplatniť si voči úspešnému uchádzačovi zmluvné pokuty určené v návrhu zmluvy o dielo v článku 13 (príloha č. 5 súťažných podkladov – Zmluva o dielo). (...).“.

Právny rámec

25. 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.

26. Podľa § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vyhodnocujú ponuky na základe objektívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré súvisia s predmetom zákazky, s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Verejným obstarávateľom a obstarávateľom určené kritériá musia byť nediskriminačné a musia podporovať hospodársku súťaž.
27. Podľa § 44 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní kritérium na vyhodnotenie ponúk sa považuje za súvisiace s predmetom zákazky, ak sa z akéhokoľvek hľadiska a v ktorejkoľvek fáze životného cyklu výrobku, stavby alebo služby vzťahuje k požadovanému tovaru, stavebným prácam alebo službe, a to vrátane faktorov, ktoré sa týkajú konkrétneho procesu výroby, dodania tovaru, uskutočnenia stavebných prác alebo poskytnutia služby alebo obchodovania s nimi alebo konkrétneho procesu inej fázy životného cyklu výrobku, stavby alebo služby, to platí aj vtedy, ak tieto faktory nie sú súčasťou ich materiálnej podstaty.
28. Podľa § 44 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ponuky sa vyhodnocujú na základe a) najlepšieho pomeru ceny a kvality, b) nákladov použitím prístupu nákladovej efektívnosti najmä nákladov počas životného cyklu alebo c) najnižšej ceny.
29. Podľa § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní najlepší pomer ceny a kvality sa posúdi na základe ceny alebo nákladov a ďalších kritérií, ktoré zahŕňajú kvalitatívne, environmentálne alebo sociálne hľadiská súvisiace s predmetom zákazky a ktorými sú najmä kvalita vrátane technického prínosu, estetické a funkčné vlastnosti, prístupnosť, riešenia vhodné pre všetkých používateľov, sociálne, environmentálne a inovačné charakteristické znaky, obchodovanie a jeho podmienky, organizácia, kvalifikácia a skúsenosti zamestnancov určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy, ak kvalita týchto zamestnancov môže mať významný vplyv na úroveň plnenia, záručný servis, pozáručný servis, technická pomoc, dodacie podmienky, ako aj dátum dodania, spôsob dodania, lehota dodania alebo termín ukončenia, ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti aj bezpečnosť dodávky, interoperabilita a prevádzkové charakteristiky.
30. Podľa § 57 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ zrušia verejné obstarávanie alebo jeho časť, ak
- a) ani jeden uchádzač alebo záujemca nesplnil podmienky účasti vo verejnom obstarávaní a uchádzač alebo záujemca neuplatnil námietky v lehote podľa tohto zákona,
 - b) nedostal ani jednu ponuku,
 - c) ani jedna z predložených ponúk nezodpovedá požiadavkám určeným podľa § 42 alebo § 45 a uchádzač nepodal námietky v lehote podľa tohto zákona,
 - d) jeho zrušenie nariadil úrad.
31. Podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu zrušiť verejné obstarávanie alebo jeho časť aj vtedy, ak sa zmenili okolnosti, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie, ak sa v priebehu postupu verejného obstarávania vyskytli dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračovali, najmä ak sa zistilo porušenie tohto zákona, ktoré má alebo by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, ak nebolo predložených viac ako dve ponuky alebo ak navrhované ceny v predložených ponukách sú vyššie ako predpokladaná hodnota. Ak bola predložená len jedna ponuka a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nezrušil

verejné obstarávanie alebo jeho časť, je povinný zverejniť v profile odôvodnenie, prečo verejné obstarávateľ nezrušil.

Právne posúdenie úradom

32. Úrad uvádza, že rozhodnutím č. 9377-6000/2017-ON/-P zo 7. 8. 2016 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v súlade s § 173 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní za účelom získania odborného stanoviska, nakoľko na posúdenie objektívneho stavu veci bolo potrebné zodpovedať otázky odborného charakteru viažuce sa k predmetnému verejnému obstarávaniu. Predmetné odborné stanovisko doručil energetický audítor Ing. Peter Švolík (ďalej len „odborník“) úradu 6. 9. 2017 (ďalej len „odborné stanovisko“).
33. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä kompletnej dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa a navrhovateľom namietaných skutočností v námietkach, ako aj doručeného odborného stanoviska konštatuje nasledovné:

K bodu č. 1 námietok úradu uvádza, nasledovné:

34. V nadväznosti na obsah námietok navrhovateľa úrad uvádza, že právna úprava § 57 zákona o verejnom obstarávaní v odseku 1 upravuje taxatívne dôvody, pre ktoré vždy verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia zrušiť verejné obstarávanie, resp. jeho časť. Okrem obligatórnych dôvodov zrušenia verejného obstarávania podľa § 57 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zákonodarca zakotvil v odseku 2 ustanovenia § 57 zákona o verejnom obstarávaní aj fakultatívne dôvody, keď verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže zrušiť verejné obstarávanie, resp. jeho časť. Výpočet fakultatívnych dôvodov zrušenia súťaže uvedený v § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je však taxatívny, čo znamená, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ v prípade fakultatívneho zrušenia verejného obstarávania môže použiť len jeden z dôvodov zrušenia verejného obstarávania uvedených v § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu zrušiť verejné obstarávanie alebo jeho časť aj vtedy,
- ak sa zmenili okolnosti, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie,
 - ak sa v priebehu postupu verejného obstarávania vyskytli dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa a obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračovali,
 - ak nebolo predložených viac ako dve ponuky,
 - ak navrhované ceny v predložených ponukách sú vyššie ako predpokladaná hodnota zákazky.
35. Pod zmenou okolností, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo, treba v súlade s klauzulou rebus sic stantibus rozumieť zmenu pôvodných podmienok a okolností, z ktorých kontrolovaný vychádzal v okamihu vyhlásenia verejného obstarávania a ku ktorých zmene došlo počas priebehu verejného obstarávania do tej miery, že od kontrolovaného nemožno rozumne očakávať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval. Pokiaľ by verejný obstarávateľ disponoval neobmedzenou právomocou zrušiť verejné obstarávanie bez opodstatnených legitímnych dôvodov, takýto postup

by predstavoval neprimeraný zásah do práv uchádzačov. Za zmenu okolností teda nemožno považovať akúkoľvek zmenu v procese verejného obstarávania. Za zmenu okolností je možné považovať napr. prípad, keď dôjde počas verejného obstarávania k takej legislatívnej zmene, ktorá má vplyv na plnenie zákazky a za predpokladu, že je potrebné predmetnú legislatívnu požiadavku zohľadniť v dodávke tovaru, uskutočnení stavebných prác alebo pri poskytnutí služby.

36. V rámci úpravy § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní bolo prijaté pravidlo, ktoré umožňuje verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi zrušiť verejné obstarávanie aj v prípade, ak sa v priebehu postupu verejného obstarávania vyskytnú dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval. Za dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa a obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračovali, je podľa dôvodovej správy k zákonu o verejnom obstarávaní možné považovať najmä prípady, keď verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v priebehu verejného obstarávania identifikuje porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré má alebo by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, čím sa v podstate umožňuje vykonanie autoremedúry. Taktiež by mohlo ísť napr. o situácie narušenia hospodárskej súťaže vyplývajúce z prípravných trhových konzultácií, kde by neodstrániteľným spôsobom mohlo dôjsť k zvýhodneniu určitého uchádzača. Taktiež môže ísť o prípad, kedy by verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ sám identifikoval porušenie čestnej hospodárskej súťaže bez toho, aby bolo potrebné konštatovať existenciu dohody obmedzujúcej súťaž zo strany orgánu ochrany hospodárskej súťaže.
37. Vzhľadom na skutočnosť, že ustanovenie § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nevymedzuje taxatívne dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, je úrad toho názoru, že za dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, je možné považovať aj iný prípad, ako porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré má, resp. by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania. Podľa názoru úradu o zrušení verejného obstarávania z dôvodu existencie dôvodu hodného osobitného zreteľa, je možné uvažovať napr. aj v prípade, ak sa verejný obstarávateľ a obstarávateľ z určitých objektívnych dôvodov po vyhlásení verejného obstarávania dostane do situácie, kedy skutočne nemá k dispozícii peňažné prostriedky na financovanie vyhlásenej zákazky. V spojení s uvedeným úrad poukazuje na skutočnosť, že už v minulosti pripustil, v prípade projektov financovaných z prostriedkov EÚ, aplikovať mechanizmus, pri ktorom dochádza k situácii, kedy verejný obstarávateľ a obstarávateľ vopred vyhlási verejné obstarávanie a realizuje celý jeho proces a následne spolu s ukončeným procesom verejného obstarávania podáva žiadosť o poskytnutie príslušného finančného príspevku. Tzn. dochádza k vyhláseniu verejného obstarávania v čase, keď existuje len predpoklad, že príslušný riadiaci orgán schváli žiadosť o poskytnutie finančného príspevku a až následne bude verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ disponovať peňažnými prostriedkami určenými na financovanie plnenia predmetu zákazky ukončeného verejného obstarávania. V niektorých takýchto prípadoch neboli schválené a poskytnuté finančné príspevky príslušným riadiacim orgánom, čo v situácii, kedy verejný obstarávateľ/obstarávateľ nedisponoval vlastnými zdrojmi na financovanie realizácie predmetu zákazky, bolo objektívnym dôvodom pre zrušenie verejného obstarávania, nakoľko to úrad považoval za dôvod hodný

osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval.

38. Úrad je totiž toho názoru, že práve skutočnosť, že verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ nedisponuje finančnými prostriedkami potrebnými na financovanie plnenia predmetu zákazky z určitých objektívnych dôvodov, je dôvodom hodným osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, t. j. aby smeroval k podpísaniu zmluvy, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania, nakoľko by v opačných prípadoch dochádzalo k uzatváraniu zmluvných záväzkov, pri ktorých objednávateľ, t. j. verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ nemá finančné zdroje na financovanie plnenia predmetu zákazky úspešným uchádzačom. Je teda podľa názoru úradu v takýchto prípadoch vhodné uvažovať o zrušení verejného obstarávania, ak verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ nedisponuje potrebným objemom finančných prostriedkov pre financovanie vyhláseného verejného obstarávania, avšak len za dodržania predpokladu, že k takýmto situáciám nedochádza účelovým konaním, resp. nekonaním verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa. Preto ak si aj verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ zakomponuje výhradu zrušenia vyhláseného verejného obstarávania pre prípad, ak by v budúcnosti nemal peňažné prostriedky na financovanie plnenia predmetu zákazky z určitých dôvodov do súťažných podkladov, resp. iného dokladu týkajúceho sa vyhláseného verejného obstarávania, v prípade uplatnenia tohto dôvodu zrušenia verejného obstarávania, je povinný v súlade s princípom transparentnosti upraveným v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní riadne a dôkladne uviesť všetky okolnosti, ktoré vyvolali také zmeny v doterajšom postupe verejného obstarávania, ktoré ho oprávňujú zrušiť verejné obstarávanie z tohto dôvodu, a to do miery potrebnej pre zrozumiteľné a určité upovedomenie o nevyhnutnosti uskutočnenia takého úkonu. V opačnom prípade nie je oprávnený pristúpiť k zrušeniu verejného obstarávania z tohto dôvodu, aj napriek tomu, že mal v súťažných podkladoch uvedenú predmetnú výhradu zrušenia verejného obstarávania.
39. V spojitosti s vyššie uvedeným úrad taktiež dodáva, že postup pri zrušení verejného obstarávania je verejný obstarávateľ a obstarávateľ v súlade s princípom transparentnosti v spojení s § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní povinný zachytiť v dokumentácii k verejnému obstarávaniu tak, aby všetky postupy a úkony verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa mohli podliehať kontrole, a to tak samotnými uchádzačmi, ako aj nestranným orgánom disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržaním povinností kontrolovaného. Úrad má za to, že len dodržaním uvedeného postupu by bolo rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania transparentné a spätne preskúmateľné.
40. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené uvádza, že z predloženej dokumentácie vyplýva, že predmet zákazky tohto verejného obstarávania má byť financovaný z externých zdrojov prostredníctvom bánk, pričom podmienky financovania majú byť uzatvorené pred podpisom zmluvy o dielo s úspešným uchádzačom. Ide teda podľa názoru úradu o obdobný prípad z pohľadu zabezpečenia financovania zákazky ako v prípade, ktorý je popísaný v bode 37 tohto rozhodnutia, nakoľko kontrolovaný vopred vyhlásil verejné obstarávanie, v čase keď existuje predpoklad, že peňažné prostriedky na financovanie realizácie predmetu zákazky bude mať k dispozícii až v čase pred podpisom zmluvy o dielo, ktorá má byť výsledkom predmetného verejného obstarávania. Podľa bodu 31. 3. súťažných podkladov si kontrolovaný zároveň pre prípad, že v lehote viazanosti ponúk nezíska finančné prostriedky z externých zdrojov, vyhradil právo zrušiť predmetné verejné obstarávanie.

41. Vzhľadom na skutočnosť, že úrad už v minulosti pripustil ako dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, ak nemá k dispozícii peňažné prostriedky na financovanie plnenia predmetu zákazky po vyhlásení verejného obstarávania, resp. po jeho ukončení z objektívnych dôvodov, je úrad toho názoru, že ak by v prípade tohto verejného obstarávania nastala situácia, že by kontrolovaný do uplynutia lehoty viazanosti ponúk z objektívnych dôvodov nezískal peňažné prostriedky z externých zdrojov, konkrétne od bánk, je možné uvažovať o zrušení vyššie uvedeného verejného obstarávania z dôvodu existencie dôvodu hodného osobitného zreteľa, pre ktorý nie je možné od kontrolovaného požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval za predpokladu, že k uvedenej situácii nedôjde účelovým konaním kontrolovaného a za predpokladu, že tento dôvod zrušenia bude preukázaný v zmysle princípu transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní tak, ako je uvedené v bode 38 tohto rozhodnutia.
42. Ak teda je možné považovať skutočnosť, že po vyhlásení verejného obstarávania verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ z objektívnych dôvodov nedisponuje potrebnými peňažnými prostriedkami na financovanie plnenia predmetu zákazky za dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, t. j. aby smeroval k podpísaniu zmluvy bez dispozície potrebných finančných prostriedkov, je možné konštatovať, že kontrolovaný si mohol v súťažných podkladoch vyhradiť právo zrušenia verejného obstarávania z dôvodu, ak nezíska v lehote viazanosti ponúk finančné prostriedky z externých zdrojov. Tak ako ale bolo uvedené, aj napriek tejto výhrade uvedenej v súťažných pokladoch by kontrolovaný mohol pristúpiť k zrušeniu verejného obstarávania iba v prípade preukázania skutočnosti, že nemá finančné prostriedky na financovanie predmetu zákazky, a to v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
43. Za týchto okolností úrad konštatuje, že kontrolovaný nepostupoval v rozpore s ustanovením § 57 ods. 2 v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď si v súťažných podkladoch vyhradil právo na zrušenie predmetného verejného obstarávania pre prípad, ak nastane situácia, že do uplynutia lehoty viazanosti ponúk nezíska finančné prostriedky z externých zdrojov, nakoľko skutočnosť, že kontrolovaný by z určitých objektívnych dôvodov po vyhlásení verejného obstarávania nemal k dispozícii peňažné prostriedky na financovanie plnenia predmetu zákazky tohto verejného obstarávania, je možné považovať za dôvod hodný osobitného zreteľa, pre ktorý nemožno od kontrolovaného požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval. Úrad však opätovne poukazuje na to, že v prípade, ak dôjde zo strany kontrolovaného k zrušeniu predmetného verejného obstarávania uplatnením tohto dôvodu, je povinný náležitým spôsobom preukázať, že tento dôvod hodný osobitného zreteľa nebol zapríčinený jeho konaním, resp. nekonaním.
44. Vzhľadom na vyššie uvedené považuje úrad námietky navrhovateľa v bode č. 1 za **neopodstatnené**.

K bodu č. 2 námietok navrhovateľa úrad uvádza nasledovné:

45. Úrad uvádza, že z bodu 26 „Kritérium na vyhodnotenie ponúk“ súťažných podkladov vyplýva, že v predmetnom verejnom obstarávaní sa majú ponuky vyhodnocovať

na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality. Kritériom pre stanovenie najlepšieho pomeru ceny a kvality je prínos pre obstarávateľa, ktorý sa vyhodnotí na základe vzorca:

$$Po = \lambda \times (Pe \times Ce + Pt \times Ce - Pe \times Cp / (Ne/100) - Sc/24 \times Cc - Csmt \times n) - Csf / (Ds/12) - Cd/Do$$

Definícia významu jednotlivých parametrov vzorca je uvedená v bode 15 tohto rozhodnutia.

46. Vzhľadom na skutočnosť, že v posudzovanom prípade bolo potrebné zodpovedať odborné otázky týkajúce sa parametra lambda, ktorý vstupuje do vzorca slúžiaceho na vyjadrenie ročného prínosu technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla, úrad požiadal odborníka, aby zodpovedal nasledovné otázky:

- 1) Zohľadňuje parameter lambda výrobcom predpísané servisné zásahy (po nabehnutí určitého počtu mth) technologického zariadenia určeného na kombinovanú výrobu elektriny a tepla?
- 2) Vyplýva zo súťažných podkladov k predmetnému verejnemu obstarávaniu, že uchádzači majú v parametri lambda zohľadňovať výrobcom predpísané servisné zásahy technologického zariadenia určeného na kombinovanú výrobu elektriny a tepla? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 3) Bolo možné, aby kontrolovaný nastavil v parametri lambda prevenčné limity? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 4) Mal kontrolovaný v parametri lambda nastaviť prevenčné limity? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 5) Určil kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní nejaké mechanizmy, ktoré majú zabezpečiť, aby nedochádzalo k nekalému, resp. zneužívajúcemu určeniu parametra lambda? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 6) Zabezpečil kontrolovaný dostatočným spôsobom predpoklad, cit.: „uchádzač od počtu hodín v roku odpočíta počet hodín potrebný na všetky opravy, údržbu, odborné prehliadky a skúšky technických zariadení vyplývajúcich z platnej legislatívy a rezervu na odstránenie prípadných porúch.“ proti zneužívajúcemu určeniu hodnoty v parametri lambda? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 7) Bolo možné v tomto prípade lepším spôsobom zabezpečiť, či už nastavením predmetného vzorca alebo akýmkoľvek iným úkonom, aby nedochádzalo k nekalému, resp. zneužívajúcemu určeniu parametra lambda? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 8) Je bežné a štandardné vo vzorci slúžiacom na vyhodnotenie kritérií, resp. v návrhu na plnenie kritérií na vyhodnotenie ponúk (príloha č. 2 súťažných podkladov) v takomto segmente uvádzať prevádzku za obdobie 1 rok a prečo (keďže garantovaná doba prevádzky sa vyžaduje 5 rokov)? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 9) Posúďte, či predmetný vzorec skutočne vyjadruje ekonomický prínos pre kontrolovaného pri technologických zariadeniach, ktoré majú byť dodané v rámci predmetu zákazky? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.
- 10) Nastavil kontrolovaný predmetný vzorec, na základe ktorého sa vyhodnotí ekonomický prínos správne? Prosím, odôvodnite svoju odpoveď.

47. Znalec vo svojom odbornom stanovisku k vyššie uvedeným otázkam uviedol nasledovné:

K otázke č. 1 uviedol, cit.: „Áno. Parameter lambda vo vzorci v bode 26.1 bol zadefinovaný ako uchádzačom garantovaná doba prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla určená ako počet hodín prevádzky v roku. Mám za to, že podľa takto

definovanej požiadavky má uchádzač zohľadniť nielen servisné zásahy, ale aj iné skutočnosti, ktoré by mohli mať za následok nefunkčnosť jednotlivých technologických zariadení určených na kombinovanú výrobu elektriny a tepla. Záujemcovia majú pre tento parameter navrhnuť hodnotu, ktorú sú schopní garantovať. To znamená, že ak predmetom zákazky sú aj servisné zásahy, ktoré sa majú vykonávať podľa pokynov výrobcu, je logické, že je potrebné zohľadniť ich práve v tomto parametri, nakoľko podľa poskytnutej dokumentácie predmetný parameter bol do vzorca dosadený za účelom identifikovania počtu hodín v roku, kedy je KJ schopné byť prevádzky, ktorý poskytuje určitý hospodársky subjekt v rámci plnenia predmetu zákazky.“.

K otázke č. 2 uviedol, cit.: „Výplýva. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania predmetnej zákazky vo vestníku č. 41/2017 v bode II.2.4) je zadefinované, že lambda je : „uchádzačom garantovaná doba prevádzky každého jednotlivého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla určená ako počet hodín prevádzky v roku podľa prílohy č. 2 súťažných podkladov. Tento parameter (rovnako ako aj ďalšie z predmetnej prílohy č. 2) je v súlade s prílohou č. 6 (Tabuľka - garantované parametre) Zmluvy o dielo. Podľa bodu 12.2 tejto Zmluvy zhotoviteľ preberá záruku, že počas záručnej doby dielo bude nepretržite spĺňať garantované parametre podľa prílohy č. 6 tejto zmluvy.

V zmluve o Dielo (príloha súťažných podkladov) je v článku 1. Predmet zmluvy, bod 1.4.4.1 uvedené, že súčasťou Diela je poskytovanie podpory prevádzky technologického zariadenia počas prvých 60 mesiacov od odovzdania za účelom zabezpečenia nepretržitej a bezpečnej prevádzky technologického zariadenia v prevádzkových podmienkach objednávateľa za súčasného spĺňania parametrov stanovených touto zmluvou a prevádzkových požiadaviek objednávateľa, pričom jednotlivé úkony podporu sa zaväzuje vykonávať v lehotách a v rozsahu podľa podmienok určených výrobcom technologického zariadenia, určených touto zmluvou a v lehotách a podľa podmienok vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov a/alebo technických noriem.

Mám za to, že nesúlad medzi prílohou č. 2 v súťažných podkladoch a prílohou č. 6 Zmluvy o Dielo by viedol k vylúčeniu uchádzača z výberového konania. V prípade súladu hodnôt v predmetných prílohách uchádzač preberá na seba zmluvné sankcie, že nezohľadňuje výrobcom predpísané servisné zásahy technologického zariadenia určeného na kombinovanú výrobu elektriny a tepla.

Všeobecne je možné povedať, že každý vzorec bez ohľadu na jeho správnosť môže ktorýkoľvek subjekt zneužiť svojim konaním tak, že uvedie nereálne hodnoty. Je však potrebné poukázať na skutočnosť, že v prípade, ak je známy výrobca motora, tak pre konkrétny typ motora je možné identifikovať konkrétne servisné podmienky, ktoré doporučuje výrobca pre tento typ motora. Verejný obstarávateľ je schopný si predmetný údaj overiť, či je reálny, t. j., či skúmaný subjekt v predmetnom parametri odpočítal od ročnej prevádzky potrebný servis, a teda je možné overiť si skutočnosť, či tento subjekt je schopný dodržať garantovanú dobu prevádzky. Predmetné je možné overiť aj pri iných parametroch. Ide napr. o parametre vo vzorci týkajúce sa elektrického a tepelného výkonu.

Je potrebné poukázať na skutočnosť, že verejný obstarávateľ reálne nevie zabezpečiť to, že určitý hospodársky subjekt odpočíta servis, nakoľko ide o subjektívne rozhodnutie tohto subjektu, ktorý v prípade ak sa rozhodne, že neuvedie skutočnú garantovanú prevádzkovú dobu riskuje, že bude vylúčený z procesu verejného obstarávania.

Navyše, v bode 13.8. Zmluvy o dielo sú uvedené sankcie pre prípad nedodržania garantovanej doby prevádzky, kedy je objednávateľ oprávnený požadovať od zhotoviteľa zmluvnú pokutu za každú aj začatú chýbajúcu hodinu do splnenia garantovanej doby

disponibility každého jednotlivého plynového motora. Preto je na záujemcovi, aby parameter pre parameter lambda uviedol reálnu hodnotu.“.

K otázke č. 3 uviedol, cit.: „Vzhľadom na možný počet hodín prevádzky technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla je potrebné v parametri lambda uvažovať nielen s časom na vykonávanie pravidelného (výrobcom predpísaným servisom) ale aj s časom na odstránenie náhodných porúch. Na vykonanie predpísaného servisu je výrobcom stanovený rozpis prác a činností, ktoré je potrebné vykonať. Na tento servis je možné sa pripraviť a naplánovať si ho v dostatočnom časovom predstihu s požadovanými náhradnými dielmi a potrebným počtom servisných pracovníkov. V prípade tohto servisu vzdialenosť servisného strediska od miesta inštalácie nie je rozhodujúca nakoľko sa čas servisu plánuje.

Na odstránenie náhodných porúch je však potrebné mať vybudované servisné stredisko s dostatočnými zásobami náhradných dielov vo vzdialenosti, ktorá zabezpečí možnosť rýchleho nástupu dostatočného počtu servisných pracovníkov.

Verejný obstarávateľ nemohol nastaviť prevenčné limity na vykonanie výrobcom predpísaného servisu, nakoľko aby bolo možné stanoviť prevenčné limity týkajúce sa servisných zásahov, musel by poznať motory, ktoré uchádzači budú dodávať v rámci predmetu zákazky, resp. musel by určiť v rámci predmetu zákazky konkrétny typ motora od konkrétneho výrobcu a následne, ak by bol tento motor určený, bolo by možné určiť minimálne servisné limity, ktoré sú potrebné dodržať počas prevádzky takéhoto motora po nabehnutí určitého počtu mth motora. Servisné limity sa vždy vzťahujú k určitému konkrétnemu typu motora. Tiež je však možné niektoré servisné intervaly meniť. Ako príklad uvádzam možnosť predĺženia servisného intervalu výmeny oleja v prípade použitia oleja s dlhšou dobou životnosti (čo však musí uchádzač zohľadniť vo variabilnej cene za vykonávanie opráv a údržby). V prípade, že by Verejný obstarávateľ nastavil prevenčné limity museli by zohľadňovať ako vykonávanie výrobcom predpísaného servisu, tak aj čas na odstraňovanie náhodných porúch. Verejný obstarávateľ si zvolí parameter lambda ako vyhodnocovacie kritérium, čím „tlačí“ uchádzačov k dosiahnutiu jeho, čo najvyššej hodnoty.“.

K otázke č. 4 uviedol, cit.: „Vid' odpoveď na otázku č. 3. Podľa nastavených podmienok je na zväžení jednotlivých uchádzačov v akej hodnote sa zaviazu s dosiahnutím parametru lambda. Nakoľko vyššia hodnota parametru lambda by mohla viesť k vyššej hodnote servisných nákladov je korektné, že Verejný obstarávateľ tieto náklady taktiež zohľadňuje v Kritériu pre stanovenie najlepšieho pomeru ceny a kvality.“.

K otázke č. 5 uviedol, cit.: „Mechanizmom na zabezpečenie, aby nedochádzalo k nekalému, resp. k zneužívajúcemu určeniu parametru lambda sú sankcie v článku 13 Zmluvy o Diele. K uvedenej otázke taktiež pozri odpoveď na otázku č. 6.“.

K otázke č. 6 uviedol, cit.: „Ako už bolo vyššie uvedené, predmetný vzorec zohľadňuje aj servisné zásahy, t. j. servisné zásahy doporučené výrobcom, ktoré majú byť odpočítané od hodinovej prevádzky v parametri lambda. Ak sa určitý záujemca rozhodne, že v predmetnom parametri nevyjadri aj potrebné servisné zásahy, toto verejný obstarávateľ reálne nie je schopný nastavením vzorca ovplyvniť, nakoľko ide o subjektívne rozhodnutie tohto záujemcu. Verejný obstarávateľ však môže za takéto konanie sankcionovať záujemcu vylúčením, keď bude overovať reálnosť garantovanej prevádzky motora, ktorú uvedie vo svojej ponuke konkrétny uchádzač. Preto existuje predpoklad, že potencionálni záujemcovia budú garantovať reálnu dobu prevádzky motora,

ktorý poskytnú v rámci plnenia a skutočnosť, že niektorý záujemca nezohľadní vo svojom návrhu kritérií predmetnú skutočnosť bude skôr výnimkou.“.

K otázke č. 7 uviedol, cit.: „Mám za to, že požadované pokuty v Zmluve o Dielo za nedodržanie jednotlivých parametrov sú dostatočné na zabezpečenie určenia korektného parametru lambda. K uvedenej otázke taktiež pozri odpoveď na otázku č. 6.“.

K otázke č. 8 uviedol, cit.: „Nie je možné urobiť jednoznačný záver, či je bežné a štandardné, ak sa vyhodnocuje ročný prínos technológie. Je však možné konštatovať, že je v kompetencii subjektu, ktorý bude technológiu využívať, určiť si, že bude vyhodnocovať ročný prínos posudzovanej technológie. Je potrebné uviesť, že počas garantovanej doby prevádzky, ktorá predstavuje obdobie 5 rokov by sa ročný prínos nemal výrazne meniť. Zmenu ročného prínosu počas garantovanej 5 ročnej prevádzke technológie sa môže meniť len v závislosti od nepredvídateľných servisných zásahov, ktoré bude potrebné vykonať, ak nastane nejaká porucha na technológii. Ostatné parametre vzorca sú konštantné, napr. výkon technológie je počas prvých piatich rokov konštantný, resp. nemenný, spravidla ho určuje výrobca pri výrobe príslušnej technológie. Pri servise, ktorý odporúčajú výrobcovia je spravidla konštantný, spravidla vykonávaný po nabehnutí určitých mth využitej technológie, napr. olej má byť menený po každých 15 000 mth prevádzky takejto technológie. Z uvedeného teda je zrejmé, že pokiaľ pôjde o servisné úkony, ktoré doporučuje vykonať výrobca technológie vykonávajú sa spravidla po nabehnutí určitého konštantného počtu mth prevádzky technológie. Som teda toho názoru, že ročný prínos môže byť správnou voľbou aj pri požiadavke garancie doby prevádzky v trvaní 5 rokov, nakoľko býva spravidla konštantný. Z uvedeného hľadiska nemá zmysel, aby ročný prínos bol pre násobený piatimi rokmi, aj keď by takýmto spôsobom samozrejme mohol byť skúmaný aj 5 ročný prínos posudzovanej technológie.“.

K otázke č. 9 uviedol, cit.: „Môžem konštatovať, že predmetný vzorec skutočne vyjadruje ekonomický prínos technológie, ktorá má byť dodaná podľa požiadaviek obstarávateľa. Pri posudzovaní, či predmetný vzorec vyjadruje ekonomický prínos technológie je potrebné uviesť, že prínos určitej technológie je možné určiť na základe rôznych parametrov. Ak je kritériom na vyhodnotenie prínos technológie, je potrebné najskôr identifikovať, čo predstavuje prínos pre subjekt, v tomto prípade obstarávateľa, ktorý bude určitú technológiu využívať. Dôraz môže byť kladený na rôzne aspekty technológie, napr. na nepretržitú prevádzku technológie počas roka, výkon, či servisné náklady alebo dĺžka životnosti technológie. Pri posudzovaní prínosu technológie nie sú určené exaktne povinné parametre, ktoré majú byť využité pri skúmaní prínosu technológie. Prax je skôr taká, že výber parametrov prínosu je v kompetencii subjektu, ktorý bude technológiu využívať, nakoľko len on sám vie najlepšie identifikovať, resp. on sám sa rozhoduje, koľko rokov bude technológia využívaná, akým spôsobom, kde atď. Pre jeden subjekt, ktorý si vyberá medzi rôznymi technológiami, resp. riešeniami môže byť dôležitý práve servis, iný subjekt zase bude klásť dôraz na max. výkon technológie počas nepretržitej prevádzky počas roka. Som teda toho názoru, že pokiaľ ide o nastavenie vzorca, je to plne v kompetencii subjektu, ktorý bude využívať technológiu, nakoľko ide o subjektívne rozhodnutie, čo pre neho bude predstavovať prínos ponúknutej technológie. Môžem konštatovať, že ekonomický prínos ponúknutej technológie je predmetným vzorcom vyjadrení kumuláciou viacerých parametrov. Podľa tohto vzorca pre obstarávateľa je z hľadiska vyhodnocovania prínosu ponúknutej technológie dôležité zohľadniť množstvo vyrobeného tepla a elektrickej energie počas roka, spotrebu čpavkovej vody, servis a dobu prevádzky technológie počas roka. Obstarávateľ do tohto vzorca importoval parametre, ktoré

sa bežne používajú na vyjadrenie prínosu určitej technológie. To znamená, že po dosadení príslušných údajov bude identifikovaný ročný prínos ponúkanej technológie na základe parametrov, ktoré je vhodné zvoliť pri vyhodnocovaní prínosu technológie.“.

K otázke č. 10 uviedol, cit.: „Môžem konštatovať, že predmetný vzorec je správny. Neobsahuje, žiadne chyby. Podľa predmetného vzorca prínos bude identifikovaný na základe niekoľkých parametrov. Do tohto vzorca budú dosadené jednak konštantné údaje, napr. cena tepla a elektriny atď. a údaje, ktoré poskytnú uchádzači vo svojich ponukách o technológiách, ktoré ponúkajú. Po dosadení týchto údajov je možné vypočítať prínos posudzovanej technológie.“.

48. Úrad uvádza, že podľa vyššie citovaných vyjadrení odborníka **jednotlivé servisné úkony** v lehotách a rozsahu podľa podmienok určených výrobcom technologického zariadenia počas prvých 60 mesiacov od odovzdania za účelom zabezpečenia nepretržitej a bezpečnej prevádzky technologického zariadenia v prevádzkových podmienkach kontrolovaného **majú byť zohľadnené v parametri lambda**, nakoľko tento parameter bol do vzorca slúžiaceho na vyjadrenie ročného prínosu pre kontrolovaného dosadený za účelom určenia počtu hodín v roku uchádzačom **garantovanej** doby prevádzky každého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla. V zmysle vyjadrení odborníka v predmetnom parametri vzorca by mali byť okrem servisných úkonov podľa podmienok určených výrobcom technologického zariadenia vyjadrené, resp. zohľadnené **aj všetky iné skutočnosti, ktoré by mohli mať za následok nefunkčnosť** jednotlivých technologických zariadení určených na kombinovanú výrobu elektriny a tepla z dôvodu, že **v predmetnom parametri vzorca má byť uchádzačmi navrhnutá hodnota, ktorú sú schopní garantovať** počas nepretržitej prevádzky v roku. Odborník vo svojich odpovediach zároveň skonštatoval, že predmetný vzorec je správny, neobsahuje žiadne chyby a po dosadení príslušných údajov bude vyjadrený ekonomický prínos posudzovanej technológie.
49. Úrad po oboznámení sa s vyššie uvedenými odpoveďami odborníka na otázky úradu konštatuje, že tvrdenie navrhovateľa o tom, že parameter lambda nezohľadňuje servisné požiadavky určené výrobcom príslušnej technológie sa na základe vyjadrení odborníka nepotvrdilo, nakoľko podľa vyjadrení odborníka uchádzači majú zohľadňovať servisné zásahy podľa podmienok určených výrobcom technológie v parametri lambda vzorca, ktorý slúži na vyjadrenie ekonomického prínosu technológie.
50. Čo sa týka skutočnosti, či kontrolovaný dostatočným spôsobom zabezpečil, aby nedochádzalo k nekalému, resp. zneužívajúcemu určeniu hodnoty v parametri lambda vzorca, ktorý slúži na vyjadrenie ekonomického prínosu kontrolovaným požadovanej technológie, sa odborník vo svojom odbornom stanovisku vyjadril tak, že ak sa určitý uchádzač pri spracovaní ponuky rozhodne, že v predmetnom parametri vzorca nevyjadrí aj servisné zásahy podľa podmienok určených výrobcom príslušnej technológie, kontrolovaný nie je schopný toto konanie nastavením vzorca nejakým spôsobom ovplyvniť, nakoľko ide o jeho subjektívne konanie. Odborník zároveň poukázal na skutočnosť, že kontrolovaný si môže reálnosť uchádzačom garantovanej doby prevádzky každého plynového motora, ktorý je súčasťou technológie na vysokoúčinnú kombinovanú výrobu elektriny a tepla vyjadrenej v parametri lambda predmetného vzorca, overiť na základe údajov o výrobcovi technológie, ktoré uchádzač poskytne vo svojej ponuke. Odborník uvádza, že ak je známy výrobca motora, tak pre konkrétny typ motora sú známe konkrétne servisné podmienky, ktoré doporučuje jeho výrobca.

Preto kontrolovaný bude schopný si predmetný údaj overiť, či je reálny, t. j. či bol v predmetnom parametri vzorca od ročnej prevádzky odpočítaný predmetný servis, a teda je možné overiť si, či bude dodržaná uchádzačom garantovaná doba prevádzky technológie. Odborník zároveň uviedol, že mechanizmom na zabezpečenie, aby nedochádzalo k nekalému, resp. zneužívajúcemu určeniu parametra lambda sú aj sankcie určené kontrolovaným v článku 13 Zmluvy o dielo, ktorá tvorí súčasť súťažných podkladov.

51. Uvedené skutočnosti je podľa úradu možné považovať za dostatočné mechanizmy, ktoré by mali eliminovať riziko zneužívania určenia predmetnej hodnoty v parametri lambda. Za týchto okolností prípadu je úrad toho názoru, že v predmetnom verejnom obstarávaní je dostatočným spôsobom zabezpečené, aby nedochádzalo k zneužívajúcemu určeniu hodnoty v parametri lambda vzorca, ktorý slúži na vyjadrenie ekonomického prínosu technológie.
52. Z odborného stanoviska ďalej vyplýva, že k otázke nastavenia prevenčných limitov v parametri lambda sa odborník vyjadril tak, že kontrolovaný nemohol nastaviť prevenčné limity na vykonanie výrobcom predpísaného servisu bez toho, aby mal vedomosť o tom od ktorých výrobcov, aké typy motorov budú uchádzačmi dodávané, resp. musel by v rámci predmetu zákazky požadovať konkrétny typ motora od konkrétneho výrobcu, pretože servisné požiadavky výrobcu sa vzťahujú vždy ku konkrétnemu typu motora.
53. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti konštatuje, že zo strany kontrolovaného týmto nedošlo k takému konaniu, ktoré by bolo možné považovať za konanie, ktoré nie je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. za konanie porušujúce princípy verejného obstarávania, vzhľadom na skutočnosť, že nebolo možné určiť predmetné limity v parametri lambda bez toho, aby v rámci predmetu zákazky bol požadovaný konkrétny typ motora od konkrétneho výrobcu. V spojení s uvedeným úrad poukazuje na skutočnosť, že v prípade, ak by kontrolovaný v rámci predmetu zákazky požadoval dodať konkrétny typ motora od konkrétneho výrobcu, takýmto konaním by došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže, čo je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.
54. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, na ktoré navrhovateľ poukazuje v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, na základe čoho považuje námietky navrhovateľa v bode č. 2 za **neopodstatnené**.
55. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.
56. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

57. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov

2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.

58. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e:

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 predmetného zákona podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, P.O. BOX 98, 820 05 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu o námietkach je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, rozhodnutie o námietkach nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručuje:

1. XY – navrhovateľ
2. Tepláreň Košice, a.s. v skratke TEKO, a.s., Teplárenská 3, 042 92 Košice – kontrolovaný