

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XX** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhu „Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš“, ktoré bolo vyhlásené verejným obstarávateľom **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 (ďalej len „kontrolovaný“), uverejnením Výzvy na predkladanie ponúk v Úradnom vestníku verejného obstarávania č. 182/2019 dňa 10.09.2019 pod značkou 23988 – WYP, 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 smerujúce proti vylúčeniu **zamiet**a.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 27.02.2020 podľa zákona č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých v znení neskorších predpisov (zákon o e-Governmente) doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe 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“) smerujúce proti vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania. Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené dňa 27.02.2020, v elektronickej podobe prostredníctvom komunikačného rozhrania v informačnom systéme JOSEPHINE (ďalej len „IS JOSEPHINE“), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizovalo.
2. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **27.02.2020**.
3. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Úrad má na základe sprístupnenej dokumentácie v IS JOSEPHINE za preukázané, že navrhovateľ predložil ponuku dňa 10.10.2019 o 22:43 hod.

4. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
5. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2.000,00 Eur (slovom: dvetisíc eur).
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 28.02.2020 kauciu vo výške 2.000,00 Eur (slovom: dvetisíc eur).
7. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v úvode námietok opisuje skutočnosti, ktoré predchádzali doručeniu Oznámenia o vylúčení z verejného obstarávania na predmet zákazky „Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš“, pod č. 6840/15350/60304/2020 dňa 18.02.2020 (ďalej len „**Oznámenie o vylúčení uchádzača**“).
9. Navrhovateľ v úvode námietok poukazuje na to, že dňa 07.01.2020 mu bola zo strany kontrolovaného doručená Žiadosť o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov (ďalej len „**Žiadosť o vysvetlenie č. 1**“), konkrétne o vysvetlenie/doplnenie dokladov, ktoré navrhovateľ využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, týkajúcich sa jednak finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní a jednak technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní.
10. Navrhovateľ tvrdí, že na vyššie uvedenú žiadosť reagoval podaním zo dňa 10.01.2020 (ďalej len „**Vysvetlenie č. 1**“), v rámci ktorého boli kontrolovanému predložené aj doklady, resp. referencie podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne:
 - a) Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **A**
 - b) Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **B**
 - c) Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **C**
 - d) Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **D**
 - e) Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **E**
11. Ďalej navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že dňa 30.01.2020 mu bola zo strany kontrolovaného doručená ďalšia Žiadosť o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov (ďalej len „**Žiadosť o vysvetlenie č. 2**“). Prostredníctvom Žiadosti o vysvetlenie č. 2 kontrolovaný vyzval navrhovateľa, aby v zozname stavebných prác a v referenciách, ktoré navrhovateľ predložil do verejného obstarávania, identifikoval, ktoré stavebné práce boli realizované v zmysle zadaných podmienok účasti.
12. Navrhovateľ tvrdí, že na Žiadosť o vysvetlenie č. 2 reagoval podaním zo dňa 04.02.2020 s názvom Vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov (ďalej len „**Vysvetlenie č. 2**“), v rámci ktorého kontrolovanému poskytol detailný popis predložených referenčných listov, a zároveň

podrobnú argumentáciu ohľadom relevantnosti predmetných referenčných listov vo vzťahu k verejnému obstarávaniu.

13. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný v rámci odôvodnenia Oznámenia o vylúčení uchádzača len stručne popísal skutkový stav vzťahujúci sa na účasť navrhovateľa vo verejnom obstarávaní a stručne vyhodnotil referenčné listy, predložené zo strany navrhovateľa. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný **vágne skonštatoval**, že z predložených referenčných listov **uznáva len referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou C, a že ostatné referenčné listy nesplnili podmienku realizácie stavebných prác priamo na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy**. Vzhľadom na uvedené tak navrhovateľ, podľa názoru kontrolovaného, nesplnil podmienku predloženia referencií v celkovom objeme 450.000,00 EUR, čo bolo aj dôvodom jeho vylúčenia z predmetného verejného obstarávania.
14. Napriek argumentácii uvedenej v rámci Vysvetlenia č. 2, kontrolovaný doručil dňa 18.02.2020 navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení uchádzača, ktorým ho informoval o jeho vylúčení z predmetného verejného obstarávania.
15. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na Výzvu na predkladanie ponúk zverejnenú v Úradnom vestníku verejného obstarávania č. 182/2019 dňa 10.09.2019 pod značkou 23988 – WYP (ďalej len „Výzva na predkladanie ponúk“), v ktorej je v časti III.1.3), presnejšie v časti „Zoznam a krátky opis podmienok“, uvedené:

„Uchádzač v ponuke predloží nasledovné informácie a dokumenty, ktorými preukazuje technickú alebo odbornú spôsobilosť: 1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní:

Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:

1.1 bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dokladom je referencia,

1.2 bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.“

16. Navrhovateľ ďalej v tejto súvislosti poukazuje na časť III.1.3) Výzvy na predkladanie ponúk, presnejšie na časť „Minimálna požadovaná úroveň štandardov: III. 1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1.“, kde je uvedené:

Pre účely splnenia tejto podmienky uchádzač predloží: Zoznam stavebných prác uskutočnených v rozhodnom období s rovnakým alebo podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky uskutočnených v celkovom objeme v min. hodnote 450 000,-€ bez DPH (slovom: štyristopäťdesiat tisíc eur) ktoré boli dané do užívania za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania...

17. Navrhovateľ zároveň poukazuje aj na oddiel II. Výzvy na predkladanie ponúk, ktorý bližšie konkretizuje **predmet zákazky**. V časti II.1) Výzvy na predkladanie ponúk (ROZSAH OBSTARÁVANIA) a v časti II.2) Výzvy na predkladanie ponúk (OPIS), je podľa navrhovateľa uvedená (okrem iného) nasledovná špecifikácia:

„Názov zákazky: *Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš, Referenčné číslo: 60304-2019-15*

Hlavný CPV kód: *45000000-7*

Stručný opis: *Predmetom zákazky je vykonanie stavebných prác Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš. Stavba rieši aj osvetlenie chodníka pre peších. Napojenie osvetlenia križovatky bude z pôvodného rozvádzača RVO po jeho úprave. Cieľom rekonštrukcie verejného osvetlenia je vybudovanie ekonomického osvetlenia jestvujúcej križovatky. Predmet zákazky je podrobne vymedzený v časti B.1 Opis predmetu zákazky SP.*

Dodatočné kódy CPV *45315100-9
45316110-9
45317300-5“*

18. Navrhovateľ na margo vyššie uvedeného pokračuje a dodáva, že v súlade s aktuálnym spoločným slovníkom obstarávania (CPV), sa pod kódom 45000000-7 rozumejú **stavebné práce** a pod kódmi 45315100-9, 45316110-9 a 45317300-5 rozumejú elektrotechnické inštalačné práce, inštalovanie osvetlenia ciest a elektroinštalačné práce na elektrických rozvádzačoch. Vzhľadom na uvedené je tak podľa navrhovateľa zrejmé, že **predmetom zákazky boli stavebné práce, ako aj vybrané stavebno-inštalačné práce**.
19. Navrhovateľ ďalej v námietkach tvrdí, že v rámci Súťažných podkladov k predmetnej zákazke je ďalej predmet zákazky vymedzený jednak v časti A.1 (POKYNY PRE UCHÁDZAČOV), kde je predmet zákazky popísaný obdobne ako v časti II.1) Výzvy na predkladanie ponúk (ROZSAH OBSTARÁVANIA) a v časti II.2) Výzvy na predkladanie ponúk (OPIS), a jednak v časti B.1 (OPIS PREDMETU ZÁKAZKY), kde je ďalej uvedené, že „*predmetom zákazky sú stavebné práce – “Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš”*“. Podľa navrhovateľa je tak zrejmé, že kontrolovaný predmet zákazky aj v Súťažných podkladoch špecifikoval ako stavebné práce, pričom predmet zákazky doplnil aj o názov zákazky “*Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš*“.
20. Navrhovateľ sa následne v námietkach zameriava na argumentáciu vo vzťahu k splneniu podmienok účasti v predmetnom verejnom obstarávaní, a to vo svetle ním predložených referenčných listov, ktoré boli potvrdené jednotlivými odberateľmi. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný ako verejný obstarávateľ v predmetnom verejnom obstarávaní určil ako predmet verejného obstarávania stavebné práce. Zároveň z Výzvy na predkladanie ponúk podľa

navrhovateľa vyplýva, že uchádzač preukáže svoju technickú a odbornú spôsobilosť, ako jednu z podmienok účasti, **predložením zoznamu stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky – stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania).** Navrhovateľ poznamenáva, že kontrolovaný v rámci Súťažných podkladov, ani Výzvy na predkladanie ponúk však bližšie nešpecifikuje pojem „stavebné práce podobného charakteru“ ako predmet zákazky.

21. **Navrhovateľ má za to, že preukázal splnenie technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ako jednej z podmienok účasti, predložením 5 referenčných listov.** Keďže kontrolovaný nenamietal relevantnosť referenčného listu potvrdeného odberateľom, spoločnosťou C, navrhovateľ sa následne v námietkach venuje výlučne bližšiemu popisu zvyšných 4 referenčných listov, a to nasledovne:

1. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou A

V rámci predmetného referenčného listu boli popísané 3 zákazky realizované pre spoločnosť A, a to:

VN prípojka a TS 2x 1000kVa – A Považské Podhradie – líniová inžinierska stavba

- Predmet: Realizácia výkopových a zemných práce, a prípojky vysokého napätia a transformačnej stanice v Považskom Podhradí, konkrétne aj na ceste druhej triedy.
- Hodnota: 106.590,00 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 06/2016 do 08/2016.

Realizácia elektroinštalácie Výrobnno-skladovacia hala A Považské Podhradie

- Predmet: Realizácia elektroinštalačných prác – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a realizácia bleskozvodu. Práce boli realizované v Považskom Podhradí, v priestoroch skladovacej haly, ktorá sa nachádza v blízkosti cesty druhej triedy.
- Hodnota: 114.250,20 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 01/2018 do 01/2019.

Realizácia osvetlenia LED pre A Považské Podhradie

- Predmet: Pretláčanie popod cestnú komunikáciu pre prípojku, realizácia osvetlenia svietidlami a svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie. Práce boli realizované v Považskom Podhradí, konkrétne aj na ceste druhej triedy.
- Hodnota: 30.000,00 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 02/2017 do 04/2017.

2. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou B

V rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované stavebné práce realizované pre spoločnosť B, a to:

Elektroinštalačné práce v spoločnosti X, Zvolen

- Predmet: Realizácia elektroinštalačných prác – výroba a montáž rozvádzačov, osvetlenie, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a bleskozvod, a to vo Zvolene, v areáli spoločnosti X
- Hodnota: 67.950,00 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 09/2018 do 03/2019.

Rekonštrukcia káblového prívodu 22kV VN prípojky, 2ks VN napájacích kobiek v trafostanici 22/0,4kV OS 9215-TS Y

- Predmet: Realizácia výkopových a zemných prác, búracích prác, asfaltovania, realizácia zemnej prípojky vysokého napätia, rekonštrukcia transformačnej stanice. Práce boli vykonané v areáli spoločnosti Y v Ostrave.
- Hodnota: 50.953,25 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 10/2016 do 12/2016.

Realizácia elektroinštalácie - montážne práce v rámci zákazky Modernizácia výroby impregnovaného papiera objekty SO-123 hala povrchových úprav a PS-6-123 napájací rozvod silnoprúdu Z, Zvolen

- Predmet: Realizácia elektroinštalačných prác – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, osvetlenie, uzemnenie a bleskozvod, a to vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z
- Hodnota: 82.202,00 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 04/2018 do 02/2019.

Realizácia elektroinštalácie - montážne práce uskutočnené na budove Z, Zvolen

- Predmet: Realizácia elektroinštalačných prác – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a bleskozvod, a to vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z
- Hodnota: 86.391,00 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 03/2018 do 09/2018.

3. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou D

V rámci predmetného referenčného listu je konkretizovaná dodávka pre spoločnosť D, a to „SO51 - Vonkajšie osvetlenie a rozvody NN, SO50a - Prívod NN „Čerpacia stanica pohonných hmôt Trnava, Nová ulica““.

- Predmet: Pretláčanie popod cestnú komunikáciu pre prípojku, realizácia osvetlenia svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie, realizácia výkopových a zemných prác, búracie práce a realizácia zemnej prípojky. Práce boli realizované v Trnave, na čerpacej stanici a k nej príľahlej cestnej komunikácii.
- Hodnota: 49.999,50 EUR bez DPH.
- Obdobie: august 2017.

4. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou E

V rámci predmetného referenčného listu sú popísané stavebné práce pre spoločnosť E, a to „SO 03 Rekonštrukcia verejného osvetlenia na stavbe

Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“ a „SO 04 Rekonštrukcia verejného osvetlenia a SO 05 Preložka slaboprúdu na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“.

- Predmet: Realizácia osvetlenia svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie, realizácia výkopových a zemných prác, búracích prác, realizácia zemných prípojok a preložiek slaboprúdu - vzdušného vedenia. Práce boli realizované v Trenčianskych Tepliciach, v priestoroch parkoviska pri ceste druhej triedy a čiastočne aj na ceste druhej triedy.
- Hodnota: 33.797,18 EUR bez DPH.
- Obdobie: od 11/2018 do 12/2018.

22. Navrhovateľ tvrdí, že s ohľadom na povahu prác, ktoré boli popísané v rámci jednotlivých referenčných listov, je zrejmé, že sa jednalo o práce, ktoré sú podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) označené pod kódom 45000000-7 (stavebné práce), ako aj pod kódmi 45315100-9 (elektrotechnické inštalčné práce), 45316110-9 (inštalovanie osvetlenia ciest) a 45317300-5 (elektroinštalčné práce na elektrických rozvádzačoch). Z tohto pohľadu tak stavebné práce popísané v rámci jednotlivých referenčných listov boli podľa navrhovateľa absolútne rovnakého charakteru ako predmet zákazky a teda kontrolovaný podľa navrhovateľa nebol oprávnený predmetné referenčné listy neuznať, a následne vylúčiť navrhovateľa z verejného obstarávania.
23. Ďalej navrhovateľ argumentuje, že v zmysle Súťažných podkladov a Výzvy na predkladanie ponúk je predmetom zákazky rekonštrukcia verejného osvetlenia a teda rekonštrukcia inžinierskej stavby/objektu, a nakoľko z vyššie uvedeného popisu prác je zrejmé, že išlo o stavebné práce, konkrétnejšie o inžinierske stavby, resp. objekty, možno tiež konštatovať, že predmetné stavebné práce, uvedené v rámci jednotlivých referenčných listov, sú jednoznačne stavebnými prácami realizovanými v zmysle zadaných podmienok účasti. Uvedené možno podľa navrhovateľa konštatovať aj napriek skutočnosti, že sa v daných prípadoch nejednalo o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy, tak ako to kontrolovaný uvádza v Oznámení o vylúčení uchádzača, a to z dôvodu, že kontrolovaný vo Výzve na predkladanie ponúk umožnil preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti zoznamom stavebných prác podobného charakteru.
24. V tejto súvislosti navrhovateľ upriamuje pozornosť aj na vybrané ustanovenia zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len „**Stavebný zákon**“). Ustanovenie § 43g ods. 1 Stavebného zákona podľa navrhovateľa obsahuje definíciu stavebných prác a ustanovenie § 43a ods. 3 Stavebného zákona definíciu inžinierskych stavieb.
25. Podľa ustanovenia § 43g Stavebného zákona sa tak **stavebnými prácami rozumejú „odborné činnosti, ktorými sa uskutočňuje stavba zo stavebných výrobkov“**, ako aj montážne práce, za splnenia určitých podmienok. Ďalej navrhovateľ poukazuje na to, že podľa ustanovenia § 43a ods. 3 Stavebného zákona sa **inžinierskymi stavbami rozumejú**, okrem iného aj:
- „a) diaľnice, cesty, miestne a účelové komunikácie, nábrežia, chodníky a nekryté parkoviská, (...)*
 - d) mosty, nadjazdy, tunely, nadchody a podchody, (...)*
 - f) diaľkové ropovody a plynovody, miestne rozvody plynu,*
 - g) diaľkové a miestne rozvody vody alebo pary, úpravne vody, miestne kanalizácie a čistiarne odpadových vôd,*

- h) *dial'kové a miestne elektronické komunikačné siete a vedenia, telekomunikačné stožiare, transformačné stanice,*
- i) *dial'kové a miestne rozvody elektriny, stožiare, transformačné stanice, televízne káblové rozvody, (...).*“

- 26. Vyššie uvedené konštatovanie, že v prípade predmetu zákazky, ako aj v prípade prác popísaných v rámci jednotlivých referenčných listov, sa skutočne jedná o rovnaký typ prác – stavebné práce, konkrétnejšie o inžinierske stavby, nemožno podľa navrhovateľa nijak spochybniť.
- 27. Ďalej navrhovateľ uvádza, že stavebné práce popísané v referenčných listoch boli vykonávané v rámci prevádzkovaných úsekov ciest II. triedy, v blízkosti takejto cesty, na prevádzkovaných úsekoch iných ciest, prípadne v areáli súkromných spoločností. Pri prácach, ktoré boli vykonávané priamo na prevádzkovaných úsekoch cestných komunikácií, nemôžu podľa názoru navrhovateľa existovať pochybnosti o ich zhodnosti s predmetom zákazky. Nakoľko však z Oznámenia o vylúčení uchádzača je zrejmé, že kontrolovaný tieto nepovažoval za zhodné s predmetom zákazky, je podľa navrhovateľa potrebné tieto považovať minimálne za služby podobného charakteru ako je predmet zákazky. Rovnako má navrhovateľ za to, že nemôžu existovať pochybnosti ani o podobnosti stavebných prác vykonávaných v súkromných objektoch vo vzťahu k predmetu zákazky.
- 28. Navrhovateľ tvrdí, že z Oznámenia o vylúčení uchádzača pritom vyplýva, že kontrolovaný neuznal navrhovateľovi 4 referenčné listy len z dôvodu, že stavebné práce v nich popísané neboli stavebnými prácami realizovanými priamo na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. Podľa navrhovateľa kontrolovaný tak pri hodnotení referenčných listov postupoval so značnou mierou svojvôle, keď za irelevantné vo vzťahu k zákazke považoval výlučne stavebné práce podobného charakteru (t. j. za relevantný uznal výlučne referenčný list na stavebnú prácu rovnakého charakteru ako predmet zákazky).
- 29. Navrhovateľ takýto postup kontrolovaného považuje za neakceptovateľný, diskriminačný a vykonaný v priamom rozpore so Súťažnými podkladmi, Výzvou na predkladanie ponúk, ako aj zákonom o verejnom obstarávaní.
- 30. Podľa navrhovateľa kontrolovaný mal pri hodnotení relevancie stavebných prác popísaných v jednotlivých dokumentoch povinnosť prihliadať na skutočnosti uvedené v Súťažných podkladoch a vo Výzve na predkladanie ponúk, a teda na skutočnosť, že uchádzač bol oprávnený preukázať svoju technickú a odbornú spôsobilosť predložením zoznamu stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky. Navrhovateľ tak nebol pri preukazovaní technickej a odbornej spôsobilosti limitovaný predložením zoznamu stavebných prác len rovnakého charakteru.
- 31. Vzhľadom na uvedené navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný bol povinný pri hodnotení predložených referenčných listov považovať za relevantné aj stavebné práce, ktoré boli podobného charakteru. Nakoľko však kontrolovaný v Súťažných podkladoch ani vo Výzve na predkladanie ponúk bližšie neurčil, čo považuje za stavebné práce podobného charakteru, podľa navrhovateľa bol kontrolovaný povinný pri hodnotení predložených referenčných listov postupovať s maximálnou opatrnosťou a starostlivosťou tak, aby neboli porušené základné princípy verejného obstarávania. Kontrolovaný tak bol povinný, podľa názoru navrhovateľa, hodnotiť stavebné práce popísané v jednotlivých referenciách s ohľadom na ich predmet/charakter a s ohľadom na odbornosť ich realizácie.
- 32. Postup, v rámci ktorého kontrolovaný neuznal navrhovateľovi 4 referenčné listy výlučne z dôvodu lokality ich výkonu (nejednalo sa o práce vykonané na prevádzkovaných úsekoch

diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy), pričom neprihliadal na samotný predmet/charakter prác a odbornosť ich výkonu je tak podľa názoru navrhovateľa jednoznačne nesprávny. Skutočnosť, či sa jedná o realizáciu stavebných prác na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy alebo nie, môže nanajvýš ovplyvniť to, či sa jedná o úplne rovnaké, alebo stavebné práce podobného charakteru.

33. S ohľadom na odbornosť realizácie stavebných prác navrhovateľ poznamenáva, že napriek neprihliadnutiu na tento aspekt pri hodnotení referenčných listov, je zrejmé, že kontrolovaný pri formulovaní Súťažných podkladov určitú úroveň odbornosti považoval za nevyhnutnú pre realizáciu stavebných služieb v zmysle predmetu zákazky. O uvedenom podľa navrhovateľa svedčia aj Súťažné podklady, v ktorých je uvedené upozornenie, že „*Montáž elektrických zariadení môže vykonávať len osoba s platným oprávnením v zmysle vyhlášky č. 508/2009 Z. z.*“, ako aj to, že „*Podľa vyhlášky č.508/2009 Z. z. § 2, príl.č.1, III. Časť rozdelenie zariadení a ich zaradenie do skupín podľa miery ohrozenia je predmetné zaradenie zaradené do skupiny B*“.
34. Navrhovateľ ďalej tvrdí, že v rámci dokladov predložených do verejného obstarávania jednoznačne preukázal, že realizáciu zákazky dokáže zabezpečiť osobami, ktoré disponujú nevyhnutnými osvedčeniami o odbornej spôsobilosti, v zmysle príslušných právnych predpisov, vrátane osvedčenia na výkon činností na elektrických zariadeniach, a to bez obmedzenia napätia, vrátane bleskozvodov. Navrhovateľ sa domnieva, že zároveň predloženými dokladmi preukázal, že osoby, ktoré disponujú predmetnými osvedčeniami, dohliadali aj na realizáciu stavebných prác v zmysle predložených referenčných listov a teda, že predmetné práce boli dodané odborne a kvalitne.
35. Navrhovateľ považuje za absolútne neprijateľné a v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, Súťažnými podkladmi a Výzvou na predkladanie ponúk, aby kontrolovaný považoval lokalitu výkonu stavebných prác za jedinou rozhodnú skutočnosť pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti, pričom by nebral do úvahy charakter a druh stavebných prác a odbornosť ich prevedenia a ani skutočnosť, že v zmysle Súťažných podkladov a Výzvy na predkladanie ponúk bolo postačujúce preukázať technickú a odbornú spôsobilosť stavebnými prácami podobného charakteru. Rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa, o ktorom bol navrhovateľ upovedomený Oznámením o vylúčení uchádzača, tak považuje navrhovateľ za diskriminačné a svojvoľné.
36. Navrhovateľ konštatuje, že ak kontrolovaný vo Výzve na predkladanie ponúk a v Súťažných podkladoch detailne nedefinoval, čo rozumie pod pojmom „stavebné práce podobného charakteru“, pri hodnotení ponúk nebol oprávnený predložené referencie hodnotiť rigidne, bez akejkoľvek miery objektívnosti, a už vonkoncom nebol oprávnený uznať len referencie na stavebné práce, ktoré boli priamo rovnakého charakteru ako predmet zákazky.
37. Vzhľadom na vyššie uvedené má navrhovateľ za to, že kontrolovaný nepostupoval správne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď z verejného obstarávania navrhovateľa vylúčil.
38. Navrhovateľ v ďalšej časti námietok vo svetle vyššie uvedeného **poukazuje na porušenie základných princípov, ktoré sú normované zákonom o verejnom obstarávaní.**
39. Navrhovateľ sa opätovne odvoláva na časť III.1.3) Výzvy na predkladanie ponúk, v ktorej sa uvádza: „*Uchádzač v ponuke predloží nasledovné informácie a dokumenty, ktorými preukazuje technickú alebo odbornú spôsobilosť: 1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní:*

Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok....“.

40. Navrhovateľ rovnako poukazuje na III.1.3) Výzvy na predkladanie ponúk, kde kontrolovaný uviedol: „*Pre účely splnenia tejto podmienky (technickej a odbornej spôsobilosti) uchádzač predloží: **Zoznam stavebných prác uskutočnených v rozhodnom období s rovnakým alebo podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky uskutočnených v celkovom objeme v min. hodnote 450 000,-€ bez DPH (slovom: štyristopäťdesiat tisíc eur) ktoré boli dané do užívania za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania...***“.
41. Navrhovateľ tvrdí, že podľa oddielu II. Výzvy na predkladanie ponúk (PREDMET ZÁKAZKY) je predmet zákazky špecifikovaný prostredníctvom hlavného CPV kódu 45000000-7 (stavebné práce), ako aj dodatočných CPV kódov 45315100-9 (elektrotechnické inštalčné práce), 45316110-9 (inštalovanie osvetlenia ciest), 45317300-5 (elektroinštalčné práce na elektrických rozvádzačoch). Navrhovateľ uvádza, že opis predmetu zákazky je v oddiele II. Výzvy na predkladanie ponúk nasledovný: „*Predmetom zákazky je vykonanie stavebných prác Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš. Stavba rieši aj osvetlenie chodníka pre peších. Napojenie osvetlenia križovatky bude z pôvodného rozvádzača RVO po jeho úprave...*“.
42. Navrhovateľ poukazuje na ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého sa technická alebo odborná spôsobilosť preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým „***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...***“. V tejto súvislosti navrhovateľ cituje ustanovenie § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „***Verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.*** Rovnako poukazuje na ustanovenie § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom sa uvádza: „*Verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti...*“.
43. Navrhovateľ tvrdí, Súťažné podklady ani Výzva na predkladanie ponúk bližšie neurčujú, čo sa rozumie pod pojmom „*Zoznam stavebných prác s podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky*“. Navrhovateľ poukazuje na to, že zákon o verejnom obstarávaní vo svojej dikcii pritom bližšie neurčuje, či zoznam stavebných prác musí byť rovnakého alebo obdobného charakteru, a teda v tejto súvislosti neexistuje ani výkladové stanovisko. Z judikatúry, ako aj z dostupných komentárov je však podľa navrhovateľa zrejmé, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je oprávnený určiť, že zoznam stavebných prác môže byť rovnakého alebo obdobného charakteru.
44. Navrhovateľ argumentuje, že zákon o verejnom obstarávaní pomerne jednoznačne stanovuje povinnosť verejného obstarávateľa a obstarávateľa dodržiavať, okrem iného princíp

nediskriminácie a princíp transparentnosti, ako aj povinnosť hodnotiť splnenie podmienok účasti s ohľadom na dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky (Výzvu na predkladanie ponúk, Súťažné podklady).

45. Navrhovateľ považuje vylúčenie z verejného obstarávania za porušenie nasledovných princípov zákona o verejnom obstarávaní:
- a) **princíp nediskriminácie**, nakoľko navrhovateľ napriek predloženiu zoznamu stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru bol vylúčený z verejného obstarávania. Za porušenie princípu nediskriminácie možno považovať podľa navrhovateľa aj skutočnosť, že kontrolovaný stanovil vo Výzve na predkladanie ponúk podmienky, ktorými boli záujemcovia oprávnení preukázať svoju odbornú a technickú spôsobilosť, avšak pri následnom hodnotení podmienok účasti na tieto neprihliadal;
 - b) **princíp transparentnosti**, nakoľko kontrolovaný v Súťažných podkladoch ani vo Výzve na predkladanie ponúk presne nedefinoval, aké stavebné práce bude považovať za práce podobného charakteru ako predmet zákazky a pri následnom hodnotení technickej a odbornej spôsobilosti tak postupoval so značnou mierou svojvôle. Za porušenie princípu transparentnosti možno podľa navrhovateľa považovať aj skutočnosť, že hoci sa podmienky účasti vo verejnom obstarávaní javili zo začiatku ako jednoznačné a jasne určené (pričom navrhovateľ nemal pochybnosti o ich jednoznačnosti, z ktorého dôvodu ani kontrolovaného nepožiadaval o vysvetlenie Súťažných podkladov), v konečnom dôsledku ich však kontrolovaný vyhodnotil takým spôsobom, ktorý mal podľa navrhovateľa za následok zmätočnosť a nejednoznačnosť.
46. Navrhovateľ konštatuje, že vyššie uvedené porušenia princípov transparentnosti a nediskriminácie, ktoré podrobnejšie rozvádza v ďalšej časti námietok, môžu mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania. Uvedené navrhovateľ konštatuje aj s ohľadom na skutočnosť, že vylúčenie záujemcu alebo uchádzača je v zmysle dostupných výkladových stanovísk k zákonu o verejnom obstarávaní považované za najzávažnejší úkon verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, nakoľko sa ním znemožňuje ďalšia účasť vylúčeného subjektu vo verejnom obstarávaní. Preto existuje vysoké riziko, že pokiaľ nedôjde k náprave, dôjde zo strany kontrolovaného k spáchaniu správneho deliktu.
47. **K porušeniu princípu nediskriminácie** navrhovateľ bližšie uvádza, že tento sa zakladá na možnosti zapojiť sa do súťaže každému uchádzačovi, ktorý vie ponúknuť obstarávaný predmet zákazky v dobrej kvalite a cene. Podľa navrhovateľa kontrolovaný v danom prípade však postupoval pri vyhodnocovaní podmienok účasti svojvoľne a diskriminačne, keď z verejného obstarávania vylúčil navrhovateľa.
48. Uvedené navrhovateľ konštatuje vzhľadom na skutočnosť, že tento predložil referenčné listy preukazujúce výkon stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky. Navrhovateľ tvrdí, že napriek riadnemu preukázaniu technickej a odbornej spôsobilosti v súlade s Výzvou na predkladanie ponúk, ktorá umožňovala predloženie zoznamu stavebných prác podobného charakteru, bol navrhovateľ z verejného obstarávania vylúčený.
49. Podľa navrhovateľa kontrolovaný pri hodnotení podmienok účasti postupoval so značnou mierou svojvôle, nakoľko neakceptoval stavebné práce podobného charakteru napriek tomu, že pojem stavebné práce rovnakého charakteru ako predmet zákazky nebol bližšie definovaný. Preto podľa názoru navrhovateľa je možné sa domnievať, že kontrolovaný pri vyhodnocovaní podmienok účasti nepostupoval objektívne a účelovo uprednostnil preferovaných účastníkov, čím diskriminoval navrhovateľa. Podľa navrhovateľa nedostatočným precizovaním podmienok

preukázania technickej a odbornej spôsobilosti tak kontrolovaný nezabezpečil rovnaké kritériá vyhodnocovania pre všetkých záujemcov.

50. S odkazom na relevantnú komentárovú literatúru navrhovateľ tvrdí, že za diskriminačné konanie sa považuje konanie, kedy verejný obstarávateľ, či obstarávateľ vyžadujú na preukázanie podmienok účasti referencie z úzko špecifikovaných zákaziek. Pokiaľ teda kontrolovaný na jednej strane určil, že uchádzači môžu preukázať splnenie technickej a odbornej spôsobilosti predložením **zoznamu stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky**, avšak na druhej strane túto pomerne širokú kategóriu stavebných prác mal v záujme **neprimerane zúžiť len na úzko špecifikované zákazky – stavebné práce na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania**, je možné takéto konanie podľa navrhovateľa považovať za diskriminačné.
51. K porušeniu princípu transparentnosti navrhovateľ konkretizuje, že v zmysle ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie, princíp transparentnosti okrem iného znamená predvídateľnosť konania verejného obstarávateľa zo strany uchádzačov. Princíp transparentnosti podľa navrhovateľa totiž zabezpečuje pre každého záujemcu alebo uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci sprístupnenie trhu konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov verejného obstarávateľa.
52. Navrhovateľ namieta netransparentnosť postupu kontrolovaného, nakoľko vo Výzve na predkladanie ponúk je uvedené, cit.: „*Uchádzač v ponuke predloží nasledovné informácie a dokumenty, ktorými preukazuje technickú alebo odbornú spôsobilosť: 1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní: Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok...“.*
53. Predmetná podmienka, hoci pôvodne vyznievajúca pomerne jasne a určito, bola zo strany kontrolovaného v konečnom dôsledku vyhodnotená takým spôsobom, ktorý je značne mätúci, pripúšťajúci rôzne výkladové verzie toho, akými prácami je potrebné preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť uchádzača.
54. Podľa logického výkladu navrhovateľa, záujemca/účastník mal preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť zoznamom stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, pričom časť vety za bodkočiarkou „*stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania)*“ predstavovala len akési doplnenie, ďalšiu špecifikáciu predmetu zákazky.
55. Vzhľadom na predmetný výklad boli podľa navrhovateľa záujemcovia/uchádzači oprávnení preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť akýmikoľvek stavebnými prácami, ktorých predmetom bola realizácia inžinierskych sietí (t. j. stavebnými prácami rovnakého alebo podobného charakteru). S ohľadom na uvedené tak podľa názoru navrhovateľa z dôvodu možného podobného charakteru stavebných prác nebolo potrebné preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť zoznamom prác vykonaných iba (výlučne) priamo na diaľniciach, rýchlostných cestách a cestách I. triedy, ale aj zoznamom prác podobného charakteru.

56. Nakoľko navrhovateľ považoval predmetný výklad podmienky za správny a nemal o tomto výklade žiadne pochybnosti, nevyužil v tomto ohľade žiadne revízne postupy a bez ďalšieho sa zapojil do verejného obstarávania.
57. Navrhovateľ opätovne poukazuje na to, že kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uchádzača len stroho konštatoval vylúčenie navrhovateľa z verejného obstarávania, pričom toto takmer vôbec neodôvodnil a vôbec sa v tomto smere nezaoberal možnosťou pripustenia „podobného charakteru“ prác, na ktorú navrhovateľ poukázal vo svojom Vysvetlení č. 2. Takýto postup podľa názoru Navrhovateľa možno považovať za nepreskúmateľný, svojvoľný a v rozpore s princípom transparentnosti.
58. Z uvedeného podľa navrhovateľa vyplýva, že kontrolovaný na jednej strane umožnil preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť zoznamom stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, avšak na strane druhej túto možnosť pomerne prísne obmedzil tým, že pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti od navrhovateľa požadoval predložiť zoznam stavebných prác týkajúcich sa priamo (a výlučne) špecializovaných zákaziek realizovaných na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania.
59. Takýto spôsob vyhodnocovania splnenia podmienok účasti však možno podľa navrhovateľa považovať za diskriminačný. Zároveň takéto obmedzenie možno podľa názoru navrhovateľa považovať za absolútne nelogické. Navrhovateľ nevidí dôvod, prečo by na jednej strane kontrolovaný určil podmienky na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti pomerne široko (v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní), a na druhej strane predmetné podmienky pri vyhodnocovaní neobjektívne zužoval.
60. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na rozhodnutie Najvyššieho správneho súdu Českej republiky, spis. zn. 5 Afs 131/2007-131, ktoré sa venuje aj hodnoteniu princípu transparentnosti, cit.: „Nelze [...] odhlížet ani od judikatury ESD, z níž vyplývá, že zásada rovného zacházení implikuje povinnost transparentnosti Jejím cílem je v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole zadavatele. **Implikuje, že všechny podmínky a pravidla zadávacího řízení jsou jasně, přesně a jednoznačně stanoveny ve vyhlášení zakázky nebo v zadávací dokumentaci.** ...“.
61. **Posledná časť námietok navrhovateľa sa venuje údajnému nedostatočnému odôvodneniu Oznámenia o vylúčení uchádzača.** Navrhovateľ v prvom rade s odkazom na relevantnú komentárovú literatúru k ustanoveniu § 40 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že dôvody vylúčenia musia byť uvedené dostatočne určito, jasne a podrobne v súlade s princípom transparentnosti a požiadavkou na preskúmateľnosť verejného obstarávania. Dôvody vylúčenia mali byť pritom verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom identifikované aj s odkazom na príslušné zákonné ustanovenie a zároveň by malo odôvodnenie obsahovať zdôvodnenie vyhodnotenia zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.
62. Podľa navrhovateľa kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uchádzača len stroho popisuje skutkový stav, stručne jednou vetou hodnotí jednotlivé referenčné listy, pričom v hodnotení len konštatuje, či stavebné práce uvedené v tom-ktorom referenčnom liste boli alebo neboli stavebnými prácami na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a na základe takéhoto stručného hodnotenia konštatuje, ktoré referenčné listy uznáva a ktoré nie.
63. Ďalej navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný sa v odôvodnení Oznámenia o vylúčení uchádzača absolútne nevenuje argumentácii, ktorú navrhovateľ uviedol vo svojom Vysvetlení č. 2 a vôbec

sa nevenuje otázke rovnakého a podobného charakteru stavebných prác, ktoré je však podstatnou pre správne posúdenie relevantnosti referenčných listov.

64. S ohľadom na obsahovú stránku odôvodnenia sa navrhovateľ domnieva, že vylúčenie z verejného obstarávania je **cielené a účelové**, čím dochádza k porušeniu princípu nediskriminácie a transparentnosti verejného obstarávania.
65. Navrhovateľ považuje svoje vylúčenie z predmetného verejného obstarávania za neodôvodnené a arbitrárne. Navrhovateľ tvrdí, že podľa ustálenej súdnej praxe, súdy zrušujú rozhodnutia správnych orgánov v konaní, vrátane rozhodnutí vydaných vo verejnom obstarávaní, ak rozhodnutia správnych orgánov sú nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť a nedostatok dôvodov. Právo na riadne odôvodnenie súdneho rozhodnutia totiž patrí medzi základné zásady spravodlivého súdneho procesu. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na rozsudok Krajského súdu Bratislava zo dňa 05.10.2011, spis. zn. 2S/249/2010 a rozsudok Krajského súdu Bratislava zo dňa 05.10.2011, spis. zn. 2S/249/2010. Rovnako svoju argumentáciu opiera o judikaturu Európskeho súdu pre ľudské práva - Ruiz Torija c. Španielsko z 09. decembra 1994, séria A, č. 303 – A, s. 12, § 29, Hiro Balani c. Španielsko z 09. decembra 1994, séria A, č. 303 – B, Georgiadis c. Grécko z 29. mája 1997, Higgins c. Francúzsko z 19. februára 1998.
66. **S ohľadom na vyššie uvedené skutkové a právne okolnosti prípadu navrhovateľ v petite námietok žiada, aby úrad vydal nasledovné rozhodnutie:** „*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, Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s., so sídlom: Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001, zapísanej v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel: Sa, vložka č.: 3518/B, vo verejnej súťaži na predmet zákazky: „Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 182/2019 zo dňa 10.09.2019 pod č. 23988 - WYP, odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne tak, že*

kontrolovaný zruší rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení spoločnosti XX, z verejného obstarávania a vráti vylúčeného uchádzača, spoločnosť XX do procesu verejného obstarávania.“

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

67. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **27.02.2020**.
68. 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. Dňa 24.03.2020 kontrolovaný skompletizoval dokumentáciu tým, že doručil úradu chýbajúci test bežnej dostupnosti podľa § 2 ods. 5 písm. o), ods. 6 a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

Kontrolovaný doručil k podaným námietkam písomné vyjadrenie dňa 05.03.2020, v ktorých uvádza nasledovné protiargumenty:

69. Kontrolovaný v prvom rade uvádza, že súčasťou Výzvy na predkladanie ponúk boli podmienky účasti uvedené v časti III. 1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1, ktoré navrhovateľ v čase od vyhlásenia verejného obstarávania do lehoty na predkladanie ponúk, ktorá uplynula dňa 01.10.2019 o 09:00 nenamietal, bol s ňou teda uzrozmeneý a ak by nie, zrejme by využil minimálne inštitút vysvetlenia informácií prípadne žiadosť o nápravu, čo ale neurobil. Kontrolovaný poukazuje na to, že navrhovateľ mu zaslal prostredníctvom IS JOSEPHINE dňa 18.09.2019 žiadosť o vysvetlenie informácií, konkrétne podmienok účasti, uvedených vo Výzve na predkladanie ponúk v časti III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, podbod 2., - nie k podmienkam účasti uvedeným vo Výzve na predkladanie ponúk v bode 1.
70. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že v rámci procesu vyhodnocovania ponúk žiadal listom ev. č. 6840/488/60304/2020 zo dňa 07.01.2020 v súlade s § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, zaslaným prostredníctvom IS JOSEPHINE, navrhovateľa o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, ktorými mal navrhovateľ preukázať splnenie podmienok účasti podľa § 33 a § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vo svojej ponuke nahradili Čestným vyhlásením.
71. Dňa 13.01.2020 navrhovateľ zaslal prostredníctvom IS JOSEPHINE odpoveď na vyššie uvedené vysvetlenie, v ktorej predložil konkrétne doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti. Kontrolovaný tvrdí, že Komisii na vyhodnotenie ponúk (ďalej len „komisia“) po preskúmaní doručenej odpovede na vysvetlenie nebolo zrejmé ako navrhovateľ spĺňa podmienku účasti, ktorú stanovil kontrolovaný vo Výzve na predkladanie ponúk v časti III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť v bode 1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, kde kontrolovaný uviedol, že uchádzač musí na splnenie podmienok účasti predložiť:

„Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:

*1.1 bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dokladom je referencia,
1.2 bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené“,*

ktorý je ďalej bližšie špecifikovaný v časti minimálna požadovaná úroveň štandardov: III. 1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1. Výzvy na predkladanie ponúk nasledovne:

„Zoznam stavebných prác uskutočnených v rozhodnom období s rovnakým alebo podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky uskutočnených v celkovom objeme v min. hodnote 450 000,-€ bez DPH (slovom: štyristopäťdesiat tisíc eur) ktoré boli dané do užívania za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania.“

72. Kontrolovaný ďalej uvádza, že komisia z predloženého zoznamu stavebných prác doručeného navrhovateľom v rámci odpovede na vysvetlenie nevedela určiť, ktorými referenciami navrhovateľ spĺňa vyššie citovanú podmienku účasti. Preto kontrolovaný požadoval v žiadosti o

vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, ktorá bola zaslaná navrhovateľovi listom ev. č. 6840/8831/60304/2020 zo dňa 30.01.2020 prostredníctvom IS JOSEPHINE, aby navrhovateľ v predloženom zozname stavebných prác a v referenciách identifikoval, ktoré stavebné práce zodpovedajú zadaným podmienkam účasti, t. j. stavebným prácam na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania).

73. Kontrolovaný tvrdí, že navrhovateľ doručil dňa 04.02.2020 Vysvetlenie č. 2 v lehote 5 pracovných dní prostredníctvom IS JOSEPHINE, v rámci ktorej predložil 5 referenčných listov. Podľa kontrolovaného komisia po preskúmaní odpovede navrhovateľa zistila, že:
1. **Referenčný list vystavený spoločnosťou C** - obsahuje referenciu, ktorá je v hodnote 67 903,05 € a bola realizovaná v zmysle zadaných podmienok účasti, stavebné práce boli realizované na ceste I. triedy;
 2. **Referenčný list vystavený spoločnosťou A** - obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác na ceste II. triedy-11/507 a v jej blízkosti, hodnota referencií je 250 840,20 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy;
 3. **Referenčný list vystavený spoločnosťou B** - obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác realizovaných v areáloch súkromných objektov a na prevádzkových úsekoch cestných komunikácií, hodnota referencií je 287 496,25 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy;
 4. **Referenčný list vystavený spoločnosťou D** - obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác vykonaných na čerpacej stanici a priľahlej ulici, hodnota referencií je 49 999,50 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy;
 5. **Referenčný list vystavený spoločnosťou E** - obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác týkajúcich sa rekonštrukcie parkoviska a prác na ceste II. triedy - 11/516, hodnota referencií je 33 797,18 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.
74. Podľa kontrolovaného komisia konštatovala, že z vyššie predložených referencií uznala navrhovateľovi len jednu referenciu od spoločnosti C, v hodnote 67 903,05 €, ktorá zodpovedá stanoveným podmienkam účasti uvedeným vo Výzve na predkladanie ponúk, t. j. bola realizovaná ako stavebné práce priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. Ostatné štyri navrhovateľom predložené referencie podmienku realizácie stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy podľa názoru kontrolovaného nespĺnili.
75. Z dôvodu, že navrhovateľom predložená referencia od spoločnosti C, ktorá ako jediná splnila kontrolovaným stanovené požiadavky pre uznanie referencií bola len v hodnote 67 903,05 €, kontrolovaný konštatuje, že navrhovateľ nepredložil referencie v požadovanom celkovom objeme 450 000,00 €, čím navrhovateľ nespĺnil jednu z podmienok účasti stanovenú vo Výzve na predkladanie ponúk, čo bolo dôvodom vylúčenia navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
76. Ďalej kontrolovaný poukazuje na to, že navrhovateľovi poslal Oznámenie o vylúčení uchádzača (listom č. 6840/15350/60304/2020 zo dňa 18.02.2020) prostredníctvom IS JOSEPHINE, v ktorom dostatočne jasne a zrozumiteľne uviedol ku každej referencii dôvody, na základe ktorých

jednotlivé referencie uznal, resp. neuznal. Podľa kontrolovaného nie je pravda, že by „vágne konštatoval“, že z predložených referenčných listov uznáva len referenčný list potvrdený odberateľom C

77. Kontrolovaný zdôrazňuje, že navrhovateľ sa vo svojich námietkach odvoláva na rozsudok Krajského súdu Bratislava zo dňa 5. októbra 2011, spis. zn. 2S/249/2010, z ktorého do námietky účelovo uviedol to, čo považoval pre seba za potrebné, pretože v predmetnom rozsudku sa podľa kontrolovaného tiež uvádza, cit.: „*Odôvodnenie zahŕňa a hodnotí všetky skutočnosti, ktoré boli podkladom pre výrok rozhodnutia, podáva celkový prehľad o priebehu konania, reakcie na pripomienky, návrhy a vyjadrenia účastníkov konania. Medzi výrokom a odôvodnením musí byť logická zhoda. Odôvodnenie musí byť presvedčivé. Právo na riadne odôvodnenie rozhodnutia zodpovedá ústavnému i zákonnému rámcu. Nevyžaduje sa síce, aby na každú zistenú skutočnosť alebo každý argument účastníka konania, ktoré sú pre rozhodnutie bezvýznamné, bola daná odpoveď v odôvodnení rozhodnutia, ak však ide o skutočnosť alebo argument, ktoré sú pre rozhodnutie rozhodujúce, odpoveď špecifická k danej skutočnosti či argumentu sa vyžaduje.*“ Podľa kontrolovaného aj z citovaného rozhodnutia je zrejmé, že kontrolovaný svoje odôvodnenie podal logicky a dostatočne zrozumiteľne k danej veci. Za nepodstatné považoval uviesť argumenty typu, čo je myslené pod pojmom „stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“, t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), pretože každý zdatný uchádzač musí vedieť, že predmet zákazky, ktorý je definovaný v časti B.1 Opis predmetu zákazky je zároveň podkladom pre výklad požiadavky na stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, nie CPV kódy, na ktoré sa navrhovateľ v námietkach odvoláva.
78. Kontrolovaný ďalej tvrdí, že je irelevantné odôvodňovať, že ním predložené referencie realizoval na ceste druhej triedy, v priestoroch skladovacej haly, parkoviskách, čerpacej stanici a pod., teda nie na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objektoch súvisiacich s predmetom obstarávania.
79. Zároveň sa kontrolovaný ohradzuje, že nie je pravda, že lokalita výkonu stavebných prác nebola jedinou rozhodnou skutočnosťou pri vyhodnocovaní podmienok účasti. Kontrolovaný má za to, že realizácia stavebných prác na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy, objektoch súvisiacich s predmetom obstarávania a realizácia stavebných prác na cestách nižšej kategórie sa výrazne líši, hlavne čo sa týka zabezpečenia a koordinácie prác s ohľadom na bezpečnosť pri práci a zabezpečenie bezpečnosti a plynulosti cestnej premávky pri vysokej intenzite dopravy. Podľa kontrolovaného je neprípustné, aby uchádzač bez skúseností z vyššie uvedených stavieb realizoval tento typ zákazky.
80. Kontrolovaný je presvedčený, že dodržal pri vyhodnocovaní ponúk uchádzačov všetky princípy v súlade s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a podmienky účasti posudzoval v súlade s podmienkami uvedenými vo Výzve na predkladanie ponúk a Súťažných podkladoch.
81. Kontrolovaný má za to, že stanovená podmienka účasti v predmetnej zákazke bola definovaná jasne, zrozumiteľne, bez známkov diskriminácie a netransparentnosti, nakoľko v čase od vyhlásenia verejného obstarávania až do lehoty predkladania ponúk nebol zo strany uchádzačov ani navrhovateľa daný podnet na vysvetlenie podmienky účasti týkajúcej sa časti III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1. Výzvy na predkladanie ponúk. Túto skutočnosť uvádza vo svojom liste aj navrhovateľ - pričom sám konštatuje, že nemal pochybnosti o jednoznačnosti uvedených podmienok účasti a preto ani nežiadal o vysvetlenie súťažných podkladov.

82. Na základe vyššie uvedených skutočností kontrolovaný žiada úrad, aby námietky podané navrhovateľom zamietol v súlade s § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Zistenia úradu

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

83. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhu „Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš“ uverejnením Výzvy na predkladanie ponúk v Úradnom vestníku verejného obstarávania č. 182/2019 dňa 10.09.2019 pod značkou 23988 – WYP.
84. Kontrolovaný dňa 11.10.2019 o 10:00 hod. pristúpil k otváraniu ponúk, ktorého formálnym výstupom bola Zápisnica z otvárania ponúk, doručená navrhovateľovi 15.10.2019 prostredníctvom IS JOSEPHINE (list č. 10124/98483/60304/2019).
85. Dňa 07.01.2020 kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS JOSEPHINE Žiadosť o vysvetlenie č. 1 (list č. 6840/488/60304/2020 zo dňa 07.01.2020), v ktorej kontrolovaný uviedol, cit.: „Podľa § 114 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) Vás žiadame o vysvetlenie/doplnenie dokladov, ktoré využívate na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa:
- finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ZVO,
 - technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ZVO,

ktoré ste vo svojej ponuke nahradil Čestným vyhlásením.

Na základe uvedeného Vás komisia žiada o vysvetlenie/doplnenie všetkých dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti uvedených vo Výzve v časti III.1.2) Ekonomické a finančné postavenie a v časti III.1.3. Technická a odborná spôsobilosť, ktoré ste nahradili Čestným vyhlásením na uvedený predmet zákazky, požadovaných verejným obstarávateľom za účelom overiť informáciu uchádzača uvedenú v Čestnom vyhlásení o splnení všetkých podmienok účasti predložením konkrétnych dokladov. Vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov žiadame doručiť v lehote do 5 pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti (...).

86. Navrhovateľ dňa 13.01.2020 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS JOSEPHINE odpoveď, t. j. Vysvetlenie č. 1, v ktorej predložil (okrem iného) aj celkovo 5 referencií, a to:

1. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou A

Vo Vysvetlení č. 1 v rámci predmetného referenčného listu boli popísané 3 zákazky realizované pre spoločnosť A, a to nasledovne, cit.:

„Názov predmetu plnenia	Cena diela v € bez DPH	Termín dodania
VN prípojka a TS 2x 1000kVa – A Považské Podhradie – líniová inžinierska stavba	106.590,00	2016
Realizácia elektroinštalácie Výrobno-		

<i>skladovacia hala A Považské Podhradie</i>	<i>114 250,20</i>	<i>2018-2019</i>
<i>Realizácia osvetlenia LED pre A Považské Podhradie</i>	<i>30 000,00</i>	<i>2017</i>

Suma referencií celkom:

250 840,20 EUR bez DPH.“

2. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou B

Vo Vysvetlení č. 1 v rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované stavebné práce realizované pre spoločnosť **B**, a to nasledovne, cit.:

<i>„Názov predmetu plnenia</i>	<i>Cena diela v € bez DPH</i>	<i>Termín dodania</i>
<i>Elektroinštalačné práce v spoločnosti X Zvolen</i>	<i>67 950,00</i>	<i>2019</i>
<i>Rekonštrukcia káblového prívodu 22kV VN prípojky, 2ks VN napájacích kobiek v trafostanici 22/0,4kV OS 9215-TS Y</i>	<i>50 953,25</i>	<i>2016</i>
<i>Realizácia elektroinštalácie - montážne práce v rámci zákazky Modernizácia výroby impregnovaného papiera objekty SO-123 hala povrchových úprav a PS-6-123 napájací rozvod silnoprúdu - Z, Zvolen</i>	<i>82 202,00</i>	<i>2018-2019</i>
<i>Realizácia elektroinštalácie - montážne práce uskutočnené na budove Z, Zvolen</i>	<i>86 391,00</i>	<i>2018</i>

Suma referencií celkom:

287 496,25 Eur bez DPH.“

3. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou C

Vo Vysvetlení č. 1 v rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované stavebné práce pre spoločnosť **C**, a to nasledovne, cit.: „**15 17-6 - SO 603 VEREJNÉ OSVETLENIE** „IBV Zelený háj Ivanka pri Nitre – 102 RD+IS a prístupová komunikácia“ (...) Zmluvná cena bez DPH: 67 903,05 € (...) Termín dodania: 2018.“

4. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou D

Vo Vysvetlení č. 1 v rámci predmetného referenčného listu je konkretizovaná dodávka pre spoločnosť **D**, a to nasledovne, cit.: „**SO 51 - Vonkajšie osvetlenie a rozvody NN, SO50a - Prívod NN** „Čerpacia stanica pohonných hmôt Trnava,

Nová ulica“ (...) Zmluvná cena bez DPH: 49 999,50 € (...) Termín dodania: 2017.“

5. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou E

Vo Vysvetlení č. 1 v rámci predmetného referenčného listu sú popísané stavebné práce pre spoločnosť E, a to nasledovne, cit.:

<i>„Názov predmetu plnenia</i>	<i>Cena diela v € bez DPH</i>	<i>Termín dodania</i>
<i>SO 03 Rekonštrukcia verejného osvetlenia na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice</i>	<i>17 039,52</i>	<i>2018</i>
<i>SO 04 Rekonštrukcia verejného osvetlenia a SO 05 Preložka slaboprúdu na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice</i>	<i>16 757,66</i>	<i>2018</i>

Suma referencií celkom:

33 797,18 EUR bez DPH.“

87. Dňa 30.01.2020 kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS JOSEPHINE Žiadosť o vysvetlenie č. 2 (list č. 6840/8831/60304/2020 zo dňa 30.01.2020), v ktorej kontrolovaný žiadal, cit.: „Podľa § 114 ods. 5 v súlade s § 40 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) Vás žiadame o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO, ktoré ste dňa 10.01.2020 predložili vo svojom Vysvetlení ponuky prostredníctvom komunikačného rozhrania JOSEPHINE. Vo vysvetlení/doplnení predložených dokladov ste predložili zoznam referencií, ktoré nie sú v súlade s požiadavkami uvedenými vo Výzve na predkladanie ponúk. Komisia Vás žiada, aby ste v predloženom zozname stavebných prác a v referenciách identifikovali, ktoré stavebné práce boli realizované v zmysle zadáných podmienok účasti, t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania). Vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov žiadame doručiť v lehote do 5 pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti (...).“
88. Navrhovateľ dňa 04.02.2020 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS JOSEPHINE odpoveď na Žiadosť o vysvetlenie č. 2, t. j. Vysvetlenie č. 2, v ktorej podrobnejšie vysvetľuje každú jednotlivú referenciu predloženú vo Vysvetlení č. 1, a to nasledovne:

1. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou A

Vo Vysvetlení č. 2 v rámci predmetného referenčného listu boli popísané 3 zákazky realizované pre spoločnosť A, a to nasledovne, cit.:

„VN prípojka a TS 2x 1000kVa – A Považské Podhradie – líniová inžinierska stavba

- V rámci prác boli realizované výkopové a zemné práce, ako aj prípojka vysokého napätia a transformačnej stanice.*
- Zákazka bola realizovaná v Považskom Podhradí, konkrétne aj na ceste číslo II/507.*
- Hodnota zákazky bola 106.590,00 EUR bez DPH.*

- *Zákazka bola realizovaná v období od 06/2016 do 08/2016.*

Realizácia elektroinštalácie Výrobnno-skladovacia hala A Považské Podhradie

- *V rámci prác boli realizované elektroinštalačné práce – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a realizácia bleskozvodu.*
- *Zákazka bola realizovaná v Považskom Podhradí, v priestoroch skladovacej haly spoločnosti A, ktorá sa nachádza v blízkosti cesty číslo II/507.*
- *Hodnota zákazky bola 114.250,20 EUR bez DPH.*
- *Zákazka bola realizovaná období od 01/2018 do 01/2019.*

Realizácia osvetlenia LED pre A Považské Podhradie

- *V rámci prác boli vykonané najmä nasledovné činnosti - pretláčanie popod cestnú komunikáciu pre prípojku, realizácia osvetlenia svietidlami a svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie.*
- *Zákazka bola realizovaná v Považskom Podhradí, konkrétne aj na ceste číslo II/507.*
- *Hodnota zákazky bola 30.000,00 EUR bez DPH.*
- *Zákazka bola realizovaná v období od 02/2017 do 04/2017.“*

2. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou B

Vo Vysvetlení č. 2 v rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované stavebné práce realizované pre spoločnosť **B**, a to nasledovne, cit.:

„Elektroinštalačné práce v spoločnosti X, Zvolen

- *V rámci prác boli realizované elektroinštalačné práce – výroba a montáž rozvádzačov, osvetlenie, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a bleskozvod.*
- *Zákazka bola realizovaná vo Zvolene, v areáli spoločnosti X*
- *Hodnota zákazky bola 67.950,00 EUR bez DPH.*
- *Zákazka bola realizovaná v období od 09/2018 do 03/2019.*

Rekonštrukcia káblového prívodu 22kV VN prípojky, 2ks VN napájacích kobiek v trafostanici 22/0,4kV OS 9215-TS Y

- *V rámci prác boli realizované výkopové a zemné práce, búracie práce, asfaltovanie, realizácia zemnej prípojky vysokého napätia, rekonštrukcia transformačnej stanice.*
- *Zákazka bola realizovaná v areáli spoločnosti Y.*
- *Hodnota zákazky bola 50.953,25 EUR bez DPH.*
- *Zákazka bola realizovaná v období od 10/2016 do 12/2016.*

Realizácia elektroinštalácie - montážne práce v rámci zákazky Modernizácia výroby impregnovaného papiera objekty SO-123 hala povrchových úprav a PS-6-123 napájací rozvod silnoprúdu Z, Zvolen

- *V rámci prác boli realizované elektroinštalačné práce – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, osvetlenie, uzemnenie a bleskozvod.*
- *Zákazka bola realizovaná vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z.*

- Hodnota zákazky bola 82.202,00 EUR bez DPH.
- Zákazka bola realizovaná v období od 04/2018 do 02/2019.

Realizácia elektroinštalácie - montážne práce uskutočnené na budove Z, Zvolen

- V rámci prác boli realizované elektroinštalačné práce – výroba a montáž rozvádzačov, montáž káblových trás a káblov, zapájanie, uzemnenie a bleskozvod.
- Zákazka bola realizovaná vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z.
- Hodnota zákazky bola 86.391,00 EUR bez DPH.
- Zákazka bola realizovaná v období od 03/2018 do 09/2018. “

3. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou C

Vo Vysvetlení č. 2 v rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované stavebné práce pre spoločnosť C, a to nasledovne, cit.: „V rámci predmetného referenčného listu je konkretizovaná dodávka pre spoločnosť C, a to **„15-17-6-SO 603 Verejné osvetlenie „IBV Zelený háj Ivanka pri Nitre – 102 RD+IS a prístupová komunikácia“**. Práce v zmysle referenčného listu boli vykonávané v Ivanke pri Nitre, pričom práce priamo súviseli s cestou číslo I/64. V rámci prác bola vykonaná preložka NN vedenia ponad cestu, ako aj realizácia osvetlenia svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie. Práce boli dodané v období od 08/2018 do 12/2018 a hodnota zákazky bola 67.903,05 EUR bez DPH. “

4. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou D

Vo Vysvetlení č. 2 v rámci predmetného referenčného listu je konkretizovaná dodávka pre spoločnosť D, a to nasledovne, cit.: „V rámci predmetného referenčného listu je konkretizovaná dodávka pre spoločnosť D, a to **„SO51 - Vonkajšie osvetlenie a rozvody NN, SO50a - Prívod NN „Čerpacia stanica pohonných hmôt Trnava, Nová ulica“**“. Ako je zrejmé z konkretizácie dodávky, práce v zmysle referenčného listu boli vykonávané na Novej ulici v Trnave, konkrétne na čerpacej stanici a k nej priľahlej cestnej komunikácii. V rámci prác bolo vykonané pretláčanie popod cestnú komunikáciu pre prípojku a bola uskutočnená realizácia osvetlenia svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie. Ďalej bola uskutočnená realizácia výkopových a zemných prác, búracie práce a realizácia zemnej prípojky. Práce boli dodané v období mesiaca august 2017 a plnenia bola v sume 49.999,50 EUR bez DPH. “

5. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou E

Vo Vysvetlení č. 2 v rámci predmetného referenčného listu sú popísané stavebné práce pre spoločnosť E, a to nasledovne, cit.: „V rámci predmetného referenčného listu sú konkretizované dodávky pre spoločnosť E, a to **„SO 03 Rekonštrukcia verejného osvetlenia na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“ a „SO 04 Rekonštrukcia verejného osvetlenia a SO 05 Preložka slaboprúdu na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“**. Práce v zmysle referenčného listu boli vykonané v Trenčianskych Tepliciach a keďže sa týkali rekonštrukcie parkoviska, čiastočne zasahovali aj do cesty číslo II/516. V rámci prác bolo realizované osvetlenie svietidlami na stožiaroch ako vonkajšie osvetlenie, vykonané výkopové a zemné práce, búracie práce, boli realizované

zemné prípojky a preložky slaboprúdu - vzdušného vedenia. Práce boli dodané v období od 11/2018 do 12/2018 a hodnota oboch plnení spoločne bola 33.797,18 EUR bez DPH.“

89. **K referenčnému listu od spoločnosti A** navrhovateľ ďalej vo Vysvetlení č. 2 uviedol, že, cit.: *„všetky realizované stavebné práce v zmysle predmetného referenčného listu boli inžinierskymi stavbami, resp. objektmi. Nakoľko v zmysle súťažných podkladov, ako aj výzvy, je predmetom zákazky rekonštrukcia verejného osvetlenia a teda rekonštrukcia inžinierskej stavby/objektu, stavebné práce dodané pre spoločnosť A sú z tohto pohľadu relevantné vo vzťahu k zákazke. Jedná sa tak o práce, ktoré boli realizované v zmysle zadaných podmienok účasti. Skutočnosť, že stavebné práce boli vykonané v zmysle zadaných podmienok účasti možno konštatovať aj napriek tomu, že sa v daných prípadoch nejednalo o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. Ako je zrejmé, stavebné práce v dvoch prípadoch, v zmysle predmetnej referencie boli vykonávané aj v rámci cesty II. triedy, a práce v jednom prípade v objekte nachádzajúcom sa v blízkosti cesty II. triedy. Máme za to, že pri prácach, ktoré boli vykonávané priamo na prevádzkovaných častiach cestných komunikácií, nemôžu na strane verejného obstarávateľa existovať pochybnosti o ich zhodnosti s prácami v zmysle predmetu zákazky. V oboch prípadoch boli totiž vykonávané stavebné práce (inžinierske stavby) na cestnej komunikácii. Rovnako máme za to, že na strane verejného obstarávateľa nemôžu existovať pochybnosti ani o zhodnosti, resp. podobnosti stavebných prác vykonávaných v súkromnom objekte. Pri hodnotení zhodnosti, resp. podobnosti prác, by mal verejný obstarávateľ totiž hodnotiť najmä predmet, charakter a odbornosť vykonaných prác, a nie miesto ich výkonu. Za podstatnú v tejto súvislosti preto považujeme skutočnosť, že v rámci stavebných prác boli vykonávané práce, na realizáciu ktorých sú potrebné osvedčenia o odbornej spôsobilosti, v zmysle príslušných právnych predpisov. Predmetné osvedčenia umožňujú ich držiteľom výkon činností na elektrických zariadeniach, a to bez obmedzenia napätia, vrátane bleskozvodov. Súťažné podklady k zákazke pritom uvádzajú, že „Montáž elektrických zariadení môže vykonávať len osoba s platným oprávnením v zmysle vyhlášky č. 508/2009 Z. z.“, ako aj to, že „Podľa vyhlášky č. 508/2009 Z. z. § 2, príl.č.1, III. Časť rozdelenie zariadení a ich zaradenie do skupín podľa miery ohrozenia je predmetné zaradenie zaradené do skupiny B“. Nakoľko naša spoločnosť vie zabezpečiť realizáciu prác v zmysle zákazky riadne erudovanými osobami, a obdobné práce už viac krát dodávala, posúdenie skutočností, či práce v zmysle referencie boli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy (prípadne akýchkoľvek iných ciest) je podľa nášho názoru irelevantné. Skutočnosť, či sa jedná o realizáciu stavebných prác na prevádzkovaných úsekoch cestných komunikácií alebo nie, môže nanajvýš ovplyvniť to, či sa jedná o úplne rovnaké, alebo podobné práce. Nakoľko však verejný obstarávateľ umožnil, aby technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť uchádzača bola preukázaná aj zoznamom stavebných prác podobného charakteru, je zrejmé, že realizácia stavebných prác v súkromnom objekte je bezpochyby stavebnou prácou realizovanou podľa podmienok účasti.*

Ked'že:

- *verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch, ako aj vo výzve uvádza, že pre naplnenie podmienok účasti je postačujúce, aby bol zo strany uchádzača predložený zoznam stavebných prác podobného charakteru ako je predmet zákazky, a*
- *stavebné práce dodané našou spoločnosťou v zmysle predmetného referenčného listu boli rovnakého charakteru, prípadne podobného charakteru, ako stavebné práce, ktoré majú byť realizované v zmysle zákazky,*

je nepochybné, že všetky práce realizované v zmysle predmetného referenčného listu sú prácami realizovanými v zmysle zadaných podmienok účasti. “

90. **K referenčnému listu od spoločnosti B** navrhovateľ vo Vysvetlení č. 2 uviedol, že, cit.: „Aj pri stavebných prácach realizovaných pre spoločnosť **B** je zrejmé, že sa **jednalo o práce rovnakého, prípadne podobného charakteru, ako stavebné práce v zmysle zákazky**. Všetky realizované stavebné práce v zmysle predmetného referenčného listu boli totiž opätovne inžinierskymi stavbami, resp. objektmi. Obdobne ako v pri spoločnosti A (bod Ad. 1. tohto vysvetlenia), aj v tomto prípade pritom dochádzalo k realizácii stavebných prác a to jednak na prevádzkovaných úsekoch cestných komunikácií, ako aj v súkromných objektoch. Keďže sa jedná o takmer identické stavebné práce, aké boli uvádzané v rámci bodu Ad. 1 tohto vysvetlenia, argumentačne sa v plnom rozsahu pridržame skutočností uvedených v bode Ad. 1. tohto vysvetlenia. Vzhľadom na uvedené je tak zrejmé, že **stavebné práce realizované aj v zmysle tohto referenčného listu sú prácami realizovanými v zmysle zadaných podmienok účasti**.“
91. **K referenčnému listu od spoločnosti C** navrhovateľ vo Vysvetlení č. 2 ďalej uviedol, že, cit.: „Máme za to, že s ohľadom na stavebné práce vykonávané v rámci tejto referencie, verejný obstarávateľ nemôže mať žiadne pochybnosti o ich relevantnosti vo vzťahu k zákazke. **Ide o práce úplne totožné s predmetom zákazky – realizácia stavebných prác (osvetlenia) na ceste I. triedy**.“
92. **K referenčnému listu od spoločnosti D** navrhovateľ vo Vysvetlení č. 2 ďalej uviedol, že, cit.: Obdobne ako pri bode Ad. 3 tohto vysvetlenia, ani pri referencii od spoločnosti **D** nemôžu vzniknúť na strane verejného obstarávateľa akékoľvek pochybnosti o ich relevantnosti vo vzťahu k zákazke. **Opäť sa totiž jedná o práce úplne totožné s predmetom zákazky – realizácia stavebných prác (osvetlenie, rozvody, prívod NN), realizované čiastočne na prevádzkovanej cestnej komunikácii**. Pokiaľ by verejný obstarávateľ nepovažoval predmetné práce za rovnaké ako predmet zákazky, z dôvodu, že tieto neboli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest alebo ciest prvej triedy, je potrebné predmetné stavebné práce považovať za **práce podobné predmetu zákazky** (bližšie vysvetlenie v bode Ad. 1).“
93. **K referenčnému listu od spoločnosti E** navrhovateľ vo Vysvetlení č. 2 ďalej uviedol, že, cit.: „Aj pri poslednej referencii sa jedná o stavebné práce realizované v zmysle zadaných podmienok účasti. **Ide totiž o práce totožné s predmetom zákazky – realizácia stavebných prác (osvetlenie, verejné osvetlenie, predložka), realizované čiastočne aj na prevádzkovanej cestnej komunikácii**. Opätovne dodávame, že ak by verejný obstarávateľ nepovažoval predmetné práce za rovnaké ako predmet zákazky, z dôvodu, že tieto neboli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest alebo ciest prvej triedy, je potrebné predmetné stavebné práce považovať za **práce podobné predmetu zákazky** (bližšie vysvetlenie v bode Ad. 1).“
94. Navrhovateľ na záver Vysvetlenia č. 2 uvádza časť pod názvom „III. Zhrnutie“, v ktorej konštatuje nasledovné, cit.: „Vzhľadom na skutočnosti uvedené v Článku I. a II. tohto vysvetlenia uvádzame, že **všetky stavebné práce, realizované v zmysle predložených referencií, boli realizované v zmysle zadaných podmienok účasti**. Spoločnosť **XX** tak absolútne nesúhlasí s názorom komisie, že nami predložený zoznam referencií nie je v súlade s požiadavkami uvedenými vo výzve na predkladanie ponúk na predmet zákazky. V tejto súvislosti si dovoľujeme upozorniť, že komisia vo svojej žiadosti neuviedla, v čom vidí namietaný nesúlad. Po dôslednom vyhodnotení žiadosti, výzvy, ako aj súťažných podkladov, sa spoločnosť **XX** domnieva, že namietaný (údajný) nesúlad je spôsobený skutočnosťou, že viaceré stavebné práce neboli vykonávané na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objektoch súvisiacich s predmetom obstarávania. Ako je uvedené vyššie, najmä v časti Ad. 1. tohto vysvetlenia, predmetná skutočnosť nemôže byť na ťarchu uchádzačovi, a môže nanajvýš spôsobiť, že predmetné stavebné práce **budú považované za práce podobného charakteru ako predmet zákazky**. Stavebné práce podobného charakteru ako predmet zákazky sú pritom

postačujúce na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti účastníka. Opätovne pritom poukazujeme na časť III.1.3) výzvy, bod 1, podľa ktorého: „Uchádzač v ponuke predloží nasledovné informácie a doklady, ktorými preukáže technickú a odbornú spôsobilosť podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní: Zoznam stavebných prác **rovnakého alebo podobného charakteru** ako je predmet zákazky t.j. stavebných prác na **realizácii inžinierskych stavieb a objektov** súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (...) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok“. **Stavebné práce dodané našou spoločnosťou v zmysle predložených referencií sú stavebné práce rovnakého, alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky.** Záverom si dovoľujeme upriamiť pozornosť komisie na ustanovenie § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého: „Verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, **princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.**“ Nakoľko verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch ani vo výzve neurčil, čo konkrétne považuje za podstatné kritérium pri hodnotení podobnosti stavebných prác, ktorými má uchádzač preukázať svoju odbornú a technickú spôsobilosť podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, musí tento pri hodnotení podobnosti stavebných prác, v rámci vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, jednať maximálne objektívne a nediskriminačne tak, aby bol zachovaný princíp transparentnosti v procese verejného obstarávania, najmä pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti. Pokiaľ by verejný obstarávateľ považoval lokalitu výkonu stavebných prác za rozhodnú skutočnosť pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti, pričom by nebral do úvahy charakter a druh stavebných prác a odbornosť ich prevedenia, konanie verejného obstarávateľa by mohlo byť považované za diskriminačné a svojvoľné. Uvedené si dovoľíme tvrdiť, nakoľko každý erudovaný subjekt, pokiaľ disponuje osobami s potrebnou odbornou kvalifikáciou, dokáže zabezpečiť riadny a kvalitný výkon stavebných prác, a to bez ohľadu na ich lokalitu. **Spoločnosť XX bezpochyby dostatočne erudovanými odborníkmi disponuje, a teda je objektívne spôsobilá na výkon stavebných prác v zmysle zákazky. Vzhľadom na vyššie uvedené máme za to, že referencie predložené zo strany spoločnosť XX sú dostatočné, v súlade s požiadavkami stanovenými verejným obstarávateľom a teda spoločnosť XX spĺňa všetky podmienky účasti stanovené verejným obstarávateľom.**“

95. Kontrolovaný dňa 18.02.2020 prostredníctvom IS JOSEPHINE doručil navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení uchádzača zo dňa 18.02.2020 (list č. 6840/15350/60304/2020), ktorým bolo navrhovateľovi oznámené, že bol vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že nesplnil podmienky účasti.
96. Kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uchádzača poukázal na to, že vo Výzve na predkladanie ponúk v časti III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť v bode 1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní stanovil, že uchádzač musí na splnenie podmienok účasti predložiť:

„Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:

*1.1 bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dokladom je referencia,
1.2 bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dôkaz o plnení
potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača o ich
uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na
základe ktorého boli uskutočnené.“*

97. Kontrolovaný v rámci odôvodnenia Oznámenia o vylúčení uchádzača ďalej poukázal na to, že v časti minimálna požadovaná úroveň štandardov: III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1. Výzvy na predkladanie ponúk je uvedené, že „Zoznam stavebných prác uskutočnených v rozhodnom období s rovnakým alebo podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky uskutočnených v celkovom objeme v min. hodnote 450 000 € bez DPH (slovom: štyristopäťdesiat tisíc eur), ktoré boli dané do užívania za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania.“
98. Kontrolovaný v odôvodnení Oznámenia o vylúčení uchádzača taktiež chronologicky uvádza, čo predchádzalo samotnému vylúčeniu navrhovateľa z verejného obstarávania, a to v zhode so zisteniami úradu.
99. Následne kontrolovaný ku každému referenčnému listu (tie, ktoré predložil navrhovateľ vo Vysvetlení č. 1 a bližšie popísal vo Vysvetlení č. 2) v odôvodnení Oznámenia o vylúčení uchádzača uviedol dôvody uznania/neuznania tej-ktorej referencie. **K referenčnému listu od spoločnosti C** kontrolovaný uviedol, že „obsahuje referenciu, ktorá je v hodnote 67 903,05,-€ a bola realizovaná v zmysle zadaných podmienok účasti, stavebné práce boli realizované na ceste I. triedy.“ **K referenčnému listu od spoločnosti A** kontrolovaný uviedol, že „obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác na ceste II. triedy – II/507 a v jej blízkosti, hodnota referencií je 250 840,20 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“ **K referenčnému listu od spoločnosti B** kontrolovaný konštatoval, že „obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác realizovaných v areáloch súkromných objektov a na prevádzkových úsekoch cestných komunikácií, hodnota referencií je 278 496,25 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“ **K referenčnému listu od spoločnosti D** kontrolovaný uviedol, že „obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác vykonaných na čerpacej stanici a priľahlej ulici, hodnota referencií je 49 999,50 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“ **K referenčnému listu od spoločnosti E** kontrolovaný uviedol, že „obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác týkajúcich sa rekonštrukcie parkoviska a prác na ceste II. triedy – II/516, hodnota referencií je 33 797,18 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“
100. Kontrolovaný na záver odôvodnenia v Oznámení o vylúčení uchádzača tvrdí, že z vyššie uvedených referencií komisia „uznala len jednu referenciu od spoločnosti C v hodnote 67 903,05 €, ktorá zodpovedá nami stanoveným podmienkam účasti vo Výzve, t. j. bola realizovaná ako stavebné práce priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“ Ďalej kontrolovaný dodáva, že „ostatné štyri Vami predložené referencie podmienku realizácie stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I triedy nesplnili.“ Na záver kontrolovaný konštatuje, že: „Z dôvodu, že Vami predložená referencia od spoločnosti C, ktorá ako jediná splnila nami stanovené požiadavky pre uznanie referencií bola len v hodnote 67 903,05 €, komisia konštatuje, že ste nepredložili referencie v nami požadovanom celkovom objeme 450 000,00 €, čím ste nesplnili jednu

z podmienok účasti stanovenú vo Výzve, čo je dôvodom Vášho vylúčenia z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO.“

Právny rámec

101. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
102. 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.
103. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú päť rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, ak osobitný predpis neustanovuje inak; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania.
104. Podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:

zoznamom 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.
105. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.
106. Podľa § 40 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti uchádzačov alebo záujemcov, ktoré sa týkajú technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) alebo písm.

b) zákona o verejnom obstarávaní, zohľadniť referencie uchádzačov alebo záujemcov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní, ak takéto referencie existujú.

107. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.
108. Podľa § 40 ods. 13 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ bezodkladne písomne upovedomia uchádzača alebo záujemcu, že bol vylúčený s uvedením dôvodu a lehoty, v ktorej môže byť doručená námietka.
109. Podľa § 43a ods. 3 zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon) v znení neskorších predpisov inžinierske stavby sú:
- a) diaľnice, cesty, miestne a účelové komunikácie, nábrežia, chodníky a nekryté parkoviská,
 - b) železničné, lanové a iné dráhy,
 - c) vzletové dráhy, pristávacie dráhy a rolovacie dráhy letísk,
 - d) mosty, nadjazdy, tunely, nadchody a podchody,
 - e) prístavy, plavebné kanály a komory, úpravy tokov, priehrady a ochranné hrádze, závlahové a melioračné sústavy, rybníky,
 - f) diaľkové ropovody a plynovody, miestne rozvody plynu,
 - g) diaľkové a miestne rozvody vody alebo party, úpravne vody, miestne kanalizácie a čistiare odpadových vôd,
 - h) diaľkové a miestne elektronické komunikačné siete a vedenia, telekomunikačné stožiare, transformačné stanice,
 - i) diaľkové a miestne rozvody elektriny, stožiare, transformačné stanice, televízne káblové rozvody,
 - j) banské stavby a ťažobné zariadenia,
 - k) stavby energetických zariadení, plynárne a spaľovne odpadu,
 - l) stavby na spracovanie a ukladanie jadrového materiálu a rádioaktívneho odpadu,
 - m) stavby chemických zariadení, rafinérie a koksovne,
 - n) stavby ťažké priemyslu, napríklad vysoké pece, valcovne a zlievarne,
 - o) nekryté športové ihriská, automobilové, motocyklové a bicyklové dráhy, golfové ihriská, lyžiarske trate a vleky,
 - p) zábavné a oddychové parky, zoologické a botanické záhrady,
 - q) reklamné stavby,
 - r) ostatné inžinierske stavby, napríklad skládky odpadu.

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, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

110. Úrad v prvom rade uvádza, že inštitút technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti zákonodarca normuje v ustanovení § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Účelom podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti je dosiahnuť, aby sa verejného obstarávania zúčastnili iba takí záujemcovia alebo uchádzači, ktorí sú po technickej a odbornej stránke schopní zákazku reálne plniť. Podľa Metodického usmernenia úradu č. 12582-5000/2017 podmienky účasti slúžia na „*nastavenie pravidiel, ktoré umožňujú preskúmať spôsobilosť uchádzačov alebo záujemcov s cieľom umožniť súperenie o zákazku iba spôsobilým*“

hospodárskym subjektom, u ktorých existuje predpoklad riadneho plnenia zákazky. Z tohto pohľadu predstavujú podmienky účasti eliminačné kritériá, ktoré v prípade ich nesplnenia zo strany uchádzačov alebo záujemcov rezultujú v ich vylúčení z verejného obstarávania.“ Zároveň nemožno opomenúť Smernicu Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26.02.2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“), ktorá upravuje základnú úpravu pre zakotvenie podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Podľa čl. 58 Smernice ods. 1 písm. a) podmienky účasti sa môžu týkať technickej a odbornej spôsobilosti.

111. Vo vzťahu k splneniu podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti platí, že tieto preukazuje samotný záujemca, resp. uchádzač, prípadne môže využiť technické alebo odborné kapacity inej osoby.
112. Normotvorca v ustanovení § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vymenováva doklady, ktoré je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oprávnený požadovať za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti. Ustanovenie § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní treba vnímať ako *ius dispositivum*, z čoho plynie záver, že je na samotnom verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, či bude preukazovanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti požadovať a v akom rozsahu. Je na úvahe verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, či stanoví jednu podmienku účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti alebo ich určitú množinu. Ak sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ rozhodne pre pluralitu týchto podmienok, musí byť každá podmienka definovaná a špecifikovaná samostatne.
113. To však neznamená, že by verejný obstarávateľ a obstarávateľ neboli limitovaní pri stanovení podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ musí mať vždy na pamäti limitácie pertraktované do ustanovenia § 38 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že v posudzovanom prípade treba brať na zreteľ najmä ustanovenie § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého *„podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.“*
114. V úradom posudzovanom prípade kontrolovaný určil na účely preukázania technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podmienku podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a to 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 prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom
 - a) bol verejný obstarávateľom alebo obstarávateľ podľa zákona o verejnom obstarávaní, dokladom je referencia,
 - b) bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa zákona o verejnom obstarávaní, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo zájemcu o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.

115. Úrad má za to, že skutočnosť, že kontrolovaný sa rozhodol pre podmienku podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní jednoznačne vyplýva z oddielu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodu 1. Výzvy na predkladanie ponúk, v ktorom sa uvádza, cit.:

„1. podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní:

Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania), uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (ďalej len rozhodné obdobie) doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:

1.1 bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dokladom je referencia,

1.2 bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.“

116. Kontrolovaný zároveň vo vzťahu k oddielu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodu 1 Výzvy na predkladanie ponúk ďalej špecifikuje minimálnu požadovanú úroveň, a to nasledovne: ***„Pre účely splnenia tejto podmienky uchádzač predloží: Zoznam stavebných prác uskutočnených v rozhodnom období s rovnakým alebo podobným charakterom a rozsahom ako predmet zákazky uskutočnených v celkovom objeme v min. hodnote 450 000,-€ bez DPH (slovom: štyristopäťdesiat tisíc eur) ktoré boli dané do užívania za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania. V prípade realizácie stavieb, ktorých začiatok alebo koniec nespadá do rozhodného obdobia, je uchádzač povinný preukázať potvrdením objednávateľa/odberateľa alebo iným dokladom, že požadovaná minimálna výška zmluvnej ceny stavby bola realizovaná v rozhodnom období.“***
117. Ako vyplýva zo zistení úradu (pozri najmä body 86. až 100. tohto rozhodnutia), navrhovateľ predložil celkovo 5 referencií, pričom kontrolovaný uznal navrhovateľovi len referenciu od spoločnosti C v hodnote 67 903,05 Eur, ktorá zodpovedá stanoveným podmienkam účasti vo Výzve na predkladanie ponúk, t. j. bola realizovaná ako stavebné práce priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. Ostatné štyri referencie podľa kontrolovaného podmienku realizácie stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I triedy nespĺnili. Nakoľko referencia od spoločnosti C, ktorá ako jediná splnila stanovené požiadavky pre uznanie referencií bola len v hodnote 67 903,05 €, komisia konštatovala, že navrhovateľ nepredložil referencie požadovanom celkovom objeme 450 000,00 €, čím podľa kontrolovaného nespĺnil jednu z podmienok účasti stanovenú vo Výzve na predkladanie ponúk, čo bolo dôvodom vylúčenia navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
118. Úrad má za to, že pre správne a precízne posúdenie vyššie uvedených námietok a skutočností je potrebné zodpovedať nasledovné otázky: ***Zadefinoval kontrolovaný vo Výzve na predkladanie ponúk pojem „stavebná práca rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ na jednej strane a „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“ na strane druhej? V prípade kladnej odpovede je potrebné pristúpiť k ďalšej čiastkovej otázke – čo možno subsumovať pod „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“? Možno pod „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“ podriaďiť aj ostatné štyri referencie neuznané kontrolovaným?***

Pojem „stavebná práca rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a pojem „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“

119. Úrad sa nestotožňuje s tvrdením navrhovateľa, že kontrolovaný v rámci **Súťažných podkladov, ani Výzvy na predkladanie ponúk bližšie nešpecifikuje pojem „stavebné práce podobného charakteru“** ako predmet zákazky. Z oddielu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodu 1. Výzvy na predkladanie ponúk vyplýva, že kontrolovaný vymedzuje „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“ nasledovne: **„...alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania (na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania).“** Časť vety za „t. j. stavebných...“ jasne ukazuje, že kontrolovaný si pojem „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“ zdefinoval. Úrad vykonanou atomizáciou (t. j. rozdrobením na „drobné“) oddielu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodu 1 Výzvy na predkladanie ponúk má za to, že aby určitá referencia, resp. stavebná práca bola považovaná za „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“, musia byť splnené nasledovné kumulatívne podmienky:
- a) išlo o stavebnú prácu na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania, a zároveň
 - b) tieto stavebné práce boli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania.
120. Čo sa ďalej týka pojmu „stavebné práce rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“, úrad má za to, že základným východiskom pre výklad uvedeného pojmu je opis predmetu zákazky nachádzajúci sa v Súťažných podkladoch v časti B.1 Opis predmetu zákazky. Z časti B.1 Opis predmetu zákazky, bodu 1. Súťažných podkladov jednoznačne vyplýva, že predmetom zákazky sú stavebné práce – „*Rekonštrukcia verejného osvetlenia na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš*“. Úrad má za to, že v prípade pojmu „stavebné práce rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“ treba uplatňovať reštriktívnejší výklad, a to v tom zmysle, že pod tento pojem možno subsumovať len rekonštrukcie verejného osvetlenia na diaľnici. Táto zdanlivá prísnosť reštriktívneho výkladu je však následne korigovaná pojmom „stavebné práce podobného charakteru ako predmet zákazky“, kde kontrolovaný už prejavuje vyššiu mieru „zhovievavosti“, nakoľko vyššie uvedený reštriktívny výklad tu je vyvažovaný extenzívnejším poňatím pojmu „stavebné práce podobného charakteru ako je predmet zákazky“, pod ktorý možno už subsumovať stavebné práce, resp. referencie spĺňajúce kumulatívne podmienky uvedené v bode 119. tohto rozhodnutia.
121. Na základe vyššie uvedeného má úrad za to, že v posudzovanom prípade nám tu vznikajú celkovo tri kategórie stavebných prác, ktoré predurčujú uznanie/neuznanie stavebnej práce, resp. referenčného listu zo strany kontrolovaného, a to:
- a) **Stavebná práca rovnakého charakteru ako predmet zákazky** – išlo o rekonštrukciu verejného osvetlenia na akejkoľvek diaľnici (prípadne na úplne totožnej križovatke na diaľnici D1), čo by malo viesť kontrolovaného k rezultátu o uznaní stavebnej práce, resp. referenčného listu;
 - b) **Stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky** - išlo o stavebnú prácu na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania, a zároveň tieto stavebné práce boli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania, čo by malo viesť kontrolovaného k rozhodnutiu o uznaní stavebnej práce, resp. referenčného listu;

c) **Stavebná práca nerovnakého charakteru a nepodobného charakteru ako predmet zákazky** – *a contrario*, ak nešlo o rekonštrukciu verejného osvetlenia na akejkoľvek diaľnici, prípadne rekonštrukciu úplne totožnej križovatky na diaľnici D1 (t. j. rovnaký charakter ako predmet zákazky) a zároveň nešlo ani o stavebnú prácu na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania, a zároveň tieto stavebné práce neboli realizované na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania, takéto zistenie verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa by malo viesť k záveru o neuznaní stavebnej práce, resp. referenčného listu.

122. S ohľadom na vyššie uvedené má úrad za to, že kontrolovaný pomerne jasne a určito definoval pojem „stavebná práca rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“.

Referencie predložené navrhovateľom a ich kategorizácia

123. Úrad má na základe vykonaného šetrenia za to, že navrhovateľ zo všetkých piatich referencií nepredložil ani jednu stavebnú prácu, ktorá by bola „rovnakého charakteru ako predmet zákazky“, nakoľko žiadna referencia nesúvisela s rekonštrukciou osvetlenia na diaľnici, ani s rekonštrukciou osvetlenia na totožnej križovatke na diaľnici D1.

124. Čo sa týka druhej kategórie – stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazku (pozri bod 121. písm. b) tohto rozhodnutia) – pod túto možno subsumovať len referenčný list potvrdený odberateľom, resp. spoločnosťou **C**, nakoľko pri predmetnej zákazke boli splnené obidve kumulatívne podmienky podľa bodu 119. tohto rozhodnutia, resp. išlo o rekonštrukciu verejného osvetlenia na ceste I. triedy, čo uvádza aj kontrolovaný v odôvodnení uznania predmetného referenčného listu v Oznámení o vylúčení uchádzača (pozri bod 99. tohto rozhodnutia).

Úrad preskúmaním ostatných referenčných listov (t. j. referenčný list od spoločnosti **A**, referenčný list od spoločnosti **B**, referenčný list od spoločnosti **D** a referenčný list od spoločnosti **E**) dospel k nasledovným záverom:

125. **K referenčnému listu potvrdenému spoločnosťou A** úrad konštatuje, že z časti II. „VYSVETLENIE/DOPLNENIE PREDLOŽENÝCH DOKLADOV, Ad 1. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou **A**“ Vysvetlenia č. 2 vyplýva, že:

- zákazka „VN prípojka a TS 2x 1000kVa – **A** Považské podhradie – líniová inžinierska stavba“ **sa realizovala v Považskom Podhradí na ceste číslo II/507,**
- zákazka „Realizácia elektroinštalácie Výrobnoskladovacia hala **A** Považské Podhradie“ **sa realizovala v blízkosti cesty číslo II/507 (dokonca ani nie na ceste II/507) a**
- zákazka „Realizácia osvetlenia LED pre **A** Považské Podhradie **sa realizovala na ceste číslo II/507.**

126. Úrad dospel k záveru, že vyššie uvedený zoznam stavebných prác v kontexte § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nespadá pod prvé dve kategórie stavebných prác podľa bodu 121. písm. a) a b) tohto rozhodnutia, ale pod bod 121. písm. c) tohto rozhodnutia, t. j. **ide o stavebné práce nerovnakého charakteru a nepodobného charakteru ako predmet zákazky. Navrhovateľ predložil referenčný list potvrdený spoločnosťou A v rozpore s oddielom III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodom 1 Výzvy na predkladanie ponúk.** Úrad sa stotožňuje s odôvodnením z Oznámenia o vylúčení uchádzača k **referenčnému listu od spoločnosti A**, v ktorom kontrolovaný uviedol, že „*obsahuje referencie týkajúce sa stavebných*

prác na ceste II. triedy – II/507 a v jej blízkosti, hodnota referencií je 250 840,20 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. “

127. K referenčnému listu od spoločnosti B úrad konštatuje, že z časti II. „VYSVETLENIE/DOPLNENIE PREDLOŽENÝCH DOKLADOV, Ad 2. Referenčný list potvrdený odberateľom, B“ Vysvetlenia č. 2 vyplýva, že:
- zákazka „Elektroinštalačné práce v spoločnosti X, Zvolen“ **bola realizovaná vo Zvolene, v areáli spoločnosti X,**
 - zákazka „Rekonštrukcia káblového prívodu 22kV VN prípojky, 2ks VN napájacích kobiek v trafostanici 22/0,4kV OS 9215-TS Y“ **bola realizovaná v areáli spoločnosti Y,**
 - zákazka „Realizácia elektroinštalácie – montážne práce v rámci zákazky Modernizácia výroby impregnovaného papiera objekty SO-123 hala povrchových úprav a PS-6-123 napájací rozvod silnoprúdu Z, Zvolen“ **bola realizovaná vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z,**
 - zákazka „Realizácia elektroinštalácie – montážne práce uskutočnené na budove Z, Zvolen“ **bola realizovaná vo Zvolene, v areáli bývalej spoločnosti Z.**
128. Úrad dospel k záveru, že vyššie uvedený zoznam stavebných prác v kontexte § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nespadá pod prvé dve kategórie podľa bodu 121. písm. a) a b) tohto rozhodnutia, ale pod bod 121. písm. c) tohto rozhodnutia, t. j. **ide o stavebné práce nerovnakého charakteru a nepodobného charakteru ako predmet zákazky. Navrhovateľ predložil referenčný list potvrdený spoločnosťou B v rozpore s oddielom III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodom 1 Výzvy na predkladanie ponúk.** Úrad sa stotožňuje s odôvodnením z Oznámenia o vylúčení uchádzača k referenčnému listu od B, v ktorom kontrolovaný uviedol, že *„obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác realizovaných v areáloch súkromných objektov a na prevádzkových úsekoch cestných komunikácií, hodnota referencií je 287 496,25 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. “*
129. K referenčnému listu od spoločnosti D úrad konštatuje, že z časti II. „VYSVETLENIE/DOPLNENIE PREDLOŽENÝCH DOKLADOV, Ad 4. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou D“ Vysvetlenia č. 2 vyplýva, že:
- zákazka „SO51 – Vonkajšie osvetlenie a rozvody NN, SO50a – Prívod NN „Čerpacia stanica pohonných hmôt Trnava, Nová ulica“ **sa realizovala Novej ulici v Trnave, konkrétne na čerpacej stanici a k nej prilahlej cestnej komunikácii.**
130. Úrad dospel k záveru, že vyššie uvedené stavebné práce v kontexte § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nespádajú pod prvé dve kategórie podľa bodu 121. písm. a) a b) tohto rozhodnutia, ale pod bod 121. písm. c) tohto rozhodnutia, t. j. **ide o stavebné práce nerovnakého charakteru a nepodobného charakteru ako predmet zákazky. Navrhovateľ predložil referenčný list potvrdený spoločnosťou D v rozpore s oddielom III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodom 1 Výzvy na predkladanie ponúk.** Úrad sa stotožňuje s odôvodnením z Oznámenia o vylúčení uchádzača k referenčnému listu od D, v ktorom kontrolovaný uviedol, že *„obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác vykonaných na čerpacej stanici a prilahlej ulici, hodnota referencií je 49 999,50 €. V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy. “*

131. **K referenčnému listu od spoločnosti E** úrad konštatuje, že z časti II. „VYSVETLENIE/DOPLNENIE PREDLOŽENÝCH DOKLADOV, Ad 5. Referenčný list potvrdený odberateľom, spoločnosťou E“ Vysvetlenia č. 2 vyplýva, že:
- zákazka „SO 03 Rekonštrukcia verejného osvetlenia na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“ a zákazka „SO 04 Rekonštrukcia verejného osvetlenia a SO 05 Preložka slaboprúdu na stavbe Rekonštrukcia parkoviska Trenčianske Teplice“ **boli realizované v Trenčianskych Tepliciach a týkali sa rekonštrukcie parkoviska, pričom tieto práce len čiastočne zasahovali aj do cesty číslo II/516.**
132. Úrad dospel k záveru, že aj vyššie uvedené stavebné práce v kontexte § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nespádajú pod prvé dve kategórie podľa bodu 121. písm. a) a b) tohto rozhodnutia, ale pod bod 121. písm. c) tohto rozhodnutia, t. j. **ide o stavebné práce nerovnakého charakteru a nepodobného charakteru ako predmet zákazky. Navrhovateľ predložil referenčný list potvrdený spoločnosťou E v rozpore s oddielom III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodom 1 Výzvy na predkladanie ponúk.** Úrad sa stotožňuje s odôvodnením z Oznámenia o vylúčení uchádzača k referenčnému listu od E, v ktorom kontrolovaný uviedol, že *„obsahuje referencie týkajúce sa stavebných prác týkajúcich sa rekonštrukcie parkoviska a prác na ceste II. triedy – II/516, hodnota referencií je 33 797,18 €- V prípade týchto referencií sa nejedná o realizáciu stavebných prác priamo na prevádzkových úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy.“*
133. Navrhovateľ sa v námietkach snaží argumentovať o nutnosti kategorizovania vyššie uvedených štyroch neuznaných referencií minimálne pod „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“ (viď bod 24. až 26. tohto rozhodnutia) odkazom na ustanovenie § 43g ods. 1 Stavebného zákona, ktorý obsahuje definíciu stavebných prác a ustanovenie § 43a ods. 3 Stavebného zákona, ktorý obsahuje legálnu definíciu inžinierskych stavieb. Navrhovateľ účelovo vytrháva z predmetného ustanovenia § 43a ods. 3 Stavebného zákona len nasledovné inžinierske stavby:
- „a) *diaľnice, cesty, miestne a účelové komunikácie, nábrežia, chodníky a nekryté parkoviská, (...)*
 - d) *mosty, nadjazdy, tunely, nadchody a podchody, (...)*
 - f) *diaľkové ropovody a plynovody, miestne rozvody plynu,*
 - g) *diaľkové a miestne rozvody vody alebo pary, úpravne vody, miestne kanalizácie a čistiarne odpadových vôd,*
 - h) *diaľkové a miestne elektronické komunikačné siete a vedenia, telekomunikačné stožiare, transformačné stanice,*
 - i) *diaľkové a miestne rozvody elektriny, stožiare, transformačné stanice, televízne káblové rozvody, (...).*“
134. Úrad opätovne zdôrazňuje, že definícia „stavebnej práce rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a „stavebnej práce podobného charakteru ako predmet zákazky“ je v plnej kompetencii kontrolovaného, ktorý je limitovaný predovšetkým ustanovením § 38 zákona o verejnom obstarávaní a princípmi verejného obstarávania. Úrad je jednoznačne toho názoru, že ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní je dispozitívneho charakteru a „vzdialená“ právna úprava v podobe § 43a ods. 3 Stavebného zákona v žiadnom smere neneguje toto dispozičné právo kontrolovaného v kontexte pojmového vymedzenia „stavebnej práce rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a „stavebnej práce podobného charakteru ako predmet zákazky“. Východiskom pre vymedzenie týchto pojmov sú najmä Výzva na predkladanie ponúk (alebo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania *per analogiam*) a opis predmetu zákazky v Súťažných podkladoch.

135. V prípade, že by úrad dal za pravdu argumentu navrhovateľa v spojitosti s § 43a ods. 3 Stavebného zákona, t. j. že inžinierske stavby treba považovať za stavebné práce rovnakého charakteru, alebo prinajmenšom za práce podobného charakteru ako predmet zákazky, potom by to viedlo k výkladu *ad absurdum*, t. j. že kontrolovaný by v prípade rekonštrukcie verejného osvetlenia na diaľnici mal ako referenciu uznať napríklad stavebné práce realizované na miestnych kanalizáciách a čistiarní odpadových vôd (§ 43a ods. 3 písm. g) Stavebného zákona). Už tento pomerne jednoduchý demonštratívny príklad ukazuje neudržateľnosť a absurdnosť navrhovateľovej argumentácie.
136. K navrhovateľovmu tvrdeniu, že v súlade s aktuálnym spoločným slovníkom obstarávania (CPV) sa pod kódom 45000000-7 rozumejú **stavebné práce** a pod kódmi 45315100-9, 45316110-9 a 45317300-5 rozumejú elektrotechnické inštalačné práce, inštalovanie osvetlenia ciest a elektroinštalačné práce na elektrických rozvádzačoch, úrad konštatuje, že ide o prísne formalistický prístup. Na základe CPV kódov nemôže byť určované, čo možno považovať za „stavebnú prácu rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a čo za „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“. Prisvedčenie takémuto argumentu by viedlo opäť k nezmyselnému záveru, že akákoľvek stavebná práca vykazuje totožnosť alebo podobnosť s predmetom zákazky. Úrad v tejto súvislosti ďalej uvádza, že spoločný slovník obstarávania (CPV) predstavuje klasifikačný systém uplatniteľný na verejné obstarávanie a na štandardizáciu odkazov používaných verejnými obstarávateľmi pri opise predmetu zákazky. Stanovenie CPV kódov je v kompetencii kontrolovaného, ktorý je oprávnený rozhodnúť o tom, čo a za akých podmienok bude obstarávať a zároveň nesie zodpovednosť za správnosť nastavenia procesu zadávania zákazky. V žiadnom prípade však nemožno súhlasiť s argumentáciou navrhovateľa, že v kontexte kontrolovaným označených CPV kódov má kontrolovaný prihliadať na referencie navrhovateľa pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) alebo b) zákona o verejnom obstarávaní. V tomto ohľade sa úrad stotožňuje s tvrdením kontrolovaného, ktorý vo Vyjadrení k námietkam uvádza, že *„predmet zákazky, ktorý je definovaný v časti B.1 Opis predmetu zákazky je zároveň podkladom pre výklad požiadavky na stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, nie CPV kódy, na ktoré sa navrhovateľ v námietkach odvoláva.“* Vzhľadom na uvedené úrad považuje uvedené argumenty navrhovateľa za **neopodstatnené**.
137. **Navrhovateľ následne v námietkach namieta porušenie princípu nediskriminácie**, nakoľko navrhovateľ napriek predloženiu zoznamu stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru bol vylúčený z verejného obstarávania. Za porušenie princípu nediskriminácie možno považovať podľa navrhovateľa aj skutočnosť, že kontrolovaný stanovil vo Výzve na predkladanie ponúk podmienky, ktorými boli záujemcovia oprávnení preukázať svoju odbornú a technickú spôsobilosť, avšak pri následnom hodnotení podmienok účasti na tieto neprihliadal.

Úrad k časti námietky o porušení princípu nediskriminácie uvádza, že princíp nediskriminácie je špecifickým vyjadrením zásady rovnakého zaobchádzania v zhode s ustálenou judikatúrou (pozri napríklad rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 13.10.2005 vo veci C-458/03, Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen a Stadtwerke Brixen AG, bod 48; rozsudok Súdneho dvora EÚ z 08.10.1980 vo veci C-810/79, Peter Überschar v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, bod 16; rozsudok Súdneho dvora EÚ z 27.10.2005 vo veci C-234/03, Contse SA a i. v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), bod 36). Bez ohľadu na to, či princíp nediskriminácie považujeme za samostatný princíp alebo súčasť všeobecnejšieho princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie, jeho pôsobenie je veľmi všeobecné. *„Zahrňa tak napríklad zákaz konania spočívajúceho v preferencii domácich záujemcov či uchádzačov oproti zahraničným stanovením podmienok účasti spočívajúcich v národných úpravách, podmienok účasti zvýhodňujúci určitý*

typ obchodných spoločností, **diskriminácii spočívajúcej vo vyžadovaní referencií z úzko špecifikovaných zákaziek alebo zákaziek realizovaných pre konkrétny sektor, alebo stanovení zmluvných podmienok ukladajúcich povinnosť lokalizácie elementov plnenia zmluvy na konkrétnom mieste v rámci Slovenskej republiky alebo v zahraničí.**“¹

138. Podľa rozhodnutia Rady úradu č. 3972-9000/2017, bod 34 princíp nediskriminácie (spolu s princípom transparentnosti) „smeruje v prvom rade k zabezpečeniu cieľa samotného zákona o verejnom obstarávaní, ktorým je zaistenie hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti nakladania s verejnými finančnými prostriedkami. Zákon tento cieľ dosahuje predovšetkým vytváraním podmienok pre to, aby zmluvy, plnenie ktorých je hradené z verejných finančných prostriedkov, boli verejnými obstarávateľmi uzatvárané s cieľom zaistenia hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi, teda medzi uchádzačmi a záujemcami. Práve k zaisteniu konkurencie medzi záujemcami/uchádzačmi slúžia princípy rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie. Samotný pojem diskriminácie v prvom rade implikuje rozdielny/iný prístup k jednotlivcovi, než k celku, teda odlišné zaobchádzanie s jednotlivcom v porovnaní s ostatnými členmi porovnávanej skupiny, čo vyplýva aj zo samotného pojmu diskriminácie.“ Vo vzťahu k princípu nediskriminácie ďalej možno v zhode s vyššie uvedeným rozhodnutím Rady uviesť, že zmysel a cieľ princípu nediskriminácie nevyhnutne vedie k záveru, že tento zákaz diskriminácie zahŕňa jednak zákaz zjavnej diskriminácie, teda odlišné zachádzanie s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale taktiež zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie k obdobným, právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania teda k poškodzovaniu hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi, t. j. uchádzačmi a záujemcami). Na tomto mieste však treba uviesť, že samotná podstata tzv. zákazu skrytej diskriminácie znemožňuje jej akúkoľvek mechanickú aplikáciu. **Nie je totiž objektívne možné od verejných obstarávateľov požadovať, aby nimi vyžadované podmienky účasti, mali na všetkých potencionálnych uchádzačov rovnaké dôsledky, resp. dopad.** Takáto požiadavka by ani nebola reálne možná a bola by v rozpore so zmyslom podmienok účasti, ktorým je preukázať spôsobilosť plniť predmet zákazky. **Za skrytú formu neprípustnej diskriminácie je teda treba považovať postup, ktorým verejný obstarávateľ znemožní niektorým záujemcom uchádzať sa o zákazku nastavením takých podmienok účasti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu k predmetu zákazky,** pričom je zrejmé, že práve v dôsledku takto nastavených podmienok účasti môžu do verejnej súťaže predložiť ponuku len niektorí uchádzači. Kľúčovým problémom takto poňatej skrytej diskriminácie je teda zjavná neprimeranosť podmienok účasti, vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke. Túto zjavnú neprimeranosť však nie je možné vymedziť všeobecne, ale je nutné ju vykladať vždy so zreteľom na individuálnu kauzu. Teda nie je možné dopredu a všeobecne stanoviť, kedy je podmienka zjavnej neprimeranosti podmienok účasti naplnená. Samotný pojem zjavnej neprimeranosti sa vyznačuje určitou obsahovou pružnosťou, aby mohol reagovať na nekonečné množstvo situácií, na ktoré nemôže právna norma vo svojej všeobecnosti pamätať. V každom prípade je však pri aplikácii kritéria „zjavnej neprimeranosti“ potrebné poskytnúť verejným obstarávateľom priestor pre legitímnu ekonomickú úvahu, a teda o skrytú diskrimináciu ide tam, kde podmienky účasti sú v skutku excesívne a vybočujú z oprávnených potrieb danej zákazky. O skrytú diskrimináciu pôjde vtedy, keď je zrejmé, že v dôsledku takto nastavených podmienok účasti nemôžu verejnú zákazku splniť niektorí z potencionálnych uchádzačov, ktorí by inak (bez neprimerane určených podmienok) boli bývali objektívne schopní predložiť v danom verejnom obstarávaní ponuku. Takto nastavené podmienky účasti totiž neplnia žiadnu rozumnú ekonomickú funkciu, ale iba, v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, bránia konkurenčnému prostrediu medzi dodávateľmi. V takýchto prípadoch majú totiž niektorí

¹ AZUD, J – PLAVÁKOVÁ, L. – BARTOŠ, P. 2019. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava : C. H. Beck, s. 371

zadávatelia *a priori* znemožnenú účasť vo verejnej súťaži, napriek tomu, že by mohli v konečnom dôsledku predmet zákazky realizovať rovnako úspešne, ako ostatní dodávatelia.

139. Úrad si dovoľí opätovne zdôrazniť, že pri výklade pojmu „stavebná práca rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“ sa neuplatňuje (a to platí aj pre iné verejné obstarávania, kde je nezadefinovanie „rovnakého charakteru“ štandardom) prísny reštriktívny výklad v tom zmysle, že predložený referenčný list potvrdený odberateľom musí byť úplne rovnakého, t. j. totožného charakteru ako predmet zákazky. V tom najprísnejšom a najreštriktívnejšom výklade by rovnaká (totožná) stavebná práca musela znamenať výsledok *ad absurdum*, t. j. že uchádzač musí predložiť referenciu týkajúcu sa rekonštrukcie osvetlenia na rovnakej križovatke na diaľnici D1 v križovatke Liptovský Mikuláš. O rozpore s princípom nediskriminácie podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní by úrad v tomto prípade zrejme uvažoval, nakoľko takto nastavená podmienka preukázania technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti by išla na ujmu podpory hospodárskej súťaže, princípu transparentnosti a princípu nediskriminácie. Takto nastavené podmienky by totiž zvýhodňovali veľmi oklieštenú skupinu uchádzačov, ak nie dokonca len jedného uchádzača. Úrad má za to, že takýto absurdný doslovný a reštriktívny výklad sa nikdy nemôže uplatniť pri výklade „stavebnej práce rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“. Rovnako ako pri normách, aj pri nastavení pravidiel a podmienok verejného obstarávania možno uplatňovať teleologický výklad (*e ratione legis*), prostredníctvom ktorého nájdeme účel a zmysel predloženia referencie, resp. „stavebnej práce rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“. Paradoxne v praxi môže nastať situácia, že pod „stavebnú prácu rovnakého charakteru ako je predmet zákazky“ bude spadať aj referencia týkajúca sa stavebných prác na rovnakom osvetlení a na rovnakej diaľnici ako je predmet zákazky. V každom prípade to neznamená, že by referencie predložené od ostatných uchádzačov mali byť vylúčené z dôvodu, že nevykazujú prvok „rovnakosti“, „totožnosti“, či „podobnosti“. Na tento účel pod „stavebnou prácou rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ je s ohľadom na okolnosti tohto prípadu, dikciu časti B.1 Opis predmetu zákazky Súťažných podkladov a dikciu Výzvy na predkladanie ponúk v oddiele III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť nutné považovať aj stavebné práce súvisiace s rekonštrukciou osvetlenia na akejkoľvek diaľnici, čím sa nám okruh hospodárskych subjektov, ktoré sa môžu zúčastniť predmetného obstarávania, rozširuje, a zároveň sa posilňuje súladnosť s princípom nediskriminácie, resp. rovnakého zaobchádzania.
140. Úrad má za to, že kontrolovaný stanovil jednoznačným spôsobom „stavebné práce podobného charakteru ako predmet zákazky“ v oddiele III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1 Výzvy na predkladanie ponúk, kde sa jasne za časťou vety „*Zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky t. j. stavebných prác na realizácii inžinierskych stavieb a objektov súvisiacich s predmetom obstarávania*“ uvádza v zátvorke „(na prevádzkovaných úsekoch diaľnic, rýchlostných ciest, ciest I. triedy a objekty súvisiace s predmetom obstarávania)...“ Kontrolovaný preto predtým ako pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa postupoval pri posúdení vyššie uvedenej podmienky účasti v rozsahu, v akom si ju zadefinoval vo Výzve na predkladanie ponúk a Súťažných podkladoch, pričom zároveň jednoznačne zadefinoval, čo možno subsumovať pod pojem „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“.
141. Úrad má za preukázané, že navrhovateľ predložil len jeden referenčný list, potvrdený odberateľom C v súlade s požiadavkami nastavenými kontrolovaným v oddiele III.1.3) Technická a odborná spoločnosť Výzvy na predkladanie ponúk. Pri ostatných referenciách a vo Vysvetlení č. 2 navrhovateľ sám *expressis verbis* uviedol, že sa stavebné práce realizovali na cestách II. triedy, v ich blízkosti, či dokonca v areáloch súkromných spoločností, čo rozhodne nemožno subsumovať ani pod „stavebné práce podobného charakteru ako je predmet zákazky“ tak ako si ich zadefinoval kontrolovaný.

142. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené konštatuje, že **kontrolovaný vylúčil navrhovateľa na základe riadne zisteného skutkového stavu**, čo je preukázané dôkaznými prostriedkami, najmä nastavením požiadavky na predloženie zoznamu stavebných prác podľa oddielu III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bodu 1 Výzvy na predkladanie ponúk, a jednotlivými referenčnými listami navrhovateľa, ktoré vo väzbe na vyššie uvedené závery boli posúdené v súlade s požiadavkami kontrolovaného opísanými vo Výzve na predkladanie ponúk, aj súťažných podkladoch. V kontexte uvedených záverov úrad konštatuje, že kontrolovaný pri vylúčení navrhovateľa **neporušil princíp nediskriminácie, resp. rovnakého zaobchádzania hospodárskych subjektov, rovnako ani princíp transparentnosti, zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko pri skúmaní vyššie uvedenej podmienky účasti postupoval tak, ako si to zadefinoval vo Výzve na predkladanie ponúk a súťažných podkladoch.**
143. **Navrhovateľ záverom v námietkach namieta nedostatočné odôvodnenie Oznámenia o vylúčení uchádzača.** K tejto záverečnej časti námietky si úrad dovoľí uviesť, že vylúčenie záujemcu alebo uchádzača je najzávažnejším úkonom verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa voči zájemcovi alebo uchádzačovi, ktorým je mu znemožnená ďalšia účasť vo verejnom obstarávaní. Z tohto dôvodu je nevyhnutné, aby pred uplatnením postupu podľa § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ využil všetky inštitúty aplikovateľné za účelom odstránenia nedostatkov žiadostí o účasť alebo ponúk, a to najmä inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov. Zároveň platí, že v prípade existencie dôvodu na vylúčenie nie je na uvážení verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, či dotknutého záujemcu alebo uchádzača vylúči, ale je povinný tak spraviť. To znamená, že vylúčenie uchádzača zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa nemôže byť založené na jeho svojvôli.
144. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené uvádza, že k zamedzeniu svojvôle verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa prispieva náležité odôvodnenie oznámenia o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania. *„Dôvody vylúčenia, resp. nevybratia záujemcu alebo uchádzača musia byť uvedené dostatočne určito, jasne a podrobne v súlade s princípom transparentnosti a požiadavkou na preskúmateľnosť verejného obstarávania. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ by mal dôvod vylúčenia, resp. nevybratia záujemcu alebo uchádzača identifikovať aj odkazom na príslušné zákonné ustanovenie a zároveň uviesť zdôvodnenie vyhodnotenia zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.“*²
145. Rozhodnutie kontrolovaného podľa § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, resp. Oznámenie o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania nie je rozhodnutím vydaným v správnom konaní a Správny poriadok sa na uvedený postup nevzťahuje. V každom prípade však platí, že perfektnosť rozhodnutia akéhokoľvek správneho orgánu, verejného obstarávateľa či obstarávateľa, teda i kontrolovaného, spočíva v tom, že rozhodnutie vydané v súlade s relevantnými zákonmi a ostatnými právnymi predpismi musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci, musí obsahovať náležitosti určené zákonom o verejnom obstarávaní. *„Odôvodnenie musí byť presvedčivé. Právo na riadne odôvodnenie rozhodnutia zodpovedá ústavnému i zákonnému rámcu. Nevyžaduje sa síce, aby na každú zistenú skutočnosť alebo každý argument účastníka konania, ktoré sú pre rozhodnutie bezvýznamné, bola daná odpoveď v odôvodnení rozhodnutia, ak však ide o skutočnosť alebo argument, ktoré sú pre rozhodnutie rozhodujúce, odpoveď špecifická k danej skutočnosti či argumentu sa vyžaduje“* (Rozhodnutie

² AZUD, J – PLAVÁKOVÁ, L. – BARTOŠ, P. 2019. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava : C. H. Beck, s. 749 - 750

Krajského súdu v Bratislave, sp. Zn. 2S/249/2010 zo dňa 05.10.2011). To znamená, že uchádzač dotknutý rozhodnutím verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa má právo na také odôvodnenie rozhodnutia, ktoré jasne a zrozumiteľne dáva odpovede na všetky právne a skutkovo relevantné otázky súvisiace s predmetom konania.

146. Úrad preskúmaním listinnej dokumentácie a elektronickej dokumentácie v IS JOSEPHINE má za preukázané, že kontrolovaný s ohľadom na jednoznačnosť vymedzenia stavebnej práce rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky dostatočne určito, jasne a podrobne odôvodnil Oznámenie o vylúčení uchádzača.
147. Úrad dospel k záveru, že kontrolovaný nepostupoval svojvoľne a inštitút vylúčenia uchádzača uplatnil ako krajný prostriedok v duchu *ultima ratio*, nakoľko kontrolovaný na základe vlastnej iniciatívy uplatnil Žiadosť o vysvetlenie č. 1 a Žiadosť o vysvetlenie č. 2. Kontrolovaný až po vyhodnotení Vysvetlenia č. 2 pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania, čo ani nebolo jeho právo, ale povinnosť vzhľadom na textáciu Vysvetlenia č. 2 a predložené referenčné listy.
148. Úrad konštatuje, že kontrolovaný na základe vyhodnotenia Vysvetlenia č. 2 v prvom rade správne uviedol odkaz na § 40 ods. 13 písm. a) a § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Následne kontrolovaný odkazuje na relevantné časti Výzvy na predkladanie ponúk, t. j. na oddiel III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1 a časť minimálna požadovaná úroveň štandardov v oddiele III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť, bod 1. Kontrolovaný dostatočne určito, jasne a podrobne (pričom miera podrobnosti je determinovaná jasnou dikciou vymedzenia pojmu „stavebné práce podobného charakteru ako predmet zákazky“) ku každej z piatich referencií uviedol, prečo spadá/nespadá tá-ktorá referencia pod „stavebnú prácu rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ alebo „stavebnú prácu podobného charakteru ako predmet zákazky“. Predovšetkým s ohľadom na jasnú definíciu „stavebnej práce podobného charakteru ako predmet zákazky“ kontrolovaný nebol povinný v Oznámení o vylúčení uchádzača bližšie tento pojem špecifikovať. Na tento účel mal navrhovateľ uplatniť žiadosť o vysvetlenie alebo žiadosť o nápravu. Navrhovateľ toto dispozičné revízne právo v predmetnom verejnom obstarávaní nevyužil. Z tohto dôvodu mal kontrolovaný oprávnené za to, že pojem „stavebná práca rovnakého charakteru ako predmet zákazky“ a pojem „stavebná práca podobného charakteru ako predmet zákazky“ navrhovateľ nerozporuje.
149. V kontexte navrhovateľom namietaných skutočností a s ohľadom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že v posudzovanom prípade nedošlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní a vzhľadom na to **úrad považuje námietky navrhovateľa za neopodstatnené.**
150. Podľa ustanovenia § 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.**

Kaucia

151. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení

konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

152. V súlade s predchádzajúcim bodom 151. tohto rozhodnutia a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.
153. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e :

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

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí

1. **XX** – navrhovateľ
2. **Národná diaľničná spoločnosť a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 – kontrolovaný