

Bratislava 29. 10. 2020
Číslo: 13949-6000/2020-OD

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. 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 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky „**Nákup elektrobusov a príslušenstva pre DPMP - opätovné zadanie**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Dopravný podnik mesta Prešov, a. s.**, Bardejovská 7, 080 06 Ľubotice, IČO: 31 718 922 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 083-197469 dňa 28. 04. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 90/2020 dňa 29. 04. 2020 pod značkou 16240 - MST, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** kontrolovanému **Dopravný podnik mesta Prešov, a. s.**, Bardejovská 7, 080 06 Ľubotice, IČO: 31 718 922 vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „**Nákup elektrobusov a príslušenstva pre DPMP - opätovné zadanie**“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 083-197469 dňa 28. 04. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 90/2020 dňa 29. 04. 2020 pod značkou 16240 – MST, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa označené ako „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 10. 09. 2020, zaradiť navrhovateľa späť do procesu predmetného verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ podal Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 24. 09. 2020 námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹ v zmysle ust. § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu z predmetnej verejnej súťaže. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 24. 10. 2020 v elektronickej podobe prostredníctvom komunikačného

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

rozhrania v informačnom systéme EVO (ďalej len „IS EVO“), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje.

2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a podobe podľa § 170 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako uchádzač. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku (elektronicky prostredníctvom komunikačného rozhrania IS EVO) dňa 12. 06. 2020 o 10:57:59 hod.
3. 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). 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.
4. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 eur a najviac
 - a) 10 000 eur, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b);
 - b) 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (2 544 550,00 eur bez DPH) je 2 544,55 eur, t. j. navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 544,55 eur.
5. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 23. 09. 2020 kauciu vo výške 2 544,55 eur.
6. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.
7. Úrad konštatuje, že dňa 01. 01. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v podaných námietskach úvodom uvádza, že kontrolovaný mu doručil „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ dňa 14. 09. 2020 (ďalej len „oznámenie“) podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že navrhovateľ podľa kontrolovaného nesplnil podmienky účasti. Dôvody, ktoré označil kontrolovaný ako príčinu jeho vylúčenia a voči ktorým námietky smerujú, zhrnul navrhovateľ v piatich bodoch nasledovne, cit.:
 - I. „predloženie zoznamu dodávok (označený kontrolovaným v oznámení o vylúčení ako „vyhlásenie o praxi“) mestských dvojnápravových elektrobuses v celkovej hodnote 2 354 265 Eur v kategórii M2 trieda A v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podľa kontrolovaného nie je možné, z hľadiska technickej špecifikácie

a z hľadiska cenovej úrovne, akceptovať ako „zoznam dodávok obdobného charakteru ako je predmet zákazky“ podľa podmienok účasti špecifikovaných v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov;

- II. ponuková cena je výrazne odlišná (približne dvojnásobná) ako sú ceny referovaných dodávok uvádzané v zozname dodávok, ktorým navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní;
- III. odberatelia špecifikovaní v predložených referenciách sú v postavení obchodníkov/distribútorov, teda nie sú konečnými užívateľmi predmetu zákazky, preto podľa kontrolovaného nevedia potvrdiť, či navrhovateľ disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, poskytovaním servisu, náhradných dielov, zaškolením a ďalšími službami, ktoré sú predmetom zákazky;
- IV. navrhovateľ sa údajne vierohodne nevyjadril k žiadosti na spresnenie, ako zabezpečí napr. záručný servis;
- V. predloženie zoznamu konečných užívateľov a ich kontaktných údajov za účelom preverenia referencie kontrolovaný, napriek výslovnému konštatovaniu navrhovateľa, že sa jedná iba o doplnenie pôvodnej referencie (nie novú referenciu), kvalifikuje ako zmenu ponuky.“

9. Navrhovateľ **k bodu I.** uvádza, že kontrolovaný si stanovil rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na preukázanie tejto spôsobilosti v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov, a to nasledovne, cit.:

„Zoznam a krátky opis podmienok, odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky:

- 1) Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

1. AD 1) Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce 3 roky. Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (viď predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. Takýmto dokladom je referencia ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/ obstarávateľ podľa ZVO. Obstarávateľ je povinný zohľadniť referencie uchádzačov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 ZVO, ak takéto referencie existujú.

Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek.“

10. Navrhovateľ ďalej cituje ust. § 34 ods. 1 písm. a) a § 34 ods. 3 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní (cit. v bode 93 a 94 tohto rozhodnutia).

11. Navrhovateľ ďalej uvádza, že preukázal splnenie technickej a odbornej spôsobilosti zoznamom dodávok tovaru v súlade s § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to na základe referencie inej osoby nazvanej „Declaration for Experience“ zo dňa 28. 05. 2020 (ďalej len „zoznam dodávok“). Z predloženého zoznamu dodávok je podľa navrhovateľa zrejmé, že s využitím odbornej a technickej kapacity inej osoby (spoločnosti XY), v súlade s podmienkami v kapitole A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov, predložil referenciu na dodávky mestských, dvojnápravových elektrobusev v celkovej hodnote 2 354 265,- eur, a to v kategórii M2 trieda A.
12. Vzhľadom na vyššie uvedený opis podmienok účasti a odôvodnenie ich primeranosti v predmetnej zákazke v znení, v akom sú uvedené v súťažných podkladoch, navrhovateľ uvádza, že predložil na preukázanie splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zoznam dodávok za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, v ktorom uviedol osobitne cenu za každú dodávku elektrobusev, lehotu dodania, odberateľa elektrobusev, pričom nad rámec obsahových náležitostí zoznamu dodávok podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uviedol aj počet dodaných elektrobusev, krajinu dodania, ako aj špecifikáciu typu dodávky.
13. Navrhovateľ uvádza, že predmet zákazky podľa súťažných podkladov je definovaný nasledovne: dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M3, trieda I. a A (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie) (ďalej len „predmet zákazky“).
14. Navrhovateľ má za to, že predloženým zoznamom dodávok splnil podmienky účasti preukazujúce odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) v spojení s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s požadovanými štandardami v zmysle súťažných podkladov, keďže predložil zoznam dodávok „obdobného“ charakteru ako je predmet zákazky a postupoval podľa súťažných podkladov k zákazke, t. j. opisu podmienok minimálnej požadovanej úrovne štandardov: mestské, dvojnápravové elektrobusey (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH.
15. Navrhovateľ ďalej uvádza, že dňa 07. 07. 2020 mu bola prostredníctvom portálu IS EVO doručená žiadosť o vysvetlenie predložených podkladov a ponuky zo dňa 06. 07. 2020 (ďalej len „žiadosť 1“), v ktorej ho kontrolovaný, v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, žiada o. i. o podrobnú špecifikáciu referenčných dodávok uvedených vo vyhlásení o praxi (t. j. vozidlá typu: Trieda A, kategória M2, elektrické) so zohľadnením opisu predmetu zákazky.
16. Navrhovateľ uvádza, že vo svojom vysvetlení predložených dokladov a ponuky zo dňa 10. 07. 2020 (ďalej len „vysvetlenie č. 1“) zdôraznil, že je nevyhnutné rozlišovať medzi predmetom zákazky definovaným v súťažných podkladoch a rozsahom požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ zároveň tvrdí, že vo vysvetlení č. 1 poukázal na to, že predmet zákazky má byť vymedzený jednoznačne, zrozumiteľne, úplne a nestranne, pričom technické požiadavky budú určené tak, aby zabezpečili rovnaký prístup pre čo najširší okruh uchádzačov/záujemcov, a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž.
17. Navrhovateľ ďalej poukazuje na skutočnosť, že samotný predmet zákazky je v kapitole A.1 časť I. bod 2 súťažných podkladov definovaný ako dodanie elektrobusev kategórie M3, a to tak v triede I., ako aj v triede A, pričom kontrolovaný v rámci opisu minimálnej

požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov, žiadnym spôsobom nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia zoznamu dodávok, naopak, výslovne stanovil možnosť predloženia zoznamu dodávok obdobného charakteru ako je predmet zákazky. Taktiež podľa odôvodnenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov je podľa navrhovateľa účelom predloženia zoznamu dodávok k predmetnej zákazke preukázať minimálne praktické skúsenosti s realizáciou obdobných zákaziek, ako tej, ktorá je predmetom daného verejného obstarávania.

18. Navrhovateľ uvádza, že aj keď podrobná špecifikácia dodávok nebola podľa súťažných podkladov povinnou náležitosťou požadovaného zoznamu dodávok, nad rámec týchto súťažných podkladov predložil kontrolovanému v prílohe svojho vysvetlenia č. 1 aj technickú špecifikáciu typu vozidiel uvedených v predmetnom zozname dodávok.
19. Navrhovateľ ďalej uvádza, že vo vysvetlení č. 1, s poukazom na metodické usmernenie úradu č. 12582-5000/2017, rozhodnutie Európskeho súdneho dvora č. C-360/89 z 03. 07. 1992 vo veci Európska komisia proti Taliansku a rozsudok Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 Afs 20/2008 z 05. 06. 2008 zdôraznil potrebu primeranosti podmienok účasti, ktorá vyplýva z ustanovenia § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj z princípov verejného obstarávania v zmysle § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa navrhovateľa v prípade, ak by kontrolovaný na účely predmetného verejného obstarávania požadoval v súvislosti s preukázaním technickej alebo odbornej spôsobilosti preukázanie skúsenosti v rovnakom rozsahu ako je predmet zákazky bez akceptácie skúseností s realizáciou obdobných zákaziek, takýmto obmedzením referenčných dodávok by došlo nielen k porušeniu podmienok účasti stanovených v súťažných podkladoch, ale aj k porušeniu vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, teda nedovolenému obmedzeniu hospodárskej súťaže, rozporu s princípom nediskriminácie, proporcionality, ako aj s princípom hospodárnosti a efektívnosti.
20. Napriek vyššie uvedenému kontrolovaný v oznámení o vylúčení podľa navrhovateľa konštatoval, že nesplnil podmienky účasti, v dôsledku čoho rozhodol o jeho vylúčení z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ uvádza, že predloženie zoznamu dodávok mestských dvojnápravových elektrobusov v celkovej hodnote 2 354 265,- eur v kategórii M2 trieda A, podľa kontrolovaného nie je možné, z hľadiska technickej špecifikácie a z hľadiska cenovej úrovne, akceptovať ako „zoznam dodávok obdobného charakteru ako je predmet zákazky“ v zmysle podmienok účasti špecifikovaných v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov.
21. Navrhovateľ ďalej poukazuje na to, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení uvádza, že pod pojmom „zoznam dodávok obdobného charakteru“ nemožno rozumieť akýkoľvek elektrobus čo do technických parametrov, veľkosti, dispozícií a funkcií, pretože s tým súvisí aj spôsob prevádzky, servisu, dodávky náhradných dielov a zaškoľovanie vodičov, preto podľa kontrolovaného referenčné elektrobusy nie sú porovnateľnými elektrobusmi ako je predmet zákazky.
22. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný síce tvrdí, že referenčné vozidlo (KJE) nespĺňa požadované parametre podľa technickej špecifikácie predmetu zákazky a ani obdobné parametre, avšak žiadnym spôsobom v oznámení nešpecifikuje, aké „obdobné“ technické parametre referenčných dodávok (čo do veľkosti, dispozícií, či funkcií) by v prípade predloženia napĺňali definíciu „zoznamu dodávok obdobného charakteru“ v zmysle podmienok účasti podľa kapitoly A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov. Kontrolovaný pritom podľa navrhovateľa opomína skutočnosť, že pre účely predloženia

zoznamu dodávok stanovil minimálnu požadovanú úroveň štandardov v kapitole A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov a to v rozsahu: mestské, dvojnápravové elektrobusy v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH, čo navrhovateľ považuje z jeho strany za splnené v plnom rozsahu.

23. Vzhľadom na vyššie uvedené je podľa navrhovateľa zrejmé, že v prípade ním predloženého zoznamu dodávok nejde o referencie na „akýkoľvek elektrobus čo do technických parametrov, veľkosti, dispozícií a funkcií“, ako to tvrdí kontrolovaný. Podľa navrhovateľa predmetný zoznam dodávok jednoznačne spĺňa kontrolovaným stanovené požiadavky na dodávky „obdobného charakteru“ ako je predmet zákazky v zmysle kapitoly A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov, nakoľko sa jedná o dodávky mestských, dvojnápravových elektrobusov (v kategórii M2, trieda A) v celkovej hodnote 2 354 265,- eur.

24. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na nariadenie Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2018/858 z 30. 05. 2018 o schvaľovaní motorových vozidiel a ich prípojných vozidiel, ako aj systémov, komponentov a samostatných technických jednotiek určených pre takéto vozidlá a o dohľade nad trhom s nimi, ktorým sa menia smernice č. 715/2007 a č. 595/2009 a zrušuje smernica 2007/46/ES v čl. 4 ods. 1 písm. a), ktorá definuje kategórie vozidiel M2 a M3 nasledovne:

- a) kategória M2: motorové vozidlá s viac ako ôsmimi miestami na sedenie okrem miesta na sedenie vodiča, s najväčšou hmotnosťou nepresahujúcou 5 ton bez ohľadu na to, či tieto motorové vozidlá majú plochu pre stojacich cestujúcich, a
- b) kategória M3: motorové vozidlá s viac ako ôsmimi miestami na sedenie okrem miesta na sedenie vodiča, s najväčšou hmotnosťou presahujúcou 5 ton bez ohľadu na to, či tieto motorové vozidlá majú plochu pre stojacich cestujúcich.

25. Ďalej navrhovateľ poukazuje na predpis Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov (EHK/OSN) č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 alebo M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie, podľa ktorého:

2.1. „Vozidlo“ je vozidlo kategórie M2 alebo M3 v rozsahu pôsobnosti stanovenom v bode 1.

2.1.1. Vozidlá s kapacitou nad 22 cestujúcich okrem vodiča sú rozdelené do troch tried:

2.1.1.1. „trieda I“: vozidlá konštruované s miestami pre stojacich cestujúcich, umožňujúce častý pohyb cestujúcich;

2.1.1.2. „trieda II“: vozidlá konštruované predovšetkým na prepravu sediacich cestujúcich a konštruované tak, aby umožnili prepravu stojacich cestujúcich v uličke a/alebo v priestoroch, ktoré nie sú väčšie než priestor pre dve zdvojené sedadlá;

2.1.1.3. „trieda III“: vozidlá konštruované výhradne na prepravu sediacich cestujúcich.

2.1.1.4. Vozidlo môže patriť do viac ako jednej triedy. V takom prípade môže byť typovo schválené pre každú zodpovedajúcu triedu.

2.1.2. Vozidlá s kapacitou nepresahujúcou 22 cestujúcich okrem vodiča sú rozdelené do dvoch tried vozidiel:

2.1.2.1. „trieda A“: vozidlá určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy má sedadlá a má miesta pre stojacich cestujúcich;

2.1.2.2. „trieda B“: vozidlá, ktoré nie sú určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy nemá miesta pre stojacich cestujúcich.

26. Na základe vyššie uvedeného navrhovateľ uvádza, že jediným rozlišovacím kritériom medzi vozidlami kategórie M2 alebo M3 je ich hmotnosť ((ne)presiahnutie hmotnosti 5 ton), pričom obe kategórie vozidiel môžu byť, v závislosti od kapacity cestujúcich, vyhotovené tak

v triedach I.- III., ako aj v triedach „A“ alebo „B“. Vozidlo pritom môže patriť aj do viac ako jednej triedy. Tak trieda I., ako aj trieda „A“ sú z hľadiska dispozícií a funkcií určené na prepravu stojacich cestujúcich.

27. Navrhovateľ ďalej k tabuľke porovnania technických parametrov požiadaviek kontrolovaného na predmet zákazky, jeho ponuke a ním predloženým referenciám vozidiel (KJE) obsiahnutým v bode 8. oznámenia o jeho vylúčení uvádza, že je podľa neho absolútne nedôvodné porovnávať predmet zákazky (ktorá je definovaná ako dodanie elektrobusev tak v triede I., ako aj v triede A) s ponukou navrhovateľa a s predloženým zoznamom dodávok, nakoľko kontrolovaný v súťažných podmienkach umožnil predložiť aj referencie na dodávky „obdobného charakteru“ ako je predmet zákazky. V tejto súvislosti však navrhovateľ uvádza, že z hľadiska dĺžky vozidla, predmetné referenčné vozidlo (o dĺžke 5,8 m) zjavne spĺňa technické parametre predmetu zákazky (keďže požadovaná dĺžka vozidla je max. 9 m). Ďalej navrhovateľ uvádza, že pri počte cestujúcich v prípade referenčného vozidla (KJE) kontrolovaný v tabuľke uvádza zjavne nesprávny údaj (25+1), nakoľko sa jedná o vozidlo triedy „A“, teda vozidlo s kapacitou nepresahujúcou 22 cestujúcich. Navrhovateľ zdôrazňuje, že počet cestujúcich nebol v súťažných podkladoch predmetom minimálnej požadovanej úrovne štandardov pre účely predloženia zoznamu dodávok. K dôvodu vylúčenia týkajúceho sa priemernej realizačnej ceny referenčných vozidiel (vo výške C2,- Eur) navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný v súťažných podkladoch pre účely predloženia zoznamu dodávok stanovil požiadavku na predloženie referencií v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH, čo podľa názoru navrhovateľa bolo z jeho strany splnené v plnom rozsahu, keďže predložil referencie na dodávky elektrobusev v počte 14 jednotiek v celkovej hodnote 2 354 265,- Eur bez DPH, preto dané zdôvodnenie vylúčenia zo strany kontrolovaného považuje navrhovateľ za neopodstatnené.
28. Navrhovateľ ďalej k počtu cestujúcich, či počtu dverí referenčného vozidla uvádza, že tieto požiadavky neboli predmetom minimálnej požadovanej úrovne štandardov pre účely predloženia zoznamu dodávok a navyše ide o marginálne časti predmetu zákazky, preto má navrhovateľ za to, že tieto požiadavky nemôžu predstavovať objektívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie predmetu zákazky.
29. Navrhovateľ poukazuje na tvrdenie kontrolovaného v oznámení o vylúčení, že navrhovateľom predložený zoznam dodávok nespĺňa podmienku referencie na dodávky „obdobného charakteru“ ako je predmet zákazky, a to len s poukazom na rozdiel v počte cestujúcich a počte dverí referenčných vozidiel, pričom zjavne tendenčne opomína iné technické parametre, podstatné časti predmetu zákazky, ktoré podľa navrhovateľa ním predložený zoznam dodávok jednoznačne spĺňa, a to minimálne požadovanú úroveň štandardov (teda, že sa jedná o mestské, nízkopodlažné, dvojnápravové elektrobusy pre ťažkú prevádzku v celkovej hodnote 2 354 265,- eur), ako aj iné technické parametre vyplývajúce z technickej špecifikácie typu vozidiel uvedených v predmetnom zozname dodávok, ktorú navrhovateľ nad rámec požiadaviek v súťažných podkladoch predložil kontrolovanému v prílohe svojho vysvetlenia č. 1, ako napr. maximálny dojazd referenčných vozidiel (210 km, pričom požiadavkou kontrolovaného bolo min. 130 km/ 1 nabitie), či maximálny výkon motora (125 KW/hp, pričom požiadavkou kontrolovaného bolo min. 120 kW).
30. Ďalej navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný v bode 9. oznámenia o vylúčení jednoznačne konštatuje, že samotná ponuka navrhovateľa, ktorou sú vozidlá KAE, podľa komisie kontrolovaného spĺňa požiadavky na predmet zákazky. Argumentáciu kontrolovaného o tom, že v prípade, ak by bol KJE (teda referenčné vozidlá) predmetom ponuky, došlo by k vylúčeniu takejto ponuky z verejného obstarávania, považuje navrhovateľ za špekulatívnu

a absolútne irelevantnú vo vzťahu k stanoveniu rozsahu požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré je nevyhnutné rozlišovať od samotného predmetu zákazky, definovaného v súťažných podkladoch, pričom v danom prípade podmienky pre účely predkladania zoznamu dodávok podľa časti III. súťažných podkladov výslovne umožňujú predkladanie zoznamu dodávok aj obdobného charakteru ako je predmet zákazky.

31. Na základe vyššie uvedeného má navrhovateľ za to, že ním predložený zoznam dodávok, tak z hľadiska technickej špecifikácie, ako aj z hľadiska cenovej úrovne, jednoznačne spĺňa požiadavku zoznamu dodávok „obdobného charakteru ako je predmet zákazky“ v zmysle podmienok účasti špecifikovaných v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov, zároveň dostatočným spôsobom preukazuje splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní a podmienok stanovených v súťažných podkladoch na účely predmetného verejného obstarávania.
32. Navrhovateľ **k bodu II.**, teda že ponuková cena navrhovateľa je výrazne odlišná (približne dvojnásobná) ako sú ceny uvádzané v zozname dodávok, ktorým navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že k danému sa dostatočným spôsobom vyjadril už v bodoch 16. až 17. vysvetlenia č. 1. V tejto súvislosti navrhovateľ poukázal na skutočnosť, že ceny dodávok elektrobusev uvádzané v zozname dodávok zodpovedajú hodnote konkrétneho typu dodaného tovaru (teda elektrobusey kategórie M2 triedy A), t. j. dodávke obdobnej predmetu zákazky, pričom ponuková cena zodpovedá predmetu ponuky (teda elektrobusem kategórie M3 triedy I.). Výška ponukovej ceny zohľadňuje podľa navrhovateľa požiadavku kontrolovaného o minimálnom počte obsaditeľnosti cestujúcich (min. 40), ako aj ponúkaným štandardom tak, ako sú špecifikované v prílohe č. 1 ponuky navrhovateľa (presahujúce požiadavky kontrolovaného, ako napr. väčšia obsaditeľnosť v počte cestujúcich, väčší dojazd a výkon motora). Zároveň navrhovateľ zdôrazňuje, že hodnotiace kritérium „výška referencie“ nie je uvedené v § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v konečnom výpočte kritérií v prípade hodnotenia na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a preto podľa názoru navrhovateľa nemôže byť ani pomocným hodnotiacim kritériom na vyhodnotenie ponúk. Navrhovateľ uvádza, že spĺňa minimálnu finančnú úroveň referencií požadovanú kontrolovaným v súťažných podkladoch (min. 2 000 000,00 eur bez DPH). Podľa navrhovateľa aj kontrolovaný v bode 11. oznámenia nelogicky konštatuje, že referencie ako kritérium na vyhodnotenie ponúk stanovené neboli. Navrhovateľ považuje aj tento dôvod vylúčenia v celom rozsahu za neopodstatnený a s poukazaním na uvedené skutočnosti má za to, že splnil požiadavku kontrolovaného na preukázanie minimálnej finančnej úrovne hodnoty dodávok rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky v tomto verejnom obstarávaní v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) v spojení s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v zmysle súťažných podkladov.
33. **K bodu III.** navrhovateľ uvádza, že dňa 21. 07. 2020 mu bola doručená prostredníctvom portálu IS EVO ďalšia Žiadosť o vysvetlenie predložených podkladov a ponuky č. 2 zo dňa 21. 07. 2020 (ďalej len „žiadosť 2“), v ktorej kontrolovaný o. i. opätovne žiadal o vysvetlenie predloženého zoznamu dodávok, pričom namietal, že odberatelia uvedení v zozname dodávok majú postavenie výhradného importéra, a teda nie sú konečnými užívateľmi a prevádzkovateľmi dodaných vozidiel. Navrhovateľ uvádza, že vo svojom vysvetlení predložených dokladov a ponuky č. 2 zo dňa 24. 07. 2020 (ďalej len „vysvetlenie č. 2“) zdôraznil, že kontrolovaný v súťažných podkladoch v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov, nedefinoval a nešpecifikoval žiadnym spôsobom, aký typ odberateľov požaduje (tzn. či odberateľom musí byť konečný užívateľ

predmetu zákazky) na účely predloženia zoznamu dodávok. Keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch nebola vyslovene stanovená, má navrhovateľ za to, že postupoval v súlade so súťažnými podkladmi k predmetnej zákazke predložením zoznamu dodávok s tam uvedenými odberateľmi, ktorý spĺňa všetky náležitosti podľa ustanovenia § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ uvádza, že k predloženému zoznamu dodávok sa podrobne vyjadril v bodoch 4. až 26. vysvetlenia č. 2.

34. Navrhovateľ ďalej poukazuje na to, že kontrolovaný v oznámení uvádza, že v predloženom zozname dodávok sú ako odberatelia uvedení len ďalší predajcovia vozidiel, u ktorých sa (podľa kontrolovaného) predpokladá rovnaké postavenie výhradného importéra, ako má aj navrhovateľ. Zároveň navrhovateľ poukazuje aj na vyjadrenie kontrolovaného v oznámení, že účelom určenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti je overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť, a to na poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. Rovnako navrhovateľ poukazuje na konštatovanie kontrolovaného, že predajcovia uvedení v zozname dodávok, nie sú konečnými užívateľmi a prevádzkovateľmi vozidiel za účelom zabezpečenia dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. Navrhovateľ k týmto tvrdeniam kontrolovaného uvádza, v súlade s argumentáciou navrhovateľa obsiahnutou vo vysvetlení č. 2, že zoznamom dodávok, ktorý tvorí povinnú prílohu ponuky navrhovateľa predloženej v tomto verejnom obstarávaní, preukazoval technickú a odbornú spôsobilosť využitím technických a odborných kapacít inej osoby, a to spoločnosti XY v súlade s § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s podmienkami uvedenými v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov. Navrhovateľ ďalej cituje časť z kapitoly A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov, cit.: „Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania.“. Navrhovateľ s poukazom na argumentáciu obsiahnutú v bode I. námietok (body 9 až 31 tohto rozhodnutia) má za to, že predloženým zoznamom dodávok splnil podmienky preukazujúce odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) v spojení s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s požadovanými štandardami v zmysle súťažných podkladov.

35. Zo znenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je podľa navrhovateľa zrejmé, že pri technickej a odbornej spôsobilosti je výpočet jednotlivých podmienok účasti, resp. dokladov, ktorými sa tieto podmienky preukazujú, taxatívny. Kontrolovaný z tohto dôvodu v prípade zákazky na dodanie tovaru môže podľa navrhovateľa požadovať iba predloženie zoznamu dodávok tovaru, avšak nemôže požadovať, aby k zoznamu dodávok tovaru bol priložený aj dôkaz o dodaní tovaru potvrdený odberateľom s uvedením cien, lehôt dodania, identifikačných údajov odberateľa a hodnotenia kvality plnenia, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti poukazuje navrhovateľ na metodické usmernenie úradu č. 11228-5000/2016 z 11. 07. 2016, podľa ktorého, cit.: „Ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní obsahuje taxatívne vymedzený rozsah dokladov, ktorými záujemcovia alebo uchádzači vymedzujú zoznam dodávok (tovarov, služieb), t. j. už sa nevyžaduje potvrdenie odberateľa o kvalite plnenia resp. dôkaz o plnení.“. Zo znenia ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podľa navrhovateľa vyplýva, že pri stanovení podmienok účasti v prípade tovarov a služieb nemožno vyžadovať predloženie potvrdení o plnení v prípade, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. Navrhovateľ uvádza, že ak si chce verejný obstarávateľ preveriť správnosť zoznamu dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb poskytnutého uchádzačom alebo záujemcom, mal by si tieto informácie overiť u príslušných odberateľov a nevyžadovať predloženie potvrdení od

uchádzača alebo záujemcu. V tejto súvislosti uvádza navrhovateľ v poznámke pod čiarou metodické usmernenie úradu č. 5862-5000/2016 zo dňa 13. 04. 2016.

36. Navrhovateľ má za to, že z predloženého zoznamu dodávok je zrejmé, že s využitím odbornej a technickej kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní jednoznačne spĺňa minimálnu požadovanú úroveň štandardov tak, ako je špecifikovaná v časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladoch, a to predložením referencie, v ktorej sú uvedení jeho odberatelia, s ktorými má obchodný vzťah, spolu s uvedením cien, lehôt dodania a nad rámec požiadaviek stanovených kontrolovaným aj množstva dodaného tovaru, krajiny dodania a typu tovaru. V zmysle ust. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní sa podľa navrhovateľa môže pri preukazovaní splnenia kritérií na technickú a odbornú spôsobilosť spoliehať na kapacity inej osoby, t. j. spoločnosti XY pri konkrétnej zákazke, bez ohľadu na ich právny vzťah (tzn. nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s ňou má). V tejto súvislosti uvádza navrhovateľ v poznámke pod čiarou rozhodnutie Európske súdneho dvora č. C-324/17 z 07.04.2016 vo veci Partner Apelski Dariusz proti Zarząd Oczyszczania Miasta.
37. K dôvodu vylúčenia, že odberatelia špecifikovaní v predloženom zozname dodávok sú v postavení obchodníkov/distribútorov, a teda nie sú konečnými užívateľmi predmetu zákazky a preto nevedia potvrdiť, či navrhovateľ disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, poskytovaním servisu, náhradných dielov, zaškolením a ďalšími službami, ktoré sú predmetom zákazky, navrhovateľ opätovne uvádza, že v súťažných podkladoch nie je definované a špecifikované žiadnym spôsobom, aký typ odberateľov kontrolovaný požaduje, teda či odberateľom musí byť konečný užívateľ predmetu zákazky na účely predloženia zoznamu dodávok. Vzhľadom na to, že uvedená požiadavka v súťažných podkladoch nebola vyslovene stanovená, navrhovateľ má za to, že predložením zoznamu dodávok postupoval v súlade so súťažnými podkladmi k predmetnej zákazke, keďže spĺňa všetky náležitosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ sa domnieva, že ak by kontrolovaný požadoval na účely preukázania odbornej a technickej spôsobilosti predloženie referencií týkajúcich sa iba konečných užívateľov predmetu zákazky, mohol by sa takýmto konaním dopustiť porušenia zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne porušenia princípov verejného obstarávania. Podľa navrhovateľa je jednoznačné, že pri preukázaní technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nie je navrhovateľ povinný osobitne preukázať predloženým zoznamom dodávok, že disponuje skúsenosťami s dodávkou tovaru, s poskytovaním servisu, náhradných dielov, so zaškolením a s ďalšími doplnkovými službami k predmetu zákazky, pričom tieto požiadavky neboli stanovené ani v súťažných podkladoch k predmetnému verejnému obstarávaniu.
38. Podľa názoru navrhovateľa, splnenie požiadaviek technickej a odbornej spôsobilosti navrhovateľa je jednoznačne možné spoľahlivo overiť, práve z predloženého zoznamu dodávok, keďže spĺňa všetky zákonom požadované náležitosti. Odberatelia uvedení v predloženom zozname dodávok majú podľa navrhovateľa bohaté skúsenosti s dodávkou tovaru, ktorá je obdobná ako predmet zákazky. Navrhovateľ k inej osobe, ktorej kapacity použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, teda spoločnosti XY uvádza, že jej dlhodobé stabilné pôsobenie na trhu a bohaté praktické skúsenosti s dodaním elektrobuses na európsky trh sú potvrdené aj predloženým zoznamom dodávok tovaru, dlhodobo spolupracuje s navrhovateľom a je schopná po odbornej a technickej stránke zrealizovať a splniť požiadavky kontrolovaného v predmetnej zákazke v zmysle požiadaviek uvedených v súťažných podkladoch.

39. Podľa navrhovateľa, ak si chcel kontrolovaný preveriť správnosť údajov uvedených v zozname dodávok predloženom navrhovateľom, mohol si tieto informácie v zmysle zákona o verejnom obstarávaní overiť u príslušných odberateľov uvedených v tomto zozname. Pre účely splnenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti nie je podľa vyjadrenia navrhovateľa rozhodujúce, či sa jedná o referenciu, v ktorej sú uvedení ako odberatelia ďalší predajcovia alebo koneční zákazníci, pretože účelom požadovaného zoznamu dodávok bolo preukázať, že navrhovateľ za rozhodné obdobie dodal plnenie rovnakého alebo obdobného charakteru, ako je predmet zákazky v tomto verejnom obstarávaní, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobusy (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH a túto podmienku aj splnil. Taktiež navrhovateľ poukazuje na to, že odberatelia uvedení v zozname dodávok v súlade s § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní spĺňajú všetky zákonom požadované podmienky na preukázanie odbornej a technickej spôsobilosti. Účelom požiadavky na predloženie zoznamu dodávok v predchádzajúcom období, ako jednej z podmienok účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj minimálnej požadovanej úrovne štandardov, je podľa navrhovateľa najmä preukázanie skutočnosti, či mal uchádzač alebo záujemca v posudzovanom období dostatočnú materiálnu a personálnu vybavenosť, či je spoľahlivý a technicky spôsobilý zrealizovať požadovaný predmet zákazky. Z predloženého potvrdenia o uskutočnenej dodávke je podľa navrhovateľa zrejmé, či sú predkladané referencie z hľadiska ich rozsahu a charakteru primerané a súvisia s predmetom zákazky.
40. Navrhovateľ poukazuje aj na skutočnosť, že v súvislosti s inou osobou, ktorou preukazuje odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uzavrel s touto inou osobou, spoločnosťou XY zmluvu o poskytovaní odborných kapacít na účely tohto verejného obstarávania (predloženou spolu s ponukou navrhovateľa), a teda spĺňa všetky odborné a technické predpoklady na zrealizovanie predmetu zákazky vyžadované zákonom o verejnom obstarávaní.
41. V súvislosti s dôvodom vylúčenia týkajúceho sa odberateľov uvedených v zozname dodávok navrhovateľ uvádza, že kontrolovanému neprináleží hodnotiť postavenie odberateľov uvedených v zozname dodávok vo vzťahu k spoločnosti XY resp. k navrhovateľovi, bez skúmania ďalších relevantných súvislostí a takéto hodnotenie považuje navrhovateľ za nepodstatné pre toto verejné obstarávanie. Podľa navrhovateľa nie je na mieste spochybňovať skúsenosti spoločnosti XY s realizáciou obdobných zákaziek ako je predmet zákazky, bez objektívneho a logického zdôvodnenia. Poskytnutie zoznamu dodávok tovaru z troch rôznych európskych krajín na dodanie elektrobusov v obdobnom počte ako je stanovené v predmete zákazky podľa navrhovateľa len potvrdzuje skutočnosť, že tieto dodávky boli realizované pre konkrétny trh s cieľom ich uvedenia do prevádzky, čiže nešlo o nejaké predvádzacie prototypy elektrobusu, ktoré by neboli uvedené do prevádzky. Podľa navrhovateľa uvedením konkrétnych odberateľov v zozname dodávok je preukázané, že dodané elektrobusy sú schopné etablovať sa na európskom trhu, a že je po nich na trhu dopyt.
42. Navrhovateľ v tejto súvislosti uvádza, že v prípade, ak by kontrolovaný pripúšťal ako podmienku účasti len referencie týkajúce sa odberateľov, ktorí boli konečnými zákazníkmi dodávky elektrobusov, takáto podmienka by podľa navrhovateľa nebola v súlade s princípom proporcionality, pretože nie je adekvátnym opatrením vo vzťahu k cieľu inštitútu preukazovania podmienok účasti. Keďže zoznamom dodávok sa má preukázať dodanie plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky, a nie poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy, je podľa navrhovateľa zrejmé, že referenciou uvedenou v zozname dodávok s uvedením odberateľov túto požiadavku splnil. Z uvedeného dôvodu podľa navrhovateľa neobstojí ani konštatovanie

kontrolovaného, že účelom určenia podmienok účasti odbornej a technickej spôsobilosti je overenie minimálnych skúseností s realizáciou obdobných zákaziek konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť, a to na poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. V prípade, ak mal kontrolovaný pochybnosti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti napriek predloženému vysvetleniu č. 2, ktoré by odôvodňovali vylúčenie, bol podľa navrhovateľa kontrolovaný povinný podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní písomne požiadať navrhovateľa, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Keďže tak podľa navrhovateľa kontrolovaný pred jeho vylúčením nepostupoval, porušil predmetné ustanovenie zákona o verejnom obstarávaní.

43. Navrhovateľ ďalej poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný v bode 9. odôvodnenia oznámenia okrem iného uvádza, cit.: „exaktnosť požadovaných technických parametrov predmetu zákazky a konfiguračná súvzťažnosť ako celku, vo vzťahu k prípustnosti prípadných ekvivalentov, je limitovaná viacerými obmedzeniami, ktoré sa týkajú obchodných možností z hľadiska teritoriálneho priestoru predaja a siete servisných organizácií, podmienok servisu, dodávky náhradných dielov, legislatívnej úpravy a pod.“. Z obsahu odôvodnenia oznámenia podľa navrhovateľa nie je zrejmé, akými údajnými „viacerými obmedzeniami“ má byť kontrolovaný viazaný v súvislosti s preukazovaním technickej a odbornej spôsobilosti, v čom má spočívať „exaktnosť“ technických parametrov predmetu zákazky, čo má navrhovateľ rozumieť pod slovným spojením „konfiguračná súvzťažnosť (akého) celku“, resp. „prípustnosť prípadných ekvivalentov“. Predmetné oznámenie je v tejto časti podľa navrhovateľa absolútne nezrozumiteľné, nelogické a teda arbitrárne. Kontrolovaný podľa navrhovateľa tvrdí, že má byť údajne limitovaný viacerými obmedzeniami (týkajúcimi sa obchodných možností) z hľadiska teritoriálneho priestoru v súvislosti s predmetom zákazky. Navrhovateľ uvádza, že ak mala táto nezrozumiteľná argumentácia kontrolovaného smerovať k tomu, že nesplnil podmienky účasti z dôvodu, že svoju technickú a odbornú spôsobilosť preukazuje prostredníctvom inej osoby, ktorá je subjektom so sídlom v krajine mimo Európskej únie, takýto postup by mohol byť v hrubom rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania, a to s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie navrhovateľa pri predkladaní ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti poukazuje navrhovateľ na skutočnosť, že stanovené podmienky zadávania zákazky majú vytvárať predpoklady na to, aby bolo verejné obstarávanie otvorené hospodárskej súťaži, tzn. majú okrem iného umožňovať rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov, schopných ponúknuť verejnému obstarávateľovi plnenie vyplývajúce z vymedzeného predmetu zákazky (relevantnej časti/častí predmetu zákazky), a teda nemajú mať za následok vytváranie neopodstatnených prekážok pre otvorenie verejného obstarávania hospodárskej súťaži. V tejto súvislosti odkazuje navrhovateľ v poznámke pod čiarou na metodické usmernenie úradu č. 3472-5000/2020 zo dňa 25. 02. 2020.

44. Ďalej navrhovateľ cituje rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky z 9. júla 2009 sp. zn. 9 Afs 87/2008, cit.: „Stanovení kvalifikačních kritérií proto může omezit výběr potencionálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Stanovení kvalifikačních kritérií včetně jejich minimální úrovně rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potencionálních dodavatelů. Naopak jejich účelem je zabezpečit účast všech potencionálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou zakázku splnit. Je proto nezbytné, aby zadavatel objektivně vymezil úroveň způsobilosti, kterou uchazeč prokáže. Pokud zadavatel vymezí tyto úrovně skutečně objektivně, nemůže

být jeho postup diskriminující. Zásada rovného a transparentního přístupu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku je přitom jedním ze základních principů, který ovládá zadávací řízení. Nastavení technických kvalifikačních předpokladů, které nemají žádnou vazbu na předmět a rozsah požadované zakázky ve smyslu ustanovení § 30 zákona o veřejných zakázkách, ale znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, lze považovat za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních ve smyslu ustanovení § 25 zákona o veřejných zakázkách“. V súvislosti s uvedenou zásadou transparentnosti poukazuje navrhovateľ na citáciu z odôvodnenia rozsudku Súdneho dvora Európskej únie z 29. apríla 2004 vo veci C-496/99, Komisia v. CAS Succhi di Frutta, Zb. s. I 3801, bod 111, cit.: „*Ak ide o zásadu transparentnosti, jej cieľom je v zásade zaručiť absenciu rizika uprednostňovania a svojvôle zo strany verejného obstarávateľa.*“. Navrhovateľ je toho názoru, že predložením zoznamu dodávok, ktoré boli dodané jednotlivým odberateľom splnil podmienky účasti v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s rozsahom podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti stanovených v súťažných podkladoch na účely tohto verejného obstarávania. Poskytnuté referencie v zozname dodávok považuje navrhovateľ za primerané a súvisiace s predmetom zakázky.

45. Navrhovateľ k **bodu IV.** (tvrdenie kontrolovaného v oznámení, že predajca/díler/distribútor v záujme predat' tovar nadhodnocuje parametre ponukových výrobkov, preto je podľa kontrolovaného v zmysle princípu hospodárnosti a efektívnosti účelné, v procese verejného obstarávania v zmysle ustanovenia § 34 zákona o verejnom obstarávaní, overiť okrem iných aj skúsenosť a spoľahlivosť s dodávkami) opätovne uvádza, že predmetom zakázky podľa súťažných podkladov bolo: dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a A (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie). Podľa navrhovateľa predmetom zakázky v predmetnom verejnom obstarávaní nie je poskytnutie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy konečnému užívateľovi, resp. poskytnutie doplnkových služieb, ako sa to snaží navodiť kontrolovaný v žiadosti, ale hlavným cieľom predmetu zakázky je dodanie elektrobusov v požadovanom množstve a požadovanej kvalite. Navrhovateľ je toho názoru, že podmienku účasti v zmysle § 34 ods. písm. a) v spojení s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní predložením zoznamu dodávok na predmet zakázky splnil.
46. Navrhovateľ ďalej k **bodu IV.** (tvrdenie kontrolovaného, že navrhovateľ sa v predloženom vysvetlení č. 2 nevyjadril vierohodne, ako zabezpečí napr. záručný servis predmetu zakázky) uvádza, že predmetom žiadosti 2 v žiadnom prípade nebola požiadavka, aby navrhovateľ vysvetlil ako zabezpečí záručný servis, takáto požiadavka od kontrolovaného z obsahu predmetnej žiadosti ani nijako nevyplýva. Keďže podľa navrhovateľa takáto požiadavka nebola kontrolovaným v žiadosti jasne formulovaná (kontrolovaný požiadavku na preukázanie zabezpečenia záručného servisu prvýkrát konštatuje podľa navrhovateľa až v oznámení o vylúčení), navrhovateľ sa k nej nemohol vo svojom vysvetlení č. 2 vyjadriť. V tejto súvislosti poukazuje navrhovateľ na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sžf/3/2009, na ktorý sa odvoláva aj kontrolovaný, ktorý okrem iného uvádza, cit.: „*Verejný obstarávateľ nemôže vylúčiť predloženú ponuku z dôvodu nedostatku jasnosti takého aspektu, ktorý nebol predmetom žiadosti o vysvetlenie ponuky.*“.
47. V súvislosti s uvedenou požiadavkou na zabezpečenie záručného servisu ďalej navrhovateľ uvádza, že v súťažných podkladoch v kapitole B1 - Opis predmetu zakázky v tabuľke k bodu 4. „Základné environmentálne a technické požiadavky na predmet zakázky v časti týkajúcej

sa diagnostiky a servisných prípravkov a ďalšie požiadavky (str. 47) sa v popise uvádza, cit.: „záručný servis, vykonávaný prednostne v areáli DPMP, a. s. pracovníkmi DPMP, a. s., ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak.“. Ďalej navrhovateľ poukazuje na rovnaké znenie aj v bode 2.2.1 návrhu kúpnej zmluvy, ktorá tvorí súčasť súťažných podkladov, cit.: „verejný obstarávateľ požaduje vykonať záručný servis prednostne v areáli DPMP, a. s. a to pracovníkmi DPMP, a. s., ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak.“. Z uvedeného ustanovenia teda podľa navrhovateľa vyplýva, že kontrolovaný požaduje, aby záručný servis bol vykonávaný prednostne v jeho areáli a prednostne jeho pracovníkmi, avšak navrhovateľ môže túto požiadavku kontrolovaného zamietnuť. Uvedené podľa navrhovateľa vyplýva aj z odpovede kontrolovaného zo dňa 18. 05. 2020 k žiadosti o vysvetlenie otázky č. 2 týkajúcej sa práve vykonávania záručného servisu. Navrhovateľ uvádza, že v návrhu kúpnej zmluvy nepredložil v súvislosti s vykonávaním záručného servisu kontrolovanému iné návrhy, preto je podľa neho zrejmé, že v prípade úspešnosti ponuky by zabezpečoval záručný servis k predmetu zákazky pre kontrolovaného prednostne v areáli DPMP, a. s. a pracovníkmi DPMP, a. s., teda v súlade s požiadavkami stanovenými v návrhu kúpnej zmluvy, ktorá je súčasťou súťažných podkladov.

48. Navrhovateľ má za to, že technickú a odbornú spôsobilosť dostatočne preukázal predložením zoznamu dodávok, ku ktorému sa podrobne vyjadril v bodoch I. až III. námietok (body 9 až 44 tohto rozhodnutia). Kontrolovanému podľa navrhovateľa nič nebránilo v tom, aby si poskytnuté referencie overil u odberateľov uvedených v zozname dodávok. Kontrolovaný však podľa navrhovateľa neoslovil žiadneho z odberateľov uvedených v zozname dodávok, aby si overil informácie a skúsenosti s obdobnými zákazkami, ale naopak, bez ďalšieho dospel k subjektívnemu názoru, že odberatelia uvedení v zozname dodávok nedisponujú praktickými skúsenosťami s realizáciou zákaziek, a to bez akéhokoľvek logického zdôvodnenia.
49. Podľa navrhovateľa kontrolovaný nie je oprávnený rozširovať podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti nad rozsah stanovený v ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a nemôže tak urobiť ani v žiadosti o vysvetlenie predložených dokladov, ani v oznámení o vylúčení. Požiadavky obstarávateľa musia byť podľa navrhovateľa objektívne vhodné na poskytnutie informácie o technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti uchádzača, musia byť prispôbené významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavujú pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky tým, ktorí svoju schopnosť preukážu s ohľadom na svoju predchádzajúcu činnosť, ľudské zdroje, technické vybavenie a odborné zázemie. Požiadavky obstarávateľa by sa mali podľa navrhovateľa vzťahovať na podstatnú časť predmetu zákazky a nemali by sa sústreďovať na jej marginálne časti. Zároveň podľa navrhovateľa nesmú byť požiadavky obstarávateľa diskriminačné a nesmú smerovať k obmedzeniu súťažného prostredia medzi uchádzačmi. Vzhľadom na uvedené navrhovateľ uvádza, že nebol povinný preukazovať, akým spôsobom zabezpečí záručný servis predmetu zákazky, keďže táto požiadavka nevyplýva zo súťažných podkladov, ani z ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.
50. Navrhovateľ **k bodu V.**, teda že predloženie zoznamu konečných užívateľov a ich kontaktných údajov za účelom preverenia referencie kontrolovaný, napriek výslovnému konštatovaniu navrhovateľa, že sa jedná iba o doplnenie pôvodnej referencie (nie novú referenciu), kvalifikuje ako zmenu ponuky, uvádza, že s uvedeným konštatovaním kontrolovaného sa nestotožňuje, keďže predložený zoznam konečných užívateľov dodaných elektrobusov v prílohe č. 2 k vysvetleniu č. 2, nepredstavoval podľa navrhovateľa nahradenie pôvodnej referencie (zoznamu dodávok) predloženej v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona

o verejnom obstarávaní, ani predloženie novej referencie, jeho účelom malo byť iba predloženie kontaktných údajov, na základe ktorých si môže kontrolovaný overiť referencie už poskytnuté v zozname dodávok. Uvedené skutočnosti by podľa navrhovateľa kontrolovaný zistil aj v prípade, ak by kontaktoval ním uvedených odberateľov v predloženom zozname dodávok. Predložený zoznam konečných užívateľov preto podľa navrhovateľa nie je možné považovať za nový doklad - údaje od ďalších „iných osôb“ z pohľadu aplikácie ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko uvedený doklad predkladala spoločnosť XY a nie ďalšia „iná osoba“ v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako to tvrdí kontrolovaný. Skutočnosť, že nejde o nový zoznam dodávok tovaru je podľa navrhovateľa zrejmé aj z obsahových náležitostí zoznamu o konečných užívateľoch, kde absentuje cena dodaných elektrobusev a dátum dodania. S poukazom na uvedené skutočnosti je podľa navrhovateľa preukázané, že vysvetlením ponuky predložením zoznamu konečných užívateľov nedošlo k jej zmene podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

51. Na základe vyššie uvedeného má navrhovateľ za to, že dostatočným spôsobom riadne preukázal splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní, čím splnil podmienky účasti v predmetnom verejnom obstarávaní stanovené zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj súťažnými podkladmi vzťahujúcimi sa k predmetnej zákazke, a teda nebol daný žiadny dôvod na jeho vylúčenie z predmetného verejného obstarávania.
52. Navrhovateľ záverom navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa smerujúcich proti jeho vylúčeniu tak, že nariadi kontrolovanému v predmetnom verejnom obstarávaní odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť jeho ponuku, a to do 3 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia úradu.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

53. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. V zmysle vyššie uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **24. 09. 2020**.
54. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.
55. Podľa § 173 ods. 2 dorúčením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
56. Podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní úrad môže vydať predbežné opatrenie, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do

nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175. Rozhodnutím o predbežnom opatrení môže úrad rozhodnúť, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný, a lehoty kontrolovanému neplynú. Proti rozhodnutiu o predbežnom opatrení nemožno podať opravný prostriedok. Vydanie predbežného opatrenia nemá vplyv na povinnosti kontrolovaného pri uplatnení revízií postupov podľa tohto zákona.

57. Úrad uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 13949-6000/2020-OD-PO zo dňa 05. 10. 2020 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neplynú, a to od doručenia predbežného opatrenia až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy.
58. Dňa 30. 09. 2020 zaslal úrad kontrolovanému list „Informácia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a žiadosť o doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli“ pod č. 13949-6000/2020-OD-L zo dňa 30. 09. 2020, ktorým informoval kontrolovaného o začatí predmetného konania a vyzval kontrolovaného, aby v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam spolu s kompletnou dokumentáciou v origináli.
59. Kontrolovaný v súlade s § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní doručil úradu dňa 30. 09. 2020 písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dňa 01. 10. 2020 zriadil v prospech úradu prístup do elektronického prostriedku IS EVO, použitého na elektronickú komunikáciu na účel sprístupnenia elektronickej podoby dokumentácie kontrolovaného v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že kontrolovaný doručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnemu obstarávaniu dňa **01. 10. 2020**.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

60. Kontrolovaný sa v rámci svojho vyjadrenia v súlade s § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v plnej miere odvoláva na všetky argumenty uvedené v liste zo dňa 10. 09. 2020, ktorým navrhovateľ podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vylúčil z verejného obstarávania a ktoré považuje za dostatočne odôvodňujúce rozhodnutie kontrolovaného vo veci vylúčenia navrhovateľa z verejného obstarávania. Kontrolovaný tvrdí, že svoje rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa **odôvodnil** v súlade s princípmi verejného obstarávania, v súlade so zásadami ochrany čestnej hospodárskej súťaže a v súlade s účelom aplikácie príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní dostatočne vecne a zákonne s poukazom na objektívne príčiny vylúčenia.
61. Navrhovateľ podľa kontrolovaného celým obsahom námietky ako aj jednotlivými argumentmi vo vzájomnej súvislosti, neobjektívne smeruje k obhajobe spôsobu a dokladov, ktorým/ktorými, v zmysle jeho vyjadrení preukázal splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný hodnotí spôsob obhajoby navrhovateľa ako neobjektívny, nepodložený a argumentačne neodôvodnený, pretože vedie k spochybňovaniu účelu a významu ustanovení § 34 zákona o verejnom obstarávaní ich nesprávnym pochopením napriek taxatívnejmu a kogentnému charakteru týchto ustanovení. Navrhovateľ podľa kontrolovaného

presadzovaním svojho názoru na aplikáciu ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní smeruje k neprimeranému obmedzovaniu práv kontrolovaného v postavení obstarávateľa do takej miery, že popiera účel určenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti a posúva význam ustanovenia na formálnu úroveň, čo sa prieči samotným princípom verejného obstarávania, osobitne princípu hospodárnosti a efektívnosti.

62. Podľa názoru kontrolovaného, podstata sporu pokiaľ ide o aplikáciu ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní spočíva v preukázaní „obdobnosti“ charakteru referencií vo vzťahu k opisu predmetu zákazky, ktoré vo svojej ponuke navrhovateľ predložil. Argument navrhovateľa, cit.: *„Je nevyhnutné rozlišovať medzi predmetom zákazky definovanej v súťažných podkladoch a rozsahom požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Predmet zákazky má byť zároveň vymedzený jednoznačne, zrozumiteľne, úplne a nestranne, pričom technické požiadavky budú určené tak, aby zabezpečili rovnaký prístup pre čo najširší okruh uchádzačov/záujemcov, a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž“* je podľa kontrolovaného nepresný, značne neurčitý a nepodložený a popiera význam určenia podmienok účasti. Kontrolovaný s poukazom na ust. § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že nie je možné rozlišovať predmet zákazky od určenia podmienok účasti, ako sa snaží prezentovať navrhovateľ. Podmienky účasti musia podľa kontrolovaného súvisieť s predmetom zákazky, pretože účelom je preveriť na základe predchádzajúcich referencií, či uchádzač v postavení dodávateľa bude spôsobilý predmet zákazky dodať v súlade s takým zadáním, ako bolo uvedené v opise predmetu zákazky a ktoré sa týka nielen dodania elektrobusev v požadovanej technickej konfigurácii, ale aj služieb súvisiacich s ich dodaním, ktoré sú priamo naviazané na požadovanú technickú konfiguráciu.

63. Navrhovateľ podľa vyjadrenia kontrolovaného poukázal na skutočnosť, že samotný predmet zákazky je v kapitole A.1 časť I. bod 2 súťažných podkladov definovaný ako dodanie elektrobusev kategórie M3, a to tak v triede I., ako aj v triede A, pričom, podľa navrhovateľa kontrolovaný v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov, žiadnym spôsobom nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia zoznamu dodávok, naopak výslovne stanovil možnosť predloženia zoznamu dodávok obdobného charakteru ako je predmet zákazky. Kontrolovaný ďalej poukazuje na namietanú skutočnosť navrhovateľa, že podľa odôvodnenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov malo byť účelom predloženia zoznamu dodávok k predmetnej zákazke preukázať minimálne praktické skúsenosti s realizáciou obdobných zákaziek, ako tej, ktorá je predmetom tohto verejného obstarávania. Kontrolovaný v nadväznosti na uvedené jednoznačne deklaruje, že navrhovateľ v rámci namietaných skutočností zrejme účelovo ignoruje požiadavku vyjadrenú v súťažných podkladoch, cit.: *„Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (vid' predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elekrobuses na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene).“* Z uvedeného podľa kontrolovaného vyplýva, že nie je pravda, čo tvrdí navrhovateľ, a teda, že kontrolovaný žiadnym spôsobom nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel, pretože kontrolovaný odkázal na opis predmetu zákazky a že výslovne stanovil možnosť predloženia zoznamu dodávok len obdobného charakteru ako je predmet zákazky, pretože kontrolovaný žiadal zoznam dodávok rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky. Pojem rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky samo o sebe, podľa kontrolovaného znamená, že ide o rovnaké/totožné/identické plnenie alebo obdobné rovnakému ako je predmet zákazky, z čoho vyplýva tesná príbuznosť technickej konfigurácie a jednotlivých služieb s tým spojených. Predmet zákazky je podľa kontrolovaného opísaný dostatočne podrobne v kapitole

súťažných podkladov - Opis predmetu zákazku, preto nie je potrebné detailne kvalifikovať predmet zákazky aj v kapitole súťažných podkladov - Podmienky účasti. Navrhovateľ, podľa kontrolovaného, zachádza k neprimerane extenzívnemu výkladu pojmu „rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky“, ktorý sa prieči účelu určenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný tvrdí, že nie je možné akékoľvek plnenie považovať za plnenie obdobného charakteru, pretože by poskytnuté informácie o referenciách a dodávkach nemali pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa/kontrolovaného, pre účely preverenia skúseností, ktoré sa od uchádzača vyžadujú, žiadnu výpovednú hodnotu.

64. Kontrolovaný ďalej poukazuje na tvrdenie navrhovateľa, cit: „*V prípade, ak by kontrolovaný na účely predmetného verejného obstarávania požadoval v súvislosti s preukázaním technickej alebo odbornej spôsobilosti preukázanie skúsenosti v rovnakom rozsahu ako je predmet zákazky bez akceptácie skúseností s realizáciou obdobných zákaziek, navrhovateľ má za to, že takýmto obmedzením referenčných dodávok by došlo nielen k porušeniu podmienok účasti stanovených v súťažných podkladoch, ale aj k porušeniu vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, teda nedovolenému obmedzeniu hospodárskej súťaže, rozporu s princípom nediskriminácie, proporcionality, ako aj s princípom hospodárnosti a efektívnosti.*“. Kontrolovaný tvrdí, že argumentácia navrhovateľa, cit.: „*Navrhovateľ má za to, že takýmto obmedzením referenčných dodávok by došlo nielen k porušeniu podmienok účasti stanovených v súťažných podkladoch...*“ je v rozpore s účelom určenia podmienok účasti podľa príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní a súčasne nelogickým konštatovaním, že obmedzením referenčných dodávok by došlo k porušeniu podmienok účasti, ktoré samotné mali obmedzenie referenčných dodávok vyjadrovať. Kontrolovaný opakovane uvádza, že navrhovateľ zrejme účelovo v rámci svojej argumentácie ignoroval požiadavku vyjadrenú v súťažných podkladoch, cit.: „*Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (viď predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elekrobuses na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene).*“. Navrhovateľ týmto podľa kontrolovaného vytvoril len hypotetickú úvahu, voči ktorej zároveň argumentoval.
65. Kontrolovaný ďalej poukazuje na navrhovateľom namietanú skutočnosť, teda že kontrolovaný tvrdí, že referenčné vozidlo (KJE) nespĺňa požadované parametre podľa technickej špecifikácie predmetu zákazky a ani obdobné parametre, avšak žiadnym spôsobom v oznámení o vylúčení nešpecifikuje aké „obdobné“ technické parametre referenčných dodávok (čo do veľkosti, dispozícií, či funkcií) by v prípade predloženia podľa kontrolovaného napĺňali definíciu „*zoznamu dodávok obdobného charakteru*“ v zmysle podmienok účasti podľa kapitoly A.2 časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladov. Kontrolovaný aj k tejto skutočnosti znova poukazuje na to, že navrhovateľ v námietke argumentuje nepravdivými informáciami. Kontrolovaný tvrdí, že v oznámení o vylúčení uviedol v bode 8 diferencie medzi základnými technickými parametrami, ktoré samé o sebe vylučujú naplnenie pojmu „obdobné ako je predmet zákazky“, čo podľa kontrolovaného potvrdzuje aj zaradenie oboch typov vozidiel do rôznych kategórií podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 a M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie [2018/237].
66. Podľa vyjadrenia kontrolovaného navrhovateľ k tabuľke porovnania technických parametrov požiadaviek kontrolovaného na predmet zákazky, ponuky navrhovateľa a navrhovateľom predložených referencií vozidiel (KJE) obsiahnutej v bode 8 oznámenia o vylúčení zdôrazňuje, že je absolútne nedôvodné porovnávať predmet zákazky (ktorá je navyše

definovaná ako dodanie elektrobusev tak v triede I., ako aj v triede A) s ponukou navrhovateľa a s predloženým zoznamom dodávok, nakoľko sám kontrolovaný v súťažných podmienkach umožnil navrhovateľovi predložiť aj referencie na dodávky „obdobného charakteru“ ako je predmet zákazky. Kontrolovaný opätovne poukazuje na ust. § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní: „*podmienky účasti musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky...*“. Preto považuje kontrolovaný z jeho strany za legitímne vyhodnotiť a porovnať charakter, technické parametre a súvisiace služby predkladaných referencií s požiadavkami na predmet zákazky.

67. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ v námietke zdôraznil, že čo sa týka počtu cestujúcich, či počtu dverí referenčného vozidla, nielen že tieto požiadavky neboli predmetom minimálnej požadovanej úrovne štandardov pre účely predloženia zoznamu dodávok, navyše navrhovateľ označil tieto technické parametre za marginálne časti predmetu zákazky, ktoré nemôžu predstavovať objektívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie predmetu zákazky. Kontrolovaný sa odvoláva na svoje už uvedené argumenty vo vyjadrení k námietkam, ktoré podľa jeho názoru dostatočne odôvodňujú určenie požadovanej úrovne štandardov. Kontrolovaný poukazuje na to, že určenie a opis predmetu zákazky so zohľadnením princípov verejného obstarávania je kompetenciou výlučne verejného obstarávateľa/obstarávateľa/kontrolovaného a zásadne odmieta názor o marginálnosti uvedených technických požiadaviek len preto, že nezodpovedajú referenčným dodávkam navrhovateľa a nenapĺňajú pojem „*rovnaké alebo obdobné ako je predmet zákazky*“. Technické parametre, ktoré sa týkajú počtu dverí a počtu cestujúcich sú podľa kontrolovaného priamo súvisiace k ďalším funkčným alebo technickým parametrom ako dĺžka vozidla, výkon motora, počet sedadiel, atď.
68. V tejto súvislosti sa kontrolovaný odvoláva na citáciu bodu 50 rozsudku všeobecného súdu z 10. decembra 2009 vo veci T-195/08: „*Okrem toho, ak aj je verejný obstarávateľ povinný stanoviť podmienky verejného obstarávania presne a jednoznačne, nie je povinný predpokladať všetky možné prípady, akokoľvek zriedkavé, ktoré by sa mohli v praxi vyskytnúť (uznesenie Súdného dvora z 20. apríla 2007, TEA-CESGOS a STG/Komisia, C- 189/06 P, uverejnené v Zbierke, bod 30)*“ a na citáciu bodu 51 toho istého rozsudku: „*Podmienka stanovená v súťažných podkladoch sa musí vykladať na základe jej predmetu systému a znenia (v tomto zmysle uznesenie TEA-CESGOS a STG/Komisia). V prípade pochybností môže verejný obstarávateľ vyhodnotiť uplatniteľnosť tejto podmienky tak, že pristúpi k preskúmaniu jednotlivých prípadov, pričom zohľadní všetky relevantné skutočnosti (pozri v tomto zmysle uznesenie TEA-CESGOS a STG/Komisia).*“.
69. Kontrolovaný sa už vyššie vyjadril k názoru navrhovateľa, že považuje argumentáciu kontrolovaného o tom, že v prípade, ak by bol KJE (referenčné vozidlo) predmetom ponuky, došlo by k vylúčeniu takejto ponuky z verejného obstarávania, za špekulatívnu a absolútne irelevantnú vo vzťahu k stanoveniu rozsahu požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré je podľa názoru navrhovateľa nevyhnutné rozlišovať od samotného predmetu zákazky (bod 62 tohto rozhodnutia).
70. Namietanú skutočnosť, cit.: „*Navrhovateľ zdôraznil, že hodnotiace kritérium „výška referencie“ nie je uvedené v § 44 ods. 4 ZVO v konečnom výpočte kritérií v prípade hodnotenia na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a preto podľa jeho názoru nemôže byť ani pomocným hodnotiacim kritériom na vyhodnotenie ponúk. Navrhovateľ pritom splňa minimálnu finančnú úroveň referencií požadovaných Kontrolovaným v súťažných podkladoch (min. 2 000 000,00 eur bez DPH). Sám Kontrolovaný v bode 11. Oznámenia nelogicky*

konštatuje, že referencie ako kritérium na vyhodnotenie ponúk stanovené neboli. Vzhľadom na vyššie uvedené považuje Navrhovateľ aj túto námietku Kontrolovaného v celom rozsahu za neopodstatnenú“, považuje kontrolovaný za nelogickú a irelevantnú, pretože navrhovateľ zjavne nepochopil rozdiel medzi účelom určenia podmienok účasti a účelom určenia kritérií na vyhodnotenie ponúk.

71. Kontrolovaný poukazuje na ďalšiu časť námietok navrhovateľa, v ktorej navrhovateľ poukazuje na to, že kontrolovaný v súťažných podkladoch v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov, nedefinoval a nešpecifikoval žiadnym spôsobom aký typ odberateľov požaduje (tzn. či odberateľom musí byť konečný užívateľ predmetu zákazky) na účely predloženia zoznamu dodávok, keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch nebola vyslovene stanovená, má navrhovateľ za to, že postupoval v súlade so súťažnými podkladmi. Kontrolovaný sa v tejto veci opakovane odvoláva na bod 50 a 51 rozsudku všeobecného súdu z 10. decembra 2009 vo veci T-195/08, citovaný vyššie. Kontrolovaný s odvolaním na predmetné rozhodnutie uvádza, že verejný obstarávateľ/obstarávateľ je povinný stanoviť podmienky verejného obstarávania presne a jednoznačne, nie je povinný predpokladať všetky možné prípady, akokoľvek zriedkavé, ktoré by sa mohli v praxi vyskytnúť. Podmienka stanovená v súťažných podkladoch sa musí vykladať na základe jej predmetu, systému a znenia. Kontrolovaný uvádza, že je dopravným podnikom a obstaráva vozidlá pre účely zabezpečenia dopravných služieb na území mesta Prešov, čo je skutočnosť známa všetkým záujemcom a uchádzačom z postavenia kontrolovaného, uvedeného v súťažných podkladoch a v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. Súčasťou predmetu zákazky sú podľa kontrolovaného služby ako napríklad zaškolenie vodičov a mechanikov údržby na obsluhu v potrebnom rozsahu (min. 2 vodiči a min. 2 mechanici), na konštrukciu elektrobusev, motora, prevodovky, náprav, kúrenia, chladenia, el. systémov, diagnostiky a na údržbu elektrobusev v areáli kontrolovaného; záručný servis, vykonávaný prednostne v areáli kontrolovaného pracovníkmi kontrolovaného ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak pokiaľ ide o zodpovednosť za vykonané záručné opravy. Kontrolovaný uvádza, že túto požiadavku v rámci vysvetlenia súťažných podkladov vysvetlil nasledovne, cit.:

„V zmysle bodu 2.2.1 teda sú dve možnosti:

- 1. predávajúci zaškolí pracovníkov kupujúceho na vykonávanie údržby a opráv v požadovanom rozsahu s pridelením štatútu autorizovaného servisu pre vlastnú potrebu s tým, že bude môcť vykonávať údržbu a opravy aj na vozidlách v záruke, alebo*
- 2. predávajúci neudelí kupujúcemu štatút autorizovaného servisu a zabezpečí opravy vozidiel v záručnej dobe vlastnými autorizovanými pracovníkmi, pričom sa vyžaduje, aby tieto práce boli vykonávané v areáli kupujúceho (DPMP). Počas záručnej doby predávajúci zaškolí pracovníkov kupujúceho (DPMP) na obsluhu a údržbu v potrebnom rozsahu.“*

72. Účelom určenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti, okrem iných, je podľa kontrolovaného získanie záruky a istoty, že uchádzač disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, s poskytovaním servisu, náhradných dielov, so zaškolením a s ďalšími službami ako je predmet zákazky, čo z hľadiska predložených referencií nebolo možné spoľahlivo overiť, keďže v prípade predložených referencií deklarovaných odberateľom nejde podľa kontrolovaného o odberateľov, ale o spoločnosti, ktoré sú medzičlánkami distribučnej siete výrobcu, ktorí kontrolovaným požadované služby nemajú ako potvrdiť, keďže vozidlá neprevádzkujú, preto nemôže byť vyjadrením referencie aj kvalita poskytovaných doplnkových služieb. Kontrolovaný nesúhlasí s názorom navrhovateľa, že účelom požadovaného zoznamu dodávok je len preukázať, že uchádzač za rozhodné obdobie dodal plnenie rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky a nič iné. Podmienka stanovená v súťažných podkladoch sa musí podľa kontrolovaného vykladať na základe jej

predmetu, systému a znenia (rozsudok všeobecného súdu T-195/08 z 10.12.2009). Navrhovateľ predložil podľa kontrolovaného v rámci svojho druhého vysvetlenia zo dňa 24. 07. 2020 „zoznam konečných užívateľov“, ktorým dodávali elektrobuses distribútori, uvedení na jeho zozname referenčných dodávok, predloženého v ponuke podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Tento „zoznam konečných užívateľov“ je podľa kontrolovaného považovaný navrhovateľom za doklad, ktorý nepredstavuje nahradenie pôvodnej referencie, ani predloženie novej referencie, účelom má byť predloženie kontaktných údajov, na základe ktorých si môže kontrolovaný overiť referencie uvedené v jeho zozname dodávok. Kontrolovaný túto situáciu vyhodnotil v súlade s ust. § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní tak, že v danom prípade navrhovateľ nedoplnil pôvodne predložený doklad (zoznam dodávok), ktorým preukazoval splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby XY, ale predložil nový doklad - údaje od ďalších „iných osôb“ z pohľadu aplikácie ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. od distribútorov uvádzaných v jeho pôvodnom zozname dodávok (AA, AB, AC), ktorí ak majú mať postavenie „inej osoby“ podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, mali preukázať osobné postavenie podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní alebo podľa § 39 zákona o verejnom obstarávaní a v ponuke mala byť uvedená zmluva s inou osobou, že poskytne kapacity počas celého obdobia platnosti zmluvy, ktorá bude výsledkom verejného obstarávania. Uvedený postup navrhovateľa kvalifikuje kontrolovaný ako zmenu ponuky, pretože prostredníctvom týchto iných distribútorov navrhovateľ nepreukazoval vo svojej ponuke splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ale samotných distribútorov postavil do role odberateľov, nie „iných osôb“. Kontrolovaný poukazuje na ust. § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene; za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.

73. Kontrolovaný poukazuje na ďalšiu časť námietok navrhovateľa, kde navrhovateľ tvrdí, že zo znenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je zjavné, že pri technickej a odbornej spôsobilosti je výpočet jednotlivých podmienok účasti, resp. dokladov, ktorými sa tieto podmienky preukazujú, taxatívny, preto podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný v prípade zákazky na dodanie tovaru môže požadovať od navrhovateľa iba predloženie zoznamu dodávok tovaru, avšak nemôže požadovať, aby navrhovateľ k zoznamu dodávok tovaru priložil aj dôkaz o dodaní tovaru potvrdený odberateľom s uvedením cien, lehôt dodania, identifikačných údajov odberateľa a hodnotenia kvality plnenia, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. Kontrolovaný tvrdí, čo aj vyplýva zo súťažných podkladov a zo žiadostí o vysvetlenie, že nepožadoval nič nad rámec taxatívneho ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Ďalej kontrolovaný poukazuje na časť, kde navrhovateľ tvrdí, že kontrolovanému neprináleží hodnotiť postavenie odberateľov uvedených v zozname dodávok vo vzťahu k spoločnosti XY, resp. k navrhovateľovi, bez skúmania ďalších relevantných súvislostí, navyše takéto hodnotenie považuje navrhovateľ za neopodstatnené pre toto verejné obstarávanie. Navrhovateľ teda podľa kontrolovaného na jednej strane poukazuje na taxatívny charakter § 34 zákona o verejnom obstarávaní a na druhej strane nabáda skúmať ďalšie relevantné súvislosti. Kontrolovaný v tejto súvislosti tvrdí, že postupoval výlučne v zmysle ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a), § 34 ods. 3, § 40 ods. 4 a § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

74. Kontrolovaný ku konštatovaniu navrhovateľa (v bode 42 tohto rozhodnutia) uvádza, že navrhovateľ interpretuje aplikáciu príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní nesprávne a účelovo. Kontrolovaný uvádza, že podľa metodiky zadávania zákaziek, 4.verzia, na to, aby nešlo len o požiadavky čisto formálneho charakteru, ich splnenie musí byť zároveň preukázateľné a overiteľné. Kontrolovaný tvrdí, že významom určenia podmienok účasti

podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je overenie minimálnych skúseností uchádzača za účelom uistenia sa, či uchádzač bude spôsobilý realizovať predmet zákazky tak, aby splňal svoj účel, a to zabezpečovať prostredníctvom dodaných elektrobusov a poskytnutých súvisiacich služieb kvalitnú a efektívnu dopravu na území mesta Prešov, čoho predpokladom je dodanie elektrobusov podľa požiadaviek kontrolovaného, dodanie služieb podľa požiadaviek kontrolovaného.

75. K tvrdeniu navrhovateľa, že ho mal kontrolovaný podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní vyzvať k náhrade inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, pokiaľ mal pochybnosti, kontrolovaný uvádza, že postup podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní sa aplikuje v prípade, ak „iná osoba“ nespĺňa podmienky účasti osobného postavenia alebo u nej existujú dôvody na vylúčenie, čo v danom prípade kontrolovaný nespochybnil. Kontrolovaný tvrdí, že navrhovateľ nepreukázal splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

76. Ďalej kontrolovaný poukazuje na časť námietok, kde navrhovateľ konštatuje nezrozumiteľnosť odôvodnenia kontrolovaného, uvedeného v oznámení o vylúčení, a to najmä, cit.: *„Exaktnosť požadovaných technických parametrov predmetu zákazky a konfiguračná súvzťažnosť ako celku, vo vzťahu k prípustnosti prípadných ekvivalentov, je limitovaná viacerými obmedzeniami, ktoré sa týkajú obchodných možností z hľadiska teritoriálneho priestoru predaja a siete servisných organizácií, podmienok servisu, dodávky náhradných dielov, legislatívnej úpravy a pod. Z uvedených dôvodov je v danom prípade tolerancia technickej prípustnosti predložených referenčných dodávok značne limitovaná.“*. Kontrolovaný zastáva názor, že sa vyjadril úplne jednoznačne a nie je jeho povinnosťou vykladať použitú, bežne zaužívanú terminológiu a vyjadrenia. Kontrolovaný poukazuje na ust. § 42 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého predmet zákazky má byť opísaný jednoznačne, úplne a nestranne, inými slovami presne, čo je vlastne významom pojmu „exaktnosť“. Použitie pojmu „exaktnosť“ smerovalo podľa kontrolovaného aj k zdôrazneniu významu a relevantnosti všetkých technických a funkčných parametrov, prostredníctvom ktorých je opísaný predmet zákazky, vrátane tých marginálnych, ako ich označil navrhovateľ. Konfiguračná súvzťažnosť ako celku vyjadruje podľa kontrolovaného zoskupenie, rozloženie, zostava, rozostavenie, usporiadanie, kombináciu jednotlivých častí (komponenty, moduly, súčasti), t. j. všetky technické a funkčné parametre, ako ich kontrolovaný určil v opise predmetu zákazky a ktoré vzájomne súvisia. Technické charakteristiky predmetu zákazky vyžadujú podľa kontrolovaného potrebu lokálnej dostupnosti servisnej siete, okamžitej dodávky náhradných dielov a predmet dodávky/plnenia/zákazky musí zodpovedať legislatívnym predpokladom v Slovenskej republike. Uvedené konštatovanie podľa kontrolovaného neznamena obmedzenie hospodárskej súťaže, ani eliminovanie uchádzačov a dodávateľov alebo subdodávateľov z tretích krajín, ale zdôraznenie, že referencie musia zodpovedať potrebám kontrolovaného, aby naplnili svoj účel, o ktorom sa kontrolovaný už zmieňoval. Kontrolovaný je toho názoru, že navrhovateľ dezinterpretáciou vyjadrení kontrolovaného navodzuje hypotetické stavy, ktoré nie sú relevantné vo vzťahu k posúdeniu dôvodov na vylúčenie, a to sa týka aj bodu 56 námietok navrhovateľa (bod 43 tohto rozhodnutia). Nepochopenie významu slovného vyjadrenia zo strany kontrolovaného nemôže byť podľa kontrolovaného dôvodom na označenie jeho rozhodnutia ako arbitrárneho.

77. Kontrolovaný má za to, že sa vyjadril ku všetkým námietkam predloženým navrhovateľom a navrhuje úradu námietky zamietnuť.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie o predmetnom verejnom obstarávaní úrad zistil nasledovné skutočnosti:

78. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „**Nákup elektrobusov a príslušenstva pre DPMP - opätovné zadanie**“, v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 083-197469 dňa 28. 04. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 90/2020 dňa 29. 04. 2020 pod značkou 16240 - MST. V závislosti od typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 2 544 550,00 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služby. Zákazka nie je rozdelená na časti. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 12. 06. 2020 do 12:00 hod., predložili ponuku traja uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 12. 06. 2020 o 13:00 hod. Dňa 14. 09. 2020 zaslal kontrolovaný navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 10. 09. 2020 (ďalej aj len „oznámenie o vylúčení“). Navrhovateľ následne dňa 24. 09. 2020 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO a toho istého dňa elektronicky podľa osobitného predpisu² aj úradu námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu.

79. Kontrolovaný zverejnil na svojom profile na webovej stránke úradu pod predmetnou zákazkou dokument „Žiadosť o vysvetlenie“ dňa 26. 05. 2020, v ktorom je uvedené, cit.:

„Otázka č.2: Vysvetľujeme si správne, že bod 2.2.1 a článok 7 spoločne znamenajú, že predávajúci po predaji elektrobusov bude autorizovať servis kupujúceho, tak aby vykonávanie servisných prác, servisných úkonov, údržby, opráv podľa udelenej autorizácie bolo vykonávané v areáli DPMP, a. s., pracovníkmi DPMP, a. s.?

Odpoveď: V bode 2.2.1 je jednoznačne uvedené, že verejný obstarávateľ požaduje vykonávať záručný servis prednostne v areáli DPMP, a.s. a pracovníkmi DPMP, a.s., ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak. Predávajúci tak môže zamietnuť túto požiadavku verejného obstarávateľa/kupujúceho. Verejný obstarávateľ však v rámci opisu predmetu zákazky požaduje aj zaškolenie zamestnancov v potrebnom rozsahu, čo môže byť vykonávané počas záručného servisu. V zmysle bodu 2.2.1 teda sú dve možnosti:

- 1. predávajúci zaškolí pracovníkov kupujúceho na vykonávanie údržby a opráv v požadovanom rozsahu s pridelením štatútu autorizovaného servisu pre vlastnú potrebu s tým, že bude môcť vykonávať údržbu a opravy aj na vozidlách v záruke, alebo*
- 2. predávajúci neudelí kupujúcemu štatút autorizovaného servisu a zabezpečí opravy vozidiel v záručnej dobe vlastnými autorizovanými pracovníkmi, pričom sa vyžaduje, aby tieto práce boli vykonávané v areáli kupujúceho (DPMP). Počas záručnej doby predávajúci zaškolí pracovníkov kupujúceho (DPMP) na obsluhu a údržbu v potrebnom rozsahu.“*

80. Kontrolovaný doručil dňa 07. 07. 2020 navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO „Žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov a ponuky“ zo dňa 06. 07. 2020, (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 1“), v ktorej uviedol okrem iného nasledovné, cit.:

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

„(...)

2. Komisia v rámci vyhodnotenia návrhu na plnenie kritérií identifikovala, že Vaša ponuková cena je výrazne odlišná (približne dvojnásobná) ako sú ceny uvádzané vo Vašom vyhlásení o praxi, ktorým preukazujete splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO. V uvedenom vyhlásení prezentujete ako svoju referenciu vozidlá typu Trieda A, M 2, elektrické. Predmetom Vašej ponuky sú vozidlá typu KAE pre 53 cestujúcich. Podľa predpisu Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov (EHK OSN) č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 a M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie [2018/237]:

„1.1. Tento predpis platí pre všetky jednopodlažné, dvojpodlažné, tuhé alebo kĺbové vozidlá kategórie M 2 alebo M 3

Na účely tohto predpisu:

2.1. "Vozidlo" je vozidlo kategórie M 2 alebo M 3 v rozsahu stanovenom v bode 1 vyššie.

2.1.1. U vozidiel s kapacitou **nad 22 cestujúcich** okrem vodiča existujú tri triedy vozidiel

2.1.1.1 "Trieda I" vozidlá konštruované s priestormi pre stojacich cestujúcich a umožňujúce častý pohyb cestujúcich;

2.1.1.2 "Trieda II": vozidlá určené hlavne na prepravu sediacich cestujúcich a konštruovaná tak, aby umožňovala prepravu stojacich cestujúcich v uličke a/alebo v priestore, ktorý nie je väčší než priestor pre dve zdvojené sedadlá;

2.1.1.3 "Trieda III": vozidlá konštruované výhradne na prepravu sediacich cestujúcich.

2.1.1.4 Určité vozidlo môže byť považované za vozidlo patriace do viac ako jednej triedy. V takom prípade môže byť schválené pre každú triedu, do ktorej patrí.

2.1.2. U vozidiel s kapacitou **maximálne 22 cestujúcich** okrem vodiča existujú dve triedy vozidiel: 2.1.2.1. "Trieda A" : vozidlá určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy je vybavené sedadlami a je vybavené pre stojacich cestujúcich;

2.1.2.2. "Trieda B": vozidlá, ktoré nie sú konštruované na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy nie je vybavené pre stojacich cestujúcich. “

V nadväznosti na Vašu ponuku typu vozidiel a ceny vozidiel a v nadväznosti na vyššie uvedený predpis EHK/OSN č. 107, za účelom riadneho a správneho vyhodnotenia splnenia určenej podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti, je potrebné bližšie a podrobnejšie špecifikovať referenčné dodávky uvedené vo Vyhlásení o praxi so zohľadnením opisu predmetu zákazky: „Predmetom zákazky je **dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I.** a (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie).“

Podľa Súťažných podkladov, Kapitola – Podmienky účasti uchádzačov, § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: „Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (viď predmet zákazky: nové, mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I.) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene).“

V nadväznosti na vyššie uvedené komisia v súlade s § 40 ods. 4 ZVO žiada uchádzača o doplnenie predložených dokladov, t. j. o podrobnú špecifikáciu typu vozidiel, uvedených vo Vyhlásení o praxi so zohľadnením opisu a rozsahu predmetu zákazky: „Predmetom zákazky je dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I.....“

*Pre vylúčenie pochybností a nejasností vo Vašej ponuke, ktoré má komisie na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk, Vás **obstarávateľ v súlade s § 40 ods. 4 ZVO žiada o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov podľa údajov v bode 1 a 2 tejto žiadosti.** (...)*

81. Navrhovateľ doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO odpoveď na žiadosť o vysvetlenie č. 1 listom „Vysvetlenie predložených dokladov a ponuky“ zo dňa 10. 07. 2020 (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie č. 1“), v ktorom uviedol okrem iného nasledovné, cit.:

„(...)

Ad II) Doplnenie predložených dokladov o podrobnú špecifikáciu typu vozidiel, uvedených vo vyhlásení o praxi so zohľadnením opisu a rozsahu predmetu Zákazky.

- (1) *Komisia Obstarávateľa v bode 2 Žiadosti konštatuje, že v uvedenom vyhlásení o praxi prezentujeme ako svoju referenciu vozidla typu: Trieda A, kategória M2, elektrické. Predmetom ponuky Uchádzača sú vozidlá typu KAE pre max. 53 cestujúcich (podľa predpisu Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov č. 107 — Jednotné ustanovenie pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 a M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie 2018/237).*
- (2) *K vyššie uvedenému tvrdeniu komisie Obstarávateľa uvádzame, že Zoznamom dodávok, ktorý tvorí povinnú prílohu ponuky predloženej v tomto verejnom obstarávaní sme v súlade s § 34 ods. 3 ZVO preukazovali technickú a odbornú spôsobilosť využitím technických a odborných kapacít inej osoby, a to spoločnosti XY v súlade s § 34 ZVO, ako aj v súlade s podmienkami uvedenými v časti III Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO) súťažných podkladov k Zákazke. V zmysle uvedených súťažných podkladov k Zákazke Obstarávateľ stanovil rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na preukázanie tejto spôsobilosti nasledovne:*

Časť III. Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO)

Zoznam a krátky opis podmienok, odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky:

Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

1. AD I) Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce 3 roky.

Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (vid' predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. Takýmto dokladom je referencia ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/ obstarávateľ podľa ZVO Obstarávateľ je povinný zohľadniť referencie uchádzačov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 ZVO, ak takéto referencie existujú.

Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek.

- (3) Vzhľadom na vyššie uvedený opis podmienok a odôvodnenie primeranosti podmienky v predmetnej Zákazke v znení v akom sú uvedené v súťažných podkladoch, Uchádzač predložil na preukázanie splnenia podmienky v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO Zoznam dodávok za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, v ktorom uviedol osobitne cenu za každú dodávku elektrobusev, lehotu dodania, odberateľa elektrobusev, počet dodaných elektrobusev, ako aj krajinu dodania a špecifikáciu typu dodávky. Uchádzač má za to, že predloženým Zoznamom dodávok splnil podmienky preukazujúce odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO v spojení s § 34 ods. 3 ZVO, ako aj v súlade s požadovanými štandardami v zmysle súťažných podkladov, keďže predložil Zoznam dodávok „obdobného“ charakteru ako je predmet Zákazky a postupoval podľa súťažných podkladov k Zákazke, t. j. opisu podmienok minimálne požadovanej štandardnej úrovne na predmet Zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobuse (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH.
- (4) Z predloženého Zoznamu dodávok Uchádzačom je zrejmé, že Uchádzač s využitím odbornej a technickej kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 ZVO jednoznačne spĺňa minimálnu požadovanú úroveň štandardov tak, ako sú špecifikované v časti III. bod I. AD I) súťažných podkladov, keďže predložil referenciu na dodávku mestských, dvojnápravových elektrobusev v celkovej hodnote 2.354.265 Eur. a to v kategórii M2 trieda A. Obstarávateľ v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov, nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia Zoznamu dodávok, keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch nebola vyslovene stanovená, máme za to, že Uchádzač postupoval v súlade so súťažnými podkladmi k predmetnej Zákazke predložením Zoznamu dodávok obdobného charakteru, ktorý spĺňa všetky náležitosti podľa § 34 ZVO.
- (5) Upozorňujeme na skutočnosť, že je nevyhnutné rozlišovať medzi predmetom Zákazky definovanej v súťažných podkladoch a rozsahom požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 ZVO. Predmet zákazky má byť zároveň vymedzený jednoznačne, zrozumiteľne, úplne a nestranne, pričom technické požiadavky budú určené tak, aby zabezpečili rovnaký prístup pre čo najširší okruh uchádzačov/záujemcov, a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Kvalitne vypracované súťažné podklady sú základnou podmienkou na vypracovanie kvalitnej ponuky a následne pre uzavretie obojstranne vyváženej zmluvy.
- (6) Predmet Zákazky podľa súťažných podkladov je definovaný nasledovne: dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a A (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie) (ďalej len „Predmet Zákazky“).
- (7) Podľa odôvodnenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov podľa časti III. súťažných podkladov je účelom predloženia Zoznamu dodávok k predmetnej Zákazke preukázať minimálne praktické skúsenosti s realizáciou obdobných zákaziek, ako tej, ktorá je predmetom tohto verejného obstarávania. V prípade, ak by Obstarávateľ na účely predmetného verejného obstarávania požadoval v súvislosti s preukázaním technickej alebo odbornej spôsobilosti preukázanie skúsenosti v rovnakom rozsahu ako je Predmet Zákazky bez akceptácie skúseností s realizáciou obdobných zákaziek, mohol by Obstarávateľ takýmto obmedzením referenčných dodávok porušiť ZVO, konkrétne poukazujeme na nedovolené obmedzenie

hospodárskej súťaže, rozpor s princípom proporcionality a rozpor s princípom hospodárnosti a efektívnosti.

- (8) *Máme za to, že pre účely splnenia podmienok na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti nie je rozhodujúce, či sa jedná o referenciu na dodávku elektrobusu v kategórii M3 alebo M2 resp. v triede I alebo triede A, a to najmä preto, že účelom požadovaného Zoznamu dodávok bolo preukázať, že Uchádzač za rozhodné obdobie dodal plnenie rovnakého alebo obdobného charakteru ako je Predmet Zákazky v tomto verejnom obstarávaní. t. j. mestské, dvojnápravové elektrobuses (na elektrickú pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH, táto podmienka bola Uchádzačom splnená.*
- (9) *V súvislosti s odbornou a technickou špecifikáciou inej osoby, ktorou Uchádzač preukazuje odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 3 ZVO si dovoľujeme uviesť, že Uchádzač v súlade so ZVO uzavrel s touto osobou Zmluvu o poskytovaní odborných kapacít na účely tohto verejného obstarávania, a teda spĺňa všetky odborné a technické predpoklady na zrealizovanie predmetu Zákazky, nakoľko pôsobí dlhú dobu na trhu, dlhodobo spolupracuje s Uchádzačom a je schopná po odbornej a technickej stránke zrealizovať a splniť požiadavky Obstarávateľa v predmetnej Zákazke. Na okraj uvádzame, že spoločnosť XY, ktorou Uchádzač preukazuje splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti aktuálne získala skúsenosti v požadovanom rozsahu s dodaním mestských nízkopodlažných elektrobuses aj v kategórii M3, trieda I, avšak až po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk.*
- (10) *Úrad pre verejné obstarávanie neodporúča pri stanovení minimálnej úrovne finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti automaticky vychádzať z limitných hodnôt určeného rozsahu predmetu zákazky, nakoľko takto určené podmienky účasti nemusia zohľadňovať aktuálnu situáciu na relevantnom trhu³.*
- (11) *Požiadavky Obstarávateľa síce musia súvisieť s predmetom zákazky, avšak musia byť primerané. Povinnosť zabezpečenia primeranosti podmienok účasti vyplýva z ustanovenia § 38 ods. 4 a 5 ZVO, ako aj z princípov verejného obstarávania v zmysle § 10 ods. 2 ZVO, predovšetkým z princípu proporcionality pri stanovení podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Požiadavky obstarávateľa musia byť objektívne vhodné na poskytnutie informácie o technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti uchádzača, musia byť prispôbované významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavujú pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky tým, ktorí svoju schopnosť preukážu s ohľadom na svoju predchádzajúcu činnosť, ľudské zdroje, technické vybavenie a odborné zázemie. Požiadavky Obstarávateľa by sa mali vzťahovať na podstatnú časť predmetu zákazky a nemali by sa sústrediť na jej marginálne časti. Požiadavky Obstarávateľa zároveň nesmú byť diskriminačné a nesmú smerovať k obmedzeniu súťažného prostredia medzi uchádzačmi.*

V zmysle § 38 ods. 5 ZVO:

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.

³ Metodické usmernenie UVO č. 12582-5000/2017

- (12) Princípom proporcionality sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. V tejto súvislosti poukazujeme na rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 1 Afs 20/2008 z 5. 6. 2008, v ktorom sa uvádza: „Komisia ES formuluje zásadu proporcionality ako všeobecná zásada práva ECI, pričom z nej vyvodzuje, že obstarávateľ síce môže stanoviť cieľ, avšak zvolené opatrenia k dosiahnutiu tohto cieľa nesmú presiahnuť hranicu toho, čo je k dosiahnutiu zvoleného cieľa vhodné a nevyhnutné. Členský štát teda napríklad nemôže pri výbere medzi uchádzačmi vyžadovať žiadne technické, odborné alebo finančné schopnosti, ktoré sú vzhľadom k predmetu zákazky neprimerané alebo excesívne.“
- (13) Princíp proporcionality vyžaduje, aby Obstarávateľ neprekračoval hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov zákonnej úpravy. Cieľom zákonnej úpravy podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti má byť vytvorenie predpokladu, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre Obstarávateľa zabezpečí jej bezproblémové plnenie. Ide predovšetkým o to, aby Uchádzač, preukázal svoje technické a odborné skúsenosti a schopnosti, ktoré sú nutným predpokladom pre úspešné realizovanie predmetu zákazky. Nastavenie podmienok účasti je nástrojom k zamedzeniu účasti v súťaži dodávateľom, ktorí by vzhľadom k svojim schopnostiam a skúsenostiam neboli schopní bezproblémovo realizovať predmet Zákazky, resp., pri ktorých by toto riziko s najväčšou pravdepodobnosťou hrozilo a zároveň dodáva, že takáto „selekcia“ dodávateľov musí byť objektívna, transparentná a nediskriminačná vo vzťahu k schopnosti plniť Predmet Zákazky.
- (14) V prípade, ak by Obstarávateľ pripúšťal ako podmienku účasti len referencie týkajúce sa elektrobusev v kategórii M3, trieda I, takáto podmienka nie je v súlade s princípom proporcionality, pretože nie je adekvátnym opatrením vo vzťahu k cieľu inštitútu preukazovania podmienok spôsobilosti. Keďže Uchádzač mal Zoznamom dodávok preukázať dodanie plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je Predmet Zákazky, špecifikovaný ako: mestské, nízko-podlažné, dvojnápravové elektrobuse pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a (trieda) A, je zrejmé, že referenciou na mestské, nízko-podlažné, dvojnápravové elektrobuse, kategória M 2, trieda A túto požiadavku splnil.
- (15) Skúsenosti uchádzača z predchádzajúcich rokov pri vykonávaní tejto podnikateľskej činnosti nemôžu strácať význam len v dôsledku toho, že na trhu sa objaví novšia technológia, v prípade podmienky s takýmto obmedzujúcim dopadom by mohlo dôjsť k naplneniu znakov skrytej diskriminácie subjektu schopného plniť predmet zákazky v zmysle rozhodnutia Európskeho súdneho dvora č. C-360/89 z 3. 7. 1992 vo veci Európska komisia proti Taliansku.
- (16) Zároveň komisia Obstarávateľa v bode 2 Žiadosti konštatuje, že v rámci vyhodnotenia návrhu na plnenie kritérií identifikovala, že ponuková cena Uchádzača je výrazne odlišná (približne dvojnásobná), ako sú ceny uvádzané v Uchádzačovom vyhlásení o praxi, ktorými Uchádzač preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO. V súvislosti s Obstarávateľom vytýkanou skutočnosťou si dovoľujeme uviesť nasledovné.
- (17) Pravidlá pre kritériá na vyhodnotenie ponúk sú upravené v § 44 ZVO, pričom kritérium musí súvisieť s Predmetom Zákazky a musí byť ukazovateľom výhodnosti ponuky pre Obstarávateľa („value for money“). Vzhľadom na uvedené poukazujeme na skutočnosť, že ceny dodávok elektrobusev uvádzané v Zozname dodávok zodpovedajú hodnote konkrétneho typu dodaného

tovaru (teda elektrobusy kategórie M2 triedy A) a konkrétnej výbave teda dodávke obdobnej Predmetu Zákazky, pričom ponuková cena zodpovedá predmetu ponuky (teda elektrobusom kategórie M3 triedy I.). Výška ponukovej ceny zohľadňuje požiadavku Obstarávateľa o minimálnom počte obsaditeľnosti cestujúcich (min. 40), ako aj ponúkaným štandardom tak, ako sú špecifikované v prílohe č. 1 ponuky Uchádzača (presahujúce požiadavky Obstarávateľa, ako napr. väčšia obsaditeľnosť v počte cestujúcich, väčší dojazd a výkon motora). Zároveň dodávame, že hodnotiace kritérium „výška referencie“ nie je uvedené v § 44 ods. 4 ZVO v konečnom výpočte kritérií v prípade hodnotenia na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. a preto podľa navrhovateľa nemôže byť ani pomocným hodnotiacim kritériom.

(18) Ako už bolo uvedené vyššie v tomto Vysvetlení Uchádzač, predložením Zoznamu dodávok splnil podmienky v zmysle § 34 ZVO, ako aj v súlade s rozsahom podmienok pre preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti stanovených v súťažných podkladoch na účely tohto verejného obstarávania, v ktorom dostatočne špecifikoval typ vozidiel, pričom táto špecifikácia ani nebola povinnou náležitosťou požadovaného Zoznamu dodávok. Napriek vyššie uvedenému nad rámec predkladáme, ako Prílohu č. 2 tohto Vysvetlenia, technickú špecifikáciu typu vozidiel uvedených v našom Zozname dodávok.

(19) Vzhľadom na vyššie uvedené máme za to, že Uchádzač dostatočným spôsobom riadne preukázal a vysvetlil splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ZVO čím splnil podmienky účasti na predmetnom verejnom obstarávaní stanovené ZVO, ako aj súťažnými podkladmi vzťahujúcimi sa k predmetnej zákazke. “

82. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO „Žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov a ponuky č. 2“ zo dňa 21. 07. 2020 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 2), v ktorej uviedol, cit.:

„ (...)

I.

(1) Verejný obstarávateľ určil v Súťažných podkladoch v Kapitole A.2 – Podmienky účasti uchádzačov, Časť III. Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO), okrem iného, nasledovnú minimálnu úroveň:

„AD 1) Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce 3 roky.

Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (vid' predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. **2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. Takýmto dokladom je referencia ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/ obstarávateľ podľa ZVO. Obstarávateľ je povinný zohľadniť referencie uchádzačov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 ZVO, ak takéto referencie existujú.**

Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek.“

(2) Vami predloženým Vyhlásením o praxi prostredníctvom „inej osoby“ XY (ďalej „XY“), vyhlasujete, že spoločnosť – výrobca elektrických autobusov XY predala 14 jednotiek elektrických autobusov ďalším predajcom za celkovú sumu 2 354 265,00 eur. Z uvedeného vyhlásenia nie je zrejmé, či ide o sumu s DPH alebo o sumu bez DPH. V prípade, že by išlo

o sumu s DPH, suma bez DPH by tak predstavovala 1 961 887,50 eur, pričom minimálna úroveň bola určená vo výške 2 000 000,00 eur bez DPH. Komisia považuje v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania a princípom proporcionality za potrebné, aby ste preukázali uvedenú skutočnosť takým spôsobom, aby bolo možné jednoznačne konštatovať, či ako uchádzač spĺňate minimálnu požadovanú úroveň finančnej hodnoty dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, určenú v nadväznosti na ust. § 34 ods. 1 písm. a) ZVO.

- (3) Komisia na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a na vyhodnotenie ponúk na Vašej web stránke zistila, že v snahe rozšíriť svoje portfólio sa Vaša spoločnosť v roku 2017 stala **výhradným importérom autobusov XY pre Slovensko**. Komisia súčasne zistila, že odberateľmi podľa predloženého Vyhlásenia o praxi sú, podľa web stránok týchto odberateľov, **len ďalší predajcovia vozidiel**, u ktorých sa predpokladá **rovnaké postavenie výhradného importéra, ako má Vaša spoločnosť**. Komisia pripomína, že súčasťou predmetu zákazky sú aj služby, a to uvedenie dodaných elektrobuses do prevádzky, záručný servis vykonávaný prednostne v areáli DPMP, a.s., zaškolenie vodičov a mechanikov údržby na obsluhu v potrebnom rozsahu (min. 2 vodiči a min. 2 mechanici) na konštrukciu elektrobuses, motora, prevodovky, náprav, kúrenia, chladenia, el. systémov, diagnostiky a údržby na ponúkaných elektrobuses v areáli obstarávateľa a pod. Podľa § 38 ods. 5 ZVO, 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**. Účelom určenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti je overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek **konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť**, a to na poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. Predajcovia uvedení vo Vyhlásení o praxi, podľa informácií z ich web stránok, teda nie sú konečnými užívateľmi a prevádzkovateľmi vozidiel za účelom zabezpečenia dopravných služieb ale iba predajcovia týchto vozidiel. Účelom podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti je overiť praktické skúsenosti s realizáciou zákaziek predajcu/výhradného importéra/distribútora a pod. voči konečnému užívateľovi **a nie** praktické skúsenosti výrobcu vozidiel voči výhradným importérom/predajcom/distribútorom.
- (4) Obstarávateľ v tejto súvislosti dáva do pozornosti ustanovenie § 12 ods. 2 ZVO, ktorý definuje referenciu a jej obsahové náležitosti, ktoré je povinný verejný obstarávateľ/obstarávateľ vyhodnotiť ak bol podľa referencie odberateľom tiež verejný obstarávateľ/obstarávateľ.
- (5) Podľa § 40 ods. 4 ZVO verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. V súlade s princípom rovnakého zaobchádzania a proporcionality považuje komisia za potrebné, aby ste na základe vyššie uvedeného vysvetlili predložený doklad o referenciách – Vyhlásenie o praxi.
- (6) Pre vylúčenie pochybností a nejasností vo Vašej ponuke, ktoré má komisia na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk, **Vás obstarávateľ v súlade s § 40 ods. 4 ZVO žiada o vysvetlenie predložených dokladov podľa predchádzajúcich údajov v bode 1 až 5 tejto žiadosti.**

II.

Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní. (...)

83. Navrhovateľ doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO odpoveď na žiadosť o vysvetlenie č. 2 dňa 24. 07. 2020 listom „Vysvetlenie predložených dokladov a ponuky č. 2“ zo dňa 24. 07. 2020 (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie č. 2“), v ktorom uviedol, cit.:

„(...)

Ad II) Vysvetlenie predloženého dokladu o referenciách — Zoznam dodávok

- (4) *Komisia obstarávateľa ďalej v Žiadosti konštatuje, že z web stránok odberateľov uvedených v Zozname dodávok vyplýva, že ako odberatelia sú uvedení len ďalší predajcovia vozidiel, u ktorých sa podľa obstarávateľa predpokladá rovnaké postavenie výhradného importéra, ako má podľa obstarávateľa aj Uchádzač. Podľa obstarávateľa účelom určenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti je overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť, a to na poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. Obstarávateľ konštatuje, že predajcovia uvedení v Zozname dodávok, podľa informácií z ich web stránok, nie sú konečnými užívateľmi a prevádzkovateľmi vozidiel za účelom zabezpečenia dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy. Z uvedených dôvodov Obstarávateľ vyzýva Uchádzača, aby na základe vyššie uvedeného vysvetlil predložený doklad o referenciách — Zoznam dodávok.*
- (5) *K vyššie uvedenému tvrdeniu komisie obstarávateľa uvádzame, že Zoznamom dodávok, ktorý tvorí povinnú prílohu ponuky predloženej v tomto verejnom obstarávaní sme v súlade s § 34 ods. 3 ZVO preukazovali technickú a odbornú spôsobilosť využitím technických a odborných kapacít inej osoby, a to spoločnosti XY v súlade s § 34 ZVO, ako aj v súlade s podmienkami uvedenými v časti III Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO) súťažných podkladov k Zákazke. V zmysle uvedených súťažných podkladov k Zákazke Obstarávateľ stanovil rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na preukázanie tejto spôsobilosti nasledovne:*

Časť III. Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO)

Zoznam a krátky opis podmienok, odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky:

1. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona,

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

1. AD 1) Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce 3 roky.

Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (viď predmet zákazky: mestské,

dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. Takýmto dokladom je referencia ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/obstarávateľ podľa ZVO. Obstarávateľ je povinný zohľadniť referencie uchádzačov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 ZVO, ak takéto referencie existujú.

Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek.

- (6) Vzhľadom na vyššie uvedený opis podmienok a odôvodnenie primeranosti podmienky v predmetnej Zákazke v znení v akom sú uvedené v súťažných podkladoch, Uchádzač predložil na preukázanie splnenia podmienky v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO Zoznam dodávok za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, v ktorom uviedol osobitne cenu za každú dodávku elektrobusov, lehotu dodania, odberateľa elektrobusov, počet dodaných elektrobusov, ako aj krajinu dodania a špecifikáciu typu dodávky. Uchádzač má za to, že predloženým Zoznamom dodávok splnil podmienky preukazujúce odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO v spojení s § 34 ods. 3 ZVO, ako aj v súlade s požadovanými štandardami v zmysle súťažných podkladov, keďže predložil Zoznam dodávok „obdobného“ charakteru ako je predmet Zákazky a postupoval podľa súťažných podkladov k Zákazke, t. j. opisu podmienok minimálne požadovanej štandardnej úrovne na predmet Zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 00000 eur bez DPH.

- (7) Podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: „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:
a) zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona,

Podľa § 34 ods. 3 prvá veta ZVO: „Uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah.

- (8) Z ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) ZVO vyplýva, že pri technickej a odbornej spôsobilosti je výpočet jednotlivých podmienok účasti resp. dokladov, ktorými sa tieto podmienky preukazujú taxatívny. Obstarávateľ preto v prípade zákazky na dodanie tovaru môže požadovať od Uchádzača iba predloženie zoznamu dodávok tovaru a nemôže požadovať, aby Uchádzač k zoznamu dodávok priložil aj dôkaz o dodaní tovaru potvrdený odberateľom s uvedením cien, lehôt dodania, identifikačných údajov odberateľa a hodnotenia kvality plnenia, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa ZVO.
- (9) Zároveň dávame do pozornosti aj metodické usmernenie č. 11228-5000/2016 z 11.07.2016, v ktorom je uvedené: „Ustanovenie § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní obsahuje taxatívne vymedzený rozsah dokladov, ktorými záujemcovia alebo uchádzači vymedzujú zoznam dodávok (tovarov, služieb), t. j. už sa nevyžaduje potvrdenie odberateľa o kvalite plnenia resp. dôkaz o plnení.”
- (10) Z predloženého Zoznamu dodávok je zrejmé, že Uchádzač s využitím odbornej a technickej kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 ZVO jednoznačne spĺňa minimálnu požadovanú

úroveň štandardov tak, ako sú špecifikované v časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladoch, keďže predložil referenciu. v ktorej sú uvedení jeho odberatelia, s ktorými má obchodný vzťah spolu s uvedením cien, lehôt dodania a nad rámec požiadaviek stanovených Obstarávateľom uviedol aj množstvo dodaného tovaru, krajinu dodania a typ tovaru. V zmysle s ust. § 34 ods. 3 ZVO sa Uchádzač môže pri preukazovaní splnenia kritérií na technickú a odbornú spôsobilosť spoliehať na kapacity inej osoby, t. j. spoločnosti XY pri konkrétnej Zákazke, bez ohľadu na ich právny vzťah (tzn. nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s ňou má).

- (11) Na okraj si dovoľujeme uviesť, že Obstarávateľovi neprináleží hodnotiť postavenie odberateľov uvedených v Zozname dodávok vo vzťahu k spoločnosti XY resp. k Uchádzačovi, bez skúmania ďalších relevantných súvislostí, navyše takéto hodnotenie považujeme za nepodstatné pre toto verejné obstarávanie.
- (12) Obstarávateľ" v súťažných podkladoch v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov nedefinoval a nešpecifikoval žiadnym spôsobom aký typ odberateľov, požaduje (tzn. či odberateľom musí byť konečný užívateľ predmetu zákazky) na účely predloženia Zoznamu dodávok, keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch nebola vyslovene stanovená, máme za to, že Uchádzač postupoval v súlade so súťažnými podkladmi k predmetnej Zákazke predložením Zoznamu dodávok s tam uvedenými odberateľmi, ktorý spĺňa všetky náležitosti podľa § 34 ZVO. Navyše sa domnievame, že ak by Obstarávateľ požadoval na účely preukázania odbornej a technickej spôsobilosti predloženie referencií týkajúcich sa iba konečných užívateľov predmetu zákazky, Obstarávateľ by sa mohol takýmto konaním dopustiť porušenia ZVO, konkrétne poukazujeme na nedovolené obmedzenie hospodárskej súťaže, rozpor s princípom rovnakého zaobchádzania, s princípom proporcionality a hospodárnosti a efektívnosti.
- (13) Vzhľadom na vyššie uvedené, preto neobstoí ani konštatovanie Obstarávateľa uvedené v Žiadosti, že účelom určenia podmienok účasti odbornej a technickej spôsobilosti je overenie minimálnych skúseností s realizáciou obdobných zákaziek konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť, a to na poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy.
- (14) V tejto súvislosti si dovoľujeme uviesť, že predmetom zákazky podľa súťažných podkladov bolo: dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a A (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hradiska ich celkovej konštrukcie) (ďalej len „Predmet Zákazky“).
- (15) Predmetom Zákazky v našom prípade nie je poskytnutie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy konečnému užívateľovi, resp. poskytnutie doplnkových služieb, ako sa to snaží navodiť Obstarávateľ v žiadosti, ale hlavným cieľom Predmetu Zákazky je dodanie elektrobusov v požadovanom množstve a požadovanej kvalite. Uchádzač podmienku účasti v zmysle § 34 ods. písm. a) ZVO v spojení s § 34 ods. 3 ZVO predložením Zoznamu dodávok na Predmet Zákazky splnil.
- (16) Dovoľujeme si uviesť, že Obstarávateľ nie je oprávnený rozširovať podmienky na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti nad rozsah stanovený v ust. § 34 ods. 1 písm. a) ZVO. Obstarávateľ tak nemôže urobiť ani v Žiadosti o vysvetlenie predložených dokladov.

- (17) Vzhľadom na vyššie uvedené sme toho názoru, že Obstarávateľ pri stanovení podmienok účasti nemôže požadovať predloženie referencií iba od konečného užívateľa predmetu zákazky. V prípade, ak si chcel Obstarávateľ preveriť správnosť údajov uvedených v Zozname dodávok predloženom Uchádzačom, môže si tieto informácie v zmysle ZVO overiť u príslušných odberateľov uvedených v tomto zozname.
- (18) Máme za to, že pre účely splnenia podmienok na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti nie je rozhodujúce, či sa jedná o referenciu, v ktorej sú uvedení ako odberatelia ďalší predajcovia alebo koneční zákazníci, pretože účelom požadovaného Zoznamu dodávok bolo preukázať, že Uchádzač za rozhodné obdobie dodal plnenie rovnakého alebo obdobného charakteru ako je Predmet Zákazky v tomto verejnom obstarávaní, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobusy (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH, táto podmienka bola Uchádzačom splnená.
- (19) Účelom požiadavky na predloženie zoznamu dodávok v predchádzajúcom období, ako jednej z podmienok účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj minimálnej požadovanej úrovne štandardov, je najmä preukázanie skutočnosti, či mal uchádzač alebo záujemca v posudzovanom období dostatočnú materiálnu a personálnu vybavenosť, či je spoľahlivý a technicky spôsobilý zrealizovať požadovaný predmet zákazky. Z predloženého potvrdenia o uskutočnenej dodávke by malo byť zrejmé, či sú predkladané referencie z hľadiska ich rozsahu a charakteru primerané a súvisia s predmetom zákazky.
- (20) Opätovne v súvislosti s odbornou a technickou špecifikáciou inej osoby, ktorou Uchádzač preukazuje odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 3 ZVO si dovoľujeme uviesť, že Uchádzač v súlade so ZVO uzavrel s touto osobou Zmluvu o poskytovaní odborných kapacít na účely tohto verejného obstarávania, a teda spĺňa všetky odborné a technické predpoklady na zrealizovanie predmetu Zákazky, nakoľko pôsobí dlhú dobu na trhu, má bohaté praktické skúsenosti s uvedením elektrobusov na trh, dlhodobo spolupracuje s Uchádzačom a je schopná po odbornej a technickej stránke zrealizovať a splniť požiadavky obstarávateľa v predmetnej Zákazke v zmysle požiadaviek uvedených v súťažných podkladoch.
- (21) Dávame do pozornosti, že požiadavky Obstarávateľa síce musia súvisieť s predmetom zákazky, avšak musia byť primerané. Povinnosť zabezpečenia primeranosti podmienok účasti vyplýva z ustanovenia § 38 ods. 4 a 5 ZVO, ako aj z princípov verejného obstarávania v zmysle § 10 ods. 2 ZVO. Požiadavky obstarávateľa musia byť objektívne vhodné na poskytnutie informácie o technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti uchádzača, musia byť prispôsobené významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavujú pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky tým, ktorí svoju schopnosť preukážu s ohľadom na svoju predchádzajúcu činnosť, ľudské zdroje, technické vybavenie a odborné zázemie. Požiadavky Obstarávateľa by sa mali vzťahovať na podstatnú časť predmetu zákazky a nemali by sa sústrediť na jej marginálne časti. Požiadavky obstarávateľa zároveň nesmú byť diskriminačné a nesmú smerovať k obmedzeniu súťažného prostredia medzi uchádzačmi.
- (22) V prípade, ak by Obstarávateľ pripúšťal ako podmienku účasti len referencie týkajúce sa odberateľov, ktorí boli konečnými zákazníkmi dodávky elektrobusov, takáto podmienka by nebola v súlade s princípom proporcionality, pretože nie je adekvátnym opatrením vo vzťahu k cieľu inštitútu preukazovania podmienok spôsobilosti. Keďže Uchádzač mal Zoznamom dodávok preukázať dodanie plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je Predmet

Zákazky, a nie poskytovanie dopravných služieb vykonávaním pravidelnej autobusovej dopravy, je zrejmé, že referenciou uvedenou v Zozname dodávok s uvedením odberateľov túto požiadavku splnil.

- (23)** *Nie je na mieste spochybňovať skúsenosti spoločnosti XY s realizáciou obdobných zákaziek ako je Predmet Zákazky, navyše poskytnutím referencií z troch rôznych európskych krajín na dodanie elektrobusev v obdobnom počte ako je stanovené v Predmete Zákazky, len potvrdzuje skutočnosť, že tieto dodávky boli realizované pre konkrétny trh s cieľom ich uvedenia do prevádzky, čiže nešlo o nejaké predvážacie prototypy elektrobusev. Práve uvedením konkrétnych odberateľov v Zozname dodávok Uchádzač preukázal, že dodané elektrobuse sú schopné etablovať sa na európskom trhu, a že je po nich na trhu dopyt. Vzhľadom na uvedené sme toho názoru, že Uchádzač splnil aj túto požiadavku účasti v predmetnom verejnom obstarávaní.*
- (24)** *Ako už bolo uvedené vyššie v tomto Vysvetlení, Uchádzač predložením Zoznamu dodávok splnil podmienky v zmysle § 34 ZVO, ako aj v súlade s rozsahom podmienok pre preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti stanovených v súťažných podkladoch na účely tohto verejného obstarávania, v ktorom uviedol odberateľov požadovaných v zmysle súťažných podkladov a v súlade so ZVO.*
- (25)** *Napriek vyššie uvedenému, nad rámec predkladáme ako Prílohu č. 2 tohto Vysvetlenia, zoznam konečných užívateľov dodaných elektrobusev na základe nami predloženého Zoznamu dodávok. Príloha č. 2 nie je nahradením pôvodnej referencie, ani predložením novej referencie, účelom Prílohy č. 2 je len nad rámec tohto Vysvetlenia, predložiť kontaktné údaje na základe, ktorých si môže Obstarávateľ overiť referencie uvedené v Zozname dodávok. Uvedené skutočnosti by Obstarávateľ zistil aj v prípade, ak by kontaktoval nami uvedených odberateľov v predloženom Zozname dodávok.*
- (26)** *Vzhľadom na vyššie uvedené máme za to, že Uchádzač dostatočným spôsobom riadne preukázal a vysvetlil splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ZVO čím splnil podmienky účasti na predmetnom verejnom obstarávaní stanovené ZVO, ako aj súťažnými podkladmi vzťahujúcimi sa k predmetnej Zákazke. (...)“.*

84. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania – vybrané odvetvia sa v ODDIELE II: „PREDMET“, v časti II.1) „Rozsah obstarávania“, v bode II.1.4) „Stručný opis“ uvádza nasledovné, cit.:

„Predmetom zákazky je dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej elektrobusev) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a A (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 – Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie). Elektrobusev budú dodané vrátane riadiacich, kamerových, informačných, komunikačných, tarifných a nabíjacích systémov a budú kompletne schválené na prevádzku v premávke na pozemných komunikáciách.“

Rovnaký opis predmetu zákazky je uvedený aj v súťažných podkladoch na str. 37 v kapitole „B.1 – Opis predmetu zákazky“, v bode 1.

85. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania – vybrané odvetvia sa v ODDIELE III: „PRÁVNE, EKONOMICKÉ, FINANČNÉ A TECHNICKÉ INFORMÁCIE“, v časti III.1)

„Podmienky účasti“, v bode III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ uvádza nasledovné, cit.:

„Kritériá výberu stanovené v dokumentoch k obstarávaniu.“

86. V súťažných podkladoch je na str. 31, v kapitole **A.2 - Podmienky účasti uchádzačov, časti III. Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO)** uvedené nasledovné, cit.:

„(...)

Zoznam a krátky opis podmienok, odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky:

1. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona,

2. Podľa § 34 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní opisom technického vybavenia, študijných a výskumných zariadení a opatrení použitých uchádzačom alebo záujemcom na zabezpečenie kvality.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

1. AD 1) Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce 3 roky.

Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (viď predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elekrobuses na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. Takýmto dokladom je referencia ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/ obstarávateľ podľa ZVO. Obstarávateľ je povinný zohľadniť referencie uchádzačov uvedené v evidencii referencií podľa § 12 ZVO, ak takéto referencie existujú.

Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek.

87. V súťažných podkladoch je na str. 47, v kapitole **„B.1 - Opis predmetu zákazky“**, v tabuľke pod bodom 4, časť DIAGNOSTIKA A SERVISNÉ PRÍPRAVKY A ĎALŠIE POŽIADAVKY uvedené nasledovné, cit.:

„záručný servis, vykonávaný prednostne v areáli DPMP, a.s., pracovníkmi DPMP, a.s., ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak“.

Identická požiadavka je aj v čl. 2 „Predmet kúpy“ návrhu kúpnej zmluvy ako aj v tej istej tabuľke, ktorá sa nachádza v prílohe č. 1 návrhu kúpnej zmluvy – „Technická špecifikácia vrátane cenovej špecifikácie“.

88. V dokumente „Zápisnica z vyhodnotenia ponúk podľa § 53 ods. 9 zákona č. 345/2015 Z. z. ... a Zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa § 40 ods. 12 ZVO v spojení s § 55 ods. 1 ZVO a s § 39 ods. 6 ZVO“ zo dňa 02. 09. 2020 (ďalej len „zápisnica“), sa uvádza nasledovné, cit.:

„(...)

16. Uchádzač XX v rámci svojho vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov, doplnil doklad – výpis z registra trestov právnickej osoby – XX

Pokiaľ išlo o vysvetlenie dokladu – Vyhlásenie o praxi (§ 34 ods. 1 písm. a) ZVO), argumentoval odkazom na metodické usmernenie ÚVO a judikatúru ESD. Apeloval na skutočnosť, že obstarávateľ umožnil predložiť referencie podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO rovnaké alebo obdobné ako je predmet zákazky, čomu majú zodpovedať vozidlá typu minibusy alebo minibusy kategórie M2 s kapacitou do 22 cestujúcich podľa predpisu Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov (EHK OSN) č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 a M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie [2018/237]. Predmetom zákazky sú vozidlá – autobusy kategórie M3 s kapacitou nad 22 cestujúcich. V kategórii M3 existujú 3 triedy vozidiel: Trieda I - vozidlá konštruované s priestormi pre stojacich cestujúcich a umožňujúce častý pohyb cestujúcich; Trieda II - vozidlá určené hlavne na prepravu sediacich cestujúcich a konštruovaná tak, aby umožňovala prepravu stojacich cestujúcich v uličke a/alebo v priestore, ktorý nie je väčší než priestor pre dve zdvojené sedadlá; Trieda III - vozidlá konštruované výhradne na prepravu sediacich cestujúcich. V kategórii M2 existujú 2 triedy vozidiel: Trieda A - vozidlá určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy je vybavené sedadlami a je vybavené pre stojacich cestujúcich; Trieda B - vozidlá, ktoré nie sú konštruované na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy nie je vybavené pre stojacich cestujúcich. Predmetom zákazky je trieda I a A, čo môže, podľa uchádzača, naplňať pojem „obdobný“ predmet zákazky.

Komisia k uvedenému dodáva, že Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2007/46/ES vymedzuje v prílohe č. II, v časti **A kategórie vozidiel**, pričom Kategória M2 sú vozidlá projektované a konštruované na prepravu osôb s viac ako ôsmimi sedadlami okrem sedadla vodiča a s najväčšou hmotnosťou nepresahujúcou 5 ton a Kategória M3 sú vozidlá projektované a konštruované na prepravu osôb s viac ako ôsmimi sedadlami okrem sedadla vodiča a s najväčšou hmotnosťou presahujúcou 5 ton. V prílohe č. II v časti **B vymedzuje typy vozidiel** rovnakým spôsobom pre kategóriu M2 a M3. Podľa tejto časti B na účely kategórií M2 a M3 „Typ“ tvoria vozidlá, ktoré sa nelíšia aspoň v týchto podstatných ohľadoch, napr.:

- výrobcu,
- typové označenie výrobcu,
- kategória,
- dôležité konštrukčné a tvarové znaky:
 - podvozok/samonosná karoséria/jednopodlažný/dvojpodlažný, pevný/kĺbový (zjavné a základné rozdiely),
 - počet náprav,
 - hnacia jednotka (spaľovací/elektrický/hybridný motor), (ďalej vid' smernica).

Uchádzač XX vo svojom vysvetlení uviedol, že „iná osoba“, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO, XY získala skúsenosti v požadovanom rozsahu dodaním mestských nízkopodlažných elektrobusev aj v kategórii M3, trieda I, avšak po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk. Komisia konštatovala, že spoločné znaky kategórie M2 a M3 vozidiel nie sú dostatočné na to, aby bolo možné konštatovať, že referenčné vozidlá naplňajú pojem „rovnaký alebo obdobný ako je predmet zákazky“.

17. Komisia počas vyhodnotenia vysvetlenia uchádzača XX konštatovala, že uchádzača bude potrebné, pre riadne a úplné vyhodnotenie splnenia podmienok účasti, **opätovne požiadať o vysvetlenie** v dôsledku toho, že neuvádza či referenčná cena vo Vyhlásení o praxi je s DPH alebo bez DPH. Súčasne bude potrebné požiadať uchádzača aj o vysvetlenie referenčných dodávok, pretože z Vyhlásenia o praxi ale aj z web stránok

(v prílohe zápisnice) vyplýva, že odberatelia sú len ďalší predajcovia, resp. importéri tejto značky elektrobusev do príslušných krajín, ako je uchádzač XX v Slovenskej republike. Účelom podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti je overiť praktické skúsenosti s realizáciou zákaziek predajcu/výhradného importéra/distribútora a pod. voči konečnému užívateľovi **a nie** overovať praktické skúsenosti výrobcu vozidiel voči svojim výhradným importérom/predajcom/distribútorom, ktorí vozidlá neprevádzkujú, neposkytujú súvisiace služby (servis, záručné opravy, zaškolenia a pod.), ktoré sú súčasťou predmetu zákazky a ktoré sú nevyhnutné pre realizáciu dopravných služieb formou pravidelnej autobusovej dopravy.

(...)

21. Komisia sa za účelom posúdenia všetkých uchádzačmi poskytnutých vysvetlení stretla dňa 2.9.2020 na pôde obstarávateľa. Komisia, najmä odborní členovia komisie, ktorí sú oprávnení posúdiť technickú stránku jednotlivých ponúk, konštatovali, že nie je možné brať v úvahu **referencie** uchádzača XX, pretože po technickej stránke ide o úplne iný druh vozidla, ktorý má značne odlišné technické parametre od tých, ktoré sú v opise predmetu zákazky. **Súčasne je otázne, či je možné považovať predaj vozidiel v rámci ich distribučného systému za reálne referencie.** Všetci členovia komisie s právom hlasovať hlasovali za vylúčenie uchádzača XX a XZ. Komisia sa uzniesla na tom, že Ing. RG ako osoba splnomocnená k realizácii verejného obstarávania, spracuje na základe záverov komisie oznámenia o vylúčení uvedených uchádzačov a zrealizuje všetky potrebné úkony k ďalšiemu postupu vo verejnom obstarávaní. Komisia svoje rozhodnutie oznámila generálnemu riaditeľovi obstarávateľa, ktorý bol účastný na rokovaní komisie ako člen bez práva vyhodnocovať. “.

89. Kontrolovaný zaslal dňa 14. 09. 2020 navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 10. 09. 2020 (ďalej len „oznámenie o vylúčení“), na základe ktorého vylúčil ponuku navrhovateľa nasledovne, cit.:

„(...)

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

podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ vylučuje uchádzača: XX z verejného obstarávania.

O d ô v o d n e n i e:

1. Komisia v rámci vyhodnotenia návrhu na plnenie kritérií identifikovala, že Vaša ponuková cena je výrazne odlišná (približne dvojnásobná) ako sú ceny uvádzané vo Vašom vyhlásení o praxi, ktorým ste preukazovali splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO. V uvedenom vyhlásení ste prezentovali ako svoju referenciu vozidlá typu Trieda A, M 2, elektrické. Predmetom Vašej ponuky sú vozidlá typu KAE pre 53 cestujúcich. Podľa predpisu Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov (EHK OSN) č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 a M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie [2018/237]:

„1.1. Tento predpis platí pre všetky jednopodlažné, dvojpodlažné, tuhé alebo klbové vozidlá kategórie **M 2 alebo M 3**

Na účely tohto predpisu:

2.1. "Vozidlo" je vozidlo kategórie M 2 alebo M 3 v rozsahu stanovenom v bode 1 vyššie.

2.1.1. U vozidiel s kapacitou **nad 22 cestujúcich** okrem vodiča existujú tri triedy vozidiel

- 2.1.1.1 "Trieda I" vozidlá konštruované s priestormi pre stojacich cestujúcich a umožňujúce častý pohyb cestujúcich;
- 2.1.1.2 "Trieda II": vozidlá určené hlavne na prepravu sediacich cestujúcich a konštruovaná tak, aby umožňovala prepravu stojacich cestujúcich v uličke a/alebo v priestore, ktorý nie je väčší než priestor pre dve zdvojené sedadlá;
- 2.1.1.3 "Trieda III": vozidlá konštruované výhradne na prepravu sediacich cestujúcich.
- 2.1.1.4 Určité vozidlo môže byť považované za vozidlo patriace do viac ako jednej triedy. V takom prípade môže byť schválené pre každú triedu, do ktorej patrí.

2.1.2. U vozidiel s kapacitou **maximálne 22 cestujúcich** okrem vodiča existujú dve triedy vozidiel: 2.1.2.1. "Trieda A" : vozidlá určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy je vybavené sedadlami a je vybavené pre stojacich cestujúcich;

2.1.2.2. "Trieda B": vozidlá, ktoré nie sú konštruované na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy nie je vybavené pre stojacich cestujúcich. “

V nadväznosti na Vašu ponuku typu vozidiel a ceny vozidiel a v nadväznosti na vyššie uvedený predpis EHK/OSN č. 107, za účelom riadneho a správneho vyhodnotenia splnenia určenej podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti, považovala komisia za potrebné **bližšie a podrobnejšie špecifikovať referenčné dodávky uvedené vo Vyhlásení o praxi so zohľadnením opisu predmetu zákazky**: „Predmetom zákazky je dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I. a (podľa predpisu EHK/OSN č. 107 - Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M 2 alebo M 3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie).“

Podľa Súťažných podkladov, Kapitola – Podmienky účasti uchádzačov, § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: „Uchádzač **predložením zoznamu preukáže**, že za uvedené 3 roky dodal plnenia **rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky** (viď predmet zákazky: nové, mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I.) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene).“

V nadväznosti na vyššie uvedené komisia v súlade s § 40 ods. 4 ZVO Vás ako uchádzača požiadala **o doplnenie predložených dokladov**, t. j. o podrobnú špecifikáciu typu vozidiel, uvedených vo Vyhlásení o praxi so zohľadnením opisu a rozsahu predmetu zákazky: „Predmetom zákazky je dodanie 5 kusov nových, mestských, nízkopodlažných, dvojnápravových autobusov na elektrický pohon (ďalej „elektrobus“) pre ťažkú prevádzku, kategória M 3, trieda I.....“

2. Predloženým zoznamom dodávok ste preukazovali technickú a odbornú spôsobilosť s využitím technických a odborných kapacít **inej osoby**, a to spoločnosti XY Za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO ste predložili zoznam dodávok spoločnosti XY za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, súčasťou ktorého bola cena za dodávky elektrobusov, lehota dodania, odberatelia elektrobusov, počet dodaných elektrobusov, ako aj krajina dodania a špecifikácia typu dodávky. Vo svojom vysvetlení ste konštatovali, že predloženým zoznamom dodávok ste splnili podmienky preukazujúce odbornú a technickú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO v spojení s § 34 ods. 3 ZVO, ako aj v súlade s požadovanými štandardami v zmysle súťažných podkladov, keďže ste predložili zoznam dodávok „**obdobného**“ charakteru ako je predmet zákazky a postupovali ste podľa súťažných podkladov vo vzťahu k zákazke, t.j. opisu podmienok minimálne požadovanej štandardnej úrovne na predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH.

Ďalej ste uviedli, že z predloženého zoznamu dodávok uchádzačom je zrejmé, že uchádzač s využitím odbornej a technickej kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 ZVO jednoznačne spĺňa minimálnu požadovanú úroveň štandardov tak, ako je špecifikovaná v časti III. bod 1. AD 1) súťažných podkladoch, keďže predložil referenciu na dodávku mestských, dvojnápravových elektrobusev v celkovej hodnote 2 354 265 Eur, a to v kategórii M2 trieda A. súčasne ste uviedli, že obstarávateľ v rámci opisu minimálnej požadovanej úrovne štandardov v časti III. súťažných podkladov nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia zoznamu dodávok. Keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch **nebola vyslovene stanovená**, ste mali za to, že ste postupovali v súlade so súťažnými podkladmi a predložili ste zoznam dodávok obdobného charakteru, ktorý spĺňa všetky náležitosti podľa § 34 ZVO.

3. Vo svojom vysvetlení ste vyslovili vlastný názor, že pre účely splnenia podmienok na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti **nie je rozhodujúce**, či sa jedná o referenciu na dodávku elektrobusev v kategórii M3 **alebo** M2 resp. v triede I **alebo** triede A, **a to najmä preto**, že účelom požadovaného zoznamu dodávok bolo preukázať, že uchádzač za rozhodné obdobie **dodal plnenie** rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky v tomto verejnom obstarávaní, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobuse (na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH a podľa Vášho názoru bola táto podmienka uchádzačom splnená.

4. V rámci formulácie Vášho právneho názoru ste uviedli, že: „požiadavky obstarávateľa musia byť objektívne vhodné na poskytnutie informácie o technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti uchádzača, musia byť prispôsobené významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavujú pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného technického a odborného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky tým, ktorí svoju schopnosť preukážu **s ohľadom na svoju predchádzajúcu činnosť, ľudské zdroje, technické vybavenie a odborné zázemie**. Požiadavky Obstarávateľa by sa mali vzťahovať na podstatnú časť predmetu zákazky a nemali by sa sústreďovať na jej marginálne časti. Požiadavky Obstarávateľa zároveň nesmú byť diskriminačné a nesmú smerovať k obmedzeniu súťažného prostredia medzi uchádzačmi.“

5. V tejto súvislosti ste poukázali na rozsudok Nejvyššího správného soudu ČR sp. Zn. I Afs 20/2008 z 5. 6. 2008, v ktorom sa uvádza: „Komisia ES formuluje zásadu proporcionality ako všeobecnú zásadu práva EÚ, pričom z nej vyvodzuje, že obstarávateľ síce môže stanoviť cieľ, avšak zvolené opatrenia k dosiahnutiu tohto cieľa nesmú presiahnuť hranicu toho, čo je k dosiahnutiu zvoleného cieľa vhodné a nevyhnutné. Členský štát teda napríklad nemôže pri výbere medzi uchádzačmi vyžadovať žiadne technické, odborné alebo finančné schopnosti, ktoré sú vzhľadom k predmetu zákazky neprimerané alebo excesívne“.

6. Obstarávateľ je v zhode s Vaším konštatovaním, ktoré ste uviedli vo svojom prvom vysvetlení zo dňa 10.7.2020, že „Princíp proporcionality vyžaduje, aby Obstarávateľ neprekračoval hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov zákonnej úpravy. Cieľom zákonnej úpravy podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti **má byť vytvorenie predpokladu, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre Obstarávateľa zabezpečí jej bezproblémové plnenie**. Ide predovšetkým o to, aby Uchádzač, preukázal svoje technické a odborné skúsenosti a schopnosti, **ktoré sú nutným predpokladom pre úspešné realizovanie predmetu zákazky**. Nastavenie podmienok účasti je nástrojom k zamedzeniu účasti v súťaži dodávateľom, ktorí by vzhľadom k svojim schopnostiam a skúsenostiam neboli schopní bezproblémovo realizovať predmet Zákazky, resp., pri ktorých by toto riziko s najväčšou

pravdepodobnosťou hrozilo a zároveň dodáva, že takáto „selekcia“ dodávateľov musí byť objektívna, transparentná a nediskriminačná vo vzťahu k schopnosti plniť Predmet Zákazky.“

7. Ako je z obsahu z Vami poskytnutého vysvetlenia zo dňa 10.7.2020 zrejmé, Vašou snahou bolo na základe teoretických a právnych úvah a na základe citovanej judikatúry obhájiť predložené referencie ako také, ktoré majú predstavovať alebo naplňovať pojem „obdobnosti“ ako je predmet zákazky a uistiť komisiu a obstarávateľa, že Vami deklarované referenčné dodávky sú dostatočnou zárukou pre úspešné zrealizovanie dodávky predmetu zákazky a s tým súvisiacich služieb spočívajúcich vo vykonávaní garančných opráv, dodávky náhradných dielov, zaškolenia zamestnancov obstarávateľa a pod., aby dopravné služby v meste Prešov boli z pohľadu rozsahu a predmetu zákazky bezproblémové, efektívne a účelné a aby boli naplnené reakčné časy na servis a opravy.

8. V tejto tabuľke uvádzame porovnania technických parametrov ponuky uchádzača a poskytnutých referencií:

Parameter	Požiadavka v SP	Ponuka KAE	Referencia KJE
Dĺžka vozidla	Max 9 m	8,35 m	5,8 m
Počet cestujúcich	Min 40	52 + 1	25 + 1
Počet dverí	Min 2	2	1
Cena		Ponuková: cca C1.- €	Realizačná, priemerná C2.- €

9. Ponukou uchádzača XX sú vozidlá KAE, čo podľa komisie splňa požiadavky na predmet zákazky. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO preukazuje uchádzač prostredníctvom „inej osoby“ podľa § 34 ods. 3 ZVO dodávku trom odberateľom, podľa technickej špecifikácie predloženej referencie. Obstarávateľ konštatuje, že odberatelia špecifikovaní v predloženej referencii sú v postavení obchodníkov/distribútorov, ktorí elektrobusy neprevádzkujú (t. j. nemajú požiadavky na servis, zaškolenia, dodávku náhradných dielov, na prevádzkovanie, u ktorých by bolo možné tieto informácie získať) ale ďalej tieto elektrobusy ponúkajú a predávajú konečným užívateľom ako je aj obstarávateľ. V tejto súvislosti obstarávateľ poukazuje na ustanovenie § 38 ods. 5 ZVO, podľa ktorého ak verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podmienky účasti, tieto **musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky**. Účelom určenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti je overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou obdobných zákaziek **konečnému užívateľovi predmetu zákazky na jeho činnosť**.

Uchádzač uviedol vo svojom vysvetlení z 10.7.2020, že obstarávateľ nešpecifikoval kategóriu ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia zoznamu dodávok. Keďže táto podmienka v uvedených súťažných podkladoch **nebola vyslovene stanovená**, mal uchádzač za to, že postupoval v súlade so súťažnými podkladmi a predložil zoznam dodávok obdobného charakteru. Obstarávateľ však poukázal pri určovaní danej podmienky účasti na predmet zákazky a z hľadiska expertného technického posúdenia zo strany odborných členov komisie nie je možné akceptovať v pojme „obdobný“ akýkoľvek elektrobus, čo do technických parametrov, veľkosti, dispozícií, funkcií, pretože s tým súvisí aj spôsob prevádzky, servisu, dodávky náhradných dielov, zaškolenia vodičov a pod. Obstarávateľ teda konštatuje, že

referenčné elektrobusy KJE nie sú porovnateľným elektrobusom/vozidlom z hľadiska technickej špecifikácie a z hľadiska cenovej úrovne ako je predmet zákazky ako aj podľa predpisu EHK/OSN č. 107.

Obstarávateľ tvrdí, že KJE, ako referenčné vozidlo nespĺňa požadované parametre podľa technickej špecifikácie predmetu zákazku uvedenej v súťažných podkladoch ani obdobné parametre. Ide len o **všeobecnú príbuznosť technických riešení na úrovni motorových vozidiel v segmente elektromobilov**, čo nedáva záruku porovnateľnosti technických riešení a **skúseností** s ich dodávkou a s prevádzkou, požadovanou pre účely referencií, čo v konečnom dôsledku ustanovenie § 34 ZVO vyžaduje, resp. je jeho účelom. Exaktnosť požadovaných technických parametrov predmetu zákazky a konfiguračná súvzťažnosť ako celku, vo vzťahu k prípustnosti prípadných ekvivalentov, je limitovaná viacerými obmedzeniami, ktoré sa týkajú obchodných možností z hľadiska teritoriálneho priestoru predaja a siete servisných organizácií, podmienok servisu, dodávky náhradných dielov, legislatívnej úpravy a pod. Z uvedených dôvodov je v danom prípade tolerancia technickej prípustnosti predložených referenčných dodávok značne limitovaná. Účelom určenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti, okrem iných, je **získanie záruky a istoty obstarávateľa**, že uchádzač disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, s poskytovaním servisu, náhradných dielov, so zaškolením a s ďalšími službami ako je predmet zákazky, čo z hľadiska predložených referencií nie je možné spoľahlivo overiť, keďže v prípade predložených referencií deklarovaným odberateľom ide o odberateľov, ktorí sú medzičlánkami distribučnej siete výrobcu, ktorí obstarávateľom požadované služby nemajú ako potvrdiť, keďže vozidlá neprevádzkujú. Z uvedených dôvodov preto nie je možné referenčné vozidlo KJE považovať v jeho technických parametroch za obdobné alebo ekvivalentné vozidlo ako je KAE a referenčné dodávky distribučným spoločnostiam za overenie spoľahlivosti dodávky a poskytovania súvisiacich služieb. Obstarávateľ nemôže súhlasiť s názorom uchádzača, že účelom požadovaného zoznamu dodávok je len preukázať, že uchádzač za rozhodné obdobie dodal plnenie rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky. Takýto výklad príslušných ustanovení zákona by proces verejného obstarávania výrazne formalizoval a nespĺňal by funkciu, ktorá sa od aplikácie ustanovení § 33, 34 a 38 ZVO pre naplnenie princípu efektívnosti a hospodárnosti očakáva, a to overenie, či je uchádzač technicky a odborne spôsobilý bezproblémovo plniť predmet zákazky. Pre spresnenie je vhodné uviesť, že v prípade ak by bol KJE predmetom ponuky niektorého z uchádzačov, došlo by k vylúčeniu danej ponuky z verejného obstarávania pre nesplnenie požiadaviek technickej špecifikácie na predmet zákazky. Vo všeobecnosti v rámci obchodných zvyklostí platí, že predajca/díler/distribútor v záujme predat' tovar nadhodnocuje parametre ponukových výrobkov, preto je v zmysle princípu hospodárnosti a efektívnosti účelné v procese verejného obstarávania v zmysle ustanovenia § 34 ZVO overiť, okrem iných, skúsenosť a spoľahlivosť s dodávkami. Uchádzač XX nevyjadril vierohodne k žiadosti na spresnenie, ako zabezpečí napr. záručný servis.

Uchádzač predložil v rámci svojho druhého vysvetlenia zo dňa 24.7.2020 „zoznam konečných užívateľov“, ktorým dodávali elektrobusy distribútori, uvedení na jeho zozname referenčných dodávok, predloženého v ponuke podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO. Tento „zoznam konečných užívateľov“ považoval uchádzač za doklad, ktorý nepredstavuje nahradenie pôvodnej referencie, ani predloženie novej referencie, účelom malo byť predloženie kontaktných údajov, na základe ktorých si môže obstarávateľ overiť referencie uvedené v jeho zozname dodávok. V „zozname konečných užívateľov“, ktorým dodávali elektrobusy spoločnosti, uvedené v zozname dodávok uchádzača, boli uvedení nasledovní odberatelia: 1. AD; 2. AE; 3. AF.

Obstarávateľ v tejto súvislosti tvrdí, že v nadväznosti na ust. § 40 ods. 4 ZVO v danom prípade uchádzač nedoplnil pôvodne predložený doklad (zoznam dodávok), ktorým preukazoval splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO prostredníctvom inej

osoby XY, ale predložil nový doklad - údaje od ďalších „iných osôb“ z pohľadu aplikácie ustanovenia § 34 ods. 3 ZVO, t. j. od distribútorov uvádzaný v jeho pôvodnom zozname dodávok (AA, AB, AC), čo kvalifikujeme ako zmenu ponuky, pretože prostredníctvom týchto iných distribútorov nepreukazoval vo svojej ponuke splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 3 ZVO. Podľa ust. § 53 ods. 1 ZVO vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene; za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.

10. Uchádzač v rámci svojho vysvetlenia zo dňa 24.7.2020 mal, okrem iného, snahu poukázať na taxatívnosť ustanovenia § 34 ZVO, v ktorého rámci sa musia obmedziť požiadavky obstarávateľa. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO obstarávateľ môže vyžadovať zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov. V tejto súvislosti obstarávateľ tvrdí, že určenými podmienkami účasti nešiel nad rámec uvedeného ustanovenia. Obstarávateľ žiadal uchádzača svojimi žiadosťami o vysvetlenie vysvetliť len to, čo určil a požadoval podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO; obstarávateľ svojimi žiadosťami o vysvetlenie nešiel nad rámec taxatívnosti tohto ustanovenia. K žiadosti o vysvetlenie obstarávateľa oprávňuje ustanovenie § 40 ods. 4 ZVO, podľa ktorého: „Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti“. Uvedený zákonný inštitút (žiadosť o vysvetlenie) predstavuje významný nástroj hodnotiaceho procesu, umožňujúci odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok účasti v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť. Predmetným inštitútom vysvetľovania je možné doplniť, resp. vysvetliť len doklady už predložené v ponuke uchádzača, ktoré boli predložené ku konkrétnej podmienke účasti za účelom preukázania jej splnenia, ak z takto predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej boli predložené a ku ktorej sa tieto doklady viažu. Využitie predmetného inštitútu je opodstatnené najmä vzhľadom na potrebu zabezpečenia princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, ktorý predpokladá získanie najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné finančné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením alebo doplnením odstrániť. Zároveň platí, že nesmie ísť o doplnenie fyzicky chýbajúcich dokladov, ale o vysvetlenie už predložených dokladov alebo doplnenie k už predloženým dokladom. Svoj právny názor obstarávateľ opiera o Rozsudok NS SR sp. zn.: 2Sžf/3/2009 „Ponuku uchádzačov, ktorá je nepresná alebo nejasná a ktorá zároveň nie je v súlade s technickými požiadavkami a špecifikáciami uvedenými v Súťažných podkladoch je možné vylúčiť z verejného obstarávania v zásade až vtedy, ak v žiadosti verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky uchádzača je i otázka smerujúca k vyjasneniu a vysvetleniu ponuky. Verejný obstarávateľ nemôže vylúčiť predloženú ponuku z dôvodu nedostatku jasnosti takého aspektu, ktorý nebol predmetom žiadosti o vysvetlenie ponuky. Zásada proporcionality ako jedna zo všeobecných zásad únieového práva, verejnému obstarávateľovi ukladá, aby v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité zamietnutie dotknutej ponuky, aby sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenie, akoby mal čisto a jednoducho zamietnuť jeho ponuku (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 55; Adia interim, T-19/95, 8.5.1996, Zb. s. II-321, bod 57; Tideland Signal, T-211/02, 27.9.2002, Zb. s. II 3781, bod 43).“

11. Uchádzač uviedol vo svojom vysvetlení zo dňa 10.7.2020 svoje stanovisko, že hodnotiace kritérium „výška referencie“ nie je uvedené v § 44 ods. 4 ZVO v konečnom výpočte kritérií v prípade hodnotenia na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a preto podľa uchádzača nemôže byť ani pomocným hodnotiacim kritériom. Obstarávateľ uvádza, že

predmetom žiadostí o vysvetlenie bolo vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ktorými preukazujete splnenie podmienok účasti. Referencie ako kritérium na vyhodnotenie ponúk stanovené neboli.

12. Vzhľadom k vyššie uvedeným argumentom rozhodol obstarávateľ tak ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia o vylúčení uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, čo znamená že uchádzač nepreukázal v určenej lehote splnenie podmienok účasti, teda nesplnil určené podmienky účasti.

13. Rozhodnutie obstarávateľa odkazuje v tomto smere na princípy verejného obstarávania, a to najmä princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie vo verejnom obstarávaní, ktoré možno vo vzťahu k danej situácii interpretovať tak, že pravidlá určené v súťažných podkladoch, v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania sú pre všetkých záujemcov/uchádzačov rovnako a včas dané a tieto je potrebné dodržať. Obstarávateľ vyhodnocoval Vašu ponuku aj vo vzťahu k iným ponukám predloženým v tomto verejnom obstarávaní, pričom dospel k názoru, že akceptovaním Vami predložených referencií by došlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie zvýhodnením Vášho postavenia v tomto verejnom obstarávaní. (...)“.

Právny rámec

90. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
91. 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.
92. 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.
93. Podľa ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.
94. Podľa ust. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej

technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

95. Podľa § 38 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ môže určiť podmienky účasti vo verejnom obstarávaní a doklady, ktorými ich možno preukázať a podmienku podľa § 40 ods. 6 písm. g); ak ich určí, uvedie ich v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente, ak boli uverejnené podľa § 43 ods. 2. Podmienky účasti sa môžu týkať technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 až 36.
96. 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. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ odôvodnia primeranosť každej určenej podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti vo vzťahu k predmetu zákazky alebo koncesie a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v oznámení o koncesii.
97. Podľa § 40 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti v súlade s pravidlami, ktoré určil. Pri určení alebo aktualizácii pravidiel na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti v užšej súťaži, v rokovacom konaní so zverejnením, súťažnom dialógu a inovatívnom partnerstve nesmie vyžadovať od niektorých záujemcov také požiadavky, ktoré nevyžadoval od ostatných záujemcov, alebo opakovane doklady, ktoré už má k dispozícii.
98. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo zájemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do
- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).
99. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo zájemcu, ak nesplnil podmienky účasti.

100. Podľa § 266 ods. 4 Obchodného zákonníka č. 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov prejav vôle, ktorý obsahuje výraz pripúšťajúci rôzny výklad, treba pri pochybnostiach vykladať na ťarchu strany, ktorá ako prvá v konaní tento výraz použila.

101. Podľa čl. 4 ods. 1 písm. a) nariadenia Európskeho parlamentu a rady (EÚ) 2018/858 z 30. mája 2018 o schvaľovaní motorových vozidiel a ich prípojných vozidiel, ako aj systémov, komponentov a samostatných technických jednotiek určených pre takéto vozidlá a o dohľade nad trhom s nimi, ktorým sa menia nariadenia (ES) č. 715/2007 a (ES) č. 595/2009 a zrušuje smernica 2007/46/ES:

Kategória M pozostáva z motorových vozidiel navrhnutých a vyrobených predovšetkým na prepravu cestujúcich a ich batožiny, rozdelených do:

ii) kategória M2: motorové vozidlá s viac ako ôsmimi miestami na sedenie okrem miesta na sedenie vodiča, s najväčšou hmotnosťou nepresahujúcou 5 ton bez ohľadu na to, či tieto motorové vozidlá majú plochu pre stojacich cestujúcich, a

iii) kategória M3 : motorové vozidlá s viac ako ôsmimi miestami na sedenie okrem miesta na sedenie vodiča, s najväčšou hmotnosťou presahujúcou 5 ton bez ohľadu na to, či tieto motorové vozidlá majú plochu pre stojacich cestujúcich;

102. Podľa predpisu č. 107 Európskej hospodárskej komisie Organizácie Spojených národov (ďalej len „EHK/OSN“) – Jednotné ustanovenia pre homologizáciu vozidiel kategórie M2 alebo M3 z hľadiska ich celkovej konštrukcie:

2.1. „Vozidlo“ je vozidlo kategórie M2 alebo M3 v rozsahu pôsobnosti stanovenom v bode 1.

2.1.1. Vozidlá s kapacitou nad 22 cestujúcich okrem vodiča sú rozdelené do troch tried:

2.1.1.1. „trieda I“: vozidlá konštruované s miestami pre stojacich cestujúcich, umožňujúce častý pohyb cestujúcich;

2.1.1.2. „trieda II“: vozidlá konštruované predovšetkým na prepravu sediacich cestujúcich a konštruované tak, aby umožnili prepravu stojacich cestujúcich v uličke a/alebo v priestoroch, ktoré nie sú väčšie než priestor pre dve zdvojené sedadlá;

2.1.1.3. „trieda III“: vozidlá konštruované výhradne na prepravu sediacich cestujúcich.

2.1.1.4. Vozidlo môže patriť do viac ako jednej triedy. V takom prípade môže byť typovo schválené pre každú zodpovedajúcu triedu.

2.1.2. Vozidlá s kapacitou nepresahujúcou 22 cestujúcich okrem vodiča sú rozdelené do dvoch tried vozidiel:

2.1.2.1. „trieda A“: vozidlá určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy má sedadlá a má miesta pre stojacich cestujúcich;

2.1.2.2. „trieda B“: vozidlá, ktoré nie sú určené na prepravu stojacich cestujúcich; vozidlo tejto triedy nemá miesta pre stojacich cestujúcich.

Právne posúdenie úradom

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

103. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa doručených úradu dňa 24. 09. 2020 v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu⁴ smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu je vylúčenie navrhovateľa v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienok účasti. Navrhovateľ smeruje námietky voči nižšie uvedeným skutočnostiam:

- A. predloženie zoznamu dodávok mestských dvojnápravových elektrobusev v celkovej hodnote 2 354 265 Eur v kategórii M2 trieda A v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podľa kontrolovaného nie je možné, z hľadiska technickej špecifikácie a z hľadiska cenovej úrovne, akceptovať ako „zoznam dodávok obdobného charakteru ako je predmet zákazky“ podľa podmienok účasti špecifikovaných v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov;
- B. ponuková cena je výrazne odlišná (približne dvojnásobná) ako sú ceny autobusov uvádzané v zozname dodávok tovaru, ktorým navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní;
- C. odberatelia špecifikovaní v predloženom zozname dodávok tovaru sú v postavení obchodníkov/distribútorov, teda nie sú konečnými užívateľmi predmetu zákazky, preto podľa kontrolovaného nevedia potvrdiť, či navrhovateľ disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, poskytovaním servisu, náhradných dielov, zaškoľovaním a ďalšími službami, ktoré sú predmetom zákazky;
- D. navrhovateľ sa podľa kontrolovaného vierohodne nevyjadril k žiadosti na spresnenie, ako zabezpečí napr. záručný servis;
- E. predloženie zoznamu konečných užívateľov a ich kontaktných údajov za účelom preverenia zákaziek v zozname dodávok tovaru kontrolovaný, napriek výslovnému konštatovaniu navrhovateľa, že sa jedná iba o doplnenie pôvodného zoznamu dodávok tovaru (nie nový zoznam dodávok tovaru), kvalifikuje ako zmenu ponuky.“

104. Úrad k namietaným skutočnostiam uvedeným v písm. A. v bode 103 tohto rozhodnutia uvádza, že navrhovateľ v ponuke predložil zoznam dodávok mestských, dvojnápravových elektrobusev v celkovej hodnote 2 354 265,- eur, a to v kategórii M2, trieda A, dodané spoločnosťou XY, teda „inou osobou“, ktorej odborné a technické kapacity navrhovateľ využil v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len „iná osoba“). Navrhovateľ využitie technických a odborných kapacít inej osoby v ponuke riadne vydokladoval v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to predložením zmluvy o poskytnutí odborných kapacít medzi navrhovateľom a tretou osobou zo dňa 29. 05. 2020, ako aj preukázaním splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia v zmysle § 32 ods. 1, ods. 2 a ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní⁵, čo medzi účastníkmi konania nie je sporné. Navrhovateľ predložil kontrolovanému v odpovedi 1 k žiadosti o vysvetlenie č. 1 (cit. v bode 81 tohto rozhodnutia) ako prílohu č. 2 technickú špecifikáciu typu vozidiel uvedených v zozname dodávok tovarov. Kategória (M2) vozidiel predložená v zozname

⁴ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente)

⁵ V ponuke navrhovateľ predložil za inú osobu formulár JED, výpis z trestného registra, potvrdenie orgánu sociálneho zabezpečenia, potvrdenie k platbe daní, potvrdenie o konkurze/dohode o vyrovnaní, výpis z obchodného registra, potvrdenie o zákaze účasti vo verejnom obstarávaní, potvrdenie o vylúčení z výkonu povolania, čestné vyhlásenie v zmysle ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods.7 zákona o verejnom obstarávaní.

dodávok tovaru bola iná, ako kategória vozidiel uvedená v opise predmetu zákazky súťažných podkladov kontrolovaného, na ktorý kontrolovaný pri predmetnej podmienke účasti odkazuje („kategória M3, trieda I. a A, podľa predpisu EHK/OSN č. 107“) a trieda týchto vozidiel je Trieda A. Úrad poukazuje na skutočnosť, že je nevyhnutné rozlišovať medzi rozsahom požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 zákona o verejnom obstarávaní a predmetom zákazky definovaným v súťažných podkladoch. Kontrolovaný jasne stanovil v súťažných podkladoch, v kapitole A.2 časti III., cit.: „...*Požaduje sa na samostatnom liste predložiť zoznam dodávok **rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky** za predchádzajúce 3 roky. Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia **rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky** (viď predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH (alebo ekvivalent v inej mene). Zoznam musí obsahovať údaje podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO: odberateľov, ceny, lehoty dodania. ...
Odôvodnenie: špecifický predmet zákazky ako aj výška predpokladanej hodnoty zákazky vyžaduje overenie minimálnych praktických skúseností s realizáciou **obdobných** zákaziek.“* Z uvedeného vyplýva, že predložený zoznam dodávok tovaru/referencia od uchádzačov nemusí obsahovať len zoznam dodávok s predmetom rovnakým ako predmet daného verejného obstarávania, ale môže ísť o zoznam dodávok s predmetom **podobného** charakteru ako je predmet daného verejného obstarávania, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH. Kontrolovaný detailnejšie v súťažných podkladoch neuvádza, čo ešte myslí pod termínom „rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“, avšak z vyššie uvedenej citácie (kapitola A.2 časť III. Súťažných podkladov) vyplýva, ako už úrad uviedol vyššie, že má ísť o mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH. V prípade, ak kontrolovaný posudzuje splnenie podmienok účasti nad rámec požiadaviek, ktoré si sám stanovil, nepostupuje v súlade s § 40 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. V predmetnom konaní je možné konštatovať, že navrhovateľ predložil v ponuke zoznamu dodávok tovaru (model KJE) v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v súlade s požiadavkou kontrolovaného uvedenou v oznámení a v súťažných podkladoch, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon s celkovou hodnotou 2 354 265,- eur bez DPH, teda o 354 265,- eur viac ako kontrolovaným požadovaná minimálna úroveň štandardov v zmysle súťažných podkladov.

105. Význam slova „podobný“ v zmysle Krátkeho slovníka slovenského jazyka ⁶ je „majúci niečo (podobu, výzor, vlastnosti) **približne** zhodné s iným(i)“. Úrad má za to, že základným východiskom pre výklad uvedeného pojmu je opis predmetu zákazky nachádzajúci sa v súťažných podkladoch v kapitole A.2 časti III. V predmetnom prípade je potrebné pri pojme „podobného charakteru ako je predmet zákazky“ uplatňovať extenzívny výklad. V tejto súvislosti poukazuje úrad aj na ust. § 266 ods. 4 Obchodného zákonníka, zákon č. 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov: „*Prejav vôle, ktorý obsahuje výraz pripúšťajúci rôzny výklad, treba pri pochybnostiach vykladať na tarchu strany, ktorá ako prvá v konaní tento výraz použila.*“. Obchodný zákonník je v postavení lex generalis (všeobecnejší zákon) vo vzťahu k zákonu o verejnom obstarávaní, pretože upravuje taktiež obchodné záväzkové vzťahy v širšom ponímaní. Zákon o verejnom obstarávaní je vo vzťahu k Obchodnému zákonníku v postavení lex specialis (konkrétnejší zákon), pretože upravuje taktiež obchodné záväzkové vzťahy v užšom ponímaní ako Obchodný zákonník. Účelom citovaného princípu je, aby účastník, ktorý navrhuje určitý, nie celkom štandardný, či jednoznačný pojem formuloval jeho znenie tak explicitne, jasne a zrozumiteľne, ako je možné a bral pritom do úvahy situácie, ktoré môžu nastať. Účastník, ktorý uviedol znenie daného

⁶ Dostupný na web stránke <https://slovník.juls.savba.sk/?d=kssj4>.

pojmu by tak mal byť motivovaný k čo najväčšej obozretnosti a poskytnúť čo možno najviac detailov o jednotlivých povinnostiach vyplývajúcich z daného pojmu. Je preto nepochybné, že kontrolovaný ustanovením pojmov „**podobný/obdobný**“ v predmetnej podmienke účasti preukázateľne dovolil predkladať referencie/zoznamy dodávok tovaru na preukázanie minimálnych požadovaných štandardov, ktoré nie sú úplne identické s predmetom zákazky v danom verejnom obstarávaní. Extenzívny výklad pojmov podobný/obdobný ide na ťarchu kontrolovaného, ktorý si nestanovil v súťažných podkladoch podrobnejšiu špecifikáciu minimálnej požadovanej úrovne štandardov, teda predmetnú podmienku účasti tak podrobne, ako to uvádza v oznámení o vylúčení navrhovateľa. S ohľadom na vyššie uvedené má úrad za to, že kontrolovaný pomerne jasne a určito definoval pojem „*obdobného charakteru ako je predmet zákazky*“, keď tento pojem v súťažných podkladoch opísal špecifikáciou „*mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH.*“. Úrad preto konštatuje, že navrhovateľom predložený zoznam dodávok tovaru v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bol predložený v súlade s tým, ako si kontrolovaný stanovil v minimálnej požadovanej úrovni štandardov v kapitole A.2 časti III. súťažných podkladov (cit. v bode 86 tohto rozhodnutia).

106. Úrad, rovnako ako aj navrhovateľ v námietkach uvádza, že pokiaľ ide o kategóriu a triedu elektrických autobusov v zmysle predpisu EHK/OSN č. 107, rozdiel medzi vozidlami obsiahnutými v zozname dodávok tovaru v ponuke navrhovateľa a vozidlami rovnakými ako je opis predmetu zákazky v súťažných podkladoch je len v ich váhe (resp. kategórii, kde kategória vozidiel M2 váži do 5 ton a kategória M3 váži od 5 ton vyššie), v počte dverí a počte pasažierov. Vozidlo môže patriť aj do viac ako jednej triedy. Kontrolovaný **nešpecifikoval** v súťažných podkladoch kategóriu, ani triedu dodávky vozidiel pre účely predloženia zoznamu dodávok tovaru/referencií v súvislosti s preukázaním splnenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov (preukázaním technickej alebo odbornej spôsobilosti) ako podmienky účasti. Uvedené určil len v opise predmetu zákazky. Úrad má preto za preukázané, že navrhovateľ, ako aj ostatní uchádzači nemuseli v rámci podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní predložiť zoznam dodávok tovaru/referencií len rovnakého charakteru ako je predmet zákazky, a to aj v súvislosti s kategóriou a triedou v zmysle predpisu EHK/OSN č. 107. Navrhovateľom predložený zoznam dodávok tovaru obsahuje zákazky na vozidlá rozdielne s predmetom zákazky len v kategórii, keďže spadajú do kategórie M2. K tomuto úrad poukazuje aj na to, že navrhovateľ predložil ponuku s takými autobusmi, ktoré spĺňajú kontrolovaným požadované parametre na predmet zákazky, pretože ním predložený autobus (model KAE) má kapacitu 52 osôb (teda viac ako 40 osôb, ktoré požaduje v opise predmetu zákazky kontrolovaný), dvoje dverí a patrí do váhovej kategórie M3. Je preto irelevantné tvrdenie kontrolovaného, že keby vozidlá obsiahnuté v zozname dodávok tovaru na preukázanie splnenia podmienok účasti predložil ako vozidlá v ponuke, bol by vylúčený z predmetného verejného obstarávania. Inštitút preukazovania splnenia technických a odborných kapacít nie je totožný s opisom predmetu zákazky. Kontrolovaný si jednoznačne nestanovil v súťažných podkladoch, aké technické parametre majú mať referenčné vozidlá, pretože boli požadované rovnaké alebo podobné zoznamy dodávok tovaru/referencie ako predmet zákazky, teda mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon. Význam pojmu „rovnaký“ a „podobný“ už nebol kontrolovaným žiadnym spôsobom v predmetnom oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a ani v súťažných podkladoch detailnejšie špecifikovaný. Kontrolovaný síce odkázal v danej časti súťažných podkladov (kapitola A.2 časti III.) na predmet zákazky, keď uviedol, cit.: „*Uchádzač predložením zoznamu preukáže, že za uvedené 3 roky dodal plnenia rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (vid' predmet zákazky: mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH)*“, ďalej však za dvojbodkou špecifikoval parametre na predmet

zákazky, t. j. mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon. Kontrolovaný tak nemôže vykladať danú časť súťažných podkladov spôsobom, kde predmet zákazky v zozname dodávok tovaru má byť rovnaký aj v iných, ďalších parametroch, ako je napríklad kategória a trieda, keď to tak nestanovil v súťažných podkladoch. V súvislosti s danou časťou súťažných podkladov ide extenzívny výklad pojmu „obdobný/podobný“ na ťarchu kontrolovaného.

107. Úrad s poukazom na rozhodnutie Rady úradu č. 10930-9000/2018 z 23. 10. 2018 považuje za potrebné zdôrazniť, že v prípade, **ak kontrolovaný podmienku účasti jasne a jednoznačne nezadefinoval v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania**, vo výzve na predkladanie ponúk alebo **v súťažných podkladoch, na základe čoho pri vyhodnotení jej splnenia prichádzajú do úvahy jej viaceré výklady (všetky súladné s jej nejednoznačným znením), všetky takéto výklady by mali byť kontrolovaným akceptované**. Opačný postup, ktorý by mal za následok záver o nesplnení podmienky účasti uchádzačom, ktorý nejednoznačnú požiadavku kontrolovaného pochopil určitým spôsobom, by totiž bol v rozpore so samotným znením podmienky účasti, ktorý výklad použitý uchádzačom pripúšťa a nepochybne by bol aj v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi a záujemcami. **Nemožno klásť na ťarchu uchádzača nedostatky formulácie podmienky účasti stanovenej kontrolovaným, ktoré umožňujú rôzny výklad** (napr. rozhodnutia Rady č. 2692-9000/2014-KR/14 zo dňa 24. 04. 2014, č. 12890-9000/2017 zo dňa 24. 08. 2017 a č. 14595-9000/2017 zo dňa 16. 10. 2017).
108. 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.
109. 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. 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. 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, cit.: „*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.*“

110. Úrad v zmysle vyššie uvedeného uvádza, že kontrolovaný mal skúmať, či navrhovateľ splnil podmienku účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, teda či preukázal technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, a následne ju vyhodnotiť v zmysle kapitoly A.2, časti III., AD 1) súťažných podkladov (cit. v bode 86 tohto rozhodnutia). Kontrolovaný však pristúpil k vyhodnoteniu splnenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov (podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní) aj s poukazom na opis predmetu zákazky uvedený v kapitole B.1 - Opis predmetu zákazky, v bode 1., pre nesplnenie ktorej bol navrhovateľ vylúčený. Kontrolovaný tak nevyhodnocoval danú podmienku účasti v súlade s tým, ako si ju stanovil v súťažných podkladoch, keď trval na tom, aby vozidlá (referencie) predložené v zozname dodávok tovaru spĺňali rovnaké technické parametre, ako opis predmetu zákazky a neprijal v ponuke (zozname dodávok tovaru) predloženie takých vozidiel (referencií), ktoré sú podobné/obdobné ako samotný opis predmetu zákazky v zmysle súťažných podkladov. Samotnú minimálnu úroveň požadovaných štandardov (podmienku účasti) predmetných 14 jednotiek autobusov predložených v zozname dodávok tovaru totiž navrhovateľ spĺňa v celosti, keďže sa jedná o „mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon) v celkovej hodnote min. 2 000 000,00 eur bez DPH.“
111. Úrad poukazuje na to, že vylúčenie ponuky uchádzača z procesu verejného obstarávania je najtvrdším zásahom do práva zúčastniť sa verejného obstarávania. Aby bolo možné charakterizovať vylúčenie ponuky uchádzača ako dôvodné a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho princípmi, vylúčenie musí byť založené na riadne preskúmateľnom skutkovom stave, zistenom za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. V opačnom prípade môže vylúčenie ponuky uchádzača z verejného obstarávania znamenať svojvôľu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a popretie samotného princípu transparentnosti a vo výsledku aj zúženie hospodárskej súťaže v oblasti predmetu zákazky.
112. Na základe uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný vylúčil navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní **v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní**, nakoľko navrhovateľa vylúčil z dôvodu, ktorý nezodpovedá zákonnému dôvodu vylúčenia v prípade vyhodnotenia splnenia podmienok účasti v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. **Zároveň je potrebné konštatovať, že ak kontrolovaný posudzuje podobnosť vozidiel uvedených v zozname dodávok tovarov s opisom predmetu zákazky**, musí dôvody vylúčenia preukázať nespornými dôkaznými prostriedkami, pričom pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti je potrebné, aby kontrolovaný postupoval v súlade s pravidlami, ktoré si určil. Dôvody, ktoré kontrolovaný v oznámení o vylúčení uvádza nemožno bez ďalšieho považovať za dostatočné, nakoľko preskúmaním dokumentácie kontrolovaného je zjavné, že kontrolovaný nepostupoval pri posudzovaní splnenia podmienok účasti v súlade s § 34 ods. 1 písm. a), resp. v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s pravidlami, ktoré si určil.

113. **Úrad k namietaným skutočnostiam uvedeným v písm. B. v bode 103 tohto rozhodnutia uvádza**, že považuje dané zdôvodnenie vylúčenia za nezmyselné vzhľadom na to, že preukazovanie splnenia technickej a odbornej spôsobilosti ako podmienky účasti neznamena, že ponuková cena predmetu zákazky musí byť rovnaká, vyššia alebo nižšia od ceny vozidiel uvedených v zozname dodávok tovaru/referenciách. Cena ponúkaných vozidiel sa odvíja od trhu a konkurencieschopnosti uchádzačov. Jej výška sa nijako neviaže na ceny tovaru v zozname dodávok tovaru. Celková hodnota referencií (zoznam dodávok tovaru) však bola v súťažných podkladoch jasne stanovená na minimálnu hodnotu 2 000 000,- Eur bez DPH, čo navrhovateľ splnil predložením zoznamu dodávok tovarov v hodnote 2 354 265,- eur bez DPH. Úrad v spojitosti s uvedeným poukazuje rovnako na účel stanovenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorým nie je preukázanie finančnej a ekonomickej spôsobilosti realizovať predmet zákazky, ale preukázať, že záujemca, uchádzač je po technickej a odbornej stránke schopný zákazku reálne plniť (to znamená, že má napr. dostatočné množstvo odborníkov, technických zdrojov na plnenie zákazky, alebo že v minulosti uskutočnil plnenie zodpovedajúce predmetu zákazky a teda je schopný zákazku zrealizovať). S ohľadom na účel stanovenia danej podmienky účasti a stanovenú minimálnu požadovanú hodnotu zoznamu dodávok v hodnote 2.000 000,- Eur, preto nie je rozhodujúce, či referencie uchádzača zodpovedajú jeho ponukovej cene, ak zodpovedajú účelu a celkovej finančnej hodnote stanovenej podmienky účasti v súťažných podkladoch. Úrad zároveň dáva do pozornosti kontrolovanému, že prípadné nezrovnalosti v ponuke uchádzača (vrátane cenovej ponuky) možno riešiť a to inštitútom vysvetlenia avšak iba vo fáze vyhodnocovania ponuky, nie vo fáze vyhodnocovania podmienok účasti a už vôbec nie posudzovať ponukovú cenu uchádzača v spojitosti s referenciami, ktoré uchádzač predložil na účel preukázania podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad preto považuje aj tento bod námietok za **opodstatnený**.

114. **Úrad k namietaným skutočnostiam uvedeným pod písm. C. v bode 103 tohto rozhodnutia uvádza**, že ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (cit. v bode 93 tohto rozhodnutia) uvádza ako povinné náležitosti zoznamu dodávok tovaru len ceny, lehoty dodania a odberateľov. Účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti je overenie, **či sú uchádzači schopní dodať predmetný tovar**, ktorý (verejný) obstarávateľ obstaráva. Uchádzači tak nie sú zo zákona povinní preukazovať, že daný tovar bol dodaný konečnému užívateľovi predmetu zákazky. Odberateľom môže byť aj subjekt, ktorý nie je konečný užívateľ. V danom verejnom obstarávaní nie je v zmysle súťažných podkladov rozhodujúce, pre aký druh subjektu bolo plnenie poskytované a preto nie je možné obmedziť predkladanie referencií len na subjekty, kde odberateľom je konečný užívateľ. Kontrolovaný si nestanovil v súťažných podkladoch, že odberatelia v rámci zoznamu dodávok tovaru musia byť aj konečnými užívateľmi, preto je tento údaj v súvislosti s predmetnými súťažnými podkladmi irelevantný.

115. Podľa prílohy XII Smernice 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sú prostriedkami poskytujúcimi dôkaz o technickej spôsobilosti hospodárskeho subjektu podľa článku 58:

a) tieto zoznamy:

i) zoznam prác vykonaných za najviac posledných päť rokov doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní a výsledku najdôležitejších prác; ak je to potrebné na zaistenie primeranej úrovne hospodárskej súťaže, verejní obstarávatelia môžu uviesť, že zohľadnia dôkazy o príslušných prácach vykonaných za viac ako posledných päť rokov;

ii) zoznam hlavných dodaní tovaru vykonaných alebo hlavných služieb poskytnutých za najviac posledné tri roky s uvedením súm, dátumov a **príslušných** verejných alebo **súkromných príjemcov**.

116. V zápisnici kontrolovaný uviedol, cit.: „*Účelom podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti je overiť praktické skúsenosti s realizáciou zákaziek predajcu/výhradného importéra/distribútora a pod. voči konečnému užívateľovi a nie overovať praktické skúsenosti výrobcu vozidiel voči svojim výhradným importérom/predajcom/distribútorom, ktorí vozidlá neprevádzkujú, neposkytujú súvisiace služby (servis, záručné opravy, zaškolenia a pod.), ktoré sú súčasťou predmetu zákazky a ktoré sú nevyhnutné pre realizáciu dopravných služieb formou pravidelnej autobusovej dopravy.*“ Úrad v tejto súvislosti uvádza citáciu z metodického usmernenia č. 4005-5000/2019 zo dňa 21. 02. 2019, ktoré uvádza, cit.: „*Stanovenie každej podmienky účasti môže spôsobiť, že určité hospodárske subjekty ich nesplnia, avšak podstatou je, aby boli tieto podmienky účasti vždy stanovené primerane, a aby nimi nedochádzalo k umelému zužovaniu hospodárskej súťaže a boli v súlade najmä s princípom nediskriminácie a s princípom rovnakého zaobchádzania. Účelom podmienok účasti je zabezpečiť, aby bol uchádzač schopný plniť predmet zákazky v požadovanom rozsahu, nakoľko verejný obstarávateľ má stanovením podmienky účasti záujem preveriť, či potenciálny uchádzač plnil rovnaký alebo podobný predmet zákazky v približne rovnakom objeme.*“ Úrad k uvedenému uvádza, že účelom podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti je overiť praktické skúsenosti uchádzača s realizáciou rovnakých alebo podobných zákaziek ako je predmet zákazky. Nie je podstatné, či uchádzač plnil rovnaký alebo podobný predmet zákazky voči konečnému užívateľovi (viď. bod 114 tohto rozhodnutia).

117. V tejto súvislosti dáva úrad do pozornosti metodické usmernenie úradu č. 11228-5000/2016 zo dňa 11. 06. 2016, cit.: „*Ustanovenie § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní obsahuje taxatívne vymedzený rozsah dokladov, ktorými záujemcovia alebo uchádzači preukazujú technickú alebo odbornú spôsobilosť vo verejnom obstarávaní. Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy zákon o verejnom obstarávaní, vychádzajúc z nových smerníc, vyžaduje v ustanovení § 34 ods. 1 písm. a) v prípade, ak bola odberateľom iná osoba ako verejný obstarávateľ/obstarávateľ len zoznam dodávok (tovarov, služieb), t. j. už sa nevyžaduje potvrdenie odberateľa o kvalite plnenia, resp. dôkaz o plnení. Z uvedeného vyplýva, že pri stanovení podmienok účasti v prípade tovarov a služieb nemožno vyžadovať predloženie potvrdení o plnení v prípade, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. V prípade, ak si chce verejný obstarávateľ preveriť správnosť zoznamu dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb poskytnutého uchádzačom alebo záujemcom, môže si tieto informácie overiť u príslušných odberateľov uvedených v predloženom zozname. Verejný obstarávateľ si však prostredníctvom inštitútu vysvetlenia/doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní môže/mal by tieto potvrdenia od uchádzačov alebo záujemcov vyžiadať, ak má dôvodné pochybnosti o pravdivosti predloženého zoznamu a v tej súvislosti o splnení predmetnej podmienky účasti. Tieto pochybnosti by však mali byť riadne odôvodnené a oznámené uchádzačovi alebo záujemcovi v žiadosti o vysvetlenie/doplnenie predloženého zoznamu.*“ Úrad preto uvádza, že pre účely splnenia podmienok účasti (preukázania odbornej alebo technickej spôsobilosti) nie je v predmetnom verejnom obstarávaní rozhodujúce, či sú odberatelia v zozname dodávok tovaru zároveň aj konečnými užívateľmi predmetu zákazky. Kontrolovaný tiež nemôže od navrhovateľa požadovať, aby mu nad rámec súťažných podkladov predložil priamo potvrdenia od odberateľov, že disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, poskytovaním servisu, náhradných dielov, zaškoľovaním a ďalšími službami, ktoré sú predmetom zákazky. Ak si chce (verejný) obstarávateľ preveriť správnosť zoznamu dodávok

tovaru alebo poskytnutých služieb poskytnutého uchádzačom alebo záujemcom, môže si tieto informácie overiť u príslušných odberateľov uvedených v predloženom zozname.

118. Úrad uvádza, že požiadavka kontrolovaného **týkajúca sa preukázania skutočnosti**, či navrhovateľ disponuje adekvátnymi skúsenosťami s dodávkou tovarov, poskytovaním servisu, náhradných dielov, zaškoľovaním a ďalšími službami, ktoré sú predmetom zákazky je stanovená nad rámec podmienok uvedených v súťažných podkladoch, **nakol'ko uvedená požiadavka v tomto dokumente absentuje, a teda kontrolovaný postupoval pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti nad rámec toho, čo stanovil v súťažných podkladoch**. Úrad v tejto súvislosti opätovne poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 14595-9000/2017 zo dňa 16. 10. 2017, z ktorého vyplýva, cit.: „**nie je možné klásť na ťarchu uchádzača nedostatky formulácie podmienky účasti kontrolovaným, ktoré umožňujú rôzny výklad**“.
119. Úrad uvádza, že vyhodnocovanie podmienok účasti predstavuje jednu z najvýznamnejších fáz v rámci procesu verejného obstarávania, nakol'ko sa v nej rozhoduje o ďalšej účasti záujemcov alebo uchádzačov. V tejto súvislosti je preto potrebné dbať na to, aby komisia kontrolovaného pri vyhodnocovaní podmienok účasti postupovala **v súlade s vopred určenými pravidlami** s ohľadom na dodržanie princípov transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov. V súlade s uplatnením princípu transparentnosti je nevyhnutné, aby každý úkon kontrolovaného, v každej fáze verejného obstarávania bol čitateľný, preskúmateľný a predvídateľný. Komisia kontrolovaného na základe doručených dokladov v rámci vysvetlení navrhovateľa nevyhodnocovala spornú podmienku účasti v súlade s tým, ako si ju kontrolovaný zadefinoval v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky. Úrad považuje vylúčenie navrhovateľa v kontexte vyššie uvedeného za netransparentné, nakol'ko kontrolovaný pri vyhodnocovaní vyššie uvedenej podmienky účasti nepostupoval v súlade s pravidlami, ktoré si určil.
120. Úrad poukazuje aj na metodické usmernenie úradu č. 3472-5000/2020 zo dňa 25. 02. 2020, cit.: „...*účelom požiadavky na predloženie zoznamu dodávok tovaru, poskytnutia služieb, uskutočnenia stavebných prác v predchádzajúcom období, ako jednej z podmienok účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti a na to nadväzujúcej minimálnej požadovanej úrovne štandardov (§ 38 ods. 5), je najmä preukázanie skutočnosti, či mal uchádzač alebo záujemca v posudzovanom období dostatočnú materiálnu a personálnu vybavenosť, či je spoľahlivý a technicky spôsobilý zrealizovať požadovaný predmet zákazky. Z predložených dokladov by malo byť zrejmé, či sú predkladané „referencie“ z hľadiska ich rozsahu a charakteru primerané a súvisia s predmetom zákazky. Posúdenie uvedených skutočností t. j. reálne vyhodnotenie konkrétnej predloženej „referencie“ je plne v kompetencii verejného obstarávateľa, ktorý si predmetnú podmienku účasti stanovil. Verejný obstarávateľ by tak mal vedieť jednoznačne posúdiť, či skutočnosti uvádzané záujemcom alebo uchádzačom korelujú s požiadavkami stanovenými v súťažných podmienkach alebo nie a v každom prípade by mal vedieť svoj výsledok zrozumiteľne odôvodniť. Uvedené v sebe nesie nevyhnutnosť podrobného poznania toho, čo vlastne vyžaduje. Pri stanovovaní požiadaviek na minimálnu úroveň predchádzajúcich skúseností záujemcu alebo uchádzača je potrebné klásť dôraz na obsahový význam takejto požiadavky, t. j. na cieľ, ktorý sa ňou sleduje. Na základe toho je možné odporúčať, aby sa verejný obstarávateľ prioritne zameriaval na opis svojej požiadavky z funkčného, resp. vecného hľadiska tak, aby bolo jasne identifikovateľné, čo má uchádzač v rámci jej naplnenia splniť. V zásade by teda nemalo ísť len o odvolávku na určitý doklad, resp. potvrdenie, ktorého vydanie nemá pôvod v systémoch certifikovaných akreditovanou osobou podľa zákona č. 505/2009 Z. z.. Má ísť teda o také zadefinovanie požiadaviek, ktoré je spôsobilé*

všetkým relevantným hospodárskym subjektom v rovnakom rozsahu sprostredkovať jasnú predstavu o tom, čo sa požaduje preukázať (pozri napr. body 33 a 34 rozsudku SD EÚ vo veci C-76/16). V opačnom prípade sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ prinajmenšom vystavuje riziku zvýšeného náporu žiadostí o vysvetlenie v zmysle § 48 zákona o verejnom obstarávaní, prípadne uplatnenia revízných prostriedkov zo strany záujemcov, resp. uchádzačov...“ Úrad má za preukázané, že kontrolovaný splnenie podmienky účasti nevyhodnotil v súlade s tým, ako si stanovil a teda nemôže požadovať na preukazovanie jej splnenia viac, ako je dovoľené zákonom o verejnom obstarávaní a ako si stanovil v súťažných podkladoch.

121. V súvislosti s namietaným porušením princípu transparentnosti pri oznámení o vylúčení navrhovateľa, kde kontrolovaný uviedol aj nasledovné, cit. *„exaktnosť požadovaných technických parametrov predmetu zákazky a konfiguračná súvislosť ako celku, vo vzťahu k prípustnosti prípadných ekvivalentov, je limitovaná viacerými obmedzeniami, ktoré sa týkajú obchodných možností z hľadiska teritoriálneho priestoru predaja a siete servisných organizácií, podmienok servisu, dodávky náhradných dielov, legislatívnej úpravy a pod.“*, úrad uvádza, že z daného vyjadrenia nie je jasné, aké limity alebo obmedzenia mal kontrolovaný na mysli, a to aj napriek tomu, že sa k tomuto vyjadril vo svojom vyjadrení k námietkam navrhovateľa. Je podstatné, aby bol navrhovateľ už v oznámení o vylúčení jasne a zrozumiteľne oboznámený so všetkými skutočnosťami a dôvodmi, pre ktoré ho navrhovateľ vylúčil. Uvedené je podstatné pre transparentnosť priebehu verejného obstarávania, teda aj pre revízne postupy, kde má navrhovateľ právo brániť sa voči rozhodnutiu kontrolovaného v celosti. Postup kontrolovaného nemá byť preskúmateľný len pre úrad ako orgán dohľadu, ale aj pre samotného navrhovateľa. Pokiaľ je nezrozumiteľná a netransparentná čo i len časť odôvodnenia v oznámení o vylúčení navrhovateľa, môže dôjsť k porušeniu princípu transparentnosti.
122. Úrad poukazuje na to, že kontrolovaný je pri zadávaní zákaziek povinný rešpektovať základné princípy verejného obstarávania zakotvené v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, musí teda dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti. Transparentnosť procesu verejného obstarávania je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. V rozpore s týmto princípom verejného obstarávania, a teda aj v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, je akékoľvek konanie kontrolovaného, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Cieľom princípu transparentnosti, ktorý dopĺňa princíp rovnakého zaobchádzania, je zabrániť riziku uprednostňovania určitých záujemcov, resp. uchádzačov a svojvoľného prístupu kontrolovaného. Nevyhnutnou súčasťou riadneho uplatnenia princípu transparentnosti je teda taký postup kontrolovaného, ktorým je zabezpečená náležitá preskúmateľnosť každého úkonu kontrolovaného vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky, a teda aj úkonu vylúčenia ponuky navrhovateľa. Základom tohto princípu je zabezpečiť prehľadnosť a verejnú kontrolovateľnosť celého procesu verejného obstarávania, čo sa realizuje jednak čo najväčšou mierou informovanosti záujemcov alebo uchádzačov, ako aj verejnosti o priebehu verejného obstarávania a takisto sa riadi zásadou dostatočného odôvodnenia všetkých úkonov, ktoré kontrolovaný realizuje v procese verejného obstarávania, aby bol jeho postup predvídateľný a v súlade so zásadou právnej istoty. Tzn., že postup kontrolovaného nemá byť preskúmateľný len pre úrad ako orgán dohľadu, ale aj pre samotného navrhovateľa. Je totiž potrebné, aby na základe záverov, resp. úkonov kontrolovaného, mal navrhovateľ možnosť koncipovať svoje neskoršie postoje a postupy. Rozsah samotného odôvodnenia úkonu kontrolovaného nemožno určiť všeobecne, nakoľko

závisí od povahy konkrétnej veci. Musí však obsahovať identifikáciu všetkých podstatných skutočností a východísk, ktoré viedli kontrolovaného k vykonaniu daného úkonu, pričom tieto skutočnosti a východiská musia byť usporiadané v logických súvislostiach.

123. V nadväznosti na uvedené úrad dáva na vedomie rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave pod značkou 2S 366/10-352 zo dňa 28. 09. 2011, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „Najvyšší správny súd ČR v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12. 05. 2008 skonštatoval, že **k porušeniu zásady transparentnosti môže dôjsť vtedy, pokiaľ sa v postupe obstarávateľa vyskytujú také prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa.** Tento záver je v plnom súlade s výkladom tejto zásady zo strany Súdneho dvora EÚ., napr. Stanovisko generálnej advokátky Stix-Hackl vo veci Coname, cit. v bode (42), ktoré zahŕňa doterajšiu judikatúru Súdneho dvora, uvádza, že transparentnosť podľa smerníc obsahuje viac než samotné aspekty spojené s publicitou konkrétnych verejných súťaží (bod 88). Okrem toho **princíp transparentnosti predstavuje hlavnú zásadu pre celé verejné obstarávanie.** S ohľadom na práve uvedené možno uzavrieť, že podmienkou dodržania zásady transparentnosti je priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí ako férový a riadny. Motívy jednotlivých osôb participujúcich na výbere uchádzačov o zákazku (či by išlo o motívy plne zákonné, dané len neschopnosťou navonok pôsobiť férovo a riadne, event. nezákonné alebo dokonca kriminálne) sú v tomto ohľade pre posúdenie porušenia zásady transparentnosti irelevantné.“ Vzhľadom na vyššie uvedené považuje úrad tento bod námietok za **opodstatnený.**
124. Úrad k namietaným skutočnostiam uvedeným pod písm. D. v bode 103 tohto rozhodnutia uvádza, že kontrolovaný sa v žiadosti o vysvetlenie č. 1 nedopytoval, ako bude navrhovateľom vykonávaný napr. záručný servis. Kontrolovaný sa na záručný servis navrhovateľa nedopytoval ani v žiadosti o vysvetlenie č. 2, keďže tam uviedol v tejto súvislosti len nasledovné, cit.: „Komisia pripomína, že súčasťou predmetu zákazky sú aj služby, a to uvedenie dodaných elektrobusev do prevádzky, záručný servis vykonávaný prednostne v areáli DPMP, a. s., zaškolenie vodičov a mechanikov údržby na obsluhu v potrebnom rozsahu (min. 2 vodiči a min. 2 mechanici) na konštrukciu elektrobusev, motora, prevodovky, náprav, kúrenia, chladenia, el. systémov, diagnostiky a údržby na ponúkaných elektrobusech v areáli obstarávateľa a pod.“. Napriek tomu kontrolovaný vylúčil navrhovateľa aj z tohto dôvodu, t. j. pre nevysvetlenie ako zabezpečí napr. záručný servis. Konkrétne kontrolovaný v oznámení o vylúčení uviedol, cit.: „Uchádzač XX nevyjadril vierohodne k žiadosti na spresnenie, ako zabezpečí napr. záručný servis.“. Úrad má vzhľadom na vyššie uvedené za preukázané, že kontrolovaný sa nedopytoval na to, ako bude navrhovateľ vykonávať záručný servis, len okrajovo spomenul, že záručný servis je súčasťou predmetu zákazky.
125. Úrad v tejto súvislosti poukazuje aj na to, že zo súťažných podkladov (kapitola B1 - Opis predmetu zákazky, tabuľka k bodu 4. Základné environmentálne a technické požiadavky na predmet zákazky v časti týkajúcej sa diagnostiky a servisných prípravkoch a ďalšie požiadavky (str. 47), (cit. v bode 87 tohto rozhodnutia) vyplýva, že spôsob údržby a servisu autobusov bude prednostne v sídle (depe) kontrolovaného, pokiaľ úspešný uchádzač neustanoví inak. Rovnaká skutočnosť vyplýva aj z návrhu kúpnej zmluvy, bod 2.2.1, cit.: „verejný obstarávateľ požaduje vykonať záručný servis prednostne v areáli DPMP, a. s. a to pracovníkmi DPMP, a. s., ak uchádzač/predávajúci nestanoví inak.“. Taktiež z dokumentu „Žiadosť o vysvetlenie“ zverejneného dňa 26. 05. 2020 na profile kontrolovaného (cit. v bode 79 tohto rozhodnutia) vyplýva, že kontrolovaný požaduje, aby záručný servis bol vykonávaný

prednostne v jeho areáli a prednostne jeho pracovníkmi, avšak navrhovateľ môže túto požiadavku kontrolovaného zamietnuť. Úrad opakovane uvádza, že k vyššie uvedenému (napr. záručný servis) sa kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 1, ani v žiadosti o vysvetlenie č. 2 adresovaným navrhovateľovi nepýtal žiadne otázky, no v oznámení o vylúčení uviedol, cit.: „Uchádzač XX nevyjadril vierohodne k žiadosti na spresnenie, ako zabezpečí napr. záručný servis.“. Úrad má tiež za preukázané, že navrhovateľ neuviedol v ponuke iné návrhy, ako bude vykonávaný záručný servis. Postup navrhovateľa je tak v súlade so súťažnými podkladmi a návrhom kúpnej zmluvy, podľa ktorých má byť záručný servis vykonávaný prednostne v areáli a pracovníkmi kontrolovaného, pokiaľ uchádzač nestanoví inak.

126. V predmetnom prípade je nesporné, že hoci z danej podmienky účasti vyplýval jasne rozsah a forma, akou mali uchádzači predmetnú podmienku účasti preukázať, kontrolovaný spôsob jej preukázania (formu) ďalej precizoval až po lehote na predkladanie ponúk (v žiadosti o vysvetlenie č. 2), čo nemožno považovať za úkon predvídateľný, čitateľný a transparentný vo vzťahu k záujemcom, uchádzačom. Inak povedané, kontrolovaný vniesol do procesu vyhodnocovania predmetnej podmienky účasti „ďalším precizovaním podmienky účasti“ po lehote na predkladanie ponúk nekontrolovateľnosť, nečitateľnosť, čo viedlo navrhovateľa oprávnenne do stavu právnej neistoty pri vyhodnocovaní tejto podmienky účasti.
127. V tejto súvislosti poukazuje úrad opätovne aj na metodické usmernenie úradu č. 11228-5000/2016 zo dňa 11. 06. 2016 (cit. v bode 117 tohto rozhodnutia), ktoré jasne uvádza, že ak bola odberateľom iná osoba ako verejný obstarávateľ/obstarávateľ, postačuje predložiť len zoznam dodávok tovarov, t. j. už sa nevyžaduje potvrdenie odberateľa o kvalite plnenia, resp. dôkaz o plnení. Z uvedeného vyplýva, že pri stanovení podmienok účasti v prípade tovarov a služieb nemožno vyžadovať predloženie potvrdení o plnení v prípade, ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. Kontrolovaný teda nemôže požadovať od navrhovateľa ani preukázanie, či bol odberateľovi zákazky zo zoznamu dodávok tovaru poskytnutý záručný servis predmetu zákazky, keďže si to tak nestanovil v súťažných podkladoch. Toto môže v predmetnom verejnom obstarávaní zisťovať sám kontrolovaný len priamo u odberateľa predmetu zákazky uvedeného v zozname dodávok tovaru. Verejný obstarávateľ si však prostredníctvom inštitútu vysvetlenia/doplňenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní môže vyžiadať potvrdenia o dodaní tovarov od uchádzačov alebo záujemcov, ak má dôvodné pochybnosti o pravdivosti predloženého zoznamu a v tej súvislosti o splnení predmetnej podmienky účasti. Tieto pochybnosti by však mali byť riadne odôvodnené a oznámené uchádzačovi alebo záujemcovi v žiadosti o vysvetlenie/doplňenie predloženého zoznamu. Kontrolovaný sa tak mal pýtať navrhovateľa v žiadosti o vysvetlenie ako bude zabezpečovať napr. záručný servis, keď bola jeho neistota v predmetnej veci jedným z dôvodov vylúčenia navrhovateľa.
128. Preskúmaním obsahu oznámenia o vylúčení ako aj žiadostí o vysvetlenie č. 1 a č. 2 úrad dospel k záveru, že dôvod vylúčenia navrhovateľa z procesu verejného obstarávania podľa oznámenia o vylúčení je nezákonný aj z dôvodu netransparentnosti, resp. v nedostatočnej preskúmateľnosti vo vyššie uvedenej časti odôvodnenia vylúčenia, a teda je v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. **Pokiaľ mal kontrolovaný pochybnosti v súvislosti so zabezpečením napr. záručného servisu, mal s tým navrhovateľa konfrontovať v žiadosti o vysvetlenie skôr, ako ho vylúčil. Skutočnosť, že kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 2 pripomenul navrhovateľovi požiadavku záručného servisu stanovenú v súťažných podkladoch, nie je možné považovať za priamo smerovanú otázku k tomu ako bude napr. záručný servis vykonávaný. V súťažných podkladoch, návrhu kúpnej zmluvy ako aj v dokumente „Žiadosť o vysvetlenie“ kontrolovaný stanovil, že ak**

uchádzač neurčí inak (čo v danom prípade navrhovateľ neurobil), bude záručný servis vykonávaný v sídle kontrolovaného prostredníctvom jeho pracovníkov, ktorých úspešný uchádzač zaučí. Tým, že kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa bez využitia inštitútu vysvetlenia v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti napr. so záručným servisom, postupoval v rozpore s princípom transparentnosti, nakoľko mal pochybnosti týkajúce sa napr. záručného servisu. Aj keď preukazovanie poskytnutia napr. záručného servisu nebolo súčasťou predmetnej podmienky účasti, napriek tomu kontrolovaný túto skutočnosť uvádza ako dôvod vylúčenia v odôvodnení oznámenia o vylúčení. Úrad má za to, že inštitút vysvetlenia podmienok účasti je odrazom princípov verejného obstarávania, najmä princípu transparentnosti a rovnakého zaobchádzania, pretože jeho účelom je získať jasné, preskúmateľné a jednoznačné informácie a dôkazy poskytnuté uchádzačmi tak, aby verejný obstarávateľ mohol bez akýchkoľvek pochybností riadne vyhodnotiť všetky uchádzačmi predložené ponuky.

129. Úrad v súvislosti s vyššie uvedeným uvádza, že (verejný) obstarávateľ písomne požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Využitie predmetného inštitútu je opodstatnené najmä vzhľadom na potrebu zabezpečenia princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, ktorý predpokladá získanie najlacnejšej ponuky, resp. ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením alebo doplnením odstrániť. V súvislosti s uvedeným dáva úrad do pozornosti napr. aj metodické usmernenie úradu č. 16049-5000/2019 zo dňa 02. 12. 2019, kde je uvedené, cit.: „Z bodov 50 a 51 rozhodnutia č. 13973-6000/2016-ON zo dňa 12. 9. 2016 vyplýva, že vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní upravuje § 40 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že súčasťou hodnotiaceho procesu je aj inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov, pričom ide o odstránenie nielen formálnych, ale aj vecných nedostatkov predložených dokladov jednotlivými uchádzačmi, resp. záujemcami. Využitie inštitútu v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné najmä v prípade, pokiaľ by prípadné nedostatočné náležitosti predložených dokladov bolo možné vysvetlením jednoducho objasniť alebo dovysvetliť. Predmetným inštitútom vysvetľovania je možné doplniť, resp. vysvetliť len doklady už predložené v ponuke uchádzača, ktoré boli predložené ku konkrétnej podmienke účasti za účelom preukázania jej splnenia, ak z takto predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej boli predložené a ku ktorej sa tieto doklady viažu. (...) Ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní poskytuje ochranu záujemcom, resp. uchádzačom pred automatickým vylúčením v prípade, ak splnenie podmienok účasti je z predložených dokumentov nejasné a/alebo nemožno posúdiť ich platnosť, ako aj verejnému obstarávateľovi, resp. obstarávateľovi v prípade, ak považuje doklady predložené záujemcom, resp. uchádzačom za nejasné alebo má pochybnosti o ich pravosti.“ Úrad v tejto súvislosti poukazuje aj na citáciu metodického usmernenia č. 6881-5000/2016 zo dňa 27. 04. 2016: „Ak však k predmetnej podmienke účasti je predložený dôkazný prostriedok a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nevie správne vyhodnotiť splnenie podmienky účasti (napr. nejednoznačnosť dôkazu, jeho formálna vada) je v súlade s princípom proporcionality, aby verejný obstarávateľ využil oprávnenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.“
130. Na základe uvedeného úrad poukazuje na ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého verejný obstarávateľ v prípade pochybností, resp. ak nevie z predložených dokladov posúdiť splnenie podmienok účasti, je povinný písomne požiadať

uchádzača o vysvetlenie alebo predloženie doplňujúcich dokladov k dokladom už obsiahnutým v ponuke, a to aj opakovane.

131. Úrad má za to, že pri aplikácii ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné klásť osobitný dôraz na základné princípy verejného obstarávania, zakotvené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a predmetné ustanovenie chápať, vykladať a aplikovať práve vo svetle týchto princípov. Je teda zrejmé, že bez využitia inštitútu zakotveného v § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní by záver o povinnosti vylúčiť uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nemohol byť v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania, uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad má za to, že kontrolovaný má v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní povinnosť vyzvať uchádzača na vysvetlenie vždy, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť splnenie podmienok účasti. Inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov kontrolovaný v procese vyhodnocovania podmienok účasti navrhovateľa síce využil, ale napriek tomu, **ak zistené skutočnosti neboli pre kontrolovaného dostatočné, mal tento inštitút využiť opätovne a dopytovať sa navrhovateľa sporné skutočnosti**, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača, ku ktorému kontrolovaný má pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností.
132. V nadväznosti na uvedené má úrad za to, že ak by kontrolovaný namiesto vylúčenia navrhovateľa pristúpil k prevereniu zistených nezrovnalostí, mohol od navrhovateľa obdržať vysvetlenie vyššie uvedených nezrovnalostí, v rámci ktorého by navrhovateľ mohol objasniť predmetné nezrovnalosti, resp. by na základe vysvetlenia navrhovateľa mal jednoznačne preukázané, či navrhovateľ spĺňa alebo nespĺňa predmetnú podmienku účasti. Vzhľadom na nedodržanie načrtnutého postupu, sa vylúčenie navrhovateľa javí ako predčasné. Ak totiž z dokladov, ktoré uchádzač predloží na účel preukázania splnenia podmienok účasti vyplynie nejasnosť, prípadne nesúlad, je kontrolovaný povinný tieto skutočnosti riadne preveriť. S poukazom na metodické usmernenie č. 6881-5000/2016 z 27. 04. 2016, má úrad za to, že v prípade ak je predložený dôkazný prostriedok a verejný obstarávateľ nevie správne vyhodnotiť splnenie podmienky účasti (napr. nejednoznačnosť dôkazu) je v súlade s princípom proporcionality, aby **verejný obstarávateľ/obstarávateľ využil oprávnenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a požiadal uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov**. Na základe uvedeného má úrad za to, že v predmetnom prípade, ak mal kontrolovaný za to, že z predložených dokladov nebolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, mal pristúpiť k prevereniu zistených nezrovnalostí, a to konfrontovaním navrhovateľa so zistenými skutočnosťami.
133. Úrad opätovne poukazuje na to, že kontrolovaný je povinný vyhodnocovať podmienky účasti v súlade s tým, ako si to stanovil v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch. Nie je prípustné, aby v procese verejného obstarávania došlo k vylúčeniu uchádzača na podklade skutočností a požiadaviek, ktoré nevyplývajú z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladov. Kontrolovaný nie je oprávnený posudzovať splnenie podmienok účasti v zmysle ust. § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nad rozsah stanovený v oznámení a v súťažných podkladoch. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhovateľ nebol povinný preukazovať predloženým zoznamom dodávok tovaru, akým spôsobom zabezpečí napr. záručný servis predmetu zákazky, keďže táto požiadavka mu nevyplývala z oznámenia ani zo súťažných podkladov a ani nebola jasne formulovaná v žiadostiach o vysvetlenie č. 1 a č. 2. (viď. stanovisko úradu v bode 124 a 127 tohto rozhodnutia). **Úrad na základe uvedeného konštatuje, že**

kontrolovaný nepostupoval v procese vyhodnotenia splnenia podmienok účasti v súlade s princípmi nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania, princípom hospodárnosti a efektívnosti a princípom transparentnosti uvedeným v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko dostatočným spôsobom neidentifikoval/nešpecifikoval predmetný dôvod, ktorý bol jedným z podkladov pre vylúčenie navrhovateľa a ani sa ho na splnenie predmetnej podmienky účasti nedopytoval v žiadostiach o vysvetlenie č. 1 a č. 2. Úrad preto považuje námietky navrhovateľa aj v tomto bode za **opodstatnené**.

134. Úrad k namietaným skutočnostiam uvedeným pod písm. E. v bode 103 tohto rozhodnutia uvádza, že preskúmaním predmetnej prílohy č. 2 priloženej k odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 2 zistil, že navrhovateľ v nej predložil zoznam spoločností, v ktorého obsahu „iná osoba“ uvádza kontaktné údaje na spoločnosti, ktorým bol tovar (autobusy) zo zoznamu dodávok tovaru poskytnutý ako konečným užívateľom. Navrhovateľ tak predložil len kontakty na spoločnosti, ktoré sú konečnými užívateľmi predmetného tovaru, teda doplnil kontakty na osoby, ktoré boli konečnými užívateľmi dodávok tovaru v zmysle zoznamu predloženého v ponuke. Spoločnosti AA, AB, AC, ktoré dodávali tieto autobusy ďalším odberateľom (konečným užívateľom), nie sú novými „inými osobami“ v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, tak ako sa domnieva kontrolovaný. Tým sa preto ponuka navrhovateľa nemení, keďže ten stále preukazuje svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť tou istou „inou osobou“ v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorej zákonom požadované dokumenty v ponuke navrhovateľ riadne predložil. To, že „iná osoba“ distribuovala tovar (autobusy) zo zoznamu dodávok tovaru spoločnostiam, ktoré ich ďalej distribuovali končným užívateľom, neznamená, že sa jedná o ďalšie „iné osoby“, ktorých kapacity navrhovateľ využíva na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Navrhovateľ sa len snažil predložiť kontrolovanému v rámci žiadosti o vysvetlenie č. 2 možnosť, ako kontaktovať aj konečných užívateľov, u ktorých by si mohol overiť, ako je tovar zo zoznamu dodávok tovaru využitý v praxi, čo bol úkon nad rámec zákonných povinností navrhovateľa a toho, čo kontrolovaný požadoval v žiadosti o vysvetlenie č. 2.

135. 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.“*⁷

136. 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

⁷ AZUD, J – PLAVÁKOVÁ, L. – BARTOŠ, P. 2019. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava : C. H. Beck, s. 371

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

137. Úrad zdôrazňuje, že pri výklade pojmu „plnenie rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ sa neuplatňuje prísny reštriktívny výklad v tom zmysle, že predložený zoznam dodávok tovaru (referencie) musí byť úplne rovnakého, t. j. totožného charakteru ako predmet zákazky. V tom najprísnejšom a najreštriktívnejšom výklade by pojem „rovnaký“ („totožný“) musel znamenať, že uchádzač musí predložiť referenciu/zoznam dodávok tovaru týkajúcu sa do detailov rovnakú, ako je uvedené v opise predmetu zákazky, čím by sa míňal účel inštitútu preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti. Jedná sa v tomto prípade o rozpor s princípom nediskriminácie podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko takto nastavená podmienka preukázania technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti je na ujmu podpory hospodárskej súťaže, princípu transparentnosti a princípu nediskriminácie. Takto nastavené podmienky zvýhodňujú 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 pojmu „plnenie rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“. Rovnako ako pri normách, aj pri nastavení pravidiel a podmienok verejného obstarávania možno uplatňovať teleologický výklad, prostredníctvom ktorého nájdeme účel a zmysel predloženia referencie, resp. „plnenia rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky.“ To neznamena, že by referencie predložené od ostatných uchádzačov mali byť vylúčené z dôvodu, že nevykazujú prvok „rovnakosti“, „totožnosti“, či „podobnosti“. Na tento účel pod „plnením rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky“ je s ohľadom na okolnosti tohto prípadu, dikciu kapitoly B.1 – „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov a dikciu kapitoly A.2 – „Podmienky účasti uchádzačov“, časti III. „Rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie (podľa § 34 ZVO)“ nutné považovať všetky **mestské, dvojnápravové elektrobusy na elektrický pohon (čo vyplýva aj z minimálnej požadovanej úrovne štandardov predmetnej podmienky účasti určenej kontrolovaným)**, čím sa nám okruh hospodárskych subjektov, ktoré sa môžu zúčastniť predmetného

obstarávania, rozširuje, a zároveň sa posilňuje súladnosť s princípom nediskriminácie, resp. rovnakého zaobchádzania.

138. V kontexte vyššie uvádzaných skutočností ma úrad za to, že kontrolovaný nepostupoval pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v súlade s ust. § 40 ods. 2, § 40 ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný je povinný vyhodnocovať splnenie podmienok účasti v súlade s tým ako si ich zdefinoval v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladoch, nevynímajúc odpovede na vysvetľovanie, ktoré sa v zmysle rozhodovacej praxe úradu považujú rovnako za súčasť zadávacej dokumentácie – súťažných podkladov.
139. Vzhľadom na zistené skutočnosti má úrad za to, že kontrolovaný vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko skutočnosti, ktoré by kontrolovaného oprávňovali vylúčiť navrhovateľa z dôvodu nesplnenia podmienok účasti, neboli v tomto prípade preukázané. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú **opodstatnené**.
140. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
141. Podľa ust. § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
142. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s konaním kontrolovaného uvádza, že kontrolovaný porušil § 40 ods. 2, § 40 ods. 4 a § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní je možné považovať za porušenia s vplyvom na výsledok verejného obstarávania, nakoľko nezákonné vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania a netransparentného vyhodnotenia jeho ponuky, resp. splnenia podmienok účasti, došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže medzi uchádzačmi, a teda takýto postup kontrolovaného je v rozpore s princípmi verejného obstarávania uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný sa teda nezákonným vylúčením pripravil o ponuku navrhovateľa, pri ktorej sa však nepreukázali dôvody na jeho vylúčenie tak, ako to uvádza kontrolovaný v oznámení o vylúčení. Na základe uvedeného úrad v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, nakoľko s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetná verejná súťaž smerovala k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. zo zákazky, ktorej priebeh nevykazuje znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.

143. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu princípov verejného obstarávania v celom procese zadávania postupu zákazky. Aby sa kontrolovaný v budúcnosti vyhol nezákonnému konaniu, musí v prvom rade postupovať transparentne tak, že z dokumentácie bude zjavné, aké boli dôvody, ktoré ho viedli k záveru o povinnosti vylúčenia navrhovateľa z verejného obstarávania. Kontrolovaný musí dostatočne overiť sporné skutočnosti a s určitosťou vedieť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača, ku ktorému má kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností. Podľa úradu je potrebné, aby kontrolovaný v prípade nejasností (podľa potreby aj opakovane) uplatnil inštitút vysvetlenia a/alebo doplnenia predložených dokladov. Úrad zároveň pripomína, že kontrolovaný má využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač posudzovanú podmienku účasti splnil a vylúčiť ho až po preverení všetkých skutočností a po utvrdení sa, že podmienka účasti nebola splnená. V takom prípade má kontrolovaný v súlade s princípom transparentnosti uviesť konkrétne dôvody, na základe ktorých sa rozhodol pristúpiť k vylúčeniu uchádzača. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri posudzovaní splnenia podmienok účasti prihliadal, resp. zohľadňoval vecnú stránku, čiže obsah a relevantnosť predložených dokladov. Osobitne dáva úrad do pozornosti aj princíp proporcionality, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. To znamená, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. Záverom úrad uvádza, že kontrolovaný je povinný postupovať pri vyhodnocovaní podmienok účasti ako aj ponúk v súlade s podmienkami a požiadavkami stanovenými v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladoch, a pristúpiť k vylúčeniu uchádzača až v prípade jednoznačného preukázania existencie dôvodov na vylúčenie.

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

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

Kaucia

146. 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.

147. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 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. **Dopravný podnik mesta Prešov, a. s.,** Bardejovská 7, 080 06 Ľubotice, IČO: 31 718 922 – kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka