ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 30. 01. 2023
Číslo spisu: 12183-9000/2022

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako príslušný orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 187i ods. 1 v spojení s § 187h ods. 15 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“) vo veci odvolania verejného obstarávateľa **Železnice Slovenskej republiky**, Klemensova 8, 813 61 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 6287-6000/2022-OD/4 zo dňa 25. 08. 2022 vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy pri zadávaní nadlimitnej zákazky na predmet „**ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č. 2 Bratislava – Lamačská brána**“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 151/2021 dňa 06. 08. 2021 pod č. 398838 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 186/2021 dňa 09. 08. 2021 pod značkou 40514 – MSP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie kontrolovaného **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 6287-6000/2022-OD/4 zo dňa 25. 08. 2022 **potvrdzuje** podľa § 187i ods. 16 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 187h ods. 15 zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Kontrolovaný dňa 09. 09. 2022 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 6287-6000/2022-OD/4 zo dňa 25. 08. 2022 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy pri zadávaní predmetnej zákazky, v ktorom úrad podľa § 175 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní uviedol, že kontrolovaný pri zadávaní predmetnej zákazky **porušil § 40 ods. 1 a ods. 4 v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a súčasne § 10 ods. 2 tohto zákona**, a to princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti, keď vylúčil uchádzača **Doprastav, a.s.**, Drieňová 27, 826 56 Bratislava (ďalej len „uchádzač“ alebo „uchádzač Doprastav a.s.“) z predmetnej verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez toho, aby sa dostatočne zaoberal a mal relevantne za preukázané nesplnenie danej podmienky účasti týmto uchádzačom, ktorý mohol byť v konečnom dôsledku vyhodnotený ako úspešný, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania.

Rozhodnutie úradu

2. V úvode rozhodnutia úrad uviedol, že s kompetenciou kontrolovaného stanoviť si podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je spojená nielen povinnosť v súlade s ich obsahom vyhodnocovať doklady predložené uchádzačmi za účelom ich preukázania,

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

ale rovnako aj zodpovednosť kontrolovaného za správnosť a zákonnosť postupu v procese vyhodnocovania.

3. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný je pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti uchádzačmi povinný postupovať podľa ustanovenia § 40 ods. 1 a ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a v prípade, ak z predložených dokladov nie je možné jednoznačne posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, resp. ak existujú určité pochybnosti o tom, či sa dokladmi obsiahnutými v ponuke uchádzača, predloženými za účelom preukázania splnenia podmienok účasti, dá plnohodnotne preukázať splnenie požadovaných skutočností, je aj z hľadiska dodržania základných princípov verejného obstarávania povinný písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo o doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad tiež uviedol, že inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov predložených na účely preukázania splnenia podmienok účasti predstavuje významný nástroj hodnotiaceho procesu, umožňujúci odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok a požiadaviek v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť.

4. V súvislosti s tvrdením kontrolovaného cit.*: „Kontrolovaný si dovoľuje vyjadriť presvedčenie, že už tieto prvé reakcie uchádzača Doprastav, a.s. dostatočne preukazujú, že uchádzač Doprastav, a.s. opomenul preukázať splnenie predmetnej podmienky účasti a hľadal po predložení ponuky akúkoľvek možnosť, ktorá by bola pre Kontrolovaného priechodná. Zároveň je Kontrolovaný toho názoru, že už v tomto okamihu bola komisia oprávnená uchádzača Doprastav, a.s. vylúčiť“*, úrad uviedol, že dané konštatovanie nie je zo strany kontrolovaného ničím podložené, a teda je podľa úradu aj nepreskúmateľné, nakoľko kontrolovaný žiadnym spôsobom dostatočne nepreukázal, že by uchádzač Doprastav, a.s. účelovo hľadal akúkoľvek možnosť, ktorá by bola pre kontrolovaného priechodná.

5. Vyššie uvedené podľa úradu vyplýva aj z niekoľkonásobných vysvetľovaní, kedy kontrolovaný aj napriek tomu, že mu uchádzač Doprastav, a.s. uvádzal pre splnenie dotknutej podmienky účasti príslušnú referenciu, tak kontrolovaný danú skutočnosť nereflektoval. Úrad poukázal na to, že s uvedeným súvisí aj tvrdenie kontrolovaného, podľa ktorého zákon o verejnom obstarávaní neoprávňuje verejných obstarávateľov a obstarávateľov požadovať predloženie dôkazu o plnení potvrdené odberateľom, resp. vyhlásenie uchádzača alebo záujemcu o poskytnutí služby. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že sa s týmto tvrdením kontrolovaného nestotožňuje, nakoľko vo fáze vyhodnocovania splnenia podmienok účasti *nota bene* za účelom odstránenia akýchkoľvek vzniknutých pochybností kontrolovaný môže písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti rovnako vo fáze vyhodnocovania ponúk, ak komisia identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol.

6. V súvislosti s úkonom komisie kontrolovaného, konkrétne s dopytom na generálneho projektanta referenčnej zákazky AB (ďalej aj len „generálny projektant“) zo dňa 23. 11. 2021, v ktorom sa kontrolovaný pýtal generálneho projektanta, aký subjekt spracoval zmenu DPRS týkajúcu sa SO 44.33.21.1 referenčnej zákazky, úrad konštatoval, že mu nie je zrejmé zdôvodnenie kontrolovaného, prečo v danom dopyte neuviedol priamo aj uchádzača Doprastav, a.s. Úrad v tejto súvislosti poukázal na skutočnosť, že zákon o verejnom obstarávaní v časti dôvernosti informácií verejného obstarávania jednoznačne upravuje, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zachovávať mlčanlivosť o informáciách označených ako dôverné, ktoré im uchádzač alebo záujemca poskytol; na tento účel uchádzač alebo záujemca označí, ktoré skutočnosti považuje za dôverné. Podľa úradu však kontrolovaný v danom prípade neuviedol, že by niektorý z uchádzačov označil určité skutočnosti za dôverné. Podľa úradu

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

za dôverné informácie je na účely zákona o verejnom obstarávaní možné taxatívne označiť výhradne obchodné tajomstvo, technické riešenia a predlohy, návody, výkresy, projektové dokumentácie, modely, spôsob výpočtu jednotkových cien a ak sa neuvádzajú jednotkové ceny, ale len cena, tak aj spôsob výpočtu ceny a vzory.

7. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol, že informácie týkajúce sa obsahu oboch častí ponúk, preskúmania, vysvetlenia, vyhodnotenia, vzájomného porovnania ponúk a odporúčaní sú do prijatia ponúk dôverné (ponuka uchádzača Doprastav, a.s. bola kontrolovaným prijatá, resp. doručená kontrolovanému v lehote na predkladanie ponúk teda do 01. 10. 2021 do 9:00 hod.). Vychádzajúc z vyššie uvedeného mal úrad za to, že kontrolovaný jednoznačne mohol v rámci vykonaného dopytu na generálneho projektanta referenčnej zákazky (AB) zo dňa 23. 11. 2021 označiť aj priamo uchádzača Doprastav, a.s. Úrad mal totiž za to, že jeho označenie samo osebe nepredstavuje dôvernú informáciu v zmysle taxatívneho výpočtu zákona o verejnom obstarávaní. Úrad mal za to, že ak by to kontrolovaný už vtedy urobil, a teda spýtal sa generálneho projektanta referenčnej zákazky (AB), či spracovanie projektovej dokumentácie zabezpečil okrem iných subjektov vlastnými odbornými kapacitami aj uchádzač Doprastav, a.s., mal by jednoznačne a bez akýchkoľvek pochybností relevantne a jednoznačne preukázané, či sa daný uchádzač podieľal na vypracovaní predmetnej projektovej dokumentácie.

8. Úrad následne uviedol, že účelom princípu hospodárnosti a efektívnosti je zabezpečiť dosiahnutie výberu takého uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky poskytne najlepšie plnenie, pričom hospodárne a efektívne je také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž pri čo najmenšej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania. Úrad uviedol, že naplnenie tohto princípu teda vyžaduje zabezpečenie čo najhospodárnejšieho využívania verejných prostriedkov, ktoré predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čomu by mala zodpovedať prirodzená snaha verejného obstarávateľa a obstarávateľa dosiahnuť čo najširšiu hospodársku súťaž.

9. V tejto súvislosti úrad poukázal aj na princíp proporcionality, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné priklониť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. Úrad konštatoval, že princíp proporcionality je potrebné uplatňovať tak pri stanovení podmienok účasti, ako aj v prípade vylúčenia uchádzača z účasti na verejnom obstarávaní.

10. Úrad následne poukázal na to, že uchádzač Doprastav a.s. po viacerých procesoch vysvetľovania ponuky ohľadom podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní za účelom preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti poukázal na v ponuke predloženú referenciu, konkrétne Potvrdenie objednávateľa o uskutočnení stavebných prác, ktoré kontrolovaný vystavil v súvislosti s výstavbou zákazky na predmet „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/h., I. etapa“ pre „KK“, zastúpené vedúcim členom združenia – uchádzačom Doprastav a.s.

11. V tejto súvislosti úrad uviedol, že uchádzač Doprastav, a.s. predložil uvedenú referenciu za účelom preukázania splnenia dotknutej podmienky účasti, avšak kontrolovaný mal za to, že z tejto referencie nevyplýva, že uchádzač Doprastav a.s. reálne aj vykonal uvedené služby týkajúce sa projekčných prác, ale tie boli v tejto referenčnej zákazke vykonané pre neho jeho podzhotoviteľom. Úrad poukázal na to, že s uvedenou skutočnosťou kontrolovaný konfrontoval uchádzača Doprastav a.s. v rámci opätovných vysvetľovaní, pričom tento uchádzač uviedol,

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

že žiadnym spôsobom nerozporuje fakt, že v danej referenčnej zákazke boli služby – projekčné práce realizované inou spoločnosťou – jeho podzhotoviteľom, nakoľko podľa uchádzača Doprastav a.s. skutočnosť, či uchádzač na výkon niektorých prác alebo služieb vyplývajúcich zo zmluvy uzatvorenej medzi ním a verejným obstarávateľom použije výlučne vlastné zdroje alebo si časť týchto prác nechá dodať od tretích osôb, je na rozhodnutí uchádzača.

12. Úrad konštatoval, že vyššie uvedenú referenciu kontrolovaný neakceptoval a uchádzača vylúčil pre nesplnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný pri vylúčení uchádzača argumentoval aj metodickým usmernením úradu č. 11033-5000/2017 a rozhodnutím rady úradu č. 2947-9000/2021 zo dňa 01. 04. 2021.

13. V kontexte argumentačných zdrojov kontrolovaného úrad uviedol, že metodické usmernenie, na ktoré sa kontrolovaný odvoláva, nie je možné vyložiť tak, ako ho kontrolovaný pri vylúčení uchádzača Doprastav a.s. aplikoval, a to z dôvodu odlišného skutkového stavu. Úrad uviedol, že predmetné metodické usmernenie je reakciou na odlišnú situáciu, a to: 1) ak traja rôzni uchádzači preukázali splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní predložením referencie na tú istú stavbu a 2) ak uchádzač splnenie podmienok účasti preukáže referenciou, ktorú mu ako členovi združenia dodávateľov vyhotovil hlavný člen toho istého združenia dodávateľov, a teda ho podľa úradu nebolo možné v danom prípade aplikovať.

14. Úrad poukázal na skutočnosť, že predmetné metodické usmernenie sa odvoláva na rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-387/14 (Esaprojekt), v zmysle ktorého je potrebné v prípade, ak sa hospodársky subjekt spolieha na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou, tieto skúsenosti posudzovať s prihliadnutím na jeho skutočný prínos k výkonu činnosti požadovanej od uvedeného združenia v rámci určitej verejnej zákazky.

15. V tejto súvislosti úrad ďalej poukázal na bod 3 výroku rozsudku Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-387/14 (Esaprojekt), v ktorom súd konštatoval, cit.: *„Článok 44 smernice 2004/18 v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) tejto smernice a so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, sa má vykladať v tom zmysle, že neumožňuje hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní, odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, pokiaľ sa skutočne a konkrétne nezúčastňoval na jej realizácii.“*

16. Úrad uviedol, že v zadávaní zákazky, ktorá je predmetom daného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, je skutkový stav taký, že uchádzač Doprastav a.s. síce preukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti referenciou vystavenou pre „KK“, ktorej bol vedúcim členom, avšak v predmetnom prípade súčasne uchádzač Doprastav a.s. poukazuje na skutočnosť, že na poskytnutí príslušných projektových prác, ktorých vykonanie bolo súčasťou predloženej referencie, sa okrem spoločnosti XX podieľal aj prostredníctvom svojich vlastných interných kapacít, čím poukazuje na svoj prínos v danej časti verejnej zákazky, ku ktorej sa predmetná referencia vzťahuje. Úrad v danom prípade poukázal na skutočnosť, že predmetné služby vo verejnej zákazke, ku ktorej sa sporná referencia vzťahuje, neposkytovala spoločnosť XX ako subdodávateľ skupiny dodávateľov „Združenie Niminica“, ale ako subdodávateľ výlučne len jedného z členov tohto združenia, a to uchádzača Doprastav a.s. v zmysle Zmluvy o dielo na vykonanie projektových a súvisiacich prác pre stavbu: „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa“ zo dňa 03. 11. 2016.

17. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že z obsahu vyššie uvedenej zmluvy nevyplýva akákoľvek spolupráca pri zhotovovaní diela osobami zo strany Doprastavu, a.s. ako objednávateľa projektových prác, ale ani nie je takáto participácia vylúčená. Úrad mal za to, že z predloženej

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

dokumentácie vyplýva, že spoločnosť XX nevystupovala ako člen „KK“ (skupiny dodávateľov), ani ako subdodávateľ „KK“, ale ako je uvedené vyššie, poskytnutie predmetných služieb táto spoločnosť poskytovala na základe zmluvného záväzku uzavretého výlučne len so spoločnosťou Doprastav a.s.

18. Úrad mal za to, že z predloženej dokumentácie, a najmä z vyjadrení uchádzača Doprastav a.s., vyplýva, že pri preukazovaní splnenia predmetnej podmienky účasti tento uchádzač neodôvodňuje jej splnenie len predložením referencie, ktorá preukazuje skúsenosti „KK“ ako skupiny dodávateľov, v ktorej bol členom, ale vo svojich vyjadreniach doručených kontrolovanému v rámci vysvetlení sa uchádzač Doprastav a.s. odvoláva na skutočnosť, že za účasti jeho vlastných interných kapacít participoval, resp. sa podieľal na poskytovaní projektových služieb, a to v úzkej spolupráci so spoločnosťou XX, čím vyhlasuje, že sa na poskytovaní predmetných služieb čiastočne podieľal.

19. Vzhľadom na vyššie uvedené úrad poukázal na to, že kontrolovaný v rámci vykonaných vysvetľovaní žiadnym spôsobom neskúmal argumentáciu uchádzača Doprastav, a.s., podľa ktorej boli projektové práce realizované v úzkej súčinnosti so spoločnosťou XX., a to vlastnými odbornými kapacitami uchádzača.

20. Kontrolovaný sa podľa úradu zaoberal samotnou realizáciou služieb, ktoré sú predmetom predloženej referencie, avšak pri tomto skúmaní poskytovania projekčných prác sa zameral len na zisťovanie skutočnosti, či bola spracovateľom DSPRS spoločnosť XX, a nie na preskúmanie skutočnosti, či spolu s touto spoločnosťou na spracovaní DSPRS podieľali aj kapacity spoločnosti Doprastav a.s.

21. Úrad mal teda za to, že za týchto okolností nie je možné reálne potvrdiť ani vyvrátiť, či sa spoločnosť Doprastav a.s. podieľala na poskytovaní kontrolovaným požadovaných služieb, ako ani zistiť, v akom rozsahu sa podieľali odborné kapacity samotného uchádzača Doprastav a.s. na vypracovaní predmetných projekčných prác.

22. Úrad konštatoval, že kontrolovaný sa nezaoberal tvrdením uchádzača Doprastav, a.s. o podieľaní sa svojimi internými kapacitami na poskytovaní služieb, ktoré boli predmetom posúdenia kontrolovaným vo vzťahu k predloženej referencii tohto uchádzača pri skúmaní splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho bez preukázania alebo vyvrátenia tejto skutočnosti nie je možné posúdiť relevantnosť postupu kontrolovaného vo vzťahu k vyhodnoteniu splnenia predmetnej podmienky účasti týmto uchádzačom.

23. Úrad mal za to, že v situácii, keď sa uchádzač rozhodne použiť skúsenosti skupiny dodávateľov, ktorej bol členom, je v zmysle vyššie uvedenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie potrebné skúmať jeho skutočný rozsah podieľania sa na výkone činnosti realizovanej združením, a rovnako je potrebné prihliadať aj na skutočný rozsah podieľania sa na výkone činnosti, ktorú pre združenie realizoval podzhotoviteľ.

24. Úrad uviedol, že z predloženej dokumentácie je zrejmé, že kontrolovaný sa vo svojich vyjadreniach nedostatočne zaoberal skutočnosťou, či a v akej miere sa uchádzač Doprastav a.s. podieľal na poskytovaní služieb prostredníctvom svojich interných kapacít. Úrad mal za to, že bez preukázania a dovysvetlenia tejto skutočnosti nie je možné posúdiť a vyhodnotiť splnenie dotknutej podmienky účasti uchádzačom Doprastav a.s.

25. V súvislosti s tvrdením kontrolovaného cit.: *„Ak Úrad pre verejné obstarávanie pripustí, aby uchádzači umelo svojou nedbalosťou predlžovali proces verejného obstarávania, a všetka zodpovednosť bude ležať na len na pleciach verejných obstarávateľov/obstarávateľov, potom všetky novoprijaté ustanovenia, ktoré mali proces verejného obstarávania urýchliť, sa minú*

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

svojmu účinku.“, úrad uviedol, že v danom prípade nie je možné súhlasiť s tvrdením kontrolovaného, nakoľko podľa úradu sa práve kontrolovaný svojou nedbalosťou dostal do tejto situácie sám, pričom sa stačilo jednoznačne a adresne pýtať. Podľa úradu kontrolovaný nemôže automaticky vinu za celý (v niektorých bodoch nejasný) priebeh vyhodnocovania splnenia podmienok účasti dávať iba uchádzačovi.

26. Úrad uviedol, že súhlasí s tvrdením kontrolovaného, že v prípade, ak sa na jednej zákazke podieľal dodávateľ spolu so svojimi subdodávateľmi, mal by sa verejný obstarávateľ sústrediť na preverenie reálneho stavu, pričom dôkazné bremeno je na jednotlivých hospodárskych subjektoch. Vychádzajúc z uvedeného tvrdenia sa kontrolovaný mal podľa názoru úradu sústrediť na preverenie tvrdení uchádzača, ktorý v rámci svojej dôkaznej argumentácie predkladal v procese jednotlivých vysvetľovaní informácie, akým spôsobom a v akom rozsahu sa podieľal na plnení referenčnej zákazky, pričom kontrolovaný mohol jednoznačne odstrániť pochybnosti týkajúce sa splnenia predmetnej podmienky účasti zo strany uchádzača Doprastav, a.s., prípadne požiadať o predloženie dokladov preukazujúcich tvrdenia tohto uchádzača.

27. Úrad v závere právneho posúdenia konštatoval, že kontrolovaný pri vyhodnocovaní splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní u uchádzača Doprastav a.s. postupoval v rozpore s § 40 ods. 1 a ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keď vylúčil tohto uchádzača z predmetnej verejnej súťaže v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez toho, aby sa dostatočne zaoberal a mal relevantne za preukázané, že uchádzač Doprastav a.s. sa svojimi vlastnými kapacitami žiadnym spôsobom, resp. relevantným na splnenie predmetnej podmienky účasti, nepodieľal na požadovanom poskytnutí predmetných služieb, t. j. či splnil alebo nesplnil požadovanú podmienku účasti. Nakoľko je kontrolovaný v každej fáze procesu verejného obstarávania povinný uplatňovať základné princípy verejného obstarávania, úrad zároveň konštatoval, že kontrolovaný postupoval súčasne v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom transparentnosti, princípom proporcionality a hospodárnosti a efektívnosti.

28. Úrad mal zároveň za to, že uvedené konanie kontrolovaného mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko uchádzač Doprastav a.s. predložil ponuku s najnižšou cenou, pričom nemožno vylúčiť, že v prípade, ak by nedošlo k vylúčeniu tohto uchádzača, mohol by sa stať v danom prípade úspešným. V kontexte uvedeného úrad konštatoval, že vylúčenie ponuky uchádzača z procesu verejného obstarávania je najtvrdším zásahom do práva zúčastniť sa verejného obstarávania. Úrad preto uviedol, že aby bolo možné charakterizovať vylúčenie ponuky uchádzača ako dôvodné a vykonané 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, a v neposlednom rade musí byť riadne a zrozumiteľne odôvodnené. Úrad mal však za to, že vylúčenie ponuky uchádzača Doprastav a.s. tieto atribúty z vyššie uvedených dôvodov nespĺňa.

29. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uviedol, že odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti venoval zvýšenú pozornosť dodržiavaniu princípov verejného obstarávania v celom procese zadávania postupu zákazky, pričom musí v prvom rade postupovať transparentne tak, že z dokumentácie bude zjavné, aké boli dôvody, ktoré ho viedli k záveru o povinnosti vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania, pričom tieto dôvody budú riadne preskúmateľné, dôvodné a správne aplikované v kontexte zadávacej dokumentácie. Úrad na záver uviedol, že kontrolovaný musí s určitosťou vedieť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší

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

zásah do práv uchádzača, ku ktorému má kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností.

30. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností úrad rozhodol tak, ako je uvedené v bode 1 tohto rozhodnutia.

Odvolanie kontrolovaného

31. Proti predmetnému rozhodnutiu úradu podal kontrolovaný odvolanie. V úvode odvolania kontrolovaný poukazuje na to, že proti predmetnému rozhodnutiu úradu je možné podať odvolanie, a to z dôvodu, že Zmluva o poskytnutí nenávratného finančného príspevku nebola uzatvorená, tzn. zákazka nie je úplne a ani z časti financovaná z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov v programovom období 2014 – 2020. Kontrolovaný má teda za to, že poučenie v rozhodnutí úradu je nesprávne.

32. Kontrolovaný v odvolaní vyjadruje presvedčenie, že pri vyhodnocovaní podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, metodikou úradu, ako aj v súlade s právoplatnými rozhodnutiami v skutkovo obdobných prípadoch.

33. Kontrolovaný poukazuje na proces vysvetľovania ponuky uchádzača Doprastav, a.s. a má za to, že komisia sa dostatočne (viac ako dva mesiace) zaoberala splnením podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to prostredníctvom šiestich žiadostí o vysvetlenie. Kontrolovaný poukazuje na to, že komisia sa okrem toho dopytovala aj samotného generálneho projektanta stavby s cieľom preveriť pravdivosť tvrdenia uchádzača. Kontrolovaný zároveň trvá na tom, že každá jedna žiadosť o vysvetlenie bola formulovaná dostatočne zrozumiteľne, no napriek tomu nebol uchádzač schopný preukázať pravdivosť svojich tvrdení a splnenie predmetnej podmienky účasti. Kontrolovaný má preto za to, že postupoval v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko za daného skutkového stavu nemal inú možnosť ako pristúpiť k vylúčeniu tohto uchádzača.

34. Kontrolovaný má za to, že:
    i. oslovil najpovolanejšie osoby – generálneho projektanta a objednávateľa referenčného plnenia, s cieľom preveriť uchádzača Doprastav, a.s.. pričom ani jeden z oslovených subjektov neuviedol uchádzača Doprastav, a.s. ako subjekt podieľajúci sa na projektovej činnosti,
    ii. uchádzač Doprastav, a.s. nepredložil ani jeden dôkaz o jeho participácii na projektových činnostiach,
    iii. uchádzač Doprastav, a.s. nebol uvedený v predmetnej projektovej dokumentácii ako osoba zodpovedná za projektovú dokumentáciu,
    iv. zmluva o dielo uzavretá medzi uchádzačom Doprastav, a.s. a XX. neupravuje spoločné dielo uchádzača Doprastav, a.s. a XX.,
    v. samotný uchádzač Doprastav, a.s. vo vysvetlení žiadosti zo dňa 19. 11. 2021 uviedol, že si služby objednal u tretej osoby,
    vi. po konfrontovaní so zisteniami komisie sa žiadnym relevantným spôsobom uchádzač Doprastav, a.s. nebránil, napriek tomu, že dôkazné bremeno preukázania splnenia podmienky účasti je na uchádzačoch.

35. Kontrolovaný uvádza, že uchádzač Doprastav, a.s. nepreukázal splnenie predmetnej podmienky účasti aj napriek niekoľkonásobným možnostiam, ktoré mu poskytla komisia kontrolovaného. Kontrolovaný preto uvádza, že rozhodnutie úradu považuje za nespravodlivé, a to z toho dôvodu, že kontrolovaný dal uchádzačovi množstvo príležitostí prostredníctvom žiadostí o vysvetlenie, pričom uchádzačovi vždy jasne uviedol, čo od neho potrebuje k tomu, aby mohol vysloviť záver o splnení predmetnej podmienky účasti.

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

36. Kontrolovaný má za to, že napriek prvým dvom jasným, určitým a zrozumiteľným žiadostiam o vysvetlenie, uchádzač nebol schopný preukázať splnenie podmienky účasti. Kontrolovaný dodáva, že je toho názoru, že komisia kontrolovaného mohla uchádzača už v tomto štádiu verejného obstarávania vylúčiť (čo však nespravila a dala uchádzačovi niekoľko ďalších možností).

37. Kontrolovaný má za to, že je irelevantné, že od uchádzača nepožadoval priamo dôkaz o plnení potvrdený odoberateľom, resp. vyhlásenie uchádzača o poskytnutí služby. Kontrolovaný v tejto súvislosti ďalej uvádza, že v oboch prípadoch by totiž bolo nutné doplniť aj doklad preukazujúci ich uskutočnenie. Podľa kontrolovaného je podstatné, že žiadal predloženie dokladu, ako aj podľa úradu mal žiadať a uchádzač ho nepredložil.

38. Kontrolovaný má za to, že otázku, ktorú položil generálnemu projektantovi formuloval jasne. V tejto súvislosti ďalej uvádza, že nerozumie, čo by sa zmenilo, ak by v žiadosti adresovanej generálnemu projektantovi priamo označil uchádzača. Podľa kontrolovaného nie je dôvod sa domnievať, že jeho odpoveď by bola iná, ak by kontrolovaný uchádzača v liste označil.

39. Kontrolovaný má za to, že uchádzač premárnil aj poslednú šancu, a to tak, že namiesto toho, aby preukázal reálny prínos k projektovej činnosti sa rozhodol poskytnúť vlastnú právnu analýzu situácie.

40. Kontrolovaný má za to, že z jeho jednotlivých úkonov je zrejmé, že vynaložil dostatočné úsilie na to, aby vyhľadal rozhodnutia a metodickú činnosť v skutkovo podobných prípadoch, opakovane sa pýtal uchádzača, oslovil príslušných zamestnancov objednávateľa, oslovil generálneho projektanta a otázky formuloval určito.

41. Kontrolovaný je toho názoru, že zákon o verejnom obstarávaní neporušil a trvá na tom, že dôkazné bremeno preukázania splnenia podmienok účasti bolo na uchádzačovi, ktorému poskytol dostatok priestoru, aby preukázal splnenie dotknutej podmienky účasti a objasnil sporné skutočnosti. Kontrolovaný má za to, že vylúčenie uchádzača bolo len prirodzeným zákonným dôsledkom toho, že svojimi vysvetleniami neodstránil pochybnosti kontrolovaného.

42. V závere odvolania preto kontrolovaný žiada, aby rada zmenila rozhodnutie úradu, a to tak, že úrad zastavuje konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že nebolo zistené porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Zistenia rady

43. Po preskúmaní dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy rada zistila nasledovné skutočnosti:

44. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky s názvom „ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č. 2 Bratislava – Lamačská brána“. Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo zverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 151/2021 zo dňa 06. 08. 2021 pod č. 398838 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 186/2021 zo dňa 09. 08. 2021 pod značkou 40514 – MSP. Na obstaranie vyššie identifikovaného predmetu zákazky použil kontrolovaný postup reverznej verejnej súťaže podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 6 374 369,73 eur bez DPH ide o nadlimitnú zmiešanú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, kde úspešný uchádzač zabezpečí aj vypracovanie projektovej dokumentácie. Daná zákazka má byť financovaná z fondov Európskej únie, konkrétne z operačného programu Integrovaná infraštruktúra 2014-

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

2020, Prioritná os 3 – Verejná osobná doprava a zo štátneho rozpočtu. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 01. 10. 2021 do 8:30 hod. predložili ponuku dvaja uchádzači. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 01. 10. 2021 o 9:00 hod. Z predmetného verejného obstarávania bol vylúčený uchádzač Doprastav, a.s. Úspešným uchádzačom sa stal uchádzač TSS GRADE, a.s., Dunajská 48, 811 08 Bratislava s ponukovou cenou vo výške 7 831 582,72 eur bez DPH, t. j. 9 397 899,26 eur s DPH, s ktorým kontrolovaný uzavrel Zmluvu o dielo č. 21040/001 zo dňa 30. 03. 2022.

45. V kapitole E. „Podmienky účasti uchádzačov“, Časť I. „Podmienky účasti uchádzačov“ súťažných podkladov sa uvádza nasledovné, cit.:

“9. Uchádzač musí v ponuke predložiť informácie a dokumenty, ktorými preukazuje technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 ZVO. Preukáže ich predložením dokladov podľa § 34 ods. 1 písm. a), b), a g) ZVO. Skupina dodávateľov preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti spoločne.

Minimálne požiadavky (minimálna úroveň):

9.1. § 34 ods. 1 písm. a) ZVO Zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.

Službami rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky sú služby týkajúce sa vypracovania projektovej dokumentácie terminálov osobnej prepravy (kombinujúce koľajovú a autobusovú dopravu), alebo stavieb železničnej infraštruktúry, vrátane rozsiahlejších spevnených plôch určených pre dopravu (napr. autobusovú), alebo modernizácie respektíve rekonštrukcie železničnej trate vrátane rozsiahlejších spevnených plôch určených pre dopravu.

(...)

Vyžadujú sa nasledovné služby rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky:

- poskytnutie aspoň jednej služby týkajúcej sa projektových prác (pripúšťa sa: DSP, DRS, DSPRS)

- poskytnutie aspoň jednej služby, pri ktorej bol rozpočtový náklad stavby viac ako 100 000 EUR bez DPH.

Uchádzač môže preukázať splnenie podmienok účasti aj predložením jednej referencie zahrňujúcej horeuvedené podmienky účasti, z ktorej bude podmienka účasti preukázaná. (...).

Požaduje sa predložiť zoznam zmlúv rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky spracovaný podľa vzoru Formulár „A“ tejto kapitoly. V tomto zozname bude uvedená zákazka/zmluva týkajúca sa poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania preukazujúca splnenie danej podmienky účasti, ako aj informácia, či je/nie je k príslušnej zákazke/zmluve uverejnená referencia v evidencii referencií vyhotovená verejným obstarávateľom/obstarávateľom podľa ZVO vrátane odkazu na uverejnenie tejto referencie v evidencii referencií. V prípade iných osôb sa preukazuje splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO iba predložením zoznamu zmlúv.“

46. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov**“ zo dňa 19. 10. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. cez IS EVO dňa 19. 10. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

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

„(...) Žiadame Vás o vysvetlenie, prečo ste v ponuke nepredložili zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, doklad preukazujúci poskytnutie aspoň jednej služby týkajúcej sa projektových prác (pripúšťa sa DSP, DRS. DSPRS) a doklad preukazujúci poskytnutie aspoň jednej služby, pri ktorej bol rozpočtový náklad stavby viac ako 100 000 EUR bez DPH alebo JED. (...).“

47. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 20. 10. 2021 doručil vysvetlenie označené ako „ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána - **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie**“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Uchádzač konštatuje, že v ponuke predložil životopis autorizovaného projektanta YY, z ktorého vyplýva jeho účasť na viacerých projekčných prácach v stupni DSPRS, ktoré vykonával aj priamo pre Uchádzača, ako aj pre Verejného obstarávateľa. Napríklad stavba Uchádzača: ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, v ktorej zodpovedal za vypracovanie dokumentácie v stupni DSPRS (toho času v realizácii) resp. stavba KRŽZ koľaje č. 1 ŽST Lúky pod Makytou – št. hr. SR/ČR, v ktorej rovnako vypracoval dokumentáciu pre Verejného obstarávateľa v stupni DSPRS.“

48. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie predložených dokladov**“ zo dňa 28. 10. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. cez IS EVO dňa 28. 10. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Komisia konštatuje, že v odpovedi na žiadosť sa v bode 2 odvolávate na doklad „životopis“, ktorý nebol predložený v ponuke, nakoľko ho ani verejný obstarávateľ nepožadoval predložiť. Zároveň sa v bode 2 odvolávate na stavbu „KRŽZ koľaje č. 1 ŽST Lúky pod Makytou - št. hr. SR/ČR“, o ktorej komisia nenašla zmienku v žiadnom doklade alebo dokumente vo Vami predloženej ponuke.

Komisia konštatuje, že Vami predložené vysvetlenie nezodpovedá požiadavke stanovenej verejným obstarávateľom uvedenej ako minimálne požiadavky (minimálna úroveň) pre splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO v zmysle Kapitoly E. Podmienky účasti uchádzačov, Časť 1. Podmienky účasti uchádzačov, bod 9.1. súťažných podkladov (...).

Požadoval sa predložiť zoznam zmlúv rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky spracovaný podľa vzoru Formulár „A“ tejto kapitoly. V tomto zozname mala byť uvedená zákazka/zmluva týkajúca sa poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania preukazujúca splnenie danej podmienky účasti, ako aj informácia, či je/nie je k príslušnej zákazke/zmluve uverejnená referencia v evidencii referencií vyhotovená verejným obstarávateľom/obstarávateľom podľa ZVO vrátane odkazu na uverejnenie tejto referencie v evidencii referencií. V prípade iných osôb sa malo preukazovať splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO iba predložením zoznamu zmlúv.

Verejný obstarávateľ taktiež umožnil uchádzačom predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti JED-om, čo bolo uvedené v Kapitole E. Podmienky účasti uchádzačov, Časť 1. Podmienky účasti uchádzačov, bod 12. a 13. súťažných podkladov.

Vo Vami predloženej ponuke sa nachádza „Referenčný list kľúčového odborníka“ pre experta/odborníka na pozícii Autorizovaný stavebný inžinier, v ktorom je uvedená referenčná zákazka „ŽSR, Modernizácia trate Púchov-Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod. – optimalizácia“ . Komisia konštatuje, že referenčný list kľúčového odborníka, ktorý je podpísaný expertom/odborníkom, nemožno považovať za „referenciu“ v zmysle vyššie uvedenej

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

požiadavky verejného obstarávateľa.

Vzhľadom na Vašu odpoveď na žiadosť a doklady a dokumenty, ktoré ste predložili v ponuke, komisia nemá za preukázané splnenie podmienky účasti podľa§ 34 ods. 1 písm. a) ZVO a preto považuje za potrebné Vás opätovne požiadať o vysvetlenie.

1.1. Žiadame Vás o vysvetlenie, prečo ste v ponuke nepredložili zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, doklad preukazujúci poskytnutie aspoň jednej služby týkajúcej projektových prác (pripúšťa sa: DSP, DRS, DSPRS) a doklad preukazujúci poskytnutie aspoň jednej služby, pri ktorej bol rozpočtový náklad stavby viac ako 100 000 EUR bez DPH alebo JED. (...).“

49. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 03. 11. 2021 doručil kontrolovanému vysvetlenie označené ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána“ – **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie**“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) K uvedenému si Uchádzač dovoľuje uviesť, že pre splnenie podmienky účasti uvažuje s výkonom prác od YY, prostredníctvom spoločnosti ZZ, ktorého „Referenčný list kľúčového odborníka“ pre experta/odborníka na pozícii Autorizovaný stavebný inžinier uviedol. Chybou pri písaní odpovedi sa stalo, že životopis kľúčového odborníka sa nepodarilo nahrať na portál zákazky v systéme EVO. Uvedený životopis si dovoľujem predložiť ako prílohu tohto vysvetlenia. Uchádzač si ďalej dovoľuje uviesť, že v zmysle životopisu bola účasť YY ako zodpovedného projektanta stupňa DSPRS a ďalších na zákazku „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h“ potvrdené referenčným listom obstarávateľa – Železníc Slovenskej republiky, ktoré vydali na túto zákazku referenčný list pre spoločnosť AB., ktorej bol v tom čase zamestnancom. Druhú spomínanú referenciu na vypracovanie projektovej dokumentácie v stupni DSPRS vrátane IGP a DP na zákazke „KRŽZ, koľaje č. 1 ŽST Lúky pod Makytou – št. hr. SR/ČR“, realizoval YY, zastúpený spoločnosťou ZZ pre spoločnosť BC Nakoľko sa jedná o realizáciu prác pre súkromnú spoločnosť, uvedený referenčný list si Vám dovoľujeme zaslať ako prílohu tejto odpovede na Vašu Žiadosť.“

50. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie predložených dokladov**“ zo dňa 08. 11. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. dňa 08. 11. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Komisia konštatuje, že v súvislosti s odpoveďou na žiadosť č. 2 ste v rámci odpovede k bodu 1 doplnili doklad:

- *„Životopis“, na ktorý nie je možné prihliadať, nakoľko tento doklad verejný obstarávateľ nepožadoval predložiť, a zároveň je charakteru, ktorý preukazuje odbornú prax experta/ odborníka, ktorú možno žiadať na preukázanie splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. g) ZVO,*
- *„Referencia“ na stavbu „KRŽZ, koľaje č. 1 ŽST Luky pod Makytou - št. hr. SR/ČR“, na ktorú nie je možné prihliadať, nakoľko doplneniu tohto dokladu predchádzala žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov a z predloženej referencie je zrejmé, že bola vyhotovená 29.10.2021 účelovo, pričom toto doplnenie dokladu sa môže vzťahovať len na doklady už predložené v ponuke.*

Komisia konštatuje, že z obsahu Vašej ponuky jednoznačne vyplýva, že spoločnosť ZZ je inou osobou, ktorej odborné kapacity majú byť použité iba na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO pre experta/ odborníka na pozícii Autorizovaný stavebný inžinier.

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

Dôkaz:

V doklade „ZOZNAM INÝCH OSÔB, PROSTREDNÍCTVOM KTORÝCH UCHÁDZAČ PREUKAZUJE SPLNENIE PODMIENOK ÚČASTI“ zo dňa 29. 09. 2021, ako aj z aktualizovaného tohto dokladu zo dňa 25. 10. 2021 predloženého v rámci odpovede na žiadosť č. 1 uvádzate v stĺpci „Podmienka účasti (s odvolávkou na konkrétny §)“ odkaz na § 34 ods. 1 písm. g) ZVO. V dokumente „ZMLUVA O UZAVRETÍ BUDÚCEJ ZMLUVY“ zo dňa 29. 09. 2021 medzi spoločnosťou Doprastav, a.s. ako Budúcim objednávateľom a spoločnosťou ZZ ako Budúcim poskytovateľom je v čl. II, bod 2. uvedené, že, cit.: „Takouto formou je Budúci objednávateľ vo svojej ponuke Obstarávateľovi oprávnený preukázať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom Kľúčového experta č. 4 - Autorizovaný stavebný inžinier, v zmysle bodu 9.3 písm. e), definovanej v podmienkach účasti uchádzačov (časť E) Súťažných podkladov, ktoré poskytol Budúci poskytovateľ.“

Nakoľko ste nepredložili v ponuke žiaden požadovaný doklad k preukázaniu splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) ZVO a na základe predchádzajúcich dvoch vysvetlení nemá komisia stále za preukázané, či ste splnili túto podmienku účasti, bolo potrebné zaoberať sa referenciami, ktoré máte zverejnené v informačnom systéme Evidencia referencií vedenom Úradom pre verejné obstarávanie, tzn. preveriť z verejne prístupnej Evidencie referencií, či ste poskytovali služby rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania, ku ktorým je zverejnená referencia.

Komisia po oboznámení sa s rozsiahlym množstvom referencií usúdila, že je vhodnejšie Vás požiadať o vysvetlenie, v rámci ktorého sám identifikujete referenciu z verejne prístupnej Evidencie referencií, na základe ktorej by bolo preukázané splnenie danej podmienky účasti.

Po identifikovaní Vami určenej referencie komisia následne posúdi, či táto zodpovedá požiadavkám stanoveným v rámci danej podmienky účasti a či je možné konštatovať v plnom rozsahu splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO.

1.1. Žiadame Vás o vysvetlenie, v rámci ktorého identifikujete referenciu z verejne prístupnej Evidencie referencií, na základe ktorej by bolo preukázané splnenie podmienky účasti (poskytnutie služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, pre poskytnutie aspoň jednej služby týkajúcej projektových prác (pripúšťa sa: DSP, DRS, DSPRS) a doklad preukazujúci poskytnutie aspoň jednej služby, pri ktorej bol rozpočtový náklad stavby viac ako 100 000 EUR bez DPH). (...).“

51. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 12. 11. 2021 doručil kontrolovanému vysvetlenie označené ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána“ – **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie**“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) ***Uchádzač si dovoľuje ako referenciu splňujúcu podmienku účasti uviesť v už ponuke predloženú referenciu - Potvrdenie objednávateľa o uskutočnení stavebných prác, ktoré obstarávateľ – Železnice Slovenskej republiky vystavil v súvislosti s výstavbou stavby: „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa“****, vystavenou dňa 21. 7. 2020* ***pre „KK“*** *zastúpené* ***vedúcim členom združenia, spoločnosťou Doprastav, a. s.****, kde vo formulári „A“ uchádzač jasne vyznačil informáciu, že referencia nie je uvedená v evidencii referencií.*

Uvedená referencia je čiastkovou referenciou, nakoľko uvedená stavba sa stále nachádza v režime výstavby, avšak mapuje stav prestavanosti stavby ku dňu 30. 06. 2020. ***Uchádzačom***

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

***bol v rámci výstavby realizovaný napr. objekt SO 44. 33. 21.1 Púchov – Považská Bystrica**, nový železničný most nad Nosickou priehradou, ktorý je daný do prevádzky a **na ktorom Uchádzač realizoval zmenu dokumentácie v stupni DOKUMENTÁCIA PRE REALIZÁCIU STAVBY (DSPRS), REVÍZIA 1** (viď Príloha č. 1).*

Rozpočtový náklad uvedenej revízie DSPRS na vyššie uvedenom objekte niekoľkonásobne prevyšuje hodnotu požadovanú verejným obstarávateľom a je riadne zdokumentovaný v Centrálnom registri zmlúv, o čom je možné sa presvedčiť na uvedenom odkaze: https://crz.gov.sk/data/att/3728753_dokument1.pdf

Uchádzač si ďalej dovoľuje uviesť, že „projektovanie stavieb – dopravné stavby, pozemné komunikácie a letiská", „vyhodnocovanie realizačnej dokumentácie" a „vyhotovovanie dokumentácie pre vykonávanie prác na stavbe (vyhotovovanie realizačnej dokumentácie)" sú predmety činnosti Uchádzača zapísané v Obchodnom registri.

V zmysle súťažných podkladov stavby „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa", konkrétne v dokumente „0501_I_DVZ_rekapitulácia ceny.xls" sa v hárku „Spôsob určenia ceny" v bode 20 a 21 uvádza nasledovné:

„20. Úspešný uchádzač/zhotoviteľ na vlastné náklady musí vyhotoviť dokumentáciu skutočnej realizácie stavby (DSRS). Ocenenie tejto dokumentácie je uchádzač povinný premietnuť do jednotkových cien položiek jednotlivých stavebných objektov a prevádzkových súborov.

21. V prípade, že uchádzač predkladá ekvivalentné riešenie, musí mať v jednotkovej cene ekvivalentného riešenia zahrnuté všetky povinnosti a náklady spojené so zabudovaním ekvivalentu do diela, vrátane projektu, zabezpečenia údajov a výkresov, osvedčení, očakávaných schválení, opakovaných podaní, zmien a dodatkov diela. Pri návrhu uchádzača na prípadnú zámenu rovnocenných produktov je preto potrebné oceniť všetky spolupôsobiace materiály a zariadenia v stavebnej konštrukcii (súbore)."

*Z vyššie uvedeného jednoznačne vyplýva, že v prípade stavby „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa" je **referencia vydaná obstarávateľom zároveň aj referenciou obsahujúcou aj služby týkajúce sa projektových prác**, resp. náklady na vykonanie projektových prác.*

Uchádzač je presvedčený, že ním predložená referencia ako aj predložená ponuka plne spĺňanú podmienky zadané verejným obstarávateľom v rámci súťaže „ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána". (...)."

52. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie predložených dokladov**" zo dňa 18. 11. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. dňa 18. 11. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Komisia konštatuje, že v súvislosti s odpoveďou na žiadosť č. 3 ste v rámci odpovede uviedli o. i., cit.: „ ... Uchádzač si dovoľuje ako referenciu splňujúcu podmienku účasti uviesť v už ponuke predloženú referenciu - Potvrdenie objednávateľa o uskutočnení stavebných prác, ktoré obstarávateľ - Železnice Slovenskej republiky vystavil v súvislosti s výstavbou stavby: „ŽSR, Modernizácia trate Púchov - Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa", vystavenou dňa 21.7. 2020 pre „KK" zastúpené vedúcim členom združenia, spoločnosťou Doprastav, a. s. (...).

(...) Komisia konštatuje, že preverila informáciu, či Vaša spoločnosť realizovala zmenu dokumentácie v stupni DOKUMENTÁCIA PRE REALIZÁCIU STAVBY (DSPRS), REVÍZIA 1 a zistila, že predmetnú zmenu dokumentácie vykonal generálny projektant stavby, ktorým bola

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

spoločnosť AB.

Na základe titulnej strany predmetnej zmeny dokumentácie odovzdanej verejnému obstarávateľovi, ktorá tvorí prílohu tohto listu, komisia konštatuje, že informácia uvedená v odpovedi na žiadosť č. 3 nezodpovedá skutočnosti a má naďalej pochybnosť o splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. l písm. a) ZVO. Z toho dôvodu je potrebné Vás opätovne požiadať o vysvetlenie.

1.1. Žiadame Vás o vysvetlenie informácií uvedených v odpovedi na žiadosť č. 3 v nadväznosti na zistenie komisie, ktoré jednoznačne preukazuje inú skutočnosť."

53. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 19. 11. 2021 doručil kontrolovanému vysvetlenie označené ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána" – **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov**", v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) V Žiadosti verejný obstarávateľ uvádza, že preveril informáciu, či Uchádzač realizoval zmenu dokumentácie v stupni DOKUMENTÁCIA PRE REALIZÁCIU STAVBY (DSPRS), REVÍZIA 1 a zistil, že predmetnú dokumentáciu vykonal generálny projektant stavby, ktorým bola spoločnosť AB, pričom verejný obstarávateľ vychádzal z údajov uvedených na priloženej titulnej strane predmetnej zmeny dokumentácie odovzdanej verejnému obstarávateľovi. Podľa názoru verejného obstarávateľa informácia uvedená v odpovedi Uchádzača na žiadosť č.3 nezodpovedá skutočnosti, resp. preukazuje inú skutočnosť, a tak komisia verejného obstarávateľa má naďalej pochybnosť o splnení podmienky účasti podľa §34 ods. 1 písm. a) ZVO. Na základe vyššie uvedeného verejný obstarávateľ žiada Uchádzača „o vysvetlenie informácií uvedených v odpovedi na žiadosť č.3 v nadväznosti na zistenie komisie, ktoré preukazuje inú skutočnosť."

K vyššie uvedeným tvrdeniam verejného obstarávateľa Uchádzač uvádza nasledovné:

Splnenie podmienky účasti stanovenej podľa §34 ods. 1 písm. a) ZVO, ktorú verejný obstarávateľ citoval v Žiadosti, uchádzač preukazoval projektom „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa" *a príkladmo uvedeným* ***objektom SO 44.33.21.1 Púchov – Považská Bystrica, Nový železničný most nad Nosickou priehradou, ktorý je daný do prevádzky a na ktorom Uchádzač realizoval zmenu dokumentácie v stupni DOKUMENTÁCIA PRE REALIZÁCIU STAVBY (DSPRS), REVÍZIA 1*** *(viď Príloha č. 1). V odpovedi na žiadosť č.3 Uchádzač ďalej uviedol:*

- *Odkaz na Dodatok č.1, predmetom ktorého bola revízia DSPRS na SO 44.33.21.1 na projekte, ktorého zhotoviteľom je Uchádzač ako vedúci člen združenia,*
- *informáciu, že „projektovanie stavieb – dopravné stavby, pozemné komunikácie a letiská", „vyhodnocovanie realizačnej dokumentácie" a „vyhotovovanie dokumentácie pre vykonávanie prác na stavbe (vyhotovovanie realizačnej dokumentácie)" sú predmetmi činnosti Uchádzača zapísané v Obchodnom registri,*
- *citáciu zo súťažných podkladov referenčného projektu, v zmysle ktorej „Úspešný uchádzač/zhotoviteľ na vlastné náklady musí vyhotoviť dokumentáciu skutočnej realizácie stavby (DSRS), resp. „v prípade, že uchádzač predkladá ekvivalentné riešenie, musí mať v jednotkovej cene ekvivalentného riešenia zahrnuté všetky povinnosti a náklady spojené so zabudovaním ekvivalentu do diela, vrátane projektu, zabezpečenia údajov a výkresov (...)"*

Nakoľko ***v rámci realizácie referenčného projektu vznikla potreba vypracovať revidovanú***

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

DSPRS na SO 44.33.21.1, Uchádzač jej spracovanie zabezpečil *v úzkej súčinnosti s vlastnými odbornými kapacitami Uchádzača.*

Uchádzač je presvedčený, že zistenia komisie verejného obstarávateľa nie sú v rozpore s informáciami Uchádzača poskytnutými v jeho ponuke, resp. jej vysvetleniach. Projekt „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa" okrem realizácie stavebných prác zahŕňal aj služby týkajúce sa projektových prác, resp. náklady na vykonanie projektových prác.

Z údajov (rozpisiek) uvedených na titulnej strane DSPRS k SO 44.33.21.1, ktorá bola prílohou Žiadosti, podľa názoru Uchádzača vyplývajú nasledovné skutočnosti:

1. *Spol. AB je generálnym projektantom stavby, ktorú t. č. zastupoval manažér projektu/zodpovedný projektant ucelenej časti YY, ktorý je v Uchádzačom predloženej ponuke navrhnutý na pozíciu experta/kľúčového odborníka Autorizovaný stavebný inžinier. Uvedená spoločnosť v rámci predmetného projektu zároveň v zmysle ustanovení zákona č. 138/1992 Zb. v znení neskorších zmien a doplnkov (Autorizačný zákon) vykonáva funkciu autorského dozoru. Úlohou generálneho projektanta je okrem iného aj dohliadať na kompatibilitu projektových riešení jednotlivých objektov tak aby sa vzájomne neovplyvňovali, ale tvorili jeden funkčný celok. Preto sa na rozpiskách všetkých objektov celého projektu nachádza a musí nachádzať aj informácia a súhlasné stanovisko generálneho projektanta stavby bez ohľadu na skutočnosť kto uvedenú dokumentáciu DSPRS skutočne vypracoval.*
2. *Zodpovedným projektantom dokumentácie v stupni DSPRS SO 44.33.21.1 je Ing. Libor Konečný, ktorý je riaditeľom a konateľom spol.* ***XX. S uvedenou spoločnosťou Uchádzač ako zhotoviteľ tohto stavebného objektu prostredníctvom vlastných odborných kapacít spolupracoval pri spracovaní projektovej dokumentácie so spol. XX*** *(viď napr. http://www.XX.cz/novy-zeleznicni-most-nad-nosickou-prehradou). Predmetom spolupráce bol okrem iného aj návrh koncepcie montáže mosta SO 44.33.21.1, vypracovanie aktualizovanej DRS v súlade s nasadením technológií Uchádzača v častiach zakladanie, spodná stavba, nosná konštrukcia mosta a provizórne premostenie rieky Váh alebo vypracovanie výrobno-technickej dokumentácie (VTD) pre vozíky letmej betonáže.*

Vzhľadom na uvedené vyššie ***je nesporné, že vykonávateľom revízie č. 1 DSPRS na objekte SO 44.33.21.1. je spoločnosť XX, ktorá uvedené práce vykonávala vzhľadom na svoju odbornosť na základe zmluvného vzťahu s Uchádzačom, ktorý bol realizátorom uvedeného objektu****. Spoločnosť AB z titulu výkonu generálneho projektanta stavby zazmluvneného združením overovala a potvrdzovala správnosť vypracovanej revízie 1 - DSPRS.*

V zmysle súťažných podkladov a podmienok účasti stanovených verejným obstarávateľom bolo pre naplnenie podmienky podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO potrebné predložiť, cit.: „požaduje sa predložiť zoznam zmlúv rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky....", pričom uchádzač mohol preukázať splnenie podmienok účasti aj predložením jednej referencie zahrňujúcej podmienky účasti, z ktorej bude podmienka účasti preukázaná.

V odpovedi na žiadosť č.3 Uchádzač uviedol odkaz na Dodatok č. 1 ku Zmluve o dielo „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa", predmetom ktorého bola revízia DSPRS na SO 44.33.21.1 a je teda zrejmé, že týmto ***Dodatkom č. 1 došlo k rozšíreniu predmetu zmluvy aj o revíziu DSPRS****.*

Skutočnosť, či uchádzač na výkon niektorých prác alebo služieb vyplývajúcich zo zmluvy uzatvorenej medzi ním a verejným obstarávateľom použije výlučne vlastné zdroje (napr. vlastných zamestnancov) alebo si časť týchto prác nechá dodať ***od tretích osôb (subdodávateľov)****, pri zachovaní súladu so ZVO, je na rozhodnutí Uchádzača. Uchádzač,*

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

aj v prípade, že si časť prác alebo služieb zadováži od tretej osoby, je naďalej v pozícii priamo zodpovedného za výkon týchto prác alebo dodanie služieb voči verejnému obstarávateľovi, nakoľko ako priamy subjekt má s ním uzatvorenú zmluvu, z ktorej mu vyplývajú práva a povinnosti.

Ak by sme zachovali logiku, ktorú v tomto prípade aplikuje verejný obstarávateľ (odvolávajúc sa na titulnú stranu bez ohľadu na to, kto bol objednávateľom danej služby a v akom právnom rámci a postavení bola táto služba dodaná) bolo by v takomto prípade možné spochybniť akékoľvek referencie za iné stavebné práce, či služby, ktoré uchádzač nakupuje, resp. využíva od tretích osôb a ktoré nedodal výlučne vlastnými kapacitami.

Máme za to, že predložením zmluvy, ktorej predmetom bola revízia DSPRS, Uchádzač naplnil požiadavku stanovenú verejným obstarávateľom, nakoľko uvedené jednoznačne preukazuje skutočnosť, že Uchádzač dodal verejnému obstarávateľovi tieto služby ako súčasť predmetu zmluvy. Tieto služby si síce Uchádzač objednal u tretej osoby (najmä aj s dôrazom na dodržanie platnej legislatívy – autorizácia), ale to nemôže automaticky znamenať, že nie je nositeľom tejto referencie.

***Cieľom splnenia podmienok účasti prostredníctvom referencií je preukázanie schopností dodať rovnaký alebo obdobný predmet zákazky**. Máme za to, že nami predložená referencia tento cieľ spĺňa. (...) Je nesporné, že finančný rozsah projekčných prác je zahrnutý v referencii, ktorej nositeľom je Uchádzač. (...).“*

54. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie predložených dokladov**“ zo dňa 01. 12. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. dňa 01. 12. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Komisia konštatovala, že v súvislosti s odpoveďou na žiadosť č. 4 mala naďalej pochybnosť o splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO, a preto považovala za potrebné požiadať generálneho projektanta danej stavby spoločnosť AB o vyjadrenie sa ku skutočnostiam, ktoré ste uviedli v odpovedi na žiadosť č. 4.

Komisia požiadala listom č. 28042/2019/0220, 32199/2020/0220 zo dňa 23.11.2021 spoločnosť AB o poskytnutie informácií, prílohou ktorého bola titulná strana zmeny dokumentácie odovzdanej verejnému obstarávateľovi (táto príloha bola identická s prílohou, ktorú sme Vám zaslali listom č. 32199/2020/0220, zo dňa 16.11.2021).

Spoločnosť AB zaslala odpoveď na žiadosť o poskytnutie informácií e-mailom dňa 29.11.2021 v určenej lehote.

Komisia konštatuje, že vzhľadom na skutočnosť uvedenú v odpovedi zaslanej spoločnosťou AB, cit.: ‚(,...) spracovateľom DSPRS SO 44.33.21.1, revízia č. 1 je firma XX, ktorá uvedenú DSPRS spracovávala v úzkej spolupráci s Generálnym projektantom AB, tak ako je to zrejmé z prílohy vášho listu.“, je potrebné Vás opätovne požiadať o vysvetlenie, nakoľko:

(i) v plnom rozsahu nebola potvrdená informácia, že iba spoločnosť XX bola spracovateľom DSPRS SO 44.33.21.1, revízia č. 1,

(ii) z predchádzajúcich Vašich odpovedí ste poskytli rôzne informácie, ktoré boli pre komisiu v mnohých prípadoch zavádzajúce k objasneniu skutočností rozhodujúcich pre vyhodnotenie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO, napriek tomu, že žiadosti o vysvetlenie boli formulované jasne a zrozumiteľne a odôvodňovali aplikáciu inštitútu vysvetlenia dokladov predložených na preukázanie splnenia podmienok účasti zo strany komisie opakovane.

1.1 Žiadame Vás o vysvetlenie skutočnosti, ktorú uviedla spoločnosť AB vo svojej odpovedi.

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

1.2 ***Žiadame Vás o vysvetlenie, prečo ste v ponuke nepredložili Jednotný európsky dokument, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO****. (...).“*

55. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 03. 12. 2021 doručil kontrolovanému vysvetlenie označené ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána“ – **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov**“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Uchádzač je presvedčený, že ***odpoveď generálneho projektanta – spol. AB nie je v rozpore s informáciami Uchádzača poskytnutými v jeho ponuke, resp. jej vysvetleniach****. Uvedená spoločnosť v rámci Referenčného projektu zároveň v zmysle ustanovení zákona č. 138/1992 Zb. v znení neskorších zmien a doplnkov (Autorizačný zákon) vykonávala funkciu autorského dozoru. Úlohou generálneho projektanta je okrem iného aj dohliadať na kompatibilitu projektových riešení jednotlivých objektov tak aby sa vzájomne neovplyvňovali, ale tvorili jeden funkčný celok. Preto sa na rozpiskách všetkých objektov celého projektu nachádza a musí nachádzať aj informácia a súhlasné stanovisko generálneho projektanta stavby bez ohľadu na skutočnosť, kto uvedenú dokumentáciu DSPRS skutočne vypracoval. Z uvedeného dôvodu* ***spol. XX musela uvedenú DSPRS spracovať v úzkej spolupráci s generálnym projektantom****.*

Uchádzač opätovne odkazuje aj na *informácie uvedené na: http://www.XX.cz/novy-zeleznicni-most-nad-nosickou-prehradou a* ***priloženú Zmluvu o dielo uzatvorenú medzi Uchádzačom – spol. Doprastav, a.s. a spol. XX.***

Vysvetlenie k bodu 1.2

V zmysle súťažných podkladov a podmienok účasti stanovených verejným obstarávateľom bolo pre naplnenie podmienky podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO potrebné predložiť, cit.: „zoznam zmlúv rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky spracovaný podľa vzoru Formulár „A“, pričom uchádzač mohol preukázať splnenie podmienok účasti aj predložením jednej referencie zahrňujúcej podmienky účasti, z ktorej bude podmienka účasti preukázaná. ***Konštatovanie komisie, že v ponuke Uchádzača sa nenachádza doklad „Zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky“ nie je pravdivé*** *(...). Uchádzač vo svojej ponuke predložil doklad –* ***vyplnený Formulár „A“ - „Zoznam zmlúv rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky“****.* ***Uvedený formulár slúžil k preukázaniu splnenia podmienok účasti nielen podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. a) ZVO*** *(služby rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky),* ***ale aj podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO*** *(stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky).*

Účelom určenia podmienok účasti týkajúcich sa preukázania technickej spôsobilosti je pripustiť do verejného obstarávania len vhodného uchádzača, ktorý je kvalifikovaný, primerane odborne a kapacitne zdatný a ktorý bude schopný realizovať celý predmet zákazky. Technická spôsobilosť sa potom posudzuje vo vzťahu k celej zákazke a nie k jej pomernej časti, nech je akokoľvek prevládajúca.

Dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb je možné preukázať aj vyhlásením uchádzača o ich dodaní, ktoré je doplnené dokladom preukazujúcim ich dodanie alebo preukazujúcim zmluvný vzťah, na základe ktorého boli dodané.

V odpovedi na žiadosť č. 3 Uchádzač uviedol odkaz na ***Dodatok č. 1 ku Zmluve o dielo „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., I. etapa“****, predmetom*

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

ktorého bola ***revízia DSPRS na SO 44.33.21.1 a je teda zrejmé, že týmto Dodatkom č. 1 došlo k rozšíreniu predmetu zmluvy aj o revíziu DSPRS****.*

Skutočnosť, či Uchádzač/Zhotoviteľ na výkon niektorých prác alebo služieb vyplývajúcich zo zmluvy uzatvorenej medzi ním a verejným obstarávateľom/Objednávateľom použije výlučne vlastné zdroje (napr. vlastných zamestnancov) alebo si časť týchto prác nechá dodať od tretích osôb/subdodávateľov, pri zachovaní súladu so ZVO/ZoD, je na rozhodnutí Uchádzača. Uchádzač/Zhotoviteľ aj v prípade, že si časť prác alebo služieb zadováži od tretej osoby/subdodávateľa, je naďalej v pozícií priamo zodpovedného za výkon týchto prác alebo dodanie služieb voči verejnému obstarávateľovi/Objednávateľovi, nakoľko ako priamy subjekt má s ním uzatvorenú zmluvu, z ktorej mu vyplývajú práva a povinnosti*.*

Je známych niekoľko rozhodnutí Súdneho dvora EÚ, ktoré konštatujú, že uchádzač môže na plnenie zákazky popri vlastných prostriedkov využiť aj prostriedky, ktoré patria jednému alebo viacerým subjektom (napr. rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 18. marca 2004 vo veci Siemens a ARGE Telekom).

Argumentáciu uchádzača podporujú aj argumenty *nachádzajúce sa na linku: Vybraná rozhodnutí v oblasti veřejných zakázek od roku 2020 - Portál o veřejných zakázkách*[1]*, konkrétne v Rozhodnutí ÚOHS, spisová značka:* ***ÚOHS-S0409/2020/VZ zo dňa 31.12.2020***[2] *(body 173 a 174),* ***v ktorom sa konštatuje, že v prípade, ak si dodávateľ, ktorý má zmluvu s objednávateľom, zabezpečí časť plnenia prostredníctvom inej (tretej) osoby, ktorá je oprávnená k poskytovaniu takéhoto plnenia, tak spravidla prislúcha táto referencia aj dodávateľovi práve z dôvodu, že je zmluvne zodpovedný za realizáciu celého plnenia voči objednávateľovi****.*

Ďalej sa v uvedenom dokumente uvádza, že ***ak dodávateľ v rámci referenčných zákaziek poskytoval plnenie prostredníctvom iných osôb a v rámci predmetného verejného obstarávania preukazoval splnenie podmienok účasti na technickú kvalifikáciu pomocou týchto referenčných zákaziek, za ktorých realizáciu niesol zodpovednosť, preukázal v tomto prípade príslušnú časť kvalifikácie v súlade s podmienkami účasti verejnej súťaže a zákonom****.*

Zo ZVO nijakým spôsobom nevyplýva povinnosť, aby Uchádzač pri vlastných referenciách preukazoval splnenie podmienok účasti *podľa § 32 ZVO (Jednotného európskeho dokumentu), resp. § 34 ods. 3 prostredníctvom iných osôb,* ***ak tieto boli v rámci referenčného projektu <u>v pozícii podzhotoviteľa</u> a ktorých kapacity Uchádzač ich v rámci realizácie zákazky, ktorá je predmetom tohto verejného obstarávania, nemieni využiť****.* ***Požiadavka verejného obstarávateľa na vysvetlenie, prečo Uchádzač vo svojej ponuke nepredložil „Jednotný európsky dokument, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa §34 ods. 1 písm. a) ZVO“, je preto z pohľadu Uchádzača s ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu irelevantná****.*

Ak by sme zachovali logiku, ktorú v tomto prípade aplikuje verejný obstarávateľ (odvolávajúc sa na titulnú stranu bez ohľadu na to, kto bol objednávateľom danej služby a v akom právnom rámci a postavení bola táto služba dodaná) bolo by v takomto prípade možné spochybniť akékoľvek referencie za iné stavebné práce, či služby, ktoré uchádzač nakupuje, resp. využíva od tretích osôb a ktoré nedodal výlučne vlastnými kapacitami.

Uchádzač má naďalej za to, že predložením zmluvy, ktorej predmetom bola revízia DSPRS Uchádzač naplnil požiadavku stanovenú verejným obstarávateľom, nakoľko uvedené

---

[1] https://portal-vz.cz/metodiky-stanoviska/databaze-rozhodnuti/vybrana-rozhodnuti-v-oblasti-verejnych-zakazek-od-roku-2020/

[2] https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-17089.html

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

jednoznačne preukazuje skutočnosť, že Uchádzač dodal verejnému obstarávateľovi tieto služby ako súčasť celého predmetu zmluvy. ***Tieto služby si síce Uchádzač objednal u tretej osoby*** *(najmä aj s dôrazom na dodržanie platnej legislatívy – autorizácia),* ***ale ako bolo vyššie uvedené, neznamená to, že nie je nositeľom tejto referencie****. (...) Je nesporné, že finančný rozsah projekčných prác je zahrnutý v referencii, ktorej nositeľom je Uchádzač.*

Uchádzač zároveň pripúšťa, že niektoré z predchádzajúcich vysvetlení mohli byť pre verejného obstarávateľa nejasné, resp. nepresné, za čo sa ospravedlňujeme. (...).“

56. V dokumente označenom ako „**Vysvetlenie predložených dokladov**“ zo dňa 08. 12. 2021, ktorý kontrolovaný odoslal uchádzačovi Doprastav a.s. dňa 08. 12. 2021, sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Komisia konštatuje, že (...) ***vzhľadom na metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 11033-5000/2017 zo dňa 21.06.20171*** *(ďalej len „Usmernenie“)* ***považuje požiadavku uvedenú v bode 1.2 listu č. 28042/2019/0220 zo dňa 01.12.2021 ohľadom vysvetlenia****, prečo ste v ponuke nepredložil JED, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou za účelom preukázania splnenia podmienky účasti § 34 ods. l písm. a) ZVO, za regulárnu*.

Pri posúdení splnenia spornej podmienky účasti je ***povinnosťou komisie preveriť reálny stav spočívajúci v overení poskytnutia požadovaných služieb v minulosti, a pre komisiu je smerodajná rozhodovacia prax Úradu pre verejné obstarávanie*** *ako ústredného orgánu štátnej správy pre verejné obstarávanie v Slovenskej republike právomocami o. i. dohľadu nad verejným obstarávaním a metodického usmerňovania účastníkov procesu verejného obstarávania vykonávaného v zmysle ZVO.*

Aj napriek skutočnosti, že metodické usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie nepredstavujú právne záväzný výklad ZVO, ani individuálny správny akt s konštitutívnymi účinkami, ***komisia pri posudzovaní splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO zobrala do úvahy relevantnosť obsahu Usmernenia, v ktorom je o. i. uvedené, že ak uchádzač splnenie podmienok účasti preukáže referenciou, ktorú mu ako členovi združenia dodávateľov vyhotovil hlavný člen toho istého združenia dodávateľov, je potrebné si túto skutočnosť vykladať v tom zmysle, že*** ***neumožňuje hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní, odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, pokiaľ sa skutočne a konkrétne nezúčastňoval na jej realizácii****.*

Berúc do úvahy skutočnosti*, ktoré ste uviedli v odpovedi na žiadosť č. 5,* ***že spoločnosť XX bola počas realizácie stavby „ŽSR, Modernizácia trate Púchov - Žilina pre rýchlosť do 160 km/hod.“ Vašim podzhotoviteľom pre plnenie týkajúce sa projektových a súvisiacich prác*** *tak, ako je uvedené v bode 3.2. Zmluvy o dielo, ktorá tvorila prílohu odpovede na žiadosť č. 5),* ***komisia nemôže súhlasiť s Vašim názorom, že nemienite odborné kapacity tejto spoločnosti využiť v rámci realizácie zákazky, ktorá je predmetom tohto verejného obstarávania****.*

Problematika riešená v Usmernení posudzovala možnosť preukázať sa referenciou ako dôkazom skúseností z minulého obdobia (v danom prípade išlo o uskutočnenie stavebných prác) subjektu uchádzajúceho sa o zákazku, ktorý bol členom združenia, keď bola referencia vyhotovená hlavným členom toho istého združenia dodávateľov.

Komisia pri posudzovaní, či spĺňate podmienku účasti podľa účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO, konštatuje, že ide o podobnú situáciu, ako bola posudzovaná v Usmernení, iba s tým rozdielom, že v tomto prípade ide o vzťah hlavný člen združenia dodávateľov

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

(uchádzač v tomto verejnom obstarávaní) a jeho podzhotoviteľ.

Nakoľko komisia má naďalej pochybnosť o splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO, je potrebné Vás opätovne požiadať o vysvetlenie.

1.1 Žiadame Vás o vysvetlenie, prečo ste v ponuke nepredložili Jednotný európsky dokument, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO*. (...).“*

57. Uchádzač Doprastav a.s. dňa 13. 12. 2021 doručil kontrolovanému vysvetlenie označené ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č.2 Bratislava – Lamačská brána“ – **odpoveď na žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov**“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) V závere Žiadosti verejný obstarávateľ žiada Uchádzača o vysvetlenie, prečo Uchádzač v ponuke nepredložil „Jednotný európsky dokument, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO.“

K vyššie uvedenej otázke ako aj tvrdeniam verejného obstarávateľa Uchádzač uvádza nasledovné: (...)

V odpovedi na žiadosť č. 3 ***Uchádzač predložil verejnému obstarávateľovi odkaz na Dodatok č. 1 ku Zmluve o dielo*** *„ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod, I. etapa“ (ďalej len „Referenčný projekt“) zverejnený v Centrálnom registri zmlúv,* ***predmetom ktorého bola revízia DSPRS na SO 44.33.21.1*** *(ďalej len „Dodatok“).*

Tak ako už bolo uvedené v predchádzajúcich vysvetleniach, je nepochybné, že uzatvorením Dodatku došlo k rozšíreniu predmetu zmluvy, ktorou je Uchádzač viazaný voči verejnému obstarávateľovi, a teda, že Uchádzač je v zmysle tejto zmluvy povinný uvedené práce riadne vykonať a dodať pre verejného obstarávateľa, a teda, že ***uvedený predmet Dodatku (revízia DSPRS) sa jeho podpísaním stal predmetom pôvodnej zmluvy (rozšíril predmet zmluvy) uzatvorenej medzi Uchádzačom a verejným obstarávateľom****.*

Uvedené jednoznačne preukazuje skutočnosť, že ***Uchádzač dodáva práce (revízia DSPRS) verejnému obstarávateľovi*** *na základe riadne uzatvoreného zmluvného vzťahu.*

V Žiadosti sa verejný obstarávateľ odvoláva na Usmernenie, v ktorom Úrad konštatuje, že verejný obstarávateľ by mal overiť, či hospodársky subjekt odvolávajúci sa na určité kapacity týmito kapacitami reálne aj disponuje. Uchádzač je stavebná spoločnosť s dlhoročným pôsobením v tejto oblasti, pričom zároveň disponuje aj predmetom činnosti zapísanom v obchodnom registri, na základe ktorého vie a môže uvedenú službu poskytnúť. Nie je teda zjavné, na základe akých informácií a skutočností verejný obstarávateľ môže dospieť k názoru, že Uchádzač nie je schopný úspešne realizovať zákazku, ktorá je predmetom verejného obstarávania. Samotné Usmernenie, na ktorého sa verejný obstarávateľ odvoláva, uvádza, že účelom stanovenia podmienok účasti je preverenie „reálnych kapacít“ záujemcov alebo uchádzačov, ktoré vytvárajú predpoklad na úspešné zvládnutie konkrétnej zákazky.

Ako už bolo vyššie uvedené (v bode 1.), Uchádzač má zmluvný vzťah s verejným obstarávateľom, predmetom ktorého je aj revízia DSPRS a danú časť prác Uchádzač riadne a včas poskytol. Nemôžeme akceptovať názor verejného obstarávateľa, že ak Uchádzač uskutočnil časť prác prostredníctvom tretej osoby pre konkrétneho verejného obstarávateľa, že to automatický znamená, že uchádzač nie je schopný dané plnenie poskytnúť aj inému verejnému obstarávateľovi a to len na základe dohadu, komu patrí referencia za dané plnenie

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

(bez ohľadu na to, že práce boli vykonané).

Máme za to, že ak bola daná služba poskytnutá jednému verejnému obstarávateľovi (reálne a preukázateľne na základe zmluvy o dielo), tak nie je možné tvrdiť, že poskytnutá nebola a uchádzač nemá na jej poskytnutie referenciu.

Medzi verejným obstarávateľom a úspešným uchádzačom dochádza ku uzatvoreniu zmluvného vzťahu, ktorý je výsledkom verejného obstarávania. Zmluvy sa prevažne uzatvárajú na základe zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, najčastejšie ako typ zmluvy: zmluva o dielo. Uchádzač je odo dňa platnosti zmluvy viazaný jej podmienkami a z nich vyplývajúcimi právami a povinnosťami, pričom rovnako je viazaný aj zákonnými požiadavkami na daný typ zmluvného vzťahu.

Uchádzač je z takto uzatvoreného zmluvného vzťahu zodpovedný voči verejnému obstarávateľovi ako objednávateľovi bez ohľadu na to, kto reálne práce vykonal, pretože uchádzač vždy zodpovedá ako keby práce vykonal sám. *Uvedená podmienka je zakotvená aj v § 538 Obchodného zákonníka, kde je stanovená zodpovednosť zhotoviteľa, cit: „pri vykonávaní diela inou osobou má zhotoviteľ zodpovednosť, akoby dielo vykonával sám". V prípade, ak by boli práce vykonané v rozpore so zmluvou, resp. by sa preukázali vady diela, verejný obstarávateľ si uplatní reklamáciu, eventuálne škodu priamo u uchádzača a nebude skúmať, kto reálne práce vykonal, nakoľko mal uzatvorený platný právny vzťah výlučne s uchádzačom.* ***Aplikáciou logiky verejného obstarávateľa v zmysle Žiadosti by sme sa dostali do stavu, kedy uchádzač plne zodpovedá za všetky práce (resp. služby) dodané/uskutočnené na základe zmluvy s verejným obstarávateľom, avšak nie je nositeľom tejto referencie a nemôže sa ňou preukázať v iných verejných súťažiach***. *Touto logikou by sme sa ďalej dostali do stavu, že akékoľvek referencie, ktoré vydal (potvrdil) verejný obstarávateľ sa stávajú nulitnými, nakoľko zákazky (najmä tie s väčším finančným objemom) sú realizované aj prostredníctvom subdodávateľov. V takomto prípade by sa museli upravovať referencie potvrdené verejným obstarávateľom a to tak, že verejný obstarávateľ by musel v každej referencii poskytnutej uchádzačovi explicitne uviesť, na ktoré práce sa daná referencia vzťahuje (t. j. ktoré práce vykonal uchádzač výlučne svojimi kapacitami) a na ktoré nie. Nakoľko samotný ZVO ako obligatórnu náležitosť referencie uvádza číslo zmluvy a cenu za plnenie, tak je zjavné, že sa tým myslí celý predmet zákazky ako takej, uvedený v zmluve medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom.*

Ďalej chceme poukázať na skutočnosť, že ***uchádzač nie je nositeľom len zodpovednosti za vykonanie diela či jeho stav počas záručnej doby, je zároveň nositeľom aj finančnej zodpovednosti (bankové záruky a pod) voči verejnému obstarávateľovi.***

Uplatnením logiky, ktorú na tento prípad aplikuje verejný obstarávateľ dochádza k situácii, že na jednej strane máme uchádzača s jeho povinnosťami a záväzkami, avšak na druhej strane by mu mala byť odňatá časť referencie len z dôvodu, že si danú službu objednal u tretej strany na svoju vlastnú zodpovednosť. ***Takéto nazeranie na referencie je podľa nášho názoru diskriminačné voči uchádzačovi a zároveň nepredstavuje žiadne reálne výhody pre výber toho najlepšieho uchádzača***. *Skôr dochádza k opačnému efektu a to, že uchádzač, ktorý mal v rámci zmluvy s verejným obstarávateľom zabezpečiť určité plnenie (a to plnenie verejnému obstarávateľovi dodal) bude z verejného obstarávania vylúčený.*

V nadväznosti na vyššie uvedené máme stále za to, že predložením Referenčného projektu „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod, I. etapa", Uchádzač preukázal splnenie podmienok požadovaných verejným obstarávateľom a požiadavku verejného obstarávateľa na vysvetlenie, prečo Uchádzač vo svojej ponuke nepredložil „Jednotný európsky dokument, alebo doklady súvisiace so subjektom XX ako inou osobou

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

za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa §34 ods. 1 písm. a) ZVO“, s ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu, Uchádzač naďalej vníma ako irelevantnú.

Uchádzač zároveň nerozumie, aký praktický význam má pre verejného obstarávateľa predloženie Jednotného európskeho dokumentu alebo dokladov súvisiacich so subjektom XX, ak hlavným dôvodom stanovenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) je preverenie „reálnych kapacít“ Uchádzača, ktoré vytvárajú predpoklad pre plnenie predmetu/úspešné zvládnutie tejto zákazky. S ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu a predchádzajúce vysvetlenia ponuku je Uchádzač presvedčený, že takýmito kapacitami disponuje, čo jasne uviedol aj v predchádzajúcich odpovediach na žiadosti verejného obstarávateľa.

V prípade ak by verejný obstarávateľ neuznal Referenčný projekt predložený Uchádzačom a pristúpil by k jeho vylúčeniu, došlo by k diskriminácií Uchádzača, nakoľko de facto verejný obstarávateľ neuznáva, že Uchádzač dodal určité služby, pričom reálnosť dodania týchto služieb vie preukázať uzatvorenou Zmluvou o dielo s verejným obstarávateľom a v ponuke Uchádzača predloženým Referenčným projektom. V prípade, ak by bola daná stavba už ukončená a Uchádzač by disponoval s referenciou podľa ZVO máme za to, že verejný obstarávateľ by danú referenciu uznal ako celok. (...).“

58. V dokumente „**Oznámenie o vylúčení ponuky“** zo dňa 05. 01. 2022, ktoré odoslal kontrolovaný uchádzačovi, sa uvádza, cit.:

*„(...) Komisia konštatovala, že **na základe nepredloženia dokladu podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO alebo JED a Vašich predložených vysvetlení a doplnení predložených dokladov ste nesplnili podmienky účasti. Verejný obstarávateľ Vám oznamuje, že ste podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO z verejnej súťaže vylúčený**.“(...)*

*V súvislosti s Vašimi odpoveďami uvedenými v odpovedi na žiadosť č. 1 až v odpovedi na žiadosť č. 6, komisia konštatovala, že **ste nepredložili doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO ani JED v zmysle § 39 ZVO za účelom predbežného nahradenia dokladu na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO**.*

Na preukázanie Splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO bolo potrebné predložiť „Zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky“ alebo JED, ktorý podľa názoru komisie vo Vami predloženej ponuke absentoval. Táto skutočnosť bola predmetom žiadosti č. 1 a žiadosti č. 2, na ktoré ste odpoveďou na žiadosť č. 1 a odpoveďou na žiadosť č. 2 neposkytli vysvetlenie, ktoré by preukázalo, že ste splnili túto podmienku účasti.

*Následne žiadosťou č. 3 **Vás komisia vyzvala na identifikáciu referencie** z verejne prístupnej Evidencie referencií, na základe ktorej by bolo preukázané splnenie podmienky účasti. V odpovedi na žiadosť č. 3, **ste uviedli, že Vaša spoločnosť realizovala zmenu dokumentácie v rámci zákazky, ktorou ste preukazovali aj splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO**, ktorá sa v súčasnej dobe realizuje.*

*Komisia v žiadosti č. 6 poukázala na **metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 11033-5000/2017 zo dňa 21. 6. 2017 a uviedla, že pri posudzovaní splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO zobrala do úvahy relevantnosť obsahu tohto usmernenia, v ktorom je o. i. uvedené, že ak uchádzač splnenie podmienok účasti preukáže referenciou, ktorú mu ako členovi združenia dodávateľov vyhotovil hlavný člen toho istého združenia dodávateľov, je potrebné si túto skutočnosť vykladať v tom zmysle, že neumožňuje hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní,***

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

odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, pokiaľ sa skutočne a konkrétne nezúčastňoval na jej realizácii.

V tejto súvislosti si dovoľujeme dať do pozornosti, že ***na predmetné metodické usmernenie poukazuje aj Rada Úradu pre verejné obstarávanie v rozhodnutí č. 2947-9000/2021 zo dňa 01. 04. 2021*** *v bode 122 a 123. (...).*

Na základe uvedeného Vás verejný obstarávateľ ***vylúčil z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6. písm. a) ZVO****,* ***nakoľko ste nepreukázali splnenie podmienky účasti v rámci dokladov predložených v ponuke, ani v rámci inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 ZVO****. (...).*

Proti vylúčeniu môže byť podaná námietka *podľa § 170 ods. 3 písm. d) ZVO do desiatich dní odo dňa prevzatia oznámenia o vylúčení uchádzača."*

59. Rada konštatuje, že uchádzač Doprastav, a.s. námietky proti predmetnému vylúčeniu (bod 58 tohto rozhodnutia) úradu ani kontrolovanému nedoručil. Kontrolovaný následne pristúpil k vyhodnocovaniu ponuky ďalšieho uchádzača v poradí (TSS GRADE, a.s., Dunajská 48, 811 08 Bratislava), s ktorým došlo dňa 30. 03. 2022 k uzatvoreniu Zmluvy o dielo č. 21040/001.

60. Súčasťou administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy je e-mailová komunikácia medzi úradom a zodpovedným zamestnancom Oddelenia kontroly verejného obstarávania, Odboru koordinácie a riadenia projektov, Sekcie riadenia projektov Ministerstva dopravy a výstavby Slovenskej republiky zo dňa 06. 05. 2022, v ktorej sa uvádza nasledovné stanovisko zodpovedného zamestnanca, cit.: *„K dnešnému dňu nie je podpísaná zmluva o NFP,* ***aktuálne prebieha administratívna kontrola Žiadosti o NFP****."*

61. Rada rozhodnutím č. 12183-9000/2022-P zo dňa 09. 11. 2022 podľa § 173 ods. 4 v spojení s § 187i ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní **prerušila konanie o odvolaní kontrolovaného** a nariadila kontrolovanému doplniť dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu, konkrétne nariadila kontrolovanému doplniť dokumentáciu o dokumenty, z ktorých bude zrejmé, či bola administratívna kontrola Žiadosti o nenávratný finančný príspevok ukončená, ak áno, s akým výsledkom, tzn. z ktorých bude zrejmé, v akom štádiu posudzovania sa predmetná žiadosť nachádza.

62. Kontrolovaný dňa 22. 11. 2022 doručil rade dokument označený ako „„ŽSR, Terminály integrovanej osobnej prepravy v Bratislave, úsek Devínska Nová Ves – Bratislava hlavná stanica – Podunajské Biskupice, TIOP č. 2 Bratislava – Lamačská brána" – **doplnenie dokumentácie**", prílohou ktorého bola aj e-mailová komunikácia kontrolovaného s Ministerstvom dopravy a výstavby Slovenskej republiky, Odbor projektov dopravnej infraštruktúry, Sekcia riadenia projektov, Námestie slobody 6, 810 05 Bratislava (ďalej len „MDV SR"). Kontrolovaný v doručenom vyjadrení uviedol, cit.:

„(...) podľa informácie MDV SR sa ŽoNFP momentálne nachádza na odbornom hodnotení. Rozhodnutie o schválení/neschválení ŽoNFP nebolo doposiaľ vydané. V súvislosti s uvedeným ŽSR prikladá e-mailovú komunikáciu medzi ŽSR a MDV SR."

Súčasťou priloženej e-mailovej komunikácii je vyjadrenie MDV SR, v ktorom sa uvádza, cit.:

„Predmetná žiadosť bola zo strany Riadiaceho orgánu posúdená, bola vykonaná administratívna kontrola ŽoNFP a po jej schválení bol projekt posunutý na Odborné hodnotenie. Po odbornom hodnotení nasleduje spracovanie kontroly odborného hodnotenia a príprava a spracovanie Rozhodnutia o schválení. ***Predpoklad vydania rozhodnutia***

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

je 15. 12. 2022. Po vydaní Rozhodnutia sa pripraví návrh Zmluvy o NFP s predpokladaným dátumom podpisu v januári 2023.“

63. Rada zároveň listom č. 12183-9000/2022 „**Žiadosť o vyjadrenie**“ zo dňa 09. 11. 2022 **požiadala MDV SR ako riadiaci orgán pre Operačný program Integrovaná infraštruktúra 2014 - 2020** o vyjadrenie k nasledovným otázkam, cit.: *„*

1) Bola v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním ukončená administratívna kontrola ŽoNFP?

a. Ak áno, aký bol výsledok predmetnej administratívnej kontroly ŽoNFP?

b. Ak nie, uveďte prosím dôvody a stav, v akom sa ŽoNFP v danom čase nachádza.

2) Došlo v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním k uzavretiu Zmluvy o NFP?

3) Ak je odpoveď na predošlú otázku záporná, máte vedomosť o tom, že by malo v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním dôjsť k uzavretiu Zmluvy o NFP?“

64. MDV SR dňa 29. 11. 2022 doručilo úradu list „**Žiadosť o vyjadrenie - odpoveď**“ zo dňa 22. 12. 2022, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„(...) Listom č. 324592002/2022/O220-1 zo dňa 06. 04. 2022 bola na MDV SR ako Riadiaci orgán pre Operačný program Integrovaná infraštruktúra (ďalej len „RO OPII“) doručená Žiadosť o poskytnutie nenávratného finančného príspevku (...).

Predmetná žiadosť v rámci procesu schvaľovania splnila podmienky administratívneho overovania dňa 17.06.2022, následne prebiehal proces odborného hodnotenia. Po odbornom hodnotení nasleduje spracovanie kontroly odborného hodnotenia a príprava a spracovanie Rozhodnutia o schválení. Predpoklad vydania Rozhodnutia je do 15.12.2022, o čom boli Železnice Slovenskej republiky informované. ***Po vydaní Rozhodnutia pripraví MDV SR návrh Zmluvy o NFP a po odsúhlasení ŽSR je predpokladaný dátum podpisu Zmluvy o poskytnutí NFP v januári 2023****.*

Druhá ex-ante kontrola sa nevykonáva v zmysle kap. 4.1.4. bod 4 „Jednotnej príručky pre žiadateľov/prijímateľov k procesu a kontrole verejného obstarávania“ verzia 2 s účinnosťou od 31.03.2022, cit.: „Poskytovateľ vo vzťahu k nadlimitným postupom zadávania zákaziek, ktoré sú predmetom povinnej kontroly ÚVO v zmysle § 169 ods. 2 ZVO, nevykonáva druhú ex-ante kontrolu.“

Štandardná ex post kontrola VO bude realizovaná po podpise Zmluvy o NFP a zároveň po vydaní Rozhodnutia ÚVO.“

Právny rámec

65. 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.

66. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.

67. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie

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

ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak sú podmienky účasti uvedené vo viacerých dokumentoch podľa prvej vety, nesmú byť ustanovené vo vzájomnom rozpore.

68. Podľa § 40 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov.

69. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.

70. Podľa § 187i ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu podľa § 187h ods. 15 a proti rozhodnutiu podľa § 175 inému než podľa § 187h ods. 15, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného začatom od 31. marca 2022 do 31. decembra 2022 okrem rozhodnutia podľa § 175 ods. 4, ktorým úrad uložil kontrolovanému pokutu zníženú o 50 % a okrem rozhodnutia vydaného v konaní podľa § 169 ods. 2 a 3, ktorého predmetom je preskúmanie postupu zadávania zákazky, koncesie alebo rámcovej dohody úplne alebo sčasti financovanej z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov v programovom období 2014 – 2020, môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a osoba podľa § 175 ods. 11 podať odvolanie. V konaní o odvolaní rozhoduje rada, ktorá je na tento účel orgánom úradu.

71. Podľa § 187i ods. 12 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní ak nie je v § 187i ustanovené inak, na konanie o odvolaní sa primerane použijú ustanovenia § 170 až 176.

72. Podľa § 187i ods. 16 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní rada v konaní o odvolaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú pre to dôvody, rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.

Právne posúdenie odvolania radou

K otázke prípustnosti odvolania

73. Rada považuje za potrebné sa v prvom rade vysporiadať s otázkou prípustnosti podania odvolania kontrolovaným v predmetnom prípade. Kontrolovaný v úvode odvolania poukazuje na to, že v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním nebola uzatvorená Zmluva o poskytnutí nenávratného finančného prostriedku (ďalej len „Zmluva o NFP“), a teda uvedenú zákazku nemožno považovať za zákazku financovanú z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov v programovom období 2014 – 2020. Kontrolovaný v nadväznosti na predmetnú skutočnosť preto nesúhlasí s poučením uvedeným v závere rozhodnutia úradu, v zmysle ktorého, cit.:

„Podľa § 187i ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať odvolanie. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 187o ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov toto rozhodnutie úradu nie je preskúmateľné súdom.“

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

74. Kontrolovaný má teda, na rozdiel od úradu, za to, že v danom prípade bol oprávnený podať odvolanie proti predmetnému rozhodnutiu úradu.

75. Podľa § 187i ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu podľa § 187h ods. 15 a proti rozhodnutiu podľa § 175 inému než podľa § 187h ods. 15, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného začatom od 31. marca 2022 do 31. decembra 2022 okrem rozhodnutia podľa § 175 ods. 4, ktorým úrad uložil kontrolovanému pokutu zníženú o 50 % a **okrem rozhodnutia vydaného v konaní podľa § 169 ods. 2 a 3, ktorého predmetom je preskúmanie postupu zadávania zákazky, koncesie alebo rámcovej dohody úplne alebo sčasti financovanej z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov[74aa)] v programovom období 2014 – 2020**, **môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného** a osoba podľa § 175 ods. 11 **podať odvolanie**. V konaní o odvolaní rozhoduje rada, ktorá je na tento účel orgánom úradu.

76. Rada uvádza, že predmetné ustanovenie odkazuje na § 2 ods. 1 zákona č. 292/2014 Z. z. o príspevku poskytovanom z európskych štrukturálnych a investičných fondov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len ako „zákon č. 292/2014 Z. z."), v zmysle ktorého Európskymi štrukturálnymi a investičnými fondmi,[2]) z ktorých je poskytovaný príspevok, sú Európsky fond regionálneho rozvoja,[3]) Európsky sociálny fond,[4]) Kohézny fond,[5]) Európsky námorný a rybársky fond[6]) a Európsky poľnohospodársky fond pre rozvoj vidieka.[7])

77. Ďalej rada poukazuje na to, že podľa § 3 ods. 1 zákona č. 292/2014 Z. z. sa na účely tohto zákona rozumie

a) príspevkom finančné prostriedky poskytované z európskych štrukturálnych a investičných fondov a finančné prostriedky poskytované zo štátneho rozpočtu určené na financovanie spoločných programov Slovenskej republiky a Európskej únie; príspevok sa poskytuje ako

1. nenávratný finančný príspevok alebo podmienečne vratný finančný príspevok na realizáciu projektu na základe zmluvy o poskytnutí nenávratného finančného príspevku alebo podmienečne vratného finančného príspevku podľa § 25 (ďalej len „zmluva") alebo rozhodnutia podľa § 16 ods. 2,

2. dodatočný príspevok, ktorý sa poskytuje podľa § 25a k príspevku podľa prvého bodu na realizáciu projektu na základe zmeny zmluvy.

78. Ustanovenie § 3 ods. 1 zákona č. 292/2014 Z. z. podľa rady definične vymedzuje príspevok z Európskych štrukturálnych a investičných fondov a formu jeho poskytovania, pričom z bodu 1 uvedeného ustanovenia vyplýva, že ide o poskytnutie príspevku buď na základe zmluvy alebo na základe rozhodnutia. Ustanovenie § 16 zákona č. 292/2014 Z. z. uvádza, že príspevok sa poskytuje na základe písomnej zmluvy uzavretej so žiadateľom, ktorého žiadosť bola schválená v konaní podľa tohto zákona.

79. Na základe vyššie uvedeného má rada za to, že za okamih, kedy je zákazka financovaná z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov, je potrebné v súlade so zákonom č. 292/2014 Z. z. považovať až moment uzavretia zmluvy o poskytnutí nenávratného finančného príspevku na základe projektu, poprípade bolo vydané rozhodnutie podľa § 16 ods. 2 zákona č. 292/2014 Z. z.

80. Rada v tejto súvislosti uvádza, že z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, zverejneného v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 151/2021 dňa 06. 08. 2021 pod č. 398838 a oznámenia zverejneného vo Vestníku verejného obstarávania č. 186/2021 dňa 09. 08. 2021 pod značkou 40514 – MSP vyplýva, že zákazka má/mala byť financovaná z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov v programovom období 2014 – 2020. V bode

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

„II.2.13) INFORMÁCIE O FONDOCH EURÓPSKEJ ÚNIE“ predmetných oznámení sa konkrétne uvádza, cit.:

„Obstarávanie sa týka projektu a/alebo programu financovaného z fondov Európskej únie: Áno

Číslo projektu alebo referenčné číslo: Operačný program Integrovaná infraštruktúra 2014-2020, Prioritná os 3 - Verejná osobná doprava a zo štátneho rozpočtu“.

81. Ako však rada uviedla vyššie, skutočnosť, či je alebo nie je konkrétna zákazka financovaná úplne alebo sčasti z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov, nemôže byť primárne determinovaná informáciou uvedenou v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania zo strany verejného obstarávateľa/obstarávateľa, ale táto skutočnosť je podmienená splnením podmienok na poskytnutie príspevku podľa zákona č. 292/2014 Z. z.

82. V nadväznosti na uvedené má rada za to, že neprípustnosť podania odvolania nie je viazaná na úmysel financovať zákazku z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov (tzn. nepostačuje informácia z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, že zákazka má byť financovaná z fondov EÚ, bod 80 tohto rozhodnutia), ale na uzatvorenie Zmluvy o NFP, resp. na vydanie rozhodnutia o financovaní projektu.

83. Z administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy rada zistila, že, cit.: *„K dnešnému dňu nie je podpísaná zmluva o NFP, aktuálne prebieha administratívna kontrola Žiadosti o NFP.“* Rada konštatuje, že uvedená informácia bola úradu poskytnutá ku dňu 06. 05. 2022 (bod 60 tohto rozhodnutia), pričom ďalšie informácie o stave Žiadosti o NFP administratívny spis z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy neobsahuje.

84. Dňa 25. 08. 2022 úrad vydal odvolaním napadnuté rozhodnutie č. 6287-6000/2022-OD/4, v poučení ktorého uviedol, že proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať odvolanie.

85. Rada v tejto súvislosti dodáva, že ku dňu vydania rozhodnutia úradu v Centrálnom registri zmlúv neidentifikovala uzatvorenú Zmluvu o NFP, týkajúcu sa predmetného verejného obstarávania (a k nemu prislúchajúcemu projektu).

86. V nadväznosti na právny rámec uvedený v bodoch 75 až 79 tohto rozhodnutia, **rada pre posúdenie prípustnosti podania odvolania zo strany kontrolovaného považovala za potrebné preveriť, či ku dňu vydania rozhodnutia úradu došlo k uzavretiu Zmluvy o NFP, týkajúcej sa predmetného verejného obstarávania (a k nemu prislúchajúcemu projektu)**.

87. Rada preto rozhodla, že **konanie o odvolaní preruší za účelom doplnenia dokumentácie, resp. informácií potrebných pre kvalifikované posúdenie relevantných skutočností potrebných pre prijatie záveru o prípustnosti/ neprípustnosti podaného odvolania**. Rada v rozhodnutí o prerušení odvolacieho konania preto nariadila kontrolovanému doplniť dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu, konkrétne nariadila kontrolovanému doplniť dokumentáciu o dokumenty, z ktorých bude zrejmé, či bola administratívna kontrola Žiadosti o nenávratný finančný príspevok ukončená, ak áno, s akým výsledkom, tzn. z ktorých bude zrejmé, v akom štádiu posudzovania sa predmetná žiadosť nachádza.

88. Rada zároveň **požiadala MDV SR ako riadiaci orgán pre Operačný program Integrovaná infraštruktúra 2014 - 2020 o vyjadrenie k aktuálnemu stavu dotknutého projektu** (bod 63 tohto rozhodnutia).

89. Rada konštatuje, že z vyjadrenia kontrolovaného, ktoré doručil v nadväznosti na rozhodnutie rady o prerušení konania, a ktorého súčasťou je aj priložená e-mailová komunikácia s MDV SR ako riadiacim orgánom, vyplýva, že predpokladaný dátum uzatvorenia Zmluvy o NFP

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

k dotknutému projektu je január 2023 (bod 62 tohto rozhodnutia). Túto skutočnosť potvrdil aj samotný riadiaci orgán vo vyjadrení v nadväznosti na žiadosť rady (bod 64 tohto rozhodnutia).

90. Z vyššie uvedených skutočností vyplýva, že **v čase vydania rozhodnutia úradu** medzi kontrolovaným a MDV SR ako riadiacim orgánom pre Operačný program Integrovaná infraštruktúra 2014 – 2020 **nebola uzatvorená Zmluva o NFP, a teda podľa rady <u>predmetnú zákazku nebolo možné považovať za zákazku úplne alebo sčasti financovanú z prostriedkov európskych štrukturálnych a investičných fondov</u>** v programovom období 2014 – 2020.

91. **Podľa rady je preto potrebné konštatovať, že <u>v danom prípade proti rozhodnutiu úradu bolo v zmysle § 187i ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní prípustné podať odvolanie</u>**.

92. **Pokiaľ ide o procesné náležitosti podaného odvolania, rada teda konštatuje, že odvolanie bolo podané oprávnenou osobou a v lehote podľa § 187i ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom s podaním odvolania bola zložená kaucia, ktorá bola pripísaná na účet úradu v lehote podľa § 187i ods. 10 tohto zákona a výške podľa § 187i ods. 11 tohto zákona, a zároveň podané odvolanie obsahuje náležitosti podľa § 187i ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**.

93. **Rada na základe § 187i ods. 14 zákona o verejnom obstarávaní**, podľa ktorého je rada viazaná obsahom podaného odvolania, čo neplatí, ak bolo napadnuté rozhodnutie vydané na základe nedostatočne zisteného skutkového stavu alebo spočíva na nesprávnom právnom posúdení veci a tieto vady odôvodňujú zmenu prvostupňového rozhodnutia, **preskúmala odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu v rozsahu podaného odvolania, pričom uvádza nasledovné**:

94. Úlohou rady bolo v tomto prípade posúdenie zákonnosti rozhodnutia úradu, ktorým úrad konštatoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného tým, že vylúčil uchádzača Doprastav, a.s. z predmetnej verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez toho, aby sa dostatočne zaoberal a mal relevantne za preukázané nesplnenie danej podmienky účasti týmto uchádzačom, ktorý mohol byť v konečnom dôsledku vyhodnotený ako úspešný, tzn. uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

95. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že v predmetnom verejnom obstarávaní uchádzač Doprastav, a.s. preukazoval splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní **prostredníctvom referenčného plnenia realizovaného v rámci zákazky s názvom „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“**. **Referenčný list** označený ako „Potvrdenie objednávateľa o uskutočnení stavebných prác“ objednávateľ (kontrolovaný) vystavil **pre skupinu dodávateľov (zhotoviteľa) „KK“, ktorého vedúcim členom je uchádzač Doprastav a.s.**, pričom ostatnými členmi skupiny dodávateľov sú: TSS GRADE, a.s., Dunajská 48, 811 08 Bratislava; S u b t e r r a a.s., Koželužská 2246/5, Libeň, 180 00 Praha 8; Elektrizace železnic Praha a.s., nám. Hrdinů 1693/4a, 140 00 Praha 4 – Nusle.

96. Z priebehu vysvetľovania ponuky uchádzača Doprastav a.s. ďalej vyplýva, že v rámci zákazky na predmet „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“ bola **realizovaná aj revízia projektovej dokumentácie v stupni DSPRS na SO 44.33.21.1, a to na základe Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo**, ktorá bola výsledkom predmetného zadávania zákazky. Z priebehu vysvetľovania ponuky uchádzača Doprastav a.s. vyplýva, že práve predmetné plnenie považoval tento uchádzač za plnenie, ktoré preukazuje splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej kontrolovaným podľa § 34 ods. 1

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

písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (bod 45 tohto rozhodnutia).

97. Rada má za to, že z vysvetľovania ponuky uchádzača Doprastav a.s. okrem iného vyplýva, že **práve vedúci člen „KK“, t. j. uchádzač Doprastav a.s., zabezpečoval prostredníctvom podzhotoviteľa/subdodávateľa XX projektové práce v rámci referenčnej zákazky** „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“. Uchádzač Doprastav, a.s. vo vysvetleniach adresovaných kontrolovanému v tejto súvislosti predložil aj Zmluvu o dielo na vykonanie projektových a súvisiacich prác pre stavbu „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“ (ďalej len „**Zmluva o dielo na vykonanie projektových prác**“, uzatvorenú medzi uchádzačom Doprastav a.s. (v pozícii objednávateľa) a XX (v pozícii zhotoviteľa).

98. Rada v tejto súvislosti konštatuje, že predmetná **Zmluva o dielo na vykonanie projektových prác** bola uzatvorená dňa 03. 11. 2016, pričom podľa Článku VI „Čas plnenia“, bodu 6.1, cit.: *„Zhotoviteľ sa zaväzuje, že vypracuje a dodá predmet Zmluvy v rozsahu a obsahu dohodnutom v tejto Zmluve v nasledujúcich termínoch:* ***začatie prác: 26. 09. 2016, ukončenie prác: 05. 12. 2016****.“*

99. Preskúmaním žiadostí o vysvetlenie ponuky a na to nadväzujúcich vysvetlení uchádzača Doprastav a.s. rada zistila, že **kontrolovaný, opierajúc sa o rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-387/14 Esaprojekt, rozhodnutie rady č. 2947-9000/2021 zo dňa 01. 04. 2021 a metodické usmernenie úradu č. 11033-5000/2017 zo dňa 21. 06. 2017**, žiadal od uchádzača Doprastav a.s. vysvetlenie, z akého dôvodu nepredložil Jednotný európsky dokument za hospodársky subjekt, ktorého kapacitami preukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti (XX.), a následne, po tom čom mu uchádzač Doprastav a.s. ozrejmil, že spoločnosť XX nepovažuje za tretiu osobu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ale že ide o jeho subdodávateľa na realizáciu plnení, za ktoré v plnej miere zodpovedá ako vedúci člen „KK“ Doprastav a.s. ako zhotoviteľ, **žiadal kontrolovaný preukázanie skutočnosti, že uchádzač Doprastav a.s. sa skutočne vlastnými kapacitami podieľal na poskytnutí referenčného plnenia** (na poskytnutí projekčných prác na SO 44.33.21.1, realizovaných na základe Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania na predmet zákazky „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“).

100. **Kontrolovaný sa teda pri vyhodnocovaní splnenia predmetnej podmienky účasti zameral na overovanie toho, či sa uchádzač Doprastav, a.s. skutočne podieľal vlastnými kapacitami na poskytnutí projekčných prác** na SO 44.33.21.1, realizovaných na základe Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania na predmet zákazky „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“, **na ktoré poukázal na účely preukázania splnenia vyššie uvedenej podmienky účasti**.

101. Rada konštatuje, že **kontrolovaný vôbec nevzal do úvahy uchádzačom uvádzanú argumentáciu ohľadom ním zabezpečeného subdodávateľského plnenia. Kontrolovaný teda neoveroval existenciu subdodávateľského vzťahu medzi uchádzačom Doprastav a.s. a subdodávateľom XX v relevantnom čase, teda v čase zabezpečenia projekčných prác na SO 44.33.21.1**, realizovaných na základe Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania na predmet zákazky „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“.

102. **Kontrolovaný mal za to, že uchádzač Doprastav a.s nemôže byť nositeľom referencie za uvádzané referenčné plnenie z dôvodu, že sa nepodieľal na faktickej realizácii referenčného plnenia prostredníctvom vlastných kapacít, keďže uvedené referenčné plnenie podľa vlastných tvrdení zabezpečil prostredníctvom subdodávateľa XX.**

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

Kontrolovaný sa preto nezaoberal ani povahou, rozsahom a finančným ohodnotením referenčného plnenia požadovaným v zmysle podmienky účasti stanovenej kontrolovaným (bod 45 tohto rozhodnutia), **ktoré mal uchádzač Doprastav a.s. zabezpečiť prostredníctvom svojho subdodávateľa XX.**

103. Vzhľadom na argumentáciu kontrolovaného uvedenú v rámci žiadostí o vysvetlenie ponuky uchádzača Doprastav a.s. rada považuje za potrebné dať do pozornosti **relevantné časti rozsudku Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-387/14 (Esaprojekt)** (ďalej len „rozsudok"), konkrétne, cit.:

*„33. **Umožňuje článok 44** [smernice 2004/18] v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) [tejto smernice], ako aj so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, **odvolávať sa na skúsenosti skupiny hospodárskych subjektov, a to takým spôsobom, že hospodársky subjekt, ktorý uskutočnil verejnú zákazku ako člen skupiny hospodárskych subjektov, sa môže odvolať na realizáciu prostredníctvom tejto skupiny, a to bez ohľadu na to, aký bol jeho podiel na uskutočnení tejto zákazky, alebo sa môže odvolávať len na svoju vlastnú skúsenosť, ktorú v skutočnosti nadobudol a získal pri uskutočnení príslušnej časti zákazky, ktorá mu bola pridelená v rámci skupiny**?*

(...)

*55. **Svojou piatou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa článok 44 smernice** 2004/18 v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) tejto smernice a so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, **má vykladať v tom zmysle, že umožňuje hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní, odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, bez ohľadu na povahu jeho účasti na realizácii uvedenej verejnej zákazky**.*

*56. Táto otázka súvisí so skutočnosťou uvedenou v bode 20 tohto rozsudku, že **v konaní vo veci samej boli dodávky integrovaných nemocničných systémov vykonané združením, ktoré tvorili dva podniky**, a to spoločnosť Konsultant Komputer a spoločnosť Konsultant IT.*

57. Na účely poskytnutia odpovede na túto otázku treba najprv pripomenúť, že podľa článku 44 ods. 1 smernice 2004/18 verejnému obstarávateľovi prináleží, aby preveril spôsobilosť záujemcov alebo uchádzačov v súlade s kritériami stanovenými v článkoch 47 až 52 tejto smernice.

58. Okrem toho podľa článku 44 ods. 2 uvedenej smernice verejný obstarávateľ môže od hospodárskych subjektov vyžadovať, aby spĺňali minimálnu úroveň ekonomickej a finančnej situácie, ako aj technickej a/alebo odbornej spôsobilosti podľa článkov 47 a 48 tej istej smernice.

59. Konkrétne článok 48 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 uvádza, že podľa povahy a dôležitosti vykonávaných plnení, možno technickú a/alebo odbornú spôsobilosť hospodárskych subjektov preukázať najmä predložením zoznamu prác vykonaných za posledných päť rokov, ako aj predložením zoznamu hlavných dodávok vykonaných alebo hlavných služieb poskytnutých za posledné tri roky.

60.Podľa judikatúry uvedenej v bode 47 tohto rozsudku, článok 48 ods. 3 uvedenej smernice umožňuje hospodárskemu subjektu spoliehať sa pri určitej verejnej zákazke na kapacity iného subjektu, ako je združenie podnikov, ktorého bol súčasťou, pokiaľ sa verejnému obstarávateľovi preukáže, že uvedený hospodársky subjekt skutočne bude mať k dispozícii zdroje tohto subjektu potrebné na vykonanie tejto zákazky.

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

61. V tomto kontexte skúsenosti získané hospodárskym subjektom predstavujú mimoriadne dôležité kritérium kvalitatívneho výberu tohto subjektu, keďže verejnému obstarávateľovi umožňujú podľa článku 44 ods. 1 smernice 2004/18 overiť spôsobilosť záujemcov alebo uchádzačov vykonať predmetnú verejnú zákazku.

*62. **Keď sa hospodársky subjekt spolieha na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou, tieto skúsenosti sa musia posudzovať s prihliadnutím na konkrétnu účasť tohto hospodárskeho subjektu, a teda na jeho skutočný prínos k výkonu činnosti požadovanej od uvedeného združenia v rámci určitej verejnej zákazky**.*

*63. Ako to správne poznamenala poľská vláda vo svojich písomných pripomienkach, **hospodársky subjekt skutočne získava skúsenosti nie pre samotnú skutočnosť, že je členom skupiny podnikov a nezávisle od jeho príspevku do tejto skupiny, ale len priamou účasťou na realizácii aspoň jednej časti zákazky, celkové vykonanie ktorej prislúcha tejto skupine**.*

*64. Z toho vyplýva, že **hospodársky subjekt sa ako skúseností vyžadovaných verejným obstarávateľom nemôže dovolávať plnení, ktoré vykonali iní členovia skupiny podnikov, na realizácii ktorých sa skutočne a konkrétne nezúčastnil**.*

*65. **Vzhľadom na vyššie uvedené treba na piatu položenú otázku odpovedať, že článok 44** smernice 2004/18 v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) tejto smernice a so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, **sa má vykladať v tom zmysle, že neumožňuje hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní, odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, pokiaľ sa skutočne a konkrétne nezúčastňoval na jej realizácii**.“*

104. Rada v tejto súvislosti poukazuje na **skutkové okolnosti prípadu, konkrétne na skutočnosť, že súd sa vyjadroval k otázke možnosti spoliehať sa na skúsenosti skupiny dodávateľov, ktorej bol uchádzač súčasťou**.

105. Rada pre úplnosť dáva do pozornosti, že **v aktuálne posudzovanom prípade sa uchádzač Doprastav, a.s. vo svojich vysvetleniach neodvolával na skúsenosti žiadneho z vyššie uvedených členov skupiny dodávateľov „KK“**. V aktuálne posudzovanom prípade sa uchádzač Doprastav, a s. odvolával na to, že referenčné plnenie zabezpečil prostredníctvom vlastného subdodávateľa. **Podľa rady z uvedeného dôvodu nemožno na daný prípad aplikovať závery uvedené vo vyššie citovanom rozsudku**.

106. Z priebehu vysvetľovania ponuky uchádzača Doprastav a.s. ďalej vyplýva, že **kontrolovaný vychádzal aj z rozhodnutia rady č. 2947-9000/2021 zo dňa 01. 04. 2021**, v ktorom rada k vyššie citovanému rozsudku uviedla, cit.:

*„Vychádzajúc z predmetného rozsudku Súdneho dvora EÚ má rada za to, **že v prípade, ak hospodársky subjekt mieni použiť na účely preukázania splnenia podmienok účasti referenciu o uskutočnení určitého plnenia, ktoré bolo realizované združením (skupinou dodávateľov), takúto referenciu možno akceptovať len v tom rozsahu, v akom sa daný subjekt priamo zúčastnil na jej realizácii**. Ako totiž zdôraznil Súdny dvor, hospodársky subjekt skutočne získava skúsenosti nie pre samotnú skutočnosť, že je členom skupiny dodávateľov a nezávisle od jeho príspevku do tejto skupiny, ale len priamou účasťou na realizácii aspoň jednej časti zákazky, celkové vykonanie ktorej prislúcha tejto skupine. **Na základe uvedeného má rada za to, že kontrolovaný postupoval správne, keď požiadal navrhovateľa o predloženie dokladov alebo potvrdenia od objednávateľa o tom, že navrhovateľ pri realizácii predmetnej zákazky, realizovanej združením, vykonal stavebné práce, ktoré sú potrebné na účely posúdenia splnenia danej podmienky účasti**, a teda, že skutočne získal skúsenosti s realizáciou*

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

relevantných stavebných prác. Ak je totiž účelom podmienky účasti určenej podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní overenie toho, či uchádzač skutočne získal skúsenosť s realizáciou relevantných stavebných prác, ktorú (ako vyplýva aj z predmetného rozsudku Súdneho dvora) získava len priamou účasťou na realizácii relevantných stavebných prác, ***nemožno za preukázanie skúsenosti uchádzači považovať len samotnú skutočnosť, že uchádzač bol členom skupiny dodávateľov, ktorá realizovala stavebné práce, bez ohľadu na jeho príspevok, keďže môže ísť o stavebné práce, ktoré vykonali iní členovia skupiny dodávateľov****, na realizácii ktorých sa uchádzač skutočne a konkrétne nezúčastnil.*

(...)

Aj vychádzajúc z predmetného rozsudku Súdneho dvora Európskej únie má rada za to, že ***ak uchádzač preukazuje splnenie podmienky účasti (zoznam uskutočnených stavebných prác) prostredníctvom zákazky, realizovanej združením (ktorého bol členom), nemôže očakávať, že referencia združenia mu bude ako členovi združenia automaticky akceptovaná, bez ohľadu na to, ktorý subjekt reálne uskutočnil činnosti****, ktoré sú relevantné na účely preukázania splnenia podmienky účasti v danom verejnom obstarávaní."*

107. Rada v tejto súvislosti dáva do pozornosti, že **vyššie citované rozhodnutie rady sa týkalo odlišného skutkového stavu, než aký nastal v aktuálne posudzovanom prípade**. Vo vyššie citovanom rozhodnutí **išlo o situáciu, kedy sa uchádzač odvolával na referenciu vydanú pre skupinu dodávateľov, ktorej bol členom**. Rada mala v danom prípade za to, že kontrolovaný postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade so súťažnými podkladmi k uvedenému postupu zadávania zákazky, keď skúmal skutočný prínos k výkonu činnosti požadovanej od uvedeného združenia v rámci predmetnej zákazky. **Vzhľadom na zásadnú odlišnosť skutkového stavu podľa rady uvedené právne posúdenie nemožno aplikovať na aktuálne posudzovaný prípad**.

108. Rada zároveň dáva do pozornosti **metodické usmernenie úradu č. 8022-5000/2022 zo dňa 27. 06. 2022, v ktorom sa žiadateľ o metodické usmernenie dopytoval na obdobnú situáciu, aká nastala aj v aktuálne preskúmavanom postupe verejného obstarávania, a teda, na obdobnú situáciu, aká je predmetom tohto odvolacieho konania**, konkrétne, cit.:

„Dobrý deň,

v súvislosti s aplikáciou zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO") Vás žiadame o metodické usmernenie týkajúce sa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) – podmienky účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

Vo vzťahu k danej podmienke účasti (zoznamu stavebných prác, dôkazu o plnení, potvrdení o uspokojivom vykonaní stavebných prác, referenciám – v ďalšom texte súhrnne len „Referencia") ÚVO vydal niekoľko metodických usmernení, pričom touto žiadosťou nadväzujeme na Metodické usmernenie ÚVO č. 3642-5000/2022 zo dňa 18. 02. 2022, a to problematiku stavebných zákaziek realizovaných (z časti) prostredníctvom podzhotoviteľov.

Pre zjednodušenie ***ide o situáciu, keď realizáciu konkrétnych činností na konkrétnej stavebnej zákazke zabezpečuje pre hlavného zhotoviteľa podzhotoviteľ/podzhotovitelia, tzn. pri realizácii stavebných práč nedochádza k využitiu vlastných kapacít zhotoviteľa, ale kapacít podzhotoviteľov****. Typickým príkladom sú napr. referencie za realizácie projektov v oblasti dopravnej infraštruktúry (výstavby ciest, diaľnice, železníc atď.), na ktorých realizácii participuje množstvo špecializovaných firiem v pozícii podzhotoviteľov, avšak nositeľom hlavnej referencie vystavenej objednávateľom je hlavný zhotoviteľ (pre zjednodušenie*

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

napr. jeden hospodársky subjekt).

Cieľom splnenia podmienok účasti prostredníctvom referencií je preukázanie schopností dodať rovnaký alebo obdobný predmet zákazky. Účelom predmetnej podmienky účasti týkajúcich sa preukázania technickej spôsobilosti je pripustiť do verejného obstarávania len vhodného uchádzača, ktorý je kvalifikovaný, primerane odborné a kapacitne zdatný a ktorý bude schopný realizovať celý predmet zákazky. Technická spôsobilosť sa potom posudzuje vo vzťahu k celej zákazke a nie k jej pomerne časti, nech je akokoľvek prevládajúca. ***Skutočnosť, či zhotoviteľ na výkon niektorých prác alebo služieb vyplývajúcich zo zmluvy uzatvorenej medzi ním a objednávateľom použije výlučné vlastné zdroje (napr. vlastných zamestnancov) alebo si časť týchto prác nechá dodať od tretích osôb/subdodávateľov, pri zachovaní súladu so ZVO/ZoD, je na rozhodnutí zhotoviteľa. Zhotoviteľ aj v prípade, že si časť prác alebo služieb zadováži od tretej osoby/subdodávateľa, je naďalej v pozícií priamo zodpovedného za výkon týchto prác alebo dodanie služieb voči objednávateľovi, nakoľko ako priamy subjekt má s ním uzatvorenú zmluvu, z ktorej mu vyplývajú práva a povinnosti***.

Poukazujeme na niekoľko známych rozhodnutí Súdneho dvora EÚ, ktoré konštatujú, že ***uchádzač môže na plnenie zákazky popri vlastných prostriedkov využiť aj prostriedky, ktoré patria jednému alebo viacerým subjektom*** *(napr. rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 18. marca 2004 vo veci Siemens a ARGE Telekom).*

Našu argumentáciu podporujú aj argumenty nachádzajúce sa na linku: Vybraná rozhodnutí v oblasti veřejných zakázek od roku 2020 - Portál o veřejných zakázkach, konkrétne v Rozhodnutí ÚOHS, spisová značka: ÚOHS- S0409/2020/VZ zo dňa 31. 12. 2020 (body 173 a 174, ďalej len „Rozhodnutie ÚOHS"), v ktorom sa konštatuje, že v prípade, ak si dodávateľ. ktorý má zmluvu s objednávateľom, zabezpečí časť plnenia prostredníctvom inej (tretej) osoby, ktorá je oprávnená k poskytovaniu takéhoto plnenia, tak spravidla prislúcha táto referencia aj dodávateľovi práve z dôvodu, že je zmluvne zodpovedný za realizáciu celého plnenia voči objednávateľovi. Ďalej sa v uvedenom dokumente uvádza, že ak dodávateľ v rámci referenčných zákaziek poskytoval plnenie prostredníctvom iných osôb a v rámci predmetného verejného obstarávania preukazoval splnenie podmienok účasti na technickú kvalifikáciu pomocou týchto referenčných zákaziek, za ktorých realizáciu niesol zodpovednosť, preukázal v tomto prípade príslušnú časť kvalifikácie v súlade s podmienkami účasti verejnej súťaže a zákonom.

Pri posudzovaní „reálneho vlastníctva" referencie sa verejní obstarávatelia, obstarávatelia často odvolávajú na Metodické usmernenie ÚVO č. 11033-5000/2017 *zo dňa 21. 06. 2017 (ďalej len „Usmernenie").* ***Metodické usmernenia ÚVO však nepredstavujú právne záväzný výklad ZVO, ani individuálny správny akt s konštitutívnymi účinkami***.

K predmetnému Usmerneniu je nutné tiež poznamenať, že konštatovania v ňom uvedené v prevažnej miere vychádzajú z rozsudku Súdneho dvore Európskej únie vo veci C-387/14 zo dňa 4. mája 2017 a vzťahujú sa na posudzovanie referencií z projektov, pri ktorých realizácii hospodársky subjekt bol súčasťou skupiny podnikov (realizácia projektu v združení, resp. Joint Venture). V takýto prípadoch je možné sa stotožniť so záverom, že: „hospodárskemu subjektu, ktorý sa individuálne zúčastňuje na verejnom obstarávaní, odvolávať sa na skúsenosti skupiny podnikov, ktorej bol súčasťou v rámci inej verejnej zákazky, pokiaľ sa skutočne a konkrétne nezúčastňoval na jej realizácii."

Analógia, ktorú však niektorí VO/O aplikujú pri posudzovaní Referencie, pri ktorej ide o vzťah zhotoviteľ a jeho podzhotoviteľ, je však podľa nášho názoru nesprávna a pri posudzovaní splnenia predmetnej podmienky účasti v rozpore s ustanovením § 34 ods. 1 písm. b) ZVO.

Z metodickej a rozhodovacej činnosti ÚVO vyplývajú skutočnosti uvedené Usmernení,

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

*no v **žiadnom z týchto rozhodnutí nebola použitá analógia na vzťah zhotoviteľ – podzhotoviteľ**. Platí to aj v prípade napr. Rozhodnutia Rady ÚVO č. 2947-9000/2021 zo dňa 01.04.2021 (body 122 a 123, ďalej len „Rozhodnutie Rady"), v súvislosti s ktorým je potrebné poznamenať, že okrem postavenia hospodárskeho subjektu v skupine podnikov pri výkone činností v rámci určitej verejnej zákazky (vedúci člen skupiny, člen skupiny, podzhotoviteľ a pod.) je potrebné rozlišovať aj charakter a rozsah vykonávaných prác.*

V Rozhodnutí Rady bol riešený prípad výberu zhotoviteľa na realizáciu opráv vozoviek rýchlostnej cesty R1 v správe Národnej diaľničnej spoločnosti, a. s. Je prirodzené, že pre výber zhotoviteľa takýchto prác je dôležité preverenie „reálnych kapacít" záujemcov alebo uchádzačov (personálnych a technických), keďže predmetom zadávanej zákazky bolo cit.: „(...) opravy vozoviek v správe Strediska správy a údržby rýchlostných ciest 1 (ďalej „SSÚR") Galanta (veľkoplošné aj lokálne), výmenou degradovaných vrstiev krytu vozovky technológiou hutnených asfaltových zmesí s cieľom zlepšenia prevádzkovej spôsobilosti krytu a predlženia životnosti zabránením vplyvu porúch na nižšie položené vrstvy vozovky". Nemenej dôležitou je aj skutočnosť, že v rámci podmienky účasti stanovenej podľa §34 ods. 1 písm. b) ZVO verejný obstarávateľ transparentným spôsobom zdôraznil požiadavku, aby uchádzač predložil cit.: „len referencie uskutočnených stav. prác, ktoré realizoval priamo on alebo člen skupiny dodávateľov", resp. že relevantné stavebné práce (pokládka asfaltových zmesí) boli vykonané navrhovateľom. V danom prípade išlo o aplikáciu ustanovenia § 38 ods. 4 ZVO, v zmysle ktorého verejný obstarávateľ už vo výzve na predkladanie ponúk vyžadoval, aby cit.: „splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti pódia § 34 ods. 1 písm. b), písm. c), písm. g) a písm. j) preukazoval uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov priamo sám, t. j. uchádzač nemôže využiť na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti technické a odborné kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 ZVO."

*Je potrebné zdôrazniť, že pre VO/O by nemala byť smerodajná len rozhodovacia prax ÚVO a konkrétne Usmernenie neriešiace konkrétnu situáciu hospodárskeho subjektu vo vzťahu ku konkrétnemu postupu verejného obstarávateľa v situácii, keď iba vo vyššie citovanom Rozhodnutí ÚOHS je riešený vzťah zhotoviteľa a jeho podzhotoviteľa. Medzi verejným obstarávateľom a úspešným uchádzačom dochádza k uzatvoreniu zmluvného vzťahu, ktorý je výsledkom verejného obstarávania. Zmluvy sa prevažne uzatvárajú na základe zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, najčastejšie ako typ zmluvy: zmluva o dielo. Uchádzač je odo dňa platnosti zmluvy viazaný jej podmienkami a z nich vyplývajúcimi právami a povinnosťami, pričom rovnako je viazaný aj zákonnými požiadavkami na daný typ zmluvného vzťahu. **Uchádzač je z takto uzatvoreného zmluvného vzťahu zodpovedný voči verejnému obstarávateľovi ako objednávateľovi bez ohľadu na to, kto reálne práce vykonal, pretože uchádzač vždy zodpovedá ako keby práce vykonal sám**. **Uvedená podmienka je zakotvená aj v § 538 Obchodného zákonníka**, kde je stanovená zodpovednosť zhotoviteľa, cit.: „**pri vykonávaní diela inou osobou má zhotoviteľ zodpovednosť, akoby dielo vykonával sám**". V prípade, ak by boli práce vykonané v rozpore so zmluvou, resp. by sa preukázali vady diela, verejný obstarávateľ/objednávateľ uplatní reklamáciu, eventuálne škodu priamo u úspešného uchádzača/zhotoviteľa a nebude skúmať, kto reálne práce vykonal, nakoľko mal uzatvorený platný právny vzťah výlučne s uchádzačom.*

***Striktnou aplikáciou analógie vyplývajúcej z Usmernenia na zmluvný vzťah zhotoviteľ – podzhotoviteľ (tzn. že nositeľom referencie za vykonané práce je len podzhotoviteľ by sme sa dostali do stavu, kedy**:*

- ***zhotoviteľ plne zodpovedá za všetky práce dodané/uskutočnené na základe zmluvy s objednávateľom, avšak nie je nositeľom tejto referencie a nemôže sa ňou preukázať v iných verejných súťažiach**,*

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

• ***by bolo možné spochybniť akékoľvek referencie za stavebné práce vydané (potvrdené) zhotoviteľovi, ktoré zahŕňali aj dielčie stavebné práce a ktorých realizáciu si zhotoviteľ zabezpečil prostredníctvom tretích osôb/subdodávateľov (tzn. že tieto práce neuskutočnil výlučné vlastnými „reálnymi" kapacitami)***. *V takomto prípade by sa museli upravovať referencie potvrdené objednávateľmi a to tak, že objednávatelia by museli v každej referencii poskytnutej zhotoviteľom explicitne uviesť, na ktoré práce sa daná referencia vzťahuje (t. j. ktoré práce vykonal navrhovateľ výlučné svojimi kapacitami) a na ktoré nie. Nakoľko samotný ZVO ako obligatórnu náležitosť referencie uvádza číslo zmluvy a cenu za plnenie, tak je zjavné, že sa tým myslí celý predmet zákazky ako takej, uvedený v zmluve medzi navrhovateľom a kontrolovaným,*

• ***na jednej strane máme zhotoviteľa s jeho povinnosťami a záväzkami voči objednávateľovi, avšak na druhej strane by mu mala byť odňatá časť referencie len z dôvodu, že si danú službu objednal u tretej strany na svoju vlastnú zodpovednosť***. *Zhotoviteľ totiž nie je nositeľom len zodpovednosti za vykonanie diela či jeho stav počas záručnej doby, je zároveň nositeľom aj finančnej zodpovednosti (bankové záruky a pod) voči objednávateľovi.*

Takéto nazeranie na referencie je podľa nášho názoru diskriminačné voči uchádzačovi, ktorý takýmito referenciami disponuje a zároveň nepredstavuje žiadne reálne výhody pre výber toho najlepšieho uchádzača. *Skôr dochádza k opačnému efektu a to, že uchádzač, ktorý mal v rámci zmluvy s verejným obstarávateľom zabezpečiť určité plnenie (a to plnenie verejnému obstarávateľovi dodal) bude pri takomto výklade ZVO z verejného obstarávania vylúčený.*

V nadväznosti na vyššie uvedené záverom dávame do pozornosti Rozhodnutie ÚVO č. 6850-6000/2020-OD zo dňa 18. 06. 2020 (na ktoré je aj odkaz v Metodickom usmernení ÚVO č. 10586-5000/2021 zo dňa 22. 09. 2021, ďalej len „Rozhodnutie ÚVO"), ktoré sa zaoberalo problematikou typu vzťahov v procese realizácie stavebných prác. V bode 73 Rozhodnutia ÚVO sa uvádza nasledovné: „Vo vzťahu k inštitútu referencií úrad ďalej považuje za nevyhnutné uviesť, že v praxi sa možno stretnúť s rôznymi formami referencií/potvrdení, ktorými záujemcovia/uchádzači môžu preukázať splnenie podmienok účasti z hľadiska technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. V závislosti od vzťahu medzi záujemcom/uchádzačom na jednej strane, a verejným obstarávateľom, obstarávateľom a inou osobou ako verejný obstarávateľ/ obstarávateľ môže mať referencia/potvrdenie povahu:

1. dodávateľsko-odberateľskú – to znamená, že záujemca/uchádzač preukazuje vykonanie stavebných prác zmluvným vzťahom, v ktorom vystupoval ako priamy účastník zmluvy vo vzťahu k verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi, resp. záujemca/uchádzač v tomto právnom vzťahu nemá postavenie subdodávateľa,

2. subdodávateľsko-odberateľskú – to znamená, že záujemca/uchádzač preukazuje vykonanie stavebných prác zmluvným vzťahom, v ktorom vystupoval ako nepriamy účastník zmluvy, resp. ako subdodávateľ vo vzťahu k verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi, resp. záujemca/uchádzač v tomto právnom vzťahu mal postavenie subdodávateľa, z čoho plynie záver, že potvrdenie vystavuje nie priamo odberateľ (verejný obstarávateľ/ obstarávateľ), ale dodávateľ (úspešný uchádzač, ktorý využíva kapacity subdodávateľov).

Paradoxne je tento dodávateľ (úspešný uchádzač) v dvojakom postavení – vo vzťahu k priamemu odberateľovi (verejný obstarávateľ/obstarávateľ) má postavenie dodávateľa, ale už voči svojmu subdodávateľovi má zase postavenie odberateľa."

Situácia, ktorú ÚVO označil v Rozhodnutí ÚVO za „paradoxnú", je z nášho pohľadu

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

bežnou v prípade dodávateľsko-odberateľských vzťahov pri realizácii stavebných prác (veľkých projektov).

***OTÁZKY**:*

1. Môže ÚVO uviesť, ako majú VO/O pristupovať k posúdeniu skúseností uchádzača, ktorý splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) preukazuje referenciou, v rámci ktorej boli niektoré z činností zabezpečované prostredníctvom podzhotoviteľov** (v extrémnom prípade, ak takmer celá stavba bola „zobchodovaná" a zrealizovaná podzhotoviteľmi)**?

2. S ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu, vysvetľujeme si správne, že pokiaľ zhotoviteľ disponuje oprávneniami na vykonávanie určitých činností vo výstavbe a disponuje referenciou za práce (stavbu), ktorých časť (napr. z kapacitných dôvodov) uskutočnil prostredníctvom podzhotoviteľa/podzhotoviteľov, nemôže VO/O v procese verejného obstarávania spochybniť stav, že touto referenciou za rovnaké práce (na rovnakej stavbe) paralelné disponujú dva hospodárske subjekty?"

<u>a v ktorom úrad uviedol nasledovné stanovisko</u>, cit.:

*„**V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie**.*

Ako ste na to už v žiadosti poukázali, podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf/39/2009 zo dňa 17. 03. 2010 ***metodický pokyn úradu nepredstavuje záväzný výklad zákona o verejnom obstarávaní*** *a ani nesprávny metodický pokyn nemôže priniesť účastníkovi procesu verejného obstarávania priaznivejšie rozhodnutie vo veci.*

Podľa § 147 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní úrad metodicky usmerňuje účastníkov procesu verejného obstarávania. ***Úrad v rámci metodického usmerňovania <u>nepreberá kompetencie jednotlivých verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov</u> (účastníkov procesu verejného obstarávania) pri realizácii konkrétnych verejných obstarávaní, resp. nenahrádza oprávnenia a povinnosti, ktoré im z tohto postavenia vyplývajú pri uskutočňovaní verejného obstarávania. K samotnému záveru, či určitý postup zadávania zákazky korešponduje s povinnosťami zakotvenými v zákone o verejnom obstarávaní, je možné dospieť len po dôslednom preskúmaní a zhodnotení skutkového stavu a konkrétnych okolností daného prípadu. Metodická činnosť úradu sa v zásade obmedzuje na poskytnutie všeobecných odpovedí, resp. návodov na riešenie otázok, ktoré môžu spôsobovať aplikačné problémy v praxi. Vzhľadom na tieto skutočnosti sa vyjadrujeme vo všeobecnej rovine***.

Na úvod zdôrazňujeme, že úradom vydané adresné metodické usmernenia, ako aj rozhodnutia, ktoré sa venujú konkrétnej situácii by mali byť posudzované v kontexte okolností, na ktoré boli zamerané, resp. na to, akú konkrétnu otázku riešili. Až po ich podrobnejšom posúdení možno usúdiť, aké závery možno aplikovať univerzálne (vrátane analógie) alebo len na situácie rovnakého typu a čo nemožno aplikovať ani analogicky, nakoľko ide o príliš osobitý prípad, ktorý sa vyznačuje viacerými špecifikami. Každý, kto sa teda odvoláva na predchádzajúce výstupy úradu, mal by ich analogickú aplikovateľnosť, resp. neaplikovateľnosť vedieť náležite podložiť a odôvodniť, pričom by sa mal vedieť vysporiadať s prípadnými rozdielmi v skutkovom stave a dopadmi z toho vyplývajúcimi. Pokiaľ ide o ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní (ale aj akéhokoľvek iného všeobecne záväzného právneho predpisu), je nesporne pri aplikácii potrebné prihliadať aj na zmysel a účel konkrétnej normy.

Ako konštantne v našich metodických usmerneniach uvádzame, účelom inštitútu podmienok účasti je 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

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

predstavujú podmienky účasti eliminačné kritériá, ktoré v prípade ich nesplnenia zo strany uchádzačov alebo záujemcov rezultujú v ich vylúčenie z verejného obstarávania.

Podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ***technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje*** *podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok,* ***ak odberateľom***

1. ***bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ*** *podľa tohto zákona,* ***dokladom je referencia****; ak referencia nebola vyhotovená podľa § 12,* ***dokladom môže byť aj vyhlásenie uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplnené dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie****,*
2. ***bola iná osoba ako verejný obstarávateľ*** *alebo obstarávateľ podľa tohto zákona,* ***dôkaz o plnení potvrdí odberateľ****; ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.*

Oprávnenie verejného obstarávateľa a obstarávateľa vyžadovať preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti vyplýva aj z čl. 19 ods. 2 Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. 02. 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „Smernica"), podľa ktorého „ak je to nevyhnutné, verejní obstarávatelia môžu v súťažných podkladoch spresniť, ako skupiny hospodárskych subjektov majú splniť požiadavky týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia alebo ***technickej a odbornej spôsobilosti uvedené v článku 58 za predpokladu, že je to opodstatnené z objektívnych dôvodov a primerané****. Členské štáty môžu stanoviť štandardné podmienky pre spôsob, akým skupiny hospodárskych subjektov majú splniť tieto požiadavky."*

Podľa čl. 58 ods. 4 Smernice: Pokiaľ ide o technickú a odbornú spôsobilosť, verejní obstarávatelia môžu stanoviť požiadavky, ktorými sa zabezpečí, aby hospodárske subjekty mali k dispozícii ľudské a technické zdroje a skúsenosti potrebné na plnenie zákazky na primeranej kvalitatívnej úrovni. ***Verejní obstarávatelia môžu vyžadovať, aby hospodárske subjekty mali dostatočnú úroveň skúseností z plnenia zákaziek v minulosti, preukázanú vhodnými referenciami****. Verejný obstarávateľ môže vyvodiť záver, že hospodársky subjekt nemá požadovanú odbornú spôsobilosť, ak verejný obstarávateľ zistil, že hospodársky subjekt má protichodné záujmy, ktoré môžu nepriaznivo ovplyvniť plnenie zákazky.* ***Pri postupoch obstarávania týkajúcich sa*** *dodania tovaru, ktoré si vyžadujú montážne alebo inštalačné práce, poskytnutie služieb alebo* ***uskutočnenie stavebných prác****,* ***sa odborná spôsobilosť*** *hospodárskych subjektov na poskytnutie služieb alebo uskutočnenie inštalácie alebo práce* ***môže vyhodnotiť vzhľadom na ich schopnosti, efektívnosť, skúsenosti a spoľahlivosť****.*

Podľa § 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

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

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 g) 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. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.

Vychádzajúc z ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač môže na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby. Ako sme už aj v minulosti v metodických usmerneniach uviedli, v prípade ak uchádzač, resp. záujemca preukazuje odbornú a technickú spôsobilosť v zákazke prostredníctvom predchádzajúcich skúseností (referencií) inej osoby, nemalo by ísť len o formálne dokladovanie splnenia podmienok účasti, ale je nevyhnutné, aby ten, kto sa využitia tretích osôb dovoláva aj preukázal, že uvedenými kapacitami bude aj reálne disponovať.

***Cieľom vyžadovania predloženia referencií (v širšom zmysle slova), ako súčasti preukazovania technickej a odbornej spôsobilosti je preverenie predchádzajúcich skúseností hospodárskeho subjektu na trhu**. Pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti je potrebné v prvom rade vychádzať zo znenia toho, čo je uvedené v súťažných podkladoch, či oznámení o vyhlásení verejného obstarávania (t. j. je potrebné vychádzať z toho, čo vyžaduje verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ preukázať – uskutočnenie akej konkrétnej činnosti). Následne je potrebné posúdiť, čo deklaruje samotný hospodársky subjekt, čo je teda skutočným obsahom jeho referencie. **Univerzálne pritom platí, že každý je oprávnený preukázať a dovolávať sa len toho, čo skutočne zabezpečoval**. Uvedené si potom môže vyžadovať aj dôkladnejšie zaoberanie sa obsahom referencií, vysvetľovaním a pod. Hospodárske subjekty by mali poskytovať k tomu náležitú súčinnosť.*

***V prípade subdodávateľských vzťahov podľa nášho názoru môže vzniknúť situácia, v ktorej hlavný dodávateľ preukáže referenciu týkajúcu sa napr. úspešného zhotovenia diaľničného úseku v dĺžke X km s určitými technickými parametrami a súčasne iný hospodársky subjekt predloží doklady o tom, že na danom úseku realizoval určitý rozsah stavebných prác (napr. vybrané práce na razení tunela, montáže zvodidiel, portálov dopravného značenia a pod.), ako subdodávateľ. <u>Uvedené teda zrejme od jedného hospodárskeho subjektu smeruje k tomu, že je schopný na vlastnú zodpovednosť zastrešiť zrealizovanie celej zákazky (resp. určitého súboru stavebných objektov tvoriacich funkčný celok)</u> a <u>u druhého subjektu to bude zrejme smerovať k tomu, že je spôsobilý uskutočniť určitý typ stavebných prác, resp. že sa špecializoval na určité stavebné práce</u>. Takémuto zdanlivo duplikovanému dovolávaniu sa uplatnenia referencií podľa nášho názoru zákon o verejnom obstarávaní nebráni**. To, či jedno alebo druhé bude na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti v určitom verejnom obstarávaní dostatočné, je na posúdení verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v súlade s jeho požiadavkami a konkrétnym predmetom zákazky. Obdobnú logiku je možné uplatniť aj v prípade, keď v podstate celá zákazka bola realizovaná subdodávateľským spôsobom. Je však potrebné upozorniť na to, že takáto situácia môže pri overovaní technickej alebo odbornej spôsobilosti hospodárskeho subjektu vyvolať*

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

určité otázky, či predpoklady na komplexnejšie preskúmanie, a to napríklad v spojitosti s inými deklarovanými skúsenosťami tohto hospodárskeho subjektu, alebo v nadväznosti na spôsob preukazovania ďalších podmienok účasti (ako sú požiadavky na expertov, strojové vybavenie, podiel subdodávok a pod.), vrátane reálnosti zapojenia tzv. tretích osôb atď.

Na záver uvádzame, že sa v zásade stotožňujeme s prístupom, ako opisujete vo vašej žiadosti.“

109. Rada v tejto súvislosti uvádza, že súhlasí s právnym názorom prezentovaným žiadateľom o predmetné metodické usmernenie, ako aj s právnym názorom úradu, uvedeným v tomto metodickom usmernení. Podľa rady je totiž nesporné, že **cieľom vyžadovania podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) a b) zákona o verejnom obstarávaní, je preverenie skutočnosti, či uchádzač má predchádzajúcu skúsenosť s poskytovaním (zabezpečovaním) určitého plnenia**.

110. **Podľa rady by preto <u>prijatie záveru o splnení alebo nesplnení požadovanej podmienky účasti malo byť založené na overení skutočnosti, či daný uchádzač v minulosti zabezpečoval na vlastnú zodpovednosť realizáciu plnenia požadovaného v rámci stanovenej podmienky účasti</u>**.

111. **<u>Podľa rady v takom prípade nie je rozhodujúce, či uchádzač (v postavení zhotoviteľa) referenčné plnenie realizoval výhradne vlastnými (internými) kapacitami alebo či referenčné plnenie zabezpečil prostredníctvom subdodávateľa (podzhotoviteľa)</u>. Podstatnou pre posúdenie splnenia podmienky účasti je totiž tá skutočnosť, či uchádzač v minulosti nadobudol skúsenosť s plnením, ktoré je potrebné preukázať v rámci podmienky účasti, a ktoré zakladá predpoklad aj na budúce (obdobné) plnenie.**

112. **<u>Rada má teda za to, že zhotoviteľ, aj v prípade, že si časť prác alebo služieb zadováži od subdodávateľa (podzhotoviteľa), je naďalej v pozícii priamo zodpovedného za výkon týchto prác alebo dodanie služieb, a preto je aj nositeľom referencie za takéto referenčné plnenie</u>**.

113. **<u>Podľa rady v prípade, ak sa preukáže, že dotknutý uchádzač v minulosti zabezpečoval plnenie, ktoré je potrebné preukázať v rámci podmienky účasti, potom je daný aj predpoklad na riadne plnenie obstarávaného plnenia</u> (samozrejme za predpokladu, že bola predmetná podmienka účasti stanovená v súlade s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní).**

114. **<u>Kontrolovaný sa preto podľa rady mal pri posudzovaní splnenia stanovenej podmienky účasti</u>** (bod 45 tohto rozhodnutia) **<u>v danom prípade zamerať na skúmanie toho, či dané referenčné plnenie realizované prostredníctvom subdodávateľa (podzhotoviteľa), na ktoré poukazuje uchádzač Doprastav, a.s., skutočne zabezpečil on sám, tzn. či v čase realizácie referenčného plnenia existoval subdodávateľský vzťah medzi uchádzačom Doprastav a.s. a XX.</u> Následne po overení tejto skutočnosti sa mal kontrolovaný zamerať na posúdenie povahy a rozsahu poskytnutých projekčných prác, a tomu prislúchajúcemu finančnému ohodnoteniu tohto referenčného plnenia, ktoré mal uchádzač Doprastav a.s. zabezpečiť prostredníctvom svojho subdodávateľa XX.**

115. **<u>V danom prípade však kontrolovaný požadoval preukázanie tej skutočnosti, že uchádzač Doprastav a.s. priamo vlastnými (internými) kapacitami realizoval plnenie, a teda existenciu subdodávateľského vzťahu medzi uchádzačom Doprastav a.s. a XX v súvislosti s referenčným plnením, vôbec neskúmal</u>**.

116. Rada v tejto súvislosti podporne poukazuje aj na **rozhodnutie Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, ktorý v rozhodnutí **sp. zn. ÚOHS-S0409/2020/VZ** zo dňa 31.12.2020,

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

konštatoval obdobný záver ako rada, konkrétne, cit.:

„173. V této souvislosti Úřad dále v obecné rovině dodává, že ***poskytuje-li dodavatel, jakožto smluvní partner objednatele, plnění, resp. jeho část prostřednictvím jiné osoby, která je na rozdíl od dodavatele oprávněna k poskytování této části plnění, pak tento tzv. „generální dodavatel“, který je ve smluvním vztahu k objednateli a nemusí sám vlastními prostředky realizovat celou veřejnou zakázku, odpovídá za její řádné a odborné provedení objednateli. Generálnímu dodavateli pak zpravidla svědčí reference objednatele právě z důvodu, že je smluvně odpovědný za realizaci celého plnění (není-li samozřejmě ve smlouvě stanoveno jinak)****.“*

117. Rada pre úplnosť dodáva, že v ponuke uchádzača, ako ani vo vysvetleniach uchádzača a ich prílohách sa nenachádzajú také dôkazy, ktoré by preukazovali, že referenčné plnenie, na ktoré uchádzač poukazuje vo svojich vysvetleniach, bolo zabezpečené prostredníctvom v tom čase existujúceho subdodávateľského vzťahu medzi uchádzačom Doprastav, a.s. a subdodávateľom XX.

118. Z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu je zrejmá iba existencia subdodávateľského vzťahu medzi uchádzačom Doprastav, a.s. a XX na základe Zmluvy o dielo na poskytnutie projektových prác, ktorá bola uzatvorená dňa 03. 11. 2016, pričom podľa Článku VI „Čas plnenia“, bodu 6.1, cit.: *„Zhotoviteľ sa zaväzuje, že vypracuje a dodá predmet Zmluvy v rozsahu a obsahu dohodnutom v tejto Zmluve v nasledujúcich termínoch: začatie prác: 26. 09. 2016, ukončenie prác: 05. 12. 2016.“* Uchádzač Doprastav a.s. pritom vo vysvetleniach uviedol, že realizácia referenčného plnenia je upravená Dodatkom č. 1 k Zmluve o dielo, ktorá bola výsledkom zadávania zákazky na predmet „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina pre rýchlosť do 160 km/h, I. etapa“, pričom Dodatok č. 1 k predmetnej Zmluve o dielo bol uzatvorený až dňa 25. 10. 2018.

119. Rada na základe uvedeného konštatuje, že súčasťou dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu nie je žiaden dokument, na základe ktorého by bolo možné konštatovať, že uchádzač Doprastav a.s. zabezpečil prostredníctvom subdodávateľa XX referenčné plnenie, na ktoré poukazuje na účely preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

120. Rada preto uvádza, že z dostupnej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu nemožno konštatovať, že uchádzač Doprastav, a.s. (v postavení zhotoviteľa) zabezpečil prostredníctvom subdodávateľa (podzhotoviteľa) XX realizáciu referenčného plnenia, na ktoré poukazuje s cieľom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní stanovenej v tomto verejnom obstarávaní. **Podľa rady však nemožno vylúčiť, že v prípade, ak by kontrolovaný skúmal existenciu subdodávateľského vzťahu pri danom referenčnom plnení, tento subdodávateľský vzťah by mohol byť preukázaný, a teda by bolo možné toto referenčné plnenie uchádzačovi Doprastav, a.s. priznať**.

121. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti **rada v zhode s úradom konštatuje, že kontrolovaný pri zadávaní predmetnej zákazky porušil § 40 ods. 1 a ods. 4 v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a súčasne § 10 ods. 2 tohto zákona**, a to princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti, **keď vylúčil uchádzača Doprastav, a.s. z predmetnej verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez toho, aby sa dostatočne zaoberal a mal relevantne za preukázané nesplnenie danej podmienky účasti týmto uchádzačom, ktorý mohol byť v konečnom dôsledku vyhodnotený ako úspešný**, a teda uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania.

122. Podľa § 187i ods. 12 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní ak nie je v § 187i ustanovené

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

inak, na konanie o odvolaní sa primerane použijú ustanovenia § 170 až 176.

123. V nadväznosti na § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa na základe § 187i ods. 12 tohto zákona aplikuje aj na odvolacie konanie, rada uvádza stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Rada kontrolovanému odporúča, aby v budúcnosti v prípade skúmania podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní sledoval cieľ stanovenia tejto podmienky účasti, a teda to, či je u uchádzača predpoklad riadneho poskytnutia obstarávaného predmetu zákazky, konkrétne, aby v prípade, že sa uchádzač odvoláva na referenčné plnenie, za ktoré zodpovedal a ktoré zabezpečoval prostredníctvom jeho subdodávateľov, na toto referenčné plnenie prihliadol a preskúmal ho v súlade s požiadavkami, ktoré stanovil v rámci ním stanovenej podmienky účasti.

124. Podľa § 187i ods. 16 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní rada v konaní o odvolaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú pre to dôvody, rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.

125. Keďže rada v tomto odvolacom konaní neidentifikovala dôvody na zmenu výroku rozhodnutia úradu, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

126. Podľa § 187i ods. 10 tretia veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia rady o zastavení konania o odvolaní podľa odseku 13 písm. e). Podľa § 187i ods. 10 štvrtá veta zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti osobe, ktorá odvolanie podala, kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

127. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená kontrolovaným v odvolacom konaní stane príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia rady.

P o u č e n i e

Podľa § 187i ods. 21 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 187i ods. 22 zákona o verejnom obstarávaní toto rozhodnutie rady o odvolaní proti rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, ktorým sa kontrolovanému neukladá povinnosť, nie je preskúmateľné súdom.

(elektronický podpis)

JUDr. Peter Kubovič
predseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí
Železnice Slovenskej republiky, Klemensova 8, 813 61 Bratislava – kontrolovaný

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