



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 xxxxx

xxxxx 16. 04. 2018 Číslo
spisu: 4483-9000/2018

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 a orgán príslušný podľa § 146 ods. 1 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 uchádzača XX (ďalej len „navrhovateľ“) proti rozhodnutiu úradu č. 16814-6000/2017-ODI zo dňa

7. 02. 2018, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa smerujúcich proti vylúčeniu navrhovateľa z verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky „**Nemocničné lôžka vrátane doplnkovej výbavy, nočných stolíkov, matracov a záručného servisu**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Ministerstvo zdravotníctva Slovenskej republiky**, Limbová 2, 837 52 xxxxx (ďalej len

„kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie zo dňa 19. 07. 2017 pod značkou 2017/S

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie navrhovateľa **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 16814-6000/2017-ODI zo dňa 07. 02. 2018 **potvrďuje** podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Navrhovateľ dňa 02. 03. 2018 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 16814-6000/2017-ODI zo dňa 07. 02. 2018 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok smerujúcich proti vylúčeniu navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže.

Rozhodnutie o námietkach

2. Z rozhodnutia o námietkach vyplýva, že kontrolovaný rozdelil predmet zákazky na 10 častí, pričom umožnil predkladať ponuky na všetky časti. Predmetom zákazky pritom je dodanie nemocničných lôžok rozdelených do 9 kategórií (kategórie L1 až L9), vrátane doplnkovej výbavy, matracov, záručného servisu a nočných stolíkov (kategória S1) vrátane záručného servisu. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, ako aj v súťažných podkladoch, kontrolovaný požadoval predložiť zoznam dodaných tovarov rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky za obdobie predchádzajúcich troch rokov od vyhlásenia verejného obstarávania (tzn. za obdobie 18. 07. 2014 - 19. 07. 2017) s minimálnou hodnotou 400 000 eur pre časť 2, 300 000 eur pre časť 3 a 300 000 eur pre časť 4.

3. Navrhovateľ predložil ponuku na časti 1, 2, 3, 4 a 10. Kontrolovaný vylúčil navrhovateľa v častiach 2, 3 a 4 z dôvodu nesplnenia predmetnej podmienky účasti, konkrétne v časti 2 bol navrhovateľ vylúčený z dôvodu, že technickú/odbornú spôsobilosť (pre kategóriu L2: mechanické lôžka so zdvihom ložnej plochy) preukazoval referenciami na dodávky lôžok kategórie L3: elektrické lôžka, čo kontrolovaný neakceptoval. V častiach 3 a 4 bol navrhovateľ vylúčený z dôvodu, že technickú/odbornú spôsobilosť preukazoval referenciami, ktoré podľa kontrolovaného nespádali do referenčného obdobia (predchádzajúce 3 roky od vyhlásenia verejného obstarávania). Proti vylúčeniu v týchto častiach podal navrhovateľ námietky.
4. Pokiaľ ide o námietky navrhovateľa proti vylúčeniu v časti 2 predmetu zákazky, navrhovateľ namietal, že kontrolovaný nesprávne (reštriktívne) interpretoval súťažné podklady, keď mal za to, že uchádzač bol v rámci kategórie L2 povinný predložiť referencie na dodané lôžka výlučne s mechanickým, resp. hydraulickým pohonom. Elektrické lôžka kategórie L3 sú podľa navrhovateľa nielen podobného charakteru a technického prevedenia (s jedinou výnimkou spôsobu pohonu), ale vo vzťahu k pohonu lôžka sú sofistikovanejšie a komplikovanejšie, a teda referencie osvedčujúce technickú spôsobilosť uchádzača dodávať elektrické lôžka kategórie L3 musia postačovať aj ako referencie na kvalifikované dodanie lôžok s mechanickým zdvihom ložnej plochy kategórie L2. Navrhovateľ mal za to, že referencie dodaného tovaru kategórie L3 možno bez akýchkoľvek pochybností kvalifikovať ako referencie realizovaných dodávok tovaru podobného charakteru, ako je predmet zákazky kategórie L2, a teda predložením referencií na dodanie lôžok s elektrickým pohonom kategórie L3 v časti 2 predmetu zákazky (lôžka kategórie L2) splnil danú podmienku účasti pre časť 2 predmetu zákazky.
5. Úrad v rámci posúdenia tejto časti námietok uviedol, že kontrolovaný vysvetlením súťažných podkladov, ako aj vo vybavení dvoch žiadostí o nápravu jednoznačne špecifikoval a vysvetlil všetkým uchádzačom, že nebude akceptovať referencie kategórie lôžok L3 a vyššie, ktorými by uchádzač chcel preukázať referencie na lôžka kategórie L2, resp. naopak. Kontrolovaný mal totiž za to, že kategória lôžok L3 je diametrálne odlišná od kategórie L2 tým, že je stavaná na princípe elektrického pohonu, ktorý je principiálne odlišný ako mechanický princíp posunu lôžka (body 36 až 38 tohto rozhodnutia).
6. Navrhovateľ pritom preukazoval technickú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L2 v časti 2 predmetu zákazky referenciami v kategórii L2 lôžok v celkovej hodnote 903,87 eur bez DPH a vo zvyšnej hodnote preukazoval technickú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L2 v časti 2 predmetu zákazky referenciami kategórie L3 lôžok. Kontrolovaný teda uznal navrhovateľovi v časti 2 predmetu zákazky len referenciu v hodnote 903,87 eur bez DPH, na základe čoho bol navrhovateľ následne v časti 2 predmetu zákazky v predmetnej verejnej súťaži vylúčený z dôvodu nesplnenia podmienok účasti.
7. Úrad konštatoval, že nakoľko kontrolovaný požadoval v časti 2 predmetu zákazky referencie na dodanie lôžok kategórie L2 v hodnote 400 000 eur bez DPH a navrhovateľ predložil na túto kategóriu lôžok len referenciu v hodnote 903,87 eur bez DPH, navrhovateľ nespĺnil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe vyššie uvedeného mal úrad za to, že kontrolovaný vyhodnocoval predmetnú podmienku účasti v súlade s tým, čo si určil v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch, vysvetlení súťažných podkladov, ako aj vo vybavení dvoch žiadostí o nápravu, a teda postupoval pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a pri vylúčení navrhovateľa v časti 2 predmetu zákazky v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
8. Úrad k vyššie uvedenému dodal, že vzhľadom k tomu, že navrhovateľ nevyužil všetky zákonom ustanovené revízne postupy v príslušných lehotách, t. j. nepodal námietky proti

dokumentoch poskytnutých kontrolovaným v lehote na predkladanie ponúk, úrad zastáva názor, že navrhovateľ akceptoval skutočnosti uvedené vo vysvetlení súťažných podkladov, ako aj vo vybaveniach žiadostí o nápravu, a teda aj skutočnosť, že kontrolovaný nebude akceptovať referencie kategórie lôžok L3 a vyššie, ktorými by uchádzač chcel preukázať referencie na lôžka kategórie L2, resp. naopak. Uvedené potvrdil navrhovateľ aj vo svojej ponuke vo vyhlásení, v ktorom súhlasil s podmienkami kontrolovaného určenými v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch a vo všetkých dokumentoch, ktorými kontrolovaný vysvetľoval podmienky účasti v predmetnom verejnom obstarávaní, ako aj s doplňujúcimi informáciami uvedenými v súťažných podkladoch.

9. Úrad na základe uvedeného námietky navrhovateľa v časti 2 predmetu zákazky podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní **zamietol** (ďalej len „prvý výrok rozhodnutia o námietkach“).
10. Pokiaľ ide o námietky navrhovateľa proti vylúčeniu v častiach 3 a 4 predmetu zákazky, z rozhodnutia o námietkach vyplýva, že navrhovateľ preukazoval technickú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L3 a L4 v častiach 3 a 4 predmetu zákazky okrem iného aj dvoma referenciami od spoločnosti YY. Z predmetných referencií vyplýva, že navrhovateľ realizoval pre spoločnosť YY okrem iného aj dodávky lôžok kategórie L4 vo výške plnení 102 399,36 eur bez DPH a 75 860,92 eur bez DPH, pričom na oboch referenčných listoch je uvedený dátum realizácie dodávok tovaru: júl 2014.
11. Vzhľadom na skutočnosť, že u kontrolovaného nastali pochybnosti, či boli predmetné dodávky lôžok kategórie L4 uvedené v referenčných listoch od spoločnosti YY realizované v období 18. 07. 2014 - 19. 07. 2017, kontrolovaný požiadal spoločnosť YY o vyjadrenie, aký objem dodávok tovaru uvedeného v referenčných listoch bol realizovaný v referenčnom období, t. j. po termíne 18. 07. 2014. Spoločnosť YY sa vyjadrila, že komodity, ktoré sú obsahom oboch zmieňovaných referencií, boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014.
12. Úrad ďalej uviedol, že kontrolovaný následne požiadal navrhovateľa o vysvetlenie a doplnenie týchto referencií od spoločnosti YY, konkrétne o špecifikovanie a predloženie dôkazov o lehote plnenia daných referencií (napr. dodací list, potvrdenie spoločnosti YY). Navrhovateľ v rámci svojej odpovede na žiadosť o vysvetlenie predložených referencií predložil okrem iného taktiež potvrdenie spoločnosti YY, v ktorom je uvedené, cit.: „zo zmluvného vzťahu (kúpna zmluva zo 07. 04. 2017) vyplýva, že záväzok predávajúceho dodať tovar podľa tejto zmluvy bol splnený až riadnym splnením povinností predávajúceho (...) Jednotlivé plnenia prebiehali v časovom intervale 5 - 7/2014. Zákazka je preto v zmysle zmluvy považovaná za splnenú po dodaní všetkých položiek Kúpnej zmluvy, t. j. vrátane nábytkových zostáv.“.
13. Navrhovateľ v tejto súvislosti namietal, že dodaním samotných lôžok (bez príslušenstva a ďalších tovarových položiek) sa nepovažuje referenčný tovar za riadne (v súlade s kúpnu zmluvou) ako celok dodaný. V rámci preberacieho konania pritom zmluvné strany zistili, že niektoré tovarové položky (položka 98 - vešiak na operačné zástery a položka 99 - trezor na opiáty) neboli vyrobené a navrhovateľom dodané. Z e-mailovej komunikácie, ktorú navrhovateľ predložil úradu, podľa navrhovateľa jednoznačne vyplýva, že ešte v polovici októbra neboli kupujúcemu tieto tovarové položky dodané. Interpretáciou zmluvných ustanovení možno podľa navrhovateľa prijať právny záver, že referenčný tovar, ktorým preukazoval referencie pre kategóriu L3 a kategóriu L4, sa považuje za dodaný okamihom dodania, nainštalovania a uvedenia tovaru do prevádzky, vrátane odovzdania predpísanej dokumentácie (všetko kumulatívne), a to vo vzťahu k tovaru ako celku. Vzhľadom na právnu skutočnosť dodania referenčného tovaru až v októbri 2014 možno podľa navrhovateľa vyhodnotiť, že ním predložené referencie na kategórie L3 a L4, t. j. zoznam tovaru dodaného

z predmetnej kúpnej zmluvy, sa bez akýchkoľvek pochybností týkali súťažnými podkladmi zadefinovaného referenčného obdobia.

14. Po posúdení uvedených skutočností mal úrad za to, že kontrolovaný preukázal vyjadrením spoločnosti YY, že komodity, ktoré sú obsahom oboch zmieňovaných referencií, boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014, t. j. mimo stanoveného obdobia 3 rokov odo dňa vyhlásenia predmetného verejného obstarávania. Úrad v tejto súvislosti konštatoval, že z vyjadrenia spoločnosti YY, ktoré v rámci inštitútu vysvetlenia predložených dokladov navrhovateľ predložil kontrolovanému, vyplýva len, že jednotlivé plnenia prebiehali v časovom intervale 5 - 7/2014, t. j. navrhovateľ nepreukázal, že referenčné tovary boli dodané odberateľovi v období od 18. 07. 2014 do 19. 07. 2017.
15. Vo vzťahu k dodaniu/nedodaniu položiek č. 98 a 99 úrad konštatoval, že ide o položky, resp. tovary, ktoré nie sú rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky v časti 3 alebo v časti 4 predmetnej verejnej súťaže (nejde o lôžka kategórie L3 alebo L4). Z uvedeného dôvodu mal úrad za to, že pri posudzovaní referencií je relevantná len tá časť referencie (hodnota plnenia aj termín plnenia), ktorá sa týka rovnakého alebo podobného tovaru, (t. j. dodávky lôžok kategórie L3 alebo L4), ktoré dodával navrhovateľ v minulosti a nie hodnota aj termín dodávok iných tovarov nesúvisiacich s predmetom časti 3 a časti 4 súčasnej zákazky. Úrad mal za to, že v prípade ak navrhovateľ v minulosti dodával súbor tovarov (z ktorých časť je rovnaká alebo podobná s tovarmi terajšej zákazky a časť je odlišná) a kúpna zmluva určovala, že zákazka sa považuje za dodanú až dodaním posledného zo súboru tovarov, toto nie je podľa názoru úradu pre účely posudzovania, či dané referencie spadajú do referenčného obdobia, relevantné. Úrad ďalej konštatoval, že ak navrhovateľ dodával tovary pre svojho odberateľa (spoločnosť YY) v minulosti postupne a časť tovarov zhodných alebo podobných s tovarmi podľa súčasnej zákazky (lôžka kategórie L3 alebo L4) dodal skôr ako tie, ktoré sú odlišné od tovarov podľa súčasnej zákazky (napr. položky č. 98 - vešiak na operačné zástery a položka č. 99 - trezor na opiáty), pre účely preukazovania referencie je potrebné vychádzať zo skutočného dátumu dodania relevantných tovarov (v predmetnom prípade lôžok kategórie L3 alebo L4) a nie z dátumu dodania posledného zo súboru tovarov, ktorými uchádzač v minulosti splnil predmet zákazky.
16. Na základe vyššie uvedeného má úrad za to, že navrhovateľ nepreukázal, že realizoval referenčné dodávky v období od 18. 07. 2014 do 19. 07. 2017, t. j. v období troch rokov odo dňa vyhlásenia predmetného verejného obstarávania, naopak spoločnosť YY, ktorá predmetné referencie vystavila, potvrdila, že komodity, ktoré sú obsahom oboch zmieňovaných referencií, boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014. Vzhľadom na skutočnosť, že navrhovateľ v časti 3 predmetu zákazky preukázal technickú spôsobilosť vo vyššie uvedenom referenčnom období len referenciami v hodnote 299 630,83 eur bez DPH a v časti 4 predmetu zákazky preukázal technickú spôsobilosť vo vyššie uvedenom referenčnom období len referenciami v hodnote 125 146,10 eur bez DPH, úrad konštatoval, že navrhovateľ nespĺnil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre obidve časti predmetu zákazky.
17. Úrad teda konštatoval, že kontrolovaný postupoval pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a pri vylúčení navrhovateľa v častiach 3 a 4 predmetu zákazky v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní **zamietol** námietky navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky (ďalej len „druhý výrok rozhodnutia o námietkach“) a **zamietol** námietky navrhovateľa v časti 4 predmetu zákazky (ďalej len „tretí výrok rozhodnutia o námietkach“).

Odvolanie navrhovateľa

18. Proti rozhodnutiu o námietkach podal navrhovateľ odvolanie, ktoré smeruje proti druhému výroku rozhodnutia o námietkach, teda proti zamietnutiu námietok v časti 3 predmetu zákazky.
19. Navrhovateľ koncentruje (rovnako ako v podaných námietkach) svoju procesnú obranu a odôvodnenie odvolania predovšetkým na preukázanie skutočnosti, že referenčný tovar bol spol. YY dodaný preukázateľne po 18. 07. 2014, a to v rámci referenčného obdobia tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania.
20. V kúpnej zmluve, ktorá je legitímnym právnym titulom dodania referenčného tovaru navrhovateľom spoločnosti YY, je podľa navrhovateľa záväzným spôsobom upravený (stanovený) právny moment odovzdania referenčného tovaru. V zmysle tejto kúpnej zmluvy sa pritom záväzok predávajúceho dodať tovar podľa tejto zmluvy považuje za splnený až riadnym splnením povinností predávajúceho (dodanie, nainštalovanie a uvedenie tovaru do prevádzky, vrátane odovzdania predpísanej dokumentácie, a to kumulatívne vo vzťahu k tovaru ako celku, ktorý je ako celok špecifikovaný v prílohách kúpnej zmluvy), čo mali zmluvné strany potvrdiť v protokole o uvedení do prevádzky.
21. Poukazujúc na skutočnosť, že v zmysle kúpnej zmluvy bol predávajúci povinný dodať predmet kúpnej zmluvy (súbor zdravotníckeho zariadenia ako jeden komplexný celok) naraz, t. j. nie po častiach, možno podľa navrhovateľa záväzne konštatovať, že až dodaním poslednej tovarovej položky (posledného kusu zdravotníckeho zariadenia) sa považuje tovar, ktorý predložil navrhovateľ ako referenciu pre kategóriu L3 (ako aj kategóriu L4), za riadne dodaný. K plneniu zmluvy teda podľa navrhovateľa nedošlo fyzickým odovzdaním niektorých tovarov (čiastkové dodanie tovaru kúpna zmluva nepripúšťala), ale až splnením ostatných (všetkých) častí kúpnej zmluvy. Nakoľko nedošlo v danom čase (pred 18. 07. 2014) k fyzickému prevzatíu položiek č. 98 a č. 99, ktoré neboli vyrobené ani dodané, nemohol byť splnený záväzok predávajúceho dodať tovar ako celok. Navrhovateľ preto považuje výklad úradu o tom, že pre účely preukazovania referencie je potrebné vychádzať zo skutočného dátumu dodania relevantných tovarov, za nesprávny.
22. V nadväznosti na vyššie uvedené navrhovateľ zdôrazňuje, že vymedzenie okamihu dodania tovaru na zmluvnom základe tak, ako je toto definované v kúpnej zmluve, je vo vzťahu k posudzovaniu dodania tovaru záväzným interpretačným pravidlom, ktorý kontrolovaný nie je oprávnený vykladať odlišne.
23. Vyjadrením spol. YY, ktoré má údajne podľa kontrolovaného (bez ďalšieho bližšieho zdôvodnenia) preukazovať dodanie tovaru pred 18. 07. 2014, sa spol. YY podľa navrhovateľa vyjadrovala zrejme iba k termínu fyzického prevzatia samotných lôžok (časť predmetu kúpnej zmluvy), ktoré bolo uskutočnené pred 18. 07. 2014, pričom dodaním samotných lôžok (bez príslušenstva a ďalších tovarových položiek) sa nepovažuje referenčný tovar za riadne (v súlade s kúpnu zmluvou) ako celok dodaný, čo navrhovateľ opätovne akcentuje. Navrhovateľ považuje vyjadrenia spol. YY za dôkazy, ktoré bez konfrontácie s inými dôkazmi (najmä kúpnu zmluvou) nemajú skutočnú vypovedaciu hodnotu. Jednostranným vyhodnotením jediného podkladu predloženého tretím subjektom (spol. YY) bez jeho konfrontácie s inými dôkazmi (dokladmi) a riadnym právnym posúdením úrad (ako aj kontrolovaný) podľa názoru navrhovateľa pochybil, vec nesprávne právne posúdil, čo v konečnom dôsledku znamená nezákonnosť rozhodnutia a porušenie práv navrhovateľa.
24. Vo vzťahu k preukázaniu termínu skutočného dodania referenčného tovaru navrhovateľ ďalej uvádza, že zmluvné strany v súlade s kúpnu zmluvou vyhotovili súhrnný preberací protokol, a to prvý dňa 30. 06. 2014 (tento termín si podľa navrhovateľa spol. YY zrejme sama dodatočne dopísala) a ďalší až 16. 10. 2014 (nakoľko až po zistení chýbajúcich položiek v

sa uskutočnilo v októbri 2014 dodanie zvyšných častí položiek). Za účelom preukázania týchto skutočností navrhovateľ v odvolaní predložil čestné vyhlásenia svojich dvoch zamestnancov, ktoré potvrdzujú, že chýbajúce položky (konkrétne položka č. 98 - vešiak na operačné zástery) boli do nemocnice dodané v októbri 2014. Navrhovateľ rovnako za účelom preukázania týchto skutočností v odvolaní preložil e-mailovú komunikáciu medzi navrhovateľom, spol. YY a Univerzitnou nemocnicou L. Pasteura v Košiciach (z ktorej vyplýva, že ešte v polovici októbra 2014 neboli kupujúcemu dodané niektoré tovarové položky, konkrétne položka č. 98 a 99).

25. Poukazujúc na vyššie uvedené skutočnosti považuje navrhovateľ za náležité preukázané, že dňa 18. 07. 2014 neboli spol. YY ako kupujúcemu dodané všetky tovarové položky, v dôsledku čoho nemožno k tomuto dátumu považovať referenčný tovar, ktorý bol predmetom kúpnej zmluvy, za riadne (ako súbor nemocničného zariadenia) dodaný, pričom tento bol v celom zazmluvnenom rozsahu spol. YY dodaný až v priebehu októbra 2014. V nadväznosti na uvedené možno podľa navrhovateľa záväzne vyhodnotiť, že predložené referencie na kategóriu L3 (rovnako ako L4) sa týkali súťažnými podmienkami zadefinovaného referenčného obdobia tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania.
26. Pre úplnosť navrhovateľ uvádza, že aj k úhrade faktúry za dodanie tovaru došlo až dňa 25. 07. 2014, a teda zjavne po termíne 18. 07. 2014. Napriek tomu, že navrhovateľom bola vystavená faktúra a došlo k prehliadnutiu uvedených položiek, nemožno túto skutočnosť považovať za reklamáciu, ale išlo o nedodanie uvedenej položky v požadovanom počte kusov a mylnú fakturáciu, ktorá sa mala riešiť dobropisom nedodanej položky. Termín fakturácie tovaru nie je preto termínom, ktorý by zmluvne zodpovedal termínu dodania všetkých položiek podľa kúpnej zmluvy (kupujúci pritom zaplatil až dňa 25. 07. 2014, čím by došlo akoby k uznaniu plnenia dodávky, ale stále je to termín po 18. 07. 2014).
27. Navrhovateľ zároveň v odvolaní uvádza, že ak už úrad (rovnako ako kontrolovaný) nebral do úvahy sporné referencie od spoločnosti YY (v objemoch 102 399,36 eur bez DPH a 75 860,92 eur bez DPH), tak v časti L2 súťaže sa nachádzajú ďalšie referencie kategórie L3. Nakoľko napr. referencia vystavená ZZ vo výške 48 096 eur bez DPH, je použiteľná z kategórie L2 aj k referenciám kategórie L3, čím by už sporné referencie YY nemali vplyv na vylúčenie, navrhovateľ má za to, že spĺňa danú podmienku účasti. Navrhovateľ zároveň poukazuje na to, že pri nesprávnom výklade a nesprávnom posudzovaní by vylúčením sporných referencií od spoločnosti YY a nezohľadnením ostatných referencií navrhovateľa (predložených v ponuke na časť 2 predmetu zákazky), navrhovateľovi chýbalo iba 369,17 eur bez DPH k naplneniu požadovaného minimálneho limitu 300 000 eur.
28. Vzhľadom na uvedené skutočnosti navrhovateľ v odvolaní navrhuje, aby rada zmenila napadnuté rozhodnutie o námietkach tak, že nariadi kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky a zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania v časti 3 predmetu zákazky a znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľom.
29. Navrhovateľ v odvolaní tiež uvádza, že hoci odvolanie smeruje len proti druhému výroku rozhodnutia (v časti 3 predmetu zákazky), aj ostatné výroky rozhodnutia (v časti 2 a v časti 4 predmetu zákazky) považuje za nezákonné, nakoľko úrad aj tieto časti podaných námietok podľa navrhovateľa nesprávne právne posúdil a dospel k nesprávnym skutkovým zisteniam. Navrhovateľ sa tak zároveň domáha, aby rada preskúmala rozhodnutie o námietkach aj v zostávajúcich častiach (nenapadnutých odvolaním) z vlastného podnetu, a to z dôvodov uvedených v námietkach, ako aj z dôvodu, že rozhodnutie o námietkach nebolo doručované splnomocnenému právnomu zástupcovi navrhovateľa.

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu navrhovateľa

30. Dňa 14. 03. 2018 doručil kontrolovaný úrad písomné vyjadrenie k odvolaniu navrhovateľa, v ktorom uviedol, že trvá na vyjadrení k podaným námietkam. Predmetné vyjadrenie na základe podaného odvolania kontrolovaný pritom dopĺňa o tvrdenie, že pred podaním námietok navrhovateľ nepovažoval termín dodania posledného kusu nábytku za termín ukončenia dodania, a teda termín pre vystavenie referencií, navrhovateľ s týmto výkladom začal až v procese podania námietok. Navrhovateľ sám predkladal referencie a v čase zaslania ponuky mu boli zrejme podmienky verejnej súťaže a sám navrhovateľ predložil v ponuke referencie s termínom plnenia referencií, až následne počas procesu vyhodnotenia ponúk a žiadosti komisie o upresnenie termínu začal navrhovateľ predkladať rôzne termíny plnenia referencií.
31. Nakoľko navrhovateľ neustále poukazuje na skutočnosť, že v zmysle kúpnej zmluvy sa záväzok predávajúceho dodať tovar podľa tejto zmluvy považuje za splnený až riadnym splnením povinností predávajúceho, kontrolovaný preto oslovil spoločnosť YY a požiadal ju o predloženie faktúr, prípadne dôkazov o prebratí lôžok a začiatku plynutia záručnej doby. Spoločnosť YY elektronicky zaslala kontrolovanému stanovisko, v ktorom je uvedené, cit.: *„plnenie zákazky spoločnosťou XX nám bolo fakturované po častiach, konkrétne lôžka, ktoré boli predmetom referencie, boli našej spoločnosti vyfakturované dňa 23. 05. 2014. Záruka začala plynúť v zmysle zmluvy dňom podpísania Protokolu o uvedení do prevádzky. Príslušný protokol bol UNLP Košice podpísaný dňa 14. 05. 2014.“* Predmetný e-mail zo dňa 13. 03. 2018 kontrolovaný úrad predložil spolu s vyjadrením k odvolaniu.
32. Kontrolovaný má za to, že pokiaľ navrhovateľ trvá na ustanoveniach zmluvy, a teda komplexnosti dodávky, mal takto komplexne predmet zmluvy aj fakturovať po dodaní všetkých položiek zmluvy. Predložené vyjadrenie spoločnosti YY podľa kontrolovaného v plnom rozsahu vyvracia tvrdenia navrhovateľa a potvrdzuje správnosť rozhodnutia kontrolovaného, že termín plnenia predmetných referencií nespĺňa požiadavky stanovené v predmetnej verejnej súťaži, a že zo strany navrhovateľa neboli splnené podmienky účasti a kontrolovaný nemohol konať inak, ako navrhovateľa vylúčiť pre nesplnenie podmienok účasti. Kontrolovaný v súvislosti s uvedeným navrhuje, aby rada podané odvolanie zamietla a potvrdila výrok rozhodnutia o námietkach.

Zistenia rady

33. Po preskúmaní predloženej dokumentácie kontrolovaného k predmetnému verejnemu obstarávaniu a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa rada zistila nasledovné skutočnosti:
34. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie zo dňa 19. 07. 2017 pod značkou 2017/S 136-278622 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 142/2017 zo dňa 20. 07. 2017 pod značkou 10410 - MST verejné obstarávanie na predmet zákazky „Nemocničné lôžka vrátane doplnkovej výbavy, nočných stolíkov, matracov a záručného servisu“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 28 120 000 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na dodanie tovaru. Kontrolovaný rozdelil predmet zákazky na 10 častí, pričom ponuku bolo možné predložiť na všetky časti predmetu zákazky. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 25. 09. 2017 do 10:00 hod. predložili ponuku 6 uchádzači. Navrhovateľ predložil ponuku na časti č. 1, 2, 3, 4 a 10. Navrhovateľ bol z predmetného verejného obstarávania v častiach 2, 3 a 4 vylúčený pre nesplnenie podmienok účasti, pričom oznámenie o vylúčení bolo navrhovateľovi doručené dňa 20. 10. 2017. Navrhovateľ následne dňa 30. 10. 2017 doručil úradu a toho istého dňa aj kontrolovanému námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu

z predmetného verejného obstarávania. O týchto námietkach úrad rozhodol tak, ako je uvedené v bodoch 9 a 17 tohto rozhodnutia.

35. Kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, ako aj v súťažných podkladoch, vyžadoval podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní o. i., cit.:

„Uchádzač predloží zoznam dodaných tovarov (nemocničné lôžka, matrace, nočné stolíky a doplnková výbava uvedené v časti B.1 Opis predmetu zákazky súťažných podkladov) rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov, ktoré v danom období poskytoval pre verejných obstarávateľov, obstarávateľov alebo iných odberateľov. (...) s minimálnou hodnotou pre:

časť 1: 160 000,00,- EUR bez
DPH časť 2: 400 000,00,- EUR
bez DPH časť 3: 300 000,00,-
EUR bez DPH časť 4: 300
000.00,- EUR bez DPH (...)

Za predchádzajúce 3 (tri) roky sa považujú posledné 3 (tri) priebežné roky, t. j. 3x365 dní, ktoré sa počítajú spätne odo dňa vyhlásenia verejného obstarávania v rámci tejto verejnej súťaže. (...). Ak uchádzač predloží ponuku na viac častí predmetu zákazky, konkrétne ak uchádzač predloží ponuku na časť č. 1 a zároveň aj na časť č. 2, na preukázanie splnenia podmienok technickej a odbornej spôsobilosti sa za postačujúce bude považovať preukázanie realizácie časti č. 2 predmetu zákazky. Ak uchádzač predloží ponuku na viac častí predmetu zákazky, konkrétne ak uchádzač predloží ponuku na časť č. 3 a zároveň aj na časť č. 4, na preukázanie splnenia podmienok technickej a odbornej spôsobilosti sa za postačujúce bude považovať preukázanie realizácie časti č. 4 predmetu zákazky. (...). Uchádzač je povinný predloženým zoznamom, prípadne referenciami preukázať dodanie tovarov a poskytnutie služieb rovnakej alebo podobnej technickej špecifikácie ako tovary a služby uvedené v časti B.1 Opis predmetu zákazky súťažných podkladov.“

36. V rámci vysvetľovania súťažných podkladov na otázku navrhovateľa, cit.: „Môže uchádzač predložiť referencie kategórie L2 referenciami vyššej a príbuznej kategórie L3, avšak v požadovanom objeme ako lôžka s vyššou funkčnou hodnotou?“ kontrolovaný odpovedal, cit.: „Nie, **verejný obstarávateľ nebude akceptovať referencie kategórie L3 a vyššie, ktorými by uchádzač chcel preukázať referencie kategórie L2, resp. naopak.** Kategória lôžok L3 je diametrálne odlišná od kategórie L2 tým, že je stavaná na princípe elektrického pohonu, ktorý je principiálne odlišný ako mechanický princíp posunu lôžka. Princíp stavby lôžka aj naviazaných servisných služieb je výrazne odlišný, ak je v lôžku zabudovaný elektrický pohon, preto verejný obstarávateľ typologicky oddelil mechanické od elektrických lôžok.“
37. V oznámení o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu zo dňa 04. 09. 2017, ktorým kontrolovaný odpovedal na žiadosť o nápravu navrhovateľa zo dňa 31. 08. 2017, kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: „Verejný obstarávateľ nemôže akceptovať návrh záujemcu, nakoľko rozdiel v kategóriách L2 a L3 je zásadný. Elektrické ovládanie výrazne navyšuje komplexitu a technickú zložitosť lôžok, vrátane ich rozdielného servisu počas 36, resp. 60 mesiacov. Elektrické súčiastky sú v prostredí nemocníc vystavované extrémnym situáciám a aj dodaná žiadosť o nápravu a vysvetlenie svedčí o tom, ako je dôležité oddeliť kategóriu L2 a L3. (...) Z týchto dôvodov **nie je možné akceptovať referencie L2 pre L3.** Referencie na vyššie kategórie boli taktiež zoskupené tak, aby sa zabezpečila odbornosť pri najkritickejších intenzívnych lôžkach.“
38. V oznámení o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu zo dňa 19. 09. 2017, ktorým kontrolovaný odpovedal na žiadosť o nápravu navrhovateľa zo dňa 18. 09. 2017, kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: (...) Kategória L2 s elektrickým ovládaním je z týchto

rozdielna špecifikáciou a predmetnými referenciami verejný obstarávateľ zisťuje schopnosť dodávať nemocničné lôžka s elektrickým ovládaním. Z týchto dôvodov **nie je možné akceptovať referencie L2 pre L3 a ani L3 pre L2.** (...). Verejný obstarávateľ trvá na svojich požiadavkách a teda: ak uchádzač predloží ponuku na viac častí predmetu zákazky, konkrétne ak uchádzač predloží ponuku na časť č. 1 a zároveň aj na časť č. 2, na preukázanie splnenia podmienok technickej a odbornej spôsobilosti sa za postačujúce bude považovať preukázanie realizácie časti č. 2 predmetu zákazky; ak uchádzač predloží ponuku na viac častí predmetu zákazky, konkrétne ak uchádzač predloží ponuku na časť č. 3 a zároveň aj na časť č. 4, na preukázanie splnenia podmienok technickej a odbornej spôsobilosti sa za postačujúce bude považovať preukázanie realizácie časti č. 4 predmetu zákazky.“

39. Z časti ponuky navrhovateľa označenej ako „Ostatné“ na časť 2 predmetu zákazky vyplýva, že navrhovateľ preukazoval technickú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L2 v časti 2 predmetu zákazky referenciami kategórie L2 lôžok v celkovej hodnote 903,87 eur bez DPH, pričom ostatnú hodnotu preukazoval referenciami kategórie L3 lôžok.
40. Z časti ponuky navrhovateľa označenej ako „Ostatné“ na časť 3 predmetu zákazky a z časti ponuky navrhovateľa označenej ako „Ostatné“ na časť 4 predmetu zákazky vyplýva, že navrhovateľ preukazoval technickú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L3 a L4 v častiach 3 a 4 predmetu zákazky o. i. aj dvoma referenciami od spoločnosti YY kategórie L4 lôžok:

Referencia č. 1

Dodávateľ:	XX
Odberateľ:	YY
Miesto dodania:	Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice (...)
Predmet zmluvy:	Dodávka elektrických lôžok so zdvihom ložnej plochy s možnosťou váženia a RTG: 24 ks ELEGANZA 3XC a príslušenstva (KATEGORIE MZ-LÔŽOK)
(...)	(...)
Zmluvná cena bez DPH:	102 399,36 eur bez DPH
Doba trvania realizácie:	Júl 2014
(...)	(...)

Referencia č. 2

Dodávateľ:	XX
Odberateľ:	YY
Miesto dodania:	Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice (...)
Predmet zmluvy:	Dodávka antidekubitných systémov 18 ks PRECIOSO, 12 ks PRODERM 1 a ďalšieho príslušenstva (KATEGORIE MZ-MATRACE, PRÍSLUŠENSTVA)
(...)	(...)
Zmluvná cena bez DPH:	75 860,92 eur bez DPH
Doba trvania realizácie:	Júl 2014
(...)	(...)

41. V e-mailovej komunikácii medzi kontrolovaným a spoločnosťou YY, ktorá vystavila vyššie uvedené referencie pre navrhovateľa, spoločnosť YY uviedla, cit.: „(...) zákazka, v ktorej sme

v pozícii od spoločnosti XX kupovali tovary, ktorých súčasťou boli aj predmetné dve referencie v uvedenej hodnote, bola realizovaná v intervale 5 - 7/2014. Potvrdzujem týmto sumárnu výšku cien plnení tak, ako boli uvedené v potvrdení odberateľa (...). **Komodity, ktoré sú obsahom oboch zmieňovaných referencií boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014.**“

42. V liste označenom ako „Žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov“ zo dňa 16. 10. 2017 kontrolovaný požiadal navrhovateľa o vysvetlenie predložených dokladov na preukázanie splnenia podmienok účasti, pričom o. i. uviedol, že v časti 3 a v časti 4 má pochybnosti o predložených referenciách, a preto žiada o vysvetlenie a doplnenie predmetných referencií od spol. YY (bod 40 tohto rozhodnutia), konkrétne špecifikovanie a predloženie dôkazov o lehote plnenia daných referencií (napr. dodací list, potvrdenie firmy YY).
43. Navrhovateľ na predmetnú žiadosť kontrolovaného o vysvetlenie predložených dokladov odpovedal listom zo dňa 18. 10. 2017, v ktorom k vysvetleniu predložených dokladov v časti č. 3 a č. 4 predmetu zákazky priložil potvrdenie spoločnosti YY o dodaní predmetu referencií, ako aj kúpnu zmluvu medzi ním a uvedenou spoločnosťou. V potvrdení od spoločnosti YY, ktoré predložil navrhovateľ v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov, je uvedené, cit.: „(...) spoločnosť YY týmto prehlasuje, že predmetné referencie sú pokiaľ ide o predmet a ceny referencií vyhotovené správne. Vo vzťahu k zmluvnému termínu plnenia bola súčasťou zákazky (predmetu zmluvy) ako dodávka patientskych lôžok, ktoré sú predmetom vyššie uvedených referencií, tak aj nábytkových zostáv a ďalších komodít, pričom zo zmluvného vzťahu (kúpna zmluva zo 07. 04. 2017) vyplýva, že záväzok predávajúceho dodať tovar podľa tejto zmluvy bol splnený až riadnym splnením povinností predávajúceho (...). Jednotlivé plnenia prebiehali v časovom intervale 5 - 7/2014. Zákazka je preto v zmysle zmluvy považovaná za splnenú po dodaní všetkých položiek kúpnej zmluvy, t. j. vrátane nábytkových zostáv.“
44. V čl. III bod 3 kúpnej zmluvy je uvedené, cit.: „Dodanie tovaru predávajúcim zahŕňa aj: a) dopravu/prepravu tovaru do miesta dodania, b) montáž tovaru a inštaláciu, c) uvedenie do prevádzky a odskúšanie funkčnosti a prevádzkyschopnosti, d) zaškolenie zamestnancov (...) na obsluhu dodaného tovaru na mieste dodania tovaru (...), e) odovzdanie príslušnej dokumentácie a to najmä návodu na obsluhu (...), záručného listu (...)“
45. V čl. IV bod 2 kúpnej zmluvy je uvedené, cit.: „Predávajúci je povinný dodať tovar v rozsahu Prílohy č. 1 tejto zmluvy naraz, t. j. nie po častiach.“
46. V čl. IV bod 5 kúpnej zmluvy je uvedené, cit.: „Dodanie tovaru (...) potvrdzuje kupujúci písomne a to podpísaním preberacieho protokolu. V preberacom protokole sa potvrdzuje druh, množstvo a kompletnosť dodaného tovaru podľa špecifikácie uvedenej v Prílohe č. 1 a Prílohe č. 2 tejto zmluvy, ako aj odovzdanie príslušnej dokumentácie k tovaru (...)“
47. V čl. IV bod 11 kúpnej zmluvy je uvedené, cit.: „Záväzok predávajúceho dodať tovar podľa tejto zmluvy sa považuje za splnený až riadnym splnením povinností predávajúceho, ktoré sú uvedené v čl. III bod 3 a v čl. IV tejto zmluvy, čo zmluvné strany potvrdia v Protokole o uvedení do prevádzky.“
48. Kontrolovaný listom „Oznámenie o vylúčení ponuky v častiach 2, 3 a 4“ zo dňa 20. 10. 2017, oznámil navrhovateľovi, že podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bol vylúčený z procesu verejného obstarávania v častiach č. 2, č. 3 a č. 4 predmetu zákazky. V odôvodnení oznámenia o vylúčení v časti č. 2 predmetu zákazky kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: „Verejný obstarávateľ (...) Vaše vysvetlenie neprijal. Verejný obstarávateľ v odpovedi na dotaz uchádzača z 30. 08. 2017 práve na dotaz Vašej spoločnosti a v odpovediach na žiadosti o nápravu zo 04. 09. 2017 a 19. 09. 2017, oboch od Vašej spoločnosti, **jasne a jednoznačne vysvetlil rozdielnosť kategórií L2 a L3 a dôvody pre ktoré nemôže akceptovať referencie**“

kategórie L3 pre kategóriu L2. (...) Z procesu verejného obstarávania v časti 2 ste vylúčený pre nesplnenie podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. V odôvodnení oznámenia o vylúčení v častiach č. 3 a č. 4 predmetu zákazky kontrolovaný o. i. zhodne uviedol, cit.: „Verejný obstarávateľ (...) Vaše vysvetlenie neprijal. Verejný obstarávateľ za účelom preverenia referencií kontaktoval spoločnosť, ktorá referencie vystavila a ktorá potvrdila, že **komodity, ktoré sú obsahom oboch zmieňovaných referencií boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014.** Z procesu verejného obstarávania v časti 3 ste vylúčený pre nesplnenie podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.“

Právny rámec

49. 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.
50. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch alebo koncesnej dokumentácii, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii.
51. 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.

Právne posúdenie radou

52. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala odvolaním napadnuté rozhodnutie o námietkach v celom rozsahu, pričom uvádza nasledovné:
53. Navrhovateľ podal odvolanie, ktoré vyslovene smeruje proti druhému výroku rozhodnutia o námietkach, a teda proti zamietnutiu námietok týkajúcich sa vylúčenia v časti 3 predmetu zákazky. Úlohou rady v odvolacom konaní preto bolo v prvom rade posúdiť, či kontrolovaný vylúčil navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní alebo boli vylúčením navrhovateľa porušené jeho práva.
54. Sporným v danom prípade pritom je, či navrhovateľ v časti 3 predmetu zákazky splnil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej kontrolovaný požadoval predložiť zoznam dodaných tovarov rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky (dodanie lôžok kategórie L3) za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania, a teda za referenčné obdobie 18. 07. 2014 - 19. 07. 2017, s minimálnou hodnotou 300 000 eur.
55. Kontrolovaný má na základe vyjadrenia spol. YY, ktorá vystavila sporné referencie, a podľa ktorej komodity, ktoré sú obsahom týchto referencií, boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014, za to, že navrhovateľ nesplnil danú podmienku účasti, nakoľko tieto referencie (ktorými okrem iných navrhovateľ preukazoval splnenie danej podmienky účasti) nespádajú do stanoveného referenčného obdobia. Navrhovateľ naopak koncentruje svoju procesnú obranu na preukázanie skutočnosti, že referenčný tovar bol spol. YY dodaný preukázateľne po 18. 07. 2014 (a teda v rámci referenčného obdobia). V tejto súvislosti rada konštatuje, že medzi kontrolovaným a navrhovateľom je predovšetkým sporný výklad ohľadom určenia termínu dodania referenčného tovaru. V prvom rade preto bolo potrebné posúdiť, či z pohľadu posudzovania referencií je určujúci moment skutočného dodania tovaru rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky, alebo je určujúci právny moment dodania tohto tovaru ustanovený príslušnou zmluvou.

56. V rámci tohto posúdenia rada dospela k záveru, že z pohľadu posudzovania referencií sa nie je možné stotožniť s argumentáciou navrhovateľa, podľa ktorej až dodaním poslednej tovarovej položky (vešiak na operačné zástery, trezor na opiáty) sa považuje tovar za dodaný. Rada má v tejto súvislosti za to, že pri posudzovaní referencií je relevantná len tá časť referencie (hodnota plnenia/termín plnenia), ktorá sa týka rovnakého alebo podobného tovaru, a nie hodnota/termín dodávok ďalších tovarov nesúvisiacich s predmetom zákazky. Je preto potrebné prihliadať na skutočné (faktické a nie právne) dodanie rovnakého alebo podobného tovaru, ako je predmet zákazky. **Výklad zmluvných ustanovení ohľadom právneho momentu dodania referenčného tovaru nie je podľa rady relevantný (určujúci) z pohľadu posudzovania referencií, ktorými navrhovateľ preukazoval svoju technickú/odbornú spôsobilosť.**
57. Pokiaľ ide o tvrdenie navrhovateľa, že vymedzenie okamihu dodania tovaru na zmluvnom základe tak, ako je toto definované v kúpnej zmluve, je vo vzťahu k posudzovaniu dodania tovaru záväzným interpretačným pravidlom, ktorý nie je možné vykladať odlišne, rada uvádza, že tento (právny) okamih dodania tovaru je podľa rady záväzným interpretačným pravidlom pokiaľ ide o zmluvné (záväzkové) vzťahy vyplývajúce z tejto kúpnej zmluvy, nie je však určujúci z pohľadu posudzovania referencií, tzn. vymedzenia termínu skutočného (faktického) dodania tovaru rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky.
58. Rada preto súhlasí s posúdením úradu, podľa ktorého v prípade, ak navrhovateľ v minulosti dodával súbor tovarov (z ktorých časť je rovnaká alebo podobná s tovarmi terajšej zákazky a časť je odlišná) a kúpna zmluva určovala, že zákazka sa považuje za dodanú až dodaním posledného zo súboru tovarov, toto nie je pre účely posudzovania, či dané referencie spadajú do referenčného obdobia, relevantné.
59. Pokiaľ navrhovateľ dodával tovary pre svojho odberateľa (spoločnosť YY) v minulosti postupne a časť tovarov zhodných alebo podobných s tovarmi podľa súčasnej zákazky (nemocničné lôžka) dodal skôr ako tie, ktoré sú odlišné od tovarov podľa súčasnej zákazky (vešiak na operačné zástery a trezor na opiáty), pre účely preukazovania referencie je potrebné vychádzať zo skutočného dátumu dodania relevantných tovarov (nemocničných lôžok) a nie z dátumu dodania posledného zo súboru tovarov, ktorými uchádzač v minulosti splnil predmet zákazky.
60. Navrhovateľ sa síce snaží argumentovať tým, že tovary pre svojho odberateľa v minulosti nemohol dodávať postupne, nakoľko toto kúpna zmluva z pohľadu jej právneho výkladu neumožňovala, faktom však je, že reálne navrhovateľ nedodal predmet zákazky naraz, ale časť predmetu zákazky, ktorá je pre posudzovanie referencií v danej verejnej súťaži relevantná, fakticky dodal pred dátumom 18. 07. 2014 (teda mimo referenčného obdobia) a určité položky predmetu zákazky, ktoré nie sú pre posudzovanie referencií v danej verejnej súťaži relevantné, dodal v októbri 2014 (teda v referenčnom období).
61. V nadväznosti na uvedené rada poukazuje na skutočnosť, že predmetom zákazky v časti 3 je pritom dodanie lôžok s elektrickým pohonom kategórie L3, pričom vešiak na operačné zástery ani trezor na opiáty celkom zjavne nie je možné považovať za tovary rovnakého ani obdobného charakteru, ako je predmet zákazky. Ich dodanie v októbri 2014 preto nemožno uznať na účely posudzovania referencií za skutočný termín dodania lôžok s elektrickým pohonom, ktoré boli dodané pred relevantným obdobím (tzn. pred 18. 07. 2014).
62. Skutočnosť, že samotné lôžka s elektrickým pohonom boli fakticky dodané pred relevantným obdobím, pritom v konečnom dôsledku ani navrhovateľ nespochybňuje. Navrhovateľ však argumentuje tým, že toto faktické dodanie nie je na základe výkladu zmluvných ustanovení možné považovať za moment dodania referenčného tovaru ako celku. Ako však už bolo uvedené, z pohľadu posudzovania referencií nie je podľa rady relevantný (určujúci) výklad

zmluvných ustanovení ohľadom právneho momentu dodania referenčného tovaru ako celku, ale je potrebné prihliadať na skutočné dodanie rovnakého alebo podobného tovaru, ako je predmet zákazky (nakoľko pri posudzovaní referencií je relevantná len tá časť referencie, ktorá sa týka rovnakého alebo podobného tovaru, a nie časť dodávok ďalších tovarov nesúvisiacich s predmetom zákazky). Skutočnosť, že lôžka s elektrickým pohonom boli fakticky dodané pred relevantným obdobím, pritom zároveň potvrdzuje vyjadrenie spol. YY, ktoré predložil kontrolovaný.

63. Na základe dodania vešiaku na operačné zástery v októbri 2014 teda podľa rady nemožno uznať celú hodnotu referencie, ktorej podstatná časť, predstavujúca dodávku rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky v časti 3 (lôžka s elektrickým pohonom), bola dodaná pred relevantným obdobím, tzn. pred 18. 07. 2014. Na základe vyššie uvedených skutočností rada konštatuje, že **sporné referencie od spol. YY nespadajú do referenčného obdobia, a preto kontrolovaný postupoval správne, keď ich neakceptoval.**
64. Pokiaľ ide o tvrdenie navrhovateľa, že vyjadrenia spol. YY bez konfrontácie s inými dôkazmi (najmä kúpnu zmluvou) nemajú skutočnú vypovedaciu hodnotu, na základe čoho úrad jednostranným vyhodnotením takéhoto podkladu bez jeho konfrontácie s inými dôkazmi (dokladmi) vec nesprávne právne posúdil, rada uvádza, že úrad nemohol prihliadať na výklad ustanovení predmetnej kúpnej zmluvy, nakoľko tento nie je relevantný z pohľadu posudzovania referencií. Rozhodujúce bolo v tomto prípade vymedzenie termínu skutočného (faktického) dodania tovaru rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky (dodanie lôžok s elektrickým pohonom), pričom vyjadrenie spol. YY preukazuje, že komodity, ktoré sú obsahom oboch sporných referencií, ktoré predložil navrhovateľ, boli v plnom rozsahu plnené pred termínom 18. 07. 2014. Navrhovateľ pritom nepreukázal, že by tento tovar, ktorý je obsahom referencií skutočne (nie právne) dodal v referenčnom období. Rada má za to, že uvedené úrad posúdil správne.
65. Pokiaľ ide o referencie, na ktoré poukazuje navrhovateľ v odvolaní, tzn. referencie kategórie L3 predložené v ponuke na časť 2 predmetu zákazky, rada dospela k záveru, že referencie, ktoré navrhovateľ uviedol v ponuke pre časť 2, nemožno vziať do úvahy pri posúdení splnenia podmienok účasti pre časť 3. V zmysle danej podmienky účasti mali uchádzači v časti 3 predmetu zákazky predložiť zoznam dodaných tovarov rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania. Kontrolovaný pritom v rámci vyhodnocovania splnenia podmienok účasti v časti 3 predmetu zákazky vyhodnocoval referencie uvedené navrhovateľom v tomto zozname, na základe čoho dospel k záveru, že týmito referenciami navrhovateľ nepreukázal podmienku účasti technickej/odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní tak, ako bola stanovená, na základe čoho navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky vylúčil. Uvedený dôvod vylúčenia sa pritom ukázal byť ako opodstatnený.
66. Rada má v tejto súvislosti za to, že každý uchádzač zodpovedá **za úplnosť a správnosť ním predkladanej ponuky**, a teda v tomto prípade aj za úplnosť a správnosť údajov uvedených v zozname dodávok tovaru (referencií). Pokiaľ mal navrhovateľ za to, že predmetné referencie preukazujú splnenie danej podmienky účasti pre časť 3 predmetu zákazky, nič mu nebránilo v tom, aby tieto referencie na preukázanie technickej spôsobilosti uviedol v zozname dodávok tovaru rovnakého alebo podobného tovaru, ako je predmet zákazky, ktorý predložil v ponuke na časť 3.
67. V prípade, ak by kontrolovaný posudzoval aj iné dokumenty/doklady, ako tie, ktoré boli predložené na časť 3 predmetu zákazky, porušil by tak nie len princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, ale aj princíp rovnakého zaobchádzania. Rada taktiež poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný požiadal navrhovateľa o vysvetlenie dokladov predložených

za účelom preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti, avšak navrhovateľ vo svojom vysvetlení ani len nepoukázal na tieto referencie z ponuky na časť 2, aj keď z predmetnej komunikácie týkajúcej sa vysvetlenia mu mohlo byť zrejmé, že referencie, ktoré predložil v ponuke pre časť 3 a sú z požadovaného referenčného obdobia, v prípade neakceptovania sporných referencií od spol. YY kontrolovaným, nedosahujú požadovanú hodnotu referencií.

68. Rada v tejto súvislosti poukazuje aj na konanie samotného navrhovateľa, ktorý napriek tomu, že bol zo strany kontrolovaného opakovane upozornený, že nebude akceptovať referencie L2 pre L3 a ani L3 pre L2, vedome predložil referencie pre časť L3 v ponuke na časť 2. Navrhovateľ sa týmto spôsobom teda pokúsil splniť podmienku na preukázanie technickej spôsobilosti pre L2, a to napriek jasnej (a opakovane vysvetlenej) požiadavke kontrolovaného, čím sa ale sám svojím nesprávnym konaním vystavil aj riziku, že nesplní v požadovanom rozsahu ani podmienky na preukázanie technickej spôsobilosti pre L3.
69. Rada na tomto mieste zároveň apeluje na uchádzačov/záujemcov, aby venovali náležitú pozornosť príprave svojich ponúk, ako aj dokladom, ktoré v ponukách predkladajú na preukázanie podmienok účasti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov v ponuke, resp. za úplnosť a správnosť predloženej ponuky. V prípade, ak ponuka uchádzača nie je predložená v súlade s podmienkami daného verejného obstarávania, vystavuje sa takýto uchádzač riziku vylúčenia z verejného obstarávania.
70. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností rada konštatuje, že **kontrolovaný postupoval pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a vylúčil navrhovateľa v časti 3 predmetu zákazky v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**. Rada teda neidentifikovala dôvody na zmenu rozhodnutia o námietkach v časti 3 predmetu zákazky, na základe čoho posúdila odvolanie navrhovateľa ako **nedôvodné** v celom rozsahu.
71. Ako už bolo uvedené, navrhovateľ podal odvolanie len proti druhému výroku, tzn. proti zamietnutiu námietok týkajúcich sa vylúčenia v časti 3. Navrhovateľ však aj prvý a tretí výrok rozhodnutia o námietkach, týkajúce sa vylúčenia v častiach 2 a 4, považuje za nezákonné. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, na základe ktorého preskúmava odvolaním napadnuté rozhodnutie o námietkach v celom rozsahu, sa zaoberala aj posúdením úradu týkajúceho sa vylúčenia navrhovateľa v častiach 2 a 4 predmetu zákazky (prvý a tretí výrok rozhodnutia o námietkach).
72. Pokiaľ ide o vylúčenie navrhovateľa v časti 2 predmetu zákazky, rada konštatuje, že sa plne stotožňuje s posúdením úradu v tejto časti. V tejto súvislosti rada uvádza, že kontrolovaný opakovane (vo vysvetlení súťažných podkladov, vo vybavení žiadosti o nápravu) jednoznačne deklaroval, že nebude akceptovať referencie kategórie lôžok L3 a vyššie, ktorými by uchádzač chcel preukázať referencie na lôžka kategórie L2. Navrhovateľ pritom nevyužil všetky zákonom ustanovené revízne postupy v príslušných lehotách, t. j. nepodal námietky proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch, resp. proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch poskytnutých kontrolovaným v lehote na predkladanie ponúk, ale predložil ponuku na časť 2 predmetu zákazky (a teda akceptoval podmienky tohto verejného obstarávania), pričom technickú/odbornú spôsobilosť na dodanie lôžok kategórie L2 preukazoval o. i. aj referenciami na dodanie lôžok kategórie L3, a to napriek tomu, že navrhovateľovi muselo byť zrejmé, že kontrolovaný tieto referencie akceptovať nebude. Ak by kontrolovaný tieto referencie napriek uvedenému akceptoval, bolo by to nerovnaké zaobchádzanie so záujemcami/uchádzačmi. Za tejto situácie sa podľa rady navrhovateľ nemôže následne domáhať právnej ochrany v podobe uznania referencií na dodanie elektrických lôžok L3 na preukázanie technickej spôsobilosti v časti 2, predmetom ktorej je dodanie mechanických lôžok so zdvihom ložnej plochy kategórie L2. Rada má za to, že navrhovateľ bol v časti 2

predmetu zákazky vylúčený v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, a teda prvý výrok rozhodnutia o námietkach, ako aj jeho odôvodnenie, sú vecne správne, na základe čoho rada neidentifikovala dôvody na zmenu rozhodnutia o námietkach v tejto časti.

73. Pokiaľ ide o vylúčenie navrhovateľa v časti 4 predmetu zákazky, rada konštatuje, že sa plne stotožňuje s posúdením úradu v tejto časti. V tejto súvislosti rada poukazuje na skutočnosti uvedené v bodoch 54 až 64 tohto rozhodnutia. Rada má za to, že navrhovateľ bol v časti 4 predmetu zákazky vylúčený v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, a teda tretí výrok rozhodnutia o námietkach, ako aj jeho odôvodnenie, sú vecne správne, na základe čoho rada neidentifikovala dôvody na zmenu rozhodnutia o námietkach v tejto časti.
74. Pokiaľ ide o tvrdenie navrhovateľa, že rozhodnutie o námietkach nebolo doručované splnomocnenému právnomu zástupcovi navrhovateľa, rada uvádza, že rozhodnutie o námietkach malo byť v tomto prípade doručované aj právnomu zástupcovi navrhovateľa, uvedené však podľa rady nie je tak podstatnou vadou konania, ktorá by spôsobovala nezákonnosť rozhodnutia, nakoľko rozhodnutie o námietkach bolo riadne doručené navrhovateľovi a kontrolovanému, tzn. účastníkom konania, pričom navrhovateľ doručil odvolanie v zákonnej lehote.
75. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností rada konštatuje, že kontrolovaný vylúčil ponuku navrhovateľa v častiach 2, 3 a 4 predmetu zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom **rada neidentifikovala žiadne dôvody na zmenu rozhodnutia o námietkach.**
76. Podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní rada v odvolacom konaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú na to dôvody, rada rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
77. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

78. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa spät' vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.
79. Podľa § 177 ods. 7 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.
80. V súlade s predmetnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená navrhovateľom s podaním námietok na účet úradu a kaucia zložená navrhovateľom v konaní o odvolaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia rady účastníkom konania o odvolaní.

Poučenie

Podľa § 178 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 178 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajskom súde v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

JUDr. Miroslav Hlivák, PhD., LL.M.
predseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

v zastúpení

Ing. Danka Bekeová, MPH
podpredsedníčka Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí

1. Ministerstvo zdravotníctva Slovenskej republiky, Limbová 2, 837 52 xxxxx - kontrolovaný
2. XX - navrhovateľ
3. ADVOKÁTSKA KANCELÁRIA ŠTRBÁŇ, s.r.o., Dvory 1932, 020 01 Púchov - právny zástupca navrhovateľa