

SEMANČÍN & PARTNERS

Vajnorská 100/A, 831 04 Bratislava, Slovenská republika
office@semancin.sk

**European Commission
Secretary - General
1049 Brusel
BELGICKO**

V Bratislave, 27. februára 2019

Stážovatelia:

Integra Construction KZ společnost s ručením obmedzeným

so sídlom ul. Kunaeva 12/1 VP-16, obvod Jesil', mesto Astana, PSČ 010000, Kazašská republika, IČO 050840000334, spoločnosť zapísaná v Národnom registri biznis identifikačných čísiel, Správy justície obvodu Jesil' Úradu justície mesta Astana, Ministerstva spravodlivosti Kazašskej republiky, registračné číslo 19975-1901-TOO

(ďalej len „Integra“)

TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A.

so sídlom Rím (RM), Via Aurelia 477 , PSČ: 00165, Talianska republika, IČO: 08105460581, spoločnosť zapísaná v registri Obchodnej, priemyselnej, živnostenskej a poľnohospodárskej komory v Ríme

(ďalej len „TODINI“)

Právne zastúpení:

Advokátska kancelária SEMANČÍN & PARTNERS s. r. o.

so sídlom Vajnorská 100/A, 831 04 Bratislava, Slovenská republika, IČO 50 567 942, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel Sro, vložka č. 114801/B

Voči komu Sťažnosť smeruje:

SLOVENSKÁ REPUBLIKA

Železnice Slovenskej republiky, Bratislava v skrátenej forme "ŽSR", Klemensova 8, 813 61 Bratislava (ďalej len „ŽSR“)

Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava (ďalej len „ÚVO“)

SŤAŽNOSŤ EURÓPSKEJ KOMISII

PODĽA ČLÁNKU 3 SMERNICE RADY 89/665/EHS

VZHLADOM NA TO, ŽE

- (1) Podľa čl. 3 Smernice Rady z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (89/665/EHS) Európska komisia (ďalej len „**Komisia**“) môže uplatniť postup podľa tejto smernice, ak pred uzatvorením zmluvy usúdi, že **v priebehu zadávania zákazky došlo k závažnému porušeniu práva Únie v oblasti verejného obstarávania**.
- (2) Zadávanie verejných zákaziek orgánmi členských štátov alebo v ich mene musí byť v súlade so zásadami Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ), a najmä so zásadami voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, ako aj so zásadami, ktoré z nich vyplývajú, ako sú rovnaké zaobchádzanie, nediskriminácia, vzájomné uznávanie, proporionalita a transparentnosť.
- (3) Nedostatočná zhoda s pravidlami a zásadami verejného obstarávania predstavuje riziko pre fondy Únie. Preto by sa na nezrovnalosti zistené v zákazkách, ktoré úplne alebo čiastočne nevyhovujú smerniciam týkajúcim sa verejného obstarávania, mali vzťahovať úpravy financovania.¹
- (4) Verejné obstarávanie zohráva kľúčovú úlohu v stratégii Európa 2020, keďže je jedným z trhov orientovaných nástrojov, ktoré sa majú využívať na dosiahnutie inteligentného, udržateľného a inkluzívneho rastu a na zabezpečenie čo najefektívnejšieho využitia verejných finančných prostriedkov.
- (5) Podľa nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1316/2013 z 11. decembra 2013 o zriadení Nástroja na prepájanie Európy, ktorým sa mení nariadenie (EÚ) č. 913/2010 a zrušujú sa nariadenia (ES) č. 680/2007 a (ES) č. 67/2010 jedným z cieľov stratégie Európa 2020 je aj vybudovanie modernej a vysoko výkonnej infraštruktúry, pričom na jej realizáciu budú poskytované finančné prostriedky z NPE. Komisia prijme primerané opatrenia na zabezpečenie toho, aby pri realizácii opatrení financovaných podľa tohto nariadenia boli finančné záujmy Únie chránené uplatňovaním **preventívnych opatrení proti podvodom, korupcii a akýmkoľvek iným nezákonným činnostiam** účinnými kontrolami.
- (6) Právo spoločenstva ukladá **Komisii povinnosť kontrolovať, či sa rozpočtové zdroje spoločenstva používajú na určený účel**. Podľa nariadenia Rady (ES, Euratom) č. 2988/95 z 18. decembra 1995 o ochrane finančných záujmov Európskych spoločenstiev bez ohľadu na kontroly uskutočnené členskými štátmi a bez ohľadu na kontroly uskutočnené inštitúciami spoločenstva, Komisia uskutoční na vlastnú zodpovednosť kontroly súladu správnej praxe s predpismi spoločenstva a okolností, za akých sa finančné transakcie vykonávajú a kontrolujú. Okrem toho môže vykonávať Komisia kontroly a inšpekcie na mieste.
- (7) Podľa **Dohody o posilnenom partnerstve a spolupráci medzi Európskou úniou a jej členskými štátmi na jednej strane a Kazašskou republikou** na strane druhej² pri žiadnych opatreniach týkajúcich sa verejného obstarávania nebude žiadna zmluvná strana ani jej obstarávateľské subjekty zaobchádzať so žiadnym miestne usadeným dodávateľom menej výhodne ako s iným miestne usadeným dodávateľom na základe určitej miery zahraničnej účasti alebo vlastníctva alebo diskriminovať žiadneho miestne usadeného dodávateľa na základe toho,

¹ Usmernenia na určenie úprav financovania, ktoré sa majú uplatniť na výdavky spolufinancované zo štrukturálnych fondov alebo kohézneho fondu v prípade nesúladu s pravidlami verejného obstarávania (konečná verzia z 27.11.2007, COCOF 07/0037/02-SK)

² Úradný vestník Európskej únie zo 4.2.2016 (L 29/3)

že tovar alebo služby ponúkané týmto dodávateľom pri určitom obstarávaní sú tovarom alebo službami druhej zmluvnej strany.

- (8) V zmysle Oznámenia Komisie Právo EÚ: Lepšie výsledky pomocou lepšieho uplatňovania práva³, Komisia uznáva dôležitosť úlohy, ktorú majú sťažovatelia v odhaľovaní prípadov porušenia práva EÚ. Preto môže každá osoba podať Komisii sťažnosť proti členskému štátu týkajúcu sa akéhokoľvek opatrenia (zákona, nariadenia alebo správneho nariadenia), absencie opatrenia alebo praktiky členského štátu, ktoré považuje za nezlučiteľné s právom Únie.

PODÁVAME TÚTO SŤAŽNOSŤ, ABY KOMISIA PRESKÚMALA, ČI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ DOŠLO K ZÁVAŽNÉMU PORUŠENIU PRÁVA ÚNIE A ABY POŽIADALA SLOVENSKÚ REPUBLIKU O NÁPRAVU.

³ 2017/C 18/02

1. INFORMÁCIE O SŤAŽOVATEĽOCH

- (1) Integra je kazašská spoločnosť, ktorá sa špecializuje na výstavbu železníc a diaľnic, obnovu a údržbu a realizáciu dopravných a logistických infraštruktúrnych projektov. Integra je najväčším zmluvným partnerom Kazašskej republiky na vykonávanie obnovy a údržby hlavných tratí a vlekov a je prvou spoločnosťou, ktorá vybudovala nové železničné trate v dejinách Kazachstanu. Spoločnosť vlastní celý rad moderných stavebných strojov a zariadení, certifikované stavebné laboratórium, závod na drvené kamenivo a celý tím odborníkov. Spoločnosť má svoje pobočky aj v zahraničí, a to v Taliansku, Spojených arabských emirátoch, Poľsku, Gruzínsku a na Slovensku.
- (2) TODINI je talianska stavebná spoločnosť, ktorá začala svoju činnosť už po 2. sv. vojne. Spoločnosť sa špecializuje na výstavbu cestnej infraštruktúry ako sú konštrukcie mostov, obnovovanie a výstavba ciest, ďalej na výstavbu vodných elektrární, tunelov a na obnovovacie práce. Spoločnosť vykonáva svoju činnosť nielen v Taliansku ale aj v Ruskej federácii, Bielorusku, Tunisku, Alžírsku, na Ukrajine, v Kazachstane, Tadžikistane, Arménsku či Kirgizská republika.

2. NAPÁDANÉ OPATRENIA

- (3) Integra a TODINI (spolu aj ako „**Sťažovatelia**“) ako uchádzači vo verejnom obstarávaní touto sťažnosťou napádajú postup verejného obstarávateľa ŽSR a ÚVO vo verejných súťažiach:
 - (i) „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, úsek trate Liptovský Mikuláš – Poprad Tatry (mimo), 1.etapa (Poprad - Lučivná)“, (Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 30. júna 2017 pod zn. 2017/S 123-248592 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 129/2017 zo dňa 3. júla 2017, zn. 9284-MSP) (ďalej len „**Verejná súťaž Poprad - Lučivná**“), a
 - (ii) „Modernizácia železničnej trate Devínska Nová Ves – štátna hranica SR/ČR“ (Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. februára 2017 pod zn. 2017/S 022-036648 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 24/2017 zo dňa 2. februára 2017, zn. 1555-MSP) (ďalej len „**Verejná súťaž DNV – štátna hranica**“).
- (4) Sťažovatelia napádajú konanie ŽSR a ÚVO z dôvodu podozrenia na porušovanie právnych predpisov Únie, a to konkrétne:
 - (i) Smernice Rady z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (89/665/EHS) (ďalej len „**Revízná smernica**“),
 - (ii) Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „**Smernica o verejnom obstarávaní**“),
 - (iii) Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1316/2013 z 11. decembra 2013 o zriadení Nástroja na prepájanie Európy, ktorým sa mení nariadenie (EÚ) č. 913/2010 a zrušujú sa nariadenia (ES) č. 680/2007 a (ES) č. 67/2010 (ďalej len „**Nariadenie o NPE**“),

- (iv) Dohody o posilnenom partnerstve a spolupráci medzi Európskou úniou a jej členskými štátmi na jednej strane a Kazašskou republikou na strane druhej (ďalej len „**Dohoda**“).
- (5) Sťažovatelia napádajú vyššie uvedený postup verejného obstarávateľa ŽSR, nakoľko sa domnievajú, že tento svojím konaním postupuje voči Integre **diskriminačne ako k uchádzačovi z tretej krajiny**, a tým porušuje **základné zásady verejného obstarávania ustanovené v práve Únie**, ako aj **garantované dodávateľom z Kazašskej republiky na základe Dohody**. Sťažovatelia okrem toho považujú konanie ŽSR a následne aj konanie ÚVO pri rozhodovaní v rámci revízných postupov v rozpore so zásadou **transparentnosti**, zásadou **rovnakého zaobchádzania** a s tým súvisiacej zásady **nediskriminácie**, zásadou **proporcionality**, princípom **právnej istoty**, a ďalej toto konanie v rámci vyššie uvedených verejných obstarávaní považujú za porušovanie **práva na dobrú správu vecí verejných** a porušovanie princípov **hospodárnosti** a **efektívnosti verejného obstarávania**. **Sťažovatelia tak považujú proces zadávania zákaziek za závažné porušenie práva Únie.**
- (6) Pritom **nejde o prvý prípad, kedy Slovenská republika mala problém s dodržiavaním pravidiel Únie vo verejnom obstarávaní.** Komisia pri podobnom tendri, modernizácia železničnej trate Zlatovce – Trenčianska Teplá, začala konanie proti Slovensku pre závažné porušovanie práva Únie ŽSR a ÚVO v uvedenom tendri.⁴

3. MODERNIZÁCIA ŽELEZNIČNEJ TRATE DEVÍNSKA NOVÁ VES – ŠTÁTNA HRANICA SR/ČR

- (7) Verejná súťaž DNV – štátna hranica bola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. februára 2017 pod zn. 2017/S 022-036648 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 24/2017 zo dňa 2. februára 2017, zn. 1555-MSP.
- (8) Predmetom zákazky je vyhotovenie projektovej dokumentácie, zabezpečenie súvisiacej inžinierskej činnosti a realizácia diela. Ide o zmiešanú zákazku, a to o zákazku na stavebné práce, kde úspešný uchádzač (budúci zhotoviteľ stavby) zabezpečuje aj vypracovanie projektovej dokumentácie. Ide o modernizáciu úsekov železničnej trate č.110 (trať - Bratislava - Kúty – štátna hranica SR/ČR – Lanžhot ČR) siete ŽSR v úseku Devínska Nová Ves – Kúty štátna hranica SR/ČR, ktorá zahŕňa modernizáciu dvoch traťových úsekov a implementáciu ERTMS na úseku železničnej trate Bratislava – Kúty – štátna hranica SR/ČR. Predpokladaná hodnota zákazky je 305 035 160,- EUR.
- (9) Predmetný úsek železničnej trate je súčasťou siete TEN-T a európskeho železničného koridoru Orient/East – Med.
- (10) Zákazka 2015-SK-TM-0207-M bude financovaná z fondu Európskej únie v rámci Nástroja na prepájanie Európy,⁵ pričom predpokladané náklady na tento projekt sú Komisiou odhadované na 273 073 195,- EUR. Projekt by mal byť financovaný zo zdrojov Únie vo výške 200 440 129,- EUR.⁶
- (11) Dňa 13. apríla 2017 podala skupina dodávateľov Zhol – TODINI ponuku do Verejnej súťaže DNV-štátna hranica. Skupinu dodávateľov tvoria Integra ako vedúci člen skupiny (predchádzajúce obchodné meno Zhol Zhondeushi) a člen skupiny TODINI.

⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_sk.htm

⁵ Nariadenie o NPE

⁶ <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility/cef-transport/2015-sk-tm-0207-m>

- (12) Sťažovatelia boli vylúčení z predmetného verejného obstarávania pre nesplnenie podmienok účasti, čo im bolo oznámené dňa 15. augusta 2017. Prvým dôvodom ich vylúčenia malo byť nesplnenie podmienky účasti uvedenej v bode III.1.3, podbod 7.2 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, v ktorom kontrolovaný o. i. požadoval predložiť, cit.: „aspoň jednu zmluvu, na základe ktorej boli uskutočnené stavebné práce súvisiace s realizáciou subsystému ETCS v hodnote viac ako 5 000 000,- Eur.“ Druhým dôvodom jeho vylúčenia malo byť nesplnenie podmienky účasti uvedenej v oznámení, a to konkrétne bod III.1.3, podbod 7.2, v ktorom kontrolovaný o. i. požadoval predložiť „aspoň jednu zmluvu, na základe ktorej boli uskutočnené stavebné práce súvisiace s dodávkou a montážou (hardvér a softvér) a implementáciou GSM-R hlasovej a dátovej služby v hodnote viac ako 5 000 000,- Eur.“ Podľa oznámenia „Verejný obstarávateľ uzná aj referenciu, pri ktorej uchádzač uzavrel zmluvu v požadovanom finančnom objeme mimo uvedeného obdobia predchádzajúcich piatich rokov odo dňa vyhlásenia verejného obstarávania, ale preukáže, že v uvedenom období piatich rokov predchádzajúcich dňu vyhlásenia verejného obstarávania splnil zmluvné povinnosti z tejto zmluvy v požadovanom finančnom objeme.“
- (13) Sťažovatelia predložili dôkazy o splnení technickej a odbornej spôsobilosti v súlade so súťažnými podkladmi, s § 34 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „**Zákon o verejnom obstarávaní**“) ako aj s písm. a) časti II. Prílohy XII Smernice o verejnom obstarávaní. Zo znenia predmetných ustanovení je zrejmé, že uchádzač mal predložiť zoznam stavebných prác uskutočnených v relevantnom období s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác, ktorý musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok odberateľom.

3.1. Skutkový stav

3.1.1. Podmienka preukázania realizácie subsystému ETCS

- (14) Sťažovatelia vo svojej ponuke za účelom preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti predložili nasledovné dokumenty: Jednotný európsky dokument (ďalej len „**JED**“), Čestné prehlásenie o uskutočnení stavebných prác (zmluvy) rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky a Odporúčací list (dokaz o plnení – potvrdenie odberateľa o vykonaní prác, zhodnotenie vykonaných prác) vystavený spoločnosťou Národná spoločnosť Kazachstan Temir Zholy ako odberateľom. Obsahom uvedených dokumentov boli informácie o tom, že Integra na základe zmluvy o dielo č. 1 TsUZhDS uzavretej dňa 28. mája 2012 medzi Integrou ako zhotoviteľom a spoločnosťou Národná spoločnosť Kazachstan Temir Zholy ako objednávatelom, realizovala zákazku „Výstavba novej železnice Zhezkazgan – Saksaulskaya“, pričom stavebné práce súvisiace s realizáciou subsystému ETCS boli uskutočnené Integrou od júna 2012 do decembra 2015 v hodnote: 12 448 574 986,7 tenge, t. j., 56 697 827,40 EUR.
- (15) Napriek tomu, že **Sťažovatelia predložili dokumenty v rozsahu a s obsahom, ako to ŽSR v súťažných podkladoch žiadali**, ŽSR neodôvodnene spochybňovali tieto doklady, a niekoľkonásobne požadovali predloženie dôkazov, ktoré už predložené boli. ŽSR opakovane žiadali preukázanie, že Integra vykonala na uvedenej zákazke stavebné práce súvisiace s realizáciou subsystému ETCS, aj keď už mali k dispozícii dve potvrdenia samotného objednávatel'a Národnej spoločnosti Kazachstan Temir Zholy, v ktorých objednávatel' potvrdil, že na železničnej trati Zhezkazgan – Saksaulskaya bol „inštalovaný systém ETCS, ktorý zabezpečuje interoperabilitu v oblasti zabezpečovacej vlakovej technológie vo forme nadradeného systému, ktorý je schopný komunikovať s národnými zabezpečovacími systémami

a jednotným spôsobom špecifikovať podmienky jazdy vlakov. Systém sa skladá zo stacionárnej a mobilnej časti. Bol inštalovaný systém ETCS úrovne 3. Inštalovaný systém umožňuje interoperabilitu všetkých zahrnutých subsystémov vrátane subsystémov podobného charakteru a plne porovnateľného so systémom TSI CCS.“ ŽSR si následne tieto dôkazy overovali aj u samotného objednávateľa Národnej spoločnosti Kazakhstan Temir Zholy, pričom objednávateľ zaslal ŽSR ďalšie potvrdenie o tom, že Integra realizovala stavebné práce súvisiace aj so subsystémom ETCS. Následne ŽSR žiadali aj ďalšie dôkazy, a to originál alebo úradne overené kópie zmluvy o dielo č. 1 TsUZhDS, a následne ešte ďalšie vysvetlenia a doklady (napr. certifikát notifikovanej osoby pre subsystém ETCS) preukazujúce, že na trati Zhezkazgan – Saksaulskaya bol inštalovaný systém ETCS, pričom Integra predložila za týmto účelom vysvetlenie a ďalšie (v poradí štvrté) potvrdenie odberateľa Národnej spoločnosti Kazakhstan Temir Zholy, potvrdenie spoločnosti Bombardier Transportation, že na uvedenej trati realizovala inštaláciu systému na základe štandardov ETCS, potvrdenie Ministerstva investícií a rozvoja Kazašskej republiky, v ktorom sa uvádza, že na danej trati je inštalovaný systém na riadenie jazdy vlakov ETCS a fotodokumentáciu z daného úseku železničnej trati k ETCS systému.

- (16) ŽSR svoje pochybnosti, pre ktoré opakovane požadovali predloženie ďalších a ďalších dôkazov, čím dochádzalo k **šikanóznemu a administratívne mu zaťažovaniu** nielen Sťažovateľov ale opakovane aj Národnej spoločnosti Kazakhstan Temir Zholy ako aj ďalších subjektov, odôvodnili len odkazom na reklamné internetové stránky výrobcu kritických rádiových komunikácií (Španielsko) a inštitúcie inžinierov železničnej signalizácie (Veľká Británia), ktoré **nemajú žiadny súvis so Sťažovateľmi, objednávateľom ani predmetom spornej zákazky**. Pochybnosť ŽSR vyplývala z toho, že na týchto stránkach nenašla informáciu o tom, že by na trati Zhezkazgan – Saksaulskaya bol inštalovaný subsystém ETCS. Pritom vôbec nie je zrejmé, prečo na reklamných webových stránkach súkromných subjektov by uvedená informácia vôbec mala byť, najmä keď sú to absolútne nesúvisiace subjekty, a dokonca ani nie sú z Kazachstanu. **Spochybňovanie dôkazu o uskutočnených prácach, ktorý opakovane poskytol odberateľ týchto prác Národná spoločnosť Kazakhstan Temir Zholy je absurdné**, a to len na základe informácií, ktoré ŽSR čerpali z pochybných a neoverených webových stránok, pričom svoju pochybnosť o tvrdeniach odberateľa Národnej spoločnosti Kazakhstan Temir Zholy nijakým spôsobom nepreukázali.
- (17) Postup ŽSR, pri ktorom **odmietli dôkaz o uskutočnení požadovaných stavebných prác priamo odberateľom** týchto prác a vyžadovali navyše obrovské množstvo ďalších dôkazov, považujeme za **nezákonný**, pričom ide o **hrubé porušenie zásady rovnakého zaobchádzania** ako aj ďalších **princípov verejného obstarávania**.
- (18) Obstarávateľ je oprávnený podľa čl. 56 Smernice o verejnom obstarávaní od hospodárskych subjektov požadovať, aby v prípade, že informácie alebo dokumenty, ktoré predložili, sú alebo sa zdajú byť nekompletné alebo chybné alebo ak určité dokumenty chýbajú, aby príslušné informácie alebo dokumenty predložili, doplnili, spresnili alebo skompletizovali.⁷ V uvedenom prípade však **Sťažovatelia predložili všetky požadované doklady a dôkazy, ktoré boli zjavne kompletne a úplné**.
- (19) Podľa čl. 60 Smernice o verejnom obstarávaní obstarávateľa nesmú požadovať na preukázanie technickej spôsobilosti iné dôkazné prostriedky ako sú uvedené v prílohe XII časti II, teda zoznam

⁷ Podľa § 40 ods. 4 Zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.

prác a potvrdenia o uspokojivom vykonaní a výsledku najdôležitejších prác⁸. Sťažovatelia tieto dôkazy poskytol už vo svojej ponuke a potom opakovane niekoľkokrát, pričom si predložené doklady žiadnym spôsobom neprotirečili.

- (20) **ŽSR bez akýchkoľvek dôkazov**, len na základe neodôvodnenej pochybnosti, opakovane žiadali o predloženie obrovského množstva už predložených dôkazov a predloženie ďalších a ďalších dôkazov **nad rámec Smernice o verejnom obstarávaní, čo je zjavne nezákonné porušenie práva Únie**.
- (21) Aj keď toto konanie ŽSR bolo ÚVO označené za nezákonné⁹, ďalší uchádzači STRABAG, s.r.o. a ICM S.p.a ho napadli v ďalšom postupe verejného obstarávania námietkami.

3.1.2. Podmienka preukázania implementácie GSM-R

- (22) Sťažovatelia preukazujú predmetnú podmienku účasti využitím technických a odborných kapacít inej osoby, konkrétne využitím technických kapacít spoločnosti FULLSYSTEM S.R.L., Piazzale č. 19, 20158 Miláno, Taliansko (ďalej len „**FULLSYSTEM**“).
- (23) Za účelom preukázania splnenia podmienky účasti „aspoň jednej zmluvy, na základe ktorej boli uskutočnené stavebné práce súvisiace s dodávkou a montážou (hardvér a softvér) a implementáciou GSM-R hlasovej a dátovej služby v hodnote viac ako 5 000 000 EUR“ predložili vo svojej ponuke Sťažovatelia nasledovné dokumenty: JED za spoločnosť FULLSYSTEM, Čestné prehlásenie o uskutočnení stavebných prác (zmluvy) rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky, Potvrdenie referencií (potvrdenie odberateľa o vykonaní prác, zhodnotenie vykonaných prác), Zmluva o predaji časti podniku uzavretú medzi spoločnosťou IMET Societa per Azioni a spoločnosťou FULLSYSTEM S.R.L. z 21. 9. 2016 (ďalej len „**IMET**“), na základe ktorej sa stala spoločnosť FULLSYSTEM právnym nástupcom spoločnosti IMET, faktúry vystavené spoločnosťou IMET pre spoločnosť RETE FERROVIARIA ITALIANA – SOCIETA PER AZIONI IN SINGLA RFI S.P.A. (ďalej len „**RFI**“) v rozhodnom období preukazujúce realizáciu prác v rozhodnom období.
- (24) Aj pri preukazovaní tejto podmienky účasti vznikli u ŽSR **neodôvodnené pochybnosti** o tom, či je spoločnosť FULLSYSTEM skutočne právnym nástupcom spoločnosti IMET a či je právnym nástupcom aj v prípade konkrétnej referencie, prostredníctvom ktorej Sťažovatelia preukazujú splnenie účasti. ŽSR svoje pochybnosti odôvodnili tým, že predmetnú zmluvu o predaji posudzovali podľa slovenského práva, pretože podľa ich názoru úprava predaja podniku je v Taliansku obdobná ako na Slovensku. Na tomto nezákennom predpoklade založili **ŽSR svoje nepodložené tvrdenie**, že spoločnosť FULLSYSTEM nie je právnym nástupcom spoločnosti IMET v prípade referencie na predmetný projekt „Zmluvy o dodávke a inštalácii digitálnej celulárnej rádiovéj siete určenej na štandardné využitie v železničnej doprave GSM- v pásme 900 MHz pozdĺž približne 7 500 km komerčnej železničnej siete F.S uzatvorenej s RFI S.P.A. v roku 2012, na základe ktorej boli uskutočnené stavebné práce súvisiace s dodávkou a montážou (hardvér a softvér) a implementáciou GSM-R hlasovej a dátovej služby v hodnote viac ako 5 000 000 EUR.“
- (25) Aj v tomto prípade ŽSR žiadali predložiť ďalšie dôkazy a vysvetlenia **v rozpore s čl. 56 a 60 Smernice o verejnom obstarávaní**, nakoľko **bez akýchkoľvek dôkazov**, a dokonca vychádzajúc z nezákonného právneho posúdenia uplatňovania slovenskej právnej úpravy na

⁸ § 34 ods. 1 písm. b) Zákona o verejnom obstarávaní

⁹ Rozhodnutie ÚVO č. 6387-6000/2017-ODI

taliansku zmluvu, neakceptovali predložené jednoznačné dôkazy, a to ani potvrdenie zo súdu v Perugii.

- (26) Sťažovatelia predložili v rámci vysvetlenia dokument s názvom „SPRÁVCA ZO SÚDU V PERUGII“, z ktorého vyplýva, že správcovia konkurznej podstaty Avv. Fabio Dominici a Dott. Corrado Maggesi zo súdu v Perugii, ktorí boli sudkyňou súdu v Perugii p. Dr. Francesca Altrui poverení na konanie vo veci predaja časti podniku spoločnosti IMET, v predmetnom dokumente okrem iného vyhlásili aj to, že medzi referencie a osvedčenia, ktoré prešli na spoločnosť FULLSYSTEM dňom 16. decembra 2015 patrí tiež referencia, na základe ktorej boli uskutočnené stavebné práce súvisiace s dodávkou a montážou (hardvér a softvér) a implementáciou GSM-R hlasovej a dátovej služby v hodnote viac ako 5 000 000 EUR.
- (27) ŽSR sa žiadnym spôsobom k predmetnému dokladu nevyjadrili a ani nespochybnili informácie uvedené v potvrdení od správcov na základe objektívnych skutočností, ktoré by boli schopné preukázať predložením relevantných dôkazov. Nie je teda zrejmé, na základe akých konkrétnych dôvodov predmetný doklad **ŽSR neakceptovali, pričom nepreukázali, že informácie uvedené v predmetnom dokumente nezodpovedajú skutočnosti.**
- (28) Aj v tomto prípade si ŽSR žiadali množstvo ďalších dokladov a dôkazov nad rámec Smernice o verejnom obstarávaní, a to konkrétne nájomnú zmluvu, preukázanie, že uvedení konkurzní správcovia sú oprávnení konať za súd v predmetnej veci či predloženie dokladu preukazujúceho, že na spoločnosť FULLSYSTEM prešiel aj personálny substrát spoločnosti IMET, ktorý realizoval sporný projekt. Aj keď to **Sťažovatelia považovali za neprimerané a diskriminačné**, všetky požadované doklady aj vysvetlenia ŽSR poskytli.
- (29) Postup ŽSR, pri ktorom **úplne odignoroval jednoznačný dôkaz, potvrdenie správcov poverených súdom v Perugii na predaj podniku ako dôkaz** a vyžadovali si navyše ďalšie doklady, pričom už dokladmi a dôkazmi podľa čl. 60 Smernice o verejnom obstarávaní disponovali, považujeme za **nezákonný**, porušujúci právo Únie, pričom ide o **hrubé porušenie princípov rovnakého zaobchádzania** ako aj ďalších **verejného obstarávania**.
- (30) Na základe námietky Sťažovateľov rozhodol ÚVO o tom, že **pochybnosti ŽSR sú neodôvodnené a že ŽSR nepreukázali, že by Sťažovateľ nesplnil podmienky účasti** (rozhodnutie č. 6387-6000/2017-ODI).

3.1.3. Rozhodnutie Rady 13750-9000/2018

- (31) Po rozhodnutí ÚVO, ktorým nariadil vrátiť Sťažovateľov do verejného obstarávania¹⁰, ŽSR vyhodnotili ponuky a dňa 4. septembra 2018 určili ako víťaza Sťažovateľov - skupinu dodávateľov Zhol – TODINI s najvýhodnejšou cenou 216 767 699,45 EUR.
- (32) Voči výsledku vyhodnotenia podal námietky uchádzač STRABAG s.r.o., Mlynské nivy 61/A, 820 15 Bratislava (ďalej len „**STRABAG**“), ktorý okrem mimoriadne nízkej ceny namietal opätovne aj už uzatvorené štádium verejnej súťaže, a to vyhodnocovanie podmienok účasti. Konkrétne STRABAG napádal to, že Sťažovatelia nepreukázali podmienky účasti uvedené vyššie. ÚVO sa prekvapujúco zaoberal nielen námietkami na mimoriadne nízku cenu ale opätovne posudzoval aj podmienky účasti Sťažovateľov. Nakoľko toto štádium verejného obstarávania už bolo ukončené a STRABAG alebo ktorýkoľvek uchádzač mal možnosť sa voči predchádzajúcemu rozhodnutiu ÚVO brániť (vzhľadom na to, že každé rozhodnutie o námietkach sa doručuje všetkým

¹⁰ Rozhodnutie ÚVO č. 6387-6000/2017-ODI

uchádzačom a títo všetci majú právo podať odvolanie voči rozhodnutiu na ÚVO¹¹). Nakoľko platí v konaní o námietkach koncentračná zásada a zároveň je lehota na podanie námietok voči jednotlivým krokom obstarávateľa prísne prekluzívna, podľa nášho názoru **ÚVO nemal pripustiť námietky o podmienkach účasti Sťažovateľov.**

- (33) ÚVO vo svojom prvostupňovom rozhodnutí¹² zopakoval vo veci svoj názor z predchádzajúceho rozhodnutia¹³, že ako **referencia na realizáciu systému ETCS tak referencia na realizáciu systému GSM-R sú v poriadku.**
- (34) Následne proti rozhodnutiu ÚVO¹⁴ podala odvolanie Spoločnosť ICM S.p.a., Viale dell'Industria no. 42, 361 00 Vicenza, Taliansko (ďalej len „**ICM**“). Táto namietala nielen voči neprimerane nízkej cene ale rovnako aj proti podmienkam účasti Sťažovateľov. V tomto prípade už išlo o odvolacie konanie vedené Radou ÚVO (ďalej len „**Rada**“), ktoré je posledným riadnym opravným prostriedkom. Až v tomto konaní ICM, taktiež v rozpore s koncentračnou zásadou, **vyjadril pochybnosť, ale nijako nepreukázal**, že FULLSYSTEM v rozhodnom období nevykonával zákazku súvisiacou s implementáciou GSM-R. ICM tvrdil, že nakoľko bola zákazka vykonávaná len 6 mesiacov z rozhodného obdobia, nie je pravdepodobné, že by FULLSYSTEM v danom čase vykonal práce za 5 mil. EUR. Tieto svoje **podozrenia však nijako nepodložil**, iba uviedol, že si má ŽSR vyžiadať od Sťažovateľov výkaz prác (Stato avanzamento lavori) na preukázanie danej skutočnosti. **Sťažovatelia však jasne v ponuke predložili dôkazy, a to faktúry**, preukazujúce vykonávanie prác v rozhodnom období v danom finančnom objeme. Nakoľko uvedenú skutočnosť v doterajších štádiách ŽSR nespochybňovali a považovali uvedené za preukázané na základe predložených faktúr a vzhľadom na prekluzívnu lehotu na podanie námietok uchádzačom, ako aj na to, že ICM iba tvrdil svoju pochybnosť ale nijako nedosvedčil relevantným dôkazom, považujeme rozhodnutie Rady, ktorým opätovne prikázala ŽSR vyhodnotiť podmienky účasti Sťažovateľov, **za protizákonné, v rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania a administratívneho konania vôbec.** Nakoľko rozhodnutím Rady došlo k rozhodnutiu, ktoré malo zásadný vplyv na Sťažovateľov bez toho, aby sa k uvedenej námietke ICM mohli vyjadriť a rozhodnutie Rady je konečné, bez možnosti sa voči nemu odvolať, došlo **k porušeniu Revíznej smernice, nakoľko Sťažovatelia nemali zabezpečenú možnosť sa domáhať nápravy riadnym opravným prostriedkom. Uvedený postup pri zadávaní zákazky považujeme za závažné porušenie práva Únie.**
- (35) V neposlednom rade je potrebné poukázať na skutočnosť, že v súčasnosti existujú **dve právoplatné a účinné rozhodnutia toho istého subjektu, teda ÚVO, ktoré sú protichodné**, pričom jedno rozhodnutie¹⁵ považuje referenciu na vybudovanie systému GSM-R za dostatočnú na preukázanie podmienok účasti a druhé, rovnako právoplatné druhostupňové¹⁶, ktoré požaduje ešte raz preskúmať podmienky účasti. Druhostupňovým rozhodnutím nedošlo k zrušeniu predchádzajúceho rozhodnutia, takže **vo veci referencie na systém GSM-R zostali platné dve protichodné rozhodnutia.**
- (36) Okrem vyššie uvedeného si dovoľujeme poukázať aj na to, že STRABAG vo svojich námietkach napádal aj ponuku Sťažovateľov ako aj uchádzača, ktorého ponuka bola vyhodnotená ako druhá v poradí (skupina ICM – Váhostav) ako mimoriadne nízku. Sťažovatelia predložili ponuku vo

¹¹ § 175 ods. 11 Zákona o verejnom obstarávaní

¹² Číslo spisu 11516-6000/2018

¹³ Rozhodnutie ÚVO č. 6387-6000/2017-ODI

¹⁴ Číslo spisu 11516-6000/2018

¹⁵ Rozhodnutie ÚVO č. 6387-6000/2017-ODI

¹⁶ Rozhodnutie Rady 13750-9000/2018

výške 216 767 699,45 EUR a druhý uchádzač vo výške 274 985 419,17 EUR. Pritom STRABAG (združenie ŽSR – Devínska) predložil až tretiu najlepšiu ponuku, a to vo výške 353 484 139,56 EUR. Vysvetlenie mimoriadne nízkej ceny však Sťažovateľa obhájili aj pred ŽSR. Je potrebné podotknúť, že cena sa nehodnotí za mimoriadne nízku vo vzťahu k iným ponukám ale vo vzťahu k predmetu a rozsahu zákazky. V tomto smere teda poukazujeme na to, že predpokladaný rozpočet na zákazku bol v rámci prideľovania finančných prostriedkov z NEP odhadovaný na 273 079 196 EUR, pričom STRABAG prekročil tento odhad Komisie o viac ako 80 mil. EUR. Vysoká cena uchádzača nie je priamoúmerná kvalite ponúkaných prác a nie je dôkazom toho, že ostatné ceny sú nízke. Práve naopak, podľa nášho názoru, ak ponúknutá cena podstatne, o viac ako 25% presiahne predpokladaný odhad a ide o zákazku financovanú zo zdrojov Únie, je podľa nášho názoru **potrebné vykonať preventívne opatrenia na ochranu finančných záujmov Únie podľa Nariadenia o NEP**¹⁷.

3.2. Právne posúdenie

3.2.1. Porušenie zásady rovnakého zaobchádzania (nediskriminácie)

- (37) V nadväznosti na postup ŽSR pri vyhodnocovaní podmienok účasti Sťažovateľov, pričom ide o uchádzača z tretej krajiny – Kazašská republika, ako aj na rozsah požadovaných vysvetlení zo strany ŽSR a bezdôvodného spochybňovania dokladov a dôkazov o plnení predložených Sťažovateľmi, máme za to, že **ŽSR nedodríava princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov** v rámci tejto Verejnej súťaže DNV – štátna hranica. Sťažovateľa nemajú vedomosť o tom, že by ŽSR pristupovala rovnako **šikanózne a nadmieru zaťažujúco** aj voči iným uchádzačom, ktorí sú slovenskými hospodárskymi subjektami, resp. subjektami z Únie. Na základe vyššie uvedeného sa nazdávame, že Sťažovateľa boli **konaním ŽSR znevýhodnení oproti iným hospodárskym subjektom v rovnakom postavení**.
- (38) Poukazujeme najmä na to, že podľa nášho názoru **neexistovali objektívne dôvody, ktoré by odôvodňovali vznik pochybností o pravdivosti a úplnosti dokladov**, ktorými preukazovali Sťažovateľa splnenie technickej a odbornej spôsobilosti. **Podľa judikatúry EÚ verejný obstarávateľ pri výkone voľnej úvahy, ktorá mu je priznaná pri možnosti žiadať od uchádzačov vysvetlenie ponuky, musí zaobchádzať s uchádzačmi rovnako a lojálne tak, aby na konci výberového konania a vzhľadom na výsledok nevznikol dojem, že žiadosť o objasnenie neoprávnene zvýhodnila alebo znevýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola táto žiadosť adresovaná**.¹⁸
- (39) Aj **ÚVO a Rada** vo svojom rozhodnutí 13750-9000/2018 postupovala **v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania**, nakoľko **znevýhodnila Sťažovateľov** tým, že bez náležitých dôkazov rozhodla o opätovnom vyhodnocovaní jeho podmienok účasti a naopak **zvýhodnila STRABAG a ICM** ktorým pripustila podanie námietok voči podmienkam účasti Sťažovateľov ďaleko po lehote určenej na podanie námietok či odvolania voči rozhodnutiu Úradu a bez predloženia akýchkoľvek dôkazov im umožnila sa znova uchádzať o vyhodnotenie ich ponúk.
- (40) Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie pokiaľ ide o uzatváranie verejných zmlúv, sú totiž **verejní obstarávatelia v každom prípade povinní dodržiavať základné**

¹⁷ Čl. 24 Nariadenia o NEP, podľa ktorého Komisia prijme primerané opatrenia na zabezpečenie toho, aby pri realizácii opatrení financovaných podľa tohto nariadenia boli finančné záujmy Únie chránené uplatňovaním preventívnych opatrení **proti podvodom, korupcii a akýkoľvek iným nezákonným činnostiam** účinnými kontrolami a v prípade nezrovnalostí vymáhaním nenáležité vyplatených súm a prípadne aj účinnými, primeranými a odrádzajúcimi správnymi a finančnými sankciami

¹⁸ rozsudok z 10. októbra 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647. bod 37

pravidlá zmluvy o fungovaní Európskej únie, a to najmä zásadu zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti.¹⁹ Potvrdenie odberateľa, ktorým je Národná spoločnosť Kazachstan Temir Zholy, má takú istú validitu po obsahovej aj formálnej stránke ako potvrdenie iných odberateľov, či už so sídlom v Slovenskej republike alebo subjektov inej štátnej príslušnosti. Napríklad referencia spoločnosti Železnice Slovenskej republiky, Bratislava z Evidencie referencií podľa § 12 Zákona o verejnom obstarávaní, má takú istú platnosť ako potvrdenie vydané napríklad spoločnosťou České dráhy, a.s., spoločnosťou Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna so sídlom v Poľsku či spoločnosti Národná spoločnosť Kazachstan Temir Zholy. Uvedené samozrejme platí aj na iné potvrdenie odberateľa, t. j. nielen odberateľa v pozícii subjektu verejného práva, ale aj súkromnoprávne subjekty. Aj samotná Smernica o verejnom obstarávaní a aj slovenský Zákon o verejnom obstarávaní na preukázanie technickej spôsobilosti uchádzača určuje ako dôkaz o plnení potvrdenie odberateľa. Postup ŽSR sa preto v prípade vyhodnocovania podmienok účasti Sťažovateľov javí ako zarážajúci, keďže neakceptuje a spochybňuje originály potvrdení odberateľa Národná spoločnosť Kazachstan Temir Zholy, ktorý opakovane deklaroval a potvrdil požadované skutočnosti a neakceptuje ani potvrdenie od talianskych konkurzných správcoch ako zástupcov súdu v Perugii. ŽSR preto podľa nášho názoru postupovali nezákonne, keď **nepristupovali nestranne ku každému jednému predloženému dokladu a každému uchádzačovi** keď neprihliadali na jednoznačné potvrdenia a opätovné starostlivé vysvetlenia a dôkazy, čím **nebol dodržaný princíp rovnakého zaobchádzania**.

- (41) Uvedené konanie ŽSR považujeme taktiež za **porušenie Dohody**, a to zásady nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania, keď **ŽSR zjavne neodôvodnene** nedôverovala dôkazom a dokumentom vydaným kazašskými subjektami a rovnako postupovala voči Sťažovateľom aj pri nedôvere a neakceptovaní ako dôkazu potvrdenie talianskeho súdu. Táto **diskriminácia na základe príslušnosti k tretej krajine je závažným porušením nielen zásad verejného obstarávania, ale aj európskeho práva a zásad medzinárodného práva**, nakoľko ide o medzinárodnú Dohodu medzi Úniou a jej členskými štátmi a Kazašskou republikou ako treťou krajinou.
- (42) Radi by sme dali do pozornosti, že ŽSR pochybovali o tom, či Sťažovatelia spĺňajú technické a odborné podmienky účasti, aj keď ako dôkazy predložili množstvo jednoznačných potvrdení od vysokých úradov v Kazašskej republike či od súdu v Taliansku a odvolávali sa na absolútne nesúvisiace, neoverené reklamné webové stránky bez predloženia reálneho dôkazu. Pritom Sťažovatelia nemajú vedomosť o tom, že by podobne náročné a obťažujúce procedúry pri vysvetľovaní a dokazovaní splnenia podmienok účasti ŽSR aplikovali aj na iných uchádzačov. Pritom práve v prípade iných uchádzačov by mohli byť pochybnosti ŽSR na mieste, keďže **existujú reálne dôkazy o nedostatočnej dôveryhodnosti niektorých uchádzačov**, vyplývajúcich z ich **preukázanej účasti na kartelovej dohode vo verejnom obstarávaní** týkajúcej sa stavebných prác pri budovaní kritickej infraštruktúry²⁰ či nespoľahlivosti niektorých uchádzačov vyplývajúcej z **nedostatočných finančných prostriedkov** či plnenia

¹⁹ rozsudok z 7. 12. 2000 vo veci C-324/98, bod 60, rozsudky z 20. 10 2005, vo veci C-264/03, Zb. S. I-8831, bod 32 a z 14. 6. 2007 vo veci C-6/05, Zb. S. I-4557, bod 33

²⁰<https://www.antimon.gov.sk/amo-sr-welcomes-the-verdict-of-the-constitutional-court-of-the-slovak-republic-which-dismissed-the-complaints-of-construction-companies-as-unjustified/>,
<https://www.aktuality.sk/clanok/503733/ustavny-sud-zamietol-staznosti-firiem-pre-milionove-pokuty/>, pričom poukazujeme aj na rozhodnutia: 1 Sžhu 1/2009 z 30. decembra 2013 (http://ec.europa.eu/competition/national_courts/cases/139823/139823_3_3.pdf), nález Ústavného súdu sp. zn. II. ÚS 893/2014 zo 17. júna 2015, rozhodnutie Protimonopolného úradu SR č. 2006/KH/R/2/116 a rozhodnutie č. 2005/KH/1/1/137, Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR 5Sžh/2/2015 z 2. novembra 2016

predchádzajúcich zákaziek, ktoré boli poznačené veľkými nedostatkami.²¹ Tieto skutočnosti by mohli vyvolávať vážne pochybnosti o spoľahlivosti týchto uchádzačov. Podľa Smernice o verejnom obstarávaní by v takýchto prípadoch mal verejný obstarávateľ takýchto uchádzačov z verejného obstarávania vylúčiť.²² Nakoľko títo účastníci neboli ŽSR vylúčení, považujeme **konanie ŽSR za diskriminačné a v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania, o to viac, že ide o porušenie Dohody.**

- (43) Pri interpretácii zásady nediskriminácie je potrebné vychádzať z obsahu európskych smerníc, ktoré boli implementované do slovenského Zákona o verejnom obstarávaní. Prax tiež ukázala, že pri výklade tohto pojmu je potrebné vychádzať z kontextu predpisov z oblasti ochrany hospodárskej súťaže, nakoľko práve do tejto oblasti právo verejného obstarávania svojou povahou patrí (keďže **cieľom zákona je aj zabezpečenie spravodlivej a otvorenej súťaže o verejné zákazky**). V priamo aplikovateľnom predpise čl. 102 Zmluvy o fungovaní EÚ je za diskrimináciu považované konanie spočívajúce v uplatňovaní rozdielných podmienok voči jednotlivým účastníkom trhu pri zhodnom (porovnateľnom) plnení, čím dochádza k ich znevýhodňovaniu v hospodárskej súťaži. Aj keď uvedený článok nedopadá expressis verbis na oblasť verejných zákaziek, možno ho pre účely interpretácie pojmu diskriminácia per analogiam použiť aj pre túto oblasť. Ide totiž o princíp aplikovateľný pre celú oblasť súťažného práva.²³
- (44) Podľa judikatúry **povinnosť verejných obstarávateľov dodržiavať zásadu rovnosti zaobchádzania zodpovedá samotnej podstate právnej úpravy Únie v oblasti verejného obstarávania, ktorá má za cieľ predovšetkým podporovať rozvoj účinnej súťaže a zakotvuje kritériá zadávania verejných zákaziek, ktoré majú zabezpečiť takúto súťaž.**²⁴

3.2.2. Porušenie zásady transparentnosti

- (45) K porušeniu zásady transparentnosti môže dôjsť vtedy, pokiaľ sa v postupe obstarávateľa vyskytujú určité prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným alebo ktoré by vzbudzovali **pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa**. Tento záver je v plnom súlade s výkladom tejto zásady zo strany SDEÚ. Podmienkou dodržania zásady transparentnosti je priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí za férový a riadny. Porušenie zásady transparentnosti nastáva nezávisle na tom, či sa podarí preukázať konkrétne porušenie niektorej zákonnej povinnosti.²⁵
- (46) Účelom zásady transparentnosti je **predchádzať riziku akéhokoľvek zvýhodňovania alebo svojvôle na strane verejného obstarávateľa**.²⁶ Zásada transparentnosti procesu verejného obstarávania vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal priehľadným a predvídateľným spôsobom, v plnom súlade s jednotlivými ustanoveniami Zákona o verejnom obstarávaní. Predvídateľnosť tohto procesu a najmä postupu verejného obstarávateľa korešponduje s ústavným **princípom právnej istoty**, vytvára efektívnu spoluprácu medzi uchádzačmi, ktorá by mala viesť k účelnému vynakladaniu verejných prostriedkov, a tým k udržaniu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania.

²¹ https://sk.wikipedia.org/wiki/Kauza_V%C3%A1hostav

²² Recitál 101 Smernice o verejnom obstarávaní

²³ 2S/131/2011 Rozhodnutie Krajského súdu Bratislava (výklad pojmu diskriminácia pre účely VO)

²⁴ T-637/11 Rozsudok všeobecného súdu Európskej Únie, pozri tiež rozsudok Bayer CropScience a i./Komisia

²⁵ Najvyšší správny súd ČR v rozsudku č.j.5Afs 131/2007-131 zo dňa 12.05.2008

²⁶ Prípád C-469/99 Komisia proti CAS Succhi di Frutta, bod 11

- (47) Princíp transparentnosti spolu ide ruka v ruku s **princípom otvorenosti**, súčasťou ktorého je aj **transparentné nakladanie s verejnými prostriedkami**.
- (48) Vyžaduje sa, aby pri verejných zákazkách **verejný obstarávateľ** v čo najširšom rozsahu postupoval ako **starostlivý súkromný investor** a z pohľadu racionality starostlivého súkromného investora pristupoval k obstarávaniu predmetu zákazky.²⁷
- (49) **ŽSR a následne aj ÚVO porušili zásadu transparentnosti**, keď vo svojich rozhodnutiach a postupoch **neodôvodnili presvedčivo svoje kroky, neopreli ich o konkrétne dôkazy a k určitým dôkazom sa dokonca ani nevyjadrili**.

3.2.3. Porušenie práva na dobrú správu vecí verejných

- (50) **Z práva na dobrú správu vecí verejných vyplýva právo byť vypočutý, čo bolo Sťažovateľom vo verejnom obstarávaní odňaté**, a to v rozhodnutí Rady²⁸. Sťažovatelia sa voči námietkam ICM **nemohli nielen účinne ale dokonca nijako brániť, nemohli sa k nim ani vyjadriť**, a tak poukázať na fakt, že jednak boli námietky neprípustné a jednak sa nezakladali ani na jednom reálnom dôkaze, len na určitých pochybnostiach ICM. ÚVO ako aj Rada, nakoľko sa na ich konanie vzťahuje Správny poriadok, má možnosť dotknutého uchádzača vyzvať na vyjadrenie napríklad v pozícii svedka. Tým by zároveň pomohol k moderných cieľom verejného obstarávania, a teda zbytočne administratívne nezaťažovať, nepredlžovať proces verejného obstarávania a zamedziť porušovaniu zásady nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania, keď voči jednému subjektu sa opakovane prejavuje šikanózne správanie, ktoré však nie je uplatňované v rovnakej miere aj voči iným uchádzačom. Teritoriálna pôsobnosť zahraničného subjektu neodôvodňuje takéto správanie, navyše keď medzi účastníkmi sa nachádzajú zjavne iné nedôveryhodné subjekty.
- (51) Máme za to, že **právo byť vypočutý sa musí uplatňovať na každé konanie**, ktoré môže viesť k správnomu alebo súdnemu rozhodnutiu, ktoré ma nepriaznivý vplyv na záujmy osoby. Podľa ustálenej judikatúry **právo byť vypočutý zaručuje každej osobe právo písomne alebo ústne sa vyjadriť ku skutočnostiam, z ktorých správny orgán zamýšľa vychádzať pri svojom rozhodnutí, ktoré môžu nepriaznivo zasiahnuť do jej právneho postavenia**. Toto právo vyžaduje, aby správny orgán umožnil dotknutej osobe oboznámiť sa s týmito skutočnosťami v priebehu správneho konania a účinne vyjadriť svoje stanovisko.
- (52) **Právo byť vypočutý bolo Sťažovateľom rozhodnutím Rady odňaté a nemohli sa vyjadriť k novej skutočnosti, ktorá ich vrátila do rozdielného štádia verejného obstarávania ako zvyšných uchádzačov. Týmto zároveň došlo aj k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania v neprospech Sťažovateľov**.
- (53) Okrem toho postup a rozhodovanie ÚVO musí rešpektovať aj článok 41 Charty základných práv Európskej únie, ktorá okrem iného zakotvuje **právo na dobrú správu vecí verejných**, ako aj odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy CM/Rec (2007)7 členských štátov z 20. júna 2007 o dobrej správe, ktoré vychádza z dodržiavania zásady zákonnosti, rovnoprávnosti, nestrannosti, proporcionality, právnej istoty, časovej primeranosti, participácie, úcty k súkromiu a transparentnosti.
- (54) Považujeme týmto za potrebné konštatovať, že takýmto **odňatím práva vyjadriť sa ku skutočnostiam, ktoré sa Sťažovateľov bezprostredne týkajú, dochádza k porušeniu práva**

²⁷ Rozsudok NS SR 3Sžf/47/2012

²⁸ 13750-9000/2018

na dobrú správu vecí verejných, v zmysle ktorého každý má právo, aby inštitúcie, orgány, úrady a agentúry Únie vybavovali jeho záležitosti nestranne, spravodlivo a v primeranej lehote. Primeraná lehota platí aj pre verejného obstarávateľa, ktorý tak zabraňuje efektívnemu priebehu verejného obstarávania. Ako už bolo uvedené, toto právo zahŕňa aj právo každého na vypočutie pred prijatím akéhokoľvek individuálneho opatrenia, ktoré by sa ho mohlo nepriaznivo dotýkať.

- (55) Podľa ustálenej judikatúry sa existencia porušenia práva na obhajobu musí preskúmať v závislosti od osobitných okolností každého konkrétného prípadu, najmä od povahy príslušného aktu, kontextu, v ktorom bol prijatý, a právnych pravidiel, ktoré upravujú dotknutú oblasť. **Dodržiavanie tejto zásady musí byť zabezpečené, aj keď neexistuje žiadna zvláštna právna úprava**, ale na to, aby takéto porušenie viedlo k zrušeniu rozhodnutia či opatrenia, je potrebné, aby neexistencia tejto vady mohla viesť k odlišnému výsledku konania.

3.2.4. Porušenie zásady proporcionality

- (56) S porušením práva na dobrú správu vecí verejných spájame aj porušenie zásady proporcionality. Podľa tejto zásady akty inštitúcií Únie nemajú prekračovať to, čo je vhodné a potrebné na uskutočnenie legitímnych cieľov sledovaných predmetnou právnou úpravou. Tým sa rozumie, že v prípade, **kde existuje voľba medzi primeranými opatreniami, je potrebné sa prikloniť k tomu najmenej obmedzujúcemu**, a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné k sledovaným cieľom.²⁹
- (57) Z uvedeného vyplýva, že dané opatrenie, ktorým boli Sťažovatelia vrátení späť do štádia preskúmania splnenia podmienok účasti **nemožno považovať za primerané**, nakoľko v tomto štádiu boli podmienky jeho účasti niekoľkokrát vysvetlené a ŽSR ich dôkladne posúdili a akceptovali. Preto v dôsledku odvolania, kde ICM uviedol nepodložené pochybnosti, ktoré vzhľadom na ich povahu mu mali byť známe už v procese vyhodnocovania podmienok účasti, najmä s ohľadom na to, že sám je spoločnosťou z Talianska, kde sa uvedený dokument (SAL) podľa jeho tvrdení bežne používa, a tieto pritom včas nenamietal, považujeme za neprimerané opätovne vyhodnocovať podmienky účasti, ktoré už boli s konečnou platnosťou na základe jasných dôkazov vyhodnotené. Podľa nášho názoru **nepodložená pochybnosť neúspešného uchádzača nemôže byť proporcionálna k jasným a podloženým dôkazom, ktoré boli už ŽSR akceptované a mnohokrát preskúmané**.
- (58) Takéto **konanie Rady považujeme za v rozpore so zmyslom princípu proporcionality, ktorým je napomáhať hľadať spravodlivú rovnováhu medzi cieľom a použitými prostriedkami**.

3.2.5. Porušenie princípu právnej istoty

- (59) Niekoľkonásobné preukazovanie splnenia podmienok účasti prostredníctvom veľkého množstva dokladov, potvrdení a pod. predstavuje značnú administratívnu záťaž nielen pre uchádzačov ale aj samotných verejných obstarávateľov. ÚVO sa niekoľkokrát vo svojich rozhodnutiach vyjadril, že Sťažovatelia predložili ŽSR vysvetlenia na všetky otázky, ktoré im boli predložené v rámci jednotlivých žiadostí o vysvetlenie a tieto odpovede Sťažovateľov nie sú žiadnym spôsobom nejednoznačné, resp. protichodné. ÚVO taktiež konštatoval, že ŽSR môže pristúpiť k vylúčeniu

²⁹ Napr. rozsudky Súdu prvého stupňa z 11. septembra 2002, Pfizer Animal Health/Rada, T-13/99, Zb. s. II-3305, bod 411, a z 9. septembra 2008, Bayer CropScience a i./Komisia, T-75/06, Zb. s. II-2081, bod 223 a citovaná judikatúra

Sťažovateľov z verejného obstarávania **len ak má dôkladne preukázané**, že Sťažovatelia nesplnili podmienku účasti. Nakoľko ÚVO vo vyhodnotení podmienok účasti po skutočne veľmi rozsiahlom a podrobnom dokazovaní zistil, že Sťažovatelia splnili podmienky účasti, je **v rozpore s princípom právnej istoty, aby Rada rozhodla o opätovnom dokazovaní podmienok účasti len na základe nepodloženého názoru iného neúspešného uchádzača.**

- (60) Okrem toho uzavretie skoršieho štádia verejného obstarávania je predpokladom pre nastúpenie ďalšieho štádia, preto podľa nášho názoru **nepodanie námietok ostatnými uchádzačmi voči vyhodnoteniu podmienok účasti, vzhľadom na ich prekluzívny charakter, vylučuje ich posudzovanie v štádiu nasledujúcom**, napr. v rámci námietok voči výsledku vyhodnotenia.³⁰ Pokiaľ ŽSR preverili splnenie podmienok účasti, v dôsledku čoho Sťažovateľov posunuli do ďalšieho štádia vyhodnocovania ponúk, Sťažovatelia mali legitímny dôvod domnievať sa, že splnenie podmienok účasti sú dostatočne preverené a už nie je o nich pochybnosť.
- (61) V súvislosti s princípom právnej istoty poukazujeme aj na charakter koncentračnej zásady. Podľa **názoru odvolacieho súdu v rozhodnutí 5Co/591/2015 už len tá skutočnosť, že lehoty na podanie námietok sú prekluzívne, nasvedčuje záveru, že pre nepodanie námietky sa limituje okruh otázok, ktoré môžu byť v nasledujúcich štádiách preskúmané.**
- (62) **Na základe vyššie uvedených skutočností sme toho názoru, že ŽSR ako aj ÚVO a Rada hrubo porušili v procese Verejnej súťaže DNV – štátna hranica právo Únie ako aj medzinárodnú Dohodu.**

4. MODERNIZÁCIA ŽELEZNIČNEJ TRATE ŽILINA – KOŠICE, ÚSEK TRATE LIPTOVSKÝ MIKULÁŠ – POPRAD TATRY (MIMO), 1.ETAPA (POPRAD - LUČIVNÁ)

- (63) Verejná súťaž PP - Lučivná bola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 30.06.2017 pod zn. 2017/S 123-248592 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 129/2017 zo dňa 03.07.2017, zn. 9284-MSP.
- (64) Predmetom zákazky je uskutočnenie stavebných prác na stavbe s názvom „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, úsek trate Liptovský Mikuláš – Poprad Tatry (mimo), 1.etapa“ (Poprad - Lučivná). Účelom stavby je modernizovať technickú infraštruktúru trate na predmetnom úseku, ktorý je súčasťou siete TEN-T a európskeho železničného koridoru Rhine-Danube. Predpokladaná hodnota zákazky je 95 502 992,71 EUR.
- (65) Zákazka 2015-SK-TM-0200-W bude financovaná z fondu Európskej únie v rámci Nástroja na prepájanie Európy,³¹ pričom predpokladané náklady na tento projekt sú Komisiou odhadované na 97 316 657,- EUR. Projekt by mal byť financovaný zo zdrojov Únie vo výške 77 619 766,- EUR.³²
- (66) Dňa 25. októbra 2017 predložila skupina dodávateľov „**Združenie TIAC**“ ponuku do Verejnej súťaže PP – Lučivná s cenou 90 899 563,04 EUR. Skupinu dodávateľov tvoria tieto spoločnosti:
- (i) Vedúci člen skupiny dodávateľov: TODINI,

³⁰ S výnimkou postupu podľa § 55 ods. 1 Zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa ale v tomto prípade neuplatňoval

³¹ Nariadenie o NPE

³² <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility/cef-transport/2015-sk-tm-0200-W>

- (ii) Člen skupiny dodávateľov: Integra,
- (iii) Člen skupiny dodávateľ: spoločnosť ALPINE SLOVAKIA, spol. s r.o., so sídlom Vlčie hrdlo 324/90, Bratislava- Ružinov 821 07, IČO: 34 112 103, zapísaná v obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel: Sro, vložka č.: 13112/B,
- (iv) Člen skupiny dodávateľov: spoločnosť CEDIS s.r.o., so sídlom Vajnorská 100/A, 831 04 Bratislava, IČO: 50 607 383, zapísaná v obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel: Sro, vložka č. 122240/B (ďalej len „CEDIS“).

4.1. Skutkový stav

4.1.1. Podmienka preukazovania technickej a odbornej spôsobilosti vlastnými kapacitami

- (67) Dňa 18. januára 2019 bolo Sťažovateľom (prostredníctvom vedúceho skupiny dodávateľov TODINI) doručené rozhodnutie ŽSR o vylúčení Združenia TIAC z dôvodu, že ako úspešný uchádzač podľa § 55 ods. 1 nepredložil doklady nahradené dokumentom JED, čím nesplnil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) Zákona o verejnom obstarávaní³³, nakoľko nebolo preukázané, že fyzická osoba, ktorou preukazuje splnenie požiadaviek na pozíciu kľúčového pracovníka Geodet stavby je jeho vlastnou kapacitou.
- (68) ŽSR vylúčenie opierať o to, že Združenie TIAC, zastúpené Sťažovateľmi, v dokumente JED neuviedlo, že podmienku preukázania kľúčového pracovníka Geodet stavby, bude preukazovať prostredníctvom iných osôb podľa § 34 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní³⁴. Z predložených dokladov vyplýva, že na pozíciu kľúčového pracovníka Geodet stavby budú využité vlastné kapacity niektorého z členov Združenia TIAC.
- (69) Následne Sťažovatelia predložili na preukázanie tejto podmienky Zmluvu o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy zo dňa 10. októbra 2017 uzatvorenú medzi členom skupiny CEDIS ako budúcim zamestnávateľom a Ing. Máriou Kožárovou ako budúcim zamestnancom, na základe ktorej sa zmluvné strany zaväzujú uzavrieť pracovnú zmluvu v súlade so Zákonníkom práce v prípade, že sa Združenie TIAC stane úspešným uchádzačom v predmetnej Verejnej súťaži PP – Lučivná.
- (70) Podľa ŽSR sa budúci zamestnanec uzatvorením zmluvy o budúcej pracovnej zmluve stáva vlastnou technickou a odbornou kapacitou Združenia TIAC až v budúcnosti, a to len za naplnenia predpokladu, že v budúcnosti uzavrie pracovnú zmluvu. Pre účely preukazovania splnenia podmienok účasti je rozhodujúci aktuálny stav technických a odborných kapacít Združenia TIAC, ktoré je schopné pre potreby plnenia predmetu zákazky využiť bezprostredne, nie technické a odborné kapacity, ktorými bude disponovať v budúcnosti. Preto podľa ŽSR je o budúcom zamestnancovi možné uvažovať v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti len ako o technických a odborných kapacitách inej osoby. ŽSR sa opierať aj o metodické usmernenie ÚVO č. 12336-5000/2018 zo dňa 12. novembra 2018.
- (71) S uvedeným názorom ŽSR sa nestotožňujeme, a to z viacerých dôvodov. Vyhodnocovanie podmienok účasti vo vzťahu k technickým a odborným kapacitám sa síce posudzuje k času, kedy sa vykonáva vyhodnocovanie, avšak k aktuálnemu času sa hodnotí len to, či uchádzač v aktuálnom čase predložil, teda preukázal, **že v budúcnosti, počas zhotovovania zákazky, bude mať požadované kapacity k dispozícii. Je absurdné od uchádzačov požadovať, aby mali k dispozícii predmetné kapacity v čase vyhodnocovania podmienok účasti.** Podľa nášho názoru je uchádzač povinný v čase vyhodnotenia iba preukázať, že vlastnú kapacitu

³³ Príloha XII časť II písm. b)

³⁴ Čl. 63 Smernice o verejnom obstarávaní

bude mať k dispozícii v čase realizácie zákazky, a to relevantným dokladom, napríklad pracovnou zmluvou s odkladacou podmienkou alebo aj zmluvou o budúcej zmluve, hoci nie je vylúčené, že uvedený odborník bude už aj súčasným zamestnancom uchádzača. Rovnaký princíp platí aj v prípade použitia kapacít iných osôb, keďže podľa čl. 63 Smernice o verejnom obstarávaní³⁵ je uchádzať povinný v čase vyhodnocovania podmienok iba preukázať, že v budúcnosti bude disponovať kapacitami iných osôb, a to relevantným dôkazom, napríklad zmluvou, ktorou sa iná osoba zaviazala, že poskytne uchádzačovi kapacity na realizáciu zákazky. **Ani tieto externé kapacity nemá uchádzať k dispozícii bezprostredne, tak ako to nelogicky požaduje ŽSR.**

- (72) **O záväznosti zmluvy o budúcej zmluve nemožno pochybovať**, nakoľko ide o zmluvu podľa § 50a Občianskeho zákonníka, záväzok uzatvorenia pracovnej zmluvy za podmienky úspešnosti uchádzača je priamo vymáhateľný, a to aj nahradením prejavu vôle jednej zmluvnej strany súdom, takže je zrejmé, že uvedená **zmluva poskytuje dostatočnú záruku jej záväznosti**, a toho, že v prípade úspešnosti sa Ing. Mária Kožárová stane zamestnancom spoločnosti CEDIS.
- (73) Ani v prípade využívania kapacít iných osôb právo neurčuje konkrétny zmluvný typ, ktorý môže uchádzač použiť. **Analogicky ani na preukázanie vlastných kapacít nie je možné požadovať len konkrétny zmluvný typ.** Podľa nášho názoru teda neexistuje dôvod, prečo by mali ŽSR vyžadovať od Združenia TIAC uzatvorenie len ním preferovaného zmluvného typu na preukázanie plnenia podmienky. ŽSR sa napríklad vôbec nezaoberali tým, že **podľa § 18 Zákonníka práce je zmluva uzatvorená, len čo sa strany dohodli na jej obsahu.** Nakoľko obe zmluvné strany, CEDIS aj Ing. Mária Kožárová, tvrdia, že je medzi nimi uzatvorený pracovnoprávny vzťah (nie pracovný pomer), tento mohol vzniknúť aj bez písomnej zmluvy, dohodou o podstatných náležitostiach zmluvy.
- (74) Nakoľko sa **právne úkony majú vykladať podľa ich obsahu a podľa vôle** osoby, ktorá úkon robí, a nakoľko obe zmluvné strany zmluvy o budúcej zmluve jasne prezentovali svoju vôľu, že uvedeným právnym úkonom mali v úmysle založiť pracovnoprávny vzťah, sú **ŽSR povinné vykladať predmetnú zmluvu podľa ich vôle.**
- (75) **Neakceptovanie zmluvy o budúcej pracovnej zmluvy považujeme za hrubo v rozpore s princípom právnej istoty.** Uvedený zmluvný typ sa v doterajšej praxi verejného obstarávania na Slovensku pravidelne používal a obstarávatelia ho akceptovali, **čím sa vytvorila obchodná zvyklosť ako legálny prameň práva podľa § 1 Obchodného zákonníka.** Aj keď usmernenie ÚVO, na ktoré sa odvolávajú ŽSR hovorí opak, nie je možné v tomto prípade jeho použitie, nakoľko by išlo o retroaktívne použitie vzhľadom na to, že ponuka bola predložená v októbri 2017, čo je viac ako rok pred vydaním predmetného metodického usmernenia ÚVO, pričom samotné usmernenie nie je právne záväzné a bolo vydané pre konkrétne verejné obstarávanie a konkrétneho obstarávateľa za úplne iných podmienok.
- (76) Široké používanie zmluvy o budúcej pracovnej zmluve je možné preukázať napríklad aj jej akceptovaním vo verejnom obstarávaní Národnej diaľničnej spoločnosti na predmet obstarávania „Diaľnica D1 Turany – Hubová, Monitoring veľkých šeliem“³⁶. V tomto prípade **úspešný uchádzač, Národné lesnícke centrum, Zvolen, ktorým je dokonca štátna organizácia, mal uzatvorenú s budúcim zamestnancom pre prípad toho, že sa stane úspešným uchádzačom v danom verejnom obstarávaní, Zmluvu o uzavretí budúcej dohody o pracovnej činnosti**³⁷.

³⁵ § 34 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní

³⁶ <https://crdvo.uvo.gov.sk/index.php?ID=98972>

³⁷ <http://www.crz.gov.sk/index.php?ID=876460&l=sk>

Podľa zápisnice o posúdení splnenia podmienok účasti tento uchádzač nebol vylúčený a dokonca sa stal aj víťazom v danom verejnom obstarávaní. Konanie ŽSR voči Sťažovateľom, keď došlo k vylúčeniu z verejného obstarávania pre neakceptovanie zmluvy o budúcej pracovnej zmluvy, považujeme za **hrubo diskriminačné. Na jednej strane zmluvu o budúcej pracovnej zmluve štátnej organizácie obstarávateľ ŽSR akceptuje, na druhej strane ŽSR účelovo rovnaký zmluvný typ u súkromného subjektu neakceptuje a dokonca uchádzača pre túto podmienku vylúči.**

- (77) Okrem toho v konaní ŽSR je badať **prílišný formalizmus**, namiesto toho, aby posudzovali a vykladali predložené dôkazy podľa ich obsahu a v súlade so zásadami verejného obstarávania. Ak boli ŽSR toho názoru, že osoba Ing. Mária Kožárová nespĺňa podmienky, a je potrebné ju vylúčiť, mali v súlade s § 40 Zákona o verejnom obstarávaní vyzvať Združenie TIAC, aby nahradilo osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje technickú a odbornú spôsobilosť. Tento podstatný krok však ŽSR neurobili, čím došlo jednoznačne a **zjavne k porušeniu § 40 Zákona o verejnom obstarávaní. Toto protiprávne konanie ŽSR malo vážny a podstatný vplyv na celý priebeh verejného obstarávania, nakoľko došlo k vylúčeniu Sťažovateľov – Združenia TIAC, a tým oslabeniu súťaže**, pričom práve Združenie TIAC bolo vyhodnotené ako úspešný uchádzač s najnižšou cenou.
- (78) **Uvedené konanie ŽSR preto považujeme za nezákonné, v rozpore so Zákomom o verejnom obstarávaní ako aj Smernicou o verejnom obstarávaní.**

4.2. Právne posúdenie

- (79) Rovnako ako protiprávne konanie ŽSR vo Verejnej súťaži DNV – štátna hranica **porušuje základné princípy verejného obstarávania**, aj v tomto prípade **ŽSR konajú obdobne protiprávne.**
- (80) **ŽSR najmä porušuje voči Združeniu TIAC zásadu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie.** V nadväznosti na postup ŽSR pri vyhodnocovaní podmienok účasti Združenia TIAC, kde člen Integra je z tretej krajiny – Kazašská republika, sa nazdávame, že ŽSR nedodržiavajú princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov v rámci tejto verejnej súťaže. Sťažovatelia nemajú vedomosť o tom, že by ŽSR pristupovali rovnako aj voči iným uchádzačom, ktorí sú slovenskými hospodárskymi subjektami, resp. subjektami z Únie, keďže spochybňovaná zmluva o budúcej pracovnej zmluve sa bežne a vo veľkom rozsahu používa v rámci preukazovania podmienok aj v iných verejných obstarávaníach na Slovensku. Na základe vyššie uvedeného sa nazdávame, že **Združenie TIAC bolo znevýhodnené oproti iným hospodárskym subjektom v rovnakom postavení na báze štátnej príslušnosti.** Uvedené podozrenie Sťažovateľa nadobudli z viacerých verejne prístupných zdrojov, kde sa uvádza, že **ŽSR nechcú kazašskú firmu na realizáciu diela.**³⁸ Je však potrebné podotknúť, že práve iní uchádzači, ktorí sa do tejto verejnej súťaže zapojili, by mohli vzbudzovať u ŽSR podozrenie o ich spoľahlivosti (viď vyššie).
- (81) Uvedené konanie ŽSR považujeme aj za **závažné porušenie Dohody**, a to zásady nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Táto **diskriminácia na základe príslušnosti k tretej krajine je závažným porušením nielen zásad verejného obstarávania, ale aj európskeho práva a zásad medzinárodného práva**, nakoľko ide o medzinárodnú Dohodu medzi Úniou a jej členskými štátmi a Kazašskou republikou ako treťou krajinou.

³⁸ <https://www.etrend.sk/ekonomika/p-v-tendri-zsr-su-opat-najlacnejši-kazachovia-ale-zeleznice-ich-nehcu.html>
<https://www.etrend.sk/trend-archiv/rok-2018/cislo-39/kazasski-dravci-kruzia-nad-slovenskom.html>

- (82) Podľa nášho názoru konaním ŽSR bola porušená aj **zásada transparentnosti**, nakoľko postup ŽSR vzbudzuje dôvodné **pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa**. Účelom zásady transparentnosti je predchádzať riziku akéhokoľvek zvýhodňovania alebo svojvôle na strane verejného obstarávateľa a vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal priehľadným a predvídateľným spôsobom, čo korešponduje s ústavným **princípom právnej istoty**, vytvára efektívnu spoluprácu medzi uchádzačmi, ktorá by mala viesť k účelnému vynakladaniu verejných prostriedkov, a tým k udržaniu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania. **ŽSR vo svojom konaní konal nepredvídateľne, keď neakceptoval obchodnú zvyklosť používania zmlúv o budúcich pracovných zmluvách.**
- (83) Zároveň **nezákonné konanie ŽSR znamenalo aj porušenie zásady proporcionality**, nakoľko vylúčenie Združenia TIAC je najtvrdší a najzásadnejší zásah proti uchádzačovi, kedy sa nielen jemu vezme možnosť účasti na hospodárskej súťaži ale zúži sa rozsah súťažiacich vôbec, čo môže mať na férovú súťaž nežiadúce dôsledky. Primeraným, a právnymi predpismi predpokladaným konaním, mal byť v danom prípade postup, kedy by ŽSR vyzvali Združenie TIAC na nahradenie nevhodnej osoby inou osobou, ktorá by spĺňala podmienky účasti. Toto opatrenie však ŽSR nevykonali a **došlo priamo k neproporcionálnemu opatreniu, a to vylúčeniu.**
- (84) **Na základe vyššie uvedených skutočností sme toho názoru, že ŽSR závažným spôsobom porušili v procese Verejnej súťaže PP – Lučivná právo Únie ako aj medzinárodnú Dohodu.**

4.3. Certifikáty C4

- (85) Na tomto mieste by sme radi poukázali ešte na jednu **nezákonnú požiadavku ŽSR**, a to požiadavku podľa bodu 28.3.6 a 28.3.7 Súťažných podkladov na **predloženie certifikátov na integračný bezpečnostný systém C4.**
- (86) Nakoľko ide o verejnú zákazku financovanú z rozpočtu Únie, je možné od uchádzačov požadovať len medzinárodne uznávané certifikáty, resp. ich ekvivalenty alebo certifikáty založené na právnej úprave európskeho práva, a ak také nie je, vnútroštátnej právnej norme.
- (87) Podľa vyjadrenia Úradu pre normalizáciu, metrológiu a skúšobníctvo SR integrovaný bezpečnostný systém C4 nie je certifikovaným systémom v zmysle zákona č. 56/2018 o posudzovaní zhody výrobku, sprístupňovaní určeného výrobku na trhu a o zmene a doplnení niektorých zákonov, a nemá ani vedomosť o tom, akým spôsobom a na základe čoho by boli posudzované výrobky vyhodnotené ako kompatibilné s týmto systémom C4. Rovnako ani neidentifikoval žiadnu technickú normu, ktorej predmet by zodpovedal uvedenému systému C4. Nakoľko posudzovanie zhody so systémom C4 nespadá pod vecnú pôsobnosť uvedeného zákona, neexistujú na Slovensku autorizované a notifikované osoby, ktoré by v súlade s uvedeným zákonom vykonávali nezávislé posudzovanie zhody pre tento systém.
- (88) Uvedený integrovaný bezpečnostný systém C4 je softvérovou platformou na zaintegrovanie bezpečnostných systémov (poplachového, kamerového a pod.). Ide o platformu súkromnej spoločnosti Gamanet, a.s. Certifikát na tento systém C4 teda vydáva len samotná spoločnosť Gamanet, a.s., čím dochádza k jednoznačnému zúženiu hospodárskej súťaže a porušeniu princípov verejného obstarávania.
- (89) **Požiadavku na predloženie certifikátu pre tento systém preto považujeme za nezákonnú, podstatne zužujúcu hospodársku súťaž.** Táto podmienka je dokonca stanovená len ako súčinnosť úspešného uchádzača a nie ako podmienka účasti, aj keď by sa týmto certifikátom malo preukázať oprávnenie úspešného uchádzača na inštaláciu a zavedenie bezpečnostných systémov nevyhnutných pre kritickú infraštruktúru. Ak by bol tento certifikát podmienkou pre ich

inštaláciu, bez ktorého nie je možné predmet zákazky vykonať, mala by byť táto podmienka určená už ako podmienka účasti a nielen ako súčinnosť. V prípade, že tento certifikát úspešný uchádzač nepredloží, ŽSR s ním neuzavrie zmluvu.

- (90) Je tiež zaujímavé, že ŽSR nepožadujú tento certifikát C4 na všetky zákazky, kde sa majú inštalovať bezpečnostné systémy a na všetkých úsekoch železničných tratí, ktoré by mali mať rovnaký technický štandard. Napríklad vo verejných obstarávaníach týkajúcich sa železničných tratí „Nové Mesto nad Váhom – Púchov, žkm 100,500 – 159,100 pre traťovú rýchlosť do 160km/hod – III. etapa (úsek Zlatovce – Trenčianska Teplá)” a “Nové Mesto nad Váhom – Púchov, žkm 100,500 – 159,100 pre traťovú rýchlosť do 160km/hod – VI. Etapa (úsek Beluša – Púchov)”, nebolo potrebné predložiť certifikát C4 a vo verejnom obstarávaní týkajúcom sa železničnej trate DNV - štátna hranica a PP - Lučivná bolo potrebné predložiť certifikát C4, hoci majú spĺňať rovnaký technický štandard. Vo všetkých verejných obstarávaníach, kde sa doteraz požadovalo predloženie certifikátov C4, ich úspešným uchádzačom vydala tieto certifikáty len spoločnosť Gamanet, a.s.
- (91) Preto podľa nášho názoru je **požiadavka na predloženie certifikátov C4 účelová a jej jediným cieľom je obmedzenie hospodárskej súťaže**. Aj samotná spoločnosť Gamanet, a.s. o sebe tvrdí, že je jediným dodávateľom systému C4, ktorý je používaný na veľkých líniových stavbách a považuje sa na Slovensku za monopolného dodávateľa systému, a teda aj certifikátu na jeho inštaláciu, ktorého nie je možné podľa jeho tvrdenia vo verejných obstarávaníach obísť.
- (92) Uvedená požiadavka teda vyvoláva **vážne pochybnosti o transparentnosti** ako Verejnej súťaže DNV – št. hranica, tak aj Verejnej súťaže PP – Lučivná, pri ktorých bol tento „záhadný“ certifikát požadovaný, nakoľko vôbec nie je jasné, na čo má tento certifikát slúžiť.
- (93) **Na základe uvedeného máme za to, že postup ŽSR v rámci Verejnej súťaže DNV – štátna hranica ako aj Verejnej súťaže PP – Lučivná na realizáciu železničných tratí v rámci európskeho projektu TEN – T, ktoré budú financované z európskych zdrojov nástroja NEP, vykazujú znaky vážneho porušenia práva Únie.**

5. ZÁVER

- (94) Popísané **konanie ŽSR a ÚVO považujú Sťažovatelia za závažné porušenie práva Únie v oblasti verejného obstarávania**. Nakoľko modernizácia železničných tratí tvorí významnú súčasť európskej politiky dopravy a mobility a je spolufinancovaná z väčšej časti z európskych zdrojov, je nevyhnutné, aby aj verejné obstarávania na výber zhotoviteľa týchto zákazok, boli monitorované európskymi inštitúciami, a aby sa sledovala ochrana finančných záujmov Únie. V prípade, že by predmetné zákazky **neboli zrealizované včas, pričom konečný termín je určený v oboch prípadoch na december 2020, alebo by bol postup v rozpore s pravidlami verejného obstarávania, je možné podporu odňať alebo krátiť**.³⁹
- (95) Celé **konanie ŽSR voči Sťažovateľom sa javí ako účelové, v ich neprospech**. Zo všetkých verejných obstarávaní, do ktorých sa Sťažovatelia prihlásili, sa **ŽSR snažia Sťažovateľov**

³⁹ Nariadenie o NEP, Usmernenia na určenie úprav financovania, ktoré sa majú uplatniť na výdavky spolufinancované zo štrukturálnych fondov alebo kohézneho fondu v prípade nesúlady s pravidlami verejného obstarávania (konečná verzia z 27.11.2007, COCOF 07/0037/02-SK)

- vylúčiť**, a to aj za cenu porušovania právnych predpisov, postupujú diskriminačne a v rozpore s ďalšími zásadami verejného obstarávania.
- (96) Uvedené účelové zaobchádzanie ŽSR voči Sťažovateľom je zrejmé aj vo Verejnej súťaži DNV – štátna hranica, keď žiadali opakovane a dookola predkladanie ďalších a ďalších dôkazov na to, aby vedeli Sťažovateľom dokázať, že nespĺňajú podmienky účasti. Tomuto procesu vysvetľovania venovali ŽSR presne rok, vysvetľovanie a predkladanie dokladov trvalo od apríla 2017 do apríla 2018. V prípade Verejnej súťaže PP – Lučivná ŽSR naopak konali „promptne“, a ani nie 3 mesiace od zaslania žiadosti o vysvetlenie vylúčili Združenie TIAC z verejného obstarávania. Je nanajvýš otázne, prečo ŽSR aj v tomto prípade nepožiadali Sťažovateľov o ďalšie vysvetlenie, najmä keď je zrejmé, že sa niektorými otázkami ani nezaoberali, a dokonca došlo k takému „expresnému“ vylúčeniu, že nestihli ani vyzvať Sťažovateľov na výmenu osoby podľa § 40 Zákona o verejnom obstarávaní. **Takéto konanie ŽSR sa javí ako účelové, s cieľom čo najskôr vylúčiť Sťažovateľov z verejného obstarávania.**
- (97) Svoj postup opierajú ŽSR o neodôvodnené a nepodložené obavy o spoľahlivosť Sťažovateľa, pričom tento žiadnym svojím konaním na takýto postoj ŽSR nedal dôvod. Práve naopak, trpezlivo a dokonca nad rámec požiadaviek ŽSR, predkladal ŽSR požadované vysvetlenia, potvrdenia, aj keď ich bolo potrebné získať od najvyšších štátnych orgánov Kazachstanu, len aby splnil aj neoprávnené požiadavky ŽSR.
- (98) Práve naopak, preukázateľné porušenia právnych predpisov inými uchádzačmi neviedlo ŽSR k tomu, aby o ich spoľahlivosti pochybovali, čo by mohlo viesť k ich vylúčeniu⁴⁰. Týchto uchádzačov ŽSR považujú za spoľahlivých, spĺňajúcich všetky podmienky účasti.
- (99) **Postup ŽSR a ÚVO pri zadávaní zákaziek voči Sťažovateľovi preto považujeme za porušenie Dohody, v rozpore s európskym aj medzinárodným právom a za diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti.**
- (100) Toto protiprávne konanie ŽSR a ÚVO je **v rozpore s férovou hospodárskou súťažou**, pričom nerovnakým zaobchádzaním dochádza k zvýhodňovaniu uchádzačov, ktorí v súťaži ostali a k znevýhodneniu Sťažovateľov, a to s najväčšou pravdepodobnosťou aj **na škodu finančných záujmov Únie.**
- (101) Na záver považujeme za potrebné pripomenúť, že **nejde o prvý prípad, kedy ŽSR a ÚVO mali problém s dodržiavaním práva Únie pri verejnom obstarávaní.** V rámci tendra na modernizáciu železničnej trate Zlatovce – Trenčianska Teplá bola Slovenská republika upozornená na závažné porušenia práva Únie a bola vyzvaná na vykonanie nápravy.⁴¹

⁴⁰ <https://www.etrend.sk/ekonomika/p-v-tendri-zsr-su-opat-najlacnejši-kazachovia-ale-zeleznice-ich-nechcu.html>
<https://www.etrend.sk/trend-archiv/rok-2018/cislo-39/kazasski-dravci-kruzia-nad-slovenskom.html>

⁴¹ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_sk.htm

V mene advokátskej kancelárie SEMANČÍN & PARTNERS s.r.o.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'J' followed by a series of loops and a horizontal stroke.

Mgr. Jozef Semančín, LL.M.
partner a konateľ

M: +421 910 909 919

E: jsemancin@semancin.sk

NA VEDOMIE:

Úrad vlády Slovenskej republiky

Ing. Peter Pellegrini
Predseda vlády
Námestie slobody 1
813 70 Bratislava

Ministerstvo dopravy a výstavby Slovenskej republiky

PaedDr. Arpád Érsek
Minister dopravy
Námestie slobody č. 6
P.O.BOX 100, 810 05 Bratislava

Železnice Slovenskej republiky, Bratislava

Ing. Juraj Tkáč
Generálny riaditeľ
Klemensova 8
813 61 Bratislava - Staré Mesto

Úrad vlády Slovenskej republiky

Odbor Centrálny kontaktný útvar pre OLAF

Sekcia kontroly
Nám. slobody 1
813 70 Bratislava