

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača XY (ďalej aj len „navrhovateľ“) smerujúcich proti vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania na predmet nadlimitnej zákazky „Dodávka elektrickej energie pre mesto Galanta“, vyhlásenom verejným obstarávateľom **Mesto Galanta**, Mierové námestie 940/1, 924 01 Galanta (ďalej aj len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie 23. 2. 2016 pod značkou 2016/S 037-059882 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2016 z 22. 2. 2016 pod značkou 4097 – MST, vydáva toto

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

Úrad podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi Mesto Galanta, Mierové námestie 940/1, 924 01 Galanta vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky „Dodávka elektrickej energie pre mesto Galanta“ vyhlásenom v Úradnom vestníku Európskej únie 23. 2. 2016 pod značkou 2016/S 037-059882 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2016 z 22. 2. 2016 pod značkou 4097 – MST **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení častí ponúk označených ako „Ostatné“ v predmetnej verejnej súťaži v časti týkajúcej sa navrhovateľa, zrušiť zápisnicu z otvárania ponúk časť „Ostatné“ zo 6. 4. 2016 v časti týkajúcej sa navrhovateľa, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže a zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a **pokračovať vo verejnom obstarávaní** opätovným vykonaním toho úkonu kontrolovaného, ktorý bol postihnutý rozporom s týmto zákonom, a teda znova pristúpiť k otváraní časti ponuky navrhovateľa označenej ako „Ostatné“, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) uvádza, že 18. 4. 2016 nadobudol účinnosť zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Podľa § 187 ods. 4 predmetného zákona v konaní, ktoré začne úrad po 17. 4. 2016 a vzťahuje sa na verejné obstarávanie podľa § 187 ods. 1 predmetného zákona, sa postupuje podľa predpisov účinných do 17. 4. 2016. Podľa § 187 ods. 1 predmetného zákona postup zadávania zákazky, pri ktorom bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania odoslané na uverejnenie do 17. 4. 2016, sa dokončí podľa predpisov účinných do 17. 4. 2016. Vzhľadom na skutočnosť, že konanie o námietkach začalo 9. 5. 2016 (bod 9 tohto rozhodnutia), avšak oznámenie o vyhlásení predmetného verejného obstarávania bolo odoslané na uverejnenie do Úradného vestníka Európskej únie 18. 2. 2016, t. j. pred 17. 4. 2016, úrad uvádza, že na predmetné konanie o námietkach sa aplikuje právny predpis účinný do 17. 4. 2016, t. j. zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

2. Navrhovateľ listom z 5. 5. 2016, doručeným úradu osobne 6. 5. 2016, podal námietky v listinnej podobe smerujúce podľa § 138 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu uchádzača z predmetného verejného obstarávania.

Námietky navrhovateľa

3. Navrhovateľ vo svojich námietkach uvádza znenie § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pričom dodáva, že 1. 4. 2016 doručil kontrolovanému svoju ponuku v rozsahu a obsahu požadovanom v poskytnutých súťažných podkladoch. Navrhovateľ poznamenáva, že jeho ponuka bola predložená prostredníctvom portálu elektronického verejného obstarávania (ďalej aj len „EVO“) vo formátoch kódovania a šifrovania podľa ustanovení súťažných podkladov.
4. Navrhovateľ uvádza, že mu kontrolovaný 28. 4. 2016 doručil prostredníctvom portálu EVO oznámenie o vylúčení z predmetného verejného obstarávania. Navrhovateľ konštatuje, že ho kontrolovaný vylúčil z predmetného verejného obstarávania podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pričom ako dôvod vylúčenia uviedol, že ponuka síce bola predložená v termíne, elektronicky cez portál EVO, zašifrovaná, avšak **elektronicky ani inak nebolo predložené heslo**, ktorým by bolo možné dokumenty ponuky odšifrovať a sprístupniť na vyhodnocovanie. Navrhovateľ konštatuje, že dôvod vylúčenia sa nezakladá na skutočnom stave vecí, nakoľko obsah jeho ponuky bolo možné sprístupniť, pretože **heslo na odšifrovanie ponuky zaslal** spolu s ponukou už 1. 4. 2016, a to **online cez portál EVO** ako poznámku k sprievodnému listu. Navrhovateľ zdôrazňuje, že heslo na odšifrovanie ponuky bolo kontrolovanému preukázateľne doručené 1. 4. 2016, a to elektronicky ako poznámka k sprievodnému listu k ponuke. Navrhovateľ dodáva, že nie je pravdou tvrdenie kontrolovaného, že heslo elektronicky ani inak nepredložil.
5. Navrhovateľ ďalej uvádza, že postup kontrolovaného spočívajúci v automatickom vylúčení z verejného obstarávania v situácii, keď evidentne nenašiel poskytnuté heslo na odšifrovanie ponuky, nebol v súlade s ustanoveniami a princípmi zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ považuje svoje vylúčenie za neprimerané, pretože kontrolovaný pristúpil k tomuto kroku bez pokusu o odstránenie prekážky brániacej vyhodnoteniu jeho ponuky, t. j. bez zaslania žiadosti o vysvetlenie ponuky podľa § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ je toho názoru, že na základe odpovede k tejto žiadosti o vysvetlenie ponuky, by bol kontrolovaný zistil akým spôsobom bolo heslo na odšifrovanie ponuky zaslané a mohol ponuku otvoriť a vyhodnotiť, pričom by takýmto postupom nedošlo ani k dodatočnému dopĺňaniu ponuky, ani k jej dodatočnej zmene. Navrhovateľ dodáva, že kontrolovaný použil formalistický prístup porušujúci princíp transparentnosti a primeranosti.
6. Na záver navrhovateľ cituje zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník a uvádza, že oznámenie o vylúčení nie je z hľadiska právnej náuky platným právnym úkonom, nakoľko nie je podpísané a dodáva, že Ing. AA nepreukázal svoje oprávnenie konať v tejto veci v mene kontrolovaného alebo v mene jeho zástupcu, a teda v mene spoločnosti Inštitút poradenstva a obstarávania KLIENT, s.r.o..
7. Navrhovateľ na podporu svojich tvrdení uvedených v námietkach pripája ako prílohy print-screen zo systému EVO, na ktorom je viditeľné heslo poskytnuté v rámci sprievodného listu a ďalší print-screen zo systému EVO, ktorý znázorňuje stav nahrávania a bližšie informácie o sprievodnom liste spolu s uvedeným heslom na odšifrovanie ponuky.

8. Na základe vyššie uvedených skutočností navrhovateľ v petite námietok žiada, aby úrad nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie o vylúčení a pokračovať vo verejnom obstarávaní otvorením a vyhodnotením jeho ponuky.

Začiatok konania o námietkach

9. Úrad konštatuje, že kontrolovaný 28. 4. 2016 doručil úradu informáciu podľa § 136 ods. 9 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že konanie o námietkach navrhovateľa začalo v súlade s § 138 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní 9. 5. 2016.
10. V súlade s § 138 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní úrad bezodkladne po začatí konania o námietkach listom č. 8916-6000/2016-ON/92-V z 13. 5. 2016 vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnej dokumentácie v origináli. Kontrolovaný 20. 5. 2016 doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu, ktorá však nebola kompletná.
11. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 138 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 8916-6000/2016-ON/92-P z 31. 5. 2016 prerušil konanie o námietkach navrhovateľa a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 7. 6. 2016, doručil kontrolovaný úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

12. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k podaným námietkam uvádza, že si nie je vedomý pochybenia vo svojom rozhodnutí, nakoľko v žiadnom z predložených dokumentov navrhovateľa prijatých a otvorených v portáli EVO **nie je viditeľné heslo, ktorým by bolo možné odšifrovať predloženú ponuku** a tým sprístupniť jej obsah na vyhodnotenie, a preto postupoval podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
13. Kontrolovaný ďalej uvádza, že sa nestotožňuje s tvrdením navrhovateľa, že nedôsledne skúmal predloženú ponuku a automaticky ho vylúčil z predmetného verejného obstarávania. Kontrolovaný si uvedomuje, že k vylúčeniu uchádzača z procesu verejného obstarávania by mal verejný obstarávateľ prikročiť až po dôkladnom posúdení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností. Kontrolovaný uvádza, že uplatnenie inštitútu vysvetľovania podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní na účel získania informácie, akým spôsobom bolo zaslané heslo na odšifrovanie navrhovateľom predloženej ponuky, by v danom prípade bolo bezpredmetné. Kontrolovaný je toho názoru, že by nebolo možné odstrániť pochybnosti o jeho predložení a prípadné uvedenie nového dokumentu sprievodného listu s uvedením hesla v poznámke by viedlo k dodatočnému dopĺňaniu ponuky a k jej dodatočnej zmene a tým porušeniu zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný dodáva, že aplikoval jednotlivé ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní týkajúce sa elektronickej komunikácie v procese verejného obstarávania s potrebou vnímania vzájomných súvislostí nevyhnutných pre zabezpečenie všetkých procesných krokov verejného obstarávateľa pri dodržaní princípov

verejného obstarávania. Kontrolovaný na podporu svojich tvrdení uvedených vo vyjadrení k podaným námietkam pripája ako prílohy nasledovné dokumenty: všetky heslá prijaté systémom EVO, všetky dokumenty predložené navrhovateľom a sprievodné listy a ich stav nahrávania s údajmi o serverovom čase.

14. Kontrolovaný vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti žiada, aby úrad námietky navrhovateľa podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zamietol.

Skutkový stav

15. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil, že kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie podľa § 50 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Dodávka elektrickej energie pre mesto Galanta“ v Úradnom vestníku Európskej únie 23. 2. 2016 pod značkou 2016/S 037-059882 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2016 z 22. 2. 2016 pod značkou 4097 – MST. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 587 605,32 eur ide o nadlimitnú zákazku na dodanie tovaru. Predmetné verejné obstarávanie sa realizuje ako elektronické prostredníctvom portálu EVO. Súťažné podklady boli poskytnuté 7 záujemcom, pričom v lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 6. 4. 2016 do 10:00 hod., predložili ponuku v elektronickej podobe prostredníctvom portálu EVO 5 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 6. 4. 2016 o 13:00 hod.. Kontrolovaný 28. 4. 2016 prostredníctvom portálu EVO doručil navrhovateľovi oznámenie o vylúčení jeho ponuky z predmetného verejného obstarávania. Navrhovateľ v reakcii na vylúčenie doručil 6. 5. 2016 úradu, ako aj kontrolovanému písomné námietky smerujúce proti jeho vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania.
16. V bode VI.3) „Doplňujúce informácie“ písm. d) oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania kontrolovaný okrem iného uvádza nasledovné, cit.: **„Súťaž sa realizuje ako elektronická cez portál EVO na www.evo.gov.sk a až do identifikácie potenciálneho úspešného uchádzača alebo uchádzačov sa všetky doklady a dokumenty predkladajú výlučne v elektronickej forme cez systém EVO (...).“**
17. V časti II „Dorozumievanie a vysvetľovanie“ bod 10. súťažných podkladov kontrolovaný okrem iného uviedol nasledovné, cit.: **„Dorozumievanie medzi zadávateľom a uchádzačmi sa bude realizovať prostredníctvom portálu EVO a ak by to nebolo možné, o čom bude zadávateľ uchádzačov informovať, tak listinne, popřípade e-mailom, ak tak v konkrétnom prípade bude požadovať zadávateľ. (...)“**
18. V časti II. „Príprava ponuky“ bod 13.1 súťažných podkladov kontrolovaný okrem iného uvádza nasledovné, cit.: „Všetky doklady a dokumenty ponuky sa vyhotovujú elektronicky a posielajú cez systém EVO.“
19. V časti IV. „Predkladanie ponuky“ bod 20.1 súťažných podkladov kontrolovaný okrem iného uvádza nasledovné, cit.: „Uchádzač môže predložiť iba jednu ponuku a aj to iba v elektronickej forme prostredníctvom systému EVO.“
20. V časti IV. „Predkladanie ponuky“ bod 20.2 súťažných podkladov kontrolovaný uvádza nasledovné, cit.: **„Pre prácu so systémom EVO a predkladanie dokladov preukazujúcich**

splnenie podmienok účasti a ponúk **sú záväzné a určujúce aktuálne platné pokyny a príručky voľne dostupné na portáli EVO (www.evo.gov.sk)** v časti „Príručky/Príručky a odporúčania pre systém EVO“, ktoré je potrebné poznať. Ďalej vid' tiež usmernenia v dokumente „Všeobecné pokyny pre záujemcov/uchádzačov“, ktoré sa nachádzajú ako samostatný dokument v časti súťažné podklady v systéme EVO vo virtuálnom priestore zákazky.“.

21. V bode 1 písm. b) všeobecných pokynov pre záujemcov/uchádzačov kontrolovaný okrem iného uvádza nasledovné, cit.: „**Vysvetľovanie, vylučovanie, ako aj ostatná komunikácia zo strany zadávateľa sa realizujú spravidla prostredníctvom systému EVO, listinne spravidla iba vtedy, ak by systém EVO potrebnú komunikáciu neumožňoval. (...).**“.
22. V bode 5 všeobecných pokynov pre záujemcov/uchádzačov kontrolovaný okrem iného uvádza nasledovné, cit.: „Všetky vyššie uvedené cez systém EVO predkladané súbory sa pre účely šifrovania šifrujú nástrojom EVO qCrypt. **Odporúčaná možnosť oznámenia hesla** na odšifrovanie je nasledovná: uchádzač zašle heslo na odšifrovanie online cez systém EVO. Z hľadiska procesnej jednoznačnosti, efektívnosti a istoty uchádzača sa neodporúča, aby uchádzač zaslal heslo na odšifrovanie iným spôsobom ako online cez systém EVO, ak je táto možnosť v systéme funkčná, v opačnom prípade na kontaktný email verejného obstarávateľa uvedený vo vyhlásení verejného obstarávateľa do lehoty na otváranie ponúk alebo je možné **heslo napísať tiež do poznámky v sprievodnom liste zaslanom cez systém EVO.**“.
23. V závere všeobecných pokynov pre záujemcov/uchádzačov kontrolovaný v časti „**Upozornenie**“ uviedol nasledovné, cit.: „**Pre prácu so systémom EVO sú záväzné a určujúce aktuálne platné metodické pokyny a príručky, voľne dostupné na portáli EVO (www.evo.gov.sk)** v časti „Príručky/Príručky a odporúčania pre systém EVO“, ktoré je potrebné poznať.“.
24. V časti 3 „Spoločné moduly“ bod 3.4 „Vytvorenie sprievodného listu ponuky s elektronickým podpisom“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre záujemca/uchádzača je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Po odoslaní súborov tvoriacich obsahovú stránku ponuky uchádzač ukončí predkladanie ponuky vytvorením a odoslaním sprievodného listu. Preto je nutné (...) vytvoriť a odoslať sprievodný list v rámci položky menu *Dokončiť ponuku* kliknutím na tlačidlo *Vytvoriť sprievodný list* (...).“ Predmetné inštrukcie ilustruje obrázok, kde okrem funkcionality *Vytvoriť sprievodný list* sú uvedené detaily o dokumente. V rámci týchto detailov sú obsiahnuté nasledovné položky, cit.: „Spoločnosť: (...), Meno používateľa: (...), Typ dokumentu: Cover Letter, Poznámky (...).“ Pri položke *Poznámky* sa nachádza kolónka, resp. priestor na uvedenie informácií zo strany uchádzača. V príručke je ďalej uvedené, cit.: „Samostatný dokument Sprievodný list (Cover Letter) obsahuje zoznam všetkých dokumentov predložených prostredníctvom systému EVO spolu s údajmi o dátume odoslania, účele, veľkosti súboru a s vypočítanou kontrolnou sumou. (...). V dolnej časti sprievodného listu je priestor na poznámky a elektronický podpis. (...).“.
25. V časti 3 „Spoločné moduly“ bod 3.9 „Logovanie používateľských aktivít v systéme EVO“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa /obstarávateľa je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „**Priebeh zadávania zákazky ako aj jednotlivé aktivity používateľov - verejného obstarávateľa/obstarávateľa ako aj záujemcov/uchádzačov – sú priebežne zapisované do auditného záznamu zákazky.** Súbor obsahujúci zoznam používateľských aktivít, tzv. auditný záznam sa nachádza v internom

systéme EVO. Konzultant môže tento súbor poskytnúť kontrole **na účel** vykonania kontroly a uplatnenia revízných postupov. Auditný záznam môže použiť konzultant aj lokálny administrátor kedykoľvek počas zadávania zákazky alebo aj po skončení pre kontrolu vykonaných krokov.(...).

26. V bode 1.3 „Výklad pojmov“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Verejný obstarávateľ/obstarávateľ vystupuje v systéme EVO pod nasledovnými používateľskými profilmi: 1. Lokálny administrátor – je organizáciou poverený zamestnanec, ktorý je oprávnený zriaďovať a odoberať prístupy členom komisie, kontrolným orgánom a súdom, schvaľovať žiadosti o registráciu záujemcov/uchádzačov do zákaziek realizovaných konzultantmi danej organizácie, spravovať všetky archivované zákazky organizácie v systéme EVO a pristupovať k archivovaným eAukciám. 2. Konzultant – je organizáciou poverená osoba, ktorá je oprávnená zadávať zákazky v systéme EVO, schvaľovať žiadosti o registráciu záujemcov/ uchádzačov len do ním zadávanej zákazky, spravovať archivované zákazky a archivované eAukcie len ním vytvorené, zrušiť ním zadávanú zákazku.“.
27. Z dokumentu označeného ako „Všetky prijaté dokumenty“ týkajúceho sa navrhovateľa vyplýva, že **navrhovateľ predložil svoju ponuku spolu so sprievodným listom elektronicky 1. 4. 2016 o 14:03:05 hod. prostredníctvom portálu EVO.**
28. V auditnom zázname 09.01 Dodávka elektrickej energie pre mesto Galanta, konkrétne **v auditnom logu tykajúcom sa položky č. 8, t. j. predloženia sprievodného listu** v rámci navrhovateľovej ponuky **sa nachádzajú** okrem iného nasledovné informácie, cit.: „Názov aktivity: dokončiť ponuku; IP adresa: 212.81.16.38; Hláška: sprievodný list bol predložený.“. Súčasťou predmetného auditného logu je taktiež kolónka označená ako „Atribúty“, ktorá okrem iného obsahuje nasledovné informácie, cit.: „Company = XY, Server_time = 1. 4. 2016 14:03:05, Remarks = **heslo na odšifrovanie ponuky:marek123, \$file = CoverLetter.pdf.**“.
29. V bode 3.7 „Komunikácia s uchádzačmi po otvorení ponúk/žiadostí o účasť v systéme EVO“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa /obstarávateľa je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Pre komunikáciu s uchádzačmi po otvorení ponúk/žiadostí o účasť môže verejný obstarávateľ/obstarávateľ použiť menu: *Dokumenty z vyhodnotenia (...)* a *Vysvetľovanie ponúk*, ktoré poskytuje prostriedky na komunikáciu verejného obstarávateľa/obstarávateľa s jednotlivými uchádzačmi (komunikácia 1:1) a umožňuje:
- zaslať konkrétnemu uchádzačovi žiadosť o vysvetlenie ponuky
 - zaslať konkrétnemu uchádzačovi oznam (...).
30. V bode 3.7.2.2 „**Vytvorenie oznamu pre uchádzača** pomocou menu Vysvetľovanie ponúk“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa /obstarávateľa je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „(...) **Zobrazí sa formulár pre vytvorenie správy uchádzačovi. Vo formulári** pre vytvorenie správy uchádzačovi zvolíte **Oznam** v poli *Typ komunikácie* a **vyplňte polia Predmet, Obsah komunikácie a prípadne priložte súbor s dodatočnými informáciami** (...). Vyplnený Oznam odošlete uchádzačovi kliknutím na tlačidlo Odoslať (...). Po uložení oznamu sa uchádzačovi odošle aj e-mailová notifikácia o tom, že mu verejný obstarávateľ/obstarávateľ zaslal oznam.“.

31. Kontrolovaný listom „Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“ z 28. 4. 2016 informoval navrhovateľa, že jeho ponuka bola z predmetného verejného obstarávania vylúčená. Kontrolovaný v predmetnom liste odôvodňuje vylúčenie navrhovateľa nasledovne, cit.: „Verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v oddiele VI. bod 3 písm. d) určil, že predmetná súťaž sa realizuje ako elektronická cez systém EVO. V súťažných podkladoch časť IV. bod 20.2 verejný obstarávateľ uviedol informácie o pokynoch a príručkách pre prácu so systémom EVO. V dokumente všeobecné pokyny pre záujemcov /uchádzačov v bode 5 verejný obstarávateľ uviedol informácie o šifrovaní cez systém EVO predkladaných súborov a dokumentov. Vašu ponuku ste predložili v termíne, elektronicky cez systém EVO, zašifrovanú, **avšak elektronicky ani inak ste nepredložili heslo**, ktorým by bolo možné dokumenty ponuky odšifrovať a sprístupniť ich členom komisie na vyhodnocovanie. Verejný obstarávateľ Vás z verejného obstarávania vylúčil v zmysle § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.“.
32. V dokumente označenom ako „Zmluva o poskytovaní odbornej pomoci a poradenstva v činnostiach verejného obstarávania a v ostatných súvisiacich činnostiach“ z 15. 6. 2015 je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Zmluvné strany: Klient - Mesto Galanta, Mierové námestie 940/1, 924 01 Galanta (...) a Poradca - Inštitút poradenstva a obstarávania KLIENT, s.r.o., Za Ferenitkou 23, 949 01 Nitra (...). Zmluvné strany sa dohodli, že na základe tejto zmluvy podľa podmienok v nej dohodnutých bude Poradca poskytovať Klientovi odbornú pomoc a poradenstvo v činnostiach verejného obstarávania a v ostatných súvisiacich činnostiach (...)“.
33. V dokumente označenom ako „Poverenie na výkon všetkých činností a zastupovanie Inštitútu pre poradenstvo a obstarávanie KLIENT, s.r.o., (...)“ z 22. 2. 2016 je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Poverenie a oprávnenie sa udeľuje osobe: Ing. AA (...) pre proces verejného obstarávania vyhláseného verejným obstarávateľom Mesto Galanta, Mierové námestie 940/1, 924 01 Galanta na predmet zákazky „Dodávka elektrickej energie pre mesto Galanta“, značka oznámenia 4097 – MST, VVO č. 36/2016 z 22. 2. 2016. Platí odo dňa vyhlásenia predmetného verejného obstarávania do jeho ukončenia.“.

Právny rámec

34. Podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
35. Podľa § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní elektronická ponuka musí byť predložená v oznámených komunikačných formátoch a oznámeným spôsobom tak, aby bola zabezpečená pred zmenou jej obsahu; ak sa vyžaduje kódovanie a šifrovanie, musí byť predložená vo vopred oznámených formátoch kódovania a šifrovania. Obsah ponuky možno sprístupniť až po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk.
36. Podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ak je ponuka predložená elektronicky, otváraním ponúk a častí ponúk sa rozumie sprístupnenie ponuky a časti ponuky komisii. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči uchádzača, ak nedodrжал postupy podľa § 39 ods. 3 a obsah jeho ponuky nie je možné sprístupniť.

Právne posúdenie úradom

37. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam a navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:
38. Úrad uvádza, že na základe kontrolovaným stanovených pravidiel sa predmetné verejné obstarávanie realizuje elektronicky prostredníctvom portálu EVO, pričom predkladanie dokladov a dokumentov ponuky, ako aj ostatná komunikácia prebieha v prostredí portálu EVO (body 16 – 21 tohto rozhodnutia). Úrad v súvislosti s priebehom verejného obstarávania v systéme EVO poukazuje na to, že celý proces elektronického verejného obstarávania sa riadi podľa pravidiel a pokynov, ktoré sú uvedené v jednotlivých príručkách systému EVO, pričom kontrolovaný v súťažných podkladoch, ako aj vo všeobecných pokynoch pre záujemcov /uchádzačov, ktoré tvoria súčasť súťažných podkladov, uvádza, že tieto príručky sú pre prácu so systémom EVO záväzné a zdôrazňuje potrebu znalostí týchto príručiek (body 20 a 23 tohto rozhodnutia).
39. Úrad uvádza, že kontrolovaný vo všeobecných pokynoch pre záujemcov/uchádzačov odporučil možnosti oznámenia hesla na odšifrovanie ponuky, a to zaslať heslo online cez portál EVO, ak je táto možnosť v systéme funkčná, v opačnom prípade na kontaktný email kontrolovaného alebo napísať heslo do poznámky v sprievodnom liste zasielanom cez portál EVO (bod 22 tohto rozhodnutia).
40. Úrad preskúmaním dokumentu označeného ako „Všetky prijaté dokumenty“ týkajúceho sa navrhovateľa zistil, že navrhovateľ predložil ponuku 1. 4. 2016 prostredníctvom portálu EVO. Z predmetného dokumentu úrad taktiež zistil, že navrhovateľovu ponuku tvoria elektronicky predložené a zašifrované dokumenty a doklady, pričom súčasťou takto predloženej ponuky je aj sprievodný list označený ako „Cover Letter“. Predmetný sprievodný list obsahuje zoznam všetkých dokumentov a dokladov predložených navrhovateľom prostredníctvom portálu EVO spolu s údajmi o serverovom čase, účele, veľkosti súboru a s vypočítanou kontrolnou sumou. Predmetný sprievodný list bol podľa údajov o serverovom čase odoslaný do portálu EVO 1. 4. 2016 o 14:03:05 hod..
41. Ako vyplýva z oznámenia o vylúčení, citovaného v bode 31 tohto rozhodnutia, kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní s odôvodnením, že navrhovateľ elektronicky ani inak nepredložil heslo, ktorým by bolo možné dokumenty ponuky odšifrovať a sprístupniť na vyhodnocovanie.
42. Úrad v nadväznosti na bod 38 tohto rozhodnutia poukazuje na Príručku používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa (bod 25 tohto rozhodnutia), z ktorej vyplýva, že priebeh zadávania zákazky, ako aj jednotlivé aktivity kontrolovaného a záujemcov/uchádzačov sú zapisované do auditného záznamu zákazky. Kontrolovaný môže tento záznam použiť kedykoľvek počas zadávania zákazky a tiež aj po jej ukončení na účely kontroly jednotlivých aktivít a krokov vykonaných všetkými subjektami zúčastnenými na elektronickom verejnom obstarávaní v prostredí portálu EVO. Na základe uvedeného, ako aj skutočností, že tento záznam slúži aj na účely vykonania kontroly v súvislosti s uplatnenými revíznymi postupmi, úrad **pristúpil k jeho preskúmaniu, konkrétne auditných logov týkajúcich sa aktivít navrhovateľa** v procese predkladania dokumentov a dokladov tvoriacich jeho ponuku a zistil, že auditný log týkajúci sa predloženia sprievodného listu obsahuje okrem iného kolónku označenú ako „Atribúty“, v ktorej sú uvedené detailné informácie o názve spoločnosti (t. j. názve navrhovateľa), serverovom čase

odoslania sprievodného listu v rámci predkladania ponuky, hesle na odšifrovanie ponuky a taktiež o názve predkladaného súboru. Úrad uvádza, že **z predmetnej kolónky auditného logu je preukázateľné, že navrhovateľ v rámci predloženia sprievodného listu k ponuke uviedol heslo na odšifrovanie ponuky – marek123**. Z predmetnej kolónky auditného logu zreteľne vyplýva, že heslo na odšifrovanie ponuky bolo uvedené a zapísané ako poznámka sprievodného listu k ponuke predloženej navrhovateľom 1. 4. 2016 o 14:03:05 hod. (bod 28 tohto rozhodnutia).

43. Úrad na základe vyššie uvedených skutočností konštatuje, že navrhovateľ preukázateľne predložil heslo na odšifrovanie ponuky, a to elektronicky prostredníctvom portálu EVO ako poznámku k sprievodnému listu v rámci predkladania ponuky v lehote na predkladanie ponúk. Z uvedeného vyplýva, že navrhovateľ predložil heslo na odšifrovanie ponuky v súlade s usmerneniami, požiadavkami a odporúčaniami uvedenými kontrolovaným v súťažných podkladoch a všeobecných pokynoch pre záujemcov/uchádzačov (bod 22 tohto rozhodnutia).
44. Úrad v súvislosti s vylúčením navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania uvádza, že kontrolovaný má prístup k vylúčeniu, t. j. k najtvrdšiemu zásahu do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania až po dôkladnom posúdení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností, pričom dôvod vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania musí byť založený na riadne preskúmanom skutkovom stave, za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. Prípustné je len také vylúčenie, aby úkonmi kontrolovaného neboli porušené princípy verejného obstarávania podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
45. Úrad má za to, že v danom prípade **kontrolovaný nepreukázal zákonný dôvod na vylúčenie navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keďže navrhovateľ predložil ponuku prostredníctvom portálu EVO v lehote na predkladanie ponúk a preukázateľne poskytol heslo na odšifrovanie svojej ponuky**. Úrad je zároveň toho názoru, že kontrolovaný riadne a dostatočne nepreskúmal všetky skutočnosti a záznamy vzťahujúce sa na postup predkladania navrhovateľovej ponuky v elektronickom verejnom obstarávaní. Úrad opätovne poukazuje na skutočnosť, že elektronické verejné obstarávanie sa riadi špecifickými pravidlami a usmerneniami, ktorých poznanie a dodržiavanie je potrebné tak zo strany záujemcov a uchádzačov, ako aj kontrolovaného. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že možnosť vykonania kontroly jednotlivých krokov zrealizovaných v procese elektronického verejného obstarávania prostredníctvom auditného záznamu a jeho auditných logov je explicitne zachytená v časti 3 „Spoločné moduly“ bod 3.9 „Logovanie používateľských aktivít v systéme EVO“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa. V nadväznosti na uvedené úrad uvádza, že kontrolovaný mal možnosť preveriť si priebeh a postup predkladania dokumentov tvoriacich navrhovateľovu ponuku spolu so sprievodným listom, a to prostredníctvom auditného záznamu, resp. konkrétnych auditných logov.
46. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že **kontrolovaný v dôsledku nedostatočne preskúmaného skutkového stavu vylúčil navrhovateľa, resp. jeho ponuku z predmetného verejného obstarávania v rozpore s § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní**.
47. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že **námietky navrhovateľa týkajúce sa jeho vylúčenia sú opodstatnené**.

48. Úrad v súvislosti s tvrdeniami navrhovateľa zachytenými v bode 6 tohto rozhodnutia uvádza, že kontrolovaný v súlade so zadanými pravidlami (body 17, 21 a 23 tohto rozhodnutia) v procese elektronickej komunikácie s uchádzačmi postupuje podľa usmernení uvedených v bode 3.7 Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa (body 29 a 30 tohto rozhodnutia). V tomto prípade portál EVO umožňuje zaslať oznámenie o vylúčení elektronicke prostredníctvom funkcionality na to určenej. Úrad uvádza, že v samotnom formulári nachádzajúcom sa v systéme EVO, resp. v záložke *Vytvorenie žiadosti o vysvetlenie/Oznam* sú uvedené inštrukcie, ktoré sú totožné s usmerneniami podľa bodu 3.7.2.2 „Vytvorenie oznamu pre uchádzača pomocou menu Vysvetľovanie ponúk“ Príručky používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa (bod 30 tohto rozhodnutia). Podľa týchto inštrukcií kontrolovaný zasiela uchádzačovi správu alebo oznam prostredníctvom formulára, pričom vyplní zadané kolónky ako *Predmet* a *Obsah* komunikácie. Do kolónky *Obsah* napíše detaily daného oznamu, resp. správy pre uchádzača. Ďalej inštrukcie obsahujú informáciu, že v prípade, ak kontrolovaný potrebuje, môže k danému oznamu priložiť dokument, resp. súbor s dodatočnými informáciami.
49. Úrad preskúmaním funkcionality *Vytvorenie žiadosti o vysvetlenie/Oznam* v prostredí portálu EVO zistil, že kontrolovaný na účel informovania navrhovateľa o jeho vylúčení vo formulári zvolil typ komunikácie *Oznam*, vyplnil kolónku *Predmet*, pripojil súbor (oznámenie o vylúčení), pričom z detailov tejto funkcionality je zrejmé, že predmetný oznam bol kontrolovaným preukázateľne odoslaný 28. 4. 2016 a navrhovateľom prečítaný 29. 4. 2016, pričom z jeho obsahu jednoznačne vyplýva vôľa kontrolovaného vylúčiť navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania ako aj dôvod jeho vylúčenia.
50. Úrad v nadväznosti na bod 48 tohto rozhodnutia uvádza, že na účel komunikácie podľa predmetných inštrukcií je postačujúce, ak kontrolovaný uvedie detaily správy v kolónke *Obsah*, pričom pripojenie samotného súboru, t. j. v tomto prípade oznámenia o vylúčení, je uvádzaná len ako možnosť v prípade potreby kontrolovaného. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že postup kontrolovaného (zachytený v bode 49 tohto rozhodnutia) je v danom prípade v súlade s usmerneniami uvedenými v Príručke používateľa systému EVO – spoločné moduly pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa.
51. Úrad na záver dodáva, že súčasťou dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu je dokument označený ako „Zmluva o poskytovaní odbornej pomoci a poradenstva v činnostiach verejného obstarávania a v ostatných súvisiacich činnostiach“ z 15. 6. 2015 (bod 32 tohto rozhodnutia). Z predmetnej zmluvy vyplýva, že Inštitút poradenstva a obstarávania KLIENT, s.r.o., bude poskytovať kontrolovanému odbornú pomoc a poradenstvo v procesoch realizácie verejného obstarávania a v ostatných súvisiacich činnostiach. Súčasťou dokumentácie je taktiež poverenie týkajúce sa výkonu činností v predmetnom verejnom obstarávaní (bod 33 tohto rozhodnutia), z ktorého vyplýva, že Ing. AA je oprávnený zastupovať Inštitút pre poradenstvo a obstarávanie KLIENT, s.r.o. a je poverený výkonom všetkých činností v predmetnom verejnom obstarávaní.
52. Úrad vzhľadom na skutočnosti uvedené v bodoch 48 až 51 tohto rozhodnutia konštatuje, že **tvrdenia navrhovateľa zachytené v bode 6 tohto rozhodnutia nepovažuje za opodstatnené.**
53. Podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky alebo jej časti bol

porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk alebo výberom záujemcov alebo uchádzačov je priama príčinná súvislosť, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo jej časti odstrániť protiprávny stav a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vykonaním toho úkonu kontrolovaného, ktorý bol postihnutý rozporom s týmto zákonom.

54. Úrad po preskúmaní postupu kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania napriek tomu, že heslo potrebné na odšifrovanie predmetnej ponuky bolo uvedené ako poznámka k sprievodnému listu v súlade s usmerneniami, požiadavkami a odporúčaniami uvedenými kontrolovaným v súťažných podkladoch a všeobecných pokynoch pre záujemcov/uchádzačov. Kontrolovaný tak nepreukázal oprávnený dôvod na vylúčenie ponuky navrhovateľa podľa § 41 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že existuje priama príčinná súvislosť medzi rozhodnutím kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa, ktorým bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a vyhodnotením ponúk v predmetnom procese verejného obstarávania, nakoľko v dôsledku vylúčenia navrhovateľa vo fáze pred otváraním častí ponúk označených ako „Kritériá“, by ním predložená ponuka nebola otváraná, čím by došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže medzi uchádzačmi, čo môže mať za následok, že úspešným by sa mohol stať uchádzač, ktorý by neponúkol najnižšiu cenu, a teda takýto postup kontrolovaného by mohol byť v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
55. Podľa § 139 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní je úrad povinný v rozhodnutí, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť taxatívny výpočet ustanovení tohto zákona, ku ktorým porušeniu došlo a uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Vzhľadom na vyššie uvedené úrad **v súlade § 139 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že v budúcnosti by mal kontrolovaný v druhovo rovnakej veci postupovať tak, že predtým ako pristúpi k vylúčeniu uchádzača, resp. jeho ponuky, ktorá je predkladaná elektronicky prostredníctvom portálu EVO z dôvodu, že uchádzač elektronicky ani inak nepredložil heslo na jej odšifrovanie a sprístupnenie, by mal riadne a dôsledne preskúmať všetky dostupné skutočnosti a záznamy týkajúce sa postupu a priebehu predkladania jednotlivých dokumentov tvoriacich ponuku uchádzača. Úrad má za to, že kontrolovaný má možnosť preveriť si priebeh verejného obstarávania prostredníctvom auditného záznamu, ktorý sa nachádza v internom systéme EVO, nakoľko práve auditný záznam, resp. jednotlivé auditné logy slúžia na zaznamenávanie a kontrolu všetkých aktivít zrealizovaných používateľmi elektronického verejného obstarávania. Úrad zdôrazňuje, že kontrolovaný by mal pristúpiť k vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania až po dôkladnom posúdení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností, pričom dôvod vylúčenia uchádzača musí byť založený na riadne preskúmanom skutkovom stave a za použitia nesporných dôkazných prostriedkov.**
56. Podľa § 138 ods. 20 zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky navrhovateľa zamietnuté. Kaucia sa v 35 % z uhradenej sumy stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania o námietkach podľa § 139 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktoré sa nestali príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia o námietkach. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia, úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

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

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o námietkach podľa § 142 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, P.O. BOX 58, 820 04 Bratislava 24, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 143 ods. 2 a ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu o námietkach je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 142 ods. 7 o odvolaní účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa účastník konania vzdá odvolania alebo vezme svoje odvolanie späť, rozhodnutie o námietkach nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

podpredseda
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručuje:

1. XY – navrhovateľ
2. Mesto Galanta, Mierové námestie, 924 01 Galanta – kontrolovaný
3. Inštitút poradenstva a obstarávania KLIENT, s.r.o., P.O.Box 7B, 949 01 Nitra – kontaktné miesto kontrolovaného

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka