

Bratislava 18. 1. 2021
Číslo: 14286-6000/2020-OD

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a podľa § 187e ods. 6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača, skupiny dodávateľov s názvom „XX“, zloženej z vedúceho člena **AB** a z členov **KL**, **MN**, zastúpeného spoločnosťou **DE** na základe substitučného plnomocenstva zo dňa 1. 10. 2020 (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet zákazky s názvom „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35919001 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 22. 12. 2018 pod značkou 2018/S 247-567097 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 252/2018 dňa 27. 12. 2018 pod značkou 18535 - MSP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie **podľa § 175 ods. 3** zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov **námietky navrhovateľa**, skupiny dodávateľov s názvom „XX“, zloženej z vedúceho člena **AB** a z členov **KL**, **MN**, zastúpeného spoločnosťou **DE** na základe substitučného plnomocenstva zo dňa 1. 10. 2020, **zamieta**.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 1. 10. 2020 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v listinnej podobe smerujúce v zmysle § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov proti vylúčeniu (ďalej len „námietky“), a to konkrétne proti dokumentu zo dňa 17. 9. 2020 označenému ako „Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“, ktorým bol navrhovateľ dňa 21. 9. 2020 z predmetného verejného obstarávania vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona. Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené dňa 1. 10. 2020, a to rovnako v listinnej podobe a duplicitne toho istého dňa aj cez informačný systém JOSEPHINE (josephine.proebiz.com), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje a prostredníctvom ktorého sa uskutočňuje elektronická komunikácia (ďalej len „systém JOSEPHINE“). Na základe uvedeného možno konštatovať, že námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému v podobe a v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, pričom obsahujú všetky obligatórne náležitosti námietok podľa § 170 ods. 5 tohto zákona.
2. Navrhovateľ doručil úradu námietky podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) tohto zákona sa na jeho účely rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ predložil ponuku do predmetného verejného obstarávania v elektronickej podobe prostredníctvom funkcionality systému JOSEPHINE dňa 23. 8. 2019

(09:12:43 hod.), t. j. v kontrolovaným určenej lehote na predkladanie ponúk. Na základe uvedeného má úrad za preukázané, že navrhovateľ v postavení uchádzača bol aktívne legitimovaným subjektom na podanie námietok podľa § 170 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

3. Podľa § 172 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov je s podaním námietok navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4 tohto zákona.
4. Z ustanovenia § 172 ods. 8 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 3 000 EUR, nakoľko predmetné verejné obstarávanie sa realizuje postupom tzv. „reverznej“ verejnej súťaže podľa § 66 ods. 7 tohto zákona, v ktorom sa ponuka nepredkladá podľa § 49 ods. 5 tohto zákona (t. j. rozdelená na časti „Kritériá“ a „Ostatné“), a to v nadväznosti na ustanovenie § 49 ods. 6 písm. a) tohto zákona.
5. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 1. 10. 2020 kauciu vo výške 10 000 EUR, a teda nad požadovanú výšku kaucie podľa § 172 ods. 8 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
6. V nadväznosti na vyššie uvádzané skutočnosti má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené všetky procesné podmienky pre vydanie meritórneho rozhodnutia v tejto veci.
7. Úrad konštatuje, že dňa 1. 1. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.
8. Podľa § 187e ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov sa postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 31. 12. 2018, dokončia podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018; to neplatí, ak ide o uplatňovanie odkladných lehôt pre uzavretie zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy podľa § 56 a pre povinnosť podať podnet podľa § 169 ods. 2.
9. Podľa § 187e ods. 6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov sa v konaní začatom po 31. 12. 2018, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, postupuje podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018; to neplatí pre konanie na základe podnetu podľa § 169 ods. 2, pre zníženie pokuty podľa § 173 ods. 14, § 175 ods. 4 tretej vety a pre vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 4 druhej vety.
10. V súvislosti s vyššie uvedenými ustanoveniami úrad konštatuje, že **v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa úrad postupuje**

podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018, t. j. podľa zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 31. 12. 2018 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

Námietky navrhovateľa

11. Navrhovateľ v úvode svojich námietok poukazuje na základný skutkový stav, a to konkrétne na to, že spoločnosť AB, zapísaná v registri vedenom Obchodnou, priemyselnou, živnostenskou a poľnohospodárskou komorou v xxx, číslo zápisu: xxx (ďalej len „AB“), spoločnosť MN, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu x, oddiel: xxx, vložka č.: xxxx (ďalej len „MN“) a spoločnosť KL, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu x, oddiel: xxx, vložka č.: xxxx (ďalej len „KL“ a spoločne so spoločnosťou AB a spoločnosťou MN ďalej len „uchádzač“ alebo aj „navrhovateľ“), sa ako skupina dodávateľov „XX“ podľa § 37 zákona o verejnom obstarávaní zúčastnila predmetného verejného obstarávania a v lehote na predkladanie ponúk stanovenej kontrolovaným predložila svoju ponuku (ďalej len „ponuka“). Navrhovateľ v úvode námietok poukazuje aj na to, že v mene uchádzača koná spoločnosť AB ako jeho vedúci člen.
12. Navrhovateľ ďalej poukazuje na to, že v rámci procesu verejného obstarávania komisia kontrolovaného v súvislosti s obsahom jeho ponuky aplikovala § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a svojim podaním zo dňa 11. 3. 2020, označeným ako „ŽIADOSŤ O PREDLOŽENIE DOKLADOV“ (ďalej len „žiadosť o predloženie dokladov“), ho požiadala o predloženie dokladov nahradených jednotnými európskymi dokumentami predloženými v ponuke. Následne navrhovateľ poukazuje na to, že požiadal komisiu kontrolovaného svojim podaním zo dňa 12. 3. 2020, označeným ako „Žiadosť o predĺženie lehoty na predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom“ (ďalej len „žiadosť o predĺženie lehoty“), o predĺženie lehoty na predloženie dokladov podľa predchádzajúcej vety o 20 pracovných dní, ktorej komisia kontrolovaného svojim podaním zo dňa 16. 3. 2020, označeným ako „ŽIADOSŤ O PREDLOŽENIE DOKLADOV – ODPOVEĎ“ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o predĺženie lehoty“), vyhovel. V nadväznosti na tieto skutočnosti navrhovateľ uvádza, že predložil komisii kontrolovaného v stanovenej lehote svoje podania dňa 15. 4. 2020, ktorými odpovedal na žiadosť o predloženie dokladov a predložil samotné doklady nahradené v jeho ponuke jednotnými európskymi dokumentami (ďalej spolu len „odpoveď na žiadosť o predloženie dokladov“).
13. V nadväznosti na vyššie uvedené navrhovateľ uvádza, že mu bola doručená žiadosť komisie kontrolovaného o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 10. 6. 2020, označená ako „ŽIADOSŤ O VYSVETLENIE PONUKY“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 1“), pričom na ňu navrhovateľ reagoval svojim podaním zo dňa 17. 6. 2020, ktoré je označené ako „Odpoveď na Žiadosť o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov v rámci verejného obstarávania: „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. Úsek““ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 1“).
14. Následne navrhovateľ uvádza, že mu bola doručená žiadosť komisie kontrolovaného o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 9. 7. 2020 označená ako „ŽIADOSŤ O VYSVETLENIE PONUKY“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 2“), pričom na túto žiadosť reagoval svojim podaním zo dňa 20. 7. 2020, ktoré je označené ako „Odpoveď na Žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky v rámci verejného obstarávania:

„Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. Úsek““ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 2“).

15. Ďalej poukazuje na to, že mu bola doručená žiadosť komisie kontrolovaného o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 24. 7. 2020 označená ako „ŽIADOSŤ O VYSVETLENIE PONUKY“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 3“) a že na túto reagoval svojim podaním zo dňa 4. 8. 2020, ktoré je označené ako „Odpoveď na Žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky v rámci verejného obstarávania: „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. Úsek““ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 3“).
16. Nakoniec navrhovateľ uvádza, že mu bola doručená žiadosť komisie kontrolovaného o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 12. 8. 2020, označená ako „ŽIADOSŤ O VYSVETLENIE PONUKY“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 4“). K tomu dodáva, že na túto reagoval svojim podaním zo dňa 21. 8. 2020, ktoré je označené ako „Odpoveď na Žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa 12.08.2020 v rámci verejného obstarávania: „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek““ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 4“). V nadväznosti na to uvádza, že mu bolo následne doručené dňa 21. 9. 2020 oznámenie o jeho vylúčení z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 17. 9. 2020, ktoré je označené ako „OZNÁMENIE O VYLÚČENÍ Z VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA“ (ďalej len „oznámenie o vylúčení“).
17. V ďalšej časti svojich námietok navrhovateľ podrobne odôvodňuje nevyhnutnosť odstrániť ním identifikovaný protiprávny stav v predmetnom verejnom obstarávaní, a to nasledovne.
18. Na začiatok navrhovateľ poukazuje na znenie svojej ponuky a v tejto súvislosti vyjadruje presvedčenie, že s ohľadom na časť IV „Podmienky účasti“, písmeno C „Technická a odborná spôsobilosť“, bod 6. jednotného európskeho dokumentu zo dňa 22. 8. 2019 predloženého v jeho ponuke na strane 527 až 563 (ďalej len „JED za inú osobu“) za spoločnosť EF (ďalej len „iná osoba“), je podľa jeho názoru nespochybniteľné, že podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní (stavbyvedúci za cesty), zadefinovanú vo zväzku 1, v časti B, v prílohe B7, v sekcii III.1.3, v podsekcii III.1.3.2, v bode III.1.3.2.7, v podbode III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov k verejnému obstarávaniu (pozri bod 97. tohto rozhodnutia, ďalej len „podmienka účasti“), preukazoval v ponuke prostredníctvom uvedenej inej osoby, a to v súlade s inštitútom zakotveným v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
19. Vo vzťahu k žiadosti o predloženie dokladov je podľa navrhovateľa potrebné poukázať na skutočnosť, že táto je síce odôvodnená ustanovením § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, avšak žiadosť o predloženie dokladov mala byť podľa jeho názoru odôvodnená ustanovením § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko komisia kontrolovaného v žiadosti o predloženie dokladov neuviedla žiadne dôvody, ktoré by ju oprávňovali na aplikáciu § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. S poukazom na nižšie uvedené rozhodnutia úradu možno podľa navrhovateľa prijať záver, že konanie komisie kontrolovaného bolo od vypracovania a doručenia žiadosti o predloženie dokladov navrhovateľovi v rozpore s § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to s poukazom najmä na princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov.
20. Navrhovateľ následne poukazuje na bod 37. rozhodnutia úradu č. 3255-6000/2017-ODI zo dňa 23. 3. 2017, cit.: „Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je teda povinný zdôvodniť, prečo

bez požiadania o predloženie konkrétneho dokladu konkrétneho uchádzača nie je možné zabezpečiť riadny priebeh verejného obstarávania, a teda tieto dôvody aj uviesť v žiadosti o predloženie dokladu nahradeného JEDom adresovanej uchádzačovi. Len v prípade dôvodných pochybností o pravdivosti JEDu, pričom tieto dôvodné pochybnosti musí verejný obstarávateľ uviesť už v žiadosti o predloženie dokladov nahradených JEDom, môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ požadovať doloženie dokladov nahradených JEDom. Uvedené je potrebné za účelom zabezpečenia transparentnosti a preskúmateľnosti postupu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a zamedzenia nerovnakého zaobchádzania s uchádzačmi. Tiež možno konštatovať, že ak by verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia boli oprávnení požiadať o predloženie dokladov nahradených JEDom kedykoľvek, bez toho, aby boli povinní zdôvodniť potrebu takéhoto postupu „na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania“, stratil by sa hlavný cieľ JEDu, ktorým je odbúranie administratívnej záťaže na strane uchádzačov, resp. záujemcov.“. Navrhovateľ následne poukazuje aj na bod 40. predmetného rozhodnutia úradu, cit.: „Ak by situácia nezakladala dôvod na uplatnenie postupu podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný by mal vyžadovať predloženie dokladov predbežne nahradeným JEDom následným postupom podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.“, a na obdobné rozhodnutia úradu, napr. bod 48. rozhodnutia č. 5938-6000/2017-ODI zo dňa 11. 5. 2017, bod 43. rozhodnutia č. 13973-6000/2016-ON zo dňa 12. 9. 2016.

21. Vychádzajúc zo základného skutkového stavu (bod 11. a nasl. tohto rozhodnutia) je však podľa názoru navrhovateľa zrejmé, že napriek vyššie uvedenému rozporu postupu komisie kontrolovaného so zákonom o verejnom obstarávaní reagoval na žiadosť o predloženie dokladov v lehote stanovenej komisiou a v tejto súvislosti poskytol komisii odpoveď na žiadosť o predloženie dokladov. Z tohto dôvodu má navrhovateľ za to, že požiadavku komisie kontrolovaného splnil, pričom podľa jeho názoru dôvod na jeho vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní tým pádom automaticky zanikol, t. j. navrhovateľ má za to, že nebolo a nie je možné tento dôvod na vylúčenie zo strany komisie kontrolovaného v ďalšom procese verejného obstarávania už aplikovať. Tento záver by bol podľa navrhovateľa rovnaký aj v prípade aplikácie § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
22. Pre podporu vyššie uvedeného záveru je podľa názoru navrhovateľa možné analogicky poukázať na § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je možné aplikovať v prípade, ak uchádzač nepredloží po písomnej žiadosti vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v určenej lehote. Z ustanovenia § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní a z ustanovenia § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní podľa názoru navrhovateľa vyplýva, že tieto sú vo svojej podstate rovnaké, že sledujú obdobný zmysel a titul vylúčenia uchádzača/záujemcu z procesu verejného obstarávania, avšak každému tomuto titulu predchádza iný úkon komisie verejného obstarávateľa, t. j. podľa navrhovateľa v prípade § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní aplikácia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a v prípade § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní aplikácia § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní alebo § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa navrhovateľa z pohľadu odôvodnenia vyššie uvedeného záveru je však v rámci prejednávaneho prípadu nepodstatné, aký úkon komisie verejného obstarávateľa/obstarávateľa predchádza vylúčeniu uchádzača/záujemcu z procesu verejného obstarávania, t. j. či aplikácia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní alebo aplikácia § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, resp. § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ale podľa názoru navrhovateľa je podstatné to, za

akých podmienok titul na vylúčenie uchádzača/záujemcu podľa § 40 ods. 6 písm. i) alebo podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní vznikne.

23. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na znenie bodu 58. rozhodnutia úradu č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020, podľa ktorého, cit.: „Úrad v tejto súvislosti dáva do pozornosti ustanovenie § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, na základe ktorého verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči záujemcu alebo uchádzača v prípade, ak nepredložil po písomnej žiadosti vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v určenej lehote, pričom zo znenia ustanovenia písm. i) vyplýva, že vylúčenie sa viaže výslovne na situáciu, keď záujemca alebo uchádzač v určenej lehote vôbec nepredloží vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, a teda nie je možné ho aplikovať v prípade, ak síce vysvetlenie alebo doplnenie predloží, avšak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ ho nepovažuje za dostatočné. V tejto súvislosti úrad uvádza, že hoci sa navrhovateľ k bodu 1 Žiadosti o vysvetlenie nevyjadril, svoju odpoveď na túto žiadosť v určenej lehote kontrolovanému doručil. Svojou odpoveďou však navrhovateľ nepreukázal splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej a odbornej spôsobilosti tak, ako to kontrolovaný požadoval v zmysle § 34 ods. 1 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nepreukázal splnenie minimálnej úrovne štandardov pre obe časti zákazky, keď kontrolovanému nepredložil plne funkčnú vzorku interiérového informačného panelu (pre 1. časť predmetu zákazky) a zariadenia na výdaj cestovných lístkov - strojček (pre 2. časť predmetu zákazky), obe v počte 1 ks. Z uvedeného teda vyplýva, že kontrolovaný nesprávne určil dôvod vylúčenia navrhovateľa, keďže zo zistení úradu vyplýva, že nenastal dôvod vylúčenia podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, ale podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda že navrhovateľ mal byť vylúčený z dôvodu, že nesplnil podmienky účasti.“.
24. S ohľadom na tento podľa názoru navrhovateľa presný, výstižný a jediný zákonný výklad § 40 ods. 6 písm. a) a i) zákona o verejnom obstarávaní možno teda potvrdiť, že dôvod na vylúčenie navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona by nastal len v prípade, ak by navrhovateľ na žiadosť o predloženie dokladov nereagoval vôbec, a to obdobne, ako to je vysvetlené vo vyššie posudzovanom prípade vylúčenia uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na znenie odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4, v zmysle ktorej navrhovateľ uviedol, cit.: „Na základe vyššie uvedených skutočností v spojení s dokumentami predloženými, resp. nahradenými za JED za Inú osobu si spoločnosť AB dovoľuje v mene Uchádzača vyjadriť presvedčenie, že existuje dôvod na vylúčenie Uchádzača z procesu Verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní.“. Aj vzhľadom na vyššie uvedené znenie poslednej vety rozhodnutia úradu č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020 možno podľa názoru navrhovateľa prijať záver, že v rámci procesu verejného obstarávania vznikol dôvod na jeho vylúčenie z titulu nesplnenia podmienok účasti podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní), a to tak, ako to uviedol navrhovateľ už v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4, a teda nie z titulu nepredloženia dokladov nahradených jednotnými európskymi dokumentami, resp. JED-om za inú osobu po písomnej žiadosti o predloženie dokladov v lehote určenej komisiou kontrolovaného podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní.
25. Preto oznámenie o vylúčení, znenie oznámenia o vylúčení a dôvody v ňom uvedené, resp. konanie komisie kontrolovaného súvisiace s oznámením o vylúčení sú podľa názoru navrhovateľa primárne v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) a j) zákona o verejnom obstarávaní, s §

24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní s poukazom na princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti, a súčasne sú sekundárne podľa navrhovateľa v rozpore s § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to s poukazom na princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti. Navrhovateľ má za to, že v prípade zákonnej aplikácie § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní) mal obligatórne nastúpiť postup komisie kontrolovaného podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní tak, ako to uviedol navrhovateľ už v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4, ktorý však podľa navrhovateľa vzhľadom na vyššie uvedený rozpor postupu komisie kontrolovaného so zákonom o verejnom obstarávaní nebol dodržaný.

26. Následne navrhovateľ uvádza, že v nadväznosti na poskytnutie odpovede na žiadosť o predloženie dokladov mal podľa navrhovateľa nastúpiť zo strany kontrolovaného proces posudzovania splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní. K tomu navrhovateľ uvádza, že podľa základného skutkového stavu uvedeného v bode 11. a nasl. tohto rozhodnutia tento proces zo strany komisie kontrolovaného aj nastúpil, a to z pohľadu navrhovateľa doručením žiadosti o vysvetlenie 1, ktorá bola vypracovaná podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a to podľa navrhovateľa obdobne ako žiadosť o vysvetlenie 2, žiadosť o vysvetlenie 3 a žiadosť o vysvetlenie 4. To podľa názoru navrhovateľa znamená, že komisia kontrolovaného v nadväznosti na doručenie odpovede na žiadosť o predloženie dokladov posudzovala splnenie podmienok účasti a aplikovala s tým súvisiace ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené podľa navrhovateľa potvrdzuje nielen samotné znenie žiadosti o vysvetlenie 1, žiadosti o vysvetlenie 2, žiadosti o vysvetlenie 3 a žiadosti o vysvetlenie 4, ale aj znenie oznámenia o vylúčení. Ako príklad navrhovateľ uvádza znenie žiadosti o vysvetlenie 4, cit.: *„Z vyššie uvedeného vyplýva, že verejný obstarávateľ má písomne požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti a následne zvoliť postup podľa zákona o verejnom obstarávaní“*, alebo znenie oznámenia o vylúčení, cit.: *„Na základe uvedeného objasnenia posudzovala komisia všetky predložené doklady vo vzájomnej súvislosti a súčasne tak aj všetky nasledovné vysvetlenia.“*, a na znenie oznámenia o vylúčení, cit.: *„Snahou komisie na vyhodnotenie ponúk bolo vyhodnotiť podmienky účasti v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi. Konkrétne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre kľúčového odborníka - stavbyvedúci na cesty.“*. Tento postup komisie kontrolovaného, ktorá neaplikovala § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní bezprostredne po doručení odpovede na žiadosť o predloženie dokladov, potvrdzuje podľa názoru navrhovateľa to, že komisia kontrolovaného v prípade prijatia záveru o nesplnení podmienky účasti navrhovateľom z dôvodu na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní) mohla aplikovať už len § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a následne obligatórne § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ k tomu dodáva, že napriek tomu kontrolovaný po doručení odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4 spätne aplikoval ustanovenie § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, hoci podľa názoru navrhovateľa na to už v zmysle vyššie uvedenej argumentácie a rozhodovacej praxe úradu nebol oprávnený.

27. Ďalej je podľa navrhovateľa potrebné poukázať na proces posudzovania splnenia podmienky účasti, jeho dôvody, obsah a argumentačný vývoj uvedený v žiadosti o vysvetlenie 1, žiadosti o vysvetlenie 2, žiadosti o vysvetlenie 3 a žiadosti o vysvetlenie 4. Vo vzťahu k tomuto procesu navrhovateľ uvádza, že prostredníctvom odpovede na žiadosť o predloženie dokladov predložil vo vzťahu k podmienke účasti dokumentáciu, ktorá pozostávala z dokumentov: „PRÍLOHA B4 ŽIVOTOPIS KĹÚČOVÉHO ODBORNÍKA“ zo dňa 1. 8. 2019 (ďalej len „dokument 1“), „PRÍLOHA B3 REFERENČNÝ LIST KĹÚČOVÉHO ODBORNÍKA“ zo dňa 1. 8. 2019 (ďalej len „dokument 2“), „PRÍLOHA B3 REFERENČNÝ LIST KĹÚČOVÉHO ODBORNÍKA“ zo dňa 1. 8. 2019 (ďalej len „dokument 3“), „ZOZNAM PROJEKTOV KĹÚČOVÉHO ODBORNÍKA“ zo dňa 1. 8. 2019 (ďalej len „dokument 4“) a „ČESTNÉ VYHLÁSENIE“ / „SWORN AFFIDAVIT“ zo dňa 12. 7. 2019 (ďalej len „dokument 5“, spolu s dokumentom 1, dokumentom 2, dokumentom 3 a dokumentom 4 ďalej spolu len „dokumenty“). Súčasne je z ponuky a z odpovede na žiadosť o predloženie dokladov podľa navrhovateľa zrejmé, že v tejto súvislosti predložil aj dokument s názvom „OSOBITNÁ DOHODA K ZMLUVE O POSKYTNUTÍ ODBORNÝCH A TECHNICKÝCH KAPACÍT“ zo dňa 19. 7. 2019 (ďalej len „osobitná dohoda“).
28. Navrhovateľ ďalej poukazuje na to, že ako to vyplýva zo žiadosti o vysvetlenie 1, žiadosti o vysvetlenie 2, žiadosti o vysvetlenie 3 a žiadosti o vysvetlenie 4, komisia kontrolovaného posudzovala splnenie podmienky účasti a v tejto súvislosti sa viacnásobne dopytovala ohľadne preukázania zmluvného vzťahu medzi navrhovateľom, resp. jeho členom, a inou osobou. S ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu, znenie JEDu za inú osobu, odpovede na žiadosť o predloženie dokladov, dokumentov a osobitnej dohody podľa navrhovateľa možno vyjadriť presvedčenie, že komisia kontrolovaného mohla rozhodnúť o vzniku dôvodu na vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne z dôvodu na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní). Podľa názoru navrhovateľa to mohla spraviť aj bez toho, aby ho dopytovala prostredníctvom žiadosti o vysvetlenie 1, žiadosti o vysvetlenie 2, žiadosti o vysvetlenie 3 a žiadosti o vysvetlenie 4. Uvedené bolo podľa názoru navrhovateľa opodstatnené tým, že už z JEDu za inú osobu, z ponuky a z odpovede na žiadosť o predloženie dokladov jednoznačne vyplýva v prvom rade vyššie uvedený a opakovane potvrdený záver, a to ten, že navrhovateľ podmienku účasti preukazoval prostredníctvom inej osoby v súlade s inštitútom zakotveným v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. K tomu navrhovateľ dodáva, že cit.: „(...) pán SAV je zamestnancom Inej osoby, a súčasne v druhom rade ten, že Uchádzač vo vzťahu k splneniu Podmienky účasti komisii Verejného obstarávateľa predložil len Dokumenty a Osobitnú dohodu, z ktorých jasne vyplýva, že Uchádzač na základe predložených dokumentov v Ponuke a v Odpovedi na Žiadosť o predloženie dokladov nespĺňa Podmienku účasti z dôvodu na strane Inej osoby (nesplnenie Podmienky účasti Inou osobou a dôvod na vylúčenie Inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní). To znamená, že tento dôvod na vylúčenie Uchádzača z Verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní, t. j. dôvod na strane Inej osoby (nesplnenie Podmienky účasti Inou osobou a dôvod na vylúčenie Inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní), musel byť podľa Uchádzača komisii Verejného obstarávateľa známy už pred podaním Žiadosti o vysvetlenie 1.“.
29. Pokiaľ ide o dôvod na vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. dôvod na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom

obstarávaní), tento s poukazom na už uvedený bod 58. rozhodnutia úradu č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020 podľa názoru navrhovateľa vyplýva zo skutočnosti, že navrhovateľ v rámci preukázania podmienky účasti predložil dokumenty a osobitnú dohodu za inú osobu, z ktorých v zmysle vyššie uvedeného vyplýva, že iná osoba nespĺňa podmienku účasti a existuje u nej dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to vo vzťahu k dokumentom a osobitnej dohode predložených za inú osobu. K tomu navrhovateľ ďalej uvádza, že cit.: „Záver, že Iná osoba nespĺňa Podmienku účasti a že existuje u nej dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní vyplýva nielen z toho, že Osobitnú dohodu nemožno zo strany komisie Verejného obstarávateľa pre účely vyhodnotenia splnenia Podmienky účasti zjavne akceptovať, ale aj z toho, že Iná osoba neposkytla Uchádzačovi súčinnosť na uzavretie inej zmluvy, ktorá by mohla byť komisii Verejného obstarávateľa s ohľadom na znenie § 34 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní predložená za účelom preukázania Podmienky účasti. Na tomto mieste je nutné poukázať aj na znenie Oznámenia o vylúčení (strana 8 dole), v zmysle ktorého Uchádzač komisii Verejného obstarávateľa pred doručením Oznámenia o vylúčení oznámil nasledovné: „Teraz nám bolo oznámené, že táto pracovná indispozícia (okolnosť „vis maior“) bude mať žiaľ zásadný vplyv na jeho disponibilitu [pozn. disponibilita pána SAV] pre predloženie ponuky a nebude sa už môcť žiadnym spôsobom participovať na realizácii predmetu verejného obstarávania.“, čo znamená, že na strane Inej osoby vnikol aj ďalší dôvod na vyhodnotenie, že Iná osoba nespĺňa Podmienku účasti a že existuje dôvod na vylúčenie Inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní, a teda ďalší obligatórny dôvod na aplikáciu § 40 ods. 5 Zákona o verejnom obstarávaní.“.

30. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na znenie bodu 226. rozhodnutia Rady úradu č. 7614-9000/2019 zo dňa 1. 7. 2019, podľa ktorého, cit.: „Ak by teda navrhovateľ preukazoval splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní kapacitami inej osoby (nie vlastnými kapacitami), pričom následne by predložil doklady tejto inej osoby, z ktorých by vyplývalo, že táto osoba nespĺňa podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g), prípadne niektorú z podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1, prípadne že u nej nastal niektorý z dôvodov vylúčenia podľa § 40 ods. 6 tohto zákona, bol by kontrolovaný povinný vyzvať navrhovateľa na nahradenie tejto inej osoby ďalšou osobou, ktorá bude tieto podmienky účasti spĺňať a nebude u nej daný dôvod na vylúčenie.“.
31. Obdobný záver o tom, že iná osoba nespĺňa podmienku účasti a že existuje titul na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda obligatórny dôvod na aplikáciu § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, by podľa navrhovateľa nastal aj v tom prípade, ak by navrhovateľ nepredložil osobitnú dohodu, ale predložil by iba dokumenty, t. j. jeden z viacerých dokumentov potrebných na preukázanie podmienky účasti prostredníctvom inej osoby by chýbal. K tomu navrhovateľ ďalej uvádza, že cit.: „Toto konštatovanie Uchádzača možno odôvodniť tým, že Uchádzač nevie po predložení Ponuky ovplyvniť konanie Inej osoby, a teda prinútiť Inú osobu podpísať akékoľvek dokumenty alebo poskytnúť Uchádzačovi potrebnú súčinnosť. Tento prípad by nastal podľa Uchádzača napríklad aj vtedy, ak by Uchádzač predkladal komisii Verejného obstarávateľa dokumenty za účelom preukázania splnenia podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 Zákona o verejnom obstarávaní za Inú osobu. V prípade, ak by Iná osoba nespĺňala jednu z podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 Zákona o verejnom obstarávaní, t. j. doklad podľa § 32 ods. 2, 4 alebo 5 Zákona o verejnom obstarávaní by nemohol byť vydaný a predložený alebo Iná osoba by tento doklad Uchádzačovi neposkytla, t. j. jeden z dokladov by chýbal z dôvodu na strane Inej osoby, Uchádzač by ho podobne ako v prejednávanom prípade nemohol komisii Verejného

obstarávateľa predložiť. “. Tu možno podľa navrhovateľa vidieť skutočný zmysel a účel ustanovenia § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je podľa jeho názoru zo strany komisie kontrolovaného nutné obligatórne aplikovať z dôvodu na strane inej osoby. Podľa názoru navrhovateľa tento inštitút je v každom prípade, t. j. aj v prípade akýchkoľvek pochybností, potrebné vykladať a aplikovať v prospech rozšírenia hospodárskej súťaže a v tomto prípade v prospech udržania navrhovateľa v predmetnom verejnom obstarávaní.

32. V nadväznosti na tieto argumenty je podľa názoru navrhovateľa ešte vhodné upriamiť pozornosť aj na to, že napriek vyššie uvedeným skutočnostiam, zneniu ponuky, JED-u za inú osobu, odpovedi na žiadosť o predloženie dokladov, odpovedi na žiadosť o vysvetlenie 1, odpovedi na žiadosť o vysvetlenie 2 a odpovedi na žiadosť o vysvetlenie 3 sa cit.: „(...) *komisia Verejného obstarávateľa zjavne netransparentne a nedôvodne dopytovala na neexistujúci pracovnoprávny vzťah pána SAV s Uchádzačom, resp. niektorým z členov Uchádzača. V tejto súvislosti komisia Verejného obstarávateľa v rozpore so znením Ponuky, JEDom za Inú osobu a Odpoveďou na Žiadosť o predloženie dokladov vyjadrila v rámci Žiadosti o vysvetlenie 3 záver, podľa ktorého: „Na základe vyššie uvedených skutočností uvádzame, že komisia na vyhodnotenie ponúk nedokáže na základe Vami poskytnutých informácií vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre odborníka SAV nakoľko z predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie podmienky účasti vo vzťahu k predmetnému odborníkovi a to vo väzbe vzťahu daného kľúčového odborníka k uchádzačovi, teda či daný kľúčový odborník je v pracovnoprávnom vzťahu k uchádzačovi alebo či bol využitý inštitút podľa § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, tj. odborné kapacity inej osoby a v prípade využitia tohto inštitútu následne preveriť splnenie zákonných povinností upravených v predmetnom ustanovení. (...) Týmto Vás opätovne žiadame o preukázanie splnenia podmienky účasti pre odborníka SAV a to zdokladovaním že je v pracovnoprávnom vzťahu s uchádzačom alebo že využívate odborné kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. “*“. Na základe vyššie uvedenej argumentácie je podľa navrhovateľa zrejmé, že tieto závery a žiadosti komisie kontrolovaného sú nesprávne a neopodstatnené, pričom sú podľa navrhovateľa aj v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní s poukazom najmä na princíp transparentnosti.
33. Preto navrhovateľ opakovane konštatuje, že oznámenie o vylúčení, znenie oznámenia o vylúčení a dôvody v ňom uvedené, resp. konanie komisie kontrolovaného súvisiace s oznámením o vylúčení sú podľa jeho názoru primárne v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) a j) zákona o verejnom obstarávaní, s § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní s poukazom na princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti, a súčasne sú podľa jeho názoru aj sekundárne v rozpore s § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to rovnako s poukazom na princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti. K tomu navrhovateľ dodáva, že cit.: „(...) *v prípade zákonnej aplikácie § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu na strane Inej osoby (nesplnenie Podmienky účasti Inou osobou a dôvod na vylúčenie Inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní) mal obligatórne nastúpiť postup komisie Verejného obstarávateľa podľa § 40 ods. 5 Zákona o verejnom obstarávaní tak, ako to správne uviedol Uchádzač už v rámci Odpovede na Žiadosť o vysvetlenie 4, ktorý však vzhľadom na vyššie uvedený rozpor postupu komisie Verejného obstarávateľa so Zákonom o verejnom obstarávaní nebol dodržaný. “*

34. S ohľadom na všetky vyššie uvedené závery navrhovateľ ďalej uvádza svoje právne a skutkové závery podložené rozhodovacou praxou úradu vzťahujúce sa k odôvodneniu oznámenia o vylúčení.
35. K úvodnému zneniu oznámenia o vylúčení, cit.: „Z verejného obstarávania ste boli vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) z dôvodu, že ste nepredložili po opakovanej písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote.“, navrhovateľ uvádza, že toto konštatovanie neobstojí, keďže cit.: „Uchádzač poskytol komisii Verejného obstarávateľa Odpoveď na Žiadosť o predloženie dokladov v lehote stanovenej komisiou Verejného obstarávateľa, čo znamená, že komisia Verejného obstarávateľa nebola oprávnená titul na vylúčenie Uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. j) Zákona o verejnom obstarávaní po doručení Odpovede na Žiadosť o predloženie dokladov zo strany Uchádzača aplikovať. Navyše je zrejmé, že komisia Verejného obstarávateľa v rámci Žiadosti o vysvetlenie 1, Žiadosti o vysvetlenie 2, Žiadosti o vysvetlenie 3 a Žiadosti o vysvetlenie 4 neaplikovala opakovane ustanovenie § 39 ods. 6 Zákona o verejnom obstarávaní, ale ustanovenie § 40 ods. 4 Zákona o verejnom obstarávaní, čo vyplýva aj z nižšie uvedeného znenia Oznámenia o vylúčení (strana 15 dole a strana 16 hore), a to v súvislosti s vyhodnocovaním dokladov predložených v Ponuke a v Odpovedi na Žiadosť o predloženie dokladov vo vzťahu k Podmienke účasti.“. Navrhovateľ ďalej vyslovuje svoj názor, že inštitút zakotvený v § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní bola komisia kontrolovaného oprávnená aplikovať vo vzťahu k všetkým jednotným európskym dokumentom naraz len raz, pričom následne bola podľa názoru navrhovateľa povinná aplikovať v prípade potreby už len inštitút podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
36. Čo sa týka nasledujúceho znenia oznámenia o vylúčení, cit.: „Vzhľadom na skutočnosť, že uchádzač nedoložil zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít - tak ako je uvedené v predloženom jednotnom európskom dokumente na strane 527 ponuky, komisia na vyhodnotenie ponúk sa opakovane (9. júla 2020, 24. júla 2020, 12. augusta 2020) prostredníctvom žiadostí o vysvetlenie snažila od uchádzača získať vysvetlenie týkajúce sa pracovného vzťahu p. SAV a spoločnosti EF“, navrhovateľ k tomu uvádza, cit.: „V tejto súvislosti je možné poukázať na predchádzajúci odsek obsahujúci argumentáciu Uchádzača, ktorá vyvracia aj tieto závery komisie Verejného obstarávateľa, pričom je možné doplniť, že preverovanie pracovnoprávneho vzťahu pána SAV bolo v tomto prípade s ohľadom na znenie Ponuky, JEDu za Inú osobu a Odpovede na Žiadosť o predloženie dokladov v zmysle vyššie uvedeného nedôvodné a najmä netransparentné, pričom nebolo smerované na preverenie pracovného pomeru pána SAV s Inou osobou tak, ako uvádza komisia Verejného obstarávateľa vyššie, ale na preverenie pracovného pomeru pána SAV s Uchádzačom, resp. členom Uchádzača.“.
37. Čo sa týka nasledujúceho znenia oznámenia o vylúčení, cit.: „Uchádzač ani po opakovaných žiadostiach o vysvetlenie nepredložil zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ani žiadnu inú zmluvu ktorá by potvrdzovala záväzok spoločnosti EF uvedený v Jednotnom európskom dokumente poskytnúť technické a odborné kapacity pre kľúčového odborníka stavbyvedúci na cesty.“, navrhovateľ uvádza, že na základe týchto skutočností vznikol v procese verejného obstarávania dôvod na jeho vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu na strane inej osoby (nesplnenie podmienky účasti inou osobou a dôvod na vylúčenie inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní) a na obligatórnu aplikáciu § 40 ods.

5 zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, ako to uviedol v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie 4.

38. Čo sa týka vyjadrenia kontrolovaného uvedeného v oznámení o vylúčení, cit.: „Komisia na vyhodnotenie ponúk z dôvodu, že uchádzač nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote nemohla vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre kľúčového odborníka stavbyvedúci na cesty.“, navrhovateľ k tomu uvádza, cit.: „Vzhľadom na vyššie uvedenú argumentáciu Uchádzača, a súčasne na to, že Uchádzač poskytol komisii Verejného obstarávateľa Odpoveď na Žiadosť o predloženie dokladov v lehote stanovenej komisiou Verejného obstarávateľa, je toto konštatovanie komisie Verejného obstarávateľa nielen nesprávne, ale je aj v rozpore s postupom komisie Verejného obstarávateľa, ktorá po doručení Odpovede na Žiadosť o predloženie dokladov opakovane aplikovala inštitút zakotvený v § 40 ods. 4 Zákona o verejnom obstarávaní (Žiadosť o vysvetlenie 1, Žiadosť o vysvetlenie 2, Žiadosť o vysvetlenie 3 a Žiadosť o vysvetlenie 4), a teda začala proces posudzovania splnenia podmienok účasti, t. j. aj Podmienky účasti.“.
39. Ďalej navrhovateľ poukazuje na nasledujúcu argumentáciu kontrolovaného uvedenú v oznámení o vylúčení, ktorou komisia kontrolovaného reagovala na odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 4, cit.: „Z vyššie uvedenej žiadosti uchádzača o náhradu kľúčového odborníka verejný obstarávateľ uvádza, že dôvod na vylúčenie nastal na strane uchádzača a nie na strane kľúčového odborníka, resp. tretej osoby a to z dôvodu že uchádzač bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote a teda uvedený postup v zmysle 40 ods. 5 nie je relevantný. Uvedený záver potvrdzuje aj odborná literatúra v zmysle ktorej cit.: „Zákonodarca nedefinuje rozsah dôvodov, pre ktoré má dôjsť k vylúčeniu osoby v postavení podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3. Máme za to, že pri tejto osobe ide v prvom rade o posúdenie, či táto spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32. Medzi dôvody je ďalej možné zaradiť dôvody vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) až d), e), f), g) - ak sa uplatňuje a h)“., pričom k tomu uvádza nasledovné. Podľa názoru navrhovateľa sú tvrdenia komisie kontrolovaného ohľadne toho, že dôvod na vylúčenie nastal na strane navrhovateľa, a teda nie na strane inej osoby, v zmysle vyššie uvedenej argumentácie nepravdivé. Navrhovateľ v nadväznosti na to uvádza, že poskytol komisii kontrolovaného odpoveď na žiadosť o predloženie dokladov v lehote stanovenej komisiou. V tejto súvislosti navrhovateľ vyjadruje presvedčenie, že tieto tvrdenia komisie kontrolovaného vychádzajú z nesprávneho výkladu a následnej aplikácie ustanovení § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, § 40 ods. 6 písm. a) a j) zákona o verejnom obstarávaní, § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a s nimi súvisiaceho § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s prejednáványm skutkovým stavom. K tomu navrhovateľ ďalej uvádza, že cit.: „Po podrobnej analýze uvedenej Uchádzačom v tomto podaní vyššie je zjavné, že komisia Verejného obstarávateľa postupovala v nadväznosti na nesprávny výklad týchto ustanovení Zákona o verejnom obstarávaní viackrát netransparentne, nekontrolovateľne a nepreskúmateľne, pričom spomenuté inštitúty zakotvené v Zákone o verejnom obstarávaní viacnásobne v rozpore s ich účelom, zákonným znením, zákonnou aplikáciou a rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie neoprávnene zmiešala. Pokiaľ ide o citovanú časť odbornej literatúry, v súvislosti s touto možno vyjadriť presvedčenie, že táto žiadnym spôsobom nepodporuje argumentáciu komisie Verejného obstarávateľa, nakoľko komisia Verejného obstarávateľa nebola oprávnená ustanovenie § 40 ods. 6 písm. j) Zákona o verejnom obstarávaní v prejednávanom prípade aplikovať. Naopak, citovaná odborná literatúra podľa Uchádzača podporuje argumentáciu Uchádzača, nakoľko u Inej osoby vznikol dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona

o verejnom obstarávaní, čo znamená, že automaticky vznikla aj obligatórna povinnosť komisie Verejného obstarávateľa aplikovať § 40 ods. 5 Zákona o verejnom obstarávaní.“

40. Čo sa týka tvrdenia kontrolovaného uvedeného v oznámení o vylúčení, cit.: „Uchádzač zároveň v jednotnom európskom dokumente Časť VI: Záverečné vyhlásenia uviedol, že informácie uvedené v častiach II-V sú pravdivé a správne a že boli uvedené pri plnom vedomí následkov závažného skresľovania skutočnosti. Zároveň podpísaný vyhlasuje, že na požiadanie okamžite predloží uvedené osvedčenia a ostatné formy listinných dôkazov. Konanie uchádzača v priebehu vyhodnocovania ponúk je tak v rozpore s jeho písomným záväzkom uvedeným v jednotnom európskom dokumente.“, podľa názoru navrhovateľa tento argument neobstojí, nakoľko, cit.: „(...) Uchádzač v rámci Odpovede na Žiadosť o predloženie dokladov predložil komisii Verejného obstarávateľa všetky dostupné dokumenty za účelom preukázania Podmienky účasti tak, ako deklaroval vo svojej Ponuke, pričom nedokázal prinútiť Inú osobu na poskytnutie potrebnej súčinnosti, a teda na splnenie jej záväzku z JEDu za Inú osobu, ktorý podpisuje a poskytuje Uchádzačovi Iná osoba. Jedná sa teda opätovne len o dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní na strane Inej osoby.“
41. Záverom sa navrhovateľ vyjadruje k argumentácii uvedenej v oznámení o vylúčení, ktorou komisia kontrolovaného poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 9. 2018. K tomuto odkazu na rozhodovaciu prax Rady úradu navrhovateľ uvádza, že cit.: „(...) citovaná časť rozhodnutia Rady Úradu pre verejné obstarávanie nie je na prejednávany prípad aplikovateľná, nakoľko výklad poskytnutý Radou Úradu pre verejné obstarávanie v citovanom rozhodnutí sa vzťahuje na iný skutkový a právny stav, a to konkrétne na aplikáciu § 40 ods. 6 písm. j) Zákona o verejnom obstarávaní v súlade so Zákonom o verejnom obstarávaní (na rozdiel od tohto prípadu). Navyiac je zrejmé, že komisia Verejného obstarávateľa sa v rozpore so Zákonom o verejnom obstarávaní priklonila k tomu najviac obmedzujúcemu riešeniu vzniknutého skutkového stavu, a to k vylúčeniu Uchádzača z Verejného obstarávania.“
42. Vzhľadom na vyššie uvedený skutkový stav, právny stav a parciálne závery navrhovateľa navrhovateľ uvádza, že nemá v procese verejného obstarávania za preukázané akékoľvek porušenie zákona o verejnom obstarávaní z jeho strany, ktoré by mohlo zakladať zákonné rozhodnutie komisie kontrolovaného vylúčiť ho z verejného obstarávania na základe § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní. Naopak navrhovateľ má za to, že komisia kontrolovaného sa svojim konaním viackrát dostala do rozporu s § 40 ods. 6 písm. a) a j) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, s § 40 ods. 5 v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, s § 39 ods. 6 v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, s § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s § 10 ods. 2 tohto zákona a s princípom čestnej hospodárskej súťaže.
43. Navrhovateľ preto považuje oznámenie o vylúčení za nezákonné, pričom toto vylúčenie vykonané prostredníctvom oznámenia o vylúčení podľa jeho názoru mohlo, resp. môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, pretože jeho ďalšia účasť/neúčasť vo verejnom obstarávaní môže ovplyvniť celkové poradie uchádzačov, a teda aj výsledok verejného obstarávania. Z tohto dôvodu navrhovateľ žiada úrad, aby rozhodnutím nariadil odstránenie vzniknutého protiprávneho stavu na základe § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, ako to v súlade s § 170 ods. 5 písm. f) tohto zákona navrhuje v nasledujúcom petite svojich námietok.

44. Navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému vo verejnom obstarávaní odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie o vylúčení ponuky navrhovateľa zo dňa 17. 9. 2020 z predmetného verejného obstarávania, zaradiť navrhovateľa späť do predmetného procesu verejného obstarávania, opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti u navrhovateľa a pokračovať v predmetnom verejnom obstarávaní, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Začiatok a priebeh konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

45. Čo sa týka začatia predmetného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, úrad poukazuje na to, že v predmetnom prípade ide o nadlimitnú zákazku zadávanú postupom reverznej verejnej súťaže v zmysle § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorej sa ponuky nepredkladajú podľa § 49 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Z toho dôvodu nebolo v danom prípade možné doručiť úradu všetky informácie podľa § 166 tohto zákona, čo malo za následok, že úrad nemohol začať konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v lehotách podľa ustanovenia § 171 ods. 3 písm. a) a písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe toho sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok muselo začať podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní dňom doručenia oznámenia o začatí konania navrhovateľovi a kontrolovanému ako účastníkom konania. Dňa 27. 10. 2020 zaslal úrad kontrolovanému a substitučne splnomocnenému zástupcovi navrhovateľa (spoločnosti AS, na základe substitučného plnomocenstva zo dňa 12. 1. 2012) list č. 14286-6000/2020-OD-Ozn. ako účastníkom konania podľa § 171 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní. Týmto listom úrad oznámil začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Predmetný list bol kontrolovanému elektronicky doručený dňa 29. 10. 2020 a navrhovateľovi, prostredníctvom uvedeného splnomocneného zástupcu, dňa 5. 11. 2020. Na základe uvedeného úrad konštatoval, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok sa v zmysle § 171 ods. 3 písm. c) v spojení s § 171 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní začalo dňa 5. 11. 2020, t. j. v deň, kedy bolo obom účastníkom konania doručené oznámenie o začatí konania.
46. Dňa 6. 11. 2020 bol úradu elektronicky doručený list označený ako „Žiadosť o riadne doručovanie a opravu oznámenia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zo dňa 27.10.2020“, ktorým spoločnosť DE, požiadala úrad, aby:
1. v predmetnom konaní komunikoval a písomnosti riadne doručoval výlučne spoločnosti DE, ktorá je právnym zástupcom vedúceho člena skupiny dodávateľov (navrhovateľa),
 2. s ohľadom na skutočnosti uvedené v predmetnom liste úrad opravil záhlavie oznámenia o začatí konania tak, že ako adresát tohto oznámenia bude uvedená spoločnosť DE,
 3. úrad opravil textáciu oznámenia o začatí konania obsahujúcu identifikáciu navrhovateľa a jeho zastúpenia a aby následne doručil takto opravené oznámenie o začatí konania spoločnosti DE (ďalej len „žiadosť“).
47. Úrad na vyššie uvedenú žiadosť odpovedal dňa 13. 11. 2020 listom č. 14286-6000/2020-OD-L, označeným ako „Žiadosť o riadne doručovanie a opravu oznámenia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zo dňa 27.10.2020“ – odpoveď“, v ktorom spoločnosti DE podrobne vysvetlil, z akého dôvodu zasielal oznámenie o začatí konania, adresované navrhovateľovi, spoločnosti AS. Úrad pri doručovaní tohto dokumentu navrhovateľovi vychádzal z plnomocenstiev, ktoré tvorili prílohu k námietkam, z ktorých úrad

zistil, že spoločnosť AS bola spoločnosťou DE ako právny zástupcom vedúceho člena skupiny dodávateľov (navrhovateľa) substitučne splnomocnená na zastupovanie navrhovateľa v predmetnom konaní, a teda podľa úradu bola oprávnená aj na to, aby za neho prijímala doručované písomnosti, vrátane oznámenia o začatí konania podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v predmetnom liste o. i. konštatoval, že oznámenie o začatí konania bolo riadne doručené splnomocnenému zástupcovi navrhovateľa a že **predmetné konanie sa podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní preukázateľne začalo dňa 5. 11. 2020**, doručením oznámenia o začatí konania navrhovateľovi a kontrolovanému ako účastníkom konania. Úrad predmetným listom vyhovel 1. bodu žiadosti, v ktorom bolo požadované, aby úrad v predmetnom konaní komunikoval a písomnosti riadne doručoval výlučne spoločnosti DE, ktorá je právny zástupcom vedúceho člena skupiny dodávateľov (navrhovateľa). Úrad preto spoločnosti DE oznámil, že všetky ďalšie procesné úkony adresované navrhovateľovi ako aj samotné rozhodnutie o námietkach podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní bude doručovať do jej elektronickej schránky.

48. Úrad po začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok listom č. 14286-6000/2020-OD-V zo dňa 18. 11. 2020, doručeným kontrolovanému dňa 19. 11. 2020, vyzval kontrolovaného v zmysle § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli k predmetnej verejnej súťaži a písomného vyjadrenia k podaným námietkam, a to v lehote do piatich pracovných dní odo dňa doručenia uvedeného listu.
49. Dňa 23. 11. 2020 doručil kontrolovaný úradu list označený ako „Vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam“ zo dňa 20. 11. 2020, ktorým poskytol úradu jeho písomné vyjadrenie k námietkam podľa § 173 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Prílohou predmetného listu bola dokumentácia k predmetnej verejnej súťaži v origináli. Kontrolovaný zároveň toho istého dňa sprístupnil úradu elektronicкую podobu dokumentácie, a to zriadením prístupu do systému JOSEPHINE (josephine.proebiz.com), prostredníctvom ktorého sa uskutočňuje elektronická komunikácia v predmetnom verejnom obstarávaní.
50. Nakoľko úradu predložená dokumentácia k verejnej súťaži nebola kompletná v zmysle § 173 ods. 2 v spojení s § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím o prerušení konania č. 14286-6000/2020-OD-P zo dňa 7. 12. 2020 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v zmysle § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote určenej úradom, a to do desiatich pracovných dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Predmetné rozhodnutie bolo kontrolovanému a navrhovateľovi elektronicky doručené dňa 8. 12. 2020, pričom v tento deň nadobudlo právoplatnosť.
51. Úradu bol následne dňa 17. 12. 2020 doručený list kontrolovaného zo dňa 10. 12. 2020, označený ako „Vyjadrenie k prerušeniu konania o námietkach“, ktorým kontrolovaný v intenciách § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní doplnil úradu predloženú dokumentáciu k verejnej súťaži a v predmetnom liste zároveň potvrdil, že dokumentácia predložená úradu je kompletná a že neeviduje a neuchováva žiadne ďalšie dokumenty viažuce sa k postupu zadávania predmetnej zákazky.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

52. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia uvádza, že cit.: „*Za irelevantnú možno považovať argumentáciu uchádzača, podľa ktorej považuje postup verejného obstarávateľa, ktorým nevyzval uchádzača na nahradenie tretej osoby - hlavného stavbyvedúceho na cesty podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a vylúčil uchádzača pre nepredloženie dokumentov nahradených JED v zmysle § 40 ods. 6 písm. j/ zákona o verejnom obstarávaní a to hneď z niekoľkých dôvodov: (...).*“.
53. Kontrolovaný v časti A) svojho vyjadrenia, ktorému dal označenie „Uchádzač si má byť už pri predkladaní ponuky vedomý, akým spôsobom bude preukazovať splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti“, uvádza nasledovné.
54. Kontrolovaný je toho názoru, že uchádzač má mať už v čase predloženia ponuky vedomosť o identite subjektu, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti, nakoľko aj na uchádzačov je podľa jeho názoru potrebné klásť istú mieru zodpovednosti. K tomu dodáva, že keďže uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov v ponuke, resp. za úplnosť a správnosť predloženej ponuky, požiadavka na navrhovateľa, aby už v lehote na predkladanie ponúk vedel minimálne to, kým a ako bude preukazovať jednotlivé podmienky účasti, nie je podľa kontrolovaného neprimeraná.
55. Preto by podľa názoru kontrolovaného uchádzač pri predkladaní ponuky nemal len predpokladať, kým bude preukazovať jednotlivé podmienky účasti (na základe predchádzajúcej spolupráce s jednotlivými spoločnosťami), ale mal by to presne vedieť a v ponuke predložiť za tieto osoby príslušné doklady, prípadne tieto doklady nahradiť predložením JED-ov. Kontrolovaný má za to, že ak sa pri preukazovaní podmienok účasti rozhodne uchádzač využiť kapacity tretej osoby a za túto tretiu osobu aj predloží JED, musí si byť vedomý toho, že kontrolovaný je oprávnený kedykoľvek v zmysle § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní požiadať uchádzača o predloženie dokumentov nahradených JED-om.
56. Kontrolovaný v časti B) svojho vyjadrenia, ktorú označil ako „Nahradenie dokumentov JED-om nie je trvalé“, uvádza nasledovné.
57. Kontrolovaný uvádza, že jednotný európsky dokument je doklad, resp. formulár, ktorý vo verejnom obstarávaní slúži na predbežné nahradenie dokladov preukazujúcich splnenie všetkých podmienok účasti. Z ustanovenia § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pritom podľa kontrolovaného vyplýva, že ak uchádzač preukazuje technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa § 39 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní aj o tejto osobe.
58. Kontrolovaný ďalej uvádza, že cit.: „*Čo najjednoduchšie povedané, v zásade ide o formalizované čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti. Uchádzač má teda na výber, či v predloženej ponuke preukáže požadované podmienky účasti predložením jednotlivých dokladov, alebo tieto doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti v ponuke dočasne nahradí JED-om. Uchádzač má tiež možnosť kombinácie, a teda časť dokladov predložiť v ponuke a časť nahradiť JED-om. Je však potrebné zdôrazniť, že v prípade JED-u nejde o jednoduché čestné vyhlásenie, v ktorom uchádzač len vyhlási, že spĺňa požadované podmienky účasti, ale jedná sa o formalizované čestné vyhlásenie, ktoré má svoje presne určené pravidlá vo vzťahu k jeho vyplňaniu.*“.

59. Kontrolovaný k tomu uvádza, že preukázanie splnenia podmienok účasti formou JED-u nie je trvalé a má charakter len predbežného nahradenia. Podľa názoru kontrolovaného si tejto skutočnosti musí byť uchádzač vedomý a musí počítať s tým, že v prípade postupu podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní môže byť verejným obstarávateľom vyzvaný na predloženie dokladov, ktoré JED-om nahradil, pričom ak nepredloží dokumenty, ktoré nahradil JED-om, je to dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona o verejnom obstarávaní.
60. Kontrolovaný v časti C) svojho vyjadrenia, ktorú nazval „Uchádzač v predloženom JED vyhlásil, že na výzvu kontrolovaného predloží všetky dokumenty, ktorými nahradil JED“, uvádza nasledovné.
61. Podľa názoru kontrolovaného s vyššie uvedeným zároveň korešponduje aj ustanovenie § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že ak uchádzač preukazuje finančné / ekonomické postavenie alebo technickú / odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, JED obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe.
62. Kontrolovaný zároveň poukazuje na § 39 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a poukazuje na to, že JED obsahuje aktualizované vyhlásenie hospodárskeho subjektu, že neexistuje dôvod na jeho vylúčenie, že spĺňa objektívne a nediskriminačné pravidlá a kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ obmedzil počet záujemcov a že poskytne verejnému obstarávateľovi na požiadanie doklady, ktoré nahradil JED-om.
63. Vychádzajúc z vyššie uvedeného kontrolovaný uvádza, že v prípade, ak člen skupiny dodávateľov (uchádzač) preukazuje splnenie podmienky účasti technickej / odbornej spôsobilosti aj prostredníctvom kapacít tretích osôb, je povinný za všetky tieto (zamýšľané) tretie osoby predložiť v ponuke samostatný JED.
64. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania jednoznačne stanovil, že v prípade preukázania splnenia podmienok účasti prostredníctvom JED-u, musia z predloženého JED-u jednoznačne vyplývať informácie o splnení všetkých určených podmienok účasti a informácie o spôsobe preukázania určených podmienok účasti, pričom v takom prípade je povinnosť predložiť JED aj za tretie osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
65. Kontrolovaný následne poukazuje na § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. na to, že ak uchádzač na preukázanie technickej / odbornej spôsobilosti využíva technické / odborné kapacity inej osoby, musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej / odbornej spôsobilosti, a to písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou. Kontrolovaný poukazuje aj na to, že z tejto písomnej zmluvy musí zároveň vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu, pričom osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej / odbornej spôsobilosti, musí zároveň preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.
66. Kontrolovaný ďalej uvádza, že cit.: *„Vzhľadom na skutočnosť, že uchádzač preukazoval splnenie podmienok účasti týkajúce sa požiadaviek na odbornú spôsobilosť, vzdelanie a prax za kľúčového odborníka STAVBYVEDÚCI NA CESTY prostredníctvom tretej osoby a to*

prostredníctvom spoločnosti EF, uchádzač bol povinný za túto tretiu osobu predložiť aj JED, čo vo svojej ponuke aj urobil. Následne si však uchádzač v súlade s § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní musel byť vedomý skutočnosti, že na základe výzvy na predloženie dokumentov nahradených JED-om mu vznikne povinnosť na predloženie dokladov, ktoré JED-om nahradil, pričom ak nepredloží dokumenty, ktoré nahradil JED-om, je to dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona. Ako už bolo uvedené, v prípade JED-u ide o formalizované čestné vyhlásenie, ktoré má svoje presne určené pravidlá vo vzťahu k jeho vyplňaniu a predkladaníu. Nakoľko navrhovateľ nepostupoval v súlade s týmito pravidlami, ako ani s požiadavkami kontrolovaného, a ani so zákonom o verejnom obstarávaní, pokiaľ by uvedené skutočnosti kontrolovaný akceptoval, porušil by tak princíp rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi. Navyše, JED obsahuje aj vyhlásenie a výslovný záväzok uchádzača, že poskytne verejnému obstarávateľovi na požiadanie doklady, ktoré nahradil JED-om.“.

67. V nadväznosti na uvedené kontrolovaný konštatuje, že navrhovateľ bol na základe predmetnej žiadosti o predloženie dokladov povinný predložiť písomné zmluvy uzavreté so všetkými zamýšľanými tretími osobami, ktorými technickými / odbornými kapacitami mieni preukázať danú podmienku účasti, ako aj doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia všetkých týchto tretích osôb.
68. Kontrolovaný k tomu uvádza, že navrhovateľ bol na základe jeho žiadosti o predloženie dokladov alebo dokumentov, ktoré boli nahradené JED-om podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní povinný predložiť písomnú zmluvu uzavretú so spoločnosťou EF, ktorej technickými / odbornými kapacitami mienil preukázať danú podmienku účasti, ako aj doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia za túto osobu. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukazuje na to, že navrhovateľ to neurobil, a to i napriek tomu, že na základe žiadosti navrhovateľa mu kontrolovaný predĺžil lehotu na predloženie dokumentov nahradených JED-om o 20 pracovných dní.
69. Kontrolovaný má za to, že nakoľko navrhovateľ túto zmluvu nepredložil v rámci predloženia dokladov nahradených JED-om, navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote.
70. Kontrolovaný v časti D) svojho vyjadrenia, ktorú označil ako „Dôvod vylúčenia existoval priamo na strane uchádzača“, uvádza nasledovné.
71. Nakoľko podľa kontrolovaného navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote, čím nepreukázal splnenie danej podmienky účasti, kontrolovaný má za to, že dôvod vylúčenia existoval priamo na strane navrhovateľa (nie na strane tretej osoby tak, ako uvádza navrhovateľ vo svojich námietkach).
72. Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že je povinnosťou uchádzača predložiť do verejného obstarávania ponuku, ktorá bude spĺňať všetky náležitosti, ktoré predpokladajú právne predpisy, ako aj oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania a súťažné podklady. Kontrolovaný poukazuje na to, že aplikáciou tohto princípu sa zabezpečuje princíp rovného zaobchádzania, keďže sa všetkým uchádzačom, ktorí predložia ponuku, dáva k dispozícii rovnaký čas na zaobstaranie všetkých dokumentov, ktoré sú potrebné pre podanie ponuky.
73. Kontrolovaný ďalej uvádza, že bol z dôvodu nutnosti aplikácie princípu rovnosti uchádzačov povinný hodnotiť ponuky tak, ako boli predložené v lehote určenej v oznámení o vyhlásení

verejného obstarávania. Kontrolovaný má za to, že pokiaľ by umožnil niektorému z uchádzačov doplniť požadované podklady po uplynutí lehoty na predloženie ponúk, pozitívnym spôsobom by takéhoto uchádzača diskriminoval, keďže by taký uchádzač bol zvýhodnený oproti tým uchádzačom, ktorí riadne a včas zabezpečili všetky potrebné podklady. Kontrolovaný k tomu poznamenáva, cit.: „*Snaha uchádzača o aplikáciu inštitútu nahradenia treťou osobou preto (pokiaľ by sa ignoroval aj skutočný význam vyššie uvedeného ustanovenia ZVO) javí známky zneužitia práva.*“.

74. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že je taktiež povinnosťou uchádzača zaobstarať potrebné podklady pre zaslanie ponuky bez ohľadu na to, kto je pôvodcom alebo dotknutou osobou predmetných podkladov. Všetky povinnosti, ktoré má uchádzač spĺňať, aby mohla byť jeho ponuka riadne vyhodnotená zo strany verejného obstarávateľa, musí podľa názoru kontrolovaného zabezpečovať sám uchádzač a nie je povinnosťou verejného obstarávateľa riešiť problémy, ktoré nastali medzi uchádzačom a treťou osobou. V tomto kontexte kontrolovaná poukazuje na to, že celý proces verejného obstarávania je postavený na vzájomnom vzťahu medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom, prípadne úspešným uchádzačom. K tomu dodáva, cit.: „*Aj keď ZVO predpokladá predloženie určitých podkladov týkajúcich sa tretích osôb, pokiaľ uchádzač neplánuje uskutočniť predmet obstarávania čisto vlastnými prostriedkami, je následne vždy vecou uchádzača riešiť jednotlivé problémy vyplývajúce zo zmluvných vzťahov s tretími osobami, keďže ide o relatívny právny vzťah. Záujem na rovnosti uchádzačov ako aj princíp ochrany hospodárskej súťaže majú za cieľ poskytnúť všetkým možným uchádzačom rovnaké podmienky tak, aby zo strany verejného obstarávateľa nebol niektorý z uchádzačov zvýhodnený alebo znevýhodnený. Pokiaľ uchádzač nevie zabezpečiť súčinnosť potrebných osôb, je to súčasťou jeho podnikateľského rizika.*“.
75. V tejto súvislosti kontrolovaný poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018, konkrétne na bod 150. predmetného rozhodnutia, kde sa uvádza: „*Nakoľko navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote, pričom nepreukázal splnenie danej podmienky účasti, rada má za to, že dôvod vylúčenia existoval priamo na strane navrhovateľa. V tejto súvislosti rada poukazuje na znenie § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje technickú/odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. Z dôvodovej správy k predmetnému ustanoveniu zákona o verejnom obstarávaní pritom vyplýva, že niektorý z dôvodov na vylúčenie musí existovať u tejto tretej osoby. Rada preto dospela k záveru, že kontrolovaný nie len, že nebol povinný aplikovať postup podľa tohto ustanovenia, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie tretej osoby, resp. tretích osôb, ale postup podľa tohto ustanovenia ani nebol možný, nakoľko dôvod na vylúčenie neexistoval na strane tretej osoby, ale priamo na strane navrhovateľa, a to práve z dôvodu, že navrhovateľ bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote, pričom nepreukázal splnenie danej podmienky účasti.*“.
76. Kontrolovaný sa domnieva, že v posudzovanom prípade nastal rovnaký dôvod na aplikáciu dôvodu vylúčenia navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní. Keďže navrhovateľ (nie tretia osoba) nepredložil dokumenty nahradené JED-om, kontrolovaný má za to, že postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a aj v súlade s rozhodovacou praxou Rady úradu.
77. Kontrolovaný ďalej v časti E) svojho vyjadrenia k námietkam, ktorú nazval „Neobstojí argument, že kontrolovaný nebol oprávnený žiadať o nahradenie JED bez riadneho

odôvodnenia a že predložením dokumentov, hoci nekompletných, dôvod na uplatnenie § 40 ods. 6 písm. i) automaticky zanikol“, uvádza nasledovné vyjadrenie.

78. Kontrolovaný poukazuje na to, že navrhovateľ v námietkach uvádza, že kontrolovaný nebol oprávnený žiadať predloženie dokumentov nahradených JED-om a že predložením dokumentov, hoci nekompletných, automaticky nárok kontrolovaného na aplikáciu dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní zanikol. S týmto názorom kontrolovaný nesúhlasí a považuje ho za účelový.
79. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že sa jedná o reverznú verejnú súťaž v zmysle ustanovenia § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého sa mohol rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 40 sa uskutoční po vyhodnotení ponúk podľa § 53 tohto zákona. Kontrolovaný poukazuje na to, že v tomto prípade to spravil. To podľa jeho názoru znamená, že s využitím tohto inštitútu najskôr vyhodnotil ponuky a až následne pristúpil k hodnoteniu podmienok účasti.
80. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že vzhľadom na skutočnosť, že ponuka navrhovateľa sa umiestnila na prvom mieste, bol povinný po vyhodnotení ponúk pristúpiť k skúmaniu, či sú splnené aj podmienky účasti na strane víťazného uchádzača, a to v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, súťažnými podkladmi a so zákonom o verejnom obstarávaní. Takýto postup sa podľa názoru kontrolovaného javí viac ako logický, v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj vyhláseniami navrhovateľa obsiahnutými v samotnom JED-e. Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že ako verejný obstarávateľ v žiadnom prípade nemôže uzavrieť zmluvu s uchádzačom, u ktorého nemá preukázané, že spĺňa podmienky účasti.
81. Kontrolovaný taktiež považuje argumentáciu navrhovateľa uvedenú na strane 5 námietok vo vzťahu k rozhodnutiu úradu č. 7091-6000/2020-OD za účelovú a bez súvisu k skutkovým okolnostiam v posudzovanom prípade, nakoľko podľa názoru kontrolovaného rozhodnutie úradu uvádza, že aplikácia § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní sa vzťahuje na situácie, kedy požadovaný dokument nie je predložený vôbec, a nie na situácie, v ktorých verejný obstarávateľ nepovažuje predložené dokumenty za dostatočné. Argumentáciu navrhovateľa, podľa ktorého dôvody pre naplnenie tohto ustanovenia sú splnené len v prípade absolútnej pasivity uchádzača, teda v prípade žiadnej reakcie, je podľa názoru kontrolovaného dezinterpretáciou tohto rozhodnutia. Kontrolovaný akceptuje, že navrhovateľ na otázky jeho komisie reagoval, avšak kontrolovaný poukazuje na to, že požadovaný dokument, teda zmluvu, na základe ktorej by preukázal disponovanie kapacitami tretej osoby tak, ako to aj vyžaduje § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ nepredložil. K tomu kontrolovaný dodáva, že cit.: „*Navrhovateľ len zaslal vyhlásenie o existencii vzťahu tretej osoby, čo však nie je predloženie dokumentu nahradeného JED-om. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že predmetné rozhodnutie sa vzťahuje na diametrálne odlišnú situáciu, rieši uplatnenie iného dôvodu na vylúčenie, ako v posudzovanom prípade a v žiadnom prípade nemožno ani v teoretickej rovine uvažovať o analogickom uplatnení na posudzovaný prípad.*“.
82. Kontrolovaný v ďalšej časti svojho vyjadrenia, ktorú označil písm. F) a názvom „Z rozhodovacej praxe Úradu pre verejné obstarávanie vyplýva, že inštitút nahradenia podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní nebolo možné aplikovať“, uvádza nasledovné.

83. Podľa názoru kontrolovaného za zjavne nesprávne možno označiť aj to tvrdenie navrhovateľa uvedené v námietkach, podľa ktorého mal kontrolovaný údajne v dotknutom prípade rozhodnúť o vzniku dôvodu na vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne z dôvodu na strane tretej osoby (spoločnosti EF) aj bez toho, aby dopytoval navrhovateľa prostredníctvom žiadosti o vysvetlenie 1, žiadosti o vysvetlenie 2, žiadosti o vysvetlenie 3 a žiadosti o vysvetlenie 4.
84. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že navrhovateľ po tom, ako bol vyzvaný na predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom, k podmienke účasti podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní predložil doklady za kľúčových odborníkov, pričom však nebolo zistené to, že by niektorá z osôb nespĺňala niektorú z podmienok účasti, resp. že by u niektorej z osôb nastal dôvod na vylúčenie.
85. Kontrolovaný vysvetľuje, že cit.: *„(...) konštatoval, že navrhovateľ nepredložil doklady nahradené jednotným európskym dokumentom, keďže jednotné európske dokumenty, ktoré navrhovateľ predložil vo svojej ponuke, ho oprávňovali na splnenie podmienky účasti podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní preukázať len kapacitami tých subjektov, ktorých jednotné európske dokumenty v ponuke predložil. Dôvod na vylúčenie teda nenastal na strane kľúčových odborníkov, ani na strane tretej osoby, ale priamo na strane navrhovateľa, a to práve z dôvodu, že navrhovateľ bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote, pričom nepreukázal splnenie danej podmienky účasti.“*.
86. Kontrolovaný má preto za to, že nielenže nebol povinný aplikovať postup podľa ustanovenia § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie tejto tretej osoby, ale postup podľa tohto ustanovenia ani nebol možný. V naznačenej súvislosti kontrolovaný poukazuje aj na rozhodnutie Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 9. 2018, konkrétne na body 147 až 150, ktoré podľa jeho názoru len potvrdzujú správnosť jeho postupu.
87. Obdobne možno podľa názoru kontrolovaného odkázať aj na odôvodnenie rozhodnutia Rady úradu podľa rozhodnutia č. 7614-9000/2019 (bod 227.), kde v podobnom prípade, akým je aj prípad navrhovateľa, úrad uviedol nasledovné, cit.: *„Dôvod na vylúčenie teda nenastal na strane Ing. D, ale priamo na strane navrhovateľa, a to práve z dôvodu, že navrhovateľ bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené Jednotným európskym dokumentom v určenej lehote, pričom nepreukázal splnenie danej podmienky účasti. Kontrolovaný preto nielenže nebol povinný aplikovať postup podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie Ing. D, ale postup podľa tohto ustanovenia ani nebol možný.“*.
88. Kontrolovaný ďalej poukazuje aj na rozhodnutie úradu č. 11503-6000/2020-OD, v ktorom úrad v naznačených súvislostiach zdôraznil, že cit.: *„Dôvod na vylúčenie teda nenastal na strane kľúčových odborníkov, ale priamo na strane navrhovateľa, a to práve z dôvodu, že navrhovateľ bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote, pričom nepreukázal splnenie danej podmienky účasti. Kontrolovaný preto nielenže nebol povinný aplikovať postup podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie týchto osôb, ale postup podľa tohto ustanovenia ani nebol možný.“*.

89. Vzhľadom k tomu, že podľa názoru kontrolovaného v predmetnom prípade nebolo zistené,
- a) že by niektorá tretia osoba (EF), resp. kľúčový odborník (SAV) nespĺňal/a podmienku účasti v zmysle ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ani
 - b) že by na strane tretej osoby (EF), existoval dôvod na jej vylúčenie
- v predmetnom prípade nejde o situáciu, ktorá by bola pokrytá dotknutým ustanovením § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
90. Na základe uvedeného je kontrolovaný toho názoru, že ustanovenie § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní neumožňuje vyzvať uchádzača na nahradenie osoby v situácii, aká sa vyskytla v predmetnej verejnej súťaži.
91. K tomu kontrolovaný dodáva, cit.: *„Inými slovami, navrhovateľ pri formulovaní dotknutej námietky vychádzal z nesprávnej interpretácie ustanovenia § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Inštitút nahradenia tretej osoby ako ho uvádza toto ustanovenie totiž možno aplikovať len v prípade pokiaľ podmienky účasti nespĺňa konkrétna tretia osoba, nie uchádzač ako taký. To znamená, že inštitút nahradenia tretej osoby možno použiť výhradne v prípade, pokiaľ uchádzač preukázateľne doloží, že určitá tretia osoba bude súčasťou zmluvy (ktorá by mala vyjsť z procesu verejného obstarávania), avšak takáto tretia osoba nespĺňa nároky, ktoré sú na ňu kladené súťažnými podmienkami. Posudzovaná situácia v predmetnom verejnom obstarávaní je však diametrálne odlišná.“*.
92. Kontrolovaný poukazuje na to, že v tomto prípade navrhovateľ vôbec nepredložil zmluvu s treťou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou by mu preukázal, že danú tretiu osobu pri plnení zmluvy použije. K tomu kontrolovaný uvádza, že cit.: *„Keďže kontrolovaný nemal preukázanú disponibilitu treťou osobou, z pohľadu podkladov, ktoré obdržal od navrhovateľa, nemožno o preukazovaní kapacitami tretej osoby ani hovoriť a to práve z dôvodu absencie písomnej zmluvy s treťou osobou. Keďže však navrhovateľ nepredložil na základe výzvy na predloženie dokumentov nahradených JED predmetnú zmluvu, nemohol verejný obstarávateľ ani pristúpiť k vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti touto osobou. Keď tretiu osobu nemožno použiť, nemožno ani posúdiť, či vecne spĺňa požiadavky kladené súťažnými podmienkami, a potom prípadne uvažovať o možnosti vyzvať Uchádzača na jej nahradenie. Samotný význam slova nahradiť totiž predpokladá, že bude existovať určitá entita na výstupe, ako aj na vstupe, nie len na vstupe. Z toho dôvodu, kontrolovaný ani inštitút nahradenia podľa § 40 ods. 5 ZVO použiť nemohol.“*.
93. V tomto prípade má kontrolovaná za to, že nemal na výber medzi viacerými možnými (primeranými) riešeniami, nakoľko, ako už bolo uvedené, bol povinný vylúčiť navrhovateľa z dôvodu, že tento nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote. Ak by kontrolovaný postupoval inak, konal by podľa jeho názoru v rozpore nielen s § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ale aj princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, a v neposlednom rade aj spôsobom odporúčim pravidlám čestnej hospodárskej súťaže.
94. Porušenia zákona o verejnom obstarávaní by sa podľa jeho názoru dopustil naopak vtedy, keby vo vzťahu k dotknutému navrhovateľovi aplikoval postup podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, keďže práve takýmto postupom by podľa jeho názoru došlo nielen k popretiu (porušeniu) princípu rovnakého zaobchádzania, ale aj princípu transparentnosti a legitímnej požiadavky na preskúmateľný a riadne odôvodnený postup v rámci verejného

obstarávania (teda požiadavky na zákaz svojvôle). V naznačenom zmysle je podľa názoru kontrolovaného potrebné si uvedomiť, že bol v rámci predmetného verejného obstarávania nielen povinný všetkým uchádzačom, ktorí predložili ponuku zabezpečiť (poskytnúť) presne rovnaký čas na zaobstaranie všetkých dokumentov, ktoré sú potrebné pre podanie ponuky, ale bol tiež povinný garantovať, že pokiaľ si niektorý z uchádzačov nesplní svoju zákonnú povinnosť (napr. v súlade s § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní predložiť na základe výzvy na predloženie dokumentov, ktoré nahradil JED-om, vo výzve označené dokumenty) bude takýto uchádzač v zmysle § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní vylúčený. K tomu kontrolovaný dodáva, cit.: „*Pokiaľ teda kontrolovaný nechcel poskytnúť dotknutému uchádzačovi vo vzťahu k ostatným uchádzačom neoprávnenú a nedôvodnú výhodu, bol povinný v predmetnom verejnom obstarávaní postupovať tak, ako postupoval.*“.

95. Kontrolovaný v závere svojho vyjadrenia uvádza, že na základe vyššie uvedených skutočností má za to, že konal v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a že sú splnené všetky zákonné podmienky na to, aby úrad námietky navrhovateľa v zmysle § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zamietol.

Zistenia úradu

Z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu, predloženej úradu na účely konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa, úrad zistil nasledovné, k meritu námietok relevantné skutočnosti:

96. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 22. 12. 2018 pod značkou 2018/S 247-567097 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 252/2018 dňa 27. 12. 2018 pod značkou 18535 – MSP verejnú súťaž na predmet zákazky s názvom „Rýchlostná cesta R2 Šaca – Košické Oľšany II. úsek“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 138 043 873,64 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, zadávanú postupom reverznej verejnej súťaže podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Do lehoty na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená v zmysle korigenda zverejneného vo Vestníku verejného obstarávania č. 157/2019 dňa 2. 8. 2019 pod značkou 21816 – IOX na deň 23. 8. 2019 do 10:00 hod., predložilo do predmetného verejného obstarávania svoju ponuku 7 uchádzačov, a to vrátane navrhovateľa. Nakoľko sa predmetné verejné obstarávanie realizuje reverzným postupom podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, a to v zmysle oddielu VI. „Doplňkové informácie“, bodu VI.3) „Doplňujúce informácie“, odseku 1. zverejneného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a rovnako tak aj v zmysle súťažných podkladov, kontrolovaným zriadená komisia vyhodnocovala splnenie podmienok účasti uchádzačov podľa § 40 tohto zákona po vyhodnotení ich ponúk podľa § 53 tohto zákona. Nakoľko kontrolovaný postupuje podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, po otvorení ponúk, ktoré sa uskutočnilo dňa 23. 8. 2019 o 11:00 hod. a ich následnom vyhodnotení, vyhodnocoval splnenie určených podmienok účasti u navrhovateľa ako uchádzača č. 7, ktorý sa umiestnil na prvom mieste v poradí, a teda u uchádzača, ktorý v návrhu na plnenie stanoveného kritéria na vyhodnotenie ponúk navrhol najnižšiu cenu. Predmetné verejné obstarávanie sa tak v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze vyhodnocovania splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní.
97. Kontrolovaný vo zväzku 1 „Pokyny pre záujemcov / uchádzačov“, v časti B „Prílohy pokynov pre záujemcov / uchádzačov“, v prílohe B7 „Podmienky účasti týkajúce sa osobného,

finančného a ekonomického postavenia, technickej a odbornej spôsobilosti“ súťažných podkladov určil v bode III.1.3.2.7.4 nasledujúcu podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „Uchádzač je povinný preukázať, že stavbyvedúci na cesty má odbornú prax za rozhodné obdobie 10 rokov s výkonom činnosti stavbyvedúceho na cestách za nasledovných podmienok: a) účasť na realizácii** minimálne 2 projektu pri stavbách diaľnic alebo rýchlostných ciest, ktorých súčasťou boli zemné práce v celkovom objeme minimálne 1 000 000m³; b) účasť na týchto projektoch musí byť na pozícii stavbyvedúceho na cesty; c) účasť na týchto projektoch na danej pozícii musí byť v minimálnej dobe trvania zodpovedajúcej 50 % lehoty výstavby Projektu (za lehotu výstavby sa považuje lehota odo dňa vydania Oznámenia o začatí prác po vydanie Preberacieho protokolu); d) každý z týchto projektov musí byť v celkovej zmluvnej cene stavebných prác projektu minimálne 75 000 000 eur (slovom sedemdesiatpäť miliónov eur) bez DPH.

****Poznámka:** Realizáciou sa rozumie výstavba novej diaľnice alebo rýchlostnej cesty alebo cesty obdobného charakteru, realizovaných ako smerovo rozdelenej minimálne 4-pruhovej komunikácie s celkovou šírkou minimálne 22,5 m.“.

98. Navrhovateľ do predmetného verejného obstarávania predložil ponuku dňa 23. 8. 2019 (09:12:43 hod.), pričom vo svojej ponuke predbežne nahradil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určených kontrolovaným, vrátane vyššie citovanej podmienky účasti, jednotným európskym dokumentom podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
99. Navrhovateľ v časti IV „Podmienky účasti“, v písm. C: „Technická a odborná spôsobilosť“ jednotného európskeho dokumentu uvedeného na strane 78. ponuky uviedol, cit.: „(...)

v príslušnom oznámení alebo súťažných podkladoch) b) jeho riadiaci pracovníci:	Uchádzač preukazuje technickú spôsobilosť a odbornú spôsobilosť podľa časti III.1.3) Technická a odborná spôsobilosť Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a podľa Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI bod III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov využitím technických a odborných [redacted] ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedenú skutočnosť je uchádzač pripravený preukázať [redacted] predmetná spoločnosť poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Vyhlasujeme, že splňame podmienky preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI bod III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov a sme pripravení podmienky preukázať dokladmi podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní - údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ktorými preukazuje technickú a odbornú spôsobilosť a máme k dispozícii Stavbyvedúceho na [redacted] stanovené v bode III.1.3.2.7.4 Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI súťažných podkladov. Sme pripravení preukázať požiadavky na odbornú spôsobilosť, vzdelanie a prax za uvedeného kľúčového odborníka podľa Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov, t.j. predložením: - Referenčného listu kľúčového odborníka podľa prílohy B3 súťažných podkladov, z ktorého obsahu bude vyplývať splnenie podmienok účasti, - Zoznamom projektov kľúčového odborníka, - Životopisom kľúčového odborníka, - Osvedčením o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním Inžinierske stavby – dopravné stavby; resp. ekvivalentný doklad, - Zmluvou o poskytnutí technických a odborných kapacít, ktoré sme pripravení predložiť.
--	--

(...).“.

100.Navrhovateľ vo svojej ponuke zároveň za spoločnosť EF (ďalej aj „EF“ alebo „tretia osoba“) predložil jednotný európsky dokument, a to na stranách 527 až 546 jeho ponuky. V predmetnom jednotnom európskom dokumente je v časti IV „Podmienky účasti“, v písm. C: „Technická a odborná spôsobilosť“ uvedené, cit.: „(…)

6. Tieto subjekty musia mať takéto vzdelanie a odbornú kvalifikáciu:	
a) Samotný poskytovateľ služieb alebo zhotoviteľ, a/alebo (v závislosti od požiadaviek uvedených v príslušnom oznámení alebo súťažných podkladoch)	a) [.....]
b) jeho riadiaci pracovníci:	b) [.....] Spoločnosť [.....] vyhlasuje, že spĺňa podmienky preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa Prílohy

	B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI bod III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov a je pripravená podmienky preukázať dokladmi podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní - údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ktorými preukazuje technickú a odbornú spôsobilosť a má k dispozícii Stavbyvedúceho na cesty, zamestnanca spoločnosti [.....], spĺňajúceho požiadavky stanovené v bode III.1.3.2.7.4 Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI súťažných podkladov. Spoločnosť [.....] je pripravená preukázať požiadavky na odbornú spôsobilosť, vzdelanie a prax za uvedeného kľúčového odborníka podľa Prílohy B7 PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO, FINANČNÉHO A EKONOMICKÉHO POSTAVENIA, TECHNICKEJ A ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI III.1.3.2.7.4 súťažných podkladov, t.j. predložením: • Referenčného listu kľúčového odborníka podľa prílohy B3 súťažných podkladov, z ktorého obsahu bude vyplývať splnenie podmienok účasti, • Zoznamom projektov kľúčového odborníka, • Životopisom kľúčového odborníka, • Osvedčením o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním Inžinierske stavby – dopravné stavby; resp. ekvivalentný doklad, • Zmluvou o poskytnutí technických a odborných kapacít, ktoré je pripravená predložiť.
--	---

(...).“.

101. Nakoľko navrhovateľ predbežne nahradil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určených kontrolovaným podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní jednotným európskym dokumentom, kontrolovaný ho dňa 11. 3. 2020 listom z toho istého dňa, označeným ako „Žiadosť o predloženie dokladov“ požiadal v zmysle § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „(...) za účelom zabezpečenia riadneho priebehu verejného obstarávania (...)“.

o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom, ktoré ste predložili na stranách 4 až 546 Vašej ponuky (...). Požadované doklady žiadame doručiť do 6 (šiestich) pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti (...).“.

102. Dňa 13. 3. 2020 požiadal navrhovateľ kontrolovaného listom zo dňa 12. 3. 2020, označeným ako „Žiadosť o predĺženie lehoty na predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom“ o, cit.: „(...) *predĺženie lehoty na predloženie požadovaných dokladov o 20 (dvadsať) pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti (...).*“. Navrhovateľ uvedenú žiadosť o. i. odôvodnil aktuálnou situáciou týkajúcou sa šírenia ochorenia COVID – 19 a s tým súvisiacou problematikou zaobstarať všetky požadované doklady v tak krátkej lehote (do 6 pracovných dní).

103. Kontrolovaný vyššie uvedenej žiadosti navrhovateľa vyhovel a dňa 16. 3. 2020 doručil navrhovateľovi dokument označený ako „Žiadosť o predloženie dokladov – odpoveď“, v ktorom o. i. uviedol, cit.: „*Doklady požadované v liste zo dňa 11.03..2020 žiadame doručiť v lehote 20 (dvadsať) pracovných dní odo dňa doručenia tohto listu (...).*“.

104. Navrhovateľ dňa 15. 4. 2020 prostredníctvom systému JOSEPHINE doručil kontrolovanému doklady nahradené jednotným európskym dokumentom, predložené na stranách 4 až 546 jeho ponuky. Navrhovateľ na preukázanie splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, citovanej v bode 97. tohto rozhodnutia, predložil nasledujúce dokumenty:

- „Príloha B4 životopis kľúčového odborníka“, v ktorom sú uvedené údaje o vzdelaní a odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii p. SAV ako navrhovaného stavbyvedúceho na cesty; v predmetnom dokumente je o. i. uvedené, cit.: „(...)“

Od - do	Zamestnávateľ	Pracovné zaraďenie/funkcia
02/1994 súčasnosť		Inžinier, stavbyvedúci

(...).“;

- „Príloha B3 referenčný list kľúčového odborníka“, v ktorom sú uvedené projekty, na ktorých p. SAV participoval ako zamestnanec spoločnosti EF na pozícii stavbyvedúceho na cesty;
- „Zoznam projektov kľúčového odborníka“, v ktorom sú opísané projekty, na ktorých sa zúčastnil p. SAV;
- „Čestné vyhlásenie“ p. SAV ohľadom nevydávania osvedčení o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti na vykonávanie pozície stavbyvedúceho na cesty v zmysle platnej legislatívy Španielskeho kráľovstva.

Navrhovateľ zároveň (na strane 890 tejto odpovede) predložil kontrolovanému dokument označený ako „Osobitná dohoda k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít“, t. j. zmluvu uzatvorenú dňa 19. 7. 2019 medzi objednávateľom MN a poskytovateľom EF, ktorej predmetom je, cit.: „

II.

Predmet zmluvy

1. Zmluvné strany berú na vedomie, že Objednávateľ ako vedúci člen skupiny dodávateľov spolu s členom skupiny

[REDAKOVANÉ]

„uchádzač“) majú záujem zúčastniť sa verejného obstarávania s názvom „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“, bližšie špecifikovanom Oznámením o vyhlásení verejného obstarávania uverejneným vo Vestníku verejného obstarávania č. 79/2019 zo dňa 19.04.2019, číslo 8455-MSP a v Úradnom vestníku Európskej únie č. S78 zo dňa 04.06.2019 pod č. 2019/S 078-184873 (ďalej aj ako „Oznámenie“) (ďalej aj ako „Verejné obstarávanie“). Verejné obstarávanie vyhlásil verejný obstarávateľ, a to Slovenská správa ciest, so sídlom Miletičova 19, 826 19, Bratislava- Ružinov, vnútroštátne identifikačné číslo: 00 003 328 (ďalej aj ako „Verejný obstarávateľ“).

2. Predmetom zákazky Verejného obstarávania je dodanie stavebných prác súvisiacich s vybudovaním stavby Cesta I/75 Šaľa - obchvat (ďalej aj ako „predmet zákazky“).
3. Poskytovateľ poskytne Objednávateľovi na základe zmluvy o poskytnutí odborných a technických kapacít uzavretej medzi zmluvnými stranami technické a odborné kapacity v zmysle § 34 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších právnych predpisov (ďalej aj ako „ZVO“).

(...). „(ďalej aj „zmluva s treťou osobou“).

105. Kontrolovaný navrhovateľ a dňa 10. 6. 2020 dokumentom označeným ako „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ požiadal v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov, v ktorom navrhovateľovi položil 19 otázok (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 1“). V otázke č. 19 kontrolovaný uviedol, cit.: „Na strane 890 ste predložili Osobitnú dohodu k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít uzavretú medzi zmluvnými stranami a EF súvisiacu s verejným obstarávaním „Cesta I/75 Šaľa – obchvat“. Žiadame vysvetliť uvedenú skutočnosť.“.

106. Navrhovateľ, resp. vedúci člen skupiny dodávateľov AB kontrolovanému odpovedal dňa 17. 6. 2020 dokumentom označeným ako „Odpoveď na Žiadosť o vysvetlenie a doplnenie predložených dokumentov (...)“ z toho istého dňa (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 1“), v ktorom na otázku č. 19 neuviedol žiadnu odpoveď. Odpoveď na uvedenú otázku poskytol toho istého dňa iný člen skupiny dodávateľov (navrhovateľ a) - MN, ktorý v dokumente „Žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa –(odpoveď na otázky č. 5, 6, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 19“ uviedol k otázke č. 19 nasledovné, cit.: „

Otázka č. 19

Na strane 890 ste predložili Osobitnú dohodu k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít uzavretú medzi zmluvnými stranami [REDAKOVANÉ] súvisiacu s verejným obstarávaním „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“. Žiadame vysvetliť uvedenú skutočnosť.

Vysvetlenie:

Žiadame, aby ste dokumenty na strane 890-892 považovali za bezpredmetné.

“.

107. Kontrolovaný dňa 9. 7. 2020 doručil navrhovateľovi dokument s názvom „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ z toho istého dňa, v ktorom navrhovateľovi položil nasledujúcu otázku č. 1 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 2“), cit.: „

Otázka č. 1

stavbyvedúci na cesty

Predmetný odborník je zamestnancom [REDAKOVANÉ]. V zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní : „Uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu.“

V ponuke zmluva so spoločnosťou [REDAKOVANÉ] absentuje žiadame vysvetliť.

..“

108. Navrhovateľ, resp. vedúci člen skupiny dodávateľov AB doručil kontrolovanému dňa 20. 7. 2020 dokument označený ako „Odpoveď na Žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky (...)“ z toho istého dňa (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 2“), v ktorom na otázku č. 1 kontrolovaného neposkytol žiadnu odpoveď. Odpoveď na vyššie citovanú otázku poskytol kontrolovanému iný člen skupiny dodávateľov (navrhovateľ a) MN toho istého dňa v dokumente s názvom „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“, ktorý k nej uviedol nasledovné, cit.: „

Uchádzač [REDAKOVANÉ] týmto potvrdzuje existenciu pracovnoprávneho vzťahu medzi pánom [REDAKOVANÉ] a spoločnosťou [REDAKOVANÉ], čo však nevylučuje existenciu aj iného pracovnoprávneho vzťahu a uchádzačovi nezakladá právnu povinnosť na predloženie zmluvy so spoločnosťou [REDAKOVANÉ]. V zmysle platnej legislatívy v SR a EU môže mať občan EU viacero pracovnoprávnych vzťahov.

..“

109. Kontrolovaný dňa 24. 7. 2020 doručil navrhovateľovi dokument označený ako „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ z toho istého dňa (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 3“), ktorým navrhovateľovi v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní položil nasledujúcu otázku č. 1, cit.: „

Otázka č. 1

Žiadosťou o vysvetlenie ponuky zo dňa 09.07.2020 sme Vás v otázke č. 1 požiadali o vysvetlenie prečo sa v ponuke nenachádza zmluva so spoločnosťou [REDAKOVANÉ] pre odborníka [REDAKOVANÉ]. Uvedené sa komisia pýtala z dôvodu, že na str. 338 predložených dokladov ste v životopise kľúčového odborníka uviedli ako zamestnávateľa spoločnosť [REDAKOVANÉ]. Vo Vašom vysvetlení zo dňa 20.07.2020 ste uviedli:

Uchádzač [REDAKOVANÉ] týmto potvrdzuje existenciu pracovnoprávneho vzťahu medzi pánom [REDAKOVANÉ] spoločnosťou [REDAKOVANÉ], čo však nevylučuje existenciu aj iného pracovnoprávneho vzťahu a uchádzačovi nezakladá právnu povinnosť na predloženie zmluvy so spoločnosťou [REDAKOVANÉ]. V zmysle platnej legislatívy v SR a EU môže mať občan EU viacero pracovnoprávnych vzťahov.

Na základe uvedeného Vás žiadame o uvedenie a zdokladovanie iného pracovnoprávneho pomeru ako so spoločnosťou [REDAKOVANÉ] pre odborníka [REDAKOVANÉ], ktorý zakladá právo disponibility daným odborníkom pre Vami predloženú ponuku.

..“

110. Navrhovateľ, resp. vedúci člen skupiny dodávateľov AB na vyššie uvedenú žiadosť kontrolovaného reagoval dňa 4. 8. 2020 dokumentom označeným ako „Odpoveď na žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky (...)“ z toho istého dňa (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 3“), v ktorom na vyššie citovanú otázku neuviedol žiadnu odpoveď. Odpoveď kontrolovanému predložil iný člen skupiny dodávateľov (navrhovateľa), a to MN dňa 4. 8. 2020, ktorý v dokumente s názvom „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ zo dňa 4. 8. 2020 uviedol nasledovné, cit.: „

Uchádzač [redacted] k dnešnému dňu neobdržalo súhlas dotknutej osoby [redacted] vo veci jeho pracovnoprávneho vzťahu z dôvodu pracovnej indispozície, čo neumožňuje predloženie jeho osobných dokumentov. Táto skutočnosť nemá však žiadny vplyv na jeho disponibilitu pre predloženú ponuku. Predložené doklady považujeme za postačujúce a zároveň upozorňujeme obstarávateľa na dodržiavanie základných princípov verejného obstarávania, ako je princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov, nakoľko obstarávateľ u iných uchádzačov takúto skutočnosť neskúmal a nimi predložené doklady akceptoval.

“.

111. Kontrolovaný dňa 12. 8. 2020 doručil navrhovateľovi „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ z toho istého dňa (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie 4“), ktorou navrhovateľa požiadal o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a v ktorej uviedol o. i. nasledovné, cit.: „(...)

Na základe vyššie uvedených skutočností uvádzame, že komisia na vyhodnotenie ponúk nedokáže na základe Vami poskytnutých informácií vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre odborníka [redacted] nakoľko z predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie podmienky účasti vo vzťahu k predmetnému odborníkovi a to vo väzbe vzťahu daného kľúčového odborníka k uchádzačovi, teda či daný kľúčový odborník je v pracovnoprávnom vzťahu k uchádzačovi alebo či bol využitý inštitút podľa § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. odborné kapacity inej osoby a v prípade využitia tohto inštitútu následne preveriť splnenie zákonných povinností upravených v predmetnom ustanovení.

(...)

Týmto Vás opätovne žiadame o preukázanie splnenia podmienky účasti pre odborníka [redacted] a to zdokladovaním že je v pracovnoprávnom vzťahu s uchádzačom alebo že využívate odborné kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. V takomto prípade musí uchádzač preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa predošlej vety preukazuje uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté.

(...). “.

112. Na vyššie citovanú žiadosť reagoval dňa 21. 8. 2020 iný člen skupiny dodávateľov (navrhovateľa), a to MN, ktorý v liste z toho istého dňa s názvom „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ uviedol o. i. nasledovné, cit.: „

Uchádzač [redacted] už oznámil obstarávateľovi, že k dnešnému dňu neobdržal súhlas dotknutej osoby pána [redacted] vo veci jeho pracovnoprávneho vzťahu z dôvodu pracovnej indispozície, čo neumožňuje predloženie jeho osobných dokumentov. Teraz nám bolo oznámené, že táto pracovná indispozícia (okolnosť „vis maior“) bude mať žiaľ zásadný vplyv na jeho disponibilitu pre predloženú ponuku a nebude sa už môcť žiadnym spôsobom participovať na realizácii predmetu verejného obstarávania. Pokiaľ verejný obstarávateľ posúdi, že predmetná osoba nespĺňa alebo prestala spĺňať podmienky účasti je povinný vyzvať uchádzača na nahradenie inej (tretej) osoby v primeranej lehote.

“.

113. Na žiadosť o vysvetlenie 4 reagoval aj navrhovateľ (vedúci člen skupiny dodávateľov AB) dňa 21. 8. 2020, a to listom z toho istého dňa, označeným ako „Odpoveď na žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa 12. 8. 2020 (...)“ (ďalej len „odpoveď na žiadosť o vysvetlenie 4“), v ktorom uviedol nasledovné, cit.: „(...)

S ohľadom na znenie časti IV., písmeno C, bod 6 Jednotného európskeho dokumentu zo dňa 21.08.2019 predloženého v ponuke Uchádzača na strane 527 – 563 (ďalej len „JED za Inú osobu“), za spoločnosť [REDAKOVANÉ], súbor

[REDAKOVANÉ] (ďalej len „Iná osoba“), si spoločnosť [REDAKOVANÉ] dovoľuje komisii verejného obstarávateľa vysvetliť, že podmienku

účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) Zákona o verejnom obstarávaní zadanú v Zväzku 1, Časť B, PRÍLOHA B7, Sekcia III.1.3, Podsekcia III.1.3.2, Bod III.1.3.2.7, Podbod III.1.3.2.7.4 (Stavbyvedúci za cesty) Uchádzač preukazuje vo svojej ponuke cez Inú osobu, a to v súlade s inštitútom zadaným v § 34 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní. Súčasne si spoločnosť [REDAKOVANÉ] dovoľuje v mene Uchádzača v tejto súvislosti komisii verejného obstarávateľa taktiež vysvetliť, že pán [REDAKOVANÉ] zamestnancom Inej osoby.

(...)

Na základe vyššie uvedených skutočností v spojení s dokumentami predloženými, resp. nahradenými za JED za Inú osobu si spoločnosť [REDAKOVANÉ] dovoľuje v mene Uchádzača vyjadriť presvedčenie, že existuje dôvod na vylúčenie Uchádzača z procesu Verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti si spoločnosť [REDAKOVANÉ] dovoľuje v mene Uchádzača komisiu verejného obstarávateľa požiadať o aplikáciu § 40 ods. 5 Zákona o verejnom obstarávaní, a teda o písomné vyzvanie spoločnosti [REDAKOVANÉ] ako splnomocnenca Uchádzača na nahradenie Inej osoby osobou, ktorá bude v plnom rozsahu spĺňať vyššie uvedenú podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) Zákona o verejnom obstarávaní, ktorú Uchádzač pôvodne preukazoval cez Inú osobu.

(...). “.

114. Kontrolovaný dňa 21. 9. 2020 navrhovateľa vylúčil z verejnej súťaže, a to zaslaním dokumentu zo dňa 17. 9. 2020 s názvom „Oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“ (ďalej len „oznámenie o vylúčení“), v ktorom uviedol nasledujúce odôvodnenie vylúčenia navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že navrhovateľ nepredložil po opakovanej písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote. Kontrolovaný v oznámení o vylúčení zosummarizoval skutkový stav súvisiaci s predkladaním dokumentov predbežne nahradených v ponuke navrhovateľa jednotným európskym dokumentom a skutkový stav súvisiaci s procesom vysvetľovania splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní (pozri predchádzajúce body tohto rozhodnutia). Kontrolovaný v oznámení o vylúčení ďalej poukázal na obsah jednotného európskeho dokumentu predloženého navrhovateľom za spoločnosť EF, na obsah predložených dokladov nahradených v ponuke navrhovateľa jednotným európskym dokumentom, ktoré sa týkali p. SAV, a napokon uviedol nasledovné, cit.: „(...)

Snahou komisie na vyhodnotenie ponúk bolo vyhodnotiť podmienky účasti v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi. Konkrétne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre kľúčového odborníka – stavbyvedúci na cesty.

Vzhľadom na skutočnosť, že uchádzač nedoložil zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít – tak ako je to uvedené v predložennom Jednotnom európskom dokumente na strane 527 ponuky, komisia na vyhodnotenie ponúk sa opakovane (9. júla 2020, 24. júla 2020, 12.

augusta 2020) prostredníctvom žiadostí o vysvetlenie snažila od uchádzača získať vysvetlenie týkajúce sa pracovného vzťahu p. [REDACTED] a spoločnosti [REDACTED]

Uchádzač vo svojom vysvetlení zo dňa 20.07.2020 existenciu pracovnoprávného vzťahu p. [REDACTED] a spoločnosti [REDACTED] potvrdil.

Uchádzač ani po opakovaných žiadostiach o vysvetlenie nepredložil zmluvu o poskytnutí technických a odborných kapacít podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ani žiadnu inú zmluvu ktorá by potvrdzovala záväzok spoločnosti [REDACTED] uvedený v Jednotnom európskom dokumente poskytnúť technické a odborné kapacity pre kľúčového odborníka stavbyvedúci na cesty.

Komisia na vyhodnotenie ponúk z dôvodu, že uchádzač nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote nemohla vyhodnotiť splnenie podmienok účasti pre kľúčového odborníka stavbyvedúci na cesty.

Vo svojom vysvetlení zo dňa 21.08.2020 uchádzač uvádza, že : „... existuje dôvod na vylúčenie Uchádzača z procesu Verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti si spoločnosť [REDACTED] dovoľuje v mene Uchádzača komisiu verejného obstarávateľa požiadať o aplikáciu § 40 ods. 5 Zákona o verejnom obstarávaní, a teda o písomné vyzvanie spoločnosti [REDACTED] ako splnomocnenca Uchádzača na nahradenie inej osoby osobou, ktorá bude v plnom rozsahu spĺňať vyššie uvedenú podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) Zákona o verejnom obstarávaní, ktorú Uchádzač pôvodne preukazoval cez inú osobu.“

K vyššie uvedenej žiadosti uchádzača o náhradu kľúčového odborníka verejný obstarávateľ uvádza, že dôvod na vylúčenie nastal na strane uchádzača a nie na strane kľúčového odborníka resp. tretej osoby a to z dôvodu že uchádzač bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote a teda uvedený postup v zmysle 40 ods. 5 nie je relevantný.

Uvedený záver potvrdzuje aj odborná literatúra v zmysle ktorej cit:

„Zákonodarca nedefinuje rozsah dôvodov, pre ktoré má dôjsť k vylúčeniu osoby v postavení podľa § 33 ods. 2, resp. 34 ods. 3. Máme za to, že pri tejto osobe ide v prvom rade o posúdenie, či táto spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32. Medzi dôvody je ďalej možné zaradiť dôvody vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) až d), e), f), g) – ak sa uplatňuje, a h)“¹

Uchádzač zároveň v jednotnom európskom dokumente Časť VI: Záverečné vyhlásenia uviedol, že informácie uvedené v častiach II – V sú pravdivé a správne a že boli uvedené pri plnom vedomí následkov závažného skresľovania skutočnosti. Zároveň podpísaný vyhlasuje, že na požiadanie okamžite predloží uvedené osvedčenia a ostatné formy listinných dôkazov.

Konanie uchádzača v priebehu vyhodnocovania ponúk je tak v rozpore s jeho písomným záväzkom uvedeným v jednotnom európskom dokumente.

V zmysle rozhodnutia Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 09. 2018 uplatnenie princípu proporcionality vo verejnom obstarávaní musí byť zároveň v rovnováhe s ostatnými princípmi verejného obstarávania, pričom jeho uplatnením nemôže dôjsť k zvýhodňovaniu niektorých uchádzačov, a naopak diskriminácii iných uchádzačov. Aj pri uplatnení tohto princípu totiž musí byť zachovaná čestná hospodárska súťaž. Rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že tento princíp v sebe o. i. zahŕňa požiadavku, aby v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, sa verejný obstarávateľ priklonil k tomu najmenej obmedzujúcemu. V tomto prípade však kontrolovaný nemal na výber medzi viacerými možnými (primeranými) riešeniami, nakoľko, ako už bolo uvedené, bol povinný vylúčiť uchádzača z dôvodu, že tento nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote. Ak by kontrolovaný postupoval inak, konal by v rozpore nielen s § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ale aj princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, a v neposlednom rade aj spôsobom odporúčim pravidlám čestnej hospodárskej súťaže.

(...).

Právny rámec

115. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
116. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
117. Podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ak nie sú kritériom na vyhodnotenie ponúk.
118. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje

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

119. Podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní jednotný európsky dokument na účely tohto zákona je dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.
120. Podľa § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo zájemca preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe.
121. Podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo zájemca použije jednotný európsky dokument, verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania kedykoľvek v jeho priebehu uchádzača alebo zájemcu písomne požiadať o predloženie dokladu alebo dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom. Uchádzač alebo zájemca doručí doklady verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.
122. Podľa § 40 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo zájemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo zájemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov.
123. Podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo zájemcu o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo zájemca je tak povinný urobiť do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti.
124. Podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo zájemcu, ak nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote.

125. Podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní ak nedošlo k predloženiu dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti skôr, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní po vyhodnotení ponúk vyhodnotiť splnenie podmienok účasti uchádzačmi, ktorí sa umiestnili na prvom až treťom mieste v poradí, alebo vyhodnotiť splnenie podmienok účasti uchádzačom, ktorý sa umiestnil na prvom mieste v poradí. Ak dôjde k vylúčeniu uchádzača alebo uchádzačov, vyhodnotí sa následne splnenie podmienok účasti ďalšieho uchádzača alebo uchádzačov v poradí tak, aby uchádzači umiestnení na prvom až treťom mieste v novo zostavenom poradí spĺňali podmienky účasti za predpokladu, že existuje dostatočný počet uchádzačov, alebo tak, aby uchádzač umiestnený na prvom mieste v novo zostavenom poradí spĺňal podmienky účasti. Pri uzatváraní rámcovej dohody s viacerými uchádzačmi sa postupuje primerane podľa prvej vety a druhej vety. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ písomne požiadajú uchádzača alebo uchádzačov o predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti v lehote nie kratšej ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti a vyhodnotia ich podľa § 40.

Právne posúdenie

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnej verejnej súťaži na základe a v rozsahu námietok navrhovateľa a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného a navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:

126. Úrad na úvod právneho posúdenia považuje za potrebné uviesť, že predmetom námietok doručených úradu je vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že navrhovateľ po opakovanej písomnej žiadosti kontrolovaného nepredložil doklady nahradené v jeho ponuke jednotným európskym dokumentom v určenej lehote. Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že v predmetnom konaní bolo jeho úlohou posúdiť, či vylúčenie navrhovateľa z predmetného postupu zadávania zákazky z vyššie uvedeného dôvodu bolo uskutočnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, jeho princípmi a na podklade náležite zisteného tak skutkového, ako aj právneho stavu.

127. V prvom rade považuje úrad za potrebné poukázať na to, že navrhovateľ v zmysle predloženej ponuky preukazoval splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní týkajúcej sa kľúčového odborníka stavbyvedúceho na cesty (bod 97. tohto rozhodnutia), a to prostredníctvom technických a odborných kapacít (zamestnanca) inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 tohto zákona, konkrétne kapacít spoločnosti EF Uvedená skutočnosť jednoznačne vyplýva z predloženého jednotného európskeho dokumentu navrhovateľa (bod 99. tohto rozhodnutia), ako aj z jednotného európskeho dokumentu, ktorý navrhovateľ v rámci svojej ponuky predložil za spoločnosť EF ako za inú osobu v zmysle § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (bod 100. tohto rozhodnutia).

128. Nakoľko navrhovateľ pri preukazovaní technickej alebo odbornej spôsobilosti využil inštitút predloženia jednotného európskeho dokumentu podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým predbežne nahradil doklady potrebné na preukázanie splnenia určených podmienok účasti, kontrolovaný ho dňa 11. 3. 2020 požiadal v zmysle § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom (bod 101. tohto rozhodnutia).

129. V úvode časti B. námietok, v ktorej navrhovateľ odôvodňuje nevyhnutnosť odstrániť v predmetnom postupe zadávania zákazky protiprávny stav, navrhovateľ namieta, že predmetná žiadosť kontrolovaného mala byť odôvodnená ustanovením § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ svoj názor odôvodňuje tým, že komisia kontrolovaného v tejto žiadosti neuviedla žiadne dôvody, ktoré by ju oprávňovali na aplikáciu § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ preto považuje konanie kontrolovaného súvisiace s využitím žiadosti o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom za nesúladne s § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 tohto zákona.
130. Vo vzťahu k vyššie uvedenej argumentácii navrhovateľa úrad uvádza, že **navrhovateľ touto časťou námietok napáda úkon kontrolovaného súvisiaci s procesom vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, ktorý bol uskutočnený dňa 11. 3. 2020.** V nadväznosti na túto skutočnosť úrad poukazuje na ustanovenie § 170 ods. 4 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého musia byť námietky doručené úradu a kontrolovanému najneskôr do 10 dní odo dňa vykonania úkonu kontrolovaného, ak námietky smerujú proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v odseku 3 písm. a) až f) toho zákona.
131. Z vyššie uvedeného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že **lehota na podanie námietok smerujúcich proti inému úkonu kontrolovaného**, t. j. desať dní odo dňa jeho vykonania, **je lehotou prekluzívnou.** To znamená, že následkom márneho uplynutia tejto lehoty je strata práva účinne sa domáhať nápravy, t. j. namietať tento úkon príslušným revíznym postupom (uplatnením inštitútu námietok).
132. S ohľadom na vyššie uvedené úradu nie je zrejmé, z akého dôvodu navrhovateľ úvodnou časťou námietok napáda úkon kontrolovaného, ktorý bol vykonaný dňa 11. 3. 2020 a z akého dôvodu tento úkon navrhovateľ nerozporoval v zákonom stanovenej prekluzívnej lehote. Podľa názoru úradu mal totiž navrhovateľ predmetný úkon namietať práve v čase, keď bol kontrolovaným požiadaný o predloženie dokladov nahradených v jeho ponuke jednotným európskym dokumentom, **a to ako iný úkon kontrolovaného v intenciách § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.**
133. Ak mal teda navrhovateľ pochybnosti o zákonnosti postupu kontrolovaného, resp. bol presvedčený o nezákonnosti takéhoto postupu, mal podľa úradu podať námietky v zmysle § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. námietky proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f), konkrétne proti žiadosti o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom, a to v zákonom stanovenej lehote, t. j. do 10 dní odo dňa doručenia tejto žiadosti.
134. V nadväznosti na uvedené úrad konštatuje, že navrhovateľ takéto námietky podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) v zákonom stanovenej lehote nepodal. Naopak, navrhovateľ žiadosti o predloženie dokumentov nahradených jednotným európskym dokumentom vyhovel a na túto žiadosť kontrolovaného odpovedal dňa 15. 4. 2020 (pozri viac body 101 až 104 tohto rozhodnutia),¹ pričom nezákonnosť takéhoto postupu kontrolovaného navrhovateľ namieta až v námietkach podaných proti vylúčeniu.

¹ Navrhovateľ sám túto skutočnosť v námietkach potvrdzuje, t. j. že, cit.: „(...) reagoval na Žiadosť o predloženie dokladov v lehote stanovenej komisiou Verejného obstarávateľa a v tejto súvislosti poskytol komisii Verejného obstarávateľa Odpoveď na Žiadosť o predloženie dokladov.“

135. V tomto kontexte úrad poukazuje na potrebu počítať lehotu na podanie námietok smerujúcich proti inému úkonu kontrolovaného podľa § 170 ods. 4 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, v tomto prípade proti žiadosti o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom, samostatne a nezávisle od lehoty na podanie námietok smerujúcich proti vylúčeniu podľa § 170 ods. 4 písm. d) tohto zákona, nakoľko **ide o dva navzájom odlišné úkony súvisiace s procesom vyhodnocovania splnenia podmienok účasti.**
136. Zmyslom odlišenia lehoty, v ktorej je možné podať námietky proti inému úkonu kontrolovaného od lehoty na podanie námietok proti zásadným skutočnostiam, ktoré zákonodarca explicitne pomenoval v písm. a) až f) ustanovenia § 170 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, je **snaha zachovať plynulosť procesu verejného obstarávania a zachovávať princíp právnej istoty** nielen v záujme verejného obstarávateľa, ale aj všetkých záujemcov, resp. účastníkov verejného obstarávania. Bolo by neúnosné, keby úrad pristúpil k takému výkladu, že namietat' iný úkon kontrolovaného možno aj neskôršie, po uplynutí zákonom stanovenej prekluzívnej lehoty a takýto výklad by mal erozívne následky na efektívnosť celého procesu verejného obstarávania. Na dôvažok úrad považuje za potrebné poukázať na skutočnosť, že z predložených listinných dôkazov vyplýva, že v čase vykonania úkonu navrhovateľ nepovažoval tento úkon za nesúladný so zákonom o verejnom obstarávaní, nenamietol ho ani neformálne a požadované dokumenty predložil. Vo svetle uvedeného sa teda navrhovateľova argumentácia javí ako účelová.
137. V tomto prípade by sa podľa názoru úradu priečilo zmyslu prekluzívnej lehoty na podanie námietok, ak by sa navrhovateľovi umožnilo namietat' úkon, o ktorého vykonaní vedel niekoľko mesiacov, po uplynutí prekluzívnej lehoty, a to až v čase, keď došlo k jeho vylúčeniu z predmetného postupu zadávania zákazky (dňa 21. 9. 2020). V opačnom prípade by sa podľa názoru úradu poprel samotný zmysel preklúzie spôsobujúcej zánik práva v konkrétnom momente.
138. Úrad vyššie uvedeným nespochybňuje právo navrhovateľa namietat', že v súvislosti so žiadosťou o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom došlo k porušeniu § 39 ods. 6 alebo § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, avšak je potrebné urobiť tak v lehote podľa § 170 ods. 4 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, to znamená do desiatich dní odo dňa vykonania úkonu kontrolovaného, nakoľko bez pochybností ide o iný úkon, ktorý nemožno zaradiť pod iné skutočnosti, proti ktorým je možné podať námietky v zmysle § 170 ods. 3 písm. a) až f) tohto zákona.
139. Keďže navrhovateľovi vo vzťahu k žiadosti o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom márne uplynula lehota na podanie námietok podľa § 170 ods. 4 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. navrhovateľ nedoručil úradu a kontrolovanému námietky smerujúce proti tomuto úkonu v lehote určenej v § 170 ods. 4 písm. g) tohto zákona, v intenciách zachovania inštitútu preklúzie **zaniklo navrhovateľovi právo podať proti tejto skutočnosti námietky.** Vzhľadom na uvedené sa úrad touto časťou námietok nebude ďalej zaoberať a v ďalšom texte právneho posúdenia sa sústreďí **na dôvodnosť vylúčenia navrhovateľa podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní.**
140. Navrhovateľ ďalej v námietkach rozporuje dôvod jeho vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, pričom podľa jeho názoru takýto dôvod by nastal len v prípade, ak by na žiadosť o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom nereagoval vôbec. Navrhovateľ v rámci svojej argumentácie vychádza z názoru

prezentovaného úradom v bode 58. rozhodnutia č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020, t. j. z výkladu poskytnutého úradom vo vzťahu k obdobnému dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní.

141. Úrad v prvom rade považuje za potrebné upriamiť pozornosť na niektoré aspekty týkajúce sa inštitútu jednotného európskeho dokumentu, skrátene tzv. „JED-u“. JED je štandardizovaný formulár, ktorého obsah ako aj forma vyplýva z vykonávacieho nariadenia Komisie (EÚ) 2016/7, ktorým sa ustanovuje štandardný formulár pre jednotný európsky dokument pre obstarávanie (ďalej len „nariadenie Komisie“). Ide o dokument, ktorým uchádzač môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom. Inak povedané, v zásade ide o formalizované čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti. Uchádzač má teda na výber, či v predloženej ponuke preukáže požadované podmienky účasti predložením jednotlivých dokladov, alebo tieto doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti v ponuke dočasne nahradí JED-om. Uchádzač má tiež možnosť kombinácie, a teda časť dokladov predložiť v ponuke a časť nahradiť JED-om. Je však potrebné zdôrazniť, že v prípade JED-u nejde o jednoduché čestné vyhlásenie, v ktorom uchádzač len vyhlási, že spĺňa požadované podmienky účasti, ale o formalizované čestné vyhlásenie, ktoré má svoje presne určené pravidlá vo vzťahu k jeho vyplňaniu. Preukázanie splnenia podmienok účasti formou JED-u pritom nie je trvalé a má charakter len predbežného nahradenia, teda pojmovým znakom takto preukázaného splnenia podmienok účasti je jeho dočasnosť. Tejto skutočnosti **si musí byť uchádzač vedomý a musí počítať s tým, že v prípade postupu podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní môže byť verejným obstarávateľom vyzvaný na predloženie dokladov, ktoré JED-om nahradil**, pričom ak nepredloží dokumenty, ktoré nahradil JED-om, zakladá tým vznik dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona.
142. Ako už úrad uviedol vo svojich zisteniach, kontrolovaný v predmetnej verejnej súťaži stanovil podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, a to požiadavku na kľúčového odborníka – stavbyvedúceho na cesty, ktorý musí mať príslušnú odbornú prax s výkonom tejto činnosti za vopred stanovených podmienok a musí disponovať osvedčením o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním „Inžinierske stavby – dopravné stavby“, resp. ekvivalentným dokladom (pozri viac bod 97. tohto rozhodnutia).
143. Navrhovateľ splnenie predmetnej podmienky účasti v zmysle predložených JED-ov preukazoval inou osobou, spoločnosťou EF v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Na strane 78 navrhovateľovej ponuky je táto skutočnosť jednoznačne deklarovaná, pričom navrhovateľ v JED-e potvrdil, že cit.: **„Uvedenú skutočnosť je (...) pripravený preukázať písomnou zmluvou uzavretou so spoločnosťou EF, z ktorej vyplýva záväzok, že predmetná spoločnosť poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu.“** a že je cit.: **„(...) pripravený preukázať požiadavky na odbornú spôsobilosť, vzdelanie a prax za uvedeného kľúčového odborníka (...) predložením: Referenčného listu kľúčového odborníka podľa prílohy B3 súťažných podkladov, z ktorého obsahu bude vyplývať splnenie podmienok účasti, Zoznamom projektov kľúčového odborníka, Životopisom kľúčového odborníka, Osvedčením o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním Inžinierske stavby – dopravné stavby; resp. ekvivalentný doklad, Zmluvou o poskytnutí technických a odborných kapacít, ktoré sme pripravení predložiť“**.

144.V nadväznosti na citované znenie navrhovateľovho JED-u úrad poukazuje na to, že navrhovateľ na žiadosť o predloženie dokladov nahradených JED-om zo dňa 11. 3. 2020 kontrolovanému dňa 15. 4. 2020 na účel preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní predložil:

- životopis p. SAV, zamestnanca spoločnosti EF,
- referenčné listy obsahujúce projekty, na ktorých participoval ako zamestnanec spoločnosti EF na pozícii stavbyvedúceho na cesty,
- zoznam projektov tohto navrhovaného kľúčového odborníka,
- čestné vyhlásenie a
- **dokument označený ako „Osobitná dohoda k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít“, t. j. zmluvu uzatvorenú v intenciách § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní dňa 19. 7. 2019 medzi objednávatelom MN (členom skupiny dodávateľov) a poskytovateľom EF, ktorá sa týkala záväzku poskytnutia kapacít na účely iného verejného obstarávania iného verejného obstarávateľa, konkrétne na predmet zákazky s názvom „Cesta I/75 Šaľa – obchvat“ (pozri viac bod 104. tohto rozhodnutia).**

145.Z ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré navrhovateľ pri preukazovaní splnenia predmetnej podmienky účasti aplikoval, pritom vyplýva, že **ak uchádzač na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využíva technické alebo odborné kapacity inej osoby, musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, a to platnou písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou.** Z tejto písomnej zmluvy musí zároveň vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu (vzniknutého na základe zmluvy, ktorá má byť výsledkom postupu zadávania zákazky). Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, musí zároveň preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7.

146.V nadväznosti na uvedené ustanovenie úrad konštatuje, že **navrhovateľ bol na základe žiadosti o predloženie dokladov nahradených JED-om povinný predložiť kontrolovanému písomnú zmluvu uzavretú s tretťou osobou, spoločnosťou EF, ktorej technickými alebo odbornými kapacitami (zamestnancom) mienil preukázať danú podmienku účasti.**

147.Z vyššie uvedeného je zrejmé, že navrhovateľ kontrolovanému síce odpovedal na žiadosť o predloženie dokladov nahradených JED-om, avšak **odpovedal spôsobom, ktorý bol v rozpore s jeho vyhlásením uvedeným v JED-e o tom, že na požiadanie predloží písomnú zmluvu uzavretú so spoločnosťou EF (z ktorej bude vyplývať záväzok, že predmetná spoločnosť poskytne navrhovateľovi svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu), a rovnako aj v rozpore s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko „Osobitná dohoda k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít“ zo dňa 19. 7. 2019 sa týkala úplne iného verejného obstarávania.** *A contrario*, navrhovateľ nepredložil kontrolovanému písomnú zmluvu uzavretú s tretťou osobou, spoločnosťou EF, ktorej technickými alebo odbornými kapacitami (zamestnancom) mienil preukázať podmienku účasti na kľúčového odborníka stavbyvedúceho na cesty.

148. V tejto súvislosti úrad opätovne zdôrazňuje, že pokiaľ uchádzač v ponuke predloží JED, tak **je povinný preukázať splnenie podmienok účasti presne tým spôsobom, akým deklaroval v JED-e.**
149. Vzhľadom na vyššie uvedené úrad konštatuje, že **navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti kontrolovaného doklady nahradené JED-om v určenej lehote.** Úrad na dôvažok poznamenáva, že sa tak udialo aj napriek tomu, že kontrolovaný vyhovel žiadosti navrhovateľa o predĺženie lehoty na predloženie dokladov nahradených v jeho ponuke JED-om, **a to o 20 pracovných dní** (pozri viac body 102 a 103 tohto rozhodnutia).
150. Navrhovateľ v námietkach tvrdí, že dôvod na jeho vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní automaticky zanikol, keď kontrolovanému predložil určité doklady, ktoré vo svojej ponuke nahradil JED-om, čo pripodobňuje k situácii, ktorá bola predmetom právneho posúdenia úradu v jeho rozhodnutí č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020, avšak v súvislosti s iným dôvodom vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. i) tohto zákona.²
151. K tomu úrad uvádza, že sa s uvedeným názorom navrhovateľa nestotožňuje, nakoľko v prípade aplikácie dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní v kontexte záverov vyplývajúcich z rozhodnutia úradu č. 7091-6000/2020-OD zo dňa 1. 7. 2020 ide o situáciu, kedy **verejný obstarávateľ už začal s vyhodnotením splnenia podmienok účasti a požiadal uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie už v ponuke predložených dokladov** podľa § 40 ods. 4 tohto zákona, ktorý na takúto žiadosť vôbec nereagoval, pričom v prípade aplikácie dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona ide o situáciu, kedy uchádzač nahradil v ponuke predloženie dokladu / dokladov preukazujúceho / preukazujúcich splnenie podmienky účasti / podmienok účasti JED-om s príslubom jeho / ich okamžitého poskytnutia podľa § 39 ods. 1 v spojení s § 39 ods. 2 písm. c) tohto zákona a kedy **verejný obstarávateľ nezačal s vyhodnocovaním splnenia podmienok účasti**, keďže nedisponoval žiadnymi dokladmi potrebnými pre takéto posudzovanie a z toho dôvodu uchádzača neúspešne požiadal o ich predloženie v zmysle § 39 ods. 6 tohto zákona. V prípade nepredloženia niektorého dokladu, resp. dokladov nahradených v ponuke JED-om ide o vážnejšiu situáciu ako pri neposkytnutí dostatočného vysvetlenia v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Práve z toho dôvodu zákon, konkrétne § 40 ods. 6 písm. j) striktné spája s takouto situáciou vznik dôvodu na vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania, nakoľko si nesplnil záväzok, ktorý mu z predloženého JED-u vyplýval. O analogickom využití výkladu ustanovenia § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní uvedeného v spomenutom rozhodnutí nemožno preto podľa názoru úradu v tomto prípade ani uvažovať. Nehovoriac o tom, že ide o dva odlišné dôvody vylúčenia, ktoré sa aplikujú na základe naplnenia rozdielnych skutkových okolností tak, ako uvádza aj navrhovateľ vo svojich námietkach – dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní predchádza žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie podľa § 40 ods. 4 tohto zákona, dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. j) predchádza žiadosť o predloženie dokladov nahradených JED-om podľa § 39 ods. 6 tohto zákona.
152. V nadväznosti na to úrad poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 9. 2018, v ktorom Rada úradu posudzovala rovnaký skutkový stav ako v predmetnom prípade, kedy uchádzač v rámci predkladania dokladov nahradených JED-om na výzvu kontrolovaného podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní odpovedal, ale

² Podľa predmetného ustanovenia má verejný obstarávateľ povinnosť vylúčiť z verejného obstarávania uchádzača, ak nepredložil po písomnej žiadosti vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v určenej lehote.

nepredložil písomné zmluvy uzavreté s tretími osobami, ktorých technickými alebo odbornými kapacitami mienil preukázať určitú podmienku účasti (podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní). Rada úradu v bode 149. konštatovala, cit.: „(...) *dôvod podľa § 40 ods. 6 písm. j) tohto zákona, tzn. nepredloženie po písomnej žiadosti dokladov nahradených JED-om v určenej lehote, sa v odvolacom konaní preukázali ako opodstatnené, na základe čoho rada konštatuje, že navrhovateľ bol vylúčený v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.*“. Z toho je zrejmé, že **Rada úradu potvrdila opodstatnenosť aplikácie vylúčenia uchádzača z dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní aj v situácii, kedy uchádzač síce predložil odpoveď na žiadosť o predloženie dokladov nahradených JED-om podľa § 39 ods. 6 tohto zákona, ale nepredložil v rámci svojej odpovede potrebné doklady súvisiace s jeho povinnosťou vyplývajúcou z ustanovenia § 34 ods. 3 tohto zákona, t. j. povinnosťou v prípade spôsobu preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti využitím kapacít inej osoby predložiť písomnú zmluvu o tomto záväzku uzavretú s danou osobou.**

153. Navrhovateľ ďalej na viacerých miestach námietok tvrdí, že v rámci procesu vznikol dôvod na jeho vylúčenie z titulu nesplnenia podmienok účasti podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to údajne z dôvodu na strane inej osoby, spoločnosti EF, tzn. že došlo k nesplneniu predmetnej podmienky účasti touto inou osobou, čím mal údajne vzniknúť dôvod na jej vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) tohto zákona.
154. K vyššie uvedenému názoru navrhovateľa úrad uvádza, že sa v plnom rozsahu stotožňuje s vyjadrením kontrolovaného, že **naoľko navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote (písomnú zmluvu s inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), dôvod vylúčenia vznikol priamo na strane navrhovateľa a nie na strane inej osoby**. Tým, že si navrhovateľ nesplnil svoju povinnosť predložiť na žiadosť podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní všetky doklady, ktoré predbežne v ponuke nahradil JED-om, a to najmä platnú písomnú zmluvu uzavretú so spoločnosťou EF, z ktorej by vyplýval záväzok tejto osoby poskytnúť navrhovateľovi svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu, **kontrolovaný nemohol prístupíť k vyhodnoteniu splnenia alebo nesplnenia predmetnej podmienky účasti zo strany tejto osoby, naoľko nedisponoval všetkými potrebnými dokladmi, najmä vyššie viackrát spomenutou zmluvou**. Rovnako z tohto dôvodu kontrolovaný nebol schopný posúdiť, či sa u tejto osoby vyskytli nejaké dôvody na jej vylúčenie.
155. Podľa názoru úradu je z obsahu námietok evidentné, že navrhovateľ sa domáha aplikácie nahradenia inej osoby, spoločnosti EF, prostredníctvom ktorej v zmysle predloženého JED-u mienil preukázať podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní na kľúčového odborníka stavbyvedúceho na cesty, a to v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
156. V kontexte tohto úmyslu navrhovateľa úrad poukazuje na § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je povinný písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. **Predmetné ustanovenie teda ráta so situáciou, kedy verejný obstarávateľ zistil, že existujú dôvody na vylúčenie osoby, prostredníctvom ktorej uchádzač preukazoval technickú alebo odbornú spôsobilosť.** Aj z dôvodovej správy

k predmetnému ustanoveniu zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že **niektorý z dôvodov na vylúčenie musí existovať u tejto tretej osoby.**³

157. Úrad má na základe uvedeného za to, že **kontrolovaný nielenže nebol povinný aplikovať postup podľa tohto ustanovenia**, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie tretej osoby, spoločnosti EF, ale **postup podľa tohto ustanovenia ani nebol možný**, nakoľko dôvod na vylúčenie neexistoval na strane tejto osoby, ale priamo na strane navrhovateľa, a to práve z dôvodu, že navrhovateľ bol ten, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote – písomnú zmluvu s touto osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a teda kontrolovaný logicky nemohol posudzovať, či tretia osoba spĺňa podmienky v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.
158. Majúc na zreteli vyššie uvedené možno len súhlasiť s konštatovaním kontrolovaného, ktorý v písomnom vyjadrení uviedol, že vzhľadom na to, že v predmetnom prípade nebolo zistené, že by spoločnosť EF ako iná osoba, resp. jej zamestnanec p. SAV nespĺňali predmetnú podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní a nebolo zistené ani to, že by na strane inej osoby existoval nejaký dôvod na vylúčenie, nešlo o situáciu, ktorá by bola pokrytá dotknutým ustanovením § 40 ods. 5 tohto zákona.
159. Na dôvažok úrad poukazuje na to, že navrhovateľ v texte námietok nikde neuvádza, z akého konkrétneho dôvodu malo údajne dôjsť k nesplneniu predmetnej podmienky účasti zo strany inej osoby, t. j. z akého dôvodu by nemal p. SAV spĺňať požiadavky určené kontrolovaným v bode III.1.3.2.7.4, zväzku 1 „Pokyny pre záujemcov / uchádzačov“, časti B „Prílohy pokynov pre záujemcov / uchádzačov“ prílohy B7 „Podmienky účasti týkajúce sa osobného, finančného a ekonomického postavenia, technickej a odbornej spôsobilosti“ súťažných podkladov (bod 97. tohto rozhodnutia).
160. Úrad má v tomto kontexte za to, že **navrhovateľ vychádza z nesprávnej interpretácie ustanovenia § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní**, ktoré je možné aplikovať len za predpokladu, že podmienky účasti nespĺňa iná osoba a nie uchádzač ako taký.
161. Nemožno súhlasiť s tvrdením navrhovateľa, že nahradenie inej osoby je možné uplatniť aj v prípade, ak neboli za túto osobu predložené všetky doklady, t. j. niektoré z dokladov chýbajú. **Uplatnením uvedeného výkladu by sa podľa názoru úradu umožnil nežiadúci stav, a to možnosť hľadať kapacity aj po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, čo by odporovalo princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania**, keďže by v takomto prípade uchádzačovi postačovalo predložiť len určité doklady (ktoré by navyše nemuseli preukazovať dispozíciu s touto kapacitou) a neskôr, po „nájdení“ týchto kapacít by sa dožadoval uplatnenia inštitútu nahradenia, navyše by takýto výklad otváral priestor na špekulatívne konanie uchádzačov a súčasne by sa neúmerne predlžoval proces vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, a tým aj samotný proces verejného obstarávania.
162. **Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že dôvod na vylúčenie v tomto prípade existoval na strane navrhovateľa, nie na strane inej osoby.** Navrhovateľ bol tým subjektom, ktorý v rozpore so svojou právnou povinnosťou nepredložil po žiadosti kontrolovaného podľa § 39

³ Podľa autorov komentára k zákonu o verejnom obstarávaní by mohlo ísť o dôvody vylúčenia inej osoby v postavení podľa § 34 ods. 3 tohto zákona podľa § 40 ods. 6 písm. a) až d), e), f), g) (ak sa uplatňuje) a h) tohto zákona. Pozri viac: TKÁČ, J., GRIGA, M.: Zákon o verejnom obstarávaní – Veľký komentár. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2016. ISBN 978-80-8168-454-8, S. 505.

ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní všetky doklady nahradené JED-om (t. j. zmluvu preukazujúcu záväzok podľa § 34 ods. 3 tohto zákona). Na základe uvedeného ani nebolo možné dospieť k uplatneniu inštitútu nahradenia podľa § 40 ods. 5 tohto zákona, ktorého základným predpokladom je možnosť posúdenia splnenia podmienok účasti u inej osoby a na základe tohto posúdenia následné vyslovenie záveru o ich nesplnení. Keďže navrhovateľ nepredložil doklady, na základe ktorých by k takémuto posúdeniu mohol kontrolovaný pristúpiť, logicky nemohol kontrolovaný ani vysloviť záver o splnení alebo nesplnení týchto podmienok.

163. Úrad sa preto nestotožňuje s názorom navrhovateľa, podľa ktorého bol kontrolovaný povinný v danom prípade postupovať podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a teda **kontrolovaný nebol povinný žiadať od navrhovateľa nahradenie spoločnosti EF inou osobou**, prostredníctvom ktorej by preukázal splnenie danej podmienky účasti. Pokiaľ by kontrolovaný využil vo vzťahu k navrhovateľovi inštitút nahradenia podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, podľa názoru úradu by tým **postupoval v rozpore s predmetným ustanovením, ako aj v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov**, nakoľko by navrhovateľovi poskytol v porovnaní s ostatnými uchádzačmi neoprávnenú výhodu. Navrhovateľovi by totiž bolo neoprávnene umožnené po lehote na predkladanie ponúk odstraňovať preukázateľné nedostatky v dokladoch, ktoré mal predložiť buď v lehote na predkladanie ponúk (do 23. 8. 2019 10:00 hod.) alebo v prípade využitia JED-u v lehote na predloženie dokladov nahradených v ponuke JED-om. Pokiaľ však mal navrhovateľ v úmysle preukazovať splnenie danej podmienky účasti inou osobou ako spoločnosťou EF, nič mu nebránilo uviesť predmetnú skutočnosť už v predloženej ponuke, resp. v predložennom JED-e.

164. Navrhovateľ v námietkach ďalej tvrdí, že nakoľko kontrolovaný aplikoval § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti so žiadosťou o vysvetlenie 1 (bod 105. tohto rozhodnutia), žiadosťou o vysvetlenie 2 (bod 107. tohto rozhodnutia), žiadosťou o vysvetlenie 3 a žiadosťou o vysvetlenie č. 4 (body 109 a 111 tohto rozhodnutia), t. j. začal s procesom vyhodnocovania podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní, mohol aplikovať už len § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Inak povedané, navrhovateľ namieta, že kontrolovaný po doručení odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4 (bod 112. a 113. tohto rozhodnutia) spätne aplikoval ustanovenie § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, hoci na to už podľa slov navrhovateľa nebol vo fáze vyhodnocovania splnenia podmienok účasti oprávnený.

165. Čo sa týka vyššie uvedenej argumentácie navrhovateľa, úrad v prvom rade poukazuje na obsah žiadosti o vysvetlenie č. 1, ktorou kontrolovaný navrhovateľa požiadal o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a otázkou č. 19 navrhovateľa konfrontoval s nasledujúcou skutočnosťou, cit.: „Na strane 890 ste predložili Osobitnú dohodu k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít uzavretú medzi zmluvnými stranami MN a EF súvisiacu s verejným obstarávaním „Cesta I/75 Šaľa – obchvat“. Žiadame vysvetliť uvedenú skutočnosť.“. Podľa názoru úradu z predmetnej otázky jednoznačne vyplýva, že **kontrolovaný dal navrhovateľovi v súlade s princípom proporcionality možnosť vysvetliť danú skutočnosť**, resp. uviesť danú skutočnosť na pravú mieru, pričom nepriamo dal navrhovateľovi aj možnosť predložiť správnu zmluvu, ktorá by sa týkala poskytnutia kapacít spoločnosťou EF na účel predmetného verejného obstarávania. Z pohľadu zložitosti prípravy ponuky do verejnej súťaže, ktorej predmetom je zákazka na uskutočnenie diela veľkého rozsahu (rýchlostnej cesty), s ktorým súvisí aj náročnosť preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť hospodárskeho subjektu na riadne uskutočnenie obstarávaných stavebných prác, bol podľa názoru úradu takýto

postup kontrolovaného správny. V danom prípade mohlo byť nepredloženie správnej zmluvy, preukazujúcej záväzok spoločnosti EF poskytnúť kapacity navrhovateľovi na účely predmetnej verejnej súťaže, len administratívnym pochybením. Zo zistení úradu pritom vyplýva, že navrhovateľ na predmetnú otázku odpovedal prostredníctvom člena skupiny dodávateľov (MN)⁴ tak, že **kontrolovaného požiadal, aby predložený dokument - Osobitnú dohodu k zmluve o poskytnutí odborných a technických kapacít zo dňa 19. 7. 2019 považoval za bezpredmetnú** (pozri bod 106. tohto rozhodnutia).

166. Z vyššie parafrázovanej odpovede navrhovateľa, resp. člena skupiny dodávateľov jednoznačne vyplýva, že navrhovateľ napriek možnosti vysvetliť, prečo predložil s predmetným verejným obstarávaním nesúvisiacu zmluvu, resp. napriek poskytnutej možnosti odstrániť tento nedostatok v predložených dokladoch nahradených JED-om, neuviedol danú skutočnosť na pravú mieru, a to ani v námietkach doručených úradu. Obdobne tak navrhovateľ neučinil ani v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie 2 (na otázku č. 1 kontrolovaného, pozri bod 108. tohto rozhodnutia), ani v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie 3 (na otázku č. 1 kontrolovaného, pozri bod 110. tohto rozhodnutia) a napokon ani v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie 4 (pozri bod 112. a 113. tohto rozhodnutia).

167. V tejto súvislosti má úrad za to, že **aj na uchádzačov je potrebné klásť istú mieru zodpovednosti**, nakoľko uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov. Podľa názoru úradu by uchádzač pri predkladaní dokladov nahradených v ponuke JED-om a pri preukazovaní podmienok účasti inou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní mal predložiť všetky príslušné doklady za takúto osobu, vrátane zmluvy preukazujúcej jej záväzok, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Úrad preto na tomto mieste apeluje na potrebu venovať náležitú pozornosť príprave ponúk ako aj pri zhromažďovaní dokladov, ktoré sa následne v ponukách alebo na žiadosť podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní predkladajú na preukázanie podmienok účasti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za ich obsah ako aj za ich úplnosť a správnosť. Na uvedené úrad poukazuje práve z toho dôvodu, že ak ponuka uchádzača nie je predložená v súlade s podmienkami daného verejného obstarávania, resp. v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní (napr. v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), vystavuje sa takýto uchádzač riziku vylúčenia z verejného obstarávania.⁵

168. Pokiaľ ide o tvrdenie navrhovateľa, podľa ktorého kontrolovaný nemohol aplikovať ustanovenie § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko už začal s vyhodnocovaním splnenia podmienok účasti podľa § 40 tohto zákona, úrad opätovne poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 9. 2018. Predmetom právneho posúdenia Rady úradu v tomto rozhodnutí bol rovnaký skutkový stav, keď uchádzač nepredložil na žiadosť verejného obstarávateľa podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní písomné zmluvy uzavreté s tretími osobami, ktorými technickými alebo odbornými kapacitami mienil preukázať konkrétnu podmienku účasti a z toho dôvodu bol verejným obstarávateľom požiadaný o vysvetlenie alebo doplnenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (pozri časť „Zistenia rady“, bod 104. predmetného rozhodnutia Rady úradu). Rada úradu, aj napriek tomu, že došlo zo strany verejného obstarávateľa k aplikácii 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, konštatovala, že dôvod vylúčenia tohto uchádzača podľa

⁴ Pozn. úradu: vedúci člen skupiny dodávateľov (navrhovateľa) - AB sa k predmetnej otázke v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie 1 zo dňa 17. 6. 2020 vôbec nevyjadril (pozri bod 106. tohto rozhodnutia).

⁵ Pozri v tejto súvislosti napr. rozhodnutia Rady úradu č. 2120-9000/2018 zo dňa 21. 2. 2018, č. 4483-9000/2018 zo dňa 16. 4. 2018.

§ 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní bol opodstatnený (pozri bod 149. predmetného rozhodnutia Rady úradu). Úrad na základe uvedeného nevidí žiaden dôvod na odklon od právneho názoru Rady úradu prezentovaného v predmetnom rozhodnutí a v záujme zachovania princípu právnej istoty a ustálenej rozhodovacej praxe v spojitosti s § 3 ods. 5 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov, ktorý stanovuje povinnosť správnych orgánov dbať o to, aby v rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely, **úrad konštatuje, že kontrolovaný bol v danom prípade oprávnený aplikovať § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní aj napriek tomu, že žiadal navrhovateľa o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v intenciách § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.**

169. Ak by sa mal uplatniť výklad prezentovaný navrhovateľom, že dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní je možné uplatniť procesne len v štádiu verejného obstarávania hneď potom, čo uchádzač na žiadosť podľa § 39 ods. 6 tohto zákona nepredloží všetky doklady nahradené JED-om (t. j. niektoré predloží a niektoré nie), a to bez prípadného uplatnenia inštitútu vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 tohto zákona, takýto postup by podľa názoru úradu popieral jednak princíp proporcionality, nakoľko by sa uchádzačovi znemožnilo vysvetliť, resp. odstrániť prípadné nezrovnalosti v predložených dokladoch, a zároveň by sa týmto kontrolovanému odňala možnosť preskúmať takéto nezrovnalosti využitím inštitútu vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 tohto zákona, čím by sa mohla znížiť transparentnosť uskutočnených úkonov kontrolovaného.

170. K ďalšiemu tvrdeniu navrhovateľa, že na strane inej osoby, t. j. spoločnosti EF vznikol dôvod na jej vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní na základe toho, že pán SAV je údajne ako zamestnanec (kapacita) tejto inej osoby pracovne indisponovaný pre „*vis maior*“ a k tvrdeniu, že uvedená spoločnosť neposkytla navrhovateľovi súčinnosť na uzavretie inej zmluvy, ktorá by mohla byť kontrolovanému s ohľadom na znenie § 34 ods. 3 tohto zákona predložená za účelom preukázania podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) tohto zákona, úrad uvádza, že **navrhovateľ si mal byť už pri predkladaní svojej ponuky dňa 23. 8. 2019 istý, akým spôsobom mieni preukázať splnenie predmetnej podmienky účasti a mal mať už v čase predkladania ponuky vedomosť o identite subjektu, ktorého kapacitami bude preukazovať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť na plnenie predmetu zákazky.** Z toho vyplýva, že povinnosťou navrhovateľa bolo mať v čase prekladania ponuky vyjasnené, či iná osoba v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, resp. kapacita tejto osoby mu poskytne plnú súčinnosť v rámci procesu posudzovania splnenia podmienok účasti a následne aj v rámci plnenia zmluvy, ktorá má byť výsledkom postupu zadávania predmetnej zákazky. V druhom rade je potrebné zdôrazniť, že **zákon o verejnom obstarávaní neumožňuje nahrádzať iné osoby v postavení podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, resp. ich kapacity inými osobami, resp. kapacitami z dôvodu pracovnej indispozície.** Ako už úrad niekoľkokrát uviedol, podmienkou pre aplikáciu inštitútu nahradenia osoby v postavení podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní je výlučne naplnenie aspoň jedného z dôvodov na jej vylúčenie podľa § 40 ods. 6, čo vyplýva z dotknutého ustanovenia § 40 ods. 5 tohto zákona. K argumentu navrhovateľa, že spoločnosť EF mu neposkytla súčinnosť na uzavretie inej zmluvy, úrad uvádza, že ak je toto tvrdenie navrhovateľa pravdivé, táto skutočnosť musí ísť na ťarchu navrhovateľa ako hospodárskeho subjektu nesúceho podnikateľské riziko.

171. V nadväznosti na to považuje úrad za potrebné konštatovať, že bolo povinnosťou navrhovateľa predložiť do verejnej súťaže už v lehote na predkladanie ponúk, resp. v lehote podľa § 39 ods.

6 zákona o verejnom obstarávaní také doklady pre preukázanie splnenia určených podmienok účasti, ktoré by spĺňali všetky náležitosti v zmysle dokumentov potrebných na vypracovanie ponuky ako aj v zmysle príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, inak sa vystavil riziku vylúčenia. Uvedené súvisí aj s uplatňovaním princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, ktorým sa má zabezpečiť najmä to, aby všetky hospodárske subjekty so záujmom o zadanie tej-ktorej zákazky mali rovnaký čas na zaobstaranie si všetkých potrebných dokladov, vrátane zmlúv s inými osobami podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v tomto smere súhlasí s vyjadrením kontrolovaného, ktorý naznačil, že pokiaľ by navrhovateľovi umožnil doplniť požadované doklady po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, resp. po lehote podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, napríklad by navrhovateľovi umožnil predložiť novú zmluvu o poskytnutí kapacít inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 tohto zákona uzatvorenú po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, navrhovateľa by tým zvýhodnil v porovnaní s ostatnými uchádzačmi, ktorí mali taktiež povinnosť zabezpečiť si všetky potrebné doklady potrebné pre preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, a to v obmedzenom čase.

172. Rovnako sa úrad stotožňuje s argumentáciou kontrolovaného, že jeho povinnosťou nie je riešiť problémy medzi navrhovateľom a inou osobou ohľadom poskytnutia potrebnej súčinnosti pri preukazovaní splnenia podmienok účasti, nakoľko by tým mohlo dôjsť zo strany kontrolovaného k zásahu do princípov čestnej hospodárskej súťaže, najmä do princípu rovnakého zaobchádzania a princípu transparentnosti.
173. Majúc na zreteli vyššie uvedené je podľa názoru úradu v kontexte zisteného skutkového stavu absurdné tvrdenie navrhovateľa, že inštitút zakotvený v § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní bolo potrebné vykladať a aplikovať, cit. navrhovateľa: „(...) *v prospech udržania Uchádzača vo Verejnom obstarávaní.*“.
174. V tomto prípade však kontrolovaný nemal na výber, nakoľko navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené JED-om v určenej lehote. Ak by kontrolovaný postupoval inak, napr. by vo vzťahu k navrhovateľovi uplatnil § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, konal by v rozpore nielen s predmetným ustanovením, ale aj s § 40 ods. 6 tohto zákona, princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a v neposlednom rade aj spôsobom odporujúcim pravidlám čestnej hospodárskej súťaže.
175. Navrhovateľ v námietkach ďalej tvrdí, že sa ho kontrolovaný netransparentne a nedôvodne dopytoval na neexistujúci pracovnoprávny vzťah medzi ním a p. SAV, resp. niektorým z členov skupiny dodávateľov, pričom poukazuje na žiadosť o vysvetlenie č. 4 (bod 111. tohto rozhodnutia). Na základe toho má navrhovateľ za to, že závery kontrolovaného uvedené v predmetnej žiadosti boli nesprávne, neopodstatnené a v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
176. Pokiaľ ide o vyššie uvedené tvrdenie navrhovateľa, úrad v prvom rade poukazuje na obsah navrhovateľovej odpovede na žiadosť o vysvetlenie 2 (bod 108. tohto rozhodnutia), v ktorej jeden z členov skupiny dodávateľov (MN) za navrhovateľa uviedol, že cit.: „*Uchádzač „XX“ týmto potvrdzuje existenciu pracovnoprávneho vzťahu medzi pánom SAV a spoločnosťou EF, čo však nevylučuje existenciu aj iného pracovnoprávneho vzťahu a uchádzačovi nezakladá právnu povinnosť na predloženie zmluvy so spoločnosťou EF V zmysle platnej legislatívy v SR a EU môže mať občan EU viacero pracovnoprávných vzťahov.*“. Z predmetnej odpovede podľa názoru úradu implicitne vyplýva, že navrhovateľ pripustil existenciu iného

pracovnoprávneho vzťahu p. SAV, napr. s navrhovateľom alebo s niektorým iným členom skupiny dodávateľov (navrhovateľa). V takom prípade by podľa názoru úradu nesporne išlo o vlastnú kapacitu navrhovateľa.

177. V nadväznosti na to úrad poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 13891-5000/2020 zo dňa 9. 10. 2020,⁶ v ktorom je uvedené o. i. nasledovné, cit.: „*Vo všeobecnosti môže uchádzač preukázať splnenie podmienky účasti týkajúcej sa odbornej spôsobilosti podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní tak, že preukáže pracovnoprávny alebo obdobný pracovný vzťah s fyzickou osobou, ktorá spĺňa odborné predpoklady (vlastní príslušné osvedčenia alebo certifikát) alebo ju preukáže prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú. Vzhľadom na uvedené je potrebné aby verejný obstarávateľ vedel vyhodnotiť, či ide o vlastnú kapacitu záujemcu/uchádzača alebo o využitie kapacít inej (tretej) osoby. Zákon spôsob takéhoto overenia v prípade vlastnej kapacity uchádzača (pri tretej osobe tento vzťah spravidla vyplýva z písomnej zmluvy medzi treťou osobou a uchádzačom o poskytnutí kapacít) zo strany verejného obstarávateľa exaktne neupravuje. Je na verejnom obstarávateľovi aby zvolil adekvátny dôkazný prostriedok na preukázanie vzťahu kľúčového odborníka (experta) a záujemcu/uchádzača, samozrejme za dodržania princípov verejného obstarávania v zmysle § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä princípu rovnakého zaobchádzania.“⁷*

178. Nakoľko navrhovateľ odpoveďou na žiadosť o vysvetlenie č. 2 naznačil, že p. SAV mohol byť aj vlastnou kapacitou navrhovateľa (resp. niektorého z členov skupiny dodávateľov), t. j. že s ním mohol mať v zmysle platnej legislatívy uzavretý pracovnoprávny vzťah, bolo podľa názoru úradu v kontexte vyššie citovaného metodického usmernenia logické a správne, že sa ho kontrolovaný dopytoval žiadosťou o vysvetlenie č. 3 a žiadosťou o vysvetlenie 4 na možnú existenciu pracovnoprávneho vzťahu tejto osoby s navrhovateľom, resp. s niektorým členom skupiny dodávateľov (navrhovateľa), ktorý by zakladal právo disponibilít danou osobou ako vlastnou kapacitou navrhovateľa pre plnenie predmetu zákazky. Podľa názoru úradu bolo v záujme kontrolovaného preveriť, či navrhovateľ skutočne disponuje predmetnou kapacitou, čo je tým väčšmi opodstatnené v prípade odborníkov, ktorí sa na plnení zmluvy majú priamo podieľať v zmysle § 34 ods. 3 posledná veta zákona o verejnom obstarávaní.⁸ Podľa úradu je potrebné poukázať aj na to, že okrem skúmania pracovného vzťahu p. SAV s navrhovateľom sa kontrolovaný zaoberal aj skúmaním jeho vzťahu k spoločnosti EF, čo je zrejmé aj zo žiadostí o vysvetlenie, ktorými sa kontrolovaný dožadoval predloženia zmluvy podľa § 34 ods. 3 tohto zákona. **Úrad neidentifikoval v takomto postupe kontrolovaného žiadne porušenie zákona o verejnom obstarávaní ani porušenie § 10 ods. 2 tohto zákona.**

179. Na dôvažok úrad podotýka, že ak mal navrhovateľ pochybnosti o zákonnosti postupu kontrolovaného v súvislosti so žiadosťou o vysvetlenie 3 a 4, resp. bol presvedčený o nezákonnosti takéhoto postupu, mal podľa úradu podať námietky v zmysle § 170 ods. 3 písm.

⁶ Pozn. úradu: predmetné metodické usmernenie sa síce týka právneho stavu účinného po 1. 1. 2019, ale podľa názoru úradu je jeho obsah použiteľný aj pre právny stav do nadobudnutia účinnosti novely zákona o verejnom obstarávaní č. 345/2018 Z. z., t. j. do 1. 1. 2019.

⁷ Ohľadom tejto problematiky pozri aj rozhodnutie Rady úradu č. 7614-9000/2019 zo dňa 1. 7. 2019.

⁸ Podľa predmetného ustanovenia, ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

g) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. námietky proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f), konkrétne proti týmto žiadostiam, a to v zákonom ustanovenej lehote, t. j. do 10 dní odo dňa doručenia tejto žiadosti. Úradu preto nie je zrejmé, z akého dôvodu tak navrhovateľ neučinil a predmetné skutočnosti namieta až v námietkach smerujúcich proti vylúčeniu, ktoré sú predmetom tohto konania. V tejto súvislosti úrad zároveň poukazuje na svoje závery uvedené v bodoch 131 až 139 tohto rozhodnutia.

180. Čo sa týka ďalších vyjadrení navrhovateľa uvedených v bodoch 34 až 41 tohto rozhodnutia, ktorými navrhovateľ reaguje na obsah oznámenia o vylúčení a opakovane uvádza tie isté argumenty, ktoré boli úradom právne posúdené v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia, úrad nepovažuje za účelné sa nimi z hľadiska efektívnosti jeho dohľadovej činnosti opätovne zaoberať. Úrad preto v plnom rozsahu navrhovateľa odkazuje na predchádzajúce body tohto rozhodnutia.
181. **Vzhľadom na vyššie uvedené právne posúdenie úradu, zistený skutkový a právny stav a opodstatnenosť vylúčenia navrhovateľa z dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa v predmetnom konaní preukázal, úrad konštatuje, že neidentifikoval v rámci namietaného postupu kontrolovaného rozpor s predmetným ustanovením tohto zákona a ani s jeho ustanoveniami § 40 ods. 6 písm. a), § 10 ods. 2, § 40 ods. 5 a ani s inými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, ktorých porušenie by mohlo ovplyvniť výsledok predmetného verejného obstarávania. Preto považuje úrad námietky navrhovateľ v celom rozsahu za neopodstatnené.**
182. **Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.**
183. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

184. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 ustanovenia § 172 zákona o verejnom obstarávaní je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 ustanovenia § 172 zákona o verejnom obstarávaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späťvzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.
185. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa navrhovateľom zložená kaucia vo výške podľa § 172 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia. Ostatnú časť zloženej kaucie uhradenú navrhovateľom nad zákonom požadovaný rozsah úrad vráti navrhovateľovi do 30 dní odo dňa právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **DE** – splnomocnený zástupca navrhovateľa
2. **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35919001 – kontrolovaný

Na vedomie:

3. **AB** – vedúci člen konajúci za skupinu dodávateľov „XX“ (navrhovateľa)