

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 § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XX** v zastúpení na základe splnomocnenia zo dňa 8. 8. 2019 udeleného **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) podľa označenia smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky a podľa § 170 ods. 3 písm. g) tohto zákona proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) ustanovenia tohto zákona vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky s názvom „Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno“, vyhlásenom verejným obstarávateľom **Mesto Brezno**, Nám. M. R. Štefánika 1, 977 01 Brezno, IČO: 00313319 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 80/2021 dňa 1. 4. 2021 pod značkou 17171 – WYP (ďalej len „verejné obstarávanie“), vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nariaďuje verejnému obstarávateľovi Mesto Brezno, Nám. M. R. Štefánika 1, 977 01 Brezno, IČO: 00313319 **zrušiť verejné obstarávanie** na predmet podlimitnej zákazky „Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 80/2021 dňa 1. 4. 2021 pod značkou 17171 – WYP, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 10. 5. 2021 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, podľa označenia smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) 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“) proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky a podľa § 170 ods. 3 písm. g) tohto zákona proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) ustanovenia tohto zákona (ďalej len „námietky“). Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa toho istého dňa v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému pre elektronické verejné obstarávanie IS EVO, prostredníctvom ktorého sa verejné obstarávanie realizuje (ďalej len „IS EVO“).
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) tohto zákona sa na

¹ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (zákon o e-Governmente).

jeho účely rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku v elektronickej podobe prostredníctvom IS EVO dňa 27. 4. 2021 o 8:52 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 o verejnom obstarávaní.

3. Úrad na úvod konštatuje, že v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok úrad posudzuje námietky podľa ich obsahu, a to aj v prípade, ak je samotné smerovanie podanej námietky nesprávne označené. Úrad v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zohľadňuje obsah podanej námietky, a teda jej vnútornú skladbu a nadväznosť tvrdení navrhovateľa, ale taktiež aj zvolenú argumentáciu v nadväznosti na celkový význam napádaných skutočností. Ak nastane situácia, pri ktorej je potrebné skúmať otázku, či existuje rozpor medzi obsahom napádaných skutočností v podanej námietke a formálnym označením smerovania podanej námietky v zmysle § 170 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, v tom prípade je potrebné akcentovať objektívne hľadisko. Úrad poukazuje na skutočnosť, že v danom prípade navrhovateľ označil predmetné námietky ako námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky a zároveň podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) ustanovenia tohto zákona. Vychádzajúc z obsahu podaných námietok a skutočností, voči ktorým navrhovateľ podal námietky² úrad konštatuje, že predmetné námietky smerujú len podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky, nakoľko stanovenie zmluvnej podmienky v Zmluve o dielo nie je možné považovať za iný úkon kontrolovaného než ako úkon uvedený v písmenách a) až f) ustanovenia § 170 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na uvedené sa úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa, zaoberal námietkami navrhovateľa len ako námietkami podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní smerujúcimi proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky.
4. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní s podaním námietok je 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.
5. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (1 341 806,45 EUR bez DPH) je 1 341,80 EUR. Nakoľko v tomto prípade 0,1% z predpokladanej hodnoty zákazky nepresiahlo sumu 2 000,- EUR, navrhovateľ bol povinný zložiť kauciu vo výške 2 000,- EUR na účet úradu.

² Pozn.: skutočnosť, voči ktorej navrhovateľ podáva námietky, je zmluvná podmienka stanovená v Zmluve o dielo, ktorá je prílohou č. 4 súťažných podkladov, t. j. námietky smerujú proti podmienkam uvedeným v dokumentoch, ktoré sú súčasťou súťažných podkladov.

6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 11. 5. 2021 kauciu vo výške 2 000,00 EUR.
7. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že boli splnené všetky procesné podmienky pre vydanie meritórneho rozhodnutia v tejto veci.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že kontrolovaný mu dňa 28. 4. 2021 listom č. 2021/1466-8, 2021/22778 zo dňa 27.4.2021 zamietol žiadosť o nápravu a z tohto dôvodu podáva námietku podľa §170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaný a podľa §170 ods. 3 písm. g) tohto zákona proti inému úkonu kontrolovaného.
9. Navrhovateľ smerovanie námietok odôvodňuje tým, že cit.: *„Oba dôvody podania námietky sa prelínajú a to tak, že*
 1. *samotným uvedením nezákonnej podmienky v inom dokumente, ktorým je v danom prípade Zmluva o dielo, a v spojitosti s tou skutočnosťou, že daná podmienka je svojím charakterom podmienkou účasti naplnil Obstarávateľ druhý dôvod pre podanie tejto námietky, ktorým je:*
 2. *obchádzanie princípov verejného obstarávania a to práve preto, že nezákonnú podmienku, ktorá je svojím charakterom podmienkou účasti, uviedol Obstarávateľ iba v rámci textu zmluvných dojednaní, majúci vedomosť o tom, že revízne postupy vo verejnom obstarávaní sa podľa aktuálnych výkladových pravidiel UVO, sa v zásade nezaoberajú obsahom zmluvných dojednaní medzi Obstarávateľom a uchádzačom“.*
10. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný do textu zmluvy o dielo zakomponoval podmienky, ktoré sú, cit.: *„svojím charakterom podmienkami účasti vo verejnom obstarávaní a to pre časť ekonomické a finančné postavenie“.*
11. Na základe uvedeného názoru má navrhovateľ za to, že takéto podmienky musia byť uvedené priamo v súťažných podkladoch, musia byť preskúmateľné v rámci revíznych postupov a nesmú byť v rozpore s princípmi verejného obstarávania, ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní a majú sledovať aplikačnú prax úradu a jurisdikciu v obdobných prípadoch verejného obstarávania.
12. Navrhovateľ v kontexte uvedeného uvádza, že cit.: *„Obchádzanie zákona o verejnom obstarávaní vidíme vtom, že Obstarávateľovi je bezpochyby známe, že podľa aktuálnych výkladových pravidiel sa UVO v zásade nezaobrá obsahom zmluvných dojednaní medzi Obstarávateľom a uchádzačom, a teda tým, že Obstarávateľ zakomponoval podmienky účasti medzi zmluvné dojednania, akoby sa „pokúsil vyhnúť“ možnosti ich preskúmavania revíznymi postupmi podľa ZOV, keďže UVO v rámci revíznych postupov v zásade nepreskúma obsah zmlúv.“.*
13. Navrhovateľ uvádza, že je neprijateľné, aby kontrolovaný obchádzal povinnosť viesť verejné obstarávanie v súlade s princípmi verejného obstarávania a zákonom o verejnom obstarávaní, zároveň je podľa navrhovateľa neprijateľné, aby podmienky účasti ostali nepreskúmateľné v rámci revíznych postupov a aby kontrolovaný, cit.: *„v texte zmluvných dojednaní mal*

zakomponované také podmienky účasti, ktoré sú nezákonné a rozporné s princípmi verejného obstarávania a s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní“.

14. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 3801-5000/2021 zo dňa 23. 3. 2021, a to či.: *„Uvádzame, že úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. Preskúmvacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavili zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania (pozri výkladové stanovisko úradu č. 3-2016 zverejnené na webovom sídle). Takéto posudzovanie sa vykonáva v rámci výkonu dohľadu zo strany úradu.*

Zmluvné podmienky musia podporovať čestnú hospodársku súťaž, avšak stanovením prísnych, ale nediskriminačných zmluvných podmienok nedochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní. Verejní obstarávatelia sú pritom oprávnení stanoviť si aj také zmluvné podmienky, ktoré sú pre nich výhodnejšie ako pre ich dodávateľov, za predpokladu, že zmluvné podmienky rešpektujú princípy verejného obstarávania. Každá zmluvná podmienka totiž môže byť niektorými z potenciálnych uchádzačov vnímaná ako výhodnejšia pre verejného obstarávateľa než pre dodávateľa. Zdôrazňujeme však, že nemožno akceptovať také určenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo mať za následok zmarenie účelu postupov verejného obstarávania, t.j. také stanovenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo v zásadnej miere odradiť záujemcov/uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť čestnú hospodársku súťaž. V rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní by bolo, ak by zmluvné podmienky boli nastavené výhodne pre konkrétny hospodársky subjekt.“.

15. Navrhovateľ následne poukazuje na časť E. „Podmienky účasti“, bod 2. „Ekonomické a finančné postavenie“ podbod 2.1. súťažných podkladov, podľa ktorého cit.: *„Uchádzač na preukázanie finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní predloží vyjadrenie banky alebo pobočky zahraničnej banky na území Slovenskej republiky alebo zahraničnej banky (ďalej len „banka“) o schopnosti uchádzača plniť svoje finančné záväzky, v ktorom banka uvedie, že uchádzač nie je v nepovolenom debete, jeho účet nie je predmetom exekúcie v rozsahu ohrozujúcom finančnú stabilitu uchádzača, je schopný plniť si svoje finančné záväzky a v prípade splácania úveru dodržiava splátkový kalendár. (...)“* (bližšie pozri bod 62. tohto rozhodnutia) a uvádza, že kontrolovaný v zmluve o dielo protizákonne rozširuje predmetnú podmienku účasti ekonomického a finančného postavenia a to bodom 7.38. zmluvy o dielo, ktorým od uchádzačov požaduje, cit.: *„Zhotoviteľ je povinný preukázať, že mu bol bankou (názov doplní uchádzač) poskytnutý úver vo výške najmenej 1 000 000,00 EUR na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu tejto zmluvy-stavby: „Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno“, a teda disponuje finančnými zdrojmi na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy. Porušenie tejto povinnosti sa považuje za podstatné porušenie zmluvy.*

alebo

Zhotoviteľ je povinný preukázať, že vinkuloval finančné prostriedky na účte/účtoch v banke (doplní uchádzač) vo výške najmenej 1 000 000,00 EUR na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu tejto zmluvy - stavby: „Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno“, a teda disponuje finančnými zdrojmi na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy. Porušenie tejto povinnosti sa považuje za podstatné porušenie zmluvy.“.

16. Navrhovateľ v kontexte uvedeného namieta, že cit.: „

1. ustanovenie bodu 7.38. Zmluvy o dielo je svojou podstatou podmienkou účasti pre časť ekonomické a finančné postavenie
2. má byť preto obsiahnutá priamo v texte vlastných súťažných podkladov a to v ich časti E Podmienky účasti a to z dôvodu, aby boli riadne preskúmateľné revíznym postupom
3. resp. aj keď nie je táto podmienka účasti zahrnutá v časti E súťažných podkladov, tak napriek tomu, že je zakomponovaná do textu zmluvných dojednaní (ktoré sú nepreskúvané UVO-m), má byť preskúmateľná riadnym revíznym postupom formou námietky a to z dôvodu, že svojím charakterom je to podmienka účasti vo verejnom obstarávaní.“.

17. Navrhovateľ na základe uvedeného uvádza, že z dôvodu potreby preskúmania skutočnosti, či predmetná podmienka účasti stanovená kontrolovaným je v súlade s princípmi verejného obstarávania a so zákonom o verejnom obstarávaní je cit.: „*irrelevantné, ak Obstarávateľ zakomponoval preskúmanú podmienku účasti iba do textu zmluvných dojednaní, ktoré podľa aplikačnej praxe UVO v zásade nepodliehajú preskúvaniu v rámci revízných postupov podľa ZOV.*“. Navrhovateľ na základe uvedeného žiada, aby úrad na predmetnú podmienku uvedenú v bode 7.38. zmluvy o dielo hľadel ako na riadnu podmienku účasti pre ekonomické a finančné postavenie a preskúmal ju v rámci tohto konania o námietkach, a to v kontexte jej nesúladu s princípmi verejného obstarávania a zákona o verejnom obstarávaní, najmä s § 38 ods. 8 tohto zákona.

18. Navrhovateľ ďalej uvádza, že predmetná podmienka účasti je v rozpore s princípom nediskriminácie, s princípom proporcionality, s princípom efektívnosti a hospodárnosti verejného obstarávania, s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, s bežnou aplikačnou praxou pri realizácii obdobných verejných zákaziek a s aplikačnou, výkladovou a usmerňovacou praxou úradu.

19. Navrhovateľ v rámci argumentácie k rozporu predmetnej podmienky s princípom nediskriminácie verejného obstarávania uvádza, že z § 10 zákona o verejnom obstarávaní, z mnohých usmernení úradu a aplikačnej praxe vyplýva, že kontrolovaný je povinný zabezpečiť čo najširšiu účasť hospodárskych subjektov vo verejnej súťaži za účelom vysúťaženia čo najlepšej, ekonomicky najvýhodnejšej ceny na realizáciu zákazky.

20. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný podmienkou stanovenou v bode 7.38. zmluvy o dielo zúžil možný potenciálny okruh uchádzačov, ktorí by boli spôsobilí realizovať zákazku a mali záujem o realizáciu tejto zákazky, nakoľko cit.: „*máloktorý hospodársky subjekt v Slovenskej republike si môže v rámci cash flow dovoliť vinkulovať na účte v banke hotovostnú sumu vo výške 1.000.000 EUR a to od obdobia podpisu Zmluvy o dielo až po koniec platnosti Zmluvy o dielo, resp. až po koniec realizácie zákazky*“.

21. Podľa navrhovateľa kontrolovaný znemožňuje účasť vo verejnej súťaži tým záujemcom, ktorí nemajú záujem alebo nepotrebujú sa úverovo zaťažovať vo výške 1 000 000,- EUR a zároveň odmietajú viazať/vinkulovať/umŕtviť finančnú hotovosť vo výške 1 000 000,- EUR, avšak sú riadne v súlade s ostatnými požiadavkami plne spôsobilí realizovať verejnú zákazku, pričom obdobné zákazky v minulosti úspešne aj realizovali, o čom sú spôsobilí predložiť referencie.

22. Navrhovateľ v kontexte uvedeného poukazuje na skutočnosť, že počas realizácie zákaziek realizovaných v Slovenskej republike, vrátane zákaziek v celkovej hodnote vyššej ako je hodnota predmetnej verejnej súťaže, žiadny zo subjektov nemal povinnosť vinkulovať na účte v banke tak vysoký finančný obnos, ktorý predstavuje 80 % objemu predpokladanej hodnoty zákazky.
23. Navrhovateľ ďalej v tejto skutočnosti uvádza, že predmetná podmienka, cit.: *„je v hlbokom rozpore aj so základnými a stabilne fungujúcimi ekonomickými pravidlami, ktoré neschvaľujú „umŕtvenie/vinkuláciu“ finančných prostriedkov na účte v banke, ale ktoré vedú k tomu, aby bol zabezpečený čo najširší a najobratovejší plynulý chod cash flow finančných prostriedkov v rámci podnikateľskej činnosti hospodárskych subjektov“*.
24. Navrhovateľ uvádza, že predmetná podmienka je hrubo diskriminačná voči väčšine hospodárskych subjektov pôsobiacich na stavebnom trhu v Slovenskej republike, ktorí sú schopní realizovať obdobné a aj hodnotou presahujúce verejné zákazky a to aj bez vinkulácie finančných prostriedkov vo výške aj 80 % z predpokladanej hodnoty zákazky.
25. Navrhovateľ ďalej uvádza, že pri obdobných zákazkách sa bežne vyžaduje na preukázanie finančnej spôsobilosti realizovať zákazku referencie z realizácie obdobných zákaziek a predloženie realizačnej zábezpeky vo výške 20-30 % z celkovej hodnoty zákazky.
26. Navrhovateľ poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 12582-5000/2017 zo dňa 25. 7. 2017, z ktorého podľa navrhovateľa vyplýva, že sa neodporúča pre určenie finančnej spôsobilosti vychádzať z celkovej hodnoty zákazky, pretože to nemusí zohľadňovať situáciu na trhu a môžu pôsobiť diskriminačne, cit. z predmetného usmernenia: *„(...) Z uvedeného dôvodu je pri koncipovaní podmienok účasti potrebné brať do úvahy ich primeranosť a spojitosť s predmetom zákazky, pričom je potrebné zohľadňovať aj situáciu hospodárskych subjektov na relevantnom trhu. Úrad pre verejné obstarávanie neodporúča pri stanovení minimálnej úrovne finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti automaticky vychádzať z limitných hodnôt určeného rozsahu predmetu zákazky, nakoľko takto určené podmienky účasti nemusia zohľadňovať aktuálnu situáciu na relevantnom trhu. (...)“*.
27. Navrhovateľ v rámci argumentácie k rozporu predmetnej podmienky s princípom proporcionality verejného obstarávania uvádza, že kontrolovaný je v zmysle princípu proporcionality povinný vybrať z viacerých možností tú, ktorá je dostatočná na zabezpečenie sledovaného cieľa a ktorá čo najmenej zaťažuje záujemcov a uchádzačov o realizáciu verejnej zákazky. Podľa navrhovateľa, cit.: *„Princíp proporcionality vo verejnom obstarávaní predstavuje požiadavku na primerané aplikovanie inštitútov zákona, teda aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom.“*.
28. Na základe uvedeného navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný hrubo porušuje princíp proporcionality ak, cit.: *„ak za účelom sledovaného cieľa, ktorým je zabezpečenie a preukázanie finančnej spôsobilosti uchádzačov pre realizáciu zákazky, požaduje od uchádzačov neprimeranú požiadavku a to neprimeranú k účelu sledovaného cieľa (...) a to*

napriek tomu, že bežná realizačná prax pri realizácii obdobných aj cenovo drahších verejných zákaziek si vystačí aj napríklad s inštitútom realizačnej zábezpeky v bežnej výške 20-30 % z celkovej hodnoty zákazky a popri tom s inštitútom referencií o úspešnej realizácii obdobných verejných zákaziek. “.

29. Navrhovateľ príkladmo vo vzťahu k uvedenému poukazuje na verejnú zákazku „Stavebná údržba a opravy pozemných komunikácií“ zadávanú mestom Košice, kde predložilo ponuku spolu 6 uchádzačov pri predpokladanej hodnote zákazky 8 604 573,50 EUR bez DPH a verejný obstarávateľ požadoval výkonovú zábezpeku vo výške 10 % zmluvnej ceny a aj vo forme bankovej záruky a na verejnú zákazku „Úprava ulice Rázusova - chodníky a priľahlý zelený pás“ zadávanú mestom Brezno, kde predložilo ponuku spolu 11 uchádzačov pri predpokladanej hodnote zákazky 514 804,57 EUR bez DPH. Podľa navrhovateľa, cit.: *„pri využití inštitútu realizačnej zábezpeky sa do súťaže zapája násobne väčší počet uchádzačov, čím je efektívnejšie zabezpečená riadna hospodárska súťaž a tým je efektívnejšie vysúťažená ekonomicky skutočne najvýhodnejšia cena pre realizáciu verejnej zákazky. “.*
30. Podľa navrhovateľa kontrolovaný na zabezpečenie sledovaného cieľa má možnosť použiť aj proporcionálnejšie, vhodnejšie a dostačujúce spôsoby, napr. realizačnú zábezpeku, no zvolil podľa teórie a praxe ekonomických pravidiel cash flow inštitútu ekonomicky nevhodný inštitút, ktorý sa prejaví aj v konečnej cene za realizáciu zákazky.
31. Navrhovateľ ďalej v kontexte porušenia princípu proporcionality zo strany kontrolovaného uvádza, že neprimeraná je aj výška sumy, ktorú kontrolovaný požaduje vinkulovať, resp. preukázať úverom, nakoľko požadovaná suma vo výške 1 000 000,00 EUR predstavuje takmer 80 % z predpokladanej hodnoty zákazky.
32. Navrhovateľ v tejto súvislosti uvádza, že cit.: *„Uvedené bežne požadované % (20-30%) realizačných zábezpek je aj logické, keďže celková hodnota zákazky cca 1.300.000,- EUR bez DPH bude prestavaná a prefinancovaná na realizácii zákazky postupne v priebehu cca 6-ich mesiacov, teda ak je doba realizácie zákazky cca 6 mesiacov, tak mesačne bude zhotoviteľ potrebovať finančné prostriedky na jednotlivú mesačnú časť prestavanosti zákazky cca 1/6 z celkovej hodnoty zákazky, teda cca 216.000 EUR, avšak Obstarávateľ požaduje, aby aj napriek tejto postupnej mesačnej prestavanosti mali uchádzači viazanú sumu niekoľko násobne vyššiu-až 1.000.000,- EUR a to počas celej doby realizácie zákazky, teda v každom mesiaci realizácie zákazky. “.* Podľa navrhovateľa je predmetná požiadavka prehnaná, neproporčná a nepotrebná, nakoľko aj keď bude prestavanosť zákazky viac než 50 %, zhotoviteľ bude musieť mať stále vinkulovaných 1 000 000,- EUR.
33. Navrhovateľ v rámci argumentácie k rozporu predmetnej podmienky s princípom efektívnosti a hospodárnosti verejného obstarávania uvádza, že úverové financovanie, resp. viazanosť finančných prostriedkov na účte uchádzačov vo výške 80% predpokladanej hodnoty zákazky a počas celej doby realizácie zákazky stanovené predmetnou požiadavkou podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo sa prejaví aj na konečnej ponúkanej cene za realizáciu zákazky.
34. Navrhovateľ v tejto súvislosti uvádza, že ak v rámci cash flow majú uchádzači umŕtvené/ viazané/vinkulované finančné prostriedky a nemôžu ich používať v danom období na iné podnikateľské aktivity, bude cena týchto peňazí predražená, čo sa odrazí na ponukovej cene

uchádzačov, a teda aj na cene za realizáciu zákazky, ktorú kontrolovaný zaplatí z prostriedkov verejných zdrojov s ktorými má povinnosť hospodáriť efektívne. Zároveň, ak uchádzači uprednostnia úver pred vinkuláciou, ponuková cena bude navýšená o úrokové sadzby a ostatné dopady úverového zaťaženia.

35. Navrhovateľ ďalej uvádza, že predmetné možnosti preukázania finančnej spôsobilosti sú máťúce, nakoľko cit.: *„prvou možnosťou získania úverových prostriedkov sa finančná stabilita uchádzača - zhotoviteľa posilní, avšak druhou podmienkou - viazanosťou finančných prostriedkov sa finančná stabilita uchádzača - zhotoviteľa oslabí, nakoľko uchádzač bude reálne vo finančnom mínuse so značnou sumou hotovostných prostriedkov vo výške 1.000.000,- EUR, ktoré by bez tejto viazanosti mohol použiť práve na realizáciu predmetnej zákazky.“*.
36. Navrhovateľ poukazuje aj na možné riziko, keď podľa navrhovateľa, cit.: *„pri inštitúte vinkulácie tak značného obnosu hotovostných finančných prostriedkov hrozí riziko pre riadnu realizáciu predmetnej verejnej zákazky, keďže dotknutý uchádzač-zhotoviteľ pri nemožnosti disponovať s tak značným obnosom finančných prostriedkov v rámci svojho cash flow sa môže dostať do finančných problémov, čo môže rizikovo ohroziť dokončenie realizácie predmetnej zákazky.“*.
37. Podľa navrhovateľa, kontrolovaný stanovením predmetnej podmienky nesleduje efektívnosť a hospodárnosť verejnej zákazky, ale obmedzuje hospodársku súťaž, nakoľko cit.: *„neadekvátne a neprímerane vo vzťahu k sledovanému cieľu zaťažuje potencionálnych záujemcov o realizáciu zákazky, čím sa v značnom rozsahu zužuje reálne možný počet uchádzačov, ktorý sa zapoja do súťaže na realizáciu predmetnej verejnej zákazky, čo vyvoláva vážne pochybnosti o skutočných motívoch stanovenia týchto podmienok.“*.
38. Navrhovateľ v rámci argumentácie k porušeniu § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní – porušenie primeranosti požiadavky obstarávateľa, cituje z metodického usmernenia č. 1727-5000/2021 zo dňa 2. 2. 2021, cit.: *„Určenie podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia ako aj požadovanie ich minimálnej úrovne je plne v kompetencii verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Zákon o verejnom obstarávaní umožňuje verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom stanoviť aj iné podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia než tie, ktoré sú v ňom výslovne uvedené, samozrejme však za predpokladu, že sa budú rešpektovať princípy verejného obstarávania. Uvedené okrem iného znamená, že stanovené požiadavky by mali vychádzať z poznania trhu, t. j. či existuje dostatočný počet skúsených a kvalifikovaných hospodárskych subjektov podnikajúcich v oblasti predmetu zákazky a koľko ich je schopných splniť určenú podmienku účasti, aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Minimálnu úroveň vo vzťahu k § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní možno charakterizovať, ako najnižšiu očakávanú úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorú musí uchádzač/záujemca splňať, aby sa mohol zúčastniť daného verejného obstarávania. Primeranosť stanovenia podmienok účasti je potrebné posudzovať vždy osobitne vo vzťahu ku každému prípadu a nemalo by prostredníctvom nich dochádzať k umelému zužovaniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ/obstarávateľ si v každom prípade musí svoje*

rozhodnutie o primeranosti príslušnej podmienky účasti vedieť obhájiť, a to či už pred samotnými záujemcami alebo kontrolnými orgánmi.“³

39. Navrhovateľ ďalej poukazuje aj na rozhodnutie Rady úradu č. 18010-9000/2017 zo dňa 21. 2. 2018, v rámci ktorého sa Rada úradu posudzovala nastavenie a podmienky uplatnenia zmluvnej zábezpeky na plnenia vyplývajúce zo zmluvy ako výsledku verejného obstarávania. Navrhovateľ z uvedeného rozhodnutia citoval nasledovné, cit.: *„V zmysle uvedeného rozhodnutia úrad upozorňuje verejných obstarávateľov, obstarávateľov a osoby podľa §8 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej ako „kontrolovaný“), že kumulácia skutočností týkajúcich sa spôsobu stanovenia podmienok zloženia tejto zábezpeky v danom prípade môže predstavovať významnú finančnú záťaž pre potenciálnych záujemcov a uchádzačov a je tak spôsobilá výrazne ovplyvniť účasť hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní, a tým aj samotnú hospodársku súťaž.*

Rada úradu zároveň konštatovala, že kumulácia uvedených skutočností mohla mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko stanovenie zmluvnej zábezpeky vyššie uvedeným spôsobom mohlo mať za následok zúženie okruhu záujemcov, ktorí by boli schopní a ochotní zúčastniť sa daného verejného obstarávania za daných zmluvných podmienok, čím kontrolovaný ohrozil riadnu hospodársku súťaž.

V tejto súvislosti úrad uvádza, že nemožno akceptovať také určenie zmluvnej podmienky (teda aj zábezpeky), ktoré by mohlo mať za následok zmarenie účelu postupov verejného obstarávania, t. j. také stanovenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo v zásadnej miere odradiť záujemcov/uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť zdravú hospodársku súťaž.“.

40. Navrhovateľ v petite podaných námietok požaduje, aby úrad nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to upraviť znenie súťažných podkladov, a to tak, že nebude vyžadovať vinkuláciu sumy v neprimeranej výške 1 000 000,- EUR, resp. predloženie úveru v tejto neprimeranej výške úveru 1 000 000,- EUR a to za účelom zabezpečenia realizácie predmetnej zákazky. Navrhovateľ zároveň požaduje, aby úrad poučil kontrolovaného, ako v budúcnosti postupovať v obdobných prípadoch a to najmä cestou využitia bežne akceptovaných tzv. realizačných zábezpek.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

41. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe

³ Pozn.: V originálnom znení Metodického usmernenia č. 1727-5000/2021 zo dňa 2. 2. 2021, na ktoré navrhovateľ poukazuje, sa určité časti textu metodického usmernenia v porovnaní s navrhovateľom citovaným textom odlišujú, a to nasledovne cit.: *„(...) Minimálnu úroveň vo vzťahu k § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní možno charakterizovať, ako najnižšiu očakávanú úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorú musí uchádzač/záujemca splňať, aby sa mohol zúčastniť daného verejného obstarávania. Určenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti ako aj požadovanie ich minimálnej úrovne je plne v kompetencii verejného obstarávateľa/obstarávateľa. Určenie minimálnej výšky spôsobilosti by malo v prvom rade vychádzať z poznania trhu, t. j. či existujú a koľko dostatočne skúsených a kvalifikovaných hospodárskych subjektov podnikajúcich v oblasti predmetu zákazky je schopných splniť určenú výšku štandardov tak, aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Primeranosť stanovenia podmienok účasti je potrebné posudzovať vždy osobitne vo vzťahu ku každému prípadu a nemalo by prostredníctvom nich dochádzať k umelému zužovaniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ/obstarávateľ si v každom prípade musí svoje rozhodnutie o primeranosti príslušnej podmienky účasti vedieť obhájiť, a to či už pred samotnými záujemcami alebo kontrolnými orgánmi. (...)“*

uvedeného úrad konštatuje, že predmetné **konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa 10. 5. 2021.**

42. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 tohto zákona v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.
43. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
44. Dňa 14. 5. 2021 bol úradu doručený email od kontrolovaného, prostredníctvom ktorého úradu doručil dokument označený ako „Písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletná dokumentácia“, ktorý bol následne dňa 17. 5. 2021 úradu doručený aj v listinnej podobe a ktorým poskytol úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (body 45. až 58. tohto rozhodnutia). Kontrolovaný dňa 13. 5. 2021 poskytol úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do systému IS EVO, čím úradu sprístupnil elektronickú podobu dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

45. Dňa 14. 5. 2021 bolo úradu doručené vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia uvádza, že trvá na odôvodnení zamietnutia žiadosti o nápravu (list č. 2021/1466-8, 2021/22778 zo dňa 27. 4. 2021).
46. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa uvedených v námietkach o zmluvnej podmienke určenej v bode 7.38. zmluvy o dielo (body 10. až 13. tohto rozhodnutia) uvádza, že cit.: *„Verejný obstarávateľ nepovažuje predmetnú zmluvnú podmienku za podmienku účasti na preukázanie ekonomického a finančného postavenia uchádzačov. Predmetnú obchodnú/zmluvnú podmienku je povinný splniť len a výlučne zhotoviteľ, žiadny iný uchádzač nepredkladá k tejto obchodnej/zmluvnej podmienke v rámci ponuky žiadny doklad.“*.
47. Kontrolovaný ďalej uvádza, že je mu známe, že úrad preskúmava celý postup zadávania zákazky, vrátane zmluvných podmienok, a to z hľadiska dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní, najmä princípov verejného obstarávania. Kontrolovaný sa nepokúsil vyhnúť možnosti preskúmania predmetnej zmluvnej podmienky revíznymi postupmi. Kontrolovaný dodáva, že aj túto osobitnú zmluvnú podmienku uviedol v súťažných podkladoch v časti C. „Obchodné podmienky uskutočnenia stavebných prác“, a to v súlade s § 42 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.

48. Kontrolovaný ďalej poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ v rámci námietok cituje jedinú podmienku účasti týkajúcu sa ekonomického a finančného postavenia určenú kontrolovaným, ku ktorej tvrdí, že ju kontrolovaný protizákonne rozširuje, a to bodom 7.38. zmluvy o dielo, ktorý navrhovateľ v námietkach cituje. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ zrejme účelovo však necituje nasledujúcu poznámku k predmetnej zmluvnej podmienke, cit.: „*Pozn. Uchádzač ponechá v zmluve tú alternatívu bodu 7.38., ktorá zodpovedá spôsobu, akým bude v prípade úspešnosti svojej ponuky preukazovať plnenie tejto zmluvnej povinnosti.*“. Podľa kontrolovaného, z predmetnej poznámky vyplýva, že cit.: „*uchádzači v ponuke nepredkladajú žiadne doklady k tejto zmluvnej podmienke, iba informujú verejného obstarávateľa, ktorú alternatívu zvolia v prípade úspešnosti svojej ponuky, a že samotné plnenie tejto zmluvnej podmienky sa týka len a výlučne zhotoviteľa (úspešného uchádzača po uzavretí zmluvy)*“.
49. Kontrolovaný k požiadavkám navrhovateľa smerovaných úradu uvedených v námietkach (bod 17. tohto rozhodnutia) uvádza, že sa k nim nebude vyjadrovať a zároveň sa nebude vyjadrovať ani k tvrdeniam navrhovateľa o údajnom porušení § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného, teda o neprimeranosti predmetnej podmienky, nakoľko predmetná zmluvná podmienka určená v bode 7.38. zmluvy o dielo nie je podmienka účasti.
50. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa k porušeniu princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov zo strany kontrolovaného uvedených v námietkach (body 20. až 23. tohto rozhodnutia) uvádza, že podľa bodu 4.2. zmluvy o dielo kontrolovaný uhradí cenu predmetu zákazky keď zhotoviteľ vystaví jednu faktúru po zrealizovaní a prevzatí celého diela a táto faktúra bude uhradená v dvoch splátkach. Na základe uvedeného spôsobu financovania diela kontrolovaný stanovil zmluvnú podmienku v čl. 7 „Povinnosti zhotoviteľa“ bod 7.38. zmluvy o dielo, ktorou od úspešného uchádzača požaduje preukázať, že disponuje finančnými prostriedkami potrebnými na realizáciu diela, a to preukázaním získaného úveru alebo vinkuláciou vlastných prostriedkov (bod 66. tohto rozhodnutia).
51. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že cit.: „*Vo všeobecnosti vinkulácia vkladu predstavuje účelové obmedzenie/viazanie dispozičného práva k vkladu, toto obmedzenie môže určovať formu využitia vkladu, napr. využitie vkladu len na konkrétny účel. V tomto verejnom obstarávaní je tým konkrétnym účelom kompletná a úplná realizácia predmetu zmluvy zhotoviteľom. Obmedzenie v tomto prípade nespočíva v „umrťvení“ finančných prostriedkov, ale spočíva v tom, že zhotoviteľ použije tieto prostriedky len a práve „na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy“ v čase jeho realizácie tak, ako je uvedené a vyššie citované z bodu 7.38. zmluvy, t.j. zhotoviteľ bude uhrádzať svoje výdavky, ktoré mu vzniknú pri realizácii tejto zmluvy, z týchto a na tento účel vinkulovaných prostriedkov.*“. Kontrolovaný dodáva, že zmluvná podmienka je pre každého záujemcu stanovená rovnako, žiadneho z nich nediskriminuje.
52. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa k porušeniu princípu proporcionality a princípu efektívnosti a hospodárnosti zo strany kontrolovaného uvedených v námietkach (body 28., 31., 34. až 36. tohto rozhodnutia) uvádza, že cit.: „*Verejný obstarávateľ zastáva názor, že nižší objem finančných prostriedkov - či už formou úveru alebo vinkulácie - na krytie výdavkov by mohol viesť k situácii, že zhotoviteľ by po spotrebovaní prostriedkov vyhradených na realizáciu zákazky nepokračoval v stavebných prácach z dôvodu, že by nemal prostriedky na krytie*

svojich výdavkov na realizáciu predmetu tejto zákazky. A práve takejto situácii chcel verejný obstarávateľ predísť stanovením predmetnej zmluvnej podmienky. “.

53. Kontrolovaný vo vzťahu k tomu uvádza, že cit.: *„Ak bude prestavaných napr. cca 50 % zákazky, to znamená, že objem vinkulovaných prostriedkov na výdavky zhotoviteľa na realizáciu predmetu tejto zákazky bude už nižší o sumu, ktorú uhradil zhotoviteľ pri realizácii zmluvy napr. za materiál alebo subdodávateľom, a teda v žiadnom prípade nebude už 1 000 000 EUR.“.*
54. Kontrolovaný ku navrhovateľom navrhovanej realizačnej zábezpeke uvádza, že cit.: *„realizačná zábezpeka nepredstavuje garanciu, že zhotoviteľ bude disponovať finančnými prostriedkami potrebnými na kompletnú a úplnú realizáciu zmluvy. Inštitút realizačnej zábezpeky neslúži na úhradu výdavkov zhotoviteľa na realizáciu predmetu zmluvy, ale tento inštitút umožňuje objednávateľovi (verejnému obstarávateľovi) uplatniť si u zhotoviteľa prípadnú pohľadávku z titulu neodstránenia väd, náhrady škody a pod.“.*
55. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že nepožaduje realizačnú alebo garančnú zábezpeku, aby vzhľadom na požadovanú disponibilitu finančnými prostriedkami zhotoviteľa zákazky nezvyšoval jeho finančné zaťaženie. Kontrolovaný dodáva, že vzhľadom na skutočnosť, že nepožaduje realizačnú alebo garančnú zábezpeku, nebude sa vyjadrovať k rozhodnutiu Rady úradu, na ktoré poukázal navrhovateľ v tejto súvislosti.
56. Kontrolovaný ďalej uvádza, že spôsob financovania predmetu zákazky a zmluvnú podmienku uvedenú v bode 7.38. zmluvy o dielo stanovil s vedomím, že náklady zhotoviteľa spojené s úverom alebo vinkuláciu budú zahrnuté do ceny za predmet zákazky.
57. Kontrolovaný uvádza, že cit.: *„zmluvnou podmienkou uvedenou v bode 7.38. v alternatíve „vinkulácia“ nežiada „umŕtvenie“ 1 000 000 EUR, ale ich vyhradenie na realizáciu predmetu zmluvy („disponuje finančnými zdrojmi na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy“), a teda nehrozí riziko, že by zhotoviteľ nemal dostatok finančných prostriedkov na realizáciu predmetu tejto zmluvy. Nie je teda pravdivým tvrdenie navrhovateľa, že zhotoviteľ nemôže disponovať s tak značným obnosom finančných prostriedkov a že sa tak môže dostať do finančných problémov. Finančné prostriedky budú vinkulované na konkrétny účel, a to na pokrytie výdavkov spojených splnením tejto zmluvy, a požadovaná výška finančných prostriedkov je určená tak, že zhotoviteľ sa nemôže dostať v súvislosti s plnením tejto zmluvy do finančných problémov“.*
58. Kontrolovaný v závere vyjadrenia uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní nezakazuje vytvoriť v rámci zmluvných podmienok výhodnejšiu situáciu v prospech kontrolovaného. Kontrolovaný poukazuje na Výkladové stanovisko úradu č. 3/2016, podľa ktorého cit.: *„rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní by bolo, ak by zmluvné podmienky boli nastavené výhodne pre konkrétny hospodársky subjekt“.* Kontrolovaný je toho názoru, že zmluvné podmienky nenastavil v rozpore s princípmi verejného obstarávania a sú stanovené rovnako pre všetky hospodárske subjekty. Podľa kontrolovaného, cit.: *„Stanovením prísnych, ale nediskriminačných zmluvných podmienok nedochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní.“.*

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné, k meritu veci relevantné skutočnosti:

59. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 80/2021 dňa 1. 4. 2021 pod značkou 17171 - WYP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 341 806,45 EUR bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, zadávanú postupom bez využitia elektronického trhu podľa § 112 a nasl. zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uskutočnil zadávanie predmetnej zákazky s využitím elektronických nástrojov IS EVO. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená na deň 27. 4. 2021 do 10:00 hod., ponuku predložili štyria uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 27. 4. 2021 o 11:00 hod. Predmetné verejné obstarávanie sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze po otváraní ponúk.
60. V Časti A. „Pokyny pre záujemcov/uchádzačov“, v bode 6. „Miesto a termín uskutočnenia stavebných prác“, v podbode 6.2. súťažných podkladov je uvedené, cit.: *„Trvanie zmluvy alebo lehota na uskutočnenie stavebných prác: 6 mesiacov od výzvy verejného obstarávateľa, z toho: 6.2.1. vypracovanie plánov a iných činností predchádzajúcich prevzatíu staveniska – 1 mesiac 6.2.2. realizácia stavebných prác – 4 mesiace odo dňa prevzatia staveniska a 6.2.3. následne na odstránenie vád a nedorobkov – 1 mesiac.“*.
61. V Časti C. „Obchodné podmienky uskutočnenia stavebných prác“, v bode 3.1. súťažných podkladov je uvedené, cit.: *„Verejný obstarávateľ požaduje od zhotoviteľa, aby mal zabezpečené finančné prostriedky na pokrytie výdavkov na realizáciu tohto predmetu zákazky formou úveru alebo vinkulácie v súlade so zmluvnými podmienkami. Dôkaz o splnení tejto povinnosti zhotoviteľa predloží zhotoviteľ verejnemu obstarávateľovi v súlade so zmluvnými podmienkami.“*.
62. V Časti E. „Podmienky účasti“, v bode 2. „Ekonomické a finančné postavenie“, v podbode 2.1. súťažných podkladov je uvedené, cit.: *„Uchádzač na preukázanie finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní predloží vyjadrenie banky alebo pobočky zahraničnej banky na území Slovenskej republiky alebo zahraničnej banky (ďalej len „banka“) o schopnosti uchádzača plniť svoje finančné záväzky, v ktorom banka uvedie, že uchádzač nie je v nepovolenom debete, jeho účet nie je predmetom exekúcie v rozsahu ohrozujúcom finančnú stabilitu uchádzača, je schopný plniť si svoje finančné záväzky a v prípade splácania úveru dodržiava splátkový kalendár. Vyjadrenie predkladá uchádzač zo všetkých bánk, kde má vedené účty. Okrem vyjadrenia banky/bánk predloží uchádzač aj čestné vyhlásenie podpísané uchádzačom alebo osobou oprávnenou konať v mene uchádzača o tom, že v iných bankách nemá vedené účty ani záväzky.(..)“*.
63. Kontrolovaný v Článku 4. „Platobné podmienky“ bode 4.2. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil nasledujúci spôsob platby za plnenie predmetu zákazky, cit.: *„Po zrealizovaní a prevzatí celého diela objednávateľom zhotoviteľ vystaví faktúru. Objedávateľ uhradí faktúru v dvoch splátkach: 4.2.1. prvá splátka – po predložení faktúry vo výške jednej poloviny dohodnutej ceny podľa čl. 3 bod 3.3 tejto zmluvy“*

4.2.2. druhá splátka – 12 mesiacov po predložení faktúry vo výške jednej poloviny dohodnutej ceny podľa čl. 3 bod 3.3 tejto zmluvy.

Dňom úhrady je deň odpísania sumy z účtu objednávateľa“.

64. Kontrolovaný v Článku 5. „Miesto a lehota plnenia“ v bode 5.3. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil, cit.: „Zhotoviteľ začne predmet tejto zmluvy plniť na základe písomnej výzvy objednávateľa, ktorú mu objednávateľ zašle až po nadobudnutí účinnosti zmluvy. Bez zaslania písomnej výzvy objednávateľa zhotoviteľ nie je oprávnený plniť predmet zmluvy, ani mu nevzniká žiadny nárok na finančné plnenie.“.

65. Kontrolovaný v Článku 5. „Miesto a lehota plnenia“ v bode 5.4. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil, cit.: „Zhotoviteľ do piatich pracovných dní od doručenia výzvy podľa bodu 5.3 tejto zmluvy:

- a) vypracuje a predloží objednávateľovi Plán bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci
- b) vypracuje a predloží objednávateľovi Kontrolný a skúšobný plán
- c) vypracuje a predloží objednávateľovi Harmonogram plnenia predmetu zmluvy
- d) predloží dôkazy o splnení povinností zhotoviteľa stanovených v bodoch 7.34, 7.35 a 7.38. tejto zmluvy.“.

66. Kontrolovaný v Článku 7. „Povinnosti zhotoviteľa“ v bode 7.38. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil, cit.: „Zhotoviteľ je povinný preukázať, že mu bol bankou (doplní uchádzač) poskytnutý úver vo výške najmenej 1 000 000,00 EUR na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu tejto zmluvy – stavby: „**Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno**“, a teda disponuje finančnými zdrojmi na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy. Porušenie tejto povinnosti sa považuje za podstatné porušenie zmluvy.

alebo

Zhotoviteľ je povinný preukázať, že vinkuloval finančné prostriedky na účte/účtoch v banke (doplní uchádzač) vo výške najmenej 1 000 000,00 EUR na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu tejto zmluvy – stavby: „**Oprava miestnych komunikácií v katastrálnom území mesta Brezno**“, a teda disponuje finančnými zdrojmi na pokrytie výdavkov spojených s plnením tejto zmluvy. Porušenie tejto povinnosti sa považuje za podstatné porušenie zmluvy.

Pozn. Uchádzač ponechá v zmluve tú alternatívu bodu 7.38., ktorá zodpovedá spôsobu, akým bude v prípade úspešnosti svojej ponuky preukazovať plnenie tejto zmluvnej povinnosti.“.

67. Kontrolovaný v Článku 17. „Platnosť a účinnosť zmluvy“ v bode 17.4.1. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil, cit.: „Táto zmluva môže zaniknúť odstúpením od zmluvy oprávnenou stranou z dôvodu podstatného porušenia tejto zmluvy postupom podľa § 345 a nasl. Obchodného zákonníka“.

68. Kontrolovaný v Článku 17. „Platnosť a účinnosť zmluvy“ v bode 17.5.5. Zmluvy o dielo, ktorá tvorí Prílohu č. 4 súťažných podkladov stanovil, cit.: „Zmluvné strany za podstatné porušenie tejto zmluvy považujú, ak zhotoviteľ poruší svoje povinnosti, ktoré sú touto zmluvou označené za podstatné porušenie zmluvy.“.

69. Navrhovateľ dňa 22. 4. 2021 prostredníctvom IS EVO kontrolovanému doručil dokument z toho istého dňa označený ako „Žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch na predkladanie ponúk pri podlimitnej zákazke“, ktorým kontrolovaného žiadal, aby cit.: „verejný obstarávateľ odstránil protiprávne stanovené podmienky uvedené v Zmluve o dielo a nahradil ich tak, aby boli v súlade s princípmi verejného obstarávania stanovenými

v zákone o verejnom obstarávaní, teda aby znížil požadovanú sumu poskytnutej garancie a umožnil jej poskytnutie aj formou bankovej záruky“.

70. Kontrolovaný dňa 28. 4. 2021 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dokument zo dňa 27. 4. 2021 označený ako „Žiadosť o nápravu – zamietnutie“, v ktorom okrem iného uviedol, cit.: „Verejný obstarávateľ:

- neodstráni žiadnu zo zmluvných podmienok uvedených v zmluve o dielo a
- nenahradí žiadnu zo zmluvných podmienok alebo jej časť inou podmienkou ani
- nemôže znížiť sumu výkonovej a záručnej zábezpeky ani umožniť jej poskytnutie formou bankovej záruky, keďže verejný obstarávateľ v zmluve neurčil žiadnu výkonovú a záručnú zábezpeku.“.

71. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená na deň 27. 4. 2021 do 10:00 hod., ponuku predložili štyria uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 27. 4. 2021 o 11:00 hod. V dokumente označenom ako „Zápisnica z otvárania ponúk dňa 27.04.2021“ je v bode 9. „Identifikácia uchádzačov, ktorí predložili ponuku, ich poradové číslo a návrh na plnenie kritéria cena“ uvedená nasledovná tabuľka, cit.: „

p.č.	obchodné meno	sídlo alebo miesto podnikania	cena celkom v EUR
1.	AA	aaaa	795 399,37
2.	BB	bbbb	819 699,68
3.	XX	xxxx	865 131,73
4.	CC	cccc	1 569 147,68

“.

Právny rámec

72. 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.

73. 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.

74. Podľa § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní príprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov vrátane ich klasifikácie podľa § 5 ods. 1 sa nesmú realizovať so zámerom nedovoleného uplatnenia výnimky z tohto zákona alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Verejný obstarávateľ a obstarávateľia sú povinní prijať potrebné opatrenia na zabezpečenie primeraného a včasného plnenia svojich úloh, ktoré vyplývajú z osobitných predpisov a ktoré sú zároveň v súlade s pravidlami verejného obstarávania.

75. Podľa § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie sa preukazuje spravidla predložením

- a) vyjadrenia banky alebo pobočky zahraničnej banky,
- b) potvrdenia o poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone povolania alebo potvrdenia o poistení zodpovednosti za škodu podnikateľa, ak takéto poistenie vyžaduje osobitný predpis,
- c) súvahy alebo výkazu o majetku a záväzkoch alebo údajov z nich alebo

d) prehľadu o celkovom obrate a ak je to vhodné, prehľadu o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky alebo koncesie týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.

76. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.
77. Podľa § 42 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu určiť osobitné podmienky plnenia zmluvy, ak ich uvedú v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v súťažných podkladoch. Osobitné podmienky plnenia zmluvy môžu zahŕňať ekonomické, sociálne, environmentálne hľadiská, hľadiská súvisiace s inováciou alebo zamestnanosťou; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu týkať aj subdodávateľov, bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností alebo bezpečnosti dodávok.

Právne posúdenie námietok navrhovateľa úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

78. Úrad uvádza, že predmetom námietok doručených úradu je zmluvná podmienka stanovená kontrolovaným v Článku 7. „Povinnosti zhotoviteľa“ v bode 7.38. Zmluvy o dielo (pozri bod 66. tohto rozhodnutia), ktorú navrhovateľ však považuje za podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia a preto by podľa jeho názoru mala byť uvedená medzi podmienkami účasti finančného a ekonomického postavenia v príslušnej časti súťažných podkladov. Navrhovateľ zároveň podanými námietkami namieta, že zmluvná podmienka uvedená v bode 7.38. Zmluvy o dielo je v rozpore s princípmi verejného obstarávania uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, s princípom proporcionality, s princípom efektívnosti a hospodárnosti, a tiež že porušuje § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní (primeranosť požiadavky), a je rozporná s bežnou aplikačnou praxou a s aplikačnou, výkladovou a usmerňovacou praxou úradu. Kontrolovaný je naopak toho názoru, že predmetná zmluvná podmienka nie je podmienkou účasti finančného a ekonomického postavenia, nakoľko jej splnenie je povinný preukázať len úspešný uchádzač a žiadny iný uchádzač nepredkladá k tejto zmluvnej podmienke v rámci ponuky žiadny doklad. Zároveň má kontrolovaný za to, že zmluvné podmienky nenastavil v rozpore s princípmi verejného obstarávania a sú stanovené rovnako pre všetky hospodárske subjekty.
79. Úrad, ako už konštatoval v bode 3. tohto rozhodnutia, opätovne uvádza, že stanovenie zmluvnej podmienky v zmluve o dielo nie je možné chápať ako iný úkon kontrolovaného, než ako sú úkony uvedené v § 170 ods. 3 bod a) až f) zákona o verejnom obstarávaní. Zmluva o dielo je súčasťou súťažných podkladov, v tomto prípade konkrétne tvorí prílohu č. 4 súťažných podkladov, preto akékoľvek námietky smerované voči v nej uvedeným skutočnostiam, ktoré podľa navrhovateľa porušujú jeho právo alebo právom chránené záujmy, musia byť podané podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a z toho dôvodu

je zároveň potrebné vykonať všetky potrebné úkony, ktoré predchádzajú podaniu námietok podľa § 170 ods. 3 písm. b) tohto zákona, t. j. podať žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) tohto zákona. V danom prípade navrhovateľ síce podal žiadosť o nápravu, avšak navrhovateľ žiadosťou o nápravu od kontrolovaného nepožadoval, aby zmluvnú podmienku uvedenú v bode 7.38. Zmluvy o dielo uviedol aj ako podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní a ani sa touto skutočnosťou v obsahu žiadosti o nápravu nijakým spôsobom nezaoberal. Nakoľko predmetná navrhovateľom namietaná skutočnosť, ktorá je uvedená v bodoch 10. až 14. tohto rozhodnutia, je namietaná nad rámec podanej žiadosti o nápravu, nebola tak splnená povinnosť vyplývajúca z § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní pre podanie námietok podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad zároveň poukazuje na to, že podľa § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 175 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní **je úrad viazaný obsahom podaných námietok a v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok preskúmava postup kontrolovaného len v rozsahu namietaných skutočností, a to len v rozsahu namietaných skutočností, ktoré nejdú nad rámec obsahu žiadosti o nápravu.**

80. Vzhľadom na uvedené sa úrad nemôže s predmetnou namietanou skutočnosťou zaoberať, nakoľko úrad v tomto konaní nie je oprávnený preskúmať namietané skutočnosti nad rámec žiadosti o nápravu. Úrad má za to, že nakoľko si navrhovateľ **nesplnil povinnosť vyplývajúcu z § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, tak s ohľadom na § 165 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní mu zaniklo právo na podanie námietok podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v tejto časti. Preto úrad na tieto tvrdenia navrhovateľa nebude prihliadať.**

81. Úrad k tvrdeniam navrhovateľa o nepreskúmaní obsahu zmlúv zo strany úradu v rámci revízných postupov (pozri bod 12. tohto rozhodnutia) aj napriek konštatovaniu v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia pre potreby ďalšieho posudzovania namietaných skutočností poznamenáva, že podľa Výkladového stanoviska úradu č. 3/2016⁴ k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania, **úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. Preskúmacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi**, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie, princípom rovnakého zaobchádzania a princípom proporcionality. Ďalej v zmysle výkladového stanoviska platí, že definovanie zmluvných podmienok je úlohou verejného obstarávateľa, pričom zmluvnými podmienkami sa určujú podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať. Tieto podmienky musia vychádzať z potrieb verejného obstarávateľa, z charakteru predmetu zmluvy, vrátane jeho kvalitatívnych požiadaviek, musia obsahovať podmienky zhotovenia alebo dodania predmetu zákazky. Zostavujú sa podľa osobitných právnych predpisov, najmä podľa Obchodného zákonníka. Zmluvné podmienky musia podporovať čestnú hospodársku súťaž.

⁴ Výkladové stanovisko č. 3/2016 zo dňa 15. 4. 2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania, dostupné na: <https://www.uvo.gov.sk/verejny-obstaravatel-obstaravatel/vykladove-stanoviska-uradu/prehľad-vykladovych-stanovisk/prehľad-vykladovych-stanovisk-uradu-zakon-c-3432015-z-z-57a.html?id=370>

82. Na základe uvedeného úrad preto posúdil navrhovateľom namietanú zmluvnú podmienku uvedenú v bode 7.38. Zmluvy o dielo v intenciách vyššie uvedeného výkladového stanoviska. To znamená, že úrad preskúmal znenie predmetnej zmluvnej podmienky v rozsahu súladu so zákonom o verejnom obstarávaní, a to najmä v kontexte dodržania princípov verejného obstarávania stanovených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to bez ohľadu na skutočnosť, že predmetná zmluvná podmienky nie je súčasťou podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia. Účelom základných princípov verejného obstarávania je totiž zabezpečenie hospodárneho, efektívneho a transparentného nakladania s verejnými finančnými prostriedkami.
83. Úrad v kontexte posudzovanej veci upriamuje pozornosť na jeden z princípov verejného obstarávania, a to **princíp proporcionality** zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Podstatou princípu proporcionality je, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie cieľov. **V prípade ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, verejný obstarávateľ by sa mal prikloniť k najmenej obmedzujúcemu opatreniu a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom.**
84. Na správnu aplikáciu tohto princípu je teda nevyhnutné poznať cieľ, ku ktorému má konanie verejného obstarávateľa a obstarávateľa smerovať. Ak k danému cieľu vedie viacero možných ciest, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sa majú prikloniť k tej najmenej obmedzujúcej pre hospodárske subjekty vo verejnom obstarávaní.
85. Princíp proporcionality sa obdobne ako ostatné princípy aplikuje vždy s prihliadnutím na konkrétnu skutkovú situáciu. Z uvedeného dôvodu nie je možné podať vyčerpávajúci zoznam všetkých situácií, ako sa majú princípy aplikovať. Aj preto možno verejnému obstarávateľovi odporučiť, aby sa pri každom rozhodovaní v procese verejného obstarávania zamyslel nad tým, či nemožno vzniknutú situáciu vyriešiť aj menej obmedzujúcim opatrením, samozrejme, za súčasného dodržania ostatných princípov vo verejnom obstarávaní.
86. Úrad tiež poukazuje na to, že cieľom **princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov** zakotvenom v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je napomôcť rozvoju zdravej hospodárskej súťaže tak, aby mal každý potenciálny záujemca alebo uchádzač možnosť zúčastniť sa procesu verejného obstarávania bez obmedzovania možnosti účasti záujemcov alebo uchádzačov, ktoré by bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. **Za skrytú formu neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní je potrebné považovať aj taký postup, keď verejný obstarávateľ znemožní niektorým hospodárskym subjektom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek, v dôsledku ktorých niektoré hospodárske subjekty majú a priori znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatné hospodárske subjekty.** Takýmto postupom sa znemožňuje dosiahnutie cieľa sledovaného zákonom o verejnom obstarávaní, a to zaistenie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi hospodárskymi subjektami.
87. Účelom **princípu hospodárnosti a efektívnosti** zakotvenom v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je zabezpečiť dosiahnutie výberu takého uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky poskytne najlepšie plnenie, pričom hospodárne a efektívne je práve také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž pri čo najmenej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania. Predpokladom pre naplnenie tohto princípu by teda mala byť snaha verejného obstarávateľa dosiahnuť čo najširšiu hospodársku súťaž. Predmetným princípom sa má

zabezpečiť hospodárne, efektívne a transparentné nakladanie s verejnými finančnými prostriedkami, nakoľko hlavným cieľom verejného obstarávania je efektívnosť vynakladania finančných prostriedkov a ich priama či nepriama úspora a zabezpečenie účinnej konkurencie.

88. Úrad na základe vyššie uvedených skutočností a po preskúmaní namietaných skutočností dospel k záveru, že **kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, konkrétne princípom proporcionality, princípom hospodárnosti a efektívnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, nakoľko kontrolovaným stanovená **zmluvná podmienka uvedená v bode 7.38. Zmluvy o dielo zužuje okruh potencionálnych uchádzačov vo verejnom obstarávaní a obmedzuje tak hospodársku súťaž**, pričom uvedené by mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
89. Úrad uvádza, že pre správne posúdenie zmluvnej podmienky uvedenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo je potrebné poznať cieľ, ktorý má predmetná zmluvná podmienka zabezpečiť. V danom prípade **cieľom predmetnej zmluvnej podmienky je preukázanie, že zhotoviteľ disponuje finančnými prostriedkami potrebnými na pokrytie výdavkov spojených s realizáciou predmetu zákazky** (bod 66. tohto rozhodnutia). Úrad má za to, že kontrolovaný je ten subjekt, ktorý vie oprávnene zhodnotiť svoje potreby a požiadavky na dosiahnutie ním stanovených cieľov. Na druhej strane ale úrad uvádza, že kontrolovaný pri stanovení zmluvných podmienok nemôže disponovať neobmedzenou zmluvnou voľnosťou.
90. Úrad vo vzťahu k tomu uvádza, že ak sa kontrolovaný rozhodol, že zhotoviteľ musí preukázať schopnosť realizovať predmet zákazky prostredníctvom preukázania dispozície finančnými prostriedkami, bolo potrebné zo strany kontrolovaného starostlivo zvážiť výber spôsobu/ov, akými má danú skutočnosť zhotoviteľ preukázať a zároveň starostlivo zvážiť aj nastavenie jednotlivých spôsobov, ktoré si kontrolovaný vybral. Kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní stanovil dva spôsoby na preukázanie schopnosti zhotoviteľa zrealizovať predmet zákazky, a to vinkuláciu finančných prostriedkov vo výške 1 000 000,00 EUR alebo bankový úver vo výške 1 000 000,00 EUR.
91. Úrad v kontexte vyššie uvedeného uvádza, že **je plne v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, ak si kontrolovaný v rámci Zmluvy o dielo, resp. súťažných podkladov stanoví také podmienky, ktorými si zabezpečí dosiahnutie stanovených cieľov, v tomto prípade zabezpečí, že zhotoviteľ bude schopný realizovať predmet zákazky** (pozri bod 89. tohto rozhodnutia). Zároveň, ako vyplýva aj z metodického usmernenia č. 15045-5000/2019 zo dňa 12. 11. 2019⁵, kontrolovaný je oprávnený si stanoviť aj také zmluvné podmienky, ktoré sú pre neho výhodnejšie ako pre zhotoviteľa, ale za predpokladu, že zmluvné podmienky rešpektujú princípy verejného obstarávania. Podľa uvedeného metodického usmernenia zároveň platí, že cit.: „**nemožno akceptovať také určenie zmluvnej podmienky** (teda aj zádržné/zmluvná zábezpeka), **ktoré by mohlo mať za následok zmarenie účelu postupov verejného obstarávania, t. j. také stanovenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo v zásadnej miere odradiť záujemcov/uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť čestnú hospodársku súťaž.**“.
92. Úrad po preskúmaní podmienky podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo konštatuje, že spôsoby (vinkulácia/bankový úver), ktoré si kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní stanovil na

⁵ Metodické usmernenie č. 15045-5000/2019 zo dňa 12. 11. 2019, dostupné na: <https://www.uvo.gov.sk/metodicke-usmernenia-zakon-c-3432015-z-z/detail/1068880?page=1&limit=20&sort=datum&sort-dir=DESC&ext=0&organizacia=&cisloSpisu=&month=&year=0&text=15045-5000%2F2019&popis=¶graf=>

preukázanie predmetného cieľa sú samé o sebe v súlade s princípmi verejného obstarávania zakotvenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, avšak úrad po preskúmaní nastavenia jednotlivých spôsobov, ktoré kontrolovaný stanovil v bode 7.38. Zmluvy o dielo, konštatuje, že takto nastavené podmienky neboli kontrolovaným stanovené v súlade s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, s princípom hospodárnosti a efektívnosti ako ani v súlade s princípom proporcionality, nakoľko nastavenie predmetnej zmluvnej podmienky nie je primerané vo vzťahu k sledovanému účelu, čo mohlo v zásadnej miere odradiť záujemcov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť zdravú hospodársku súťaž.

93. Úrad uvádza, že **kontrolovaný postupoval v rozpore s princípom proporcionality a princípom hospodárnosti a efektívnosti, keď od zhotoviteľa požaduje vybrať si len jednu z dvoch možností, akým spôsobom preukáže disponibilitu finančnými prostriedkami na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu zákazky**, a to buď preukázaním, že mu bol bankou poskytnutý úver alebo vinkulovaním finančných prostriedkov na účte/účtoch v banke (pozri bod 66. tohto rozhodnutia) **a neumožnil zhotoviteľovi preukázať dispozíciu finančnými prostriedkami aj inými spôsobmi**, napr. kombináciou uvedených spôsobov (vinkuláciou a úverom zároveň). Úrad je toho názoru, že je neprimerané ak aj napriek skutočnosti, že zhotoviteľ má/bude mať v čase preukazovania splnenia povinnosti zhotoviteľa stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo k dispozícii na bankovom účte/účtoch určitú výšku finančných prostriedkov (aj keď nie v plnej potrebnej výške, akú požaduje kontrolovaný v bode 7.38. Zmluvy o dielo), ktoré by mohol použiť na realizáciu predmetu zákazky, zhotoviteľ si bude musieť vziať bankový úver v plnej kontrolovaným požadovanej výške. Úrad tak konštatuje, že **je neprimerané žiadať od zhotoviteľa, aby si zabezpečil úver v plnej požadovanej výške, aj keď to s ohľadom na aktuálne finančné zdroje zhotoviteľa nebude potrebovať**, ale postačovalo by mu zabezpečiť si úver len v nižšej sume, než akú požaduje kontrolovaný. Ak sledovaným cieľom podmienky stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo je preukázanie, že zhotoviteľ disponuje finančnými prostriedkami potrebnými na realizáciu predmetu zákazky, tak zhotoviteľ by mal mať možnosť preukázať túto skutočnosť pre neho čo najmenej zaťažujúcim spôsobom.
94. Úrad vo vzťahu k vyššie uvedenému dodáva, že povinnosť preukázania splnenia povinnosti zhotoviteľa stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo, konkrétne nutnosť vybaviť si úver v plnej kontrolovaným stanovenej výške, ak zhotoviteľ nebude disponovať dostatočným množstvom finančných prostriedkov na vinkuláciu za podmienok stanovených v bode 7.38. Zmluvy o dielo, je v rozpore aj s princípom hospodárnosti a efektívnosti, nakoľko platí, že čím je úver vo vyššej hodnote, tým sú vyššie aj náklady spojené s jeho splatením, čo môže zvýšiť ponukovú cenu uchádzačov. Úrad len poznamenáva, že náklady spojené s bankovým úverom, resp. vinkuláciou majú byť zahrnuté v cene za predmet zákazky, tak ako to uviedol kontrolovaný aj vo svojom vyjadrení (pozri bod 56. tohto rozhodnutia). Úrad je toho názoru, že ak by bolo umožnené zhotoviteľovi preukázať splnenie predmetnej zmluvnej podmienky aj iným spôsobom, napr. kombináciu vinkulácie finančných prostriedkov a bankového úveru, znížila by sa tak výška úveru a s tým spojené náklady, ktorým by preukazoval zhotoviteľ dispozíciu dostatočnej výšky finančných prostriedkov na realizáciu predmetu zákazky a tým by sa znížila ponuková cena práve tých uchádzačov, ktorí si na preukázanie disponibility s finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky musia zabezpečiť bankový úver, nakoľko nedisponujú dostatočnými finančnými prostriedkami len pre vinkuláciu finančných prostriedkov.
95. Úrad ďalej v tejto súvislosti uvádza, že nastavenie podmienky stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo je v rozpore s princípom proporcionality aj v kontexte sumy, ktorej dispozíciu

kontrolovaný požaduje od zhotoviteľa preukázať, a to vo výške 1 000 000,00 EUR. Úrad len poznamenáva, že kontrolovaný stanovil predpokladanú hodnotu zákazky na 1 341 806,45 EUR. Úrad plne chápe požiadavku kontrolovaného, aby zhotoviteľ preukázal, že disponuje dostatočnými finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky, avšak **stanovenie konkrétnej sumy, ktorej dispozíciu má zhotoviteľ preukázať, je neprimerané, keďže kontrolovaný v čase vypracovávania súťažných podkladov, a teda aj Zmluvy o dielo, si nemôže byť istý, akú výslednú cenu za predmet zákazky dosiahne prostredníctvom verejného obstarávania.** Keďže predmetné verejné obstarávanie je v čase vydania tohto rozhodnutia vo fáze po otváraaní ponúk, úrad poukazuje v tejto súvislosti práve na ponuky predložené do verejného obstarávania, kedy tri zo štyroch ponúk sú nižšie ako 1 000 000,00 EUR (pozri bod 71. tohto rozhodnutia), tzn. že **úspešný uchádzač by musel preukázať, že disponuje vyššou sumou finančných prostriedkov (vo forme úveru alebo vinkulácie), než koľko bude reálne potrebovať na realizáciu predmetu zákazky, čo je v rozpore s princípom proporcionality.** Úrad uvádza, že ako vhodnejší spôsob preukazovania dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami na kompletnú a úplnú realizáciu predmetu zákazky sa javí model, ktorý nebude naviazaný na konkrétnu sumu, ale bude určený napr. v percentách. Rovnako za primeranejšie riešenie považuje úrad naviazanie predmetnej podmienky na vysúťažенú cenu za predmet zákazky a nie na predpokladanú hodnotu zákazky. Takýmto spôsobom sa predíde situácii, že zhotoviteľ bude musieť preukazovať dispozíciu finančnými prostriedkami vo vyššej hodnote, než koľko bude potrebovať na realizáciu predmetu zákazky. Úrad je toho názoru, že aktuálne nastavenie predmetnej zmluvnej podmienky môže mať odradzujúci charakter pre záujemcov zúčastniť sa verejného obstarávania.

96. Úrad ďalej v tejto súvislosti uvádza, že nastavenie podmienky stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo je v rozpore s princípom proporcionality aj v kontexte dĺžky lehoty stanovenej v bode 5.4. písm. d) Zmluvy o dielo, v rámci ktorej musí zhotoviteľ predložiť dôkaz o splnení povinnosti stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo, a to do piatich pracovných dní od doručenia výzvy podľa bodu 5.3. Zmluvy o dielo (pozri body 64. a 65. tohto rozhodnutia). Úrad uvádza, že sprostredkovanie a vybavenie úveru môže byť pomerne časovo náročné, a to aj v prípade, ak zhotoviteľ vykonal určité úkony k získaniu úveru už pred podaním ponuky do verejného obstarávania⁶. Úrad tiež poukazuje na skutočnosť, že nespĺnenie, resp. porušenie povinnosti stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo je považované za podstatné porušenie zmluvy, ktoré zakladá dôvod na odstúpenie od zmluvy (pozri body 67. a 68. tohto rozhodnutia). Na základe uvedeného má úrad za to, že kontrolovaným **stanovená lehota na preukázanie splnenia podmienky podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo je neprimerane krátka k povahe a časovej náročnosti úkonu, ktorý je potrebné vykonať (vybavenie úveru) a k dôsledku, aký môže nastať (odstúpenie od zmluvy), ak zhotoviteľ nestihne v stanovenej lehote splniť povinnosť stanovenú v bode 7.38. Zmluvy o dielo.** Krátkosť kontrolovaným stanovenej lehoty na preukázanie splnenia povinnosti stanovenej v bode 7.38. Zmluvy o dielo môže spôsobiť, že zhotoviteľ nestihne preukázať splnenie predmetnej zmluvnej podmienky, čo by mohlo mať za následok zánik zmluvy uzatvorenej so zhotoviteľom, ktorého ponuka bola v procese zadávania zákazky vyhodnotená ako najvýhodnejšia a zmarí tak celý proces verejného obstarávania.

97. Úrad ďalej uvádza, že tak, ako kontrolovaný nastavil podmienku uvedenú v bode 7.38. Zmluvy o dielo, teda že zhotoviteľ musí preukázať dispozíciu finančnými prostriedkami vo výške

⁶ Pozn.: Keďže uchádzač už v čase predkladania ponuky musí vedieť akým spôsobom bude preukazovať splnenie podmienky podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo, nakoľko túto skutočnosť musí uchádzač uviesť v návrhu Zmluvy o dielo predkladanom ako súčasť ponuky, uchádzač môže, resp. musí určité úkony smerujúce k získaniu úveru vykonať už v čase pred podaním ponuky, aby mal istotu, že mu banka poskytne úver v prípade, že sa stane úspešným uchádzačom.

1 000 000,00 EUR, a to buď vinkuláciou alebo bankovým úverom, **je v rozpore aj s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov**. Ako už úrad uviedol v bode 86. tohto rozhodnutia, k diskriminácii hospodárskych subjektov dochádza v situácii, keď v dôsledku nastavených podmienok a požiadaviek majú znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatné hospodárske subjekty. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že v danom prípade môžu byť znevýhodnené predovšetkým malé a stredné podniky, ktoré nedokážu vinkulovať tak vysokú sumu a bankový úver v danej výške by bol pre podnik príliš zaťažujúci, no aj s ohľadom na dĺžku trvania realizácie predmetu zákazky, sú schopní realizovať predmet zákazky, a to prostredníctvom finančných prostriedkov, získaných v priebehu realizácie predmetu zákazky.

98. V nadväznosti na uvedené úrad poznamenáva, že zmluvné podmienky by mali byť vyvážené pre obe zmluvné strany a nemali by byť bezdôvodne prísne (neopodstatnené) voči uchádzačom, nakoľko každá takáto excesívne neopodstatnená podmienka môže byť nepriamo diskriminačná a môže v konečnom dôsledku zvyšovať cenu za predmet zákazky. Úrad má za to, že kontrolovaným koncipovaná zmluvná podmienka v bode 7.38. Zmluvy o dielo znamená pre uchádzačov neprimeranú záťaž práve z toho dôvodu, že prináša nielen spomínané náklady spojené s bankovým úverom, resp. vinkuláciou, ale aj ďalšie náklady v podobe ušlého zisku, kedy uchádzač nemôže voľne disponovať s finančnými prostriedkami (najmä v prípade vinkulácie), ktoré by mohol využívať v rámci svojej podnikateľskej činnosti.
99. Úrad poznamenáva, že podľa Časti A. „Pokyny pre záujemcov/uchádzačov“, bodu 6. „Miesto a termín uskutočnenia stavebných prác“ súťažných podkladov (pozri bod 60. tohto rozhodnutia) je lehota na uskutočnenie stavebných prác šesť mesiacov. Úrad je toho názoru, že zhotoviteľ, ako podnikajúci subjekt môže mať pravidelný prísun finančných prostriedkov z aktuálne prebiehajúcich podnikateľských aktivít, z tržieb a pod. a z takto generovaného zisku môže financovať predmet zákazky a tak riadne a včas realizovať predmet zákazky bez nutnosti vopred naakumulovať finančné prostriedky vo výške takmer celej hodnoty zákazky. Kontrolovaný zároveň má zákonné nástroje, ako si overiť, či uchádzač bude schopný plniť si záväzky plynúce zo Zmluvy o dielo, a to prostredníctvom ustanovení § 33 zákona o verejnom obstarávaní, prípadne vyžiadanim si referencií o realizácii obdobných zákaziek. **Úrad tak uvádza, že nastavenie predmetnej zmluvnej podmienky považuje za diskriminačné, resp. za také, ktoré by mohlo odradiť alebo brániť účasti malým a stredným podnikom zapojiť sa do predmetného verejného obstarávania.**
100. Úrad na základe uvedeného opätovne poznamenáva, že podmienka uvedená v bode 7.38. Zmluvy o dielo ako taká vo svojej podstate nemusí predstavovať porušenie zákona o verejnom obstarávaní. V rozpore s princípom proporcionality, s princípom efektívnosti a hospodárnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je však nastavenie predmetnej podmienky, a to, že uchádzači si musia zvoliť striktne len z dvoch možností preukázania dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky a výška preukazovaných finančných prostriedkov, ktorá je stanovená v konkrétnej sume a s ohľadom na predpokladanú hodnotu zákazky. Úrad je toho názoru, že na dosiahnutie cieľa, ktorým je preukázanie dispozície finančnými prostriedkami potrebnými na realizáciu predmetu zákazky, je možné nastaviť predmetnú podmienku podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo aj proporcionálnejšie, hospodárnejšie a bez diskriminácie hospodárskych subjektov.
101. V súvislosti s vyššie uvedenými skutočnosťami úrad uvádza, že **nemožno akceptovať také nastavenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo mať za následok zmarenie účelu štátom**

regulovaných postupov verejného obstarávania, t. j. také nastavenie zmluvnej podmienky, ktoré by mohlo v zásadnej miere odradiť záujemcov/uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť zdravú hospodársku súťaž.

102. Úrad navyše uvádza, že neprimerané nastavenie predmetnej zmluvnej podmienky v bode 7.38. Zmluvy o dielo napádal žiadosťou o nápravu podanou kontrolovanému dňa 29. 4. 2021 aj iný záujemca predmetného verejného obstarávania, ktorý obdobne ako aj navrhovateľ v tejto súvislosti poukazoval na neštandardnosť danej zmluvnej podmienky, ako aj dôsledky z nej plynúce, a to napr. neefektívne zvyšovanie nákladov na realizovanie diela a vylúčenie možnosti získať najlepšiu cenu. Uvedenú žiadosť o nápravu kontrolovaný dňa 6. 5. 2021 zamietol z obdobných dôvodov, na základe ktorých zamietol aj žiadosť o nápravu navrhovateľa. Sporná zmluvná podmienka bola takisto aj predmetom vysvetľovania súťažných podkladov, v rámci ktorého záujemcovia poukazovali najmä na celkovú neodôvodnenosť stanovenia danej podmienky⁷ a jej nevhodnosť z dôvodu navýšenia ceny diela⁸. Na všetky tieto žiadosti kontrolovaný odpovedal spôsobom, že spornú zmluvnú podmienku nezmení, a to v zásade z dôvodu, že len danou zmluvnou podmienkou je možné zabezpečiť finančne bezproblémové plnenie zákazky. Vzhľadom na uvedené zistenia má úrad za to, že sporná zmluvná podmienka bola zo strany viacerých záujemcov predmetného verejného obstarávania vnímaná ako neprimeraná, resp. nevhodne nastavená, čo svedčí o tom, že od účasti v predmetnom verejnom obstarávaní mohol byť odradený väčší okruh hospodárskych subjektov.
103. Úrad tiež považuje za potrebné uviesť, že neprimeranosť nastavenia danej zmluvnej podmienky je možné vnímať aj v kontexte s ostatnými zmluvnými podmienkami, a to najmä v súvislosti s platobnými podmienkami uvedenými v Článku 4. „Platobné podmienky“ Zmluvy o dielo (bod 63 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorých nie sú zhotoviteľovi náklady na realizáciu diela hradené zo strany objednávateľa (kontrolovaného) priebežne na základe čiastkových faktúr, resp. priebežných platieb, ale až po zrealizovaní celého diela na základe jednej vystavenej faktúry, a to v dvoch splátkach, pričom prvá splátka (vo výške ½ zmluvnej ceny) má byť zhotoviteľovi uhradená po predložení faktúry a druhá splátka (vo výške ½ zmluvnej ceny) má byť zhotoviteľovi uhradená 12 mesiacov po predložení faktúry. Z uvedeného tak vyplýva, že zhotoviteľovi by vznikol nárok na vyplatenie celej odmeny (zmluvnej ceny) za zhotovenie diela až 12 mesiacov po zrealizovaní, odovzdaní a prevzatí celého diela. **S poukazom na uvedené má úrad za to, že kumulácia týchto skutočností, na základe ktorých je financovanie realizácie diela prenesené v celej miere na zhotoviteľa, ktorý na tento účel musí navyše využiť výhradne jeden zo zmluvne stanovených spôsobov**

⁷ Napr. v otázke pod poradovým č. 9 zo dňa 20. 4. 2021 jeden zo záujemcov uviedol, cit.: „Vzhľadom na podmienky súťaže, kde obstarávateľ jasne stanovil, aké má spĺňať uchádzač/zhotoviteľ ekonomické postavenie, pričom jeho nepreukázanie je považované za nesplnenie podmienok stanovených obstarávateľom v súťaži, ako i zamýšľaný spôsob fakturácie, z ktorého je každému uchádzačovi/zhotoviteľovi zrejme, že celú realizáciu predmetu zmluvy bude musieť až do jeho ukončenia prefinancovať sám a zo svojich zdrojov, a i napriek tomu sa súťaže vyhlásenej obstarávateľom zúčastnil, považujeme túto povinnosť zhotoviteľa a požiadavku objednávateľa na preukázanie úverových zdrojov, resp. vinkulovanie zdrojov v obstarávateľom požadovanej minimálnej výške za neprimeranú a neadekvátnu.“

⁸ Napr. v otázke č. 4 pod poradovým č. 5 zo dňa 19. 4. 2021 jeden zo záujemcov uviedol, cit.: „Uvedená podmienka je podľa názoru zájemcu nevhodná, nakoľko navyšuje cenu diela. Navýšenie ceny sa týka úrokových nákladov na poskytnutie úveru, resp. vinkuláciou peňažných prostriedkov na celú dobu realizácie diela je znemožnené zhotoviteľovi disponovať s finančnými prostriedkami, ktoré by za normálnych okolností použil na realizáciu diela. Záujemcovia, ktorí majú dostatočnú výšku finančných prostriedkov na účte musia čerpať úver napriek tomu, že ho nepotrebujú, resp. disponibilné zdroje vinkulovať tak, že sa nemôžu používať na financovanie prevádzkových potrieb spoločnosti. V nadväznosti na uvedené, žiadame verejného obstarávateľa o prehodnotenie predmetnej požiadavky a rozšíriť bod 7.38. aj o možnosť predloženia prísľubu k úveru.“

(bankový úver/vinkulácia), predstavuje tak významnú finančnú záťaž pre potenciálnych záujemcov a uchádzačov, že je spôsobilá výrazne ovplyvniť účasť hospodárskych subjektov v predmetnej súťaži, a tým aj samotnú hospodársku súťaž.

104. Úrad konštatuje, že vyššie uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania najmä z dôvodu, že stanovením predmetných podmienok, resp. požiadaviek mohol kontrolovaný zásadným spôsobom ovplyvniť okruh potenciálnych uchádzačov v predmetnej zákazke, v dôsledku čoho nezabezpečil čo najširšiu hospodársku súťaž. Predmetné skutočnosti, resp. porušenia zákona o verejnom obstarávaní totiž mohli odradiť od účasti vo verejnom obstarávaní potenciálnych uchádzačov aj napriek tomu, že by títo uchádzači mohli byť dostatočne spôsobilí na realizáciu predmetu zákazky. **Vzhľadom na uvedené skutočnosti úrad považuje námietky navrhovateľa za opodstatnené.**
105. Úrad k požiadavke navrhovateľa o možnosti preukázania splnenia podmienky uvedenej v bode 7.38. Zmluvy o dielu aj realizačnou zábezpekou uvádza, že bankový úver, resp. vinkulácia finančných prostriedkov a realizačná zábezpeka sú dva rozdielne inštitúty, ktorými sa sledujú rozdielne ciele. V prípade bankového úveru a vinkulácie finančných prostriedkov je cieľom preukázanie dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami potrebnými na realizáciu predmetu zákazky. V prípade realizačnej zábezpeky je cieľom ochrana pred nezrealizovaním zákazky, resp. pred oneskoreným dodaním diela, taktiež ochrana pred spôsobenými škodami, neplnením zmluvných záväzkov a pod. To znamená, že realizačná zábezpeka predstavuje zabezpečovací inštitút, ktorý slúži najmä na krytie rizík spojených s riadnym neplnením zmluvných záväzkov, ale aj na dodržanie všetkých zmluvných podmienok, termínov plnenia zmluvy, zabezpečenie úhrady zmluvných pokút a aj náhrady škody. Ďalším rozdielom je, že finančné prostriedky získané bankovým úverom, resp. finančné prostriedky vinkulované na účte zhotoviteľ používa na realizáciu predmetu zákazky, zatiaľ čo finančné prostriedky z realizačnej zábezpeky⁹ sa na realizovanie predmetu zákazky nepoužívajú. Keďže cieľom, ktorý sleduje kontrolovaný podmienkou podľa bodu 7.38. Zmluvy o dielo je preukázanie dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami potrebnými na realizáciu predmetu zákazky, úrad nepovažuje realizačnú zábezpeku za ekvivalentný, resp. rovnocenný inštitút k bankovému úveru alebo k vinkulácii finančných prostriedkov, ktorým by sa dosiahol stanovený cieľ. **Vzhľadom na uvedené skutočnosti úrad považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za neopodstatnené.**
106. Napriek vyššie uvedenému záveru však úrad na dôvazok uvádza, že aj keď je účel porovnávaných inštitútov (realizačná zábezpeka a bankový úver/vinkulácia) odlišný, úrad týmto nepopiera, že aj tieto iné inštitúty (ako je napr. realizačná zábezpeka, banková záruka alebo úverový prísľub) môžu v určitých prípadoch predstavovať vhodný a dostatočný prostriedok na zabezpečenie, resp. vynútenie riadneho plnenia zmluvných záväzkov. Takúto vhodnosť, ale aj primeranosť aplikovania týchto inštitútov je však podľa úradu potrebné posudzovať *ad hoc* v závislosti od okolností konkrétneho prípadu, a najmä v kontexte celkového nastavenia podmienok verejného obstarávania, a to či už v kontexte stanovených podmienok účasti alebo zmluvných podmienok.¹⁰

⁹ Pozn.: spôsoby zloženia realizačnej zábezpeky môžu byť napr. vo forme poskytnutia bankovej záruky, zložením finančných prostriedkov na bankový účet verejného obstarávateľa, vystavením zmenky v prospech verejného obstarávateľa.

¹⁰ K tomu pozri napr. rozhodnutie Rady úradu č. 18010-9000/2017 zo dňa 21. 2. 2018, ako aj analýzu predmetného rozhodnutia Rady týkajúceho sa zmluvnej zábezpeky, zverejnenú na webovom sídle úradu: <https://www.uvo.gov.sk/vsetky-temy-4e3.html?id=299>

107. Úrad uvádza, že v tejto fáze, v ktorej sa verejné obstarávanie nachádza, t. j. po predložení a otvorení ponúk, nie je možné zosúladiť postup zadávania zákazky (súťažné podklady vrátane príloh) so zákonom o verejnom obstarávaní a odstrániť tak protiprávny stav. Na základe uvedeného úrad pristúpil k nariadeniu zrušenia použitého postupu zadávania zákazky v zmysle § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
108. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
109. Podľa § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je úrad povinný v rozhodnutí, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. **Na základe predchádzajúcich bodov tohto rozhodnutia úrad uvádza, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď v rozpore s princípom proporcionality, s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a s princípom hospodárnosti a efektívnosti stanovil v Článku 7. „Povinnosti zhotoviteľa“ v bode 7.38. Zmluvy o dielo zmluvnú podmienku, ktorá je vzhľadom na jej spôsob stanovenia kontrolovaným neprimeraná k sledovanému cieľu – preukázaniu dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky, nakoľko uchádzači si musia zvoliť striktne len z dvoch možností preukázania dispozície dostatočnými finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky a neprimeraná je aj výška preukazovaných finančných prostriedkov, ktorá je stanovená v konkrétnej sume a s ohľadom na predpokladanú hodnotu zákazky. Takto nastavená zmluvná podmienka môže odradiť záujemcov/uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, ale aj zabrániť malým a stredným podnikom zúčastniť sa verejného obstarávania, a tak nepriamo obmedziť zdravú hospodársku súťaž. Zároveň nastavenie predmetnej zmluvnej podmienky je v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti, keďže predložené ponuky môžu byť negatívne ovplyvnené nákladmi spojenými predovšetkým s úrokovým zaťažením, ktoré má byť zahrnuté v cene za zákazku, a teda kontrolovaný môže zaplatiť za predmet zákazky viac, ako by zaplatil ak by predmetnú zmluvnú podmienku nastavil efektívnejším spôsobom. Uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko v tejto fáze verejného obstarávania nie je možné jednoznačne konštatovať, že by predmetné verejné obstarávanie smerovalo k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť zrušenie použitého postupu zadávania zákazky podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v zmysle výroku tohto rozhodnutia, pretože s poukazaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetný postup zadávania zákazky nevykazoval znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.**
110. Podľa § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.

111. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu princípov verejného obstarávania v celom procese zadávania postupu zákazky. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri definovaní zmluvných podmienok postupoval tak, aby zmluvné podmienky podporovali čestnú hospodársku súťaž a aby boli v súlade s princípmi verejného obstarávania ustanovenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný by mal teda nastaviť zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania. Zároveň stanovenými zmluvnými podmienkami nesmie dôjsť k porušeniu princípu hospodárnosti a efektívnosti a princípu proporcionality, pričom kontrolovaný má pri zadávaní zákazky postupovať tak, aby získal najlepšiu ponuku za vynaložené finančné prostriedky, čoho predpokladom je vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže.
112. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.
113. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.

Kaucia

114. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 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 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
115. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a osoba podľa § 175 ods. 11 tohto zákona 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 v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia Rady úradu podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 tohto zákona vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XX** – navrhovateľ
2. **Mesto Brezno**, Nám. M. R. Štefánika 1, 977 01 Brezno, IČO: 00313319 – kontrolovaný
3. **XY** – splnomocnený zástupca navrhovateľa

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka