

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b), § 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** (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky bez elektronického trhu „**Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Mesto Želiezovce**, SNP 2, 937 01 Želiezovce, IČO: 00 307 696 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 239/2021 dňa 22. 10. 2021 pod značkou 48733 - WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** kontrolovanému **Mesto Želiezovce**, SNP 2, 937 01 Želiezovce, IČO: 00 307 696, vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „**Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach**“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 239/2021 dňa 22. 10. 2021 pod značkou 48733 - WYP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa označené ako „Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach – oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 19. 11. 2021, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ podal Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 26. 11. 2021, námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) 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 vylúčeniu. Kontrolovanému boli námietky doručené elektronicky prostredníctvom informačného systému ELENA (ďalej „IS ELENA“) dňa 26. 11. 2021.
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **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) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt,

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

ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku prostredníctvom IS ELENA dňa 15. 11. 2021 o 07:17 hod.

3. Podľa ust. § 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 zákona o verejnom obstarávaní.
4. Z ust. § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 000,00 Eur. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 29. 11. 2021 kauciu vo výške 2 000,00 Eur.
5. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.
6. Úrad konštatuje, že dňa 01. 01. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ v námietkach uvádza, že kontrolovaný v súlade s bodom III.1.3) výzvy na predkladanie ponúk stanovil podmienku účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní, systém environmentálneho manažérstva a zároveň v časti „Podmienky účasti“ súťažných podkladov uviedol nasledovné, cit.: *„Uchádzači predložia doklady na splnenie podmienok účasti podľa § 36 ZVO. Doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS.“*.
8. Navrhovateľ ďalej uvádza, že v ponuke predložil požadovaný certifikát využitím inej osoby a splnil všetky podmienky podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
9. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný nesprávne identifikoval v súťažných podkladoch podmienku účasti na predloženie odbornej spôsobilosti environmentálneho manažérstva. Navrhovateľ dodáva, že predmetná podmienka sa nachádza v § 34 ods. 1 písm. h) a viaže sa k nej § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného je podľa navrhovateľa uchádzač oprávnený využiť kapacity inej osoby k splneniu predmetnej podmienky účasti a pri splnení všetkých náležitostí podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní nie je dôvod na vylúčenie z predmetného verejného obstarávania.
10. Navrhovateľ tak uvádza, že nesúhlasí s postupom kontrolovaného, považuje oznámenie o vylúčení za nesprávne a postup kontrolovaného v rozpore s princípmi proporcionality, transparentnosti, efektívnosti a predovšetkým v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania.
11. Navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil odstrániť protiprávny stav, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o jeho vylúčení zo dňa 19. 11. 2021, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa

týkajúcich sa technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v súbehu s § 36 zákona o verejnom obstarávaní.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

12. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **26. 11. 2021**.
13. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 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.
14. Podľa § 173 ods. 2 doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zariadením 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.
15. Úrad dňa 30. 11. 2021 odoslal kontrolovanému list označený ako „Informácia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a žiadosť o doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli“ č. 13729-6000/2021-OD-L zo dňa 30. 11. 2021.
16. Kontrolovaný dňa 06. 12. 2021 doručil úradu písomné vyjadrenie k námietkam navrhovateľa spolu s dokumentáciou k predmetnému verejnému obstarávaniu a prístupovými údajmi do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu, IS ELENA. Úrad konštatuje, že kontrolovaný doručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu dňa **06. 12. 2021**.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

17. Kontrolovaný vo vyjadrení uvádza, že neakceptoval navrhovateľom predložený spôsob preukazovania podmienky účasti na základe zmluvy o poskytnutí technickej a odbornej podpory so spoločnosťou XY. Kontrolovaný dodáva, že v bode III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk uvádza ako jednu z podmienok účasti pod písmenom c) doklad podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, že uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem.
18. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ predložil v ponuke dokument „ZMLUVA O POSKYTOVANÍ TECHNICKEJ A ODBORNEJ PODPORY“, kde v článku I. bode 2.) uvádza, že „Poskytovateľ poskytne Záujemcovi svoje odborné a technické kapacity, t. j. poskytne Záujemcovi Certifikát EMAS k splneniu podmienok účasti v predmetnom verejnom obstarávaní...“. Takýto spôsob preukazovania splnenia predmetnej podmienky účasti „Poskytnutím certifikátu“ je podľa kontrolovaného v priamom rozpore s účelom stanovenej podmienky účasti. Kontrolovaný dodáva, že jeho názor potvrdzuje aj právna úprava

aplikovanej smernice 2014/241/EÚ, kde sú požiadavky na certifikáty zaradené mimo podmienok účasti týkajúcich sa technickej a odbornej spôsobilosti.

19. Kontrolovaný poukazuje v celom rozsahu na informácie uvedené na oficiálnej stránke EMAS: <https://www.emas.sk/>, kde sa okrem iného uvádza:

„Schéma pre environmentálne manažérstvo a audit je dobrovoľným nástrojom Európskej únie vytvoreným pre organizácie, ktorý pomáha hodnotiť, riadiť a zlepšovať ich environmentálne správanie.

Tvárou v tvár narastajúcej environmentálnej zodpovednosti zo strany trhu a zákazníkov, organizácie získavajú prospech zo znižovania negatívnych environmentálnych vplyvov vyplývajúcich z ich činností. Vynikajúce environmentálne správanie je považované za obchodnú výhodu, zatiaľ čo zlá environmentálna výkonnosť sa stáva nevýhodou. Keďže problémy životného prostredia sa stávajú komplexnejšími a ich počet narastá, musia byť riadené novými spôsobmi. Schéma EMAS ponúka systémový prístup.

EMAS III, posledná revízia nariadenia EMAS, ktorá nadobudla účinnosť 11. januára 2010, a ktorej prílohy boli aktualizované v auguste roku 2017, robí zo schémy EMAS naj dôveryhodnejší a najsilnejší nástroj na trhu v oblasti systémov manažérstva environmentu. Okrem požiadaviek medzinárodnej normy EN ISO 14001 je schéma EMAS doplnená niekoľkými prvkami navyše.“.

20. Kontrolovaný uvádza, že tak nariadenie ES 1221/2009, ako aj implementačný právny predpis, ktorým je zákon č. 351/2012 Z. z., dbajú na dôsledné uplatňovanie postupu pri registrácii subjektu do EMAS. Každý záujemca je podľa kontrolovaného povinný podrobiť sa úvodnému environmentálnemu preskúmaniu svojich činností, výrobkov a služieb, ako aj vykonaniu interného enviro auditu. Následne má povinnosť vypracovať environmentálne vyhlásenie. Kontrolovaný ďalej uvádza, že všetky uvedené činnosti podliehajú overeniu environmentálnym overovateľom, a zároveň sú predmetom žiadosti o zápis subjektu do registra EMAS na Slovensku. Kontrolovaný dodáva, že posudzovanie environmentálneho správania je tak výlučne individuálnou záležitosťou. Kontrolovaný uvádza, že každý podnik má svoju osobitnú vnútornú štruktúru (odhliadnuc od formálnej stránky veci a zriadenia základných orgánov spoločnosti v zmysle osobitných právnych predpisov, predovšetkým v zmysle Obchodného zákonníka). Podľa kontrolovaného je preto nesporné, že každý jednotlivý podnik prijíma opatrenia na zavedenie systému environmentálneho manažérstva vyhovujúce jeho vlastnej štruktúre, interným postupom a predmetu činnosti.
21. Kontrolovaný uvádza, že pripustením logiky uvedenej v námietke, a to že na preukázanie splnenia požiadavky zavedenia EMAS v prevádzke uchádzača je možné využiť kapacity tretej osoby, by EMAS stratil význam vo vzťahu k realizácii predmetu zákazky. Podľa kontrolovaného je nesporné, že za realizáciu zákazky má v celom rozsahu zodpovedať uchádzač, ktorý na vyhotovenie predmetu zákazky využíva vlastné know-how, postupy a personálny, ako aj materiálny kapitál. Kontrolovaný uvádza, že keďže EMAS garantuje zavedenie enviro aspektu do činnosti hospodárskeho subjektu, nie je možné zamieňať si využívanie odborných kapacít s certifikáciou výrobných postupov a spôsobu ich riadenia u uchádzača. Kontrolovaný považuje za neprípustné tvrdenie, že podmienka účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní bude splnená aj vtedy, ak certifikovaná osoba poskytne svoje kapacity necertifikovanému uchádzačovi tým, že bude dohliadať na jeho činnosť pri realizácii zákazky. Kontrolovaný má za to, že by išlo o nezákonný postup odporujúci zmyslu a príslušným ustanoveniam nariadenia ES 1221/2009. Kontrolovaný uvádza, že v zmysle

základnej právnej úpravy EMAS sú presne a jasne určené osoby, ktoré vystupujú ako registrový orgán, a/alebo ako overovatelia. Kontrolovaný považuje za možné preukázanie splnenia podmienky účasti tak, že necertifikovaný uchádzač využije kapacity overovateľa EMAS na dohliadanie nad uplatnením EMS a interného enviro auditu, a i to výlučne za podmienky, že v čase predkladania prebieha certifikácia a overovateľ ako tretia osoba vyhlási, ktoré podmienky pre registráciu EMAS u uchádzača považuje za splnené. Samotná registrácia tak zostane už len formálnym postupom.

22. Kontrolovaný uvádza, že subjekty evidované v registri EMAS na Slovensku, ako aj v registroch EMS v iných krajinách EÚ, nie sú oprávnené „deliť“ vydaný certifikát a požičať časť svojich kapacít inému subjektu. Rovnako podľa kontrolovaného nie sú oprávnené (legálne zmocnené) na dohľad nad uplatnením EMAS v priebehu realizácie konkrétnej zákazky vo výrobných podmienkach iného uchádzača. Taký postup nie je predvídaný nariadením, ani zákonom platným a účinným na Slovensku.
23. Kontrolovaný uvádza, že zmyslom a účelom podmienky účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní je garancia environmentálneho aspektu pre celý proces rekonštrukcie v rozsahu podľa projektovej dokumentácie. Kontrolovaný je toho názoru, že z predmetu zákazky nie je možné vybrať konkrétnu časť plnenia, v ktorom by bolo postačujúce požadovať postupy certifikované EMAS. Za také kontrolovaný považuje výlučne celý proces rekonštrukcie a jeho výsledok. Z uvedenej logiky vychádza podľa kontrolovaného aj smernica o verejnom obstarávaní.
24. Kontrolovaný uvádza, že s ohľadom na uvedené bolo komisiou zriadenou kontrolovaným posudzované, či navrhovateľ spĺňa určenú podmienku certifikácie EMAS, resp. jej ekvivalentu. Kontrolovaný dodáva, že z verejne dostupných zdrojov, ako ani z ponuky navrhovateľa nevyplývalo, že by k okamihu predloženia ponuky bol v procese certifikácie, alebo by už mal vydaný ekvivalentný certifikát preukazujúci zavedenie systému enviro manažérstva v jeho podniku a všetkých jeho prevádzkach. Nedostatok v postavení navrhovateľa nie je podľa kontrolovaného možné prisudzovať jemu na ťarchu. Rovnako tak nie je podľa kontrolovaného spravodlivé ani hospodársky efektívne nútiť kontrolovaného akceptovať ponuku navrhovateľa, ktorý nemá garantované interné výrobné procesy v súlade s požiadavkami schémy EMAS, ak ju kontrolovaný oprávnene požadoval.
25. Kontrolovaný uvádza, že v procese zadávania zákazky na stavebné práce, kde výsledkom verejného obstarávania je zmluva o dielo na dodávku stavebných prác v rozsahu projektovej dokumentácie, je jednoznačné, že dodávka je zabezpečovaná tzv. generálnym dodávateľom, ktorý zabezpečuje a pokrýva celý rozsah stavebnej výroby (vlastnými kapacitami, alebo formou subdodávateľov) definovaný projektovou dokumentáciou. Z povahy stavebných prác nie je podľa kontrolovaného možné akceptovať preukazovanie zavedenia noriem environmentálneho manažérstva inou spoločnosťou ako osobou uchádzača.
26. Kontrolovaný uvádza, že certifikát podľa príslušnej normy EMAS je vydávaný na základe certifikácie konkrétnej spoločnosti (právneho subjektu) a posúdenia zavedenia procesov v oblasti výroby konkrétneho právneho subjektu, nie je možné ho touto osobou poskytovať inému subjektu. Kontrolovaný uvádza, že predloženie zmluvy o poskytnutí kapacít nemôže nahrádzať certifikačný proces zavedenia environmentálneho manažérstva u navrhovateľa. Kontrolovaný k tomu dodáva, že poskytnutie kapacít na základe predloženej zmluvy síce v tomto prípade zákon o verejnom obstarávaní umožňuje, ale práve povaha a dôvod stanovenej podmienky účasti v prípade stavebnej výroby zamedzuje dosiahnutiu požadovaného dôvodu stanovenej podmienky účasti.

27. Kontrolovaný uvádza, že v tomto prípade stanovil podmienku účasti tak, aby umožnil účasť v súťaži len uchádzačom, ktorí budú pri realizácii diela postupovať v súlade so zavedenými normami environmentálneho manažérstva, a teda disponujú certifikátom preukazujúcim zavedenie environmentálneho manažérstva v rozsahu stavebnej výroby potrebnej na dodávku diela ako celku a správanie právneho subjektu na trhu v súlade s normou podľa EMAS.
28. Kontrolovaný uvádza, že komisia posúdila splnenie predmetnej podmienky účasti tak, ako je to uvedené v zápisnici z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti a oznámení o vylúčení uchádzača zo dňa 19. 11. 2021.
29. Kontrolovaný uvádza, že považuje vyhodnotenie splnenia podmienok účasti za opodstatnené a vylúčenie navrhovateľa za odôvodnené, preto navrhuje, aby úrad námietky navrhovateľa v plnom rozsahu zamietol.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:

30. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 239/2021 dňa 22. 10. 2021 pod značkou 48733 – WYP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 110 731,78 Eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Predmet zákazky má byť financovaný z fondov Európskej únie. Kritériom na vyhodnotenie ponúk je najnižšia cena. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola stanovená oznámením vo Vestníku verejného obstarávania č. 263/2021 zo dňa 11. 11. 2021 pod značkou 56121-IOX do 15. 11. 2021 o 09:00 hod., predložili ponuku traja uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 15. 11. 2021 o 11:00 hod. Kontrolovaný dňa 19. 11. 2021 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS ELENA list označený ako „Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach – oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 19. 11. 2021, ktorým vylúčil navrhovateľovu ponuku z predmetného verejného obstarávania. Následne navrhovateľ doručil úradu a kontrolovanému dňa 26. 11. 2021 námietky podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania.
31. V oddiele III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk sa o. i. uvádza, cit.:

„Zoznam a krátky opis podmienok: Uchádzač predloží:

(...)

c) doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem.

V prípade, že uchádzač využije na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah v čase podania ponuky, je uchádzač povinný verejnemu obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať zdroje tejto osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť preukáže uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou, obsahujúcou záväzok osoby, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoju technickú a odbornú

spôsobilosť, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u tejto osoby existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté.

(...)

Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Uchádzač musí preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť podľa §34 ods. (1)(...)

c) doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS.

(...)“.

32. V časti „Podmienky účasti“ súťažných podkladov je uvedené nasledovné, cit.:

„Uchádzači predložia doklady na splnenie podmienok účasti podľa § 36 ZVO. doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS.“.

33. Navrhovateľ vo svojej ponuke predložil certifikát EMAS vydaný spoločnosťou XY (ďalej len „iná osoba“) s nasledovnými NACE kódmi 25.11, 25.29, 25.50, 25.62, 25.99, 41.20, 42.21, 42.91, 42.99, 43.11, 43.12, 43.21, 43.99, 49.41, spolu so zmluvou o poskytnutí technickej a odbornej podpory podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zo dňa 05. 11. 2021 uzatvorenou medzi navrhovateľom a inou osobou (ďalej len „zmluva“), v ktorej sa v bodoch 1 a 2 článku I. uvádza, cit.:

„1. Predmetom zmluvy je záväzok Poskytovateľa, že poskytne Záujemcovi svoje technické a odborné kapacity, ktoré požaduje verejný obstarávateľ v zmysle § 36 zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní v platnom znení (ďalej len „zákon“) v rámci vyhlásenej verejnej súťaže identifikovanej v preambule tejto zmluvy.

2. Poskytovateľ poskytne Záujemcovi svoje odborné a technické kapacity, t.j. poskytne Záujemcovi Certifikát EMAS k splneniu podmienok účasti v predmetnom verejnom obstarávaní. Poskytovateľ poskytne Záujemcovi svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi Záujemcom a verejným obstarávateľom.“.

34. Kontrolovaný uviedol v zápisnici z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti zo dňa 16. 11. 2021 o. i. nasl., cit.:

„(...)“

c) Uchádzač XX bol vylúčený podľa § 40 ods. (6) písm. a) zákona.

Verejný obstarávateľ v súlade s bodom III.1.3. uviedol stanovenie podmienky účasti podľa § 36 zákona Systém environmentálneho manažérstva a zároveň v časti „Podmienky účasti“ súťažných podkladov nasledovné:

„Uchádzači predložia doklady na splnenie podmienok účasti podľa § 36 ZVO. Doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS.“ Vo Vami predloženej ponuke predkladáte doklady, kde splnenie takto stanovenej podmienky účasti preukazujete prostredníctvom inej osoby na základe zmluvy o poskytnutí technickej a odbornej podpory. V § 36 zákon sa jednoznačne uvádza predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom, alebo záujemcom....”.

Z vyššie uvedenej vety definovanej v zákone jednoznačne vyplýva, že splnenie podmienky účasti definovanej v súlade s § 36 zákona uchádzač nemôže preukazovať prostredníctvom inej osoby ako osoby uchádzača, alebo záujemcu vo verejnej súťaži.

Verejný obstarávateľ zároveň preveril z verejne dostupných zdrojov (stránka EMAS), že ako uchádzač nie ste zapísaný v zozname spoločností, ktoré majú zavedený systém environmentálneho manažérstva v súlade s nariadením Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009.

Vzhľadom na vyššie uvedené komisia verejného obstarávateľa posúdila, že uchádzač nesplnil stanovenú podmienku účasti podľa § 36 zákona.

Záver:

Pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti komisia postupovala podľa § 40 zákona, pričom posúdila ponuky z hľadiska splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v zmysle zákona, Výzvy na predkladanie ponúk a Súťažných podkladov. Komisia vyhodnocovala podmienky účasti samostatne, pričom bola následne vypracovaná táto súhrnná zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti.

Na základe vyhodnocovania splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní komisia konštatuje splnenie podmienok účasti u nevylúčených uchádzačov nasledovne:

(...)

2) XX, preukázal splnenie podmienok účasti podľa § 32, § 33, § 34 a § 36, ktoré predložil požadovanými dokladmi. Doklady podľa § 33 a § 36 neboli predložené v správnom znení, ako to bolo uvedené vo Výzve na predkladanie ponúk. Doklady podľa § 34 boli predložené v správnom znení. Komisia konštatuje že, uchádzač spĺňa podmienky účasti týkajúce a osobného postavenia podľa § 32 nakoľko je zapísaný do zoznamu podnikateľov vedeným Úradom pre verejné obstarávanie. Zápis z registra je prílohou tejto zápisnice. Uchádzač č. 2 bol vylúčený podľa § 40 ods. (6) písm. a) zákona.

(...)“.

35. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS ELENA dňa 19. 11. 2021 list „Rekonštrukcia ZŠ na ul. Komenského v Želiezovciach – oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 19. 11. 2021 (ďalej len „vylúčenie“) v nasledovnom znení, cit.:

„Oznamujeme Vám, že Verejný obstarávateľ vykonal v súlade s § 40 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) vyhodnotenie splnenia podmienok účasti v rámci zadávania podlimitnej zákazky na hore uvedený predmet zákazky, vyhlásený vo Vestníku verejného obstarávania č. 239/2021 - 22.10.2021 pod zn. 48733 - WYP.

Z uvedeného dôvodu Vám podľa § 40 ods. (13) písm. a) zákona oznamujeme, vylúčenie uchádzača podľa § 40 ods. (6) písm. a) zákona.

Odôvodnenie vylúčenia:

Verejný obstarávateľ v súlade s bodom III.1.3. uviedol stanovenie podmienky účasti podľa § 36 zákona Systém environmentálneho manažérstva a zároveň v časti „Podmienky účasti“ súťažných podkladov nasledovné:

„Uchádzači predložia doklady na splnenie podmienok účasti podľa § 36 ZVO.

Doklad podľa § 36 zákona uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS.“

Vo Vami predloženej ponuke predkladáte doklady, kde splnenie takto stanovenej podmienky účasti preukazujete prostredníctvom inej osoby na základe zmluvy o poskytnutí technickej a odbornej podpory.

V § 36 zákon sa jednoznačne uvádza „...predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom, alebo záujemcom....“.

Z vyššie uvedenej vety definovanej v zákone jednoznačne vyplýva, že splnenie podmienky účasti definovanej v súlade s § 36 zákona uchádzač nemôže preukazovať prostredníctvom inej osoby ako osoby uchádzača, alebo záujemcu vo verejnej súťaži.

Verejný obstarávateľ zároveň preveril z verejne dostupných zdrojov (stránka EMAS), že ako uchádzač nie ste zapísaný v zozname spoločností, ktoré majú zavedený systém environmentálneho manažérstva v súlade s nariadením Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009.

Vzhľadom na vyššie uvedené komisia verejného obstarávateľa posúdila, že ste ako uchádzač nesplnili stanovenú podmienku účasti podľa § 36 zákona.

(...).“.

Právny rámec

36. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
37. 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.

38. Podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:

h) uvedením opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.

39. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

40. Podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom alebo záujemcom, môže odkázať na schému Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit alebo iný systém environmentálneho manažérstva podľa osobitného predpisu alebo iný systém environmentálneho manažérstva založený na príslušných právne záväzných aktoch Európskej únie alebo medzinárodných normách, na ktorý vydal akreditovaný certifikačný orgán certifikát. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzná ako rovnocenný certifikát systému environmentálneho manažérstva vydaný príslušným orgánom členského štátu. Ak uchádzač alebo záujemca objektívne nemal možnosť získať príslušný certifikát v určených lehotách, verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia prijať aj iné dôkazy o opatreniach v oblasti environmentálneho manažérstva predložené uchádzačom alebo záujemcom, ktorými preukáže, že ním navrhované opatrenia sú rovnocenné opatreniam požadovaným v rámci príslušného systému environmentálneho manažérstva alebo príslušnej normy environmentálneho manažérstva.

41. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak sú podmienky účasti uvedené vo viacerých dokumentoch podľa prvej vety, nesmú byť ustanovené vo vzájomnom rozpore.

42. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených

dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.

43. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.

Právne posúdenie námietok navrhovateľa

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:

44. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa je jeho vylúčenie z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré navrhovateľ považuje za nezákonné, v rozpore s princípmi proporcionality, transparentnosti, efektívnosti a rovnakého zaobchádzania. Navrhovateľ namieta, že kontrolovaný v súvislosti s jeho vylúčením z predmetného verejného obstarávania nesprávne identifikoval v súťažných podkladoch podmienku účasti na predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou potvrdzujúceho splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva (certifikát EMAS alebo obdobný) v zmysle § 34 ods. 1 písm. h) v spojení s § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa navrhovateľa je oprávnený využiť kapacity inej osoby k preukázaniu splnenia predmetnej podmienky účasti a pri splnení všetkých náležitostí podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní nie je dôvod na jeho vylúčenie z predmetného verejného obstarávania.
45. Úrad uvádza, že kontrolovaný stanovil podmienku účasti v zmysle § 36 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. uchádzač musí preukázať implementáciu environmentálneho manažmentu podľa daných noriem certifikátom EMAS, alebo ekvivalentom preukazujúcim rovnaké parametre ako EMAS (pozri body 31 a 32 tohto rozhodnutia).
46. Úrad uvádza, že napriek tomu, že kontrolovaný výslovne v súťažných podkladoch neuviedol podmienku účasti podľa § 36 aj v spojení s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní, z obsahu zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že sa jedná o jednu z podmienok účasti preukazujúcu technickú a odbornú spôsobilosť v zmysle § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a preto je potrebné vykladať ust. § 36 v spojitosti s ust. § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré hovorí o opatreniach environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy. Úrad v tejto súvislosti poukazuje aj na komentár k zákonu o verejnom obstarávaní², kde sa uvádza, cit.: „*Podmienku účasti podľa písm. h) je možné chápať ako predpoklad na postup podľa § 36 ZVO, v súlade s ktorým môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ požadovať predloženie certifikátu, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva. (...) Vzhľadom na to, že požiadavka podľa komentovaného ustanovenia nie je samostatnou podmienkou účasti, ale je v kontexte § 38 ods. 1 písm. c) ZVO súčasťou podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, je potrebné, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ previazal požiadavku na preukázanie splnenia noriem environmentálneho manažérstva s taxatívne vymedzenými podmienkami účasti v zmysle § 34 ods. 1 ZVO. Ako najvhodnejšia sa v tomto kontexte javí podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) ZVO,*

² Azud, J., Plaváková L., Bartoš, P. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava ; C. H. Beck, 2019

v zmysle ktorej uchádzač alebo záujemca preukazuje technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť uvedením opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy. “.

47. Úrad uvádza, že navrhovateľ podmienku účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní preukázal predložením certifikátu EMAS, obsahujúcim kódy NACE 25.11, 25.29, 25.50, 25.62, 25.99, 41.20, 42.21, 42.91, 42.99, 43.11, 43.12, 43.21, 43.99, 49.41, vydanom na meno inej osoby a zároveň predložil zmluvu, ktorou sa iná osoba zaväzuje, že navrhovateľovi poskytne svoje odborné a technické kapacity, t. j. poskytne navrhovateľovi certifikát EMAS k splneniu podmienok účasti v predmetnom verejnom obstarávaní počas celej doby plnenia predmetnej zákazky (pozri bod 33 tohto rozhodnutia).
48. Úrad uvádza, že v odôvodnení vylúčenia sa kontrolovaný odvoláva na znenie § 36 zákona o verejnom obstarávaní, cit.: *„...predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom, alebo záujemcom...“*. Podľa kontrolovaného tak navrhovateľ nemôže preukazovať splnenie predmetnej podmienky účasti prostredníctvom inej osoby, ale len predložením certifikácie v zmysle § 36 zákona o verejnom obstarávaní vydannej priamo osobe navrhovateľa ako uchádzača v predmetnom verejnom obstarávaní.
49. V tejto súvislosti úrad poukazuje na § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca kontrolovanému preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní potrebné preukázať písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z tejto zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. V tejto súvislosti je ale potrebné podotknúť, že ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami, uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.
50. Úrad zároveň v súvislosti s preukazovaním technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s využitím technických alebo odborných kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uvádza citáciu z komentovaného znenia zákona o verejnom obstarávaní³: ***„Vzhľadom na skutočnosť, že komentované ustanovenie iba zakotvuje podrobnosti požiadavky týkajúcej sa podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 ZVO, nie je vylúčené využitie tretích osôb podľa § 34 ods. 3 ZVO, a to napriek skutočnosti, že sa javí ako logickejšie vyžadovať preukázanie environmentálneho manažérstva výlučne a výslovne samotným záujemcom alebo uchádzačom. (...) ...ak uchádzač, resp. záujemca nemá certifikovaný systém environmentálneho manažérstva, musí predložiť dôkazy, ktoré sú relevantné a preukazujú splnenie požiadaviek príslušnej normy, pričom ich vhodnosť musí byť preverená priamo verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom. Ak by sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ rozhodol napríklad vylúčiť uchádzača zo súťaže, tak musí v zdôvodnení jasne identifikovať, ktoré predložené dôkazy nepredstavujú dôkazy o plnení požiadaviek normy. V procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti by mal verejný obstarávateľ alebo***

³ Azud, J., Plaváková L., Bartoš, P. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava ; C. H. Beck, 2019

obstarávateľ v prípade pochybností využiť inštitút vysvetľovania a požiadať dotknutého záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie, ktoré by preukázalo splnenie danej podmienky účasti.“.

51. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na metodické usmernenie č. 13778-5000/2019 zo dňa 02. 12. 2019, ktoré o. i. uvádza, cit.: „...**uchádzač/zájemca, ktorý nedisponuje dostatočnými kapacitami na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti môže využiť zdroje iných osôb za predpokladu, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude aj reálne používať zdroje tejto osoby, čo preukáže písomnou zmluvou, z ktorej musí vyplývať záväzok, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvy.** Zároveň poskytovateľ zdrojov musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a nesmú u neho existovať vymedzené dôvody na vylúčenie. (§ 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní). Oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté.

*S poukazom aj na znenie smernice 2014/24/EÚ a s ohľadom na účel sledovaný vyššie citovanými ustanoveniami **môže uchádzač/zájemca, ktorý nedisponuje certifikátmi ISO alebo EMAS (alebo iný rovnocenný certifikát), využiť zdroje tretej osoby, ktorá takýmto certifikátmi reálne disponuje, pokiaľ to prichádza do úvahy.** Tretia osoba v tomto prípade neposkytuje uchádzačovi priamo certifikát ISO alebo EMAS (alebo iný rovnocenný certifikát), nakoľko tieto nie sú prenosné, ale uchádzač alebo záujemca preukazuje, pokiaľ je to možné, že bude využívať kapacity/zdroje tretej osoby, ktorá takýmto certifikátom disponuje za podmienok uvedených v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ako aj v čl. 63 Smernice 2014/24/EÚ. Ako tiež vyplýva z predmetných ustanovení, hospodárske subjekty (uchádzači/zájemcovia) sa môžu spoliehať na kapacity iných subjektov len v prípade, keď tieto iné subjekty budú vykonávať práce alebo poskytovať služby, pre ktoré sa tieto kapacity vyžadujú. Tieto skutočnosti je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oprávnený náležite overiť.“.*

52. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti úrad po preskúmaní dokumentácie kontrolovaného zistil, že z dokumentácie nevyplýva, že by sa kontrolovaný pri vyhodnotení splnenia predmetnej podmienky účasti zaoberal tým, aké činnosti má iná osoba certifikovaná v predmetnom certifikáte, či spôsobilosti inej osoby certifikované v predmetnom certifikáte sú spôsobilosťami, ktoré sú potrebné na výkon predmetného plnenia, či sa iná osoba bude priamo a osobne zúčastňovať na vykonaní uvedenej zákazky a akými činnosťami sa bude podieľať na plnení danej zákazky. Z dokumentácie kontrolovaného vyplýva, že kontrolovaný splnenie podmienky účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnotil na základe predloženého certifikátu EMAS, ktorého držiteľom je iná osoba a na základe zmluvy uzatvorenej medzi navrhovateľom a inou osobou. Úrad v tejto súvislosti upriamuje pozornosť na body 125 až 136 rozhodnutia Rady úradu č. 5939-9000/2020 zo dňa 11. 05. 2020.
53. Úrad z predloženej dokumentácie zistil, že iná osoba má certifikát EMAS na konkrétne činnosti/divízie (k tomu pozri bod 33 tohto rozhodnutia). Avšak kontrolovaný nepreskúmaval ani nijako nevyhodnocoval predmetné činnosti/divízie uvedené v certifikáte EMAS vydanom inej osobe. Úrad uvádza, že kontrolovaný neskúmal ani to, či budú kapacity inej osoby certifikované v predmetnom certifikáte priamo použité na plnenie predmetu zákazky a v akom rozsahu. Kontrolovaný by mal v každom prípade individuálne posudzovať aj v kontexte predmetu zákazky súvislosť klasifikácií ekonomických činností (NACE kódy) uvedených v predmetnom EMAS certifikáte s činnosťami, ktoré má iná osoba poskytujúca svoje kapacity poskytnúť pri plnení danej zákazky. Kontrolovaný musí preveriť, či môže iná osoba

zazmluvnená s navrhovateľom na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní vykonávať činnosti v rámci plnenia predmetu zákazky, ktoré si kontrolovaný vymienil v súvislosti s certifikáciou systému environmentálneho manažérstva.

54. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené dáva do pozornosti § 40 ods. 1 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. V nadväznosti na uvedené úrad ďalej dáva do pozornosti povinnosť upravenú v § 40 ods. 4 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorej verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.
55. Úrad je tak toho názoru, že **kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 1, § 40 ods. 4 a § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**, keď dôsledne nevyhodnocoval splnenie podmienok účasti stanovených podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní a za účelom jej preukázania nepožiadaval navrhovateľa o vysvetlenie, prípadne o doplnenie dokladov, čím vniesol pochybnosti do procesu verejného obstarávania a zapríčinil tak nepreskúmateľnosť vylúčenia navrhovateľa. Nakoľko je kontrolovaný v každej fáze procesu verejného obstarávania povinný uplatňovať základné princípy verejného obstarávania, úrad má zároveň za to, že kontrolovaný postupoval súčasne v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti považuje úrad námietky navrhovateľa za **opodstatnené**.
56. Úrad vychádzajúc z § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti, považuje za potrebné uviesť, že splnenie podmienok účasti má byť posudzované samotným kontrolovaným, ktorý bezpochyby najlepšie pozná sledovaný účel ním stanovených podmienok účasti, čo má byť zabezpečené práve výrokom tohto rozhodnutia.
57. 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.
58. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s konaním kontrolovaného uvádza, že **kontrolovaný porušil § 40 ods. 1 a § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a § 40 ods. 6 písm. a), ako aj v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**. Konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní je možné považovať za porušenia s vplyvom na výsledok verejného obstarávania, nakoľko nezákonným vylúčením navrhovateľa z procesu verejného obstarávania z dôvodu nesplnenia podmienok účasti, došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Kontrolovaný sa teda nezákonným vylúčením pripravil o ponuku navrhovateľa, pri ktorej však neboli transparentne preukázané dôvody na jeho vylúčenie uvedené v oznámení o vylúčení. Na základe uvedeného úrad v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadi kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, nakoľko s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetné verejné obstarávanie smerovalo

k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. zo zákazky, ktorej priebeh nevykazuje znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.

59. 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. Aby sa kontrolovaný v budúcnosti vyhol nezákonnému konaniu, musí dostatočne overiť sporné skutočnosti a s určitosťou vedieť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača, ku ktorému má kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností. Podľa úradu je potrebné, aby kontrolovaný v prípade nejasností (podľa potreby aj opakovane) uplatnil inštitút vysvetlenia a/alebo doplnenia predložených dokladov. Úrad zároveň pripomína, že kontrolovaný má využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač posudzovanú podmienku účasti splnil a vylúčiť ho až po preverení všetkých skutočností a po utvrdení sa, že podmienka účasti nebola splnená. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri posudzovaní splnenia podmienok účasti prihliadal, resp. zohľadňoval vecnú stránku, čiže obsah a relevantnosť predložených dokladov. Záverom úrad uvádza, že kontrolovaný je povinný postupovať pri vyhodnocovaní podmienok účasti ako aj ponúk v súlade s podmienkami a požiadavkami stanovenými vo výzve na predkladanie ponúk a súťažných podkladoch, a pristúpiť k vylúčeniu uchádzača až v prípade jednoznačného preukázania existencie dôvodov na vylúčenie.
60. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.
61. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

62. 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.
63. V súlade s výrokom tohto rozhodnutia úrad **vráti** navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

Poučenie

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 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 rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 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. **Mesto Želiezovce**, SNP 2, 937 01 Želiezovce, IČO: 00 307 696 – kontrolovaný
2. **XX** – navrhovateľ

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka