

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), 171 ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v konaní 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 verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „Zabezpečenie zvýšenia bezpečnosti a plynulosti premávky na cestách I. triedy v PO a KE kraji časť I. I/67 Nižná Slaná zosuv“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00 003 328 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 119-311834 dňa 22.06.2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 146/2021 dňa 23.06.2021 pod značkou 30184 - MSP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **námietky navrhovateľa XX zamietá.**

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa **24.01.2022** doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v listinnej podobe 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 v predmetnej verejnej súťaži. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa **24.01.2022** v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje, t. j. cez IS EVO.
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 obligatórne 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. a) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Z auditných záznamov IS EVO preukázateľne vyplýva, že navrhovateľ predložil do predmetnej verejnej súťaže svoju ponuku dňa 05.10.2021 v čase 06:36:31 hod., a teda ponuka navrhovateľa bola predložená v rámci lehoty na predkladanie ponúk stanovenej kontrolovaným – 5.10.2021 do 10:00 hod. Na základe uvedených skutočností má úrad za to, že navrhovateľ vystupuje v predmetnom verejnom

obstarávaní v postavení uchádzača, a teda bol aktívne legitimovaný na podanie námietok v zmysle ustanovenia § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

3. Podľa ustanovenia § 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) zákona o verejnom obstarávaní. 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. Podľa ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní 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 písm. a).
5. Podľa ustanovenia § 172 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak je zákazka alebo koncesia rozdelená na časti a námietky sa týkajú len jednej časti alebo len niektorých častí, kaucia podľa odseku 2 sa určuje z predpokladanej hodnoty tejto časti alebo týchto častí. Celková výška kaucie za všetky časti nesmie presiahnuť maximálnu výšku kaucie podľa odseku 2. Na tento účel sa maximálna výška kaucie za jednu časť určuje z maximálnej sumy podľa odseku 2 percentuálnym podielom predpokladanej hodnoty príslušnej časti z predpokladanej hodnoty celej zákazky.
6. Z ustanovenia § 172 ods. 2 v spojení s ustanovením § 172 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že **navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 5 106,86 EUR.**
7. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že **navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 24.01.2022 kauciu vo výške 5 106,86- EUR.**
8. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci a vydanie meritórneho rozhodnutia.

Námietky navrhovateľa

9. Navrhovateľ uvádza, že mu bolo dňa 14.01.2022 zo strany kontrolovaného doručené rozhodnutie kontrolovaného označené ako „Oznámenie o vylúčení ponuky“ zo dňa 14.01.2022, zn. SSC/531/2022/6331/VO-48 (ďalej len „oznámenie“), na základe ktorého bola ponuka navrhovateľa predložená vo verejnom obstarávaní v zmysle ustanovenia § 53 ods. 5 písm. b) a ustanovenia § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní vylúčená.
10. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný svoje rozhodnutie o vylúčení v oznámení odôvodnil nasledovne:
 - a) *„Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 12.1:*

Ponuka predložená uchádzačom má obsahovať: 12.1.4 Ocenený súpis položiek stavby (...). Predložený súbor vo Vašej ponuke predloženej prostredníctvom IS EVO, ktorý obsahuje súpis položiek pre časť I. I/67 Nižná Slaná zosuv sa nedá otvoriť, pre komisiu verejného obstarávateľa je neprístupný a Vami predloženú ponuku nie je možné posudzovať a hodnotiť. V zmysle § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je, s odvolaním sa na vyššie uvedené, Vami predložená ponuka neregulárna.

- b) Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 13.8: Uchádzač predkladá ako osobitnú prílohu svojej ponuky súbor – sken svojej ponuky s ošetrovaním osobných údajov. Vami predložený sken ponuky neobsahuje prílohy návrhu zmluvy o dielo (ocenený súpis položiek – požadovaný ako príloha č. 2 k návrhu zmluvy o dielo). Uvedená príloha je uvedená v súťažných podkladoch, zväzok 2, časť 2.1 Formulár zmluvy o dielo, článok 7. Záverečné ustanovenia, bod 7.4. Na základe uvedených skutočností Vami predloženú ponuku nie je možné posudzovať a hodnotiť. V zmysle § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je, s odvolaním sa na vyššie uvedené, Vami predložená ponuka neregulárna.*
 - c) Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1 časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 16.6: Neodporúčame ponuku zašifrovať heslom, v prípade ak tak uchádzač spraví, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk zaslať prostredníctvom systému IS EVO verejnému obstarávateľovi heslá. Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 17.2: V prípade, že uchádzač zašifruje svoju ponuku heslom, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk poskytnúť verejnému obstarávateľovi heslo. V opačnom prípade bude ponuka pre verejného obstarávateľa v čase otvárania ponúk nedostupná. Neprístupnosť súborov ponuky je dôvodom na vylúčenie ponuky. Vami. Predložená ponuka obsahuje zaheslovaný súbor „Ocenený súpis položiek“, ktorý je pre verejného obstarávateľa neprístupný.*
 - d) Verejný obstarávateľ požadoval v súťažných podkladoch, zväzok 4, časť 4.1 Preambula, bod 2.1 Postup spracovania: Postup spracovania dáva návod uchádzačovi a popisuje, ako sa má postupovať pri spracovaní digitálnej časti, ktorá vždy má byť spracovaná programom Excel. Uchádzač vyplňuje/ocenuje a predkladá cenu stavebných prác tak, že do súboru, ktorý obsahuje súpis položiek (zväzok 4, časť 4.2) spracovaných verejným obstarávateľom, vyplnía žlté stĺpce, do ostatných častí súboru nezasahuje. Súbor je vo formáte xls, alebo.xlsx. Uchádzač predkladá cenovú ponuku v identickom súbore, ktorý je súčasťou súťažných podkladov a je chránený heslom verejného obstarávateľa. Nedodržanie týchto zásad (zmena počtu riadkov, stĺpcov, strán alebo akákoľvek iná zmena) je dôvodom na vylúčenie ponuky uchádzača.“*
- 11. Navrhovateľ uviedol, že kontrolovaný v oznámení zároveň konštatoval, že nebola naplnená dikcia ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keďže podľa názoru kontrolovaného sa nejednalo o situáciu umožňujúcu využiť inštitút vysvetľovania.
 - 12. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný postupoval v rozpore s ustanovením § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keď napriek dikcii tohto zákonného ustanovenia nepožiadaval navrhovateľa o vysvetlenie vytknutých nedostatkov ponuky navrhovateľa, na základe ktorých

rozhodol o vylúčení, k čomu kontrolovaný pristúpil bez umožnenia podať vysvetlenie k vytknutým nedostatkom. Navrhovateľ na tomto mieste zdôrazňuje, že ustanovenie § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je kogentným ustanovením, ktoré neumožňuje kontrolovanému aby ho neaplikoval a zároveň je toto ustanovenie aplikáciou princípu proporcionality, ktorý je kontrolovaný povinný dodržať pri realizácii verejného obstarávania.

13. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný nie je oprávnený svojvoľne nepožiadat' navrhovateľa o vysvetlenie akéhokoľvek vytknutého nedostatku jeho ponuky, ako ani svojvoľne vopred konštatovať, že vysvetlenie, ktoré by poskytol navrhovateľ by automaticky znamenalo zmenu ponuky bez toho, aby došlo k aplikácii inštitútu vysvetlenia podľa ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ je toho názoru, že ustanovenie § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní dáva uchádzačom možnosť podávať vysvetlenia k svojej ponuke v každej časti ponuky uchádzača v ktorej komisia identifikuje nezrovnalosti, pričom zákon obmedzuje iba také vysvetlenia, ktorými by následne došlo k zmene ponuky, pričom ako to vyplýva zo zákona o verejnom obstarávaní, judikatúry súdov Slovenskej republiky a Európskej únie, ako aj samotnej usmerňovacej a rozhodovacej činnosti Úradu pre verejné obstarávanie, nie každé vysvetlenie je vnímané za nedovolenú zmenu ponuky.
14. Navrhovateľ uvádza, že účelom verejného obstarávania je zabezpečiť hospodárne, efektívne a transparentné nakladanie s verejnými peňažnými prostriedkami, čo okrem iného potvrdzuje aj judikatúra súdov Slovenskej republiky. Napr. v zmysle rozsudku Krajského súdu v Bratislave, č. k. 2S 250/09 je hlavným účelom verejného obstarávania efektívnosť vynakladania peňažných prostriedkov a ich priama či nepriama úspora a zabezpečenie účinnej konkurencie. Obdobne podľa rozhodnutia Krajského súdu v Bratislave, č. k. 2S 161/09 je cieľom právnej úpravy verejného obstarávania predovšetkým zabezpečiť voľnú súťaž dodávateľov o zákazky financované z verejných rozpočtov založenú na princípoch efektívnej konkurencie a samozrejme záujem na účelnom vynakladaní verejných prostriedkov.
15. V súlade s vyššie uvedeným je podľa navrhovateľa aj samotná rozhodovacia prax Úradu pre verejné obstarávanie, ktorý uviedol nasledovné: *„uprednostňovanie formalizmu pred snahou získať potenciálne ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku môže mať dopad na výsledok verejného obstarávania a uvedeným postupom sa obchádza samotný účel verejného obstarávania, ktorým je prostredníctvom postupov uvedených v zákone o verejnom obstarávaní vybrať spôsobilého zmluvného partnera, ktorý ponúkne najlepšiu hodnotu za vynaložené verejné prostriedky“*.
16. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na princíp proporcionality a na jeho dodržiavanie v oblasti verejného obstarávania. Dodržanie princípu proporcionality v oblasti verejného obstarávania v zásade predpokladá, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je primerané a nevyhnutné na dosiahnutie cieľov, ktoré sledujú právne predpisy upravujúce oblasť verejného obstarávania.
17. Aplikujúc princíp proporcionality na daný prípad možno podľa navrhovateľa skonštatovať, že kontrolovaný v záujme dosiahnutia cieľa verejného obstarávania (ktorým je účelné vynakladanie verejných peňažných prostriedkov dosiahnuteľné prostredníctvom efektívnej hospodárskej súťaže a konkurencie medzi uchádzačmi) nemal vylúčiť navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže. Kontrolovaný je povinný sledovať cieľ spočívajúci v čo najefektívnejšom využití verejných prostriedkov, a to cestou zabezpečenia čo najširšej verejnej súťaže s čo najvyšším počtom uchádzačov, pričom z konania kontrolovaného je

podľa navrhovateľa zrejme, že je v rozpore s týmto cieľom, keďže navrhovateľom predložená ponuka je pre kontrolovaného o viac ako 115 000,00 EUR s DPH výhodnejšia než ponuka uchádzača, ktorý vo verejnom obstarávaní predložil druhú najnižšiu ponuku.

18. Kontrolovaný podľa navrhovateľa vylúčením ponuky navrhovateľa prekročil hranice toho, čo je nevyhnutné na zabezpečenie účelu verejného obstarávania. Vylúčenie ponuky uchádzača z verejného obstarávania predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača vo verejnom obstarávaní, ku ktorému môže kontrolovaný ako verejný obstarávateľ pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností, vrátane tých, ktoré na svoju obhajobu predloží uchádzač.
19. Navrhovateľ konštatuje, že z príslušnej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (C157/96, C-21/03 a C-34/03, C-210/03) vyplýva, že princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. To znamená, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné sa prikloniť k tomu najmenej obmedzujúcemu. Podľa navrhovateľa je teda nevyhnutné, aby kontrolovaný pri vyhodnocovaní jednotlivých ponúk a následnom rozhodovaní o vylúčení uchádzačov mal na zreteli účel a význam princípu proporcionality, t. j. aby nepristupoval k okamžitému a rigoróznemu vylučovaniu ponúk uchádzačov pre akékoľvek, aj keď iba formálne pochybenia, ale aby skúmal závažnosť prípadnej absencie požadovaných dokumentov, ich náležitostí alebo úplnosti informácií v nich uvedených, túto prípadnú neúplnosť posudzoval z hľadiska miery jej vplyvu na celkový priebeh verejného obstarávania, v prípade potreby umožnil uchádzačom vysvetliť svoju ponuku a následne, aby sa priklonil k takým opatreniam, ktoré vytvárajú predpoklad pre dosiahnutie sledovaného cieľa, ktorým je v tomto prípade čo najširšia hospodárska súťaž.
20. V danej veci podľa navrhovateľa existovala v prípade kontrolovaného možnosť voľby medzi viacerými opatreniami. Kontrolovaný mohol využiť inštitút vysvetľovania podľa ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, no kontrolovaný sa rozhodol pre iné opatrenie, a to vylúčenie navrhovateľa. Podľa navrhovateľa sa mal kontrolovaný prikloniť k menej obmedzujúcemu opatreniu, za ktoré navrhovateľ jednoznačne považuje ponechanie navrhovateľa v danej verejnej súťaži, čo by malo navyše priaznivý vplyv na dosiahnutie samotného účelu verejného obstarávania.
21. Navrhovateľ zastáva názor, že pokiaľ by kontrolovaný riadne dodržal povinnosť uvedenú v ustanovení § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a požiadal by navrhovateľa o podanie vysvetlenia k vytýkanému nedostatku, bolo by výsledkom inštitútu vysvetľovania posúdenie celej záležitosti tak, že nemá žiadny vplyv na výsledok verejného obstarávania, že samo o sebe nie je ani zmenou ponuky, že vytknutý nedostatok je ľahko vysvetliteľný a odstrániteľný, ale najmä je zanedbateľného charakteru a bez akéhokoľvek vplyvu na výsledok verejného obstarávania. Odstránením vytknutého nedostatku by sa v žiadnom rozsahu nezmenilo poradie uchádzačov, ani by to nemalo žiadny iný zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.
22. V danej súvislosti navrhovateľ poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 2853-5000/2020 podľa ktorého: „*V nadväznosti na uvedené v spojení s rozhodovacou praxou úradu uvádzame, že v prípade, ak je jednoznačné akú ponuku uchádzač predložil z hľadiska ceny a predmetu zákazky, t. j. kompletná cenová ponuka je známa a otvorit' sa nedajú len prílohy ponuky nepodliehajúce kritériálnemu vyhodnoteniu (napr. zmluva alebo jej časť) a zároveň sa nemení*

uchádzačom ponúkaný predmet zákazky, v zásade nevylučujeme možnosť vyžiadania si prílohy v rámci inštitútu vysvetľovania ponúk“.

23. Navrhovateľ je toho názoru, že ním predložená ponuka bola z hľadiska ceny a predmetu zákazky určitá a zrozumiteľná, pričom navrhovateľ preukázal splnenie podmienok účasti ako aj jediné kritérium na hodnotenie ponúk, a to cenu v EUR s DPH predložením vyplneného a podpísaného formuláru č. 1 „Návrh na plnenie kritérií uchádzačom“, ktorý bol v časti 1.2 Formuláre zväzku 1 súťažných podkladov.
24. Na základe uvedeného je podľa navrhovateľa nesporné, že cenová ponuka navrhovateľa bola kontrolovanému známa a otvoriť sa nedala len časť ponuky nepodliehajúca kritériálnemu vyhodnoteniu, v danom prípade dokument „Ocenený súpis položiek stavby“ označený ako súbor „4.2a_Supis_poloziek_V_ZZB_NižnaSlana_XX.xlsm“. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný mal za tejto situácie pristúpiť k aplikácii ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a požiadať navrhovateľa o vysvetlenie daného nedostatku, pričom s odvolaním sa na vyššie citované metodické usmernenie úradu č. 2853-5000/2020 je zrejmé, že daný nedostatok mohol byť odstránený vyžiadaním si daného dokumentu zo strany kontrolovaného v rámci inštitútu vysvetľovania ponúk podľa ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
25. Pre úplnosť navrhovateľ uvádza, že ak by bol kontrolovaný postupoval zákonne, v súlade s príslušným ustanovením zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ by bol v rámci vysvetľovania ponúk na základe dožiadania kontrolovaného schopný nie len dodať požadovaný dokument „Ocenený súpis položiek stavby“, ale aj preukázať, že tento dokument je identický s dokumentom, ktorý navrhovateľ predložil ako súbor „4.2a_Supis_poloziek_V_ZZB_NižnaSlana_XX.xlsm“ v rámci svojej ponuky.
26. Navrhovateľ uvádza, že z jeho strany nedošlo k žiadnemu zaheslovaniu dokumentu „Ocenený súpis položiek stavby“ označeného ako súbor „4.2a_Supis_poloziek_V_ZZB_NižnaSlana_XX.xlsm“ ako ani k jeho obsahovej zmene, tak ako to v písm. c) a d) odôvodnenia oznámenia uvádza kontrolovaný. Predmetný súbor bol v rámci administratívneho spracovania navrhovateľom prostredníctvom informačného systému navrhovateľa automaticky chránený, a to spôsobom obmedzenia subjektov spôsobilých na jeho otvorenie, čo spôsobilo nemožnosť jeho otvorenia kontrolovaným. Navrhovateľ poukazuje, že v danom čase sa jednalo o novú funkcionálnu jeho informačného systému, ktorá mala zabrániť úniku citlivých údajov, pričom administratívny pracovník navrhovateľa si nebol vedomý skutočnosti, že v rámci zaslania predmetného súboru prostredníctvom e-mailovej správy v určitom chránenom režime dôjde automaticky k aplikácii tohto chráneného režimu aj na predmetný súbor, ktorý bol prílohou tejto e-mailovej správy a následne nahratý do systému IS EVO. Vzhľadom na daný stav tak nie je možné použiť pre otvorenie predmetného súboru žiadne heslo, nakoľko predmetný súbor nebol zaheslovaný, avšak predmetný súbor je možné otvoriť len prostredníctvom aplikácie Office 365 pod kontom patriacim do chráneného režimu navrhovateľa alebo na informačno-technickom prostriedku navrhovateľa, ktorého súčasťou je informačný systém podliehajúci príslušnému chránenému režimu.
27. Navrhovateľ má za to, že dôvody vylúčenia podľa ustanovenia § 53 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a ustanovenia § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nie sú dané, pretože skutkové okolnosti nenaplnili zákonné znaky pre vylúčenie ponuky

navrhovateľa. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný bol povinný aplikovať inštitút vysvetlenia, k čomu však v danom prípade nedošlo, nakoľko kontrolovaný žiadnu žiadosť o vysvetlenie navrhovateľovi nedoručil. Ak by tak kontrolovaný urobil, bolo by preukázané, že obsah ponuky navrhovateľa je možné sprístupniť a ponuka zároveň spĺňa všetky požiadavky na predmet zákazky uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky.

28. Dôvody vylúčenia tak nie sú podľa navrhovateľa jednoznačne preukázané a samotné dôvody na ktorých kontrolovaný založil vylúčenie sú zmätočné, nepreskúmateľné, nedostatočné a bez ďalšieho nemôžu zakladať dôvody na vylúčenie navrhovateľa v predmetnom verejnom obstarávaní. Je na kontrolovanom, ktorý musí v odôvodnení vylúčenia uviesť a preukázať právny dôvod vylúčenia, tzn. že dôkazné bremeno leží na strane kontrolovaného. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že kontrolovaný nebol oprávnený vylúčiť navrhovateľa z verejného obstarávania z uvedeného dôvodu, a teda vylúčil navrhovateľa bez právneho dôvodu.
29. Navrhovateľ poukazuje aj na zmätočnosť odôvodnenia rozhodnutia kontrolovaného o vylúčení ponuky navrhovateľa v Oznámení, kde kontrolovaný svoje rozhodnutie odôvodňuje tak, že ponuku vyhodnotil ako neregulárnu s poukázaním na ustanovenie § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetné ustanovenie však upravuje rokovacie konanie so zverejnením a je teda zrejmé, že na daný prípad je neaplikovateľné. Navrhovateľ má za to, že odôvodnenie rozhodnutia kontrolovaného o vylúčení ponuky navrhovateľa v Oznámení je nepreskúmateľné, na základe čoho je zrejmé, že kontrolovaný nepostupoval v procese verejného obstarávania v súlade s princípom transparentnosti uvedeným v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nakoľko dostatočným spôsobom neidentifikoval/nešpecifikoval dôvody na základe ktorých pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa.
30. Na základe vyššie uvedeného má navrhovateľ za to, že kontrolovaný v prípade vylúčenia ponuky navrhovateľa z verejného obstarávania nepostupoval v súlade s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní na základe čoho je vylúčenie ponuky navrhovateľa z verejného obstarávania nezákonné, čím zároveň došlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu transparentnosti, princípu proporcionality a princípu hospodárnosti a efektívnosti a v neposlednom rade aj cieľu stanoveného verejným obstarávaním.
31. Na základe vyššie uvedených skutočností a navrhovateľom označených dôkazov navrhovateľ žiada, **aby úrad nariadil kontrolovanému:**
 - **odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení ponuky navrhovateľa označené ako „Oznámenie o vylúčení ponuky“ zo dňa 14.01.2022, zn. SSC/531/2022/6331/VO-48 a zaradiť ponuku navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia; alebo**
 - **zrušiť použitý postup verejného obstarávania.**

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

8. 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 navrhovateľa začalo dňa **24.01.2022**
9. 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 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.
10. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní dorúčením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa 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.
11. Kontrolovaný dňa 31.01.2022 doručil úradu listom „*Vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam a vylúčeniu*“ zo dňa 28.01.2022 (ďalej len „*Vyjadrenie*“). Kontrolovaný v rovnaký deň doručil úradu dokumentáciu k predmetnej verejnej súťaži v listinnej podobe. Úradu bol zriadený prístup k elektronickej podobe dokumentácie v rámci predchádzajúcich revízií konaní v predmetnom verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

12. Kontrolovaný na úvod uvádza, že navrhovateľ prostredníctvom systému IS EVO dňa 24.01.2022 doručil námietky smerujúce podľa ustanovenia § 170 ods. 3 písm. d) v nadväznosti na ustanovenie § 170 ods. 4 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu.
13. Kontrolovaný v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov požadoval v bode:

12. OBSAH PONUKY

12.1 Ponuka predložená uchádzačom má obsahovať:

12.1.4 **Ocenený súpis položiek stavby** vo formáte *.xls alebo *.xlsx (zväzok 4 časť 4.2 týchto súťažných podkladov).

12.4 Ak súčasťou ponuky nebude niektorý z dokladov alebo dokumentov podľa bodu 12.1.4 až 12.1.13, bude táto ponuka zo súťaže vylúčená.

16. PREDLOŽENIE PONUKY

16.3 Ponuka musí byť kompletná, musí byť predložená v súlade s podmienkami a požiadavkami uvedenými v týchto súťažných podkladoch a musí byť doručená včas do termínu definovanom v článku 17.

16.6 **Neodporúčame ponuku zašifrovať heslom;** v prípade ak tak uchádzač spraví, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk zaslať prostredníctvom systému IS EVO verejnému obstarávateľovi heslo.

17. LEHOTA NA PREDKLADANIE PONÚK

17.2 V prípade, že uchádzač zašifruje svoju ponuku heslom, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk poskytnúť verejnému obstarávateľovi heslo.

V opačnom prípade bude ponuka pre verejného obstarávateľa v čase otvárania ponúk nedostupná. **Neprístupnosť súborov ponuky je dôvodom na vylúčenie ponuky.**

19. SPÔSOB URČENIA CENY

19.1.5 Celková cena na celý predmet zákazky je vytvorená špecifikáciou ceny podľa oceneného súboru súpis položiek stavby, ako súčet súčinov jednotkových cien a počtu merných jednotiek.

19.1.6 Ponuková celková cena predmetu zákazky (zmluvná cena) musí obsahovať cenu za celý predmet zákazky, t. j. sumár všetkých činností súvisiacich s uskutočnením stavebných prác. Túto cenu uvedie uchádzač aj v „Návrhu na plnenie kritéria“ – Formulár č. 1 (bez DPH, DPH a s DPH).

14. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ dňa 05.10.2021 predložil ponuku prostredníctvom IS EVO k predmetu zákazky „Zabezpečenie zvýšenia bezpečnosti a plynulosti premávky na cestách I. triedy v PO a KE kraji časť I. I/67 Nižná Slaná“, ktorá obsahovala neotvoriteľný súbor Ocenený súpis položiek stavby.
15. Ako vyplynulo z predloženej ponuky navrhovateľa a oznámenia o vylúčení ponuky, kontrolovaný poukázal na nemožnosť otvorenia súboru Ocenený súpis položiek, ktorý slúži aj na vyhodnotenie ponuky zaslanej navrhovateľom. Tvrdenie navrhovateľa, že cena pre vyhodnotenie ponuky je obsiahnutá vo formulári č. 1 „Návrh na plnenie kritérií uchádzačom“ a tak je pre kontrolovaného dostatočná, je podľa kontrolovaného zavádzajúce. Ako vyplýva z informácií uvedených v súťažných podkladoch zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov požadoval v bode 19 Spôsob určenia ceny: „*Celková cena na celý predmet zákazky je vytvorená špecifikáciou ceny podľa oceneného súboru súpis položiek stavby, ako súčet súčinov jednotkových cien a počtu merných jednotiek. Túto cenu uvedie uchádzač aj v návrhu na plnenie kritéria – formulár č. 1 (bez DPH, DPH a s DPH)*“. Z uvedeného je podľa kontrolovaného zjavné, že cena uvedená v ocenenom súpise položiek je tak pre kontrolovaného základná a z nej vychádzajú aj informácie uvedené vo formulári č. 1. Nie naopak. Na predmetný súbor sa tak prihliada akoby nebol súčasťou ponuky. Kontrolovaný má za to, že kompletná cenová ponuka navrhovateľa tak nebola v čase otvárania ponúk známa a dostupná.
16. Kontrolovaný konštatuje, že ako vyplýva z rozsudku Súdneho dvora z 10. októbra 2013 vo veci C-336/12, všetky doklady a dokumenty požadované v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a uvedené v súťažných podkladoch majú byť verejnému obstarávateľovi dostupné už pri predkladaní ponúk.

17. Podľa kontrolovaného ocenený súpis položiek tvorí základ cenovej ponuky, bez ktorého nie je možné dôjsť k vyhodnoteniu ponuky. Informáciám a inštrukciám ako vyplniť „Súpis položiek“ je v súťažných podkladoch venovaná vo zväzku 4 Cenová časť, časť 4.1 celá preambula a zároveň cenová ponuka uchádzača predložená v súbore „Súpis položiek“ je neoddeliteľnou súčasťou zmluvy o dielo ako jej príloha. Bez predloženia uvedeného súboru v ponuke kontrolovaný nevie ponuku uchádzača posudzovať, vyhodnocovať a overovať, či je ku každej položke v cenovej ponuke (v „Súpise položiek“) priradená príslušná jednotková cena a kontrolovaný nevie posúdiť, či predložená cenová ponuka nespĺňa atribúty mimoriadne nízkej ponuky.
18. Kontrolovaný uvádza, že podľa § 49 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní elektronická ponuka musí byť predložená v určených komunikačných formátoch a určeným spôsobom tak, aby bola zabezpečená pred zmenou jej obsahu; ak sa vyžaduje kódovanie a šifrovanie, musí byť predložená vo vopred určených formátoch kódovania a šifrovania. **Podľa § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči uchádzača, ak obsah jeho ponuky nie je možné sprístupniť.**
19. Kontrolovaný dáva do pozornosti metodické usmernenie úradu č. 12349-5000/2019 podľa ktorého: *„V prípade ponuky predkladanej elektronicky zákon o verejnom obstarávaní **pod sankciou vylúčenia uchádzača vyžaduje, aby obsah elektronicky predloženej ponuky bolo možné sprístupniť**. Ak uchádzač predloží ponuku (dokumenty) zašifrovanú heslom, je na jeho zodpovednosť, aby verejnému obstarávateľovi poskytol heslo na odšifrovanie v lehote na otváranie ponúk. **Zákon nezaväzuje verejného obstarávateľa vyžadovať heslo od uchádzača po uplynutí lehoty na otváranie ponúk. Inštitút vysvetľovania primárne slúži na vysvetlenie nezrovnalostí alebo nejasností týkajúce sa dôkazov v samotnej ponuke identifikovaných komisiou v procese vyhodnotenia ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky**“.*
20. Kontrolovaný konštatuje, že podľa bodu 38. Rozsudku Súdneho dvora z 29. marca 2012 vo veci C-599/10 je uvedené, cit.: *„(...) ani zo zásady rovnosti zaobchádzania a ani z povinnosti transparentnosti nevyplýva, že by v takejto situácii bol verejný obstarávateľ povinný kontaktovať dotknutých uchádzačov. Títo uchádzači sa navyše nemôžu sťažovať na to, že verejný obstarávateľ nemá v tejto súvislosti žiadnu povinnosť, keďže nedostatok jasnosti ponuky je len a len dôsledkom toho, že si nesplnili svoju povinnosť pozornosti pri vypracovávaní ponuky, ktorú majú takisto ako ostatní uchádzači“.*
21. Podľa kontrolovaného je plne v kompetencii a v záujme navrhovateľa, aby ním predložená ponuka spĺňala požiadavky uvedené v súťažných podkladoch a v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a zároveň je v jeho najlepšom záujme, aby si pred zaslaním ponuky overil, či dokumenty ktoré zasiela sú plne prístupné pre verejného obstarávateľa. Kontrolovaný nemôže substituovať kontrolné mechanizmy navrhovateľa a poukazovať na vecné nedostatky v ponuke.
22. Ako kontrolovaný konštatoval v oznámení o vylúčení ponuky, navrhovateľom predložená ponuka neobsahuje žiadny dôkazný prostriedok, a tak nie je splnená dikcia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nejde o situáciu umožňujúcu využiť inštitút vysvetľovania, ktorý primárne slúži na vysvetlenie nezrovnalosti alebo nejasnosti týkajúce sa dôkazov v samotnej ponuke identifikovaných komisiou v procese vyhodnotenia ponuky z hľadiska splnenia

požiadaviek na predmet zákazky. Komisia pre vyhodnocovanie ponúk identifikovala nesplnenie jasne stanovených požiadaviek na predmet zákazky, a tak rozhodla, že využitie inštitútu vysvetlenia nie je potrebné a kontrolovaný má postupovať podľa § 53 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

23. Kontrolovaný uvádza, že ako vyplýva z Rozsudku Súdneho dvora z 10. októbra 2013 vo veci C-336/12, bod 21., cit.: „*Tento súd uvádza, že judikatúra Klagenævnet for Udbud vyznieva v tom zmysle, že článok 51 smernice 2004/18 a všeobecnejšia zásada rovnosti zaobchádzania bránia tomu, aby verejný obstarávateľ vyzval uchádzača alebo subjekt, ktorý predložil ponuku na oznámenie informácií, ktorých poskytnutie bolo podmienkou na predkladanie prihlášok alebo ponúk s tým, že inak budú odmietnuté, pričom ich títo uchádzači nepredložili*“. Bod 31. predmetného rozsudku, cit.: „*Zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti bránia akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom v rámci postupu verejného obstarávania, z čoho vyplýva, že ponuka sa po svojom predložení v zásade nemôže meniť ani z podnetu verejného obstarávateľa, ani uchádzača (...)*“. Bod 36. zasa uvádza, cit.: „*(...) táto žiadosť nemôže viesť k tomu, aby dotknutý uchádzač predložil dokumenty, ktoré by sa v skutočnosti mohli javiť ako nová ponuka*“. A bod 40. uvádza, cit.: „*(...) ak by súťažné podklady požadovali poskytnutie chýbajúceho dokladu alebo vylúčenia. Verejnému obstarávateľovi totiž prísne prináleží dodržiavať kritériá, ktoré on sám stanovil*“.
24. Kontrolovaný je toho názoru, že nakoľko je predmetná verejná súťaž v štádiu po otvorení ponúk, prípadná aplikácia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného voči navrhovateľovi, t. j. využitie inštitútu žiadosti o vysvetlenie ponuky (kontrolovaný by sa navrhovateľa dopytoval na skutočnosť, prečo sú dôležité súbory v jeho ponuke neprístupné) by mohla spôsobiť kalkulatívne správanie zo strany navrhovateľa, a tým aj jeho zvýhodnenie voči ostatným uchádzačom. Rovnako je potrebné uviesť, že nakoľko ponuka navrhovateľa je neregulárna, kontrolovaný by nemal pristúpiť ani k jej vyhodnocovaniu, t. j. v danom prípade potom neprichádza do úvahy ani aplikácia inštitútu vysvetlenia, pretože ponuka navrhovateľa ako taká je neprijateľná a pre kontrolovaného nepreskúmateľnou ponukou.
25. Kontrolovaný poukazuje na Rozhodnutie úradu č. 9459-6000/2021 zo dňa 16.09.2021, cit.: „*Úrad si v tejto súvislosti dovoľuje poukázať na ustanovenie § 70 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (bez ohľadu na to, že systematicky je toto ustanovenie zaradené v rámci ustanovení týkajúcich sa rokovacieho konania so zverejnením). Úrad konštatuje, že aj vo verejnej súťaži sa môže vyskytnúť neregulárna alebo inak neprijateľná ponuka, pričom ustanovenie § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní demonštratívne (vyjadrené slovom „najmä“) uvádza dôvody, kedy by mohla predmetná situácia nastať. Nakoľko ide len o demonštratívny výpočet dôvodov, je podľa názoru úradu možné subsumovať pod predmetné ustanovenie aj iné dôvody, ktoré v ňom explicitne uvedené nie sú. Inak povedané absenciu tejto právnej úpravy možno kvalifikovať ako čiastočnú medzeru v zákone (lacunae legis). Orgán aplikujúci a vykladajúci právo, t. j. úrad, si musí dokázať poradiť aj s nedokonalým právom, a to práve na základe analógie, ktorú možno chápať ako dotváranie práva, zostrovanie jeho kontúr, odhaľovanie základných zásad a pod.¹ Úrad poníma vykonanie analógie ustanovenia § 70 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako „zaceľovanie*

¹ Pozri: HOLLÄNDER, P. 2003. Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha: Linde, 2003, s. 11

čiasť medzery v zákone“. V danom prípade treba uplatniť analógiu per analogiam legis, t. j. „existuje medzera v práve, ktorá musí byť vyplnená. Pociťuje sa nedostatok právnej úpravy tam, kde očakávame, že by úprava mala byť. Všetko je založené na podobnosti: medzeru vyplníme podobnou normou (t. j. pre prípad najbližší)“.² „Predpokladom k použitiu analógie je obdobnosť. Riešený prípad môže iba z časti, nie však v podstatných rysoch, vybočovať z medzí zákonnej skutkovej podstaty a aplikujúci orgán neprihliada na to, čo riešení prípadu nevyhovuje. Z podobnosti, ktorú poskytuje právny predpis, sa aplikujúci orgán snaží nájsť normatívnu oporu s tým, že vyzdvihuje znaky spoločné, zatiaľ čo znaky rozdielne považuje za nepodstatné“.³ Tzn. nesúlady s ustanoveniami oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladov, čím sa navrhovateľom predložená ponuka stala vcelku neregulárnou, resp. inak neprijateľnou (v zmysle § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní⁴ uplatňujúc per analogiam legis).

V prípade, že by kontrolovaný v aktuálnom štádiu predmetnej verejnej súťaže, a to po otvorení ponúk, pristúpil k vyhodnoteniu ponuky predloženej navrhovateľom, **postupoval by v rozpore s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a princípom rovnakého zaobchádzania. Taktiež by uvedené konanie kontrolovaného v predmetnom štádiu verejnej súťaže mohlo byť považované za svojvoľné a neobjektívne**.

26. Kontrolovaný uvádza, že opätovným zaslaním potrebného súboru by mohlo dôjsť k zmene ponuky. Uvedená skutočnosť je v rozpore s § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, predposledná veta, čo kontrolovaný v danej situácii nevie vyhodnotiť v súbehu s porušením § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
27. Podľa kontrolovaného v zmysle ustálenej rozhodovacej praxe súdov, princíp rovnakého zaobchádzania spočíva v tom, že verejný obstarávateľ pristupuje principiálne rovnakým spôsobom voči všetkým uchádzačom, pričom nemôže žiadneho z nich priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome zvýhodňovať alebo nezvýhodňovať oproti iným uchádzačom v rovnakom postavení.
28. Princíp nediskriminácie podľa kontrolovaného úzko súvisí s princípom rovnakého zaobchádzania a dá sa povedať, že každé nerovnaké zaobchádzanie je zároveň diskriminačné.
29. Princíp transparentnosti je podľa kontrolovaného možné charakterizovať niekoľkými bodmi, a to predvídateľnosťou; preskúmateľnosťou; zákonnosťou; jasným, presným, jednoznačným vyjadrením všetkých podmienok a pravidiel zadávania zákazky; riadnym odôvodnením rozhodnutí, ktoré kontrolovaný vykonal. Podstatou je snaha predísť negatívnym javom.
30. Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že princípy uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní musia byť všetky spolu v súlade a žiaden z nich nie je nadradený nad ostatné. V kontexte uvedeného je potrebné uviesť, že argumentácia navrhovateľa o porušení princípu proporcionality v podaných námietkach je tak tendenčná a účelová, nakoľko pri inom postupe

² GERLOCH, A. 2007. Teorie práva. 4. upravené vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, s. 209

³ MATES, P. 2014. Analogie ve správním právu, kdy ano a kdy ne. In: Správní právo, Praha, 2014, roč. 47, č. 1 – 2, s. 33 – 34

⁴ Úrad sa už v minulosti zaoberal neregulárnou a neprijateľnou ponukou, kde v obdobnej veci (rozhodnutie úradu č. 19632-6000/2015-ON/274 a č. 4398-6000/2016-ON/36 zo dňa 14.04.2016) konštatoval, že aj v užšej súťaži sa môže vyskytnúť neregulárna alebo inak neprijateľná ponuka, kedy jedným z takýchto dôvodov môže byť aj ten, keď ponuku predložil uchádzač, ktorý nebol na jej predloženie vyzvaný.

kontrolovaného by došlo k porušeniu ostatných princípov verejného obstarávania a to hlavne princípov rovnakého zaobchádzania a princípů nediskriminácie hospodárskych subjektov.

31. Kontrolovaný s vyhlásením navrhovateľa, že na základe dožiadania kontrolovaného je schopný nie len dodať požadovaný dokument „Ocenený súpis položiek stavby“ ale aj preukázať, že tento dokument je identický v rámci svojej ponuky, nemôže súhlasiť. Navrhovateľ nepredložil žiaden dôkazný prostriedok, ktorý by toto tvrdenie podporil a vyvrátil by tak odôvodnenie kontrolovaného uvedené v oznámení o vylúčení ponuky.
32. Kontrolovaný sa vyjadril, že v súlade s potrebou preskúmateľnosti rozhodnutia o vylúčení sa uvádza, že z obsahu oznámenia o vylúčení musí byť uchádzačovi celkom zrejmé, čo je dôvodom jeho vylúčenia, pričom verejný obstarávateľ je povinný uviesť odkaz na zákonné ustanovenie v zmysle ktorého bol uchádzač vylúčený. Preskúmateľné, a teda transparentné oznámenie o vylúčení obsahuje taktiež náležité a zrozumiteľné odôvodnenie vylúčenia pozostávajúce z opisu skutkového stavu a vymedzenia úvah, ktorými sa verejný obstarávateľ riadil pri vyslovení záveru o nutnosti vylúčenia uchádzača.
33. Kontrolovaný poukazuje na tvrdenie navrhovateľa, že odôvodnenie rozhodnutia kontrolovaného o vylúčení ponuky navrhovateľa v oznámení je nepreskúmateľné, nakoľko dostatočným spôsobom neidentifikoval/nešpecifikoval dôvody, na základe ktorých pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa. Kontrolovaný má za to, že oznámenie o vylúčení ponuky zaslané navrhovateľovi je preskúmateľné, zrejmé a zrozumiteľné, čo podporuje aj fakt, že v námietkach navrhovateľ jasne a zreteľne identifikoval vzniknutý problém a našiel aj pôvod problému. Uvedené tvrdenie navrhovateľa je vysoko zavádzajúce a nezakladá sa na dôkazných skutočnostiach.
34. Kontrolovaný v zmysle uvedených dôkazov považuje námietky navrhovateľa za neopodstatnené.
35. Na záver kontrolovaný uvádza, že predmetná zákazka na uskutočnenie stavebných prác je financovaná z prostriedkov Európskej únie, prioritná os 6 – Cestná infraštruktúra. Kontrolovaný postupuje v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, riadi sa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a dodržiava všetky princípy hospodárskej súťaže. Princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov je špecifickým vyjadrením zásady rovnakého zaobchádzania. Čiže u všetkých uchádzačov musí byť rovnaký výklad tej istej skutočnosti, musí rovnako posudzovať splnenie podmienok účasti a verejný obstarávateľ sa nesmie odkloniť od požiadaviek, ktoré určil.

Zistenia úradu

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

36. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Zabezpečenie zvýšenia bezpečnosti a plynulosti premávky na cestách I. triedy v PO a KE kraji“ uverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 119-311834 dňa 22.06.2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 146/2021 dňa 23.06.2021 pod značkou 30184 – MSP (ďalej len „Oznámenie

o vyhlásení verejného obstarávania“). Z bodu II.1.5.) „Celková odhadovaná hodnota“ vyplýva, že celková predpokladaná hodnota zákazky (ďalej aj ako „PHZ“) je vo výške 17 284 796,- EUR bez DPH. S poukazom na predmet zákazky, postavenia kontrolovaného a PHZ vo výške 17 284 796,- EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác zadávanú postupom tzv. „reverznej“ verejnej súťaže v zmysle § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Zákazka je rozdelená na IV časti. Predmetná námietka navrhovateľa bola podaná v časti I. „I/67 Nižná slaná zosuv“. Táto zákazka je financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný realizuje postup zadávania predmetnej zákazky využitím nástroja pre elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní IS EVO. V postupe zadávania zákazky predložili v lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 05.10.2021 10:00 hod. svoju ponuku štrnásti uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 05.10.2021 o 11:00 hod. funkcionalitou online sprístupnenia ponúk v IS EVO.

37. Úrad lustráciou súťažných podkladov zistil, že kontrolovaný v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť II. Komunikácia, v bode 7.2 stanovil, že, cit.: *„Komunikácia medzi verejným obstarávateľom a záujemcami/uchádzačmi sa uskutočňuje písomne prostredníctvom elektronických prostriedkov, prostredníctvom informačného systému elektronického verejného obstarávania ver. 18.0 Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej iba „IS EVO“) s využitím všetkých jeho funkcionalít. Systém IS EVO je dostupný na adrese: <https://www.uvo.gov.sk/portal-systemu-evo-5f5.html>. Postup záujemcu/uchádzača je upravený v príručkách pre záujemcu/uchádzača, ktoré sú zverejnené na stránke portálu IS EVO v adresári menu Príručky: <https://www.uvo.gov.sk/viac-o-is-evo/prirucky-5f7.html>.“* Bod 7.5 uvádza, cit.: *„Ponuka, prípadne ďalšie doklady a dokumenty vo verejnom obstarávaní sa predkladajú v slovenskom jazyku prostredníctvom systému IS EVO.“*
38. Kontrolovaný v súťažných podkladoch v časti Obsah ponuky v bode 12.1 Ponuka predložená uchádzačom má obsahovať (okrem iného) Ocenený súpis položiek stavby vo formáte *.xls alebo *.xlsx (bod 12.1.4). V bode 16.3 kontrolovaný uviedol, cit.: *„Ponuka musí byť kompletná, musí byť predložená v súlade s podmienkami a požiadavkami uvedenými v týchto súťažných podkladoch a musí byť doručená včas do termínu definovanom v článku 17.“* V bode 17.2 je uvedené, cit.: *„V prípade, že uchádzač zašifruje svoju ponuku heslom, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk poskytnúť verejnému obstarávateľovi heslo. V opačnom prípade bude ponuka pre verejného obstarávateľa v čase otvárania ponúk nedostupná. Neprístupnosť súborov ponuky je dôvodom na vylúčenie ponuky.“*
39. Úrad v rámci preskúmania dokumentácie k predmetnej verejnej súťaži, konkrétne zo zápisnice o vyhodnotení ponúk zistil, že dvaja členovia komisie na vyhodnocovanie ponúk podpísali zápisnicu s výhradou podľa § 53 ods. 9 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní a to z dôvodu, že nesúhlasia s vylúčením navrhovateľa, ktorý sa umiestnil na prvom mieste, bez možnosti predchádzajúceho vysvetlenia jeho ponuky, ktoré umožňuje § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa týchto dvoch členov komisie, cit.: *„uchádzač má v ponuke ocenený súpis položiek stavby vo formáte .xlsm, ktorý nie je možné otvoriť. Súbor nie je chránený heslom a podľa zistení uvedených členov komisie je chránený MS IRM systémom. Kritériom na vyhodnotenie ponúk je najnižšia cena. Uchádzač ponúkanú cenu uviedol v návrhu na plnenie kritérií a v návrhu zmluvy o dielo. Na základe uvedeného nie je možné zmeniť navrhovanú cenu v ocenenom súpise položiek stavby, ani keď uchádzač nepredložil kópiu oceneného súpisu položiek vo formáte .pdf.“*

40. Kontrolovaný dňa 14.01.2022 odoslal prostredníctvom IS EVO oznámenie o vylúčení ponuky zn. SSC/531/2022/6331/VO-48 zo dňa 14.01.2022 v ktorom navrhovateľovi uviedol: „(...) vaša ponuka predložená v nadlimitnej verejnej súťaži VS – 01/21 na zákazku na uskutočnenie stavebných prác „Zabezpečenie zvýšenia bezpečnosti a plynulosti premávky na cestách I. triedy v PO a KE kraji“ časť I. „I/67 Nižná Slaná zosuv“ (...) bola v zmysle § 53 ods. 5 písm. b) a § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní vylúčená“. Kontrolovaný toto vylúčenie odôvodnil nasledovne:

„Nesplnenie požiadavky na predmet zákazky uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky.

- a) Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 12.1: Ponuka predložená uchádzačom má obsahovať:

12.1.4 Ocenený súpis položiek stavby

Predložený súbor vo Vašej ponuke predloženej prostredníctvom IS EVO, ktorý obsahuje súpis položiek pre časť I. „I/67 Nižná Slaná zosuv“ sa **nedá otvoriť**, pre komisiu verejného obstarávateľa je **neprístupný a Vami predloženú ponuku nie je možné posudzovať a hodnotiť**.

V zmysle § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, s odvolaním sa na vyššie uvedené, Vami predložená ponuka **neregulárna**.

- b) Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 13.8: Uchádzač predkladá ako osobitnú prílohu svojej ponuky – sken svojej ponuky s ošetrovaním osobných údajov.

Vami predložený sken ponuky neobsahuje prílohy **návrhu zmluvy o dielo (ocenený súpis položiek** – požadovaný ako príloha č. 2 k návrhu zmluvy o dielo). Uvedená príloha je uvedená v súťažných podkladoch, zväzok 2, časť 2.1 Formulár zmluvy o dielo, článok 7. Záverečné ustanovenia, bod 7.4.

Na základe uvedených skutočností Vami predloženú ponuku nie je možné posudzovať a hodnotiť.

V zmysle § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je, s odvolaním sa na vyššie uvedené, Vami predložená ponuka **neregulárna**.

- c) Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 16.6: **Neodporúčame ponuku zašifrovať heslom**; v prípade ak tak uchádzač spraví, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk zaslať prostredníctvom systému IS EVO verejnému obstarávateľovi heslo.

Verejný obstarávateľ požadoval v zmysle súťažných podkladov, zväzok 1, časť A1 Pokyny na vypracovanie ponuky, časť 1.1 Pokyny pre záujemcov/uchádzačov, bod 17.2: V prípade, že uchádzač zašifruje svoju ponuku heslom, je povinný najneskôr do lehoty na otváranie ponúk poskytnúť verejnému obstarávateľovi heslo.

V opačnom prípade bude ponuka pre verejného obstarávateľa v čase otvárania ponúk nedostupná. Neprístupnosť súborov ponuky je dôvodom na vylúčenie ponuky.

Vami predložená ponuka obsahuje zaheslovaný súbor „Ocenený súpis položiek“, ktorý je pre verejného obstarávateľa neprístupný.

- d) Verejný obstarávateľ požadoval v súťažných podkladoch, zväzok 4, časť 4.1 Preambula, bod 2.1 Postup spracovania: Postup spracovania dáva návod uchádzačovi a popisuje, ako sa má postupovať pri spracovaní digitálnej časti, ktorá vždy má byť spracovaná programom Excel. Uchádzač vyplňuje/ocenuje a predkladá cenu stavebných prác tak, že do súboru, ktorý obsahuje súpis položiek (zväzok 4, časť 4.2) spracovaných verejným obstarávateľom, vyplnía žlté stĺpce, do ostatných častí súboru nezasahuje. Súbor je vo formáte xls alebo.xlsx. Uchádzač **predkladá ponuku v identickom súbore, ktorý je súčasťou súťažných podkladov a je chránený heslom verejného obstarávateľa. Nedodržanie týchto zásad (zmena počtu riadkov, stĺpcov, strán alebo akákoľvek iná zmena) je dôvodom na vylúčenie ponuky uchádzača.**

Verejný obstarávateľ konštatuje, že tu nie je predložený žiadny dôkazný prostriedok, a tak nie je splnená dikcia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nejde o situáciu umožňujúcu využiť inštitút vysvetľovania, ktorý primárne slúži na vysvetlenie nezrovnalosti alebo nejasnosti týkajúce sa dôkazov v samotnej ponuke identifikovaných komisiou v procese vyhodnotenia ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky.

Opätovným zaslaním by mohlo dôjsť k zmene ponuky, čo je v rozpore s § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní predposledná veta, čo verejný obstarávateľ v danej situácii nevie vyhodnotiť v súbehu s porušením § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, hlavne princípom rovnakého zaobchádzania a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov voči ostatným uchádzačom.

Vaša predložená ponuka nie je v súlade s ustanoveniami uvedenými v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch, na základe čoho má verejný obstarávateľ za to, že takto predložená ponuka sa stala neregulárnou, resp. inak nepreskúmateľnou pre verejného obstarávateľa neprijateľnou ponukou.“

41. Úrad v rámci šetrenia za účelom riadneho zistenia skutkového stavu a z dôvodu, že mu v rámci ponuky predloženej navrhovateľom v tejto verejnej súťaži nebol elektronicky prístupný súbor „4.2a_Supis_poloziiek_V_ZZB_NižnaSlana_XX.xlsm“ (navrhovateľ ho v listinnej forme doložil ako prílohu svojich námietok) sa obrátil na odbor IT, EVO a vestníka, kde žiadal o vysvetlenie vzniknutej situácie s predmetným súborom. Úradu bola adresovaná nasledujúca odpoveď, cit.: „na základe nižšie uvedeného e-mailu sme preverili systém EVO ver. 18.0, tiež pripojené súbory formátu XLSM a posielame Vám nasledovné stanovisko:

- **problém nie je spôsobený systémom EVO, ale na strane používateľa, ktorý vkladal do systému súbory upravené/zabezpečené pravdepodobne použitím určitej funkcionality ním používaného softvéru na prácu so zošitom Excel,**
- **uvedené popisuje aj informácia vo Vašom e-maile: „jednalo sa o novú funkcionality jeho informačného systému, ktorá mala zabrániť úniku citlivých údajov. Vzhľadom na daný stav nie je možné použiť pre otvorenie predmetného súboru žiadne heslo, nakoľko súbor nebol zaheslovaný, avšak súbor je možné otvoriť len prostredníctvom aplikácie Office 365 pod kontom patriacim do chráneného režimu navrhovateľa alebo na informačno-technickom prostriedku navrhovateľa“,**
- **otvorenie príslušných súborov bude pravdepodobne možné len v aplikácii Office 365 pod kontom používateľa, ktorý tieto súbory pôvodne vytvoril.“**

Právny rámec

42. 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.
43. 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.
44. 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. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia 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.
45. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú desať rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, ak osobitný predpis neustanovuje inak; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania.
46. Podľa § 49 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní elektronická ponuka musí byť predložená v určených komunikačných formátoch a určeným spôsobom tak, aby bola zabezpečená pred zmenou jej obsahu; ak sa vyžaduje kódovanie a šifrovanie, musí byť predložená vo vopred určených formátoch kódovania a šifrovania. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči uchádzača, ak
 - a) nedodržal určený spôsob komunikácie
 - b) obsah jeho ponuky nie je možné sprístupniť alebo
 - c) nepredložil ponuku vo vyžadovanom formáte kódovania, ak je potrebný na ďalšie spracovanie pri vyhodnocovaní ponúk.
47. Podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky alebo koncesie a v prípade pochybností overí správnosť informácií a dôkazov, ktoré poskytnú uchádzači; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, komisia vyhodnotí ponuky aj z hľadiska požiadaviek na bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností a bezpečnosť dodávok. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov zábezpeku, komisia posúdi zloženie zábezpeky. Ak komisia identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol, písomne požiada o vysvetlenie ponuky a ak je to

potrebné aj o predloženie dôkazov. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.

48. Podľa § 53 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak
- a) uchádzač nezložil zábezpeku podľa určených podmienok,
 - b) ponuka nespĺňa požiadavky na predmet zákazky alebo koncesie uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky, (...)
49. Podľa § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní neregulárne sú najmä ponuky, ktoré
- a) nie sú v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, so súťažnými podkladmi alebo inou sprievodnou dokumentáciou,
 - b) boli predložené po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk alebo
 - c) považuje verejný obstarávateľ za mimoriadne nízke.

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 č. 1 namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

50. Úrad na úvod konštatuje, že predmetom navrhovateľových námietok je jeho vylúčenie z predmetného postupu zadávania zákazky, a to z dôvodov podľa § 53 ods. 5 písm. b) a § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na to, že navrhovateľ považuje toto vylúčenie za nesprávne a nespravodlivé bolo úlohou úradu v tomto konaní o námietkach posúdiť, či vylúčenie navrhovateľa z predmetného postupu zadávania zákazky bolo uskutočnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, jeho princípmi a na podklade náležité zisteného tak skutkového stavu, ako aj právneho stavu. Následne bolo úlohou úradu posúdiť argumentáciu navrhovateľa, ktorou odôvodňuje svoj návrh na vydanie rozhodnutia úradom podľa § 175 ods. 1 písm. a) alebo písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
51. Ako vyplýva z oznámenia o vylúčení navrhovateľa a tiež zo zistení úradu, navrhovateľ bol z predmetného verejného obstarávania vylúčený, pretože kontrolovanému nebol prístupný súbor ocenený súpis položiek, ktorý slúžil aj na vyhodnotenie ponuky zaslanej navrhovateľom. Kontrolovaný mal za to, že kompletná cenová ponuka navrhovateľa tak nebola v čase otvárania ponúk známa a dostupná, a tak na predmetný súbor prihliadal akoby nebol súčasťou ponuky.
52. Navrhovateľ sa k nedostupnosti, a tým aj neprístupnosti oceneného súpisu položiek kontrolovanému vyjadril, že z jeho strany nedošlo k žiadnemu zaheslovaniu súboru ocenený súpis položiek stavby, ako ani k jeho obsahovej zmene. Tento súbor bol v rámci

administratívneho spracovania navrhovateľom prostredníctvom informačného systému navrhovateľa automaticky chránený, a to spôsobom obmedzenia subjektov spôsobilých na jeho otvorenie, čo spôsobilo nemožnosť jeho otvorenia kontrolovaným. Navrhovateľ poukázal na to, že **v danom čase sa jednalo o novú funkcionálnu jeho informačného systému, ktorá mala zabrániť úniku citlivých údajov, pričom administratívny pracovník navrhovateľa si nebol vedomý skutočnosti, že v rámci zaslania predmetného súboru prostredníctvom e-mailovej správy v určitom chránenom režime dôjde automaticky k aplikácii tohto chráneného režimu aj na predmetný súbor**, ktorý bol prílohou e-mailovej správy a následne nahrať do systému IS EVO. Úrad konštatuje, že v rámci preskúmania uvedenej skutočnosti sa taktiež nemohol dostať k obsahu predmetného súboru, ktorý bol predložený v rámci navrhovateľovej ponuky v systéme IS EVO. Z uvedeného dôvodu úrad oslovil za účelom riadneho preskúmania tohto súboru odbor IT, EVO a vestníka na úrade, aby mu ozrejmil vzniknutú situáciu, prípadne nejakým spôsobom sprístupnil predmetný súbor ocenený súpis položiek stavby. V tejto súvislosti úrad odkazuje na bod č. 41 tohto rozhodnutia, kde sa uvádza, že otvorenie príslušných súborov bude pravdepodobne možné len v aplikácii Office 365 pod kontom používateľa, ktorý tieto súbory pôvodne vytvoril. Inými slovami je teda zrejme, že **tento súbor nebol kontrolovanému v čase otvárania ponúk prístupný, čo v konečnom dôsledku malo vplyv aj na vyhodnotenie ponuky navrhovateľa** nakoľko tento ocenený súpis položiek stavby obsahoval jednotlivé položky stavebného diela, ktoré mal navrhovateľ v rámci svojej ponuky naceniť. Úrad zastáva názor, že predmetný dokument tvorí takú časť cenovej ponuky, bez ktorej nie je možné bez pochybností dôjsť k vyhodnoteniu ponuky kontrolovaným. Bez riadneho prístupu k tomuto dokumentu sa istým spôsobom sťažilo riadne vyhodnotenie ponuky uchádzača najmä z hľadiska toho, či ponuka spĺňa všetky požiadavky stanovené kontrolovaným v súťažných podkladoch, či je ku každej položke v cenovej ponuke priradená príslušná jednotková cena a pod.

53. Nakoľko bolo kontrolovanému znemožnené otvorenie príslušného súboru ocenený súpis položiek, situáciu vyhodnotil z hľadiska ustanovenia § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ako tzv. neregulárnu ponuku. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukázal na zmätočnosť odôvodnenia oznámenia o vylúčení, keď ponuku navrhovateľa vyhodnotil ako neregulárnu. Svoju argumentáciu navrhovateľ opiera predovšetkým o fakt, že ustanovenie § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré pojednáva o neregulárnej ponuke je systematicky zaradené v časti, ktoré upravuje rokovacie konanie so zverejnením a z tohto dôvodu je podľa navrhovateľa na daný skutkový stav neaplikovateľné. Úrad v tejto súvislosti dáva do pozornosti svoje rozhodnutie č. 9459-6000/2021 zo dňa 16.09.2021, kde okrem iného uviedol, cit.: „*Úrad si v tejto súvislosti dovoľuje poukázať na ustanovenie § 70 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (bez ohľadu na to, že systematicky je toto ustanovenie zaradené v rámci ustanovení týkajúcich sa rokovacieho konania so zverejnením). Úrad konštatuje, že aj vo verejnej súťaži sa môže vyskytnúť neregulárna alebo inak neprijateľná ponuka, pričom ustanovenie § 70 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní demonštratívne (vyjadrené slovom „najmä“) uvádza dôvody, kedy by mohla predmetná situácia nastať. Nakoľko ide len o demonštratívny výpočet dôvodov, je podľa názoru úradu možné subsumovať pod predmetné ustanovenie aj iné dôvody, ktoré v ňom explicitne uvedené nie sú*“. Inými slovami povedané, v zmysle použitia analógie legis aj v rámci verejnej súťaže môže nastať situácia, že sa predložená ponuka stane neregulárnou, resp. inak neprijateľnou pre kontrolovaného. V takomto prípade to má za následok spôsobenie nemožnosti kontrolovanému riadne preskúmať a vyhodnotiť ponuku v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.

54. Navrhovateľ sa vo svojich námietkach vyjadril, že kontrolovaný postupoval v rozpore s ustanovením § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keď napriek dikcii tohto zákonného ustanovenia nepožiadaval navrhovateľa o vysvetlenie vytknutých nedostatkov ponuky, na základe ktorých rozhodol o vylúčení, k čomu kontrolovaný pristúpil bez umožnenia podať vysvetlenie k vytknutým nedostatkom. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení opiera dôvody vylúčenia ponuky navrhovateľa o ustanovenia § 49 ods. 4 písm. b) a § 53 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. **Úrad považuje za dôležité poukázať práve na ustanovenie § 49 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom zákonodarca zakotvuje osobitné požiadavky, ktorých splnenie je nevyhnutné v prípade predkladania elektronickej ponuky.** V prvom rade sa vyžaduje, aby elektronická ponuka bola predložená v určených komunikačných formátoch. Rovnako sa vyžaduje, aby elektronická ponuka bola predložená určeným spôsobom, pričom musí byť zabezpečená pred zmenou obsahu (t. j. nemalo by sa jednať o editovateľné formáty súborov). V prípade, ak sa vyžaduje kódovanie a šifrovanie, musí byť elektronická ponuka zároveň predložená vo vopred určených formátoch kódovania a šifrovania. Osobitné požiadavky týkajúce sa elektronických ponúk by mal verejný obstarávateľ a obstarávateľ určiť v súťažných podkladoch, v súlade s ktorými uchádzač predmetnú ponuku pripravuje. **V odseku 4 sa zároveň zakotvujú osobitné dôvody vylúčenia uchádzača, ktoré sa viažu na pochybenia pri predkladaní ponúk.** Zákonodarca teda zakotvil v odseku 4 písm. b) osobitný dôvod na vylúčenie v prípade, že obsah uchádzačovej ponuky nie je možné sprístupniť. Takýto prípad prichádza do úvahy obzvlášť v prípade elektronickej predkladanej ponuky, ak je napríklad predložená vo formáte s takým zabezpečením, že je pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa nemožné dostať sa k obsahu danej ponuky. Tento dôvod vylúčenia sa neaplikuje v prípade, ak nemožnosť sprístupnenia je spôsobená technickou prekážkou na strane verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.
55. V súlade s vyššie uvedenými skutočnosťami úrad konštatuje, že po preskúmaní skutkového stavu možno vzniknutú situáciu s nemožnosťou otvorenia súboru ocenený súpis položiek subsumovať pod ustanovenie § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a teda vzniknutá situácia nenastala na strane kontrolovaného, čo mal úrad za preukázané. V tejto súvislosti si úrad dovoľí poznamenať, že pri uvedenom ustanovení § 49 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zákonodarca inú možnosť ako vylúčenie uchádzača neuvádza. **V tomto prípade je teda zrejmé, že pokiaľ je naplnený niektorý z týchto dôvodov na vylúčenie ponuky uchádzača verejný obstarávateľ a obstarávateľ nemá inú možnosť, ako predmetnú ponuku z procesu verejného obstarávania vylúčiť.** Inými slovami povedané, v prípade naplnenia niektorého z týchto vylučovacích dôvodov nie je možné tento stav zhojiť v zmysle ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a požiadať uchádzača o vysvetlenie vzniknutých nedostatkov, ktoré odôvodňujú vylúčenie jeho ponuky na základe ustanovenia § 49 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Práve aj toto ustanovenie možno pokladať za jedno z tých, ktoré je odrazom toho, že proces verejného obstarávania je prísne formalizovaným procesom. Na tomto mieste úrad zdôrazňuje, že navrhovateľ má ako podnikateľ povinnosť konať s náležitou starostlivosťou, a teda v tomto prípade spraviť všetko pre to, aby, ak má naozaj záujem uchádzať sa o predmetnú zákazku, riadne a včas predložiť do verejného obstarávania ponuku, ktorá bude regulárna, pričom ak z dôvodu nie vlastného pochybenia toho nie je schopný, je na jeho ťarchu využiť všetky zákonné možnosti a alternatívy. **A contrario, navrhovateľ sa nemôže zbaviť zodpovednosti za svoje vlastné (ne)konanie v rozpore s náležitou starostlivosťou.** V tomto prípade, ak by navrhovateľ pri zavedení novej funkcionality, ktorá mala zabrániť úniku citlivých údajov z informačného

systému navrhovateľa, postupoval s náležitou starostlivosťou, mohol predpokladať, na ktoré súbory sa táto funkcionálna bude vzťahovať, prípadne, či sa vyžaduje na spustenie tejto funkcionality nejaká aktivácia alebo sa spúšťa automaticky a pokrýva všetky súbory bez výnimky. Tým by teda mohol zabrániť, aby sa táto funkcia preniesla aj na dokumenty, ktoré majú byť v rámci procesu verejného obstarávania pre kontrolovaného prístupné.

56. Navrhovateľ v námietkach ďalej tvrdí, že kontrolovaný svojím postupom fakticky odmietol najvýhodnejšiu ponuku, a tým odmietol ušetriť verejné financie a že postupoval formalisticky a v rozpore s účelom verejného obstarávania. Podľa názoru navrhovateľa aplikujúce princípy proporcionality na daný prípad možno skonštatovať, že kontrolovaný v záujme dosiahnutia cieľa verejného obstarávania (ktorým je účelné vynakladanie verejných peňažných prostriedkov dosiahnuteľné prostredníctvom efektívnej hospodárskej súťaže a konkurencie medzi uchádzačmi) nemal vylúčiť navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže. Podľa názoru úradu uvedeným navrhovateľ naznačuje, že kontrolovaný nepostupoval v súlade s princípom hospodárnosti a efektívnosti a princípom proporcionality. Úrad sa však s takýmto tvrdením nemôže stotožniť, nakoľko jednotlivé princípy verejného obstarávania je potrebné vykladať aj v kontexte iných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, vrátane ostatných princípov zakotvených v § 10 ods. 2 tohto zákona ako napr. princípu transparentnosti, nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Nemožno teda kontrolovanému vytknúť, že transparentne a v súlade s princípom nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z dôvodu podľa § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko obsah navrhovateľovej ponuky nebolo možné sprístupniť. Okrem iného, v danom prípade nie je možné konštatovať, že by kontrolovaný postupoval nehospodárne, formalisticky a neúčelne, ak postupoval len v medziach ustanovenia § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
57. Na základe vyššie uvedených skutočností **má úrad za to, že kontrolovaný postupoval v súlade s § 49 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, keď navrhovateľa vylúčil z dôvodu nesprístupnenia súboru ocenený súpis položiek stavby, ktorý bol obsahom jeho ponuky, pričom ako už úrad skonštatoval vyššie, tento dôvod vylúčenia nie je možné zhojiť inštitútom vysvetlenia v zmysle ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad na základe uvedeného nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní a rozhodol tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.**

Kaucia

58. 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.
59. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia sa navrhovateľom zložená kaucia za podanie námietok stáva v celom jej rozsahu príjmom štátneho rozpočtu, a to dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok 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.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XX** – navrhovateľ
2. **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00 003 328 - kontrolovaný