



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Odbor dohľadu

Bratislava 19.05.2022

Číslo: 6634-6000/2022-OD

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a podľa § 169 ods. 1 písm. d) a podľa § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača X (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „Dobudovanie kanalizačnej siete v aglomerácii Veľké Leváre a rozšírenie ČOV Gajary“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Združenie obcí Enviropark Pomoravie**, Hlavná 67, 900 61 Gajary, IČO: 360 677 25 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 240-629087 dňa 10. 12. 2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 285/2021 dňa 13. 12. 2021 pod značkou 58519 – MSP, vydáva toto

rozhodnutie:

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 **zamietá** námietky navrhovateľa X.

O d ô v o d n e n i e:

1. Navrhovateľ listom doručeným osobne Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 11. 04. 2022, podal námietky v listinnej podobe, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 11. 04. 2022 v elektronickej podobe prostredníctvom informačného systému Pluto (ďalej len „IS Pluto“).
2. Úrad uvádza, že dňa 31. 03. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 395/2021 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.
3. Podľa § 187h ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 30. marca 2022, sa dokončia podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.

4. Podľa ust. § 187h ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní v konaní začatom po 30. marci 2022, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa postupuje podľa predpisov účinných do 30. marca 2022; to neplatí pre uloženie povinnosti podľa § 166 ods. 2 a 3, súčinnosť podľa § 167 ods. 7, vykonanie dohľadu v priestoroch verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 podľa § 167 ods. 8, zníženie pokuty podľa § 182 ods. 9 a 10, uplynutie lehoty podľa § 173 ods. 14, nazeranie do spisu podľa § 173 ods. 16, zastavenie konania podľa § 174 ods. 1 písm. q), prepadnutie kaucie podľa § 172 ods. 5, uloženie povinnosti nahradiť trovy konania podľa § 176 ods. 2, konanie o opravných prostriedkoch proti rozhodnutiu úradu v konaní o preskúvanie úkonov kontrolovaného a pre konanie podľa § 177.
5. V zmysle § 187h ods. 1 a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní úrad uvádza, že predmetné verejné obstarávanie bolo vyhlásené v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 240-629087 dňa 10. 12. 2021, pričom predmetné oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo odoslané dňa 6. 12. 2021 na uverejnenie, t. j. bolo odoslané na uverejnenie do 30. marca 2022, preto sa v tomto prípade uvedené verejné obstarávanie dokončí podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
6. **Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že v predmetnom konaní o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa bude postupovať podľa predpisov účinných do 30. marca 2022, t. j. podľa zákona v znení účinnom do 30. marca 2022 (okrem výnimiek uvedených v § 187h ods. 7 písm. a) až j) zákona o verejnom obstarávaní).**
7. 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. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako záujemca. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Za preukázanie záujmu o účasť vo verejnom obstarávaní je možné považovať skutočnosť, že konkrétny subjekt pristúpil k prevzatíu súťažných podkladov a následnému oboznámeniu sa s ich obsahom.¹ Z obsahu predložených námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením súťažných podkladov primerane oboznámil, a dňa 25. 3. 2022 doručil kontrolovanému žiadosť o nápravu cez IS Pluto, ktorú doručil následne listinne dňa 31. 3. 2022 a ktorú kontrolovaný následne dňa 1. 4. 2021 v celom rozsahu zamietol. V danom prípade má úrad za to, že navrhovateľ preukázal aktívnu vecnú legitimáciu na podanie námietok.
8. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4 tohto zákona.
9. Podľa § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je výška kaucie pri podaní námietok 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2000 eur a najviac
 - a) 10 000 eur, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).

¹ porov. napr. rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 7467-9000/2018 zo dňa 09. 07. 2018

10. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 11. 4. 2022 kauciu vo výške 10 000,00 EUR².
11. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

12. Navrhovateľ v úvode svojich námietok rekapituluje priebeh verejného obstarávania od vyhlásenie verejnej súťaže, cez podanie žiadosti o nápravu, po doručenie oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu a uvádza, že považuje tento postup kontrolovaného za nezákonný, ne hospodárny, neefektívny, obmedzujúci hospodársku súťaž a v rozpore s povinnosťami dobrého hospodára.
13. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný je povinný pri stanovení podmienok účasti a podmienok v súťažných podkladoch postupovať v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania zakotvenými v § 10 ods. 1 a § 42 zákona o verejnom obstarávaní a súvisiacimi ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.
14. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na bod II.2.7 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, kde je uvedené, cit.: „*Dĺžka trvania zákazky, rámcovej dohody alebo dynamického nákupného systému Obdobie: v dňoch (od zadania zákazky) 360.*“.
15. Navrhovateľ zároveň poukazuje na prílohu F.3 súťažných podkladov, ktorá obsahuje návrh zmluvy o dielo, ktorý neobsahuje tzv. valorizačnú doložku, pričom navrhovateľ poukazuje na bod 5.1 návrhu o zmluvy o dielo, kde je uvedené, cit.: „*Zmluvné strany sa dohodli, že cena za vykonanie diela/čo do rozsahu a množstva/je totožná s ponúkanou cenou. Jednotkové ceny uvedené v Prílohe č. 1 tejto zmluvy - Ocenený výkaz výmer sú záväzné a pevné počas celého trvania tejto zmluvy nemenné a pokrývajú všetky zmluvné záväzky a všetky náležitosti nevyhnutné na riadne vykonanie a odovzdanie diela v rozsahu podľa tejto zmluvy a súťažných podkladov (...).*“.
16. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na § 10 ods. 1, ods. 2, ods. 3 ako aj § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zároveň cituje aj zo žiadosti o nápravu, kde uviedol, cit.: „*S prihliadnutím však na aktuálnu situáciu v stavebníctve, a to nielen na území Slovenskej republiky, si týmto žiadateľ dovoľuje dať verejnému obstarávateľovi do pozornosti nasledovné skutočnosti - udalosti, ktoré preukázateľne odôvodňujú použitie tzv. valorizačnej doložky v návrhu zmluvy o dielo v súlade s §18 ods. 1 písm. a) Zákona a o verejnom obstarávaní, a to:*

1, dôsledky súvisiace so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19, počnúc februárom 2020, a

2, dôsledky súvisiace so začatím vojenského konfliktu na území Ukrajiny, počnúc dňom 24.02.2022 (ďalej spoločne len „Udalosti“). Tieto Udalosti spôsobujú na celosvetovom trhu nielenže skokový nárast cien jednotlivých stavebných materiálov (napr. ocele, plastov, dreva, mede a pod.) a jednotlivých energií (napr. elektrickej energie, plynu, ropy a pod.), ale dokonca

² Úrad pre úplnosť uvádza, že predmetná zákazka je, ako vyplýva z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania rozdelená na 2 časti, pričom v Časti 1 je predpokladaná hodnota zákazky stanovená na 10 356 795,29 EUR bez DPH a v Časti 2 je predpokladaná hodnota zákazky stanovená na 2 599 774,02 EUR bez DPH. Nakoľko navrhovateľ zložil na účet úradu kauciu vo výške 10 000 Eur a v zmysle § 172 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní druhá veta, cit.: „*Celková výška kaucie za všetky časti nesmie presiahnuť maximálnu výšku kaucie podľa odseku 2*“, ako aj z celkového obsahu námietok a taktiež pri zohľadnení skutočností, že v obidvoch častiach je návrh zmluvy o dielo totožný, má úrad za to, že navrhovateľ zložil kauciu v požadovanej výške.

aj výpadky, resp. nedostatky týchto stavebných materiálov a energií. (...) „Žiadateľ má za to, že návrh zmluvy o dielo neobsahujúci tzv. valorizačnú doložku s prihliadnutím na aktuálne neisté dôsledky Udalostí nie je možné považovať za postup verejného obstarávateľa, ktorý by bol v súlade s princípmi Zákona o verejnom obstarávaní a bez ďalšieho je možné skonštatovať, že takýto postup verejného obstarávateľa sa dotýka, resp. zasahuje do práv a právom chránených záujmov uchádzačov /záujemcov. Takto nastavené zmluvné podmienky v návrhu zmluvy o dielo sú spôsobilé odradiť potencionálnych záujemcov/uchádzačov od účasti v tomto verejnom obstarávaní a z uvedeného dôvodu ich žiadateľ považuje za neprijateľné zmluvné podmienky (...).“.

17. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný sa s navrhovateľovou argumentáciou uvedenou v žiadosti o nápravu nijako nevysporiadal a poslal navrhovateľovi oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu s veľmi strohým obsahom, cit.: „Vo Vami predloženej žiadosti o nápravu sa domáhate toho, aby verejný obstarávateľ do Návrhu zmluvy o dielo zahrnul indexačnú doložku, pričom svoju požiadavku opierate o viacero metodických usmernení Úradu pre verejné obstarávanie. V zmysle aktuálne platného zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) je spracovanie obchodných podmienok v kompetencii verejného obstarávateľa. Verejný obstarávateľ vzhľadom na spôsob financovania predmetu zákazky trvá na pôvodnom znení Návrhu zmluvy o dielo, a implementáciu indexačnej doložky do Návrhu zmluvy o dielo odmieta.“.
18. Navrhovateľ ďalej uvádza, že k samotnému inštitútu valorizačnej doložky a v súvislosti s jeho doplnením do zmluvy sa obsiahlo vyjadril aj úrad v metodickom usmernení č. 9408-5000/2021. Z obsahu uvedeného metodického usmernenia je zrejmé, že aj samotný úrad apeluje na verejných obstarávateľov, aby sa indexačné (valorizačné) doložky implementovali do zmlúv a zároveň poukazuje na skutočnosť, že dodatočné doplnenie indexačnej (valorizačnej) doložky do zmlúv by vytváralo situáciu, ktorá nie je aprobovaná zákonom o verejnom obstarávaní. Podľa názoru navrhovateľa by takýto postup predstavoval podstatnú a nedovolenú zmenu zmluvy, t. j. takú zmenu zmluvy, ktorej existencia v pôvodnom texte by mohla viesť k inému výsledku verejného obstarávania, čím by došlo k narušeniu základných princípov verejného obstarávania. S ohľadom na udalosti, ktoré v súčasnej dobe zásadne determinujú hospodársku súťaž a situáciu na relevantnom trhu, a ktoré predurčujú nevyhnutnosť dodatočnej zmeny cien je kontrolovaný pri výkone svojich povinností ako dobrého hospodára a riadnom vykonávaní odbornej starostlivosti pri správe verejných financií povinný s ohľadom na základné princípy verejného obstarávania a potrebu zabezpečenia čo najširšej súťaže využiť všetky nástroje, ktoré má na tento účel k dispozícii vrátane zakomponovanie indexačnej doložky do návrhu zmluvy o dielo.
19. Navrhovateľ ďalej opätovne cituje zo žiadosti o nápravu, cit.: „ (...) poukazuje aj na tú skutočnosť, že v prípade ponechania návrhu zmluvy o dielo bez tzv. valorizačnej doložky, nie je vylúčené, že by dochádzalo k neprimeranému navyšovaniu jednotlivých ponúk, nakoľko by uchádzači/zájemcovia museli zohľadniť túto neistú skutočnosť svojvoľne, prípadne by dochádzalo k veľkým odchýlkam medzi jednotlivými ponukami, nakoľko by túto skutočnosť niektorí záujemcovia/uchádzači nemuseli vôbec zohľadniť. V uvedených prípadoch budú jednotlivé ponuky neporovnateľné, a to najmä z toho dôvodu, že táto neistá skutočnosť môže, ale aj nemusí byť zohľadnená do ponuky toho ktorého uchádzača/zájemcu. Uvedené predstavuje však porušenie zásady hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, nakoľko výsledná, resp. úspešná ponuka nebude predstavovať ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, ktorú by mohol získať verejný obstarávateľ v prípade, ak by do návrhu zmluvy o dielo zakomponoval tzv. valorizačnú doložku. V zmysle uvedených skutočností má Žiadateľ za to, že

nastavením a trvaním na tom, že návrh zmluvy o dielo sa nebude upravovať (teda, že návrh zmluvy o dielo nebude obsahovať jasné, presné a jednoznačné podmienky jej prípadnej úpravy v podobe tzv. valorizačného vzorca v súlade s §18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní) dochádza k rozporu s princípmi verejného obstarávania a to najmä princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu proporcionality a princípu hospodárnosti a efektívnosti. Táto skutočnosť sa predovšetkým odzrkadli vo sfére úspešného uchádzača, ktorý bude viazaný takou zmluvou o dielo, ktorá neobsahuje valorizačnú doložku. Aktuálne v predvídateľných prípadoch (čo žiadateľ podotýka, že verejný obstarávateľ ako obozretný obstarávateľ by mal predvídať s prihliadnutím na jeho náležitú starostlivosť) a to najmä z dôvodu existencie Udaloostí a z aktuálnych skúseností z iných verejných obstarávaní, je možné predpokladať, že úspešný uchádzač ako zhotoviteľ nebude schopný zrealizovať dielo za ponúknutú cenu, nakoľko s odstupom času medzi podaním ponuky, začatím realizovania diela a v danom konkrétnom trvaní zákazky (podľa 11.2.7 Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania: 360 dni), teda s odovzdaním diela, je vysoko pravdepodobné, že ponúknutá cena diela nebude aktuálna už pár dni, resp. týždňov po jej podaní; žiadateľ v tejto súvislosti podotýka, že cenové ponuky niektorých subdodávateľov dodávajúcich kľúčové stavebné materiály sú platné nanajvýš pár dni. Aj táto skutočnosť len odôvodňuje záver, že obozretný uchádzač /záujemca si túto skutočnosť uvedomuje a mnohokrát dochádza k tomu, že si takýto uchádzač/záujemca radšej zvolí nezúčastniť sa takéhoto verejného obstarávania (ktorého výsledkom má byť zmluva o dielo bez tzv. valorizačnej doložky), ako následné znášať podnikateľskú stratu v podobe zvýšených nákladov na stavebný materiál alebo energie; v danej súvislosti opätovne žiadateľ poukazuje na to, že následné nebude možná aplikácia § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní a rovnako nebude možná zmena zmluvy o dielo podľa § 18 ods. 1 písm. c) Zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko tieto okolnosti mohol verejný obstarávateľ pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať. (...).“, ako aj opätovne poukazuje na obsah metodického usmernenia úradu č. 9408-5000/2021. Navrhovateľ má za to, že z uvedeného metodického usmernenia vyplýva, že úrad kladie dôraz na potrebu vynaloženia náležitej starostlivosti, resp. obozretnosti, ktorá v prvom rade spočíva v zohľadnení predvídateľných okolností. Navrhovateľ uvádza, že vzhľadom na to, že súčasná situácia na trhu, a teda aj nekontrolovateľný a veľmi rýchly pohyb cien, je všeobecne známou skutočnosťou, ktorá bezpochyby napĺňa aj charakter predvídateľných okolností.

20. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu uviedol, cit.: „V zmysle aktuálne platného zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) je, spracovanie obchodných podmienok v kompetencii verejného obstarávateľa.“. Uvedené je síce podľa navrhovateľa pravda, avšak to neznamená, že kontrolovaný je oprávnený stanoviť si akékoľvek obchodné podmienky. Aj tieto musia byť v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho princípmi. Navrhovateľ sa pritom odvoláva na rozhodnutie úradu č. 8220-6000/2021-OD zo dňa 02.09.2021 konkrétne na body 134, 136, 175.
21. Navrhovateľ má za to, že v z vyššie uvedeného rozhodnutia vyplýva, že kontrolovaný pri príprave obchodných podmienok je povinný zohľadňovať základné princípy verejného obstarávania a jednotlivé zmluvné inštitúty nastaviť tak, aby nedošlo k ich porušovaniu. Okrem iného je kontrolovaný podľa názoru navrhovateľa povinný obchodné podmienky upraviť tak, aby nedochádzalo k obmedzovaniu hospodárskej súťaže a k narušeniu princípu hospodárnosti s cieľom získať ekonomicky najvýhodnejšou ponuku. Absencia valorizačnej doložky je práve v rozpore s touto povinnosťou, keď v dôsledku jej neuplatnenia dochádza k navyšovaniu ponukových cien a zároveň k odradeniu niektorých potencionálnych záujemcov z účasti vo verejnom obstarávaní vzhľadom na príliš vysoké riziko, ktoré z absencie valorizačnej doložky vyplýva. Absencia valorizačnej doložky môže v praxi viesť k úplnému znemožneniu realizácie

zadáanej zákazky, čomu pri existencii predvídateľných okolností má a musí kontrolovaný predchádzať. Navrhovateľ pritom poukazuje na okolnosti z praxe, cit.: *„Dve mestá na hornej Nitre plánovali v tomto období výstavbu detských jasí. Tento dlhodobý zámer však prekazili stúpajúce ceny stavebných materiálov. V Prievidzi mal dodávateľ už začať s prácami. To sa však nestalo. „Projekt sa nerealizuje z dôvodu porušenia zmluvného záväzku zhotoviteľa, a to nesplnenie povinnosti zhotoviteľa prevziať stavenisko s následnou povinnosťou začatia vykonávania diela,“ informoval hovorca Prievidze Michal Ďureje. Samospráva so zástupcami spoločnosti rokovala. „Bolo nám prezentované, že najmä z dôvodu rastu cien stavebných materiálov a z dôvodu problémov, ktoré sú v stavebníctve, nie sú schopní zrealizovať túto zákazku za tých podmienok, ako dali svoju ponuku do verejného obstarávania,“ vysvetlil Ďureje. ... Ako skonštatovala hovorkyňa Únie miest Slovenska Daniela Piršelová, mnohé mestá sú z tejto situácie už bezradné. Spôsobujú to najmä dva dôvody. „Zo strany dodávateľa na už začatých projektoch sú takmer všade požiadavky na uzatváranie dodatkov k existujúcim zmluvám z titulu rastu cien. V niektorých prípadoch dokonca dodávateľa pozastavujú práce a odstupujú od zmlúv,“ načrtla Piršelová. Uzatvorenie dodatkov k zmluvám však podľa nej naráža na rozpočtové možnosti v mestách ale aj na možnosť uzatvárať dodatky k zmluvám v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Dôvodom je to, že možnosť uzatvoriť dodatok je výrazne limitovaná. Druhým problémom je, že práce na projektoch ani nezačnú. „Pri nových verejných obstarávaniach, víťazi verejného obstarávania, vzhľadom k tomu, že ponuky podávali za zásadné iných cenových podmienok, nepristúpia k podpisu zmluvy a verejné obstarávanie je tak zmarené,“ uviedla hovorkyňa. (SME.sk, 07.04. 2022)³“.*

22. Pre úplnosť navrhovateľ taktiež poukazuje na všeobecnú preventívnu povinnosť, ktorá vyplýva z § 415 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“), v zmysle ktorého, cit.: *„Každý je povinný počiňať si tak, aby nedochádzalo ku škodám na zdraví, na majetku, na prírode a životnom prostredí.“* V zmysle uvedeného je podľa názoru navrhovateľa zákonnou povinnosťou každého verejného obstarávateľa pri obstarávaní zákazky počiňať si tak, aby nedochádzalo ku škode na majetku, a to tak na svojom a rovnako tak aj na majetku úspešného uchádzača, teda zhotoviteľa. Prenášať riziko, ktoré je možné predvídať a zmluvne zabezpečiť, výlučne na zhotoviteľa v tejto podobe je možné považovať za neúmerné zaťaženie akéhokoľvek podnikateľského subjektu, v dôsledku čoho hrozí škoda na majetku v rozpore s citovaným § 415 Občianskeho zákonníka.

23. S ohľadom na všetky vyššie uvedené skutočnosti navrhovateľ zastáva názor, že:

- a) vzhľadom na existenciu Udalostí postup kontrolovaného, kedy trvá na tom, že návrh zmluvy o dielo nebude dopĺňať o tzv. valorizačnú doložku, nie je možné považovať za požívajúci právnu ochranu pri prípadnej zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. a) a c) zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne nemožnosti zmeny zmluvy o dielo pozostávajúcej v doplnení tzv. valorizačnej doložky podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zároveň nemožnosti zmeny zmluvy o dielo podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, keďže nebude naplnená tzv. nepredvídateľnosť – nakoľko kontrolovaný už v procese zadávania zákazky mohol a musel s prihliadnutím na jeho náležitú starostlivosť predvídať budúce dôsledky týchto Udalostí,
- b) vzhľadom na postoj kontrolovaného nedopĺňať návrh zmluvy o dielo o tzv. valorizačnú doložku dôjde k odradeniu uchádzačov/záujemcov o danú zákazku, a tým nedôjde k získaniu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky - hoci by sa uvedenému mohlo jednoducho predísť zakomponovaním tzv. valorizačnej doložky do návrhu zmluvy o

³ <https://myhomanitra.sme.sk/c/22878921/vysoke-ceny-stavebnych-materialov-stopli-v-handlovej-projekt-Jasli-problem-riesi-aJ-prievidza.html>

dielo, na čo s prihliadnutím na metodické usmernenie č. 9408-5000/2021 zo dňa 14.09.2021 úrad apeluje,

- c) v zmysle uvedených skutočností dochádza zo strany kontrolovaného k zásahu do práv a právom chránených záujmov uchádzačov/záujemcov, nakoľko dopady skutočností, že návrh zmluvy o dielo neobsahuje tzv. valorizačnú doložku (pričom navrhovateľ podotýka, že návrh zmluvy o dielo, ktorý obsahuje tzv. valorizačnú doložku, je plné v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní) sa premietnu, resp. môžu premietnuť v konečnom dôsledku vo sfére úspešného uchádzača, teda zhotoviteľa, ktorý nebude prípadne vedieť danú zákazku zrealizovať, resp. ju bude vedieť zrealizovať s výraznou stratou,
- d) pri absencii tzv. valorizačnej doložky tak môže byť realizácia zákazky úplne znemožnená, ako ukazujú aj prípady z aktuálnej praxe verejných obstarávaní na Slovensku,
- e) návrh zmluvy o dielo obsahujúci presné a jasné pravidlá jej úpravy v podobe tzv. valorizačnej doložky podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní jednoznačne podporuje zdravú, širokú a účinnú hospodársku súťaž,
- f) v zmysle II.2.7 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania kontrolovaný predpokladá, že zmluva o dielo má dlhodobý charakter (t. j. viac ako 12 mesiacov), čo podporuje potrebu existencie tzv. valorizačnej doložky, nakoľko vývoj cien na stavebnom trhu je absolútne nepredvídateľný aj v oveľa kratšom horizonte, a
- g) s prihliadnutím na prevenčnú povinnosť predchádzania škody, nie je možné považovať postup verejného obstarávateľa za požívajúci právnu ochranu, keďže v prípade vzniku škody na strane úspešného uchádzača ako zhotoviteľa resp. samotného kontrolovaného, ktorý riskuje nedokončenie zákazky, bude za prípadný vznik škody zodpovedný priamo kontrolovaný ako objednávateľ, pretože v rámci zadávania zákazky nepostupuje ako tzv. obozretný obstarávateľ, a teda nepočína si tak, aby ku škode nedošlo, resp. nedochádzalo.

24. V petite námietok navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil, aby kontrolovaný odstránil protiprávny stav, a to úpravou súťažných podkladov najmä návrhu zmluvy o dielo, ktorý tvorí neoddeliteľnú súčasť súťažných podkladov, a to tak, aby do návrhu zmluvy o dielo do článku V. bolo pridané nové ustanovenie – tzv. valorizačná doložka v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v nasledujúcom znení, cit.: „*Zmluvné strany sa dohodli, že pri fakturácii ceny diela sa budú zohľadňovať aktuálne indexy cien stavebných prác, materiálov a výrobkov spotrebovaných v stavebníctve na území Slovenskej republiky, ktoré sú štvrťročne vydávané Štatistickým úradom SR („Index cien“) a to počas celej výstavby diela až do jeho odovzdania v prípade, ak sa jednotkové ceny uvedené v Indexe cien zvýšia o viac ako 5% alebo budú práve 5% v porovnaní s cenami uvedenými v prílohe č. 1 tejto Zmluvy. Zohľadnenie podľa predchádzajúcej vety bude realizované indexáciou súpisov vykonaných prác v príslušnom kalendárnom mesiaci vynásobené Indexom cien za príslušný odbor výstavby, resp. klasifikáciu určenú v Indexe cien, pričom základom pre výpočet pre počiatočný index, bude predchádzajúci zverejnený Index cien. Pri fakturácii v medziobdobí od zverejnenia posledného Indexu cien, v ktorom bol nárast cien vyšší ako 5% alebo bol práve 5% v porovnaní s cenami uvedenými v prílohe č. 1 tejto Zmluvy, sa predbežne použije Index cien predchádzajúceho kalendárneho štvrťroka a následné po zverejnení nového Indexu cien sa cena diela vysporiada.“.*

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

25. 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 **11. 04. 2022**.

26. Úrad po začatí konania vydal dňa 19. 4. 2022 rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 6634-6000/2022-OD-PO, ktorým podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní pozastavil konanie kontrolovaného, okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania alebo jeho časti, úkonov súvisiacich s vysvetľovaním informácií potrebných na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti, proti ktorým nesmerujú námietky navrhovateľa, úkonov súvisiacich so zmenou dokumentov potrebných na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti, proti ktorým nesmerujú námietky navrhovateľa, úkonov súvisiacich s predlžovaním lehoty na predkladanie ponúk po dobu trvania účinkov rozhodnutia o predbežnom opatrení, a ktorým ďalej rozhodol, že lehota na predkladanie ponúk neplynie, a to od doručenia predbežného opatrenia až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetné rozhodnutie č. 6634-6000/2022-OD-PO bolo kontrolovanému doručené dňa 23. 4. 2022. Úrad sa vydaním predbežného opatrenia podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodol pozastaviť konanie kontrolovaného vo verejnej súťaži vzhľadom na fázu, v ktorej sa predmetné verejné obstarávanie nachádzalo v čase podania námietok, t. j. fázu pred dňom uplynutia kontrolovaným stanovenej lehoty na predkladanie ponúk (22. 4. 2022 10:00 hod.).
27. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 09. 03. 2022 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 uplynutí tejto lehoty.**
28. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením 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.
29. Kontrolovaný doručil úradu dňa 20. 04. 2022 dokumentáciu v listinnej podobe a písomné vyjadrenie k podaným námietkam. Dňa 22. 4. 2022 kontrolovaný zriadil prístup do IS Pluto, prostredníctvom ktorého sa uvedené verejné obstarávanie realizuje a ktorý obsahuje elektronickú podobu dokumentácie z tohto verejného obstarávania.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

30. Ako už úrad vyššie uviedol kontrolovaný doručil dňa 20. 04. 2022 dokumentáciu v listinnej podobe a písomné vyjadrenie k podaným námietkam, **ktoré ale bolo v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní doručené po lehote (lehota uplynula dňa 19. 04. 2022) a preto úrad na predmetné písomné vyjadrenie neprihliada.**

Zistenia úradu

31. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2021/S 240-629087 dňa 10. 12. 2021 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 285/2021 dňa 13. 12. 2021 pod značkou 58519 – MSP verejnú súťaž na predmet nadlimitnej zákazky „Dobudovanie kanalizačnej siete v aglomerácii Veľké Leváre a rozšírenie ČOV Gajary“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 12 956 569,31 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na stavebné práce. Súťažné podklady k verejnému obstarávaniu kontrolovaný poskytol záujemcom prostredníctvom profilu verejného obstarávateľa, ktorý je vedený na stránke úradu <https://uvo.gov.sk>, ako aj prostredníctvom IS Pluto, cez ktorý sa predmetné verejné obstarávanie realizuje. Dňa 25. 3. 2021 doručil navrhovateľ kontrolovanému žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným prostredníctvom IS Pluto a následne aj listinne dňa 31. 3. 2022, ktorá bola kontrolovaným zamietnutá v celom rozsahu dňa 1. 4. 2022. Navrhovateľ následne doručil kontrolovanému a úradu námietky proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným. Kontrolovanému boli námietky doručené dňa 11. 4. 2022 prostredníctvom IS Pluto a následne aj listinne dňa 13. 4. 2022 a úradu boli uvedené námietky doručené elektronicky dňa 11. 4. 2022.
32. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania je časti I v bode II.2.7.) „Dĺžka trvania zákazky, rámcovej dohody alebo dynamického nákupného systému“ uvedené, cit.: „Obdobie: v dňoch (od zadania zákazky): 360.“.
33. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania je časti II v bode II.2.7.) „Dĺžka trvania zákazky, rámcovej dohody alebo dynamického nákupného systému“ uvedené, cit.: „Obdobie: v dňoch (od zadania zákazky): 250.“.
34. V návrhu zmluvy o dielo⁴, ktorý tvorí neoddeliteľnú súčasť súťažných podkladov je v bode 5.1 uvedené, cit.: „Zmluvné strany sa dohodli, že cena za vykonanie diela /čo do rozsahu a množstva/ je totožná s ponúkanou cenou. Jednotkové ceny uvedené v Prílohe č. 1 tejto zmluvy – Ocenený výkaz výmer sú záväzné a pevné počas celého trvania tejto zmluvy nemenné a pokrývajú všetky zmluvné záväzky a všetky náležitosti nevyhnutné na riadne vykonanie a odovzdanie diela v rozsahu podľa tejto zmluvy a súťažných podkladov.“.
35. V dokumente označenom ako „Žiadosť o nápravu“ zo dňa 31. 3. 2022, je okrem iného uvedené, cit.: „**Týmto podávame podľa § 164 ods. 1 písm. b) Zákona o verejnom obstarávaní žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky, konkrétne proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch poskytnutých verejným obstarávateľom, a to z nasledovných dôvodov: Podľa § 10 ods. 1 Zákona o verejnom obstarávaní: „Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákazky, koncesií a pri súťaži návrhov. postupovať podľa tohto zákona.“ 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.“ Podľa § 10 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní: „Priprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaží 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**“.

⁴ Pozn. úradu: pre obe časti zákazky sú návrhy zmlúv o dielo totožné, zmena je len pri označení časti.

zabezpečenie primeraného a včasného plnenia svojich úloh, ktoré vyplývajú z osobitných predpisov a ktoré sú zároveň v súlade s pravidlami verejného obstarávania." Podľa II.2.7 Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania:

„Dĺžka trvania zákazky, rámcovej dohody alebo dynamického nákupného systému

Obdobie: v dňoch (od zadania zákazky) 360". V zmysle návrhu zmluvy o dielo, ktorý ako príloha F.3 tvorí neoddeliteľnú súčasť súťažných podkladov vyplýva, že tento návrh zmluvy o dielo neobsahuje tzv. valorizačnú doložku. S prihliadnutím však na aktuálnu situáciu v stavebníctve, a to nielen na území Slovenskej republiky, si týmto žiadateľ dovoľuje dať verejnému obstarávateľovi do pozornosti nasledovné skutočnosti - udalosti, ktoré preukázateľne odôvodňujú použitie tzv. valorizačnej doložky v návrhu zmluvy o dielo v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní a to: 1, dôsledky súvisiace so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19, počnúc februárom 2020, a 2, dôsledky súvisiace so začatím vojenského konfliktu na území Ukrajiny, počnúc dňom 24.02.2022 (ďalej spoločne len „**Udalosti**“). Tieto Udalosti spôsobujú na celosvetovom trhu nielenže skokový nárast cien jednotlivých stavebných materiálov (napr. ocele, plastov, dreva, mede a pod.) a jednotlivých energií (napr. elektrickej energie, plynu, ropy a pod.), ale dokonca aj výpadky, resp. nedostatky týchto stavebných materiálov a energií.

Žiadateľ si v tejto súvislosti dovoľuje dať do pozornosti metodické usmernenie Úradu pre verejného obstarávanie SR č. 9408-5000/2021 zo dňa 14.09.2021, v ktorom Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky uvádza (okrem iného) aj nasledovné:

„... Úrad sa problematikou proklamovaného nárastu cien v stavebníctve v poslednom období venoval vo viacerých metodických usmerneniach, ako napr. č. 6093-5000/2021, 7793-5000/2021, 8819-5000/2021, či 8839-5000/2021, v ktorých nadväznosti na obsah predmetných žiadostí poukázal predovšetkým na to, že úrad už dlhodobo apeluje na verejných obstarávateľov a obstarávateľov, aby využívali možnosti, ktoré im ponúka § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zahŕňali do zmlúv predpoklady pre ich budúce zmeny (napr. tzv. indexačné doložky). K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. V tomto prípade je zmena zmluvy prípustná z toho dôvodu, že bola predvídaná a mali možnosť sa s ňou a jej podmienkami oboznámiť vopred všetky hospodárske subjekty zaujímajúce sa o zadanie zákazky. Ide teda o vopred stanovené pravidlá, pri dodržaní ktorých sa prezumuje súlad so základnými princípmi verejného obstarávania. V situácii, keď uzavretá zmluva, ktorá vzišla z verejného obstarávania takéto ustanovenia neobsahuje (a zjavne teda ich neobsahovali ani dokumenty potrebné pre vypracovanie ponuky), ich neskoršie doplnenie vo forme zmluvného dodatku bude napĺňať znaky podstatnej zmeny zmluvy, pokiaľ z toho bude vyplývať posun ekonomickej rovnováhy smerom k dodávateľovi alebo že sa touto zmenou podstatným spôsobom dopĺňajú pôvodne stanovené podmienky, ktoré by umožnili účasť iných hospodárskych subjektov alebo by umožnili prijať inú ponuku.

V tejto súvislosti je možné poukázať na už citovaný rozsudok SD EÚ vo veci C-454/06, v ktorom Súdny dvor (odkazujúc pritom aj na rozsudok vo veci C-496/99 Komisia/GAS Succhi di Frutta) vychádzal z toho, že cena je dôležitou podmienkou verejnej zmluvy, pričom zmena tejto podmienky počas doby platnosti zmluvy za absencie výslovného splnomocnenia v ustanoveniach pôvodne: zmluvy by mohla spôsobiť porušenie zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi.

Vychádzajúc z uvedeného je možné konštatovať, že zavedenie napr. indexačnej doložky do zmluvy ex post, ktorej faktickým cieľom je riešiť aktuálne vzniknutú situáciu a „pomôcť“ tým zhotoviteľom prostredníctvom valorizácie (navýšenia) cien by samé osebe zjavne predstavovalo podstatnú a nedovolenú zmenu zmluvy, a to predovšetkým z titulu posunu ekonomickej rovnováhy v prospech tohto dodávateľa, ako aj z titulu možného prijatia inej ponuky, než pôvodne prijatej ponuky (napr. z dôvodu, že si iní uchádzači, čiastočne alebo úplne, riziko nárastu cien do svojej ponuky nacenili, resp. že rátali s nižšou maržou)."

Ad 4 „Obozretný verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ“

Jednou z podmienok opodstatňujúcou uskutočnenie zmeny podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je aj preukázanie, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vynaložil náležitú starostlivosť, resp., že bol obozretný podľa znenia textu smerníc EÚ (na tieto účely pritom nepovažujeme ďalej za potrebné zaoberať sa bližšie terminologickými odlišnosťami zákona a smerníc). Podstatné je v tejto súvislosti vyhodnotiť, čo sa od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa očakávalo predovšetkým počas prípravy a realizácie daného verejného obstarávania a či, verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v tomto smere naozaj splnil to, čo sa od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa očakávalo predovšetkým počas prípravy a realizácie daného verejného obstarávania a či verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v tomto smere naozaj splnil to, čo mal. Posúdenie týchto skutočností však v prvom rade závisí od toho, čo je v danom prípade označované za okolnosť, ktorú nebolo možné predpokladať. Pokiaľ ňou má byť nárast cien, ktorý ako sa uvádza vyššie má viacero príčin, otázkou je, čo mal alebo naopak nemal v tomto ohľade verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vykonať a prečo sa tak prípadne nestalo. Vzniknutá situácia pritom spôsobila, že zhotovitelia nie sú schopní, resp. nemajú záujem pokračovať v plnení zákazky za cenu, ktorú sami ponúkli v ponuke a následne ju aj premietli do zmluvy, nakoľko ďalšie plnenie je pre nich nevýhodné. Do akej miery je pritom verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ povinný predvídať riziká na strane zhotoviteľa, resp. zavádzať opatrenia, ktoré ich môžu eliminovať a do akej miery by mal verejný obstarávateľ nahrádzať zhotoviteľovi vznikajúce straty počas plnenia zmluvy? Okrem toho nemožno obísť ani skutočnosť, že v prípadoch niektorých druhov zmlúv alebo pri niektorých typoch projektov (predovšetkým tých dlhodobých) môže byť obvyklé, že sa do nich zavádzajú doložky obsahujúce opatrenia (napr. indexačné), ktoré majú ambície vyvážiť následky rizík, ktoré môžu vzniknúť niektorej zo zmluvných strán. Pokiaľ tak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurobil, výrazne si „podkopáva“ prípadné dôkazné možnosti v tom, že ho bude možné považovať za obozretného, resp. že vynaložil náležitú starostlivosť. Obdobne tomu bude v prípade zlého kontrakt manažmentu z jeho strany.“ Žiadateľ má za to, že **návrh zmluvy o dielo neobsahujúci tzv. valorizačnú doložku s prihliadnutím na aktuálne neisté dôsledky Udaloštie nie je možné považovať za postup verejného obstarávateľa, ktorý by bol v súlade s princípmi Zákona o verejnom obstarávaní a bez ďalšieho je možné skonštatovať, že takýto postup verejného obstarávateľa sa dotýka, resp. zasahuje do práv a právom chránených záujmov uchádzačov/ záujemcov. Takto nastavené zmluvné podmienky v návrhu zmluvy o dielo sú spôsobilé odradiť potencionálnych záujemcov / uchádzačov od účasti v tomto verejnom obstarávaní a z uvedeného dôvodu ich žiadateľ považuje za neprijateľné zmluvné podmienky;** ohľadne neprijateľných zmluvných podmienok žiadateľ odkazuje na rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 8220-6000/2021-0D zo dňa 2.9.2021 (uvedené nižšie).

V danej súvislosti si žiadateľ dovoľuje dať do pozornosti. aj ustanovenie § 415 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v platnom znení. v zmysle ktorého: „Každý je povinný počínať si tak, aby nedochádzalo ku škodám na zdraví, na majetku, na prírode a životnom prostredí.“

V zmysle uvedeného je podľa názoru žiadateľa zákonnou povinnosťou verejného obstarávateľa pri obstarávaní zákazky počínať si tak, aby nedochádzalo ku škode na majetku, a to jednak na svojom a rovnako tak aj na majetku úspešného uchádzača, teda zhotoviteľa. Prenášanie rizika v tejto podobe je možné považovať za neúmerne zaťaženie akéhokoľvek podnikateľského subjektu. Žiadateľ poukazuje aj na tú skutočnosť, že v prípade ponechania návrhu zmluvy o dielo bez tzv. valorizačnej doložky, nie je vylúčené, že by dochádzalo k neprimeranému navyšovaniu jednotlivých ponúk, nakoľko by uchádzači/zájemcovia museli zohľadniť túto neistú skutočnosť svojvoľne, prípadne by dochádzalo k veľkým odchýlkam medzi jednotlivými ponukami, nakoľko by túto skutočnosť niektorí záujemcovia/uchádzači nemuseli vôbec zohľadniť. V uvedených prípadoch budú **jednotlivé ponuky neporovnateľné**, a to najmä z toho

dôvodu, že táto neistá skutočnosť môže, ale aj nemusí byť zohľadnená do ponuky toho ktorého uchádzača /záujemcu.

Uvedené predstavuje však **porušenie zásady hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania**, nakoľko výsledná resp. úspešná ponuka nebude predstavovať ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, ktorú by mohol získať verejný obstarávateľ v prípade, ak by do návrhu zmluvy o dielo zakomponoval tzv. valorizačnú doložku.

V zmysle uvedených skutočností má Žiadateľ za to, že **nastavením a trvaním na tom, že návrh zmluvy o dielo sa nebude upravovať** (teda, že návrh zmluvy o dielo nebude obsahovať jasné, presné a jednoznačné podmienky jej prípadnej úpravy v podobe tzv. valorizačného vzorca v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní) **dochádza k rozporu s princípmi verejného obstarávania a to najmä princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu proporcionality a princípu hospodárnosti a efektívnosti.**

Táto skutočnosť sa predovšetkým odzrkadlí vo sfére úspešného uchádzača, ktorý bude viazaný takou zmluvou o dielo, ktorá neobsahuje valorizačnú doložku. Aktuálne **v predvídateľných prípadoch** (čo žiadateľ podotýka, že verejný obstarávateľ ako obozretný obstarávateľ by mal predvídať s prihliadnutím na jeho náležitú starostlivosť) a to najmä z dôvodu existencie Udalosti a z aktuálnych skúseností z iných verejných obstarávaní, je možné predpokladať, že úspešný uchádzač ako zhotoviteľ nebude schopný zrealizovať dielo za ponúknutú cenu, nakoľko s odstupom času medzi podaním ponuky, začatím realizovania diela a v danom konkrétnom trvaní zákazky (podľa II.2.7 Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania: 360 dní), teda s odovzdaním diela, je vysoko pravdepodobné, že ponúknutá cena diela nebude aktuálna už pár dní, resp. týždňov po jej podaní; žiadateľ v tejto súvislosti podotýka, že cenové ponuky niektorých subdodávateľov dodávajúcich kľúčové stavebné materiály sú platné nanajvýš pár dní. Aj táto skutočnosť len odôvodňuje záver, že obozretný uchádzač / záujemca si túto skutočnosť uvedomuje a mnohokrát dochádza k tomu, že si takýto uchádzač / záujemca radšej zvolí nezúčastniť sa takéhoto verejného obstarávania (ktorého výsledkom má byť zmluva o dielo bez tzv. valorizačnej doložky), ako následne znášať podnikateľskú stratu v podobe zvýšených nákladov na stavebný materiál alebo energie; v danej súvislosti opätovne žiadateľ poukazuje na to, že následne nebude možná aplikácia § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní a rovnako nebude možná zmena zmluvy o dielo podľa § 18 ods. 1 písm. c) Zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko tieto okolnosti mohol verejný obstarávateľ pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať. Žiadateľ si ešte dovoľuje poukázať aj na odbornú literatúru⁵, v zmysle ktorej vyplýva nasledovné:

„Verejné obstarávanie preto musí podporovať kultúru súťaže a v prípade pochybností je vhodné prikloniť sa vždy k takému riešeniu, ktoré umožní väčší počet hospodárskych subjektov, ktoré sa môžu potencionálne uchádzať o zákazku, alebo ktoré môžu zostať v súťaži až do predloženia ponúk.“ Rovnako si Žiadateľ dovoľuje poukázať aj na rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 8220-6000/2021-0D zo dňa 2.9.2021, ktorým sa Úrad pre verejné obstarávanie zaoberal **neprijateľnými zmluvnými podmienkami** a v zmysle ktorého vyplýva nasledovný, záver:

v bode 134.: „úrad tiež poukazuje na to, že cieľom princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov zakotvenom v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je napomôcť rozvoju zdravej hospodárskej súťaže tak, aby mal každý potencionálny záujemca alebo uchádzač možnosť zúčastniť sa procesu verejného obstarávania bez obmedzovania možnosti účasti záujemcov alebo uchádzačov, ktoré by bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. **Za skrytú formu nepripustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní je potrebné považovať taký postup, keď verejný obstarávateľ znemožní niektorým hospodárskym subjektom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek, v dôsledku ktorých niektoré**

⁵ AZUD, J., PLAVÁKOVÁ L. BARTOŠ, P. Zákona o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava: C.H. Beck, 2019, str. 1816, na str 376

hospodárske subjekty majú a priori znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatné hospodárske subjekty. Takýmto postupom sa znemožňuje dosiahnutie cieľa sledovaného zákonom o verejnom obstarávaní. a to zaistenie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi hospodárskymi subjektmi.“

v bode 136.: „úrad na základe vyššie uvedených skutočností a po preskúmaní namietaných skutočností dospel k záveru, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princípom proporcionality, princípom hospodárnosti a efektívnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, nakoľko kontrolovaným stanovené zmluvné podmienky uvedené v Článku IV. v bode 12., v Článku XI v bode 3. v Článku XVII. V bode 4 Zmluvy o dielo **zužujú okruh potencionálnych uchádzačov vo verejnom obstarávaní a obmedzujú tak hospodársku súťaž**, pričom uvedené by mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. K tomuto konštatovaniu úrad dospel na základe posúdenia jednotlivých zmluvných podmienok, ktoré úrad odôvodňuje v nasledovných bodoch tohto rozhodnutia.”

v bode 175: „Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu princípov verejného obstarávania v celom procese zadávania postupu zákazky. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri definovaní zmluvných podmienok postupoval tak, aby zmluvné podmienky podporovali čestnú hospodársku súťaž a aby boli v súlade s princípmi verejného obstarávania ustanovenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný by mal nastaviť zmluvné podmienky tak, aby neopodstatnene nezvýhodňovali žiadnu zo zmluvných strán Zmluvy o dielo, t. j. stanoviť zmluvnú podmienku zvýhodňujúcu niektorú zo zmluvných strán len ak je to nevyhnutné, jej potreba je riadne odôvodnená a založená na objektívnych dôvodoch a zároveň je stanovená pre všetkých záujemcov rovnako, t. j. v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania. Zároveň stanovenými zmluvnými podmienkami nesmie dôjsť k porušeniu princípu hospodárnosti a efektívnosti a princípu proporcionality, pričom kontrolovaný má pri zadávaní zákazky postupovať tak, aby získal najlepšiu ponuku za vynaložené finančné prostriedky, čoho predpokladom je vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže.”

V zmysle rozhodnutia ÚVO č. 5728-6000/2018-0D zo dňa 15.06.2018 vyplýva:

„Účelom základných princípov verejného obstarávania je totiž zabezpečenie hospodárneho, efektívneho a transparentného nakladania s verejnými finančnými prostriedkami, inými slovami aj zabezpečenie voľnej hospodárskej a efektívnej súťaže medzi hospodárskymi subjektmi pôsobiacimi na trhu.”

„V tejto súvislosti úrad poukazuje na to, že cieľom princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov je napomôcť rozvoju zdravej hospodárskej súťaže tak, aby mal každý potencionálny záujemca alebo uchádzač možnosť zúčastniť sa procesu verejného obstarávania bez obmedzovania možnosti účasti záujemcov alebo uchádzačov, ktoré by bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. Za skrytú formu neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní je potrebné považovať aj taký postup, keď verejný obstarávateľ znemožní niektorým hospodárskym subjektom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek, v dôsledku ktorých niektoré hospodárske subjekty majú a priori znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatné hospodárske subjekty.. Takýmto postupom sa znemožňuje dosiahnutie cieľa sledovaného zákonom o verejnom obstarávaní, (...).Účelom princípu hospodárnosti a efektívnosti je zabezpečiť dosiahnutie výberu takého uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky poskytne najlepšie plnenie, pričom hospodárne a efektívne je práve také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž pri čo najmenšej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania.”

„Vo vzťahu k namietaným zmluvným podmienkam úrad dáva do pozornosti aj princíp proporcionality, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné pre dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje vo/ba medzi viacerými primeranými opatreniami je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom.“

S prihliadnutím na vyššie uvedené skutočnosti je možné zo strany žiadateľa vyššie uvedené zhrnúť nasledovne:

-vzhľadom na existenciu Udalostí, postup verejného obstarávateľa, kedy trvá na tom, že návrh zmluvy o dielo nebude dopĺňať o tzv. valorizačnú doložku, nie je možné považovať za požívajúci právnu ochranu pri prípadnej zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. a) a c) Zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne nemožnosti zmeny zmluvy o dielo pozostávajúcej v doplnení tzv. valorizačnej doložky podľa § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní a zároveň nemožnosti zmeny zmluvy o dielo podľa § 18 ods. 1 písm. c) Zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nebude naplnená tzv. nepredvídateľnosť 7" keďže verejný obstarávateľ už v procese zadávania zákazky mohol s prihliadnutím na jeho náležitú starostlivosť predvídať budúce dôsledky týchto Udalostí,

-v zmysle uvedených skutočností dochádza zo strany verejného obstarávateľa k zásahu do práv a právom chránených záujmov uchádzačov/záujemcov, nakoľko dopady skutočnosti, že návrh zmluvy o dielo neobsahuje tzv. valorizačnú doložku (pričom žiadateľ podotýka, že návrh zmluvy o dielo, ktorý obsahuje tzv. valorizačnú doložku je plne v súlade so Zákonom o verejnom obstarávaní) sa premietnu, resp. môžu premietnuť v konečnom dôsledku vo sfére úspešného uchádzača, teda zhotoviteľa, ktorý nebude prípadne vedieť danú zákazku zrealizovať, resp. ju bude vedieť zrealizovať s výraznou stratou,

-návrh zmluvy o dielo obsahujúci presné a jasné pravidlá jej úpravy v podobe tzv. valorizačnej doložky podľa § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní jednoznačne podporuje zdravú a účinnú hospodársku súťaž,

-v zmysle II.2.7 Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania verejný obstarávateľ predpokladá, že zmluva o dielo má dlhodobý charakter (t. j. 12 mesiacov), čo podporuje potrebu existencie tzv. valorizačnej doložky, a

-s prihliadnutím na prevenčnú povinnosť predchádzania škody, nie je možné považovať postup verejného obstarávateľa za požívajúci právnu ochranu, nakoľko v prípade vzniku škody na strane úspešného uchádzača ako zhotoviteľa, bude za prípadný vznik škody zodpovedný priamo verejný obstarávateľ ako objednávateľ, nakoľko v rámci zadávania zákazky nepostupuje ako tzv. obozretný obstarávateľ a teda nepočína si tak) aby ku škode nedošlo, resp. nedochádzalo.

V. Návrh Žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Vzhľadom na vyššie uvedené Žiadateľ navrhuje, aby verejný obstarávateľ odstránil protiprávny stav a to úpravou súťažných podkladov najmä návrhu zmluvy o dielo, ktorý tvorí ako príloha F.3 neoddeliteľnú súčasť súťažných podkladov a to, tak, aby do návrhu zmluvy o dielo bolo pridané nové ustanovenie - tzv. valorizačná doložka v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) Zákona o verejnom obstarávaní do článku V. zmluvy o dielo nový bod napr. v nasledovnom znení:

„Zmluvné strany sa dohodli, že pri fakturácii ceny diela sa budú zohľadňovať aktuálne indexy cien stavebných prác, materiálov a výrobkov spotrebovaných v stavebníctve na území Slovenskej republiky, ktoré sú štvrťročne vydávané štatistickým úradom SR („Index cien“, a to počas celej výstavby diela až do jeho odovzdania v prípade, ak sa Jednotkové ceny uvedené v Indexe cien zvýšia o viac ako 5% alebo budú práve 5% v porovnaní s cenami uvedenými v prílohe č. 1 tejto Zmluvy. Zohľadnenie podľa predchádzajúcej vety bude realizované indexáciou súpisov vykonaných prác v príslušnom kalendárnom mesiaci vynásobené Indexom cien za príslušný odbor výstavby, resp. klasifikáciu určenú v Indexe cien, pričom základom pre výpočet pre počiatočný index, bude predchádzajúci zverejnený Index

cien. Pri fakturácii v medziobdobí od zverejnenia posledného Indexu cien, v ktorom bol nárast cien vyšší ako 5% alebo bol práve 5% v porovnaní s cenami uvedenými v prílohe č. 1 tejto Zmluvy, sa predbežne použije Index cien predchádzajúceho kalendárneho štvrťroka a následne po zverejnení nového Indexu cien sa cena diela vysporiada.”.

36. V oznámení o vybavení žiadosti o nápravu zo dňa 1. 4. 2022 doručenej navrhovateľovi prostredníctvom IS Pluto je okrem iného uvedené, cit.: „ (...) dňa 31.03.2022 bola verejnému obstarávateľovi doručená žiadosť o nápravu v nadlimitnej zákazke s názvom: „Dobudovanie kanalizačnej siete v aglomerácii Veľké Leváre a rozšírenie ČOV Gajary“, ktorá bola vyhlásená pod značkou 58519-MSP vo Vestníku VO č. 285/2021 zo dňa 13.12.2021. Vo Vami predloženej žiadosti o nápravu sa domáhate toho, aby verejný obstarávateľ do návrhu zmluvy o dielo zahrnul indexačnú doložku. Verejný obstarávateľ Vám týmto oznamuje, že Vami predloženú žiadosť o nápravu v celom rozsahu zamietá. Odôvodnenie v zmysle § 165 ods. 3 písm. b) zákona: Vo Vami predloženej žiadosti o nápravu sa domáhate toho, aby verejný obstarávateľ do Návrhu zmluvy o dielo zahrnul indexačnú doložku, pričom svoju požiadavku opierate o viacero metodických usmernení Úradu pre verejné obstarávanie. V zmysle aktuálne platného zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) je spracovanie obchodných podmienok v kompetencii verejného obstarávateľa. Verejný obstarávateľ vzhľadom na spôsob financovania predmetu zákazky trvá na pôvodnom znení Návrhu zmluvy o dielo, a implementáciu indexačnej doložky do Návrhu zmluvy o dielo odmieta.“.

Právny rámec

37. 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.
38. 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.
39. 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^{32a}) a ktoré sú zároveň v súlade s pravidlami verejného obstarávania.
40. Podľa § 42 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady obsahujú dokumentáciu, plány, modely alebo fotografie, ak sú potrebné na vypracovanie ponuky, kritériá na vyhodnotenie ponúk, pravidlá ich uplatnenia a pokyny na vypracovanie a predkladanie ponúk. Súťažné podklady obsahujú aj návrh zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorých časť obsahu možno určiť odkazom na všeobecné obchodné podmienky; ak sa odkazuje na všeobecné obchodné podmienky, musia byť súčasťou súťažných podkladov. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú, ktoré časti súťažných podkladov musia byť súčasťou zmluvy alebo rámcovej dohody; návrhy na plnenie kritérií predložené uchádzačom alebo uchádzačmi, s ktorými sa uzatvára zmluva alebo rámcová dohoda, sú náležitosťami zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá je výsledkom verejného obstarávania.

V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú požiadavku na prevod práv duševného vlastníctva, ak sa vyžaduje.

Právne posúdenie úradom

41. Úrad uvádza, že v zmysle § 42 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní majú súťažné podklady obsahovať okrem iného aj návrh zmluvy. Úrad v súvislosti s namietanou skutočnosťou navrhovateľa poukazuje na Výkladové stanovisko úradu č. 3/2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania. Podľa výkladového stanoviska úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. **Preskúmvacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania.** Ďalej v zmysle výkladového stanoviska platí, že definovanie zmluvných podmienok je úlohou verejného obstarávateľa, pričom zmluvnými podmienkami sa určujú podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať. Tieto podmienky musia vychádzať z potrieb verejného obstarávateľa, z charakteru predmetu zmluvy, vrátane jeho kvalitatívnych požiadaviek, musia obsahovať podmienky zhotovenia alebo dodania predmetu zákazky. Zostavujú sa podľa osobitných právnych predpisov, najmä podľa Obchodného zákonníka. **Zmluvné podmienky musia podporovať čestnú hospodársku súťaž. V rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní by bolo, ak by zmluvné podmienky boli nastavené výhodne pre konkrétny hospodársky subjekt.** Skúmanie súladu zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi spadá pod ochranu iných špecializovaných štátnych orgánov, preto **úrad do zmluvnej slobody a kontraktačnej voľnosti verejného obstarávateľa zasahuje v obmedzenej miere len v rozsahu preskúmvania súladu stanovených zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípmi.**
42. Úrad tiež uvádza, že v procese verejného obstarávania nie je možné hovoriť o zmluvnej slobode zmluvných strán. Uchádzači majú právo buď akceptovať alebo neakceptovať zmluvné podmienky a ak uchádzač vyhodnotí zmluvné podmienky ako pre neho neakceptovateľné, má právo sa procesu verejného obstarávania nezúčastniť. Uchádzači teda nemajú možnosť dohodnúť si s verejným obstarávateľom ustanovenia zmluvy, naopak tieto buď akceptujú alebo ak sa domnievajú, že sú v rozpore so zásadami upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ich namietajú cez žiadosť o nápravu a následne námietky. Z uvedeného dôvodu nemôže byť ponechaná úplná svojvoľia verejným obstarávateľom pri vypracovaní zmluvných podmienok. Ako vyplýva aj z vyššie uvedeného výkladového stanoviska **zmluvné podmienky** si definuje verejný obstarávateľ vychádzajúc z jeho potrieb, z charakteru predmetu zmluvy, vrátane jeho kvalitatívnych požiadaviek a zostavujú sa podľa osobitných právnych predpisov, najmä podľa Obchodného zákonníka a najmä musia podporovať čestnú hospodársku súťaž. **Z tohto dôvodu disponuje úrad preskúmvacou právomocou pri skúmaní súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie, proporcionality a princípom rovnakého zaobchádzania.**
43. Úrad po preštudovaní znenia návrhu zmluvy o dielo uvádza, že v nej kontrolovaný **neupravil/neuviedol** valorizačnú doložku. Úrad však má po preskúmaní návrhu zmluvy

o dielo za to, že **skutočnosť**, že kontrolovaný v nej **neupravil/neuviedol stat'/bod/textáciu týkajúcu sa valorizačnej doložky nemožno kontrolovanému z pohľadu zásad verejného obstarávania vytknúť**. Je tomu tak vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný má dispozičnú právomoc stanoviť zmluvné podmienky v súlade s jeho potrebami a zaužívanou praxou popri prípade skúsenosťami. Uvedené súvisí aj s kontraktácnou voľnosťou verejných obstarávateľov, do ktorej má úrad právomoc zasahovať len v obmedzenej miere, a to z pohľadu zásad upravených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

44. V intenciách vyššie uvedeného výkladového stanoviska má úrad za to, že aj keď kontrolovaný v návrhu zmluvy o dielo **výslovne neupravil/neuviedol znenie, ktoré by sa týkalo valorizačnej (indexačnej) doložky neporušuje základné princípy verejného obstarávania zakotvené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**. Zmluvné podmienky v súťažných podkladoch sú stanovené pre všetkých záujemcov a uchádzačov rovnakým spôsobom, za rovnakých okolností, a teda v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania. Úrad má za to, že kontrolovaný žiadneho záujemcu/uchádzača priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome výslovným neuvedením predmetnej zmluvnej podmienky nezvýhodňoval oproti iným záujemcom/uchádzačom.
45. V súvislosti s princípom nediskriminácie, úrad uvádza, že tento princíp zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa prejavuje v zákaze akéhokoľvek zvýhodňovania určitého uchádzača alebo záujemcu. Podľa názoru úradu zo strany kontrolovaného nedošlo výslovným nezakotvením predmetnej valorizačnej doložky k porušeniu princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, nakoľko predmetný návrh zmluvy o dielo platí pre všetkých uchádzačov rovnako a teda nezvýhodňuje konkrétneho uchádzača. Úrad má za to, že výslovným neupravením/neuvedením valorizačnej doložky, rovnako kontrolovaný nepostupoval v rozpore so zásadou transparentnosti. **Úrad tiež uvádza, že povinnosť zakotviť v návrhu zmluvy o dielo valorizačnú doložku nie je upravená v zákone o verejnom obstarávaní a tiež nie je v zákone o verejnom obstarávaní jej neuvedenie nejakým spôsobom sankcionované. Z pohľadu princípov verejného obstarávania teda nemožno kontrolovanému vytknúť skutočnosť, že v zmluve o dielo výslovne neupravil/neuviedol valorizačnú doložku.**⁶
46. Pre úplnosť úrad konštatuje, že aj napriek skutočnosti, že absenciu valorizačnej doložky v návrhu zmluvy o dielo v predmetnom verejnom obstarávaní nemožno posudzovať ako porušenie zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného, úrad na tomto mieste poukazuje na metodické usmernenie č. 9408-5000/2021, o ktoré sa opiera aj navrhovateľ vo svojich námietkach konkrétne, cit.: „(...) *Úrad sa problematikou proklamovaného nárastu cien v stavebníctve v poslednom období venoval vo viacerých metodických usmerneniach, ako napr. č. 6093-5000/2021, 7793-5000/2021, 8819- 5000/2021, či 8839-5000/2021, v ktorých (...) poukázal predovšetkým na to, že úrad už dlhodobo apeluje na verejných obstarávateľov a obstarávateľov, aby využívali možnosti, ktoré im ponúka § 18 ods. 1 písm. a) ZVO a zahŕňali do zmlúv predpoklady pre ich budúce zmeny (napr. tzv. indexačné doložky).*“ Úrad taktiež konštatoval, cit.: „(...) *za tvorbu svojej ponuky, ako aj návrhu na plnenie kritérií (predovšetkým zmluvnej ceny) je zodpovedný uchádzač, ktorý v tejto súvislosti vstupuje do zmluvného vzťahu a zaväzuje sa svoj záväzok dodržať, pričom okolnosti, ako napr. zvyšovanie cien vstupov možno v zásade považovať za súčasť podnikateľského rizika (...).* Uplatnenie pravidiel pre zmenu zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy sa vo verejnom obstarávaní podľa aktuálneho právneho stavu spravuje § 18 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý predstavuje transpozíciu ostatnej európskej legislatívy vo verejnom obstarávaní (predovšetkým čl. 72 smernice

⁶ Bližšie pozri rozhodnutie Rady úradu č. 12184-9000/2021

2014/24/EÚ a čl. 89 smernice 2014/25/EÚ). Predmetná právna úprava v sebe odráža judikatúru Súdneho dvora EÚ, ktorá založila koncept zákazu tzv. podstatnej zmeny zmluvy reprobujúceho takú zmenu záväzkového vzťahu, z ktorej vyplýva vôľa zmluvných strán nanovo dohodnúť sa na podstatných náležitostiach zmluvy. Uvedené je odvodené z jednoduchaj a celkom pochopiteľnej logiky, že na takúto zmenu sa nahliada ako na faktické uzavretie novej zmluvy, a teda ju treba „riadne obstaráť“. (...) Cieľom verejného obstarávania je totiž zabezpečenie otvorenej a neskreslenej hospodárskej súťaže, pričom používanie výnimiek z pravidiel verejného obstarávania z povahy veci v sebe nesie riziko jej narušenia. Z tohto dôvodu aj úrad neustále apeluje, že k zmenám zmlúv je potrebné pristupovať mimoriadne opatrne.“, **a odporúča**, aby v budúcnosti, aj v súvislosti s aktuálnym nárastom cien v oblasti stavebníctva, využil možnosti, ktoré mu ponúka § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a takúto valorizačnú doložku v návrhu zmluvy o dielo zahrnul, resp. aby poprípade v návrhu zmluvy o dielo zahrnul jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny, nakoľko aj z judikatúry Súdneho dvora EÚ vyplýva, že k zmenám zmlúv je potrebné pristupovať mimoriadne opatrne. Úrad dodáva, že zahrnutie inflačnej doložky v zmluvách môže byť pritom taktiež znížením podnikateľského rizika pre uchádzačov, ktoré si uchádzači nebudú musieť zahrnúť do ponukovej ceny, čo môže v konečnom dôsledku kontrolovanému dopomôcť k nižšej vysúťaženej cene za obstarávaný predmet zákazky.

47. Úrad záverom tohto rozhodnutia po preskúmaní príslušného návrhu zmluvy o dielo, ktorý tvorí neoddeliteľnú prílohu súťažných podkladov konštatuje, že kontrolovaný v návrhu zmluvy o dielo neupravil/nestanoval valorizačnú doložku, avšak podľa názoru úradu kontrolovaný mal dispozičnú právomoc stanoviť si zmluvné podmienky v súlade s jeho potrebami a zaužívanou praxou, prípadne skúsenosťami, pričom skutočnosť, že kontrolovaný v predmetnej zmluve o dielo, ktorá ma byť výsledkom tohto verejného obstarávania, neuviedol valorizačnú doložku, nie je v tomto prípade podľa úradu porušením princípov verejného obstarávania upravených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
48. Úrad postupujúc v zmysle Výkladového stanoviska č. 3/2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody neidentifikoval v súvislosti absenciou valorizačnej doložky v návrhu zmluvy o dielo porušenie princípov verejného obstarávania, resp. ustanovenia § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a preto považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za **neopodstatnené**.
49. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.
50. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia

Kaucia

51. 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 v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % 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.

52. 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 do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia

P o u č e n i e :

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok podať odvolanie podľa § 187i zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Odvolanie musí byť doručené Rade úradu 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 § 187i ods. 19 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie, proti ktorému možno podľa § 187i ods. 1 podať odvolanie, je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 187i ods. 13 alebo 16 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie, ak nie je v odseku 2 tohto ustanovenia ustanovené inak. Podľa § 187i ods. 20 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ak sa osoby podľa § 187i ods. 1 vzdajú práva podať odvolanie alebo vezmú podané odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)
riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **X** - navrhovateľ
2. **Združenie obcí Enviropark Pomoravie**, Hlavná 67, 900 61 Gajary, IČO: 360 677 25–
kontrolovaný