

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 § 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 **XY** (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 z verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Výstavba mestskej plavárne v Ružomberku“, vyhlásenej obchodnou spoločnosťou **CZT Ružomberok, s. r. o.**, Bystrická cesta 1, 034 01 Ružomberok, IČO: 36820300 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 10. 2021 pod značkou 2021/S 191-493463 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 224/2021 dňa 4. 10. 2021 pod značkou 44633 - MSP (ďalej len „verejná súťaž“), vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaduje** kontrolovanému **CZT Ružomberok, s. r. o.**, Bystrická cesta 1, 034 01 Ružomberok, IČO: 36820300 vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „Výstavba mestskej plavárne v Ružomberku“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 10. 2021 pod značkou 2021/S 191-493463 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 224/2021 dňa 4. 10. 2021 pod značkou 44633, **odstrániť protiprávny stav, konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa XY, označené ako „Písomné upovedomenie o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania“ zo dňa 20. 4. 2022, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa z hľadiska splnenia podmienok účasti**, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 29. 4. 2022 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu (ďalej len „námietky“). Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa toho istého dňa ako úradu v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému pre elektronické verejné obstarávanie eZakazky, prostredníctvom ktorého sa verejné obstarávanie realizuje (ďalej len „IS eZakazky“)
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a)

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

zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku elektronicky prostredníctvom IS eZakazky dňa 17. 12. 2021 o 8:52 hod.

3. Úrad konštatuje, že dňa 9. 3. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 64/2022 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. Úrad zároveň konštatuje, že dňa 31. 3. 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.
4. Podľa § 187h ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, 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.
5. Podľa ust. § 187h ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní žiadosť o nápravu a námietky, ktoré sa vzťahujú na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa doručujú podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
6. Podľa § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, 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
 - a) uloženie povinnosti podľa § 166 ods. 2 a 3,
 - b) súčinnosť podľa § 167 ods. 7,
 - c) vykonanie dohľadu v priestoroch verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 podľa § 167 ods. 8,
 - d) zníženie pokuty podľa § 182 ods. 9 a 10,
 - e) uplynutie lehoty podľa § 173 ods. 14,
 - f) nazeranie do spisu podľa § 173 ods. 16,
 - g) zastavenie konania podľa § 174 ods. 1 písm. q),
 - h) prepadnutie kaucie podľa § 172 ods. 5,
 - i) uloženie povinnosti nahradiť trovy konania podľa § 176 ods. 2,
 - j) konanie o opravných prostriedkoch proti rozhodnutiu úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného a pre konanie podľa § 177.
7. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené prechodné ustanovenia právnej úpravy verejného obstarávania účinnej od 31. 3. 2022 konštatuje, že postup zadávania zákazky, ktorý je predmetom námietok, ako aj postup úradu v predmetnom konaní, sa spravuje právnymi predpismi účinnými do 30. 3. 2022, a teda **zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov účinným do 30. 3. 2022** (okrem výnimiek podľa ustanovenia § 187h ods. 7 písm. a) až j), ďalej len „**zákon o verejnom obstarávaní**“).
8. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je s podaním námietok navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170

ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.

9. Podľa § 172 ods. 2 písm. b) 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 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a) tohto ustanovenia.
10. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (6 063 521,27 EUR bez DPH) je 6 063,52 EUR, čo znamená, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 6 063,52 EUR.
11. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 28. 4. 2022 kauciu vo výške 6 063,52 EUR, a teda pri určovaní výšky kaucie a pri jej zložení na účet úradu postupoval v súlade s § 172 ods. 1 a ods. 2 v spojení s ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
12. V kontexte vyššie uvádzaných skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené všetky procesné podmienky pre vydanie meritórneho rozhodnutia v tejto veci.

Námietky navrhovateľa

13. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že niektoré podmienky účasti preukázal prostredníctvom jednotného európskeho dokumentu. Kontrolovaný počas vyhodnocovania podmienok účasti ho žiadosťou zo dňa 2. 3. 2022 podľa § 39 ods. 6 požiadal o predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti ekonomického a finančného postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti. Na predmetnú žiadosť navrhovateľ odpovedal dňa 9. 3. 2022, a to predložením požadovaných dokladov.
14. Navrhovateľ následne poukazuje na žiadosť o vysvetlenie zo dňa 28. 3. 2022 (pozri bod 51. tohto rozhodnutia), ktorou kontrolovaný na základe ním identifikovaných skutočností požiadal navrhovateľ o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov a nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorej zdrojmi navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) tohto zákona, a ktorého navrhovateľ súčasne uviedol ako subdodávateľa v nadväznosti na podmienku určenú verejným obstarávateľom podľa § 41 ods. 1 písm. b) tohto zákona, a to spoločnosť AA (ďalej len „AA“ alebo aj „iná osoba“).
15. Navrhovateľ uvádza, že zo žiadosti o vysvetlenie mal za to, že kontrolovanému ide o doplnenie už predložených dokladov, a preto dňa 4. 4. 2022 doručil kontrolovanému predmetné doklady s vysvetlením, že BB disponuje požadovaným poverením, pričom navrhovateľ ho predložil ako prílohu vysvetlenia. Navrhovateľ v rámci vysvetlenia zároveň uviedol, že spoločnosť AA spĺňa podmienky podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom v rámci vysvetlenia priložil výpisy z registra trestov osôb CC a DD, pričom druhý menovaný je zapísaný aj v Zozname hospodárskych subjektov spoločnosti AA, pod registračným číslom xxxxx.

16. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že jednoduchým vysvetlením odstránil kontrolovaným zistené nezrovnalosti a predložil v tom čase platné splnomocnenie k podpisovaniu samostatne pre BB a taktiež doplnil výpis z registra trestu pre osoby - CC a DD.
17. Navrhovateľ následne uvádza, že kontrolovaný mu dňa 20. 4. 2022 doručil oznámenie o vylúčení (pozri bod 53. tohto rozhodnutia). Navrhovateľ je toho názoru, že predloženými dokladmi preukázal splnenie požadovaných podmienok účasti a odstránil aj dôvody na vylúčenie a následne nahradenie spoločnosti AA
18. Navrhovateľ poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 13148-5000/2019 zo dňa 30. 9. 2019², z ktorého vyplýva, že ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní ukladá kontrolovanému písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.
19. Navrhovateľ ďalej poukazuje na body 37., 38. a 40. rozhodnutia úradu č. 10723-6000/2020 zo dňa 12. 8. 2020³, na základe ktorých má za to, že doplnením splnomocnenia pre BB a výpisov z registra trestu pre osoby - CC a DD len doplnil už predložené doklady.
20. Navrhovateľ tiež poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 10039-5000/2020 zo dňa 17. 7. 2020⁴, na základe ktorého má za to, že kontrolovaný hrubo porušil princípy verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, predovšetkým princípy transparentnosti a proporcionality. Navrhovateľ zároveň poukazuje na rozhodnutie Najvyššieho správneho súdu ČR č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12. 5. 2008, ktorý podľa navrhovateľa konštatoval, že cit.: „*k porušeniu princípu transparentnosti môže dôjsť aj vtedy, keď sa v postupe obstarávateľa vyskytujú také prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa.*“. Podľa navrhovateľa uvedený záver vyplýva aj zo stanoviska generálnej advokátky Stix-Hackel zo dňa 12. 4. 2005 vo veci C-231/03 Coname. Navrhovateľ v tejto veci tiež poukazuje na bod 80. rozhodnutia č. 10593-6000/2020 zo dňa 23. 9. 2020⁵.
21. Navrhovateľ v tejto súvislosti tiež poukazuje na bod 124. rozhodnutia úradu č. 6572-6000/2021-OD zo dňa 3. 6. 2021⁶, z ktorého cituje: „*Úrad ani z tohto dôvodu nepovažuje*

² Úplne znenie metodického usmernenia úradu č. 13148-5000/2019 zo dňa 30. 9. 2019 dostupné na webovej adrese úradu: <https://www.uvo.gov.sk/metodicke-usbmerenia-zakon-c-3432015-z-z/detail/1068330?page=1&limit=20&sort=datum&sort-dir=DESC&ext=0&organizacia=&cisloSpisu=&month=&year=0&text=13148&popis=¶graf=>

³ Úplne znenie rozhodnutia úradu č. 10723-6000/2020 zo dňa 12. 8. 2020 dostupné na webovej adrese úradu: <https://www.uvo.gov.sk/zaujemcauchadzac/namietky/prehľad-rozhodnuti-o-namietkach-5a8.html?text=10723&kontrolovany=&voCislo=&month=&year=&ext=0&sort=&sort-dir=ASC>

⁴ Úplne znenie metodického usmernenia úradu č. 10039-5000/2020 zo dňa 17. 7. 2020 dostupné na webovej adrese úradu: <https://www.uvo.gov.sk/metodicke-usbmerenia-zakon-c-3432015-z-z/detail/1071631?page=1&limit=20&sort=datum&sort-dir=DESC&ext=0&organizacia=&cisloSpisu=&month=&year=0&text=10039&popis=¶graf=>

⁵ Úplne znenie rozhodnutia úradu č. 10593-6000/2020 zo dňa 23. 9. 2020 dostupné na webovej adrese úradu: <https://www.uvo.gov.sk/zaujemcauchadzac/namietky/prehľad-rozhodnuti-o-namietkach-5a8.html?text=10593&kontrolovany=&voCislo=&month=&year=&ext=0&sort=&sort-dir=ASC>

⁶ Úplne znenie rozhodnutia úradu č. 6572-6000/2021 zo dňa 3. 6. 2021 dostupné na webovej adrese úradu: <https://www.uvo.gov.sk/zaujemcauchadzac/namietky/prehľad-rozhodnuti-o-namietkach-5a8.html?text=6572&kontrolovany=&voCislo=&month=&year=2021&ext=1&sort=&sort-dir=ASC>

vyllúenie navrhovateľa za opatrenie kontrolovaného, ktoré je vhodné na dosiahnutie sledovaných cieľov a zároveň toto rozhodnutie kontrolovaného prekračuje hranice toho, čo je na dosiahnutie príslušného cieľa potrebné a nevyhnutné. Každý krok kontrolovaného musí byť vhodný, potrebný a nevyhnutný, čo sú základné požiadavky vyplývajúce z princípu proporcionality podľa §10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedená požiadavka je dlhodobo reprezentovaná aj na pôde Súdneho dvora EÚ. Ako reprezentatívne rozhodnutie možno uviesť Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 16. 12. 2008 vo veci C-213/07, Michaniki AE proti Ethniko Symvoulío Radiotileorasis Ypourgos Epikrateia, v ktorom Súdny dvor EÚ v kontexte vylúčenia uchádzača konštatoval, že podľa zásady proporcionality, ktorá patrí medzi všeobecné zásady práva Spoločenstva, opatrenia predvídané v predpisoch Spoločenstva musia byť spôsobilé dosiahnuť sledovaný cieľ a nesmú presahovať to, čo je na dosiahnutie daného cieľa potrebné. To znamená, že medzi kontrolovaným rozhodnutím o vylúčení navrhovateľa a sledovaným cieľom musí byť určitá korelácia. Kontrolovaný bol povinný aj v tomto verejnom obstarávaní uplatniť inštitút vylúčenia ako najkrajnejší prostriedok v duchu ultima ratio, a to až po vyčerpaní všetkých inštitútov, ktoré dáva k dispozícii normatívna právna úprava reprezentovaná zákonom o verejnom obstarávaní, eventuálne subsidiárne uplatňujúcim sa správnym poriadkom. V tomto posudzovanom prípade ako miernejší prostriedok, resp. úkon kontrolovaného, ktorý by mal predchádzať samotnému aktu vylúčenia navrhovateľa z verejného obstarávania, je inštitút vysvetlenia, ktorý kontrolovaný aj inicioval. Ak navrhovateľ nedokáže ani v rámci vysvetľovacieho konania, resp. odpovedí na žiadosti o vysvetlenie ozrejmiť, vysvetliť, odstrániť nezrovnalosti v predloženej ponuke, až v tomto momente možno považovať vylúčenie uchádzača za nevyhnutné (pri istej dávke generalizácie). Požiadavka nevyhnutnosti vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania spočíva v tom, že je potrebné skúmať, či v daných okolnostiach neexistovali menej drastické, resp. šetrnejšie prostriedky, než je vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania. K potrebe uplatňovania menej „invazívnejších“ inštitútov sa vyjadril aj Súdny dvor EÚ v rozhodnutí z 03. 03. 2005 v spojených veciach C-21/03 a C-34/03, Fabricom SA proti Belgickému kráľovstvu, v ktorom Súdny dvor EÚ konštatoval, že je na príslušnom verejnom obstarávateľovi a obstarávateľovi, aby posúdil, akým opatrením je možné dosiahnuť cieľ, ktorý sleduje. Následne je potrebné vyhodnotiť všetky tieto opatrenia a určiť, ktoré z nich je najmenej obmedzujúce. Obdobne komentárová literatúra v kontexte vylúčenia uchádzača a princípu proporcionality konštatuje, cit.: „Porušením princípu proporcionality môže byť vo všeobecnosti napríklad to, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči uchádzača, hoci sa dosiahnutie sledovaného cieľa, teda zabezpečenie ponuky súladnej s požiadavkami verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa dá dosiahnuť inak. V konkrétnom vyjadrení teda napríklad pôjde o vylúčenie pre nesplnenie formálnych, administratívnych požiadaviek na ponuku namiesto toho, aby uchádzač dostal možnosť tieto nedostatky odstrániť, alebo o prípad, ak uchádzač nedostane možnosť vysvetliť tie časti ponuky, ktorých vysvetlenie (a odstránenie súvisiacich nejasností) je bez väčších ťažkostí možné.“.

22. Na základe uvedených skutočností má navrhovateľ za to, že kontrolovaný nesprávne vyhodnotil podmienky účasti spoločnosti AA, nakoľko v rozpore s princípom proporcionality neakceptoval navrhovateľom doplnené doklady. Navrhovateľ má tiež za to, že spĺňa podmienky účasti, a to aj vo vzťahu k inej osobe a jeho vylúčenie na základe nedôvodných subjektívnych názorov kontrolovaného je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.
23. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný v prípade nejasností mal navrhovateľa požiadať o vysvetlenie a svoje požiadavky konkretizovať, pričom cit.: „(...) v prípade pochybností kontrolovaného, vyplývajúcich z uchádzačom predložených dokladov o tom, či daný uchádzač spĺňa podmienky účasti, má kontrolovaný podľa názoru navrhovateľa využiť inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov, a to aj opakovane, pričom žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie

dokladov, adresovaná uchádzačovi, má byť formulovaná jasne a konkrétne. Kontrolovaný je povinný inštitútom vysvetlenia a doplnenia predložených dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti zabezpečiť zistenie skutkového stavu, a teda - či uchádzač podmienku účasti splňa alebo nie.“.

24. Navrhovateľ v závere podaných námietok dodáva, že kontrolovaný je povinný konfrontovať navrhovateľa so zistenými skutočnosťami a umožniť mu vyjadriť sa k zisteným skutočnostiam, resp. umožniť mu nejasnosti a nezrovnalosti vysvetliť. Uvedený názor, podľa navrhovateľa, vyplýva napr. aj z rozhodnutia úradu č. 14644-6000/2020-OD zo dňa 13. 11. 2020 bod 77. a nasl.
25. Navrhovateľ v petite námietok požaduje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to aby nariadil kontrolovanému zrušiť vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže a zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejnej súťaže.

Začiatok a priebeh konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

26. 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 29. 4. 2022.**
27. Podľa ust. § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
28. Podľa ust. § 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. Úrad dňa 6. 5. 2022 doručil kontrolovanému dokument zo dňa 5. 5. 2022 označený ako „Informácia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a žiadosť o doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli“, ktorým kontrolovaného žiadal o doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam spolu s kompletnou dokumentáciou v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, nakoľko úrad nebude prihliadať na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty. Úrad tiež kontrolovaného poučil, že ak nedoručí úradu kompletnú dokumentáciu v origináli, úrad vydá rozhodnutie o prerušení konania, ktorým kontrolovanému nariadi doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli.
30. Dňa 6. 5. 2022 bolo úradu elektronicky doručené podanie od kontrolovaného, označené ako „Vyjadrenie k námietkam“, ktorým kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (ďalej

len „vyjadrenie“). Kontrolovaný v rámci vyjadrenia uviedol, že kompletná dokumentácia k verejnej súťaži je dostupná prostredníctvom elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prostredníctvom IS eZakazky.

31. Úrad uvádza, že kontrolovaný poskytol úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do systému eZakazky v rámci iného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, konkrétne v rámci konania č. 6312-6000/2022-OD, a to ešte dňa 8. 4. 2022, čím úradu bola sprístupnená elektronická podoba dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

32. Dňa 6. 5. 2022 bolo úradu doručené vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam, v ktorom kontrolovaný k meritu veci uvádza, že v pred vylúčením navrhovateľa z verejnej súťaže posúdil možnosť jeho udržania vo verejnom obstarávaní z dôvodu zabezpečenia čo najširšej hospodárskej súťaže. Kontrolovaný je toho názoru, že na základe jeho rozhodnutia nevznikol protiprávny stav.
33. Kontrolovaný s poukazom na oznámenie o vylúčení má za to, že v predmetnom oznámení jednoznačne uviedol dôvod na vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže. Podľa kontrolovaného vylúčeniu navrhovateľa predchádzalo využitie zákonom stanovených inštitútov, na základe ktorých mal navrhovateľ vytvorenú možnosť na preukázanie splnenia podmienok účasti.
34. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ sa v rámci predloženej ponuky rozhodol preukázať splnenie podmienok účasti kombinovaným spôsobom, a to predložením niektorých určených dokladov a predbežným nahradením niektorých dokladov jednotným európskym dokumentom podľa § 39 zákona o verejnom obstarávaní.
35. Kontrolovaný uvádza, že ním zriadená komisia na vyhodnotenie podmienok účasti (ďalej len „komisia“) v predložených dokladoch identifikovala nezrovnalosti, a to cit.: *„nezrovnalosti spočívajúce najmä v navzájom si odporujúcich, resp. v navzájom sa vylučujúcich informáciách týkajúcich sa osôb podľa § 33 ods. 2, resp. 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a subdodávateľov, ktorí nie sú uvedenými osobami, t. j. ktorých kapacity navrhovateľ na preukázanie splnenia určených podmienok účasti v kontrolovanom verejnom obstarávaní nevyužíva.“*. Konkrétne, navrhovateľ predložil v rámci ponuky jednotné európske dokumenty za subdodávateľov, ktorých neskôr označil ako iné osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, no v jednotnom európskom dokumente predloženom za samotného navrhovateľa uviedol, že kapacity týchto osôb nevyužíva na preukázanie splnenia podmienok účasti. Medzi týmito osobami je aj spoločnosť AA. Kontrolovaný dodáva, že uvedený subdodávateľ v jednotnom európskom dokumente deklaroval splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa zákona o verejnom obstarávaní.
36. Na základe uvedeného kontrolovaný dňa 2. 3. 2022 prostredníctvom IS eZakazky doručil navrhovateľovi žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov v zmysle § 40 ods. 4, ktorou požiadal navrhovateľa o vysvetlenie identifikovaných protichodných a nejednoznačných informácií a zároveň požiadal o vysvetlenie nepredloženia jednotných európskych dokumentov za niektorých subdodávateľov uvedených v jednotnom európskom

dokumente predloženom za uchádzača, s ktorými má uchádzač uzavreté Zmluvy o budúcich zmluvách.

37. Kontrolovaný v kontexte uvedeného uvádza, že navrhovateľ v odpovedi zo dňa 9. 3. 2022 uviedol, že spolu s doručeným vysvetlením predkladá všetky doklady určené kontrolovaným na preukázanie splnenia podmienok účasti. Kontrolovaný všetky predložené doklady vyhodnotil, vrátane dokladov dostupných vo verejných registroch v súlade s § 152 ods. 3 a 4 zákona o verejnom obstarávaní, a na základe vyhodnotenia požiadal navrhovateľa o vysvetlenie predložených dokladov a o nahradenie subdodávateľa, nakoľko identifikoval nesplnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia u uvedenej osoby.
38. Kontrolovaný ďalej uvádza, že v súlade s oddielom III., ods. III.1.1) bodom 2. oznámenia a v súlade s § 152 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 152 ods. 4 tohto zákona overil splnenie podmienok účasti týkajúcich osobného postavenia uvedeného subdodávateľa v Seznamu kvalifikovaných dodávateľů vedeného Ministerstvom pro místní rozvoj České republiky a zistil, že splnenie dotknutých podmienok účasti dotknutým zápisom nie je preukázané a z uvedeného dôvodu požiadal navrhovateľa o nahradenie dotknutého subdodávateľa v súlade s § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
39. Kontrolovaný v nadväznosti na uvedené uvádza, že cit.: *„Navrhovateľ, napriek informácii uvedenej v doručenom vysvetlení, predložil ďalšie doklady až v rámci podaných námietok ku ktorým sa kontrolovaný vyjadruje, pričom má kontrolovaný za to, že svojim postupom pri využití inštitútu vysvetlenia, resp. doplnenia už predložených dokladov mal navrhovateľ dostatočnú, i časovú možnosť tieto doklady predložiť, odhliadnuc od skutočnosti, že podľa názoru kontrolovaného navrhovateľ predloženými dokladmi nevysvetlil, resp. nedoplnil už predložené doklady ale doručil nové doklady nad rámec dokladov predložených s ponukou v kontrolovanom verejnom obstarávaní a doručených súčasne s vyššie uvedeným vysvetlením.“*.
40. Kontrolovaný k uvedeným skutočnostiam poukazuje na bod 148. rozhodnutia Rady úradu č. 2947-9000/2021 zo dňa 1. 4. 2021, z ktorého cituje: *„Povýšenie povinností verejných obstarávateľov a obstarávateľov (povinnosť vyhodnotiť ponuky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a pravidlami stanovenými v súťažných podkladoch; povinnosť kontrolovaného, v prípade nejasností, ktoré možno jednoducho odstrániť, žiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky, aby nedochádzalo k neprimeranému zásahu do práv uchádzačov predčasným vylúčením ponuky) nad povinnosti uchádzačov ako hospodárskych subjektov dobrovoľne sa zapájajúcich do verejných obstarávaní a predkladajúcich ponuky s cieľom stať sa úspešným uchádzačom (zodpovedne vyhotoviť ponuku a byť pripravený a schopný preukázať splnenie podmienok účasti v požadovanom rozsahu bez zbytočných prieťahov) nemožno v praxi akceptovať. Uvedené by sa priečilo princípom verejného obstarávania, konkrétne princípu proporcionality a princípu hospodárnosti a efektívnosti. Rada opakovane uvádza, že dôkazné bremeno splnenia podmienok účasti leží na uchádzačovi, nie na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, a preto by malo byť práve v záujme uchádzača v primeranom čase a za primeraných podmienok preukázať splnenie podmienok účasti, ktorých splnenie v ponuke vopred deklaroval, či už čestným vyhlásením v prípade podlimitného postupu zadávania zákaziek alebo jednotným európskym dokumentom v prípade nadlimitného postupu zadávania zákazky.“*.
41. Kontrolovaný má za to, že poskytnutie informácie navrhovateľom o predložení všetkých dokladov potrebných na preukázanie splnenia podmienok účasti a následné predloženie

dokladov nad rámec dokladov predložených s ponukou uchádzača a s dotknutým vysvetlením až s podanými námietkami nemôže ísť na ťarchu kontrolovanému a ani na ťarchu ostatných uchádzačov, a to z hľadiska dodržiavania princípu transparentnosti.

42. Kontrolovaný k tvrdeniu navrhovateľa uvedenému v bode 15. tohto rozhodnutia uvádza, že nejednoznačnosť a nezrovnalosť v poskytnutých informáciách spôsobil v tomto prípade sám navrhovateľ, a to z dôvodu navzájom si odporujúcich, resp. sa vylučujúcich informáciách uvedených v jednotnom európskom dokumente, avšak ani táto nejasnosť nemohla spôsobiť nekorektný výklad obsahu dotknutej žiadosti kontrolovaného. Kontrolovaný má za to, že obsah dotknutej žiadosti formuloval jasne, určito a zrozumiteľne, na základe čoho nemohlo dôjsť k jeho nekorektnému výkladu navrhovateľom.
43. Kontrolovaný k tvrdeniu navrhovateľa uvedenému v bode 18. tohto rozhodnutia uvádza, že nové doklady doplnil až v rámci podaných námietok napriek skutočnosti, že všetky určené doklady doručil, podľa vyjadrenia navrhovateľa v prílohách vysvetlenia zo dňa 9. 3. 2022, čo nie je možné považovať za doplnenie už predložených dokladov. Kontrolovaný zároveň uvádza, že pri vylúčení navrhovateľa priebežne koreloval s dodržiavaním princípu rovnakého zaobchádzania s ostatnými uchádzačmi, ktorí splnenie podmienok účasti preukázali podľa požiadaviek určených v súťažných podkladoch, resp. predbežne nahradili doklady dokumentom, v ktorom uviedli korektné informácie.
44. Kontrolovaný k tvrdeniu navrhovateľa uvedenému v bode 21. tohto rozhodnutia uvádza, že na základe informácií poskytnutých navrhovateľom v rámci ponuky, odpovede na žiadosť o vysvetlenie a z verejne dostupných registrov mu nastala povinnosť požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby, teda nešlo o fakultatívnu možnosť kontrolovaného. Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ nevyužil revízne postupy proti požiadavke kontrolovaného na nahradenie tretej osoby z čoho kontrolovanému vyplýva, že sa s touto požiadavkou stotožnil a považoval ju za legitímnu.
45. Kontrolovaný v závere vyjadrenia uvádza, že navrhovateľ nenahradil podľa požiadavky kontrolovaného osobu podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní u ktorej nepreukázal predloženými dokladmi splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia, čo bolo dôvodom na vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže v zmysle § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní.

Zistenia úradu

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

46. Kontrolovaný vyhlásil oznámením o vyhlásení verejného obstarávania verejnú súťaž na predmet zákazky „Výstavba mestskej plavárne v Ružomberku“ v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 10. 2021 pod značkou 2021/S 191-493463 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 224/2021 dňa 4. 10. 2021 pod značkou 44633–MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 6 063 521,27 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Kontrolovaný uskutočnil zadávanie predmetnej zákazky s využitím elektronických nástrojov IS eZakazky. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená v zmysle korigenda zverejneného vo Vestníku verejného obstarávania č. 290/2021 dňa 20. 12. 2021 pod značkou 59143 – IOX

na deň 17. 12. 2021 do 10:00 hod., ponuku predložili siedmi uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 17. 12. 2021 o 10:05 hod. Verejná súťaž sa realizuje klasickým postupom s využitím elektronickej aukcie v zmysle oddielu C. „ELEKTRONICKÁ AUKCIA“ súťažných podkladov. Predmetná verejná súťaž sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze vyhodnocovania splnenia podmienok účasti.

47. Kontrolovaný v Oddiele A.2 „PODMIENKY ÚČASTI UCHÁDZAČOV“, v bode 2. „PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA OSOBNÉHO POSTAVENIA“, v podbode 4 súťažných podkladov okrem iného určil, že cit.: „Uchádzač môže predbežne nahradiť doklady určené verejným obstarávateľom na preukázanie splnenia podmienok účasti jednotným európskym dokumentom podľa § 39 ZVO (ďalej len „JED“). V prípade skupiny dodávateľov sa predkladá samostatný JED za každého člena skupiny dodávateľov. V prípade využitia subdodávateľov JED uchádzača obsahuje informácie o každom takomto navrhovanom subdodávateľovi a zároveň sa predkladá aj JED za každého uvedeného subdodávateľa. Táto povinnosť sa týka aj osôb uvedených v § 33 ods. 2, resp. 34 ods. 3 ZVO. Vzor JED tvorí prílohu č. 3 súťažných podkladov.“.
48. Kontrolovaný v Oddiele A.2 „PODMIENKY ÚČASTI“, v bode 3 „Podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia“ v podbode 3.2 súťažných podkladov okrem iného určil, že cit.: „(...) Uchádzač predloží prehľad o celkovom obrate a prehľadu o dosiahnutom obrate za posledné tri hospodárske roky (za hospodársky rok sa považuje pre potreby tohto verejného obstarávania účtovné obdobie uvedené v § 3 ods. 3 a 4 zákona č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov) predchádzajúce vyhláseniu tohto verejného obstarávania, t. j. zverejnenia oznámenia, v oblasti realizácie pozemných stavieb, z ktorého bude jednoznačne vyplývať, že uchádzač v určenom období a v určenej oblasti činnosti dosiahol obrat vo finančnom kumulatívnom vyjadrení minimálne 7 998 000 EUR bez DPH, v nadväznosti na ustanovenie § 4 ods. 7 zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty. Uchádzač predloží prehľad o obrate formou oprávnenou osobou podpísaného čestného vyhlásenia uchádzača, ktoré musí obsahovať prehľadnú tabuľku, v ktorej musia byť uvedené: presné označenie príslušného hospodárskeho roku, dosiahnutý celkový obrat v príslušnom hospodárskom roku, dosiahnutý obrat v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka a zoznam konkrétne identifikovaných dokladov na základe ktorých uchádzač určil obrat v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka (...)“.
49. Kontrolovaný dňa 2. 3. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS eZakazky dokument zo dňa 1. 3. 2022 označený ako „Písomná žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie“), v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) 2. Uchádzač v JED predloženom za seba (ďalej len „JED uchádzača“) uviedol v oddiele C. Časti II., že využíva kapacity iných subjektov, aby mohol splniť podmienky účasti stanovené v časti IV. a prípadne kritériá a pravidlá stanovené ďalej v časti V. 3. Uchádzač v JED uchádzača ďalej uviedol v jeho oddiele D. Časti II. zoznam 6 hospodárskych subjektov, ktorí sú uchádzačovi známi subdodávateľia, a ktorých kapacity nevyužíva na splnenie určených podmienok účasti v tomto verejnom obstarávaní. Uchádzač zároveň s ponukou predložil 3 JED hospodárskych subjektov uvedených uchádzačom v zozname subdodávateľov. 4. Komisia vyhodnotila informácie uvedené uchádzačom v oddiele C. a oddiele D. Časti II. JED uchádzača za nejednoznačné a z uvedeného dôvodu, pre zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania, **žiada** prostredníctvom verejného obstarávateľa uchádzača **o jednoznačnú identifikáciu osôb, ktorých kapacity** na preukázanie splnenia určených podmienok účasti **uchádzač využíva a predloženie všetkých určených dokladov** verejným obstarávateľom v zadávacej dokumentácii k tomuto verejnému obstarávaniu, **vzťahujúcich sa k osobám,**

*ktorých kapacity uchádzač využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, ako uviedol v JED uchádzača. (...) Verejný obstarávateľ, v súlade s § 40 ods. 4 v nadväznosti zákona o verejnom obstarávaní, žiada uchádzača doručiť požadované vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov **do piatich pracovných dní** odo dňa odoslania tejto žiadosti uchádzačovi v súlade s požiadavkou komisie, spôsobom určeným na elektronickú komunikáciu v tomto verejnom obstarávaní v bode 10. oddielu A.1 súťažných podkladov.“.*

50. Navrhovateľ dňa 9. 3. 2022 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS eZakazky dokument z toho istého dňa označený ako „Odpoveď na žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predĺžených dokladov - „Výstavba mestskej plavárne v Ružomberku““ (ďalej len „odpoveď č. 1“), v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol, cit.: „(...) V obstarávateľom stanovenej lehote Vám zasielame nasledovnú odpoveď:

1) Identifikácia osôb, ktorých kapacity na preukázanie splnenia určených podmienok účasti, ako uchádzač, využívame:

- EE
- AA
- FF
- GG
- HH
- JJ

2) Ďalej predkladáme v prílohe všetky určené doklady verejným obstarávateľom, ktorými preukazujeme splnenie podmienok účasti.

3) Ako uchádzač sme využili kombinovaný spôsob predloženia dokladov, tj. Predložili sme JED nasledovných hospodárskych subjektov: AA, HH a GG. K ostatným spoločnostiam, ktorými preukazujeme splnenie podmienok účasti a to: FF, EE a JJ, nebolo potrebné predkladať JED, nakoľko boli do ponuky predložené konkrétne doklady na preukázanie nimi plnených podmienok účasti.“. Navrhovateľ v rámci vysvetlenia predložil aj dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti, a to v rozsahu 80 strán.

51. Kontrolovaný dňa 28. 3. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS eZakazky dokument z toho istého dňa označený ako „Písomná žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov určených na preukázanie splnenia podmienok účasti a o nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.“ (ďalej len „žiadosť o nahradenie inej osoby“), v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) Uchádzač ako **prílohy** doručeného **vysvetlenia** predložil verejnému obstarávateľovi aj nasledovné doklady:

- vyhlásenie o obrate hospodárskeho subjektu s obchodným menom AA (ďalej len „AA“), ktoré je podpísané BB, miestopredsedom predstavenstva; komisia identifikovala z verejne dostupných zdrojov, konkrétne z výpisu z obchodného rejstříku vedeného Krajským súdom v Brně, oddíl B, vložka 6873, skutočnosť, že tento hospodársky subjekt má v uvedenom dokumente zapísaný, cit.: „ Způsob jednání: Členové představenstva zastupují společnost dva společně, přičemž alespoň jedním z nich musí být předseda nebo místopředseda představenstva. Jednotlivý člen představenstva může zastupovat společnost samostatně, jen jestliže ho k tomu v určitém rozsahu a na určitou dobu nepřesahující jeden rok představenstvo pověří svým rozhodnutím. To nebrání, aby člen představenstva zastoupil společnost samostatně jako zmocněnec, byl-li společností, za kterou jednali podle výše uvedeného pravidla dva členové představenstva společně, zmocněn k určitému právnímu jednání.“, pričom uchádzač v rámci predložených dokumentov nepredložil plnomocenstvo na jednanie vystavené predstavenstvom AA pre BB v mene tohto hospodárskeho subjektu, na základe čoho komisia konštatovala, že dokument nie je podpísaný v súlade s požiadavkou verejného obstarávateľa určenou verejným

obstarávateľom v ods. 3.2. bodu 3. oddielu A.2 súťažných podkladov oprávnenou osobou; komisia zároveň na základe verejne dostupných zdrojov vo vzťahu k splneniu povinnosti určenej v § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní zistila, že AA je zapísaný v Seznamu kvalifikovaných dodávateľů vedeného Ministerstvom pro místní rozvoj České republiky podľa § 226 a násled. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávaní veřejných zakázek (ďalej len „Seznam“). Vo vzťahu k splneniu určenej podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní komisia zistila, že v Seznam sa nenachádza údaj o existencii dokladu podľa § 32 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní týkajúci sa člena dozorného orgánu, ktorým je v tomto prípade dozorná rada, DD, (...), ktorému členstvo v uvedenom dozornom orgáne vzniklo 5. apríla 2021, t. j. pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk v tomto verejnom obstarávaní a uchádzač vo vzťahu k tejto osobe nepredložil samostatný platný doklad podľa § 32 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Komisia zároveň zistila, že od 1. januára 2022 (t. j. po predložení ponúk, ale pred doručením vysvetlenia uchádzačom na základe žiadosti verejného obstarávateľa podľa požiadaviek komisie) je členom predstavenstva CC, (...), ktorý nie je zapísaný v Seznam a teda aj v prípade tohto člena štatutárneho orgánu absentuje rovnako doklad podľa § 32 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, na základe čoho komisia konštatovala, že nie je uchádzačom splnená podmienka určená v § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní týkajúca sa osobného postavenia inej osoby, ktorej zdroje uchádzač využíva na preukázanie splnenia určených podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. V nadväznosti na uvedené komisia prostredníctvom verejného obstarávateľa žiada uchádzača o nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko uvedenú osobu uchádzač v predloženej ponuke uviedol ako subdodávateľa a verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní určil podmienku účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) vo vzťahu k subdodávateľom, ktorou je AA na základe identifikácie existencie dôvodu na vylúčenie uvedenej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní spočívajúceho v nepreukázaní podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní;

- štyri referencie podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní o realizácii stavebných prác potvrdené ich odberateľmi, z ktorých jedna referencia je vystavená pre uchádzača, dve referencie pre AA a jedna referencia pre hospodársky subjekt s obchodným menom GG (ďalej len „GG“). V nadväznosti na uvedené komisia identifikovala, že **dve referencie sú vystavené pre AA**, u ktorého komisia, ako je uvedené vyššie, **identifikovala nesplnenie podmienok určených v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**. V nadväznosti na uvedené **komisia prostredníctvom verejného obstarávateľa žiada uchádzača o nahradenie osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko uvedenú osobu uchádzač v predloženej ponuke uviedol ako subdodávateľa a verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní určil podmienku účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) vo vzťahu k subdodávateľom, ktorou je AA na základe identifikácie existencie dôvodu na vylúčenie uvedenej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní spočívajúceho v nepreukázaní podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní; (...) Na základe vyššie uvedených identifikovaných nezrovnalostí a nejasností **komisia žiada prostredníctvom verejného obstarávateľa uchádzača o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov podľa tejto žiadosti a o nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, ktorej zdrojmi uchádzač preukazuje splnenie podmienky účasti určenej podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, resp. osoby ktorej kapacitami uchádzač preukazuje splnenie vyššie uvedených podmienok účasti určených podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a ktorého uchádzač súčasne uviedol ako subdodávateľa v nadväznosti na podmienku určenú verejným obstarávateľom podľa § 41 ods.

1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorou je AA na základe vyššie uvedených skutočností vrátane predloženia dokladov preukazujúcich splnenie všetkých podmienok účasti určených verejným obstarávateľom, ktoré uchádzač preukazoval prostredníctvom zdrojov, resp. kapacít uvedeného hospodárskeho subjektu, v lehote najneskôr do piatich pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti uchádzačovi spôsobom uvedeným v bode 10. súťažných podkladov (...).“.

52. Navrhovateľ dňa 4. 4. 2022 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS eZakazky dokument z toho istého dňa označený ako „Odpoveď na Písomnú žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov určených na preukázanie splnenia podmienok účasti a o nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých Zákonov - „Výstavba mestskej plavárne v Ružomberku““ (ďalej len „odpoveď č. 2“), v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol, cit.: „(...) vyhlásenie o obrate hospodárskeho subjektu s obchodným menom AA (ďalej len „AA“), ktoré je podpísané BB, miestopredsedom predstavenstva; komisia identifikovala z verejne dostupných zdrojov, konkrétne z výpisu z obchodného rejstříku vedeného Krajským soudem v Brně, oddíl B, vložka 6873, skutočnosť, že tento hospodársky subjekt má v uvedenom dokumente zapísaný, cit.: „Způsob jednání: Členové představenstva zastupují společnost dva společně, přičemž alespoň jedním z nich musí být předseda nebo místopředseda představenstva. Jednotlivý člen představenstva může zastupovat společnost samostatně, jen jestliže ho k tomu v určitém rozsahu a na určitou dobu nepřesahující jeden rok představenstvo pověří svým rozhodnutím. To nebrání, aby člen představenstva zastoupil společnost samostatně jako zmocněnec, byl-li společností, za kterou jednali podle výše uvedeného pravidla dva členové představenstva společně, zmocněn k určitému právnímu jednání.“ - **BB disponuje spomínaným poverením, ktoré prikladáme v prílohe** - AA spĺňa podmienky určené v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Preukazujú to predložené dokumenty - v prílohe dopĺňame výpis z registra trestov - CC, výpis z registra trestov - DD. D je zapísaný aj v Zozname hospodárskych subjektov spoločnosti AA, reg. číslo xxxxx. (...)“.

53. Kontrolovaný dňa 20. 4. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS eZakazky dokument z toho istého dňa označený ako „Písomné upovedomenie o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania“ (ďalej len „vylúčenie“), v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) **Uchádzač** v určenej lehote **nenahradil osobu** podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorej zdroje využil na preukázanie splnenia podmienky účasti určenej verejným obstarávateľom podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní podľa žiadosti verejného obstarávateľa, čím **verejnému obstarávateľovi vznikla povinnosť** určená v § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní **vylúčiť uchádzača** z tohto verejného obstarávania z dôvodu, že uchádzač **nenahradil inú osobu**, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, **v určenej lehote inou osobou**, ktorá spĺňa určené požiadavky. (...)“.

Právny rámec

54. 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.

55. 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.
56. Podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie finančného a ekonomického postavenia využiť finančné zdroje inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.
57. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.
58. Podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní jednotný európsky dokument na účely tohto zákona je dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.
59. Podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo záujemca použije jednotný európsky dokument, verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania kedykoľvek v jeho priebehu uchádzača alebo zájemcu písomne požiadať o predloženie dokladu alebo dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom. Uchádzač alebo záujemca doručí doklady verejnému obstarávateľovi alebo

obstarávateľovi do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.

60. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže v súvislosti s dôvodom na vylúčenie podľa odseku 6 písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do
- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).
61. Podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie.
62. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.
63. Podľa § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky.
64. Podľa § 40 ods. 6 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nenahradil subdodávateľa, ktorý nespĺňa požiadavky určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom novým subdodávateľom, ktorý spĺňa určené požiadavky, v lehote podľa § 41 ods. 2.

Právne posúdenie námietok

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

65. Úrad považuje za potrebné v úvode právneho posúdenia uviesť skutkový stav, ktorý predchádzal podaniu námietok navrhovateľa v danom prípade. Kontrolovaný dňa 2. 3. 2022 doručil navrhovateľovi žiadosť o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou od navrhovateľa žiadal vysvetliť nezrovnalosti identifikované v jeho ponuke, týkajúce sa spôsobu preukazovania podmienok účasti. Úrad k tomu dodáva, že navrhovateľ v úvode svojich námietok tvrdí, že kontrolovaný ho žiadosťou o vysvetlenie v zmysle § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní požiadal o predloženie dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom (ďalej aj ako „JED“). Úrad na základe analýzy žiadosti o vysvetlenie konštatuje, že kontrolovaný navrhovateľa nevyzval na predloženie dokladov nahradených JEDom podľa

§ 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ale len v zmysle § 40 ods. 4 tohto zákona žiadal o vysvetlenie nezrovnalostí, ktoré sa týkali okrem iného aj informácií uvedených v jednotnom európskom dokumente. Navrhovateľ tak ešte nemal povinnosť predložiť všetky doklady nahradené JEDom a úrad preto predloženie predmetných dokladov, predložených v rámci odpovede č. 1 zo dňa 9. 3. 2022 považuje za krok navrhovateľa vykonaný z jeho vlastnej iniciatívy, ktorý však nie je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný dňa 28. 3. 2022 doručil navrhovateľovi žiadosť o nahradenie inej osoby, t. j. spoločnosti AA, a to z dôvodu, že v dokumentoch predložených v rámci odpovede č. 1 absentujú tri doklady, ktorými sú splnomocnenie pre BB oprávňujúce ho podpísať čestné vyhlásenie o prehľade o dosiahnutom obrate v zmysle oddielu A.2 „PODMIENKY ÚČASTI“, bodu 3 „Podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia“ podbodu 3.2 súťažných podkladov a dva výpisy z registra trestov, osôb CC a DD. Navrhovateľ následne dňa 4. 4. 2022 v rámci odpovede č. 2 namiesto nahradenia inej osoby doručil kontrolovanému chýbajúce doklady.

66. Úrad v kontexte uvedeného uvádza, že predmetom námietok doručených úradu je vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže, a to z dôvodu, že podľa kontrolovaného navrhovateľa nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti, ktorá nespĺňa určené požiadavky. Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že v predmetnom konaní bolo jeho úlohou posúdiť, či vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže a úkony kontrolovaného, ktoré predchádzali predmetnému vylúčeniu, boli uskutočnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, jeho princípmi a na podklade náležite zisteného skutkového stavu.
67. Úrad vo všeobecnosti uvádza, že **vyhodnocovanie ponúk, vrátane vyhodnocovania podmienok účasti, je výlučne v diskrečnej právomoci kontrolovaného, tzn. že úrad nemá právomoc vyhodnocovať ponuky**, teda v danom prípade nemá právomoc rozhodnúť, či úspešný uchádzač spĺňa alebo nespĺňa podmienky účasti. Úrad preto v rámci právneho posúdenia podrobí postup kontrolovaného skúmaniu len v takom rozsahu, či kontrolovaný pri vyhodnocovaní podmienok účasti postupoval v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či úkony kontrolovaného, vykonané v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, boli v súlade s týmto zákonom a či kontrolovaný neopomenul vykonať úkony, ktoré mu vyplývajú z tohto zákona.
68. Verejný obstarávateľ je povinný v celom procese verejného obstarávania, teda aj pri vyhodnocovaní podmienok účasti, dodržiavať princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Znamená to, že verejný obstarávateľ má pri vyhodnocovaní podmienok účasti pristupovať ku všetkým uchádzačom rovnako, transparentne a nediskriminačne.
69. Úrad v kontexte uvedeného dáva do pozornosti predovšetkým podstatu princípu proporcionality zakotvenú v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou je, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie cieľov. **V prípade ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, verejný obstarávateľ by sa mal prikloniť k najmenej obmedzujúcemu opatreniu a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom.** Na správnu aplikáciu tohto princípu je teda nevyhnutné poznať cieľ, ku ktorému má konanie verejného obstarávateľa a obstarávateľa smerovať. Ak k danému cieľu vedie viacero možných ciest, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sa majú prikloniť k tej najmenej obmedzujúcej pre hospodárske subjekty vo verejnom obstarávaní. Princíp proporcionality sa obdobne ako ostatné princípy aplikuje vždy s prihliadnutím na konkrétnu skutkovú situáciu. **Verejný obstarávateľ a obstarávateľ by sa pri každom rozhodovaní v procese verejného obstarávania mali**

zamyslieť nad tým, či nemožno vzniknutú situáciu vyriešiť aj menej obmedzujúcim opatrením, samozrejme, za súčasného dodržania ostatných princípov vo verejnom obstarávaní.

70. Vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní upravuje § 40 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že súčasťou hodnotiaceho procesu je aj inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov. Využitie inštitútu v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné najmä v prípade, ak predložené doklady dostatočným spôsobom nepreukazujú splnenie podmienok účasti a to z dôvodu, že ich nie je možné spoľahlivo posúdiť, pričom ich je možné vysvetlením jednoducho objasniť alebo dovysvetliť. Ustanovenie **§ 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní ukladá povinnosť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti**. Využitie predmetného inštitútu je opodstatnené najmä vzhľadom na potrebu zabezpečenia princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, ktorý predpokladá získanie najlacnejšej ponuky, resp. ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu ponúk uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením/doplnením odstrániť.
71. V kontexte vyššie uvedených súvislostí úrad poukazuje na to, že **vylúčenie uchádzača z procesu verejného obstarávania je najtvrdším zásahom do práva zúčastniť sa verejného obstarávania**. Aby bolo možné charakterizovať vylúčenie uchádzača ako dôvodné a vykonané v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho princípmi, **vylúčenie musí byť založené na riadne preskúmateľnom skutkovom stave, zistenom za použitia nesporných dôkazných prostriedkov a v neposlednom rade musí byť riadne a zrozumiteľne odôvodnené**. V opačnom prípade môže vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania znamenať svojvôľu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a popretie samotného princípu transparentnosti a vo výsledku aj zúženie hospodárskej súťaže v oblasti predmetu zákazky.
72. Aby bolo možné jednoznačne konštatovať, či si navrhovateľ splnil svoju povinnosť vyplývajúcu mu zo žiadosti o nahradenie inej osoby, je v prvom rade potrebné preskúmať, či vôbec nastali také skutočnosti, ktoré oprávňovali, resp. zaväzovali kontrolovaného pristúpiť k využitiu inštitútu nahradenia inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že na to, aby pre kontrolovaného nastala povinnosť požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby, musia u inej osoby existovať dôvody na jej vylúčenie.
73. Vychádzajúc z ust. § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a v zmysle uvedeného v bode 71. tohto rozhodnutia, t. j. že vylúčenie z verejnej súťaže je najtvrdším zásahom do práva zúčastniť sa verejnej súťaže a preto kontrolovaný by mal, v prípade, že je to možné, zvoliť menej obmedzujúce opatrenie, má úrad za to, že aj inštitút nahradenia inej osoby patrí medzi opatrenia, ktorý by mal kontrolovaný využiť až v nevyhnutnom prípade, t. j. ak už neexistuje možnosť využitia menej obmedzujúceho opatrenia. **Uvedený názor úrad odôvodňuje tým, že predmetným opatrením, t. j. žiadosťou o nahradenie inej osoby kontrolovaný zamedzuje hospodárskemu subjektu, inej osobe, zúčastniť sa verejnej súťaže a prípadne podieľať sa na realizácii predmetu zákazky, hoc len v postavení inej osoby, ktorá poskytuje navrhovateľovi svoje kapacity. Zároveň týmto opatrením kontrolovaný zamedzuje navrhovateľovi využívať kapacity ním zvoleného hospodárskeho subjektu a vystavuje ho riziku, že v stanovenej lehote nestihne nájsť nový hospodársky subjekt, ktorý mu bude ochotný poskytnúť svoje kapacity, čím dôjde k vylúčeniu samotného navrhovateľa z verejnej súťaže**. Na základe uvedeného má úrad

za to, že kontrolovaný pred tým, než s konečnou platnosťou požiada navrhovateľa o nahradenie inej osoby, by mal využiť všetky menej obmedzujúce opatrenia, ktoré mu poskytuje právna úprava, a až v prípade, ak takáto možnosť neprichádza do úvahy, tak na základe preukázaného dôvodu na vylúčenie inej osoby má pristúpiť k žiadosti o jej nahradenie.

74. Úrad uvádza, že kontrolovaný dňa 2. 3. 2022 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie nezrovnalostí, ktoré identifikoval v ponuke navrhovateľa, konkrétne v jednotnom európskom dokumente predloženom za samotného navrhovateľa. Kontrolovaný následnou žiadosťou zo dňa 28. 3. 2022 už žiadal navrhovateľa o nahradenie inej osoby, a to na základe identifikovaných nedostatkov v dokladoch predložených v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie zo dňa 2. 3. 2022 a predložených za účelom preukázať splnenie požiadaviek v zmysle § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní u inej osoby, ktoré pôvodne v predloženej ponuke nahradil jednotným európskym dokumentom. Úrad teda konštatuje, že **kontrolovaný pred požiadaním o nahradenie inej osoby nevyužil inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienok účasti inej osoby**.
75. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení uvádza, že pred vylúčením navrhovateľa z verejnej súťaže využil zákonom stanovené inštitúty, prostredníctvom ktorých mal navrhovateľ vytvorenú možnosť na preukázanie splnenia podmienok účasti (bod 33. tohto rozhodnutia). Úrad s týmto názorom kontrolovaného nesúhlasí, nakoľko kontrolovaný dal možnosť navrhovateľovi vysvetliť nezrovnalosti identifikované v dokladoch predložených v rámci ponuky a predložených za navrhovateľa, nie nedostatky identifikované v dokladoch predložených v rámci odpovede č. 1, ktoré pôvodne boli v ponuke navrhovateľa nahradené JEDom a ktoré predložil za inú osobu.
76. Úrad v kontexte uvedeného dodáva, že nezrovnalosti kontrolovaným identifikované v ponuke navrhovateľa sú iné od nedostatkov, ktoré kontrolovaný identifikoval v dokladoch predložených v rámci odpovede č. 1. Nezrovnalosti identifikované v rámci ponuky sa týkajú jednotného európskeho dokumentu predloženého za navrhovateľa, zatiaľ čo nedostatky identifikované v dokladoch predložených v rámci odpovede č. 1 sa týkajú dokladov inej osoby, ktorou navrhovateľ preukazuje splnenie podmienok účasti, nie dokladov týkajúcich sa samotného navrhovateľa, t. j. týkajú sa konkrétnych dokladov predložených na preukázanie splnenia požiadaviek podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. To znamená, že navrhovateľ nemal priestor na vysvetlenie kontrolovaným zistených nedostatkov v dokladoch predložených v rámci odpovede č. 1, nakoľko kontrolovaný mu nedoručil žiadnu žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou by ho žiadal vysvetliť ním zistené nedostatky v dokladoch predložených za inú osobu podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
77. Úrad má ďalej za to, že kontrolovaným zistené nedostatky, t. j. chýbajúce splnomocnenie a dva výpisy z registra trestov, sú takého charakteru, ktoré je možné prostredníctvom inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vysvetliť, resp. doplniť, nakoľko dodatočným predložením týchto dokladov pôjde o doplnenie už predložených dokladov.
78. Úrad v tejto veci poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 12780-9000/2020 zo dňa 7. 10. 2020, v ktorom Rada úradu v bodoch 99. a 101. konštatovala, cit.: „*Ako vyplýva aj z bodu 30 rozhodnutia úradu č. 13636-6000/2013-ON/357 zo dňa 05. 02. 2014 aj v uvedenom prípade*

k jednej z podmienok účasti výslovne absentoval doklad požadovaný verejným obstarávateľom. V ponuke uchádzača v predmetnej veci sa síce nachádzali určité doklady, konkrétne „Zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo“ medzi navrhovateľom a spoločnosťou ZZ, tabuľka, obsahom ktorej bol zoznam šiestich uskutočnených stavebných prác a ďalšie doklady, avšak v ponuke navrhovateľa absentoval doklad preukazujúci, že osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, t. j. spoločnosť ZZ, spĺňa podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) v tom čase platného a účinného zákona o verejnom obstarávaní. Rada v nadväznosti na uvedené konštatuje, že aj rozhodovacia prax úradu svedčí o možnosti predložiť aj výslovne absentujúci doklad, pokiaľ sa tento doklad týka konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej v úmysle preukázať jej splnenie, uchádzač už vo svojej ponuke predložil určité doklady. (...) Podľa rady mal teda úrad vo vyššie uvedenom prípade za to, že verejný obstarávateľ mal pristúpiť k výzve na predloženie absentujúceho dokladu k podmienke účasti, ku ktorej uchádzač už v úmysle preukázať túto podmienku účasti určité doklady predložil, avšak nie v takom rozsahu, aby bolo možné preskúmať splnenie podmienky účasti ako takej, teda v jej celku. Podľa rady z logiky veci pritom vyplýva, že na to, aby doplnený doklad mohol preukázať splnenie tej skutočnosti, ktorú nebolo možné z už predložených dokladov posúdiť, musel byť inej povahy (či z formálnej alebo materiálnej stránky).“.

79. Na základe uvedenej konštatácie Rady úradu úrad uvádza, že v danom prípade kontrolovaný z predložených dokladov zistil absenciu splnomocnenia pre BB oprávňujúce ho podpísať čestné vyhlásenie o prehľade o dosiahnutom obrate a výpisov z registra trestov osôb CC a DD, nakoľko tieto osoby, podľa kontrolovaného, neboli zapísané v Sezname kvalifikovaných dodavateľů vo vzťahu k spoločnosti AA, ktorá je v zmysle JEDu predloženého v ponuke navrhovateľa v postavení inej osoby. Úrad analýzou navrhovateľom predložených dokladov v rámci odpovede č. 1 zistil, že navrhovateľ okrem iného predložil za túto inú osobu čestné vyhlásenie o prehľade o dosiahnutom obrate a zároveň iná osoba bola zapísaná v Sezname kvalifikovaných dodavateľů, ako aj v Zozname hospodárskych subjektov. Z uvedeného je zrejmé, že navrhovateľ predložil doklady, ktorými preukazoval splnenie podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia u inej osoby a zároveň disponoval zápisom v Zozname hospodárskych subjektov, preukazujúci splnenie podmienky účasti osobného postavenia u inej osoby. Nakoľko navrhovateľ predložil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia a finančného a ekonomického postavenia, tak dodatočným predložením absentujúcich dokladov by navrhovateľ len doplnil už predložené doklady. Nejednalo by sa o predloženie úplne nových dokladov, preukazujúcich splnenie takej podmienky účasti, ku ktorej by navrhovateľ vo svojej ponuke nič nepredložil.

80. Úrad ďalej uvádza, že aby kontrolovanému vyvstala povinnosť požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby, musí konštatovať, že u inej osoby existujú dôvody na jej vylúčenie. Úrad preto nerozumie tomu, ako mohol kontrolovaný jednoznačne konštatovať nesplnenie podmienok podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, resp. nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia (bod 51. tohto rozhodnutia), keď ani nedisponoval všetkými potrebnými dokladmi, na základe ktorých by mohol k záveru o splnení/nesplnení podmienky účasti osobného postavenia dospieť. Kontrolovaný by mal poznať úplný skutkový stav, alebo aspoň vynaložiť dostatočné úsilie na to, aby ho zistil⁷, a až následne konštatovať splnenie/nesplnenie tej-ktorej podmienky účasti. Úrad je toho názoru, že v danom prípade

⁷ K uvedenému pozri bod 147. rozhodnutia Rady úradu č. 2947-9000/2021 zo dňa 1. 4. 2021 dostupné na webovej adrese: https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/rada-uradu/odvolania/prehľad-rozhodnutí-podľa-zákona-c-3432015-z-z-5c5.html?text=2947&col_1=&ext=0&sort=col_0&sort-dir=DESC

kontrolovaný konštatoval nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia inej osoby predčasne, teda bez toho, aby riadne zistil skutkový stav veci.

81. Úrad má za to, že s ohľadom na skutočnosť, že kontrolovaný konštatoval nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia predčasne bez riadneho zistenia skutkového stavu, tak **neboli splnené podmienky, ktoré by oprávňovali, resp. zaväzovali kontrolovaného požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.**
82. Úrad v kontexte skutočností uvedených vo vzťahu k pochybeniu kontrolovaného, ktorý nesprávnym spôsobom využil inštitút žiadosti o nahradenie inej osoby zo dňa 28. 3. 2022, konštatuje, že ostatné nasledujúce úkony kontrolovaného a navrhovateľa, ktoré vznikli na podklade pochybenia kontrolovaného, sú bez právneho základu. To znamená, že skutočnosť, že navrhovateľ nenahradil inú osobu (AA), prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti, nezakladá dôvod na vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže.
83. Na základe uvedených skutočností má úrad za to, že kontrolovaný pred tým, než požiadal navrhovateľa o nahradenie inej osoby mal navrhovateľa požiadať o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v danom prípade ide o menej obmedzujúce a k vzniknutej situácii primeranejšie opatrenie, preto úrad považuje námietky navrhovateľa **za opodstatnené.**
84. Úrad na záver považuje za potrebné vyjadriť sa k tvrdeniu kontrolovaného uvedenému vo vyjadrení v bodoch 39., 41. a 43. tohto rozhodnutia, podľa ktorého navrhovateľ doklady preukazujúce splnenie podmienok podľa § 34 ods. 3, resp. 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní predložil až v rámci podaných námietok. Úrad k uvedenému tvrdeniu kontrolovaného uvádza, že navrhovateľ predmetné doklady, t. j. splnomocnenie pre osobu BB a výpisy z registra trestov osôb CC a DD predložil už v rámci odpovede č. 2, teda po tom, ako ho kontrolovaný informoval o ich absencii. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že kontrolovaný by mal predmetné doklady brať do úvahy v procese vyhodnocovania podmienok účasti a náležite by sa s nimi mal zaoberať.
85. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
86. Podľa § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Úrad má za to, že **vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže nemožno považovať za súladné s ustanoveniami § 40 ods. 4 a ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, ako ani s princípom proporcionality podľa § 10 ods. 2 tohto zákona. Úrad konštatuje, že v danom prípade neboli splnené podmienky pre aplikáciu, resp. „aktivizáciu“ povinnosti kontrolovaného požiadať navrhovateľa podľa § 40 ods. 5 písm. c) tohto zákona o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, nakoľko z navrhovateľom predložených dokladov nebolo možné**

jednoznačne konštatovať nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia u inej osoby, pričom kontrolovaný na riadne zistenie skutkového stavu nevyužil inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného kontrolovaný svojím postupom konal v rozpore s § 40 ods. 4 a ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a zároveň v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko v tejto fáze verejného obstarávania nie je možné jednoznačne konštatovať, že by predmetné verejné obstarávanie smerovalo k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v zmysle výroku tohto rozhodnutia, pretože s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetný postup zadávania zákazky nevykazoval znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.

87. Podľa § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu všetkých princípov verejného obstarávania, a to v celom procese postupu zadávania zákazky. Aby sa kontrolovaný v budúcnosti vyhol zistenému nezákonnému konaniu, musí v prvom rade postupovať transparentne tak, že riadne preskúma skutkový stav ohľadom preukazovania splnenia podmienok účasti. Kontrolovaný by mal dostatočne overiť sporné skutočnosti a s určitosťou viesť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača, ku ktorému má kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností. Podľa úradu je potrebné, aby kontrolovaný v prípade identifikovania nejasností a nezrovnalostí uplatnil inštitút vysvetlenia a/alebo doplnenia predložených dokladov, a to v prípade potreby aj opakovane. Takáto žiadosť o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov nesmie byť však formulovaná všeobecne, ale musí byť konkrétna a zrozumiteľná, teda aby z nej bolo zrejmé čo kontrolovaný požaduje vysvetliť/doplniť a zároveň musí obsahovať aj úvahy a závery kontrolovaného, ktoré ho viedli k využitiu inštitútu vysvetlenia/doplnenia predložených dokladov. Kontrolovaný by mal využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač, resp. iná osoba podľa § 34 ods. 3, resp. § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní posudzované podmienky účasti splnil alebo nesplnil a vylúčiť ho až po preverení všetkých skutočností a po utvrdení sa, že podmienky účasti neboli splnené. V takom prípade by mal kontrolovaný v súlade s princípom transparentnosti uviesť konkrétne dôvody, na základe ktorých sa rozhodol pristúpiť k vylúčeniu uchádzača.
88. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť o námietkach navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.
89. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.

Kaucia

90. 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.
91. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú za podanie námietok v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 187i tohto zákona. 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 spät'vzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručuje:

1. XY – navrhovateľ
2. CZT Ružomberok, s. r. o., Bystrická cesta 1, 034 01 Ružomberok, IČO: 36820300 – kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka