

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b), 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 XXX, zastúpený splnomocnencom YYY, na základe plnomocenstva zo dňa 26. 04. 2022 (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 proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky „Súvislé kobercové opravy ciest na území KSK“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Správa ciest Košického samosprávneho kraja**, Námestie Maratónu mieru 1, 042 66 Košice, IČO: 35555777 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 023-056391 zo dňa 02. 02. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 35/2022 zo dňa 03. 02. 2022 pod značkou 9704 - MSP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie **podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nariaďuje** kontrolovanému **Správa ciest Košického samosprávneho kraja**, Námestie Maratónu mieru 1, 042 66 Košice, IČO: 35555777 vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Súvislé kobercové opravy ciest na území KSK“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 023-056391 zo dňa 02. 02. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 35/2022 zo dňa 03. 02. 2022 pod značkou 9704 - MSP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne **zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa XXX, zo dňa 23. 05. 2022** označené ako „Oznámenie o vylúčení uchádzača a vylúčení ponuky uchádzača“, **zaradiť ponuku navrhovateľa späť do procesu verejnej súťaže a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa z hľadiska splnenia podmienok účasti a z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.**

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 02. 06. 2022 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 proti vylúčeniu z verejnej súťaže. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 02. 06. 2022 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému ERANET (ďalej len „IS ERANET“), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje.
2. Úrad 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

¹ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente) v znení neskorších predpisov
Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

3. 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.
4. 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.
5. V zmysle § 187h ods. 1 a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní úrad konštatuje, že predmetná verejná súťaž bola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 023-056391 zo dňa 02. 02. 2022, pričom predmetné oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo odoslané dňa 28. 01. 2022 na uverejnenie, t. j. bolo odoslané na uverejnenie do 30. marca 2022, preto sa v tomto prípade postup zadávania zákazky – verejná súťaž dokončí podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
6. 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 podaných námietok, ako aj postup úradu v predmetnom konaní, sa spravuje právnymi predpismi účinnými do 30. 03. 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**“).
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 obligatórne náležitosti námietok podľa § 170 ods. 5 tohto zákona. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnej verejnej súťaži predložil ponuku v elektronickej podobe dňa 26. 04. 2022 o 11:17 hod., prostredníctvom informačného systému ERANET.
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 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. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že je povinnosťou navrhovateľa, ktorý nie je orgánom štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu, a to v lehote a vo výške podľa § 172 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad s poukazom na predmetnú verejnú súťaž konštatuje, že navrhovateľ bol v danom prípade v zmysle ust. § 172 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní povinný s podaním námietok zložiť kauciu vo výške 0,1% z predpokladanej hodnoty zákazky (62 347 939,75 EUR bez DPH), najmenej však 2000 eur a najviac 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a) tohto zákona. Nakoľko v danom prípade 0,1% z predpokladanej hodnoty zákazky činí po zaokrúhlení na dve desatinné miesta sumu 62 347,94 EUR, čo je viac ako zákonom stanovená maximálna výška kaucie 50 000 EUR, **navrhovateľ bol povinný zložiť na účet úradu kauciu vo výške 50 000,- EUR.** Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu **dňa 03. 06. 2022 kauciu vo výške 50 000,- EUR.**
11. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené všetky procesné podmienky pre konanie vo veci a vydanie meritórneho rozhodnutia.

Námietky navrhovateľa

12. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že dňa 23. 05. 2022 mu kontrolovaný doručil „Oznámenie o vylúčení uchádzača a vylúčení ponuky uchádzača“ zo dňa 23. 05. 2022 (ďalej len „**oznámenie o vylúčení**“), ktorým mu oznámil, že bol vylúčený z tejto verejnej súťaže z dvoch dôvodov, a to podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný svojim konaním porušil nasledovné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní: § 10, § 40 ods. 6 písm. a), § 40 ods. 1, § 40 ods. 4 a § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
13. **K prvému dôvodu vylúčenia na základe § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre údajné nesplnenie podmienok účasti**, navrhovateľ uvádza, že podľa záverov odôvodnenia oznámenia o vylúčení, pristúpil kontrolovaný k jeho vylúčeniu z dôvodu, že uchádzač nesplnil podmienku účasti uvedenú v § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní, ako jednu z podmienok technickej a odbornej spôsobilosti:
- a to, že uchádzač nepredložil kontrolovanému požadované opatrenie environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy,
 - a to konkrétne, že **nepredložil certifikát EMAS - a to v podobe rovnocennej s registráciou EMAS**, ktorú kontrolovaný požadoval v bode 27.38 časti D súťažných podkladov (aj keď kontrolovaný nesprávne označuje tento bod ako bod 3.5.).
14. Navrhovateľ namieta porušenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keďže na základe tohto dôvodu vylúčenia (nepredloženia EMAS certifikátu) **nebol kontrolovaný oprávnený ihneď pristúpiť k vylúčeniu uchádzača, ale kontrolovaný bol v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní povinný požiadať uchádzača o vysvetlenie v tejto veci údajného nepredloženia EMAS certifikátu - v podobe požadovanej kontrolovaným.** Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní podľa

ktorého: „*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.*“

15. Navrhovateľ poukazuje na tú skutočnosť, že kontrolovaný napriek dvom rozsiahlym Žiadosťami o vysvetlenie (1. žiadosť zo dňa 10. 05.2022, 2. žiadosť zo dňa 18. 05. 2022) ani v jednej zo žiadostí **nežiadal uchádzača vysvetlenie vo veci certifikátu EMAS, resp. ani v jednej z dvoch žiadostí o vysvetlenie kontrolovaný žiadnym spôsobom nespomenul, že vidí nesplnenie podmienky účasti z dôvodu nepredloženia EMAS certifikátu, resp. že z uchádzačom predložených dokladov nevie posúdiť splnenie podmienky účasti vo veci predloženia EMAS certifikátu.**
16. Podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný tým, že nepožiadaval uchádzača o vysvetlenie vo veci splnenia podmienky účasti týkajúcej sa predloženia EMAS certifikátu - údajne v podobe v akej kontrolovaný požadoval - a následne tým, že kontrolovaný bez predchádzajúcej žiadosti o vysvetlenie vo veci EMAS ihneď pristúpil k vylúčeniu uchádzača z dôvodu nepredloženia EMAS certifikátu, porušil nie len § 40 ods. 4, ale súčasne **hrubo porušil aj princíp proporcionality**, ktorý prikazuje obstarávateľom primerane aplikovať inštitúty zákona o verejnom obstarávaní. Princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. Navrhovateľ v tejto súvislosti dodáva, že existuje celý rad rozhodnutí a usmernení úradu aj judikatúry súdov, ktoré jednoznačne potvrdzujú, že pred aplikovaním inštitútu vylúčenia - ako najtvrdšieho zásahu, je obstarávateľ povinný najskôr požiadať uchádzača o vysvetlenie k danej veci, resp. o doloženie dokladov.
17. Súčasne týmto podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný **hrubo porušil aj princíp transparentnosti**, ktorý prikazuje obstarávateľom, aby viedli verejné obstarávanie transparentným a **právne predvídateľným spôsobom**. Zároveň, aby všetky svoje rozhodnutia prijímali s plným odôvodnením teda tak, aby bol riadne odôvodnený a preskúmateľný postup a vlastné rozhodnutie obstarávateľa. V zmysle tohto princípu transparentnosti je teda neprípustné, aby kontrolovaný prijal akékoľvek svoje rozhodnutie iba na základe strohého konštatovania, že došlo k naplneniu toho ktorého ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, a je neprípustné iba formálne odkázať na konkrétne ustanovenie zákona o verejnom obstarávaní, avšak bez uvedenia celého myšlienkového postupu kontrolovaného, ktorý ho priviedol k záveru vylúčiť uchádzača **a najmä bez odôvodnenia prečo kontrolovaný bol nútený považovať nepredloženie certifikátu EMAS - údajne v podobe v akej ho kontrolovaný požadoval, za tak závažné nesplnenie súťažných podmienok, že aj bez podania žiadosti kontrolovaného k tejto veci, zhodnotil kontrolovaný vylúčenie uchádzača ako jediný a súčasne primeraný postup, ktorý bol kontrolovaný oprávnený a súčasne povinný za danej situácie aplikovať.**
18. K povinnosti dodržiavať tak princíp transparentnosti ako aj princíp proporcionality a ostatné princípy verejného obstarávania navrhovateľ cituje metodické usmernenie úradu č. 4822-5000/2020 zo dňa 23. 03. 2020, v ktorom je uvedené nasledovné: „*Princíp transparentnosti vo verejnom obstarávaní totiž vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal prehľadným a predvídateľným spôsobom, aby sa tak zaručila absencia svojvoľného konania zo strany verejného obstarávateľa. V súlade s princípom transparentnosti zároveň musí byť akýkoľvek úkon verejného obstarávateľa vykonaný v súvislosti so zadávaním zákazky (a teda aj úkon kontrolovaného, ktorým rozhodol o zrušení použitého postupu zadávania zákazky) náležite preskúmateľný, a to či už zo strany úradu alebo zo strany samotných uchádzačov.*“ (bod 42)“

19. Ďalej navrhovateľ cituje z rozhodnutia Krajského súdu v Bratislave, ktorý v rozsudku č. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 09. 2011 judikoval, že vyššie uvedená kontrola má právnu oporu v zakotvení zásady transparentnosti, ktorá zabezpečuje: „aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom“, pretože „transparentnosť procesu zadávania zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov“. Dodržiavanie zásady transparentnosti verejným obstarávateľom je teda jedným zo základných predpokladov dosiahnutia účelu verejného obstarávania a jej nedodržaním dochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní. K porušeniu zásady transparentnosti môže v procese zadávania verejnej zákazky dôjsť v tom prípade, ak by sa v postupoch verejného obstarávateľa vyskytovali také prvky, ktoré by verejné obstarávanie robili nekontrolovateľným, horšie kontrolovateľným, nečitateľným alebo neprehľadným, **prípadne prvky, ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov verejného obstarávateľa**. Princíp transparentnosti vo verejnom obstarávaní vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal prehľadným a predvídateľným spôsobom, aby sa tak zaručila absencia svojvoľného konania zo strany verejného obstarávateľa. “
20. Navrhovateľ následne vo svojich námietkach poukazuje na znenie súťažných podkladov, pričom má za to, že kontrolovaný porušil § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keďže neoprávnene aplikoval prvý dôvod vylúčenia uchádzača.
21. Na margo kontrolovaným posúdenej skutočnosti, že uchádzač údajne nesplnil podmienku účasti tým, že nepredložil certifikát EMAS vo forme rovnocennej s registráciou v EMAS, navrhovateľ namieta, že toto posúdenie kontrolovaného je rozporné so znením súťažných podkladov a teda, že kontrolovaný porušil § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, a to z dôvodu, že v bode 27.38. časti D súťažných podkladov, v odseku Minimálna požadovaná úroveň kontrolovaný požaduje: „Uchádzač predloží certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie“ a rovnako v druhom odseku opakovane uvádza: „Splnenie tejto podmienky účasti možno preukázať registráciou v schéme EMAS, prípadne validovaným environmentálnym vyhlásením“, avšak v odôvodnení vylúčenia uchádzača, kontrolovaný uvádza, že ak uchádzač predložil do ponuky dokument s názvom: „Vyhlásenie enviromentálneho overovateľa o overovaní a validácii“ **tak tento dokument podľa kontrolovaného nie je v súlade s požiadavkami bodu 27.38. súťažných podkladov**.
22. Navrhovateľ namieta, že argumentácia kontrolovaného založená na vyjadrení, že tento dokument nie je rovnocenný registrácii EMAS **je rozporná vo vzťahu k požiadavkám kontrolovaného, ktoré sú uvedené v bode 27.38. súťažných podkladov**, kde kontrolovaný uvádza opakovane, že cit.: „Splnenie tejto podmienky účasti možno preukázať registráciou v schéme EMAS, prípadne validovaným environmentálnym vyhlásením.“
23. Podľa navrhovateľa je pravdou, že toto vyhlásenie nie je rovnocenné registrácii, **avšak kontrolovaný v súťažných podkladoch umožnil uchádzačom splniť túto podmienku súťaže aj predloženým validovaného enviromentálneho vyhlásenia, a navrhovateľ sa preto riadil plne znením súťažných podkladov**. Na tomto mieste preto opätovne navrhovateľ poukazuje nie len na porušenie § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý ukladá obstarávateľom **posudzovať splnenie podmienok účasti v súlade so súťažnými podkladmi**, ale poukazuje **opäť aj na porušenie princípu transparentnosti**, ktorý ukladá obstarávateľom povinnosť viesť obstarávanie predvídateľným spôsobom.
24. Navrhovateľ preto namieta, že **kontrolovaný nie je oprávnený neakceptovať alternatívu, ktorú popri možnosti registrácie v schéme sám určil a to alternatívu -**

validovaného enviromentálneho vyhlásenia, a teda z dôvodu predloženia alternatívy, ktorá bola uvedená v súťažných podkladoch, nie je kontrolovaný oprávnený vylúčiť uchádzača, ale je povinný akceptovať aj validované enviromentálne vyhlásenie - **ak je toto uvedené priamo ako alternatíva v znení súťažných podkladov**.

25. Na margo tej veci, že kontrolovaný uvádza, že ak je vyhlásenie vydané na spoločnosť právneho predchodcu, tak toto vyhlásenie nie je možné považovať za vyhlásenie za spoločnosť právneho nástupcu navrhovateľ namieta, že ide o nesprávny právny názor kontrolovaného a nesprávny výklad právnej skutočnosti predaja časti podniku, ale akokoľvek by bola táto právna otázka správne vyriešená, mal kontrolovaný povinnosť pred prístupom k vylúčeniu uchádzača, najprv požiadať uchádzača o vysvetlenie, resp. doloženie dokladov, ak z navrhovateľom predložených dokladov kontrolovaný nemal za preukázané splnenie tejto podmienky účasti.
26. Navrhovateľ poznamenáva, že v týchto námietkach nepovažuje za dôvodné rozoberať do detailov podstatu prechodu systémov riadenia na právneho nástupcu, pretože týmito námietkami namieta (viď vyššie) neoprávnenosť vylúčiť navrhovateľa bez toho, aby kontrolovaný požiadal pred vylúčením navrhovateľa o vysvetlenie, resp. doloženie dokladov k tej konkrétnej podmienke účasti, za nesplnenie ktorej kontrolovaný uvažuje o vylúčení navrhovateľa.
27. Nepožiadanim kontrolovaného práve ku konkrétnej podmienke účasti, na základe nesplnenia ktorej kontrolovaný ihneď bez žiadosti o vysvetlenie pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa, je podľa názoru navrhovateľa hrubým porušením princípov verejného obstarávania. Navrhovateľ konštatuje, že v tomto prípade mu nebol poskytnutý zákonom požadovaný priestor obhájiť, vysvetliť dané skutočnosti, resp. doložiť doklady, ak z predložených dokladov kontrolovaný nevie posúdiť splnenie tejto konkrétnej podmienky účasti, pričom obhajobu a doloženie dokladov zákon o verejnom obstarávaní jednoznačne v zmysle § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní umožňuje a súčasne od obstarávateľa požaduje vykonať.
28. V tomto zmysle podľa názoru navrhovateľa preto toto právo na obhajobu a na vysvetlenie nezrovnalostí, resp. právo na doloženie dokladov bolo hrubým spôsobom zo strany kontrolovaného porušené, pričom toto porušenie malo vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže podľa navrhovateľa by za riadneho dodržania postupu podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní bol pravdepodobne vyhlásený za splňajúceho túto konkrétnu podmienku účasti a teda z tohto pohľadu mohol byť pravdepodobne vyhlásený za víťazného uchádzača, a to bez ohľadu na druhú časť vylúčenia, pretože navrhovateľ má za to, že skutočnosť, či došlo k porušeniu zákona, a skutočnosť, či toto porušenie mohlo mať/malo vplyv na výsledok verejného obstarávania je nutné posudzovať samostatne pre každé jednotlivé porušenie zákona. Inak by sa mohlo stať, že by síce obstarávateľ porušil zákon, ale toto porušenie by „samo o sebe“ nemalo vplyv na výsledok verejného obstarávania, pretože by tu existoval aj iný dôvod na vylúčenie, a takého ponímanie by vo svojej podstate umožňovalo „bezstrestne“ obstarávateľom porušovať zákona o verejnom obstarávaní s odôvodnením, že „nevadí“ pretože aj keby bol týmto porušením ovplyvnený výsledok verejného obstarávania, došlo by „aj tak“ k vylúčeniu uchádzača, resp. uchádzačovej ponuky, z iných dôvodov.
29. **K druhému dôvodu vylúčenia na základe § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**, navrhovateľ uvádza, že vylúčenie jeho ponuky je neoprávnené, keďže bol vylúčený na základe neexistujúceho zákonného dôvodu. Navrhovateľ namieta, že kontrolovaný **nebol oprávnený aplikovať túto skutkovú podstatu vylúčenia uvedenú v § 53 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, pretože uchádzač v skutočnosti riadne a včas doručil vysvetlenie v zmysle požiadavky obstarávateľa do 2 pracovných dní.**

Navrhovateľ má za to, že ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je možné aplikovať na vylúčenie uchádzača, ak uchádzač skutočne fyzicky, poštou, alebo elektronicky **nedoručí vysvetlenie** v požadovanej lehote 2, resp. 5 dní.

30. V prípade, ak kontrolovaný mal za to, že navrhovateľom doručené vysvetlenie je nedostatočné, resp. nie je v súlade s požiadavkami na vyhodnotenie ponúk, tak ako požiadavky vyhodnotenia uvádza § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, tak **kontrolovaný mal vylúčiť ponuku navrhovateľa aplikujúc § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní** podľa ktorého: „*Verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak: uchádzačom predložené vysvetlenie ponuky nie je svojim obsahom v súlade s požiadavkou podľa odseku 1.*“
31. Vylúčením navrhovateľa na základe dôvodu vylúčenia, **ktorý v skutočnosti neexistoval** a tým je to, že údajne navrhovateľ nedoručil vysvetlenie v lehote do 2 pracovných dní, pričom navrhovateľ vysvetlenie doručil, konal kontrolovaný podľa názoru navrhovateľa v rozpore s princípom transparentnosti a jeho rozhodnutie o vylúčení ponuky navrhovateľa je preto nepreskúmateľné, právne nesprávne a zmatečné.
32. Súčasne v kontexte vylúčenia ponuky navrhovateľa z dôvodu údajného nepredloženia vysvetlenia v požadovanej lehote 2 pracovných dní, a teda v kontexte vylúčenia ponuky navrhovateľa na základe dôvodu uvedeného v § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je podľa navrhovateľa **odôvodnenie kontrolovaného v celom rozsahu nerelevantné k použitému dôvodu vylúčenia podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní** a nerelevantné k tej skutočnosti, že navrhovateľ v skutočnosti doručil vysvetlenie v požadovanej lehote 2 pracovných dní.
33. Navrhovateľ má za to, že v záujme potreby dodržať princíp transparentnosti, nie je možné aplikovanie v skutočnosti neexistujúceho zákonného dôvodu na vylúčenie ponuky podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, vnímať iba ako „omyl“ kontrolovaného, s poukazom na to, že skutočný úmysel kontrolovaného bol vylúčiť ponuku navrhovateľa možno podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ má za to, **že tak ako v každom inom rozhodnutí, je výrok rozhodnutia tou zásadnou časťou rozhodnutia a odôvodnenie má slúžiť iba na podporu výroku rozhodnutia a má odôvodniť zákonný dôvod uvedený vo výroku.** Navrhovateľ uvádza, že tento „omyl“ kontrolovaného robí jeho rozhodnutie o vylúčení ponuky netransparentným, nečitateľným a zmatečným, nakoľko niet pochýb, že nevznikol zákonný dôvod na vylúčenie ponuky navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, teda z dôvodu nepredloženia vysvetlenia v požadovanej lehote, keďže navrhovateľ vysvetlenie **v zmysle požiadaviek kontrolovaného, dotýkajúcich sa lehoty doručenia doručil**, pričom doručenie vysvetlenia včas v lehote do 2 dní, kontrolovaný nespochybňuje.
34. Na margo odôvodnenia a možného úmyslu kontrolovaného vylúčiť ponuku navrhovateľa podľa § 53 ods. 5, písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ uvádza, že ak by však kontrolovaný bol aj býval aplikoval ako dôvod vylúčenia § 53 ods. 1 písm. d)² zákona o verejnom obstarávaní, teda ak by kontrolovaný považoval vysvetlenie navrhovateľa za nedostatočné, v zmysle znenia § 53 ods. 1 písm. d) zákona ako nesúladne s požiadavkami podľa § 53 ods. 1 zákona, teda s požiadavkami na predmet zákazky **tak pre prípad, že úrad uzná tento „omyl“ kontrolovaného, čo je však podľa názoru navrhovateľa nezákonné, tak pre vylúčenie všetkých pochybností o rozsahu týchto námietok, navrhovateľ uvádza, že namieta aj prípadný úmysel**

² Úrad uvádza, že pravdepodobne ide o preklep zo strany navrhovateľa a navrhovateľ mal na mysli ustanovenie § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, tak ako uvádza vyššie
Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

kontrolovaného vylúčiť navrhovateľa na základe dôvodu podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ v tejto súvislosti taktiež cituje § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

35. Navrhovateľ má za to, že ako uchádzač riadne a dostatočne vysvetlil všetky otázky kontrolovaného, uvedené v oboch žiadostiach o vysvetlenie a predložil kontrolovanému všetky relevantné doplňujúce dokumenty a dôkazy, **ktoré v lehote 2 dní bolo reálne aby navrhovateľ zaobstaral.**
36. Vychádzajúc z kontrolovaného odôvodnenia vylúčenia ponuky navrhovateľa, aj keď podľa navrhovateľa toto odôvodnenie je nerelevantné k použitému § 53 ods. 5 písm. c), javí sa byť predloženie bankovej záruky ako jediná časť ponuky navrhovateľa, ktorá je podľa kontrolovaného nevyhovujúca, resp. nesplňa požiadavky uvedené v súťažných podkladoch. Navrhovateľ namietá, že ním predložená banková záruka splňa požiadavky kontrolovaného.
37. Navrhovateľ poznamenáva, že ako je vidieť z oboch žiadostí o vysvetlenie, kontrolovaný nemal jasno vo veci predloženej bankovej záruky v tej časti, či vystavená banková záruka je aj zárukou za právneho nástupcu uchádzača³. A teda, či by banka plnila svoj záväzok voči kontrolovanému aj v prípade, ak by nastali podmienky prepadnutia bankovej zábezpeky z dôvodu porušenia povinností právnym nástupcom uchádzača.
38. Navrhovateľ konštatuje, že na potvrdenie skutočnosti, že banková záruka je riadne vystavená nie iba za spoločnosť AAA (ďalej len „AAA“), ale že bankovú záruku je možné a nepochybné vnímať aj ako záruku za právnych nástupcov spoločnosti AAA, a konkrétne aj za právneho nástupcu XXX:
- predložil navrhovateľ kontrolovanému celé znenie Zmluvy o predaji časti podniku zo dňa 08. 04. 2022, v ktorej je na 6.strane v bode 3.4.2., písm. e) jasne a zrozumiteľne uvedené, že **na právneho nástupcu spoločnosti AAA prechádzajú práva z vystavených bankových záruk.**
39. Ďalej navrhovateľ v námietkach **poukazuje na extrémnu krátkosť času v spojitosti s princípom proporcionality**, pričom namietá tú skutočnosť, že v žiadosti o vysvetlenie zo dňa 10. 05. 2022 žiadal kontrolovaný od navrhovateľa predloženie niekoľkých dokumentov, a to konkrétne: 4 potvrdenia zo zdravotných poisťovní, potvrdenie zo Sociálnej poisťovne, potvrdenie od banky k záruke a potvrdenie k účtovným záležitostiam a k obratu.
40. Navrhovateľ poznamenáva, že **bolo takmer nereálne zabezpečiť v lehote 2 dní také množstvo úradných potvrdení.** Podľa navrhovateľa o to viac, že kontrolovaný doručil uchádzačovi žiadosť v neskorých nočných hodinách, čo znamenalo, že aj keď počítanie lehôt začína dňom nasledujúci po dni doručenia, tak je samozrejmé, že ak by navrhovateľovi bola žiadosť o vysvetlenie doručená čo i len počas riadneho pracovného času dňa doručenia, mal by navrhovateľ hoc len pol tohto pracovného dňa, do lehoty ešte nepočítaného, ale v skutočnosti bežiaceho, na obstarávanie týchto potvrdení.
41. Podľa názoru navrhovateľa **nebolo reálne možné, aby uchádzač v extrémne a neprimerane krátkej lehote danej kontrolovaným na predloženie niekoľkých úradných potvrdení, všetky tieto potvrdenia zaobstaral a predložil.**

³ Úrad poznamenáva, že v rámci tohto verejného obstarávania je uchádzačom, ktorý predložil ponuku v predmetnej verejnej súťaži navrhovateľ, ktorý je na základe zmluvy o predaji časti podniku právnym nástupcom spoločnosti AAA, v mene ktorej bola vystavená predmetná banková záruka. Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

42. Navrhovateľ uvádza, že z dôvodu neprimerane extrémne krátke lehoty 2 dní nepredložil kontrolovanému potvrdenie banky – bankovú záruku, ktorá by znela už priamo na obchodné meno právneho nástupcu uchádzača. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na tú skutočnosť, že predložil zmluvu o predaji podniku, z ktorej jasne vyplývalo, že predmetom prevodu sú aj práva vyplývajúce z vystavených bankových záruk a to všetko v spojitosti s tým, že aj kontrolovanému majú byť známe zákonom stanovené účinky prevodu časti podniku a teda že právny nástupca vstupuje do všetkých práva a povinností právneho predchodcu - a to bez rozdielu, či ide o práva vyplývajúce zo zmluvných vzťahov, alebo práva vyplývajúce priamo zo zákona.
43. Navrhovateľ namieťa porušenie princípu proporcionality na tom základe, že stanovenie neprimerane krátkej lehoty 2 dní na predloženie toľkého počtu úradných potvrdení, nie je primerané aplikovanie inštitútov zákona o verejnom obstarávaní, keďže v danom prípade mal kontrolovaný vhodnejšiu a primeranejšiu možnosť, a to stanoviť navrhovateľovi lehotu 5-ich dní. Navrhovateľ má za to, že **v rozpore s princípom proporcionality je stanovenie extrémne krátkej lehoty 2 pracovných dní na predloženie toľkých úradných potvrdení, ktorých obstaranie je takmer nereálne za 2 dni.**
44. Navrhovateľ má za to, že každé ustanovenie zákona o verejnom obstarávaní, a to aj ustanovenie o určení lehoty na doručenie vysvetlenia, ak obsahuje požiadavku predloženie niekoľkých úradných potvrdení, majú obstarávatelia aplikovať v súlade s princípom proporcionality, ktorý ukladá obstarávateľom primerane aplikovať inštitúty zákona o verejnom obstarávaní. Princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom.
45. Ďalej navrhovateľ poznamenáva, že zároveň vo vyššie uvedenej časovej tiesni ako uchádzač nemohol správne pochopiť všetky požiadavky a nezrovnalosti kontrolovaného ohľadom predloženej ponuky uchádzača, pretože kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie zo dňa 10. 05. 2022 požadoval, cit.: „...žiadame uchádzača, aby, hodnoverným spôsobom preukázal, že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na Uchádzača ako dlžníka (na spoločnosti XXX), a že v prípade ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 ZOV a čl. 16 časti A Súťažných podkladov, banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie.“
46. Navrhovateľ poukazuje na tú skutočnosť, že kontrolovaný požadoval potvrdenie o nejasnej a nereálnej situácii, keď požadoval preukázať, cit.: „že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na Uchádzača (na XXX).“
47. Ako kontrolovaný sám uvádza, dôsledkom právneho nástupníctva, titulom zmluvy o predaji časti podniku, „stratila“ spoločnosť AAA postavenie uchádzača a toto postavenie získala titulom právneho nástupníctva spoločnosť XXX, a preto podľa navrhovateľa **by teda bolo nemožné, aby nastal prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA, ktorý by mal prejsť na uchádzača XXX, keďže spoločnosť AAA už nebola v**

postavení uchádzača a teda nemohlo dôjsť k porušeniu jej povinností v rámci postavenia uchádzača.

48. Navrhovateľ konštatuje, že preto **bolo nemožné získať od banky potvrdenie, či bude plniť v prípade takej nereálnej a nemožnej situácii, že v prípade ak AAA poruší svoj záväzok, ktorý by porušiť už nemohla, keďže už nebola v postavení uchádzača a ktorý by podľa slov kontrolovaného mal prejsť na XXX.** Navrhovateľ dodáva, že aj z dôvodu tejto zmätočnosti vo formulácii žiadosti o vysvetlenie zo strany kontrolovaného, mal sťaženú pozíciu v banke, ktorá logicky nemohla vydať potvrdenie za porušenie záväzkov spoločnosťou AAA, keďže AAA už nebola v postavení uchádzača.
49. Navrhovateľ v námietkach taktiež **poukazuje na nedodržanie princípu proporcionality a princípu efektivity a hospodárnosti a nehospodárne nakladanie s verejnými financiami.** Okrem tej skutočnosti, že kontrolovaný nedodrжал princíp proporcionality pri určovaní primeranej dĺžky lehoty na podanie vysvetlenia, **(v ktorom vyžadoval od navrhovateľa niekoľko úradných potvrdení)** navrhovateľ poukazuje na to, že týmto konaním kontrolovaný porušil aj princíp efektivity a hospodárnosti a následne konanie kontrolovaného vedie k nehospodárnemu nakladaniu s verejnými financiami a to z dôvodu, že kontrolovaný si je bezpochyby vedomý a z jeho skúseností s vedením verejného obstarávania isto vie, že banky a iné úradné inštitúcie nie sú vo vzťahu s uchádzačmi viazané žiadnou lehotou na vystavenie potvrdení a bežný čas vydávanie potvrdení je všeobecne známy dlhší, v priemere až 1 týždeň.
50. Preto podľa názoru navrhovateľa bolo kontrolovanému bezpochyby známe, že navrhovateľ bude **mať alebo môže mať „problém“ dodržať lehotu 2 dní na zabezpečenie všetkých požadovaných potvrdení.** Navrhovateľ má za to, že túto všeobecne známu skutočnosť mal kontrolovaný brať do úvahy pri určovaní dvoch alebo piatich dní na doručenie požadovaných potvrdení - doručenie vysvetlenia navrhovateľa. A to nie z pohľadu „aby navrhovateľovi vyšiel v ústrety“, **o to viac, ak kontrolovaného voľba primeranejších 5 dní na doručenie by nebola zo strany zákona voči navrhovateľovi žiadna nedovolená nevýhoda, ale riadne zákonom dovoľená možnosť.**
51. Zároveň podľa názoru navrhovateľa mal kontrolovaný brať ohľad, aj na tú skutočnosť, že v prípade, ak navrhovateľ nestihne doručiť do stanovených 2 dní všetky požadované úradné povolenia, tak bude prichádzať do úvahy z tohto dôvodu vylúčenie navrhovateľa, **avšak to by následne znamenalo, že predmetnú zákazku by realizoval uchádzač druhý v poradí, ktorého ponuka bola o 11 miliónov vyššia.** Podľa názoru navrhovateľa teda **kontrolovaný reálne pri voľbe dvoch alebo zákonom dovoľených piatich dní „volil hrozbu“ realizáciu verejnej zákazky o 11 miliónov eur drahšie.**
52. Navrhovateľ opäť poukazuje na to, že všetky ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní sa majú vykladať v súlade so všetkými princípmi verejného obstarávania a teda aj s princípom proporcionality, aj s princípom efektivity a hospodárnosti, a aj s princípom hlavného cieľa verejného obstarávania, ktorým je realizácia verejnej zákazky za čo najvýhodnejšiu cenu. Navrhovateľ dodáva, že na tomto princípe je súčasne založená aj povinnosť kontrolovaného čo najhospodárnejšie vynakladať verejné financie, v dôsledku nedodržania ktorého hrozí kontrolovanému aj trestný postih. Navrhovateľ má za to, že „hrozba“ realizácie zákazky o 11 miliónov eur drahšie, odôvodňovala, aby kontrolovaný zákonne dovoľeným spôsobom stanovil navrhovateľovi primeranejšiu lehotu piatich dní, na doručenie vysvetlenia, ak v tomto vysvetlení požadoval od navrhovateľa predložiť niekoľko úradných potvrdení, vrátane potvrdenia banky.

53. Ďalej navrhovateľ v námietkach **poukazuje na nesprávny výklad textu bankovej záruky**. Navrhovateľ uvádza, že obava kontrolovaného, že v texte bankovej záruky sú uvedené slová, cit.: „*Nároky z tejto záruky nie je možné postúpiť, založiť ani vinkulovať v prospech tretích osôb,*“ je nesprávnym právnym výkladom zo strany kontrolovaného, pretože táto veta sa dotýka nároku kontrolovaného, teda nároku na prípadné finančné plnenie z tejto bankovej záruky, ktorý podľa citovaného textu bankovej záruky nie je možné postúpiť, založiť ani vinkulovať. Navrhovateľ ďalej uvádza, že nesprávny právny výklad kontrolovaného namieta s poukazom na tú skutočnosť, že všetky operácie, ktoré sú v tejto vete vymenované ako nedovolené a teda postúpenie, založenie a vinkulovanie sa reálne môžu týkať iba nároku finančného-teda nároku charakteru pohľadávky (budúcej možnej pohľadávky) kontrolovaného voči banke.
54. Podľa názoru navrhovateľa je nesprávny právny výklad, vnímať v tejto vete pojem „nárok“ tak, že tento nárok sa dotýka postavenia uchádzača. Pretože uchádzač má voči banke, ktorá poskytuje bankovú záruku postavenie dlžníka, a postavenie dlžníka sa nedá vinkulovať, nedá postúpiť, nedá založiť. Jedine nárok v ponímaní budúceho možného finančného nároku obstarávateľa z tejto bankovej záruky by bolo možné vinkulovať, založiť, postúpiť v zmysle postúpenia pohľadávky, ako majetkovej hodnoty. V tomto zmysle preto kontrolovaný podľa navrhovateľa právne nesprávne vnímal túto vetu v tom zmysle, že táto veta zakazuje meniť postavenie dlžníka, v zmysle, že by sa táto banková záruka nevzťahovala aj na právneho nástupcu uchádzača /dlžníka.
55. Navrhovateľ následne **poukazuje na právny režim upravujúci bankovú záruku**. Navrhovateľ konštatuje, že z vety uvedenej v texte bankovej záruky vyplýva, cit.: „*Táto záruka sa riadi právnym poriadkom Slovenskej republiky.*“ Konkrétne je táto banková záruka vystavená v súlade s § 313 a nasl. zák. č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka, ktorý navrhovateľ cituje: „*Banková záruka vzniká písomným vyhlásením banky v záručnej listine, že uspokojí veriteľa do výšky určitej peňažnej sumy podľa obsahu záručnej listiny, ak určitá tretia osoba (dlžník) nesplní určitý záväzok alebo sa splnia iné podmienky určené v záručnej listine*“. Ďalej sa banková záruka riadi ustanoveniami o ručení podľa § 303 a nasl. Obchodného zákonníka.
56. Navrhovateľ uvádza, že **samotný vzťah medzi uchádzačom a bankou sa riadi podľa ustanovení Mandátnej zmluvy podľa § 566 a nasl. Obchodného zákonníka**. Vychádzajúc z tejto skutočnosti, je teda podľa názoru navrhovateľa **vzťah medzi uchádzačom a bankou štandardným zmluvným vzťahom, ktorého práva a povinnosti môžu zmluvné strany previesť na tretiu osobu, teda aj na svojich právnych nástupcov**.
57. Podľa názoru navrhovateľa **v tomto zmysle bolo právo uchádzača z tohto zmluvného vzťahu s bankou, prevedené zmluvou o predaji podniku na kupujúceho – spoločnosť XXX**. Navrhovateľ má za to, že na tomto základe sa teda banka zostala zaviazanou voči kontrolovanému a to bez ohľadu na prevod zmluvných práv a povinností z mandátnej zmluvy, ktorou je upravený vzťah medzi uchádzačom a bankou.
58. Navrhovateľ v časti „Identifikácia práv alebo právom chránených záujmov, ktoré boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného“ námietok uvádza nasledovné práva: 1. práva na zákonnú realizáciu verejného obstarávania podľa § 10 ods. 1, ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, 2. práva na zachovanie princípu proporcionality, 3. práva na zachovanie princípu transparentnosti, 4. právo na správnu právnu aplikáciu § 53 ods. 5 písm. c) zákona, 5. právo na správnu aplikáciu § 40 ods. 1 zákona, 6. právo na správnu aplikáciu § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.

59. V petite navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušením rozhodnutia kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a vylúčení ponuky navrhovateľa zo dňa 23. 05. 2022 a súčasne nariadil kontrolovanému pokračovať v predmetnom verejnom obstarávaní a to rešpektujúc predchádzajúce právne posúdenia úradu. Navrhovateľ na základe vyššie uvedeného skutkového stavu a odôvodnenia navrhuje vydanie rozhodnutia, ktorým úrad potvrdí, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon a súčasne toto porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

60. Úrad konštatuje, že navrhovateľ dňa 17. 06. 2022 doručil úradu dokument „Doplnenie ku konaniu o námietke vedenej pod č. konania 8251-6000/2022-OD, zo dňa 2.6.2022“ (ďalej len („doplnenie k námietkam“), v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „Touto cestou dopĺňame našou spoločnosťou podanú námietku vo vyššie uvedenej verejnej súťaži a to v časti, v ktorej sme odôvodňovali **reálnu nemožnosť** doložiť Obstarávateľovi Bankovú záruku, znejúcu na právneho nástupcu pôvodného uchádzača, a to **v extrémne krátkej lehote 2 dní**, ktorú poskytol Obstarávateľ. Odôvodnenie k tejto časti námietky je na str. 9 podanej námietky. Touto cestou dopĺňame naše odôvodnenie pre túto časť námietky o dôkaz — **vyjadrenie dotknutej banky** v emaili zo dňa 7.6.2022 a 13.6.2022, v ktorom **banka uvádza, že na vydanie potvrdenia o platnosti predmetnej bankovej záruky nie je právny nárok**. Zároveň preukazujeme, že ako vyplýva z ďalšej časti tohto emailu banka neoprávnene spojila vec vydania potvrdenia o platnosti predmetnej bankovej záruky s požiadavkou doplnenia ďalších dokladov, ktoré sa však dotýkajú úverových zmlúv **a nesúvisia s vecou predmetnej bankovej záruky**.

S ohľadom na konštatovanie banky, že na vydanie potvrdenia o platnosti bankovej záruky nie je právny nárok, nebolo preto v reálnych možnostiach právneho nástupcu získať vystavenie bankovej záruky v extrémne krátkej lehote 2 dní a bez splnenia ostatných nesúvisiacich požiadaviek banky. Poukazujeme na vyjadrenie banky v emaili dňa 13.6.2022, citujeme: „*BBB si voči Vašej spoločnosti vždy plnila všetky svoje zákonné a zmluvné povinnosti. Zároveň platí, že BBB nemá voči Vašej spoločnosti žiadnu zákonnú alebo zmluvnú povinnosť vystavovať potvrdenia o platnosti bankových záruk.*“

Aj z tohto vyjadrenia banky, je možné vidieť, **že banka neeviduje dôvod pre neplnenie si zákonných a zmluvných povinností voči našej spoločnosti, ku ktorým samozrejme patria aj povinnosti banky z vystavenej bankovej záruky, vrátane bankovej záruky, ktorú banka REÁLNE UZ VYSTAVILA nášmu právnenému predchodcovi do predmetného verejného obstarávania.** V ostatnom v tejto časti zostávame na argumentácii a odôvodneniach, ktoré uvádzame v podanej námietke, pričom opakovane konštatujeme, že Obstarávateľ aj v spojení s touto preukázanou objektívnou skutočnosťou, pristúpil k vylúčeniu uchádzača neoprávnene a v hrubom rozpore s princípom proporcionality a ostatných princípov verejného obstarávania, ako aj v rozpore so zákonnými právnymi účinkami zákonom dovoľeného úkonu Zmluvy o predaji časti podniku.““

Úrad v súvislosti s uvedeným poukazuje na § 170 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého, cit.: „*Navrhovateľ môže predložiť dôkazy a opis rozhodujúcich skutočností, ktoré neboli obsahom námietok, v lehote na doručenie námietok podľa odseku 4. Na dôkazy a opis rozhodujúcich skutočností predložených po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa odseku 4 úrad neprihliada.*“ Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že nakoľko bolo predmetné doplnenie k námietke **doručené po lehote na doručenie námietok, úrad naňho nebude v zmysle § 170 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní prihliadať**.

61. Navrhovateľ v prílohe doplnenia k námietkam doručil úradu email banky zo dňa 13. 06. 2022 v ktorom je uvedené nasledovné, cit.:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

„(...) To: fff@fff.sk (...)

Subject: RE: [CAUTION: Redirect URL Content] Zákazka Košický samosprávny kraj

Dobrý deň pán FFF,

ďakujeme za zaslanú kalkuláciu. Keďže BBB nie je účastníkom predmetného verejného obstarávania, k jeho priebehu sa nevieme relevantne vyjadriť. V tejto súvislosti si však dovoľujeme zdôrazniť, že BBB si voči Vašej spoločnosti vždy plnila všetky svoje zákonné a zmluvné povinnosti. Zároveň platí, že BBB nemá voči Vašej spoločnosti žiadnu zákonnú alebo zmluvnú povinnosť vystavovať potvrdenia o platnosti bankových záruk. Určite taktiež uznáte, že BBB v žiadnom prípade nemôže niesť zodpovednosť za výkon podnikateľskej činnosti svojich klientov, vrátane ich prípadnej účasti a úspechu v procesoch verejného obstarávania.

(...)

právnik Corporate Workout

BBB,

pobočka zahraničnej banky.“

Začiatok a priebeh konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

62. 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 02. 06. 2022.**
63. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 09. 03. 2022, je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
64. 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.
65. Úrad dňa 07. 06. 2022 odoslal kontrolovanému list označený ako „Informácia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a žiadosť o doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli“ č. 8251-6000/2022-OD-L zo dňa 07. 06. 2022, ktorým informoval kontrolovaného o začatí predmetného konania a zároveň vyzval kontrolovaného na doručenie kompletnej dokumentácie a vyjadrenia k námietkam navrhovateľa k predmetnej zákazke. Dňa 09. 06. 2022, v lehote stanovenej v § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, bol úradu doručený list kontrolovaného zo dňa 09. 06. 2022, označený ako „Vyjadrenie k podaným námietkam“, ktorým kontrolovaný poskytol úradu svoje písomné vyjadrenie v zmysle predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní a ktorým doručil úradu listinnú časť dokumentácie z predmetného verejného obstarávania v origináli a zároveň zriadil v prospech úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu, t. j. IS ERANET. V nadväznosti na to úrad konštatuje, že dňom 09. 06. 2022 disponoval kompletnou dokumentáciou, na podklade ktorej bolo možné preskúmať úkony uskutočnené

kontrolovaným v priebehu zadávania predmetnej zákazky, a to na základe námietok podaných navrhovateľom.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

66. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia uvádza, že dňa 02. 06. 2022 mu boli doručené námietky navrhovateľa smerujúce proti jeho vylúčeniu z verejného obstarávania.

K prvému dôvodu vylúčenia na základe § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre údajné nesplnenie podmienok účasti:

67. Kontrolovaný konštatuje, že v tomto verejnom obstarávaní stanovil **podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.**
68. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ predložil v ponuke do súťaže dňa 26. 04. 2022 (scan dokumentu „**Oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku**“ podpísaný konateľom uchádzača a scan dokumentu „**Oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku**“ podpísaný konateľom spoločnosti AAA, v ktorých sa uvádza, že spoločnosť AAA predala časť svojho podniku pozostávajúcu z „Divízie cestných stavieb“ uchádzačovi s účinnosťou ku dňu 08. 04. 2022.
69. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ zároveň s ponukou predložil **Zmluvu o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti a Zmluvu o budúcej zmluve o dielo** uzatvorenú medzi navrhovateľom a poskytovateľom - spoločnosťou AAA zo dňa 25. 04. 2022 (ďalej len „**zmluva o poskytnutí kapacít**“). Z predmetnej zmluvy o poskytnutí kapacít vyplýva, že navrhovateľ bude v zmysle § 34 ods. 3 zákona pri plnení predmetu zákazky súťaže využívať kapacity spoločnosti AAA na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Kontrolovaný uvádza, že pri vyhodnocovaní ponuky komisiou zriadenou kontrolovaným vzniklo dôvodné podozrenie, že poskytovateľ kapacít - spoločnosť AAA nespĺňa podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ bol preto „Žiadosťou o vysvetlenie ponuky“ zo dňa 10. 05. 2022 (ďalej len „**žiadosť o vysvetlenie č. 1**“) požiadaný, aby preukázal, že spoločnosť AAA ako poskytovateľ kapacít nemá evidované nedoplatky na poisťovní, sociálne poistenie a zdravotné poisťovne neevidujú voči nej pohľadávky po splatnosti, a teda spĺňa podmienku osobného postavenia. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ sa vo vysvetlení ponuky zo dňa 11. 05. 2022 odvolal na Zmluvu o predaji časti podniku uzatvorenú medzi navrhovateľom a AAA a uviedol, že: „*Vzhľadom na skutočnosť, že (Uchádzač) XXX vstúpila do právneho postavenia AAA a má rovnaké práva a postavenie ako mala spoločnosť AAA a teda ak zo strany AAA ako nášho právneho predchodcu, už zároveň nie je potrebné duplicitné splnenie podmienok osobného postavenia, ktoré preukazujeme zápisom do zoznamu hospodárskych subjektov Uchádzača - XXX, vedenom Úradom pre verejné obstarávanie podľa § 152 Zákona a osobné postavenie spoločnosti AAA sa vo vzťahu k Zákazke stáva bezpredmetným.*“
70. Kontrolovaný poznamenáva, že pre odstránenie akýchkoľvek pochybností vzhľadom na informáciu uvedenú navrhovateľom vo vysvetlení ponuky a predloženie zmluvy o poskytnutí kapacít vo vzťahu k spoločnosti AAA ako poskytovateľovi kapacít, vyplývajúcu najmä z chronológie uzavretia zmluvy o predaji časti podniku a zmluvy o poskytnutí kapacít, bol navrhovateľ požiadaný v opätovnej žiadosti o vysvetlenie zo dňa 18. 05. 2022 (ďalej len „**žiadosť o vysvetlenie č. 2**“) o jednoznačné vyjadrenie, či preukazuje splnenie podmienok účasti samostatne alebo prostredníctvom AAA. Navrhovateľ v nadväzujúcom vysvetlení ponuky zo dňa 20. 05. 2022 uviedol, že podmienky účasti preukazuje vlastnými kapacitami.

71. Kontrolovaný uvádza, že z ponuky navrhovateľa a poskytnutých vysvetlení získal jednoznačne informáciu zakladajúcu dôvod na jeho vylúčenie, pričom tieto dôvody sú nasledovné:

72. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza nasledovné právne východiská:

1. Uchádzač môže preukázať splnenie podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti sám (vlastnými kapacitami) alebo prostredníctvom kapacít inej osoby (§ 34 ods. 1 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní).
2. V prípade, ak existujú dôvody na vylúčenie poskytovateľa kapacít, verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie (§ 34 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní).
3. Verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Z logického a gramatického výkladu tohto ustanovenia ako aj rozhodovacej praxe úradu jednoznačne vyplýva, že vysvetliť alebo doplniť je možné iba dokument už v ponuke predložený. Pokiaľ teda ponuka neobsahuje vo vzťahu k niektorej podmienke účasti žiaden dokument, ide o vadu, ktorá je vysvetlením neodstrániteľná. Uvedené potvrdzuje napr. metodické usmernenie úradu č. 9895-5000/2021 zo dňa 02. 09. 2021, v ktorom sa uvádza, cit.: „*Vychádzajúc zo znenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj konštantnej praxe úradu, inštitút vysvetľovania je pri vyhodnocovaní podmienok účasti možné využiť na účely vysvetlenia nejasností (v dokladoch) nachádzajúcich sa v ponuke a na účely doplnenia už predložených dokladov. Naopak, v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania nie je možné dopĺňanie nových dokladov, t. j. dokladov viažucich sa na skutočnosti, ktoré z ponuky nevyplývajú.*“
4. Napriek vyššie uvedenému z ustálenej rozhodovacej praxe úradu vyplýva, že aj keď ponuka uchádzača obsahuje neodstrániteľnú vadu, má byť uchádzač vyzvaný na jej vysvetlenie s poukazom, že vysvetlením nie je možné vykonať jej zmenu (napr. doplniť absentujúci doklad). V takýchto prípadoch, s ohľadom na absenciu iných informácií na vytvorenie otázky, znie štandardne žiadosť „*Vysvetlite, akým spôsobom mienite preukázať, resp. preukazujete konkrétnu podmienku účasti?*“.

73. Následne kontrolovaný vo svojom vyjadrení uvádza postup, ktorý aplikoval ako verejný obstarávateľ v predmetnej situácii:

1. Kontrolovaný v ponuke, resp. v súvislosti s obsahom ponuky navrhovateľa indikoval z verejne dostupných zdrojov podozrenie, že subjekt AAA, s ktorým navrhovateľ uzavrel zmluvu o poskytnutí kapacít nespĺňa jednu z podmienok účasti osobného postavenia. Z tohto dôvodu vyzval navrhovateľa na predloženie dôkazu, ktorý toto podozrenie vyvráti. Pokiaľ by navrhovateľ požadovaný dôkaz predložil, pokračoval by kontrolovaný v hodnotení ponuky. Pokiaľ by ho nepredložil, vyzval by ho na nahradenie poskytovateľa kapacít (§ 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní).
2. Keďže navrhovateľ v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 1 a žiadosť o vysvetlenie č. 2 uviedol, že doklad predložený na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní považuje za vlastný, a teda ním preukazuje podmienku účasti sám, zodpovedal tým jednoznačne otázku akým spôsobom mieni preukázať danú podmienku účasti.
3. Kontrolovaný skúmal možnosť prevodu/prechodu dokumentu predloženého navrhovateľom, resp. práv s ním spojených zmluvou o predaji časti podniku ako aj skutočnosť, či predložený dokument preukazuje splnenie podmienky účasti.
4. Okamihom doručenia vysvetlenia č. 2 kontrolovaný získal informácie:
 - (i) Navrhovateľ nepreukazuje podmienky účasti prostredníctvom poskytovateľa kapacít, a teda akýkoľvek nedostatok týkajúci sa podmienok účasti je

neodstrániteľný postupom podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.

- (ii) Navrhovateľ predložil na preukázanie splnenia podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní dokument, ktorý označuje za vlastný, avšak z objektívnych právnych dôvodov ním nemôže disponovať (viď nižšie).
- (iii) Navrhovateľ jasne a jednoznačne uviedol ako preukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti, avšak nepredložil žiaden dokument/dôkaz, z ktorého by bolo zrejmé či, resp. ako túto podmienku spĺňa.
- (iv) Uvedený nedostatok je zákonným spôsobom neodstrániteľný (nemožno aplikovať § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keďže navrhovateľ nepredložil žiaden vlastný doklad ani § 39 ods. 7 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, keďže k informácii preukazujúcej splnenie podmienky účasti navrhovateľom nemá kontrolovaný prístup z verejnej databázy ani ňou inak nedisponuje).

74. Ďalej kontrolovaný uvádza **podrobnejšie vyjadrenie k dôvodu vylúčenia a tvrdeniam navrhovateľa**: Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v námietkach namieta dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, na základe ktorého bol kontrolovaným vylúčený pre nesplnenie podmienky účasti v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný požadoval v bode 3.5 časti D. súťažných podkladov k Súťaži - Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy, a to predložením certifikátu EMAS, resp. registrácie v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz (ďalej ako „**certifikát EMAS**“). Kontrolovaný ďalej uvádza, že vo vzťahu k splneniu podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. predloženia certifikátu EMAS, v ponuke navrhovateľa bolo predložené len „Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“ vydané dňa 23. 07. 2021 **pre spoločnosť** AAA spoločnosťou EEE (ďalej len „**vyhlásenie EMAS**“).

75. Pre posúdenie existencie dôvodov na vylúčenie navrhovateľa z verejného obstarávania sa preto podľa názoru kontrolovaného stali podstatnými dve otázky.

Prvou sa stala otázka, či vyhlásenie EMAS predložené navrhovateľom z hľadiska svojho obsahu napĺňa predpoklad „rovnocennosti“ s certifikátom EMAS, resp. či spĺňa kritériá rovnocennosti k niektorej z foriem potvrdení, ktoré kontrolovaný umožnil predložiť na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov (tzv. validované environmentálne vyhlásenie).

Druhou sa stala otázka, či v prípade, ak by vyhlásenie EMAS predložené navrhovateľom bolo možné považovať za rovnocenné dokladom vyžadovaným podľa bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov, je toto vyhlásenie EMAS prevoditeľné na čiastočného právneho nástupcu, keďže vyhlásenie EMAS bolo vydané na spoločnosť AAA, ktorá však podľa vyhlásenia navrhovateľa nie je ani uchádzačom ani poskytovateľom kapacít uchádzača.

76. Vo vzťahu **k prvej z uvedených otázok** kontrolovaný uvádza nasledovné: Vo vyhlásení EMAS je uvedené, že tento dokument nie je rovnocenný s registráciou v EMAS a zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (ďalej len „nariadenie EMAS“). Napokon samotný navrhovateľ v námietkach uznáva, že vyhlásenie EMAS nie je rovnocenné registrácii. Komisia overila registráciu navrhovateľa ako aj spoločnosti AAA

v Zozname organizácií registrovaných v Schéme pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) so sídlom v Slovenskej republike (<https://www.emas.sk/register-emas-v-sr/>) a zistila, že ani jedna zo spoločností nie je v uvedenom registri zapísaná. Navrhovateľ však tvrdí, že ním predložené vyhlásenie EMAS je rovnocenné s validovaným environmentálnym vyhlásením.

77. Kontrolovaný uvádza, že za účelom preverenia tejto rovnocennosti kontaktoval písomne (emailom) Slovenskú agentúru životného prostredia (ďalej len „SAŽP“), ako jediný príslušný orgán pre certifikáciu EMAS v Slovenskej republike (dôkaz - príloha č. 1 vyjadrenia).
78. Kontrolovaný v tejto súvislosti predložil v prílohe č. 1 vyjadrenia nasledovné dôkazy: email zo dňa 17. 05. 2022 adresovaný SAŽP a odpoveď SAŽP na email zo dňa 17. 05. 2022 (ďalej len „**stanovisko SAŽP č. 1**“).
79. V emaili zo dňa 17. 05. 2022 adresovanom SAŽP je uvedené nasledovné, cit.:
- „(...) chcel by som Vás poprosiť o stanovisko k otázke možnosti prevodu/prechodu certifikátu EMAS z certifikovanej osoby na iný subjekt.*

Stručný opis východiskového stavu:

Spoločnosť X (uchádzač) predložila vo verejnom obstarávaní Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii, z ktorého vyplýva, že celá spoločnosť Y spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026 Spoločnosť Y nie je registrovaná v schéme EMAS.

Zároveň spoločnosť X vo svojej ponuke uviedla, že zmluvou o prevode časti podniku, kúpila od spoločnosti Y časť podniku (divíziu). V zmluve o prevode časti podniku sa okrem iného uvádza, že predmetom prevodu sú aj obchodné tajomstvo a know-how (EMAS).

Otázky:

Je možné zmluvou o prevode podniku, resp. časti podniku previesť certifikát EMAS?

Budem Vám veľmi vďačný za odpoveď alebo odporúčanie subjektu, ktorý by nám takúto otázku vedel zodpovedať.“

80. V stanovisku SAŽP č. 1, odpovedi SAŽP na email zo dňa 17. 05. 2022 je uvedené nasledovné, cit.: „(...) vo vzťahu dokladovania registrácie subjektu v schéme EMAS v rámci procesu verejného obstarávania nie je Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii (ktoré síce deklaruje, že spoločnosť spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026) rovnocenným dokladom preukazujúcim registráciu subjektu v EMAS.

Tento dokument - Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii - sa ani samostatne nezverejňuje v súlade s prílohou VII nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009.

Vzhľadom k tomu, že certifikát EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií nie je možné aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou aj v kontexte vyššie uvedeného.

V prípade doplňujúceho metodického usmernenia odporúčam obrátiť sa na kolegu z UVO (...)“

81. Kontrolovaný má za to, že na základe tejto emailovej komunikácie SAŽP explicitne potvrdila, podľa jeho názoru nasledovné, cit.: „**predložené Vyhlásenie environmentálneho overovateľa**

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

o overovaní a validácii nemožno považovať za validované environmentálne vyhlásenie a ani ako rovnocenný dôkaz preukazujúci splnenie uvedenej podmienky účasti.

82. Ďalej kontrolovaný uvádza, že v súvislosti s prípravou tohto vyjadrenia k námietkam neskôr dožiadal SAŽP dňa 07. 06. 2022 aj o oficiálne písomné potvrdenie tejto skutočnosti, pričom dňa 07. 06. 2022 dostal od SAŽP aj písomné vyrozumienie k dotknutej otázke s identickým záverom. Kontrolovaný v tejto súvislosti predložil v prílohe č. 2 vyjadrenia nasledovné dôkazy: dokument „Žiadosť o stanovisko k certifikácii EMAS“ zo dňa 07. 06. 2022 adresovaný SAŽP (ďalej len „**žiadosť o stanovisko k certifikácii EMAS**“) a dokument č. 11609/2022 zo dňa 07. 06. 2022, ktorý obsahuje odpoveď SAŽP (ďalej len „**stanovisko SAŽP č. 2**“).

83. V **žiadosti o stanovisko k certifikácii EMAS zo dňa 07. 06. 2022**, adresovanej SAŽP je uvedené nasledovné, cit.:

„(...) v súvislosti s posudzovaním predloženej listiny predloženej uchádzačom vo verejnej súťaži ohľadne (i) jej rovnocennosti s registráciou, resp. certifikátom EMAS a (ii) možnosti prechodu registrácie, resp. certifikátu EMAS z certifikovanej osoby na tretiu osobu, by sme Vás chceli požiadať o oficiálne stanovisko a priblíženie procesu registrácie v systéme EMAS a významu jednotlivých listín vydávaných v tomto procese.

1. Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii

Spoločnosť XXX, (...) (ďalej len „Uchádzač“) predložila v rámci preukazovania splnenia jednej z podmienok účasti vo verejnej súťaži dokument „**Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii**“, vydaný dňa 23.07.2021 pre AAA, (...) (ďalej ako „AAA“), environmentálnym overovateľom spoločnosťou EEE (ďalej ako „**Vyhlásenie EMAS**“).

Vo Vyhlásení EMAS je uvedené, že tento dokument nie je rovnocenný s registráciou v EMAS a že zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (ďalej ako „Nariadenie EMAS“). Uchádzač ani spoločnosť AAA nie sú zapísané v Zozname organizácií registrovaných v Schéme pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) so sídlom v Slovenskej republike (<https://www.emas.sk/register-emas-v-sr/>).

V zmysle požiadavky verejného obstarávateľa vo verejnej súťaži bola podmienka na predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva stanovená nasledovne:

Uchádzač predloží certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz. Uchádzač musí uviesť opatrenia environmentálneho manažérstva; ktoré použije pri plnení zmluvy, ktorá bude výsledkom verejného obstarávania, pričom tieto opatrenia musia zabezpečovať úroveň ochrany životného prostredia zodpovedajúcu úrovni, ktorú zabezpečuje schéma Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit (Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (Ú.v.EÚ L342, 22.12.2009) v platnom znení), resp. registrácia v tejto schéme, na ktorú schému týmto verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 36 zákona o verejnom obstarávaní odkazuje.“

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

Podľa článku 5 Nariadenia EMAS o zápis do registra môže požiadať každá organizácia spĺňajúca požiadavky stanovené v článku 4. Žiadosť o zápis do registra sa podáva príslušnému orgánu vymedzenému v súlade s článkom 3 a obsahuje:

- a) validované environmentálne vyhlásenie v elektronickej alebo tlačenej podobe;
- b) vyhlásenie uvedené v článku 25 ods. 9 (pozn. Príloha VII Nariadenia EMAS) podpísané environmentálnym overovateľom, ktorý validoval environmentálne vyhlásenie;
- c) vyplnený formulár, v ktorom sa uvádzajú aspoň základné informácie podľa prílohy VI;
- d) v prípade potreby potvrdenie o úhrade príslušných poplatkov.

V zmysle vyššie uvedeného by sme Vás chceli požiadať o stanovisko, či je možné Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii považovať za rovnocenný dôkaz o splnení požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva v zmysle Nariadenia EMAS.

2. Možnosť prechodu, resp. prevodu Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii

Uchádzač zároveň s Vyhlásením environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii, predložil do verejnej súťaže Zmluvu o predaji časti podniku uzatvorenú medzi Uchádzačom ako kupujúcim a AAA ako predávajúcim zo dňa 10. 05. 2022, na základe ktorej previedla AAA na Uchádzača „Divíziu cestných stavieb“. V zmysle bodu 3.4.10. Zmluvy o predaji podniku sa uvádza, že časť prevádzaného podniku tvorí aj obchodné tajomstvo a know-how, a medzi nimi aj všetky práva a nehmotné hodnoty, ktoré vyplývajú, resp. sa vzťahujú k jednotlivým certifikátom, ktoré vydali príslušné orgány v prospech AAA ako predávajúceho (napr. EMAS).

V zmysle článku 2 ods. 15 Nariadenia EMAS je „významná/podstatná zmena“ (substantial change) každá zmena v **prevádzke, štruktúre**, administratívne, postupoch, činnostiach, výrobkov alebo službách organizácie, ktorá má alebo môže mať významný vplyv na systém environmentálneho manažérstva organizácie, životné prostredie a zdravie ľudí. Z uvedeného vyplýva, že predaj časti podniku je možné považovať za podstatnú zmenu. Podľa článku 8 Nariadenia, je organizácia v prípade zavedenia podstatných zmien povinná uskutočniť environmentálne preskúmanie týchto zmien vrátane ich environmentálnych aspektov a vplyvov.

Na základe uvedeného si Vás dovoľujeme požiadať o stanovisko či je možný prevod/prechod certifikátu EMAS, prípadne Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii na základe zmluvy o predaji časti podniku.

Príloha: Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“

84. V stanovisku SAŽP č. 2 zo dňa 07. 06. 2022 je uvedené nasledovné, cit.:

„(...) predmetné „Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“, vydané dňa 23. 07. 2021 pre spoločnosť AAA je jedným z povinných dokumentov predkladaných žiadateľom o zápis do registra EMAS v súlade s čl. 5 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) (ďalej len „nariadenie“). Ako uvádza príloha VII nariadenia k Vyhláseniu environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii „Tento dokument nie je rovnocenný s registráciou EMAS. Zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa nariadenia (ES) č. 1221/2009. Tento dokument sa samostatne nezverejňuje.“

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

Vo vzťahu dokladovania registrácie subjektu XXX v schéme EMAS v rámci procesu verejného obstarávania prostredníctvom vyššie uvedeného Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii nemožno toto vyhlásenie považovať ako rovnocenný dôkaz preukazujúci splnenie uvedenej podmienky verejnej súťaže nakoľko výsledkom procesu registrácie v schéme EMAS je potvrdenie splnenia požiadaviek nariadenia EMAS v súlade s ods. 2 čl. 13 nariadenia prostredníctvom osvedčenia o registrácii vydanom príslušným orgánom pre EMAS v SR v súlade s § 2 ods. 5 zákona č. 351/2012 o environmentálnom overovaní a registrácii organizácií v schéme Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit a o zmene a doplnení niektorých zákonov a zápisom subjektu v registri EMAS (<https://www.emas.sk/register-emas-v-sr/>).

Vzhľadom k tomu, že Osvedčenie o registrácii EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií, nie je možné, aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou aj v kontexte vyššie uvedeného.

Zároveň je dôležité uviesť, že spoločnosť AAA podala žiadosť o zápis do registra EMAS v roku 2020, ale k zápisu uvedenej spoločnosti v registri EMAS nedošlo z dôvodu nesplnenia požiadavky nariadenia EPaR č. 1221/2009 - čl. 13 ods. 2 písm. c) a ods. 6, o čom bola spoločnosť upovedomená listom príslušného orgánu SR dňa 29.11.2021.“

85. Kontrolovaný konštatuje, že z uvedenej komunikácie a potvrdenia SAŽP mal za preukázané, že vyhlásenie EMAS predložené navrhovateľom nezodpovedá požiadavke bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov a týmto dokladom ani nie je rovnocenné.
86. Vo vzťahu **k druhej otázke** prevoditeľnosti registrácie, resp. vyhlásenia EMAS kontrolovaný uvádza nasledovné: V zmysle článku 2 ods. 15 Nariadenia EMAS je „významná/podstatná zmena“ (substantial change) každá zmena v prevádzke, štruktúre, administratíve, postupoch, činnostiach, výrobkov alebo službách organizácie, ktorá má alebo môže mať významný vplyv na systém environmentálneho manažérstva organizácie, životné prostredie a zdravie ľudí. Z uvedeného vyplýva, že predaj časti podniku je možné považovať za podstatnú zmenu. Podľa článku 8 Nariadenia, je organizácia (uchádzač) v prípade zavedenia podstatných zmien povinná uskutočniť environmentálne preskúmanie týchto zmien vrátane ich environmentálnych aspektov av plyvov. Povinnosť preskúmania sa však týka osoby, ktoré už bola certifikovaná a ktorej organizačná štruktúra sa zmenila. Osoba, ktorá nebola certifikovaná a nadobudla organizačnú zložku certifikovanej osoby, musí prejsť celým certifikačným procesom.
87. Kontrolovaný uvádza, že pre vylúčenie pochybností sa vo vzťahu k otázke prevoditeľnosti registrácie / vyhlásenia EMAS obrátil na SAŽP. Kontrolovaný poznamenáva, že z komunikácie so SAŽP (príloha č. 1 vyjadrenia) a neskoršieho explicitného písomného potvrdenia SAŽP (príloha č. 2 vyjadrenia) vyplýva, že certifikát EMAS ani vyhlásenie EMAS nie je prevoditeľné na právneho nástupcu pôvodného držiteľa takéhoto certifikátu / vyhlásenia. Kontrolovaný v tejto súvislosti cituje zo stanoviska SAŽP č. 2.: „*Vzhľadom k tomu, že Osvedčenie o registrácii EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií, nie je možné, aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou aj v kontexte vyššie uvedeného.*“
88. Kontrolovaný konštatuje, že z uvedených okolností mal za **preukázané**, že vyhlásenie EMAS predložené navrhovateľom (i) **nie je rovnocenné** dokladom, ktoré kontrolovaný vyžadoval podľa bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov a (ii) hoci by aj bolo rovnocenné, tak takéto

vyhlásenie EMAS vydané na spoločnosť AAA na základe zmluvy o predaji časti podniku **nebolo možné previesť na právneho nástupcu** (uchádzača) bez toho, aby prebehol opätovne proces preverovania podmienok na registráciu podľa Nariadenia EMAS.

89. Z uvedených dôvodov je podľa kontrolovaného možné prijať záver, že navrhovateľ nedisponuje žiadnym dokladom, ktorý by spĺňal podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona stanovenú podľa bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov. Zároveň, keďže účelom inštitútu vysvetľovania dokladov podľa ustanovenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je podanie vysvetlenia pre prípad, ak cit.: „*z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti*“ tak argumentácia navrhovateľa vo vzťahu k porušeniu princípu proporcionality a porušeniu ustanovenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní prestáva byť podľa názoru kontrolovaného relevantnou.
90. Kontrolovaný konštatuje, že z vyššie popísaných dôkazov a úvah hodnotenia dokladov a vyjadrení navrhovateľa (pozn. vrátane dvoch vysvetlení dokladov predchádzajúcich vylúčeniu navrhovateľa), bolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti. Podľa kontrolovaného skutočnosť, že vyhodnotil splnenie dotknutej podmienky účasti negatívne neznamena, že mu vznikla povinnosť žiadať od navrhovateľa k tomuto hodnoteniu vysvetlenie postupom podľa ustanovenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Takáto povinnosť totiž podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejným obstarávateľom nevzniká generálne, ale len v prípade, ak je takéto vysvetlenie potrebné či prospešné, pre účely samotného vyhodnotenia. Keďže však vo vzťahu k dotknutým otázkam podstatným pre vyhodnotenie podmienky účasti disponoval písomnými vyjadreniami jediného orgánu Slovenskej republiky s právomocou v oblasti registrácie EMAS, kontrolovaný má za to, že postupoval pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti v súlade so zákonom a hodnoverným a vyčerpávajúcim spôsobom sa presvedčil o ne/splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní.
91. S ohľadom na rozsah dostupných dôkazných prostriedkov podľa názoru kontrolovaného by ďalšia výzva adresovaná navrhovateľovi **nemohla prispieť k vysvetleniu ponuky, resp. k preukázaniu splnenia podmienky účasti.** Kontrolovaný poznamenáva, že navrhovateľ totiž nemá reálny dosah na prevoditeľnosť vyhlásenia EMAS, keďže podľa podmienok upravených v nariadení EMAS, prevod vyhlásenia EMAS ani certifikácie na základe zmluvy o predaji podniku **nie je možný.**
92. Zároveň v tomto kontexte kontrolovaný **dôrazne upozorňuje**, že navrhovateľ v námietkach nijakým spôsobom nepoukazuje na to, že v prípade ním vyžadovanej opätovnej výzvy na vysvetlenie by splnenie podmienky preukázal, ale len samoučelné poukazuje na to, že kontrolovaný mal túto výzvu uskutočniť. Kontrolovaný poznamenáva, že hoci teda navrhovateľ podal námietky proti vylúčeniu navrhovateľa, **navrhovateľ v námietkach nepredložil žiadne dôkazy preukazujúce ekvivalenciu vyhlásenia EMAS s dokladmi požadovanými podľa bodu 3.5 časti D. súťažných podkladov a ani nepredložil žiadne dôkazy preukazujúce možnosť prevoditeľnosti vyhlásenia EMAS zo spoločnosti AAA na navrhovateľa.**
93. Kontrolovaný má za to, že uvedené len potvrdzuje spoľahlivé vyhodnotenie (ne)splnenia uvedenej podmienky účasti zo strany kontrolovaného na základe navrhovateľom predložených informácií a dokumentov a to, že opätovná výzva na vysvetlenie by viedla k tomu istému záveru a vylúčeniu navrhovateľa. Kontrolovaný má za to, že v prípade opätovného vyzývania v štádiu, kedy je bezpochyby zrejmé, že navrhovateľ podmienku účasti nespĺňa, by bolo možné označiť takýto postup za neefektívny a nehospodárny. Podľa názoru kontrolovaného navrhovateľ v tejto časti námietok teda nežiada legitímnu ochranu

svojich práv, ale len neodôvodnené predĺženie procesu súťaže. Podľa názoru kontrolovaného sú preto námietky navrhovateľa v tejto časti nedôvodné.

K druhému dôvodu vylúčenia neoprávnene na základe neexistujúceho zákonného dôvodu podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní:

94. **K nedoručeniu písomného vysvetlenia ponuky na základe požiadavky verejného obstarávateľa**, kontrolovaný uvádza, že z dôvodu nejasností vo vzťahu k predloženému originálu bankovej záruky č. 03343-02-0062325 zo dňa 01. 03. 2022 (ďalej len „**banková záruka**“) vystavenej na spoločnosť AAA ako dlžníka/uchádzača v súťaži za účelom zloženia zábezpeky, bol navrhovateľ žiadosťou o vysvetlenie ponuky č. 1 vyzvaný, aby hodnoverným spôsobom preukázal, že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na navrhovateľa ako dlžníka a aby predložil:
- a) Zmluvnú dokumentáciu vrátane príloh, na základe ktorej došlo k prechodu/prevodu oprávnenia z Bankovej záruky zo spoločnosti AAA na navrhovateľa, a
 - b) Písomné potvrdenie banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti Uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie.
95. Kontrolovaný poznamenáva, že ako uviedol aj v oznámení o vylúčení, navrhovateľ síce predložil zmluvu o predaji časti podniku, avšak na základe znenia bankovej záruky nie je možné určiť, či by v prípade neplnenia povinností navrhovateľa, banka pristúpila k splneniu záväzku, ktorý má voči spoločnosti AAA. Kontrolovaný ďalej uvádza, že táto požiadavka má svoju oporu v existencii dôvodnej obavy z toho, že v prípade, ak by sa kontrolovaný obrátil na príslušnú banku so znením bankovej záruky vystavenej na iný subjekt ako len navrhovateľ, táto banka by na základe takto znejúcej bankovej záruky mohla odmietnuť plnenie pre prípady kryté bankovou zárukou. Zároveň by takáto okolnosť podľa názoru kontrolovaného znamenala, že navrhovateľ nezložil zábezpeku v súlade so zákonom, čo by predstavovalo dôvod na vylúčenie z verejného obstarávania. Účelom inštitútu bankovej záruky je poskytnutie záruky banky na kompenzáciu pre prípad ak nastanú okolnosti uvedené v bankovej záruke. Banková záruka banka vydá spravidla jedine po dôkladnom preverení finančnej situácie dlžníka. Ak sa preto tento dlžník má zmeniť, je podľa názoru kontrolovaného **legitímne očakávať, že zmluva o zriadení bankovej záruky medzi dlžníkom a bankou obsahuje ustanovenia o tom, že takáto zmena podlieha súhlasu banky, inak bude prevod neplatný - o to viac je možné očakávať potrebný súhlas s prevodom bankovej záruky v prípade, ak je jej hodnota 500.000,- EUR**. Práve takáto situácia nastala. Kontrolovaný preto legitímne od navrhovateľa žiadal k dotknutej otázke vysvetlenie a doklady preukazujúce, že právne postavenie kontrolovaného sa prevodom časti podniku medzi spoločnosťou AAA a navrhovateľom vo vzťahu k vymožitelnosti bankovej záruky, **nezhoršilo (resp. úplné nezaniklo)**. Z toho dôvodu kontrolovaný aj navrhovateľovi adresoval žiadosť o vysvetlenie č. 1, v ktorej boli tieto okolnosti a tiež požiadavky na vysvetlenie **detailne popísané**.
96. Kontrolovaný konštatuje, že **navrhovateľ sa však v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 1 vôbec nevenoval dotknutému bodu a kontrolovanému nepredložil žiadne vyjadrenie ani požadované potvrdenie banky a ani inak nevysvetlil svoju ponuku vo vzťahu k zloženiu zábezpeky**.
97. Podľa názoru kontrolovaného skutočnosť, že navrhovateľ doručil vysvetlenie ponuky k iným bodom uvedeným v žiadosti o vysvetlenie č. 1 nie je možné považovať za splnenie požiadavky v zmysle § 53 ods. 5 písm. c) zákona. Pokiaľ kontrolovaný požiada o vysvetlenie viacerých skutočností, je potrebné posudzovať každú z nich individuálne. To, že navrhovateľ

odpovie na niektoré avšak nie všetky otázky neznamená, že splní povinnosť „**doručiť vysvetlenie v stanovenej lehote**“ (takýmto výkladom by paradoxne bolo možné prisvedčiť tomu, že ak by uchádzač na výzvu doručil čistý papier s označením odpoveď na žiadosť o vysvetlenie, tak by „doručil vysvetlenie v stanovenej lehote“). Splnenie tejto povinnosti je preto potrebné skúmať vecne v rovine či bol obsah osobitne položenej otázky aspoň nejakým spôsobom zodpovedaný (obsah otázky - obsah odpovede) a nie formálne (otázka ako list - odpoveď ako list bez ohľadu na obsah).

98. Kontrolovaný má za to, že z povahy materiálnej totiž vysvetlenie navrhovateľa vôbec nereflektuje na požiadavku kontrolovaného vyjadrenú v žiadosti o vysvetlenie ponuky. Materiálny obsah odpovede navrhovateľa teda vôbec nezodpovedá materiálnej stránke žiadosti kontrolovaného a aspektom žiadosti sa vôbec nevenuje. Pre naplnenie podstaty podľa § 40 ods. 4 zákona či § 53 ods. 1 zákona však nemožno akceptovať akékoľvek podanie formálne označené ako vysvetlenie, pokiaľ svojim obsahom vôbec nereflektuje žiadosť verejného obstarávateľa.
99. Kontrolovaný uvádza, že ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) zákona sankcionuje práve pasivitu uchádzača na doručení informácií podstatných pre posúdenie splnenia požiadaviek na predmet zákazky. Táto pasivita však nemusí mať iba formálnu povahu (nedoručenie žiadneho vysvetlenia), ale môže mať aj povahu materiálnu (doručenie vysvetlenia, ktoré vôbec materiálne nereflektuje obsah žiadosti). V opačnom prípade by totiž výklad tohto ustanovenia viedol k nekonečnej povinnosti verejného obstarávateľa žiadať uchádzača o vysvetlenie tých istých skutočností a k nekonečnému reťazeniu žiadosti a vysvetlení. Práve preto je nutné ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) zákona vykladať aj v kontexte jeho účelu a v kombinácii s ustanovením § 53 ods. 1 zákona ustáliť, že pokiaľ uchádzač nedoručí verejnému obstarávateľovi v lehote vysvetlenie, ktoré materiálne zodpovedá (resp. sa aspoň okrajovo venuje položeným otázkam) verejného obstarávateľa, tak nie je naplnený účel ustanovenia § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a táto pasivita uchádzača musí byť postihnuteľná podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona. O to viac platí vyššie uvedená téza, pokiaľ predmetom žiadosti o vysvetlenie je výzva na vyvrátenie skutočností, ktoré nasvedčujú nesplneniu požiadaviek na predmet zákazky (spôsob zloženia zábezpeky zo strany navrhovateľa). V takom prípade je pasivita uchádzača ešte závažnejšia a nedoručením vysvetlenia materiálne preukazujúcim nepravdivosť tvrdení verejného obstarávateľa je naplnený predpoklad na vylúčenie uchádzača aj podľa ustanovenia § 53 ods. 5 písm. c) zákona. Odhliadnuc od uvedeného však zároveň stále platí, že aj formálny prístup k výkladu ustanovenia § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní by nič nemenil na tom, že by neúplná odpoveď v tomto prípade zakladala dôvod na vylúčenie ponuky podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní (list bol doručený, ale nedostatok nebol odstránený). Z uvedeného dôvodu sú námietky navrhovateľa aj v tejto časti podľa názoru kontrolovaného neopodstatnené.
100. **K neprimerane krátkej lehote**, kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v námietkach okrem iného poukazuje aj na neprimerane krátku lehotu na podanie vysvetlenia. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že stanovil lehotu v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní pričom pokiaľ navrhovateľ považoval túto lehotu za neprimeranú, v prvom rade mohol požiadať o jej predĺženie. O jej predĺženie však navrhovateľ nepožiadaval. Zároveň podľa kontrolovaného mohol navrhovateľ proti neprimerane krátkej lehote podať námietky podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, čo navrhovateľ taktiež neurobil. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v poskytnutom vysvetlení tiež nedeklaroval snahu doplniť chýbajúci doklad v dodatočnej lehote a ani tak neurobil. Za uvedených okolností preto nie je možné prisvedčiť navrhovateľovi, že by bola lehota na poskytnutie vysvetlenia a doplnenia dokladov neprimerane krátka. Kontrolovaný totiž nemal dôvod sa domnievať, že by navrhovateľ potreboval na doručenie vysvetlenia lehotu dlhšiu, pričom navrhovateľ svojou pasivitou vo

vzťahu k možnosti požadovať lehotu dlhšiu, tieto predpoklady iba potvrdil. Aj vo vzťahu k namietanému porušeniu princípu proporcionality je podľa kontrolovaného preto nutné zdôrazniť, že dôsledok vylúčenia navrhovateľa je v prvom rade pasivita samotného navrhovateľa vo vzťahu k spôsobu preukazovania splnenia požiadaviek na predmet zákazky. Z uvedeného dôvodu nie je možné túto pasivitu navrhovateľa vykladať a aplikovať na úkor kontrolovaného a odvolávať sa v tomto ohľade na princíp proporcionality. Kontrolovaný konštatuje, že pokiaľ by sa navrhovateľ obrátil na kontrolovaného so žiadosťou o predĺženie lehoty, poprípade by vo vysvetlení ponuky aspoň indikoval, že táto lehota nebola primeraná, poprípade, že niektoré z dokladov predloží neskôr, bola by východisková situácia diametrálne odlišná. Kontrolovaný poznamenáva, že zo strany navrhovateľa k žiadnej takejto indikácii však nedošlo a preto dnes nie je možné prisvedčiť, že navrhovateľ nemal dostatok času na spracovanie vysvetlenia.

101. Vzhľadom na vyššie uvedené, kontrolovaný považuje vylúčenie navrhovateľa v súlade s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) zákona z dôvodu, že nespĺňa požiadavku na podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona za opodstatnené a legitímne a rovnako vzhľadom na to, že uchádzač v stanovenej lehote nedoručil požadované vysvetlenie svojej ponuky vo vzťahu k zloženiu zábezpeky, považuje kontrolovaný vylúčenie ponuky navrhovateľa zo súťaže podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona za opodstatnené a v súlade so zákonom. Kontrolovaný považuje námietky navrhovateľa za neopodstatnené a navrhuje aby ich úrad zamietol.

Zistenia úradu

102. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné k meritu námietok relevantné skutočnosti:

103. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž tzv. „super reverzným postupom“ podľa druhej vety ustanovenia § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Súvislé kobercové opravy na území KSK“ v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 023-056391 zo dňa 02. 02. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 35/2022 zo dňa 03. 02. 2022 pod značkou 9704 - MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 62 347 939,75 Eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Zákazka sa nedelí na časti a nie je financovaná z fondov Európskej únie. Verejné obstarávanie prebieha prostredníctvom informačného systému ERANET. Úrad uvádza, že v lehote na predkladanie ponúk, ktorá uplynula dňa 26. 04. 2022 o 12:00 hod. predložili ponuku 4 uchádzači. Navrhovateľ predložil ponuku dňa 26. 04. 2022 o 11:17 hod. Otváranie ponúk sa uskutočnilo 26. 04. 2022 o 13:00 hod. Kontrolovaný dňa 23. 05. 2022 doručil navrhovateľovi oznámenie o vylúčení z toho istého dňa. V reakcii na oznámenie o vylúčení navrhovateľ doručil dňa 02. 06. 2022 kontrolovanému a úradu námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania.

104. V časti D. „Podmienky účasti“, oddiel 3 „Technická a odborná spôsobilosť“, bod 3.5 súťažných podkladov (po zmene č. 4) sa uvádza aj nasledovné, cit.: „3.5 V súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 ZVO: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.“

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

Uchádzač predloží **certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz**. Uchádzač musí uviesť opatrenia environmentálneho manažérstva, ktoré použije pri plnení zmluvy, ktorá bude

výsledkom verejného obstarávania, pričom tieto opatrenia musia zabezpečovať úroveň ochrany životného prostredia zodpovedajúcu úrovni, ktorú zabezpečuje schéma Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit (Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (Ú.v.EÚ L342, 22.12.2009) v platnom znení), resp. registrácia v tejto schéme, na ktorú schému týmto verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 36 zákona o verejnom obstarávaní odkazuje.

Splnenie tejto podmienky účasti možno preukázať **registráciou v schéme EMAS, prípadne validovaným environmentálnym vyhlásením alebo inými rovnocennými dôkazmi, dôkazmi preukazujúcimi rovnocennosť opatrení navrhovaných uchádzačom opatreniam požadovaným verejným obstarávateľom** s tým, že pokiaľ ide o preukázanie rovnocennosti opatrení navrhovaných uchádzačom opatreniam požadovaným verejným obstarávateľom, dôkazné bremeno je na uchádzačovi. Upozornenie: Túto podmienku účasti nebude spĺňať uchádzač, ktorý disponuje iba (výhradne) certifikátom podľa normy ISO 14001 a súčasne nepreukáže splnenie ostatných podmienok podľa predmetného nariadenia.“

105. V časti A „Pokyny pre uchádzačov“, oddiel III „Príprava ponuky“ súťažných podkladov (po zmene č. 4) v bode 16 „Zábezpeka“ sa uvádza aj nasledovné, cit.:

„16.1 Verejný obstarávateľ vyžaduje na zabezpečenie ponuky zloženie zábezpeky vo výške **500 000 EUR (slovom: päťstotisíc eur)**.

16.2 Zábezpeku je možné zložiť:

16.2.1 Poskytnutím bankovej záruky za uchádzača

Poskytnutie bankovej záruky nesmie byť v rozpore s ustanoveniami § 313 až § 322 Obchodného zákonníka, v platnom znení. Banková záruka môže byť vystavená bankou so sídlom v Slovenskej republike, pobočkou zahraničnej banky v Slovenskej republike alebo zahraničnou bankou. Doba platnosti bankovej záruky musí byť určená v bankovej záruke minimálne do uplynutia lehoty viazanosti ponúk (resp. predĺženej lehoty viazanosti), t. j. do 31.12.2022. Z bankovej záruky vystavenej bankou musí ďalej vyplývať, že banka uspokojí veriteľa (verejného obstarávateľa) za dlžníka (uchádzača) v prípade prepadnutia jeho zábezpeky v prospech verejného obstarávateľa vo verejnej súťaži s názvom **Súvislé kobercové opravy ciest na území KSK, pričom v texte bankovej záruky musí byť verejná súťaž nezameniteľne identifikovateľná napr. číslom Oznámenia, ktorým bola vyhlásená**. Banka sa musí bezpodmienečne a neodvolateľne zaviazat' zaplatiť na účet verejného obstarávateľa pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. Banková záruka vzniká dňom písomného vyhlásenia banky a zábezpeka vzniká doručením záručnej listiny verejnemu obstarávateľovi. V prípade poskytnutia zábezpeky formou bankovej záruky, uchádzač predloží bankovú záruku **vo forme a spôsobom uvedeným v ustanovení bodu 8.6 tejto časti súťažných podkladov**.

(...)

16.5 Zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa, ak uchádzač v lehote viazanosti ponúk:

16.5.1 odstúpi od svojej ponuky alebo

16.5.2 neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu v súlade s § 56 ods. 8 až 15 ZVO.“

106. Navrhovateľ predložil vo svojej ponuke „Zmluvu o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti a Zmluvu o budúcej zmluve o Dielo“ zo dňa 25. 04. 2022, ktorá je uzatvorená podľa § 289 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka v platnom znení a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní v platnom znení medzi uchádzačom XXX a poskytovateľom technickej a odbornej spôsobilosti AAA (ďalej len „zmluva o poskytnutí kapacít“). V zmluve o poskytnutí kapacít sú okrem iného uvedené nasledovné články a body, cit.:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

„Článok 1 Predmet a účel zmluvy

1.1 Táto Zmluva (ďalej v texte ako Zmluva) sa uzatvára za účelom dohody zmluvných strán o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti do verejnej súťaže za účelom splnenia podmienok účasti vo verejnej zákazke, ako aj za účelom dohody o následnej realizácii dotknutej časti verejnej zákazky a to zákazky s názvom (ďalej v texte ako predmetná zákazka):
(...)

1.2 Zmluvné strany sa dohodli, že za účelom uvedeným v čl. 1 bod 1.1. tejto Zmluvy poskytnú Poskytovateľ Uchádzačovi svoje technické a odborné kapacity tak, ako ich vyžadujú Podmienky účasti uvedenej zákazky, definované v Súťažných podkladoch, a to poskytnutím (...) - certifikát EMAS, resp. validované environmentálne vyhlásenie.

(...)

Článok 2 Vyhlásenia zmluvných strán

2.1. Obe zmluvné strany berú na vedomie a vyhlasujú, že sú im v celom rozsahu známe všetky podmienky realizácie verejných zákaziek, a to tak požiadavky dané Verejným obstarávateľom tejto zákazky, ako aj ostatné podmienky realizácie verejných zákaziek, ktoré vyžaduje zák. č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti Poskytovateľ (ako budúci subdodávateľ) prehlasuje:

- že sú mu známe požiadavky Verejného obstarávateľa a zákonné požiadavky podľa zák. č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v platnom znení, ktoré sa v časti preukazovania podmienok technickej a odbornej spôsobilosti dotýkajú Poskytovateľa ako budúceho subdodávateľa, (...)

- že technické a odborné kapacity podľa tejto Zmluvy poskytnú Uchádzačovi počas celého trvania realizácie predmetnej verejnej zákazky a to vo vzťahu k tej časti predmetu verejnej zákazky, na ktorú Uchádzač predložil technické a odborné kapacity Poskytovateľa.

2.2 Uchádzač prehlasuje, že pri realizácii predmetnej verejnej zákazky, uvedenej v čl. 1 tejto Zmluvy bude skutočne používať technické a odborné kapacity Poskytovateľa a to v rozsahu a spôsobom, ktorý je upravený príslušnými právnymi predpismi, dotýkajúcimi sa realizácie predmetnej verejnej zákazky.

(...)

Článok 5 Záverečné ustanovenia (...)

5.4 Vzťahy touto Zmluvou výslovne neupravené sa riadia príslušnými ustanoveniami Obchodného zákonníka a ostatných právnych predpisov platných na území Slovenskej republiky.“

107. Navrhovateľ predložil vo svojej ponuke dokument „22_Listy o prevzatí záväzkov“, ktorý obsahuje dva dokumenty:

V dokumente „**Oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku**“ zo dňa 11. 04. 2022 (ďalej len „oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku“), ktorý je podpísaný konateľom AAA, je uvedené nasledovné, cit.:

„Spoločnosť AAA (...) (ďalej len „AAA“) Vám týmto v zmysle 477 ods.4 Obchodného zákonníka platného v Slovenskej republike oznamuje, že predala časť svojho podniku pozostávajúcu z „Divízie cestných stavieb“ spoločnosti:

XXX (...) (ďalej len „XXX“).

Predaj časti podniku nadobudol účinnosť dňom 08.04.2022 (ďalej len „Deň účinnosti“) a týmto momentom sa XXX stala vlastníkom prevádzanej časti podniku. Keďže spoločnosť AAA a Vaša spoločnosť majú medzi sebou uzatvorené dodávateľsko - odberateľské vzťahy týkajúce sa prevedenej časti podniku (ďalej len „Zmluvné vzťahy“), všetky práva spoločnosti AAA vrátane všetkých peňažných pohľadávok a všetky povinnosti spoločnosti AAA zo Zmluvných vzťahov, prešli Dňom účinnosti na spoločnosť XXX. **Spoločnosť XXX sa tak stala namiesto AAA osobou oprávnenou zo všetkých práv a peňažných pohľadávok ako aj osobou**

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

povinnou zo všetkých povinností, ktoré spoločnosti AAA vyplývali zo Zmluvných vzťahov. Vzhľadom na uvedené Vás týmto zároveň žiadame Vás, aby ste svoje záväzky hradili na účet BAN: (...) .“

V dokumente „**Oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku**“ zo dňa 11. 04. 2022 (ďalej len „oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku“), ktorý je podpísaný konateľom uchádzača XXX, je uvedené nasledovné, cit.:

„Spoločnosť XXX, (...) (ďalej len „XXX“), Vám týmto v zmysle 477 ods.4 Obchodného zákonníka platného v Slovenskej republike oznamuje, že kúpila od spoločnosti AAA (...) (ďalej len „AAA“) časť podniku pozostávajúcu z „Divízie cestných stavieb“.

Predaj časti podniku nadobudol účinnosť dňom 08.04.2022 (ďalej len „Deň účinnosti“) a týmto momentom sa XXX stala vlastníkom prevádzanej časti podniku. Keďže spoločnosť AAA a Vaša spoločnosť majú medzi sebou uzatvorené dodávateľsko - odberateľské vzťahy týkajúce sa prevedenej časti podniku (ďalej len „Zmluvné vzťahy“) všetky povinnosti spoločnosti AAA zo Zmluvných vzťahov a všetky práva spoločnosti AAA, vrátane všetkých peňažných pohľadávok prešli Dňom účinnosti na spoločnosť XXX. **Spoločnosť XXX sa tak stala namiesto AAA osobou povinnou zo všetkých povinností ako aj osobou oprávnenou zo všetkých práv a peňažných pohľadávok, ktoré spoločnosti AAA vyplývali zo Zmluvných vzťahov.** Vzhľadom na uvedené, Vás žiadame, aby ste si všetky práva, ktoré máte zo Zmluvných vzťahov voči spoločnosti AAA uplatňovali výlučne voči spoločnosti XXX.““

108. Navrhovateľ predložil vo svojej ponuke dokument „Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“ zo dňa 23. 07. 2021 pre spoločnosť AAA (ďalej len „vyhlásenie EMAS AAA“), v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „EEE s registračným číslom overovateľa EMAS: SK-V-0002 akreditovaná pre rozsah (kód NACE): 41.20, 42.11, 42.13, 42.99, 43.11, 43.12, 23.99, 08.11 vyhlasuje, že overil, že celá organizácia v zmysle environmentálneho vyhlásenia organizácie: **AAA**.

spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 z 28. augusta 2017, ktorým sa menia prílohy 1, II a III a nariadenie komisie (EÚ) 2018/2026 z 19. decembra 2018, ktorým sa mení príloha IV k nariadeniu Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS).

Podpisom vyhlasujem, že:

- overovanie a validácia boli vykonané v plnom súlade s požiadavkami nariadenia (ES) č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 z 28. augusta 2017, ktorým sa menia prílohy I, II a III a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026 z 19. decembra 2018, ktorým sa mení príloha IV k nariadeniu Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009

o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS),

- výsledok overovania a validácie potvrdzuje, že neexistuje žiadny dôkaz o nedodržíavaní uplatniteľných právnych požiadaviek týkajúcich sa životného prostredia,
- údaje a informácie uvedené v environmentálnom vyhlásení organizácie poskytujú spoľahlivý, dôveryhodný a správny obraz o všetkých činnostiach organizácie v rozsahu uvedenom v environmentálnom vyhlásení.

Tento dokument nie je rovnocenný s registráciou v EMAS. Zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa nariadenia (ES) č. 1221/2009. Tento dokument sa samostatne nezverejňuje.“

109. Navrhovateľ predložil vo svojej ponuke dokument „Banková záruka za ponuku č. 03343-02-0062325 zo dňa 01. 03. 2022, vyhotovený BBB Bank a vystavený na spoločnosť AAA (ďalej len „banková záruka“), v ktorom je uvedené nasledovné, cit.:

„(...) Dozvedeli sme sa, že spoločnosť AAA (ďalej len „Uchádzač“) predloží svoju ponuku v zmysle podmienok verejnej súťaže číslo 9704 - MSP (Vestník číslo 35/2022 zo dňa 03. februára 2022), ktorej predmetom obstarávania je zákazka: „Súvislé kobercové opravy ciest na území KSK“.

V súlade so súťažnými podkladmi je Uchádzač povinný predložiť Obstarávateľovi zábezpeku za ponuku vo Výške 500.000,00 EUR. Na základe vyššie uvedených skutočností a na žiadosť Uchádzača my, BBB (ďalej len „Banka“), týmto preberáme voči Obstarávateľovi neodvolateľnú záruku a zaväzujeme sa, zriekajúc sa všetkých práv námietok a obrany, zaplatiť Obstarávateľovi bez zbytočného odkladu na základe prvej písomnej požiadavky Obstarávateľa, v prospech bankového účtu v nej uvedeného, akúkoľvek čiastku, neprevyšujúcu maximálnu sumu:

500.000,00 EUR

(slovom: Päťstotisíc 00/100 euro)

v prípade, že Obstarávateľ vo svojej požiadavke uvedie, že Uchádzač (i) nesplnil alebo porušil svoje povinnosti majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „Zákon“) a zároveň uvedie (ii) konkrétny dôvod prepadnutia zábezpeky v zmysle Zákona. Banka sa zaručuje vykonať Obstarávateľovi platbu až do výšky hore uvedenej sumy, po obdržaní jeho prvej písomnej požiadavky na zaplatenie, podpísanej oprávneným (i) zástupcom/zástupcami Obstarávateľa, ktorého/ktorých podpis(y) musí/musia byť overený/overené úradne alebo bankou Obstarávateľa.

Táto záruka nadobúda účinnosť dňom jej vystavenia a jej platnosť zanikne plne a automaticky:

- 1.) dňa 31. decembra 2022 (ďalej len „konečný dátum platnosti“). Obstarávateľova písomná požiadavka na zaplatenie z tejto bankovej záruky musí byť Banke doručená doporučenou poštou alebo kuriérskou službou najneskôr do konečného dátumu platnosti tejto bankovej záruky. Uplynutím konečného dátumu platnosti táto banková záruka zanikne plne a automaticky, nezávisle od vrátenia originálu tejto bankovej záruky do Banky.
alebo
- 2.) dňom vrátenia originálu tejto záručnej listiny do Banky, alebo
- 3.) dňom, kedy bude Banke prostredníctvom Uchádzača alebo Obstarávateľa doručené doporučenou poštou alebo kuriérskou službou písomné vyhlásenie Obstarávateľa, že sa vzdáva nárokov na plnenie z tejto záruky (ďalej len „Vyhlásenie“), pričom Vyhlásenie musí byť podpísané oprávneným(i) zástupcom/zástupcami Obstarávateľa, ktorého/ktorých podpis(y) musí/musia byť overený/overené úradne alebo bankou Obstarávateľa, alebo
- 4.) dňom vyplatenia celej záručnej sumy,

podľa toho, ktorá zo skutočností 1.) až 4.) uvedených vyššie nastane skôr.

Túto záruku je možné uplatniť aj po čiastkach. S každou čiastkou vyplatenou Bankou v rámci tejto záruky sa znižuje záväzok Banky o výšku rovnajúcu sa Výške vyplatennej čiastky. Nároky vyplývajúce z tejto záruky nie je možné postúpiť, založiť ani vinkulovať v prospech tretích osôb. Táto záruka sa riadi právnym poriadkom Slovenskej republiky. Prípadné spory budú riešené na príslušnom súde v Slovenskej republike.“

110. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 10. 05. 2022 prostredníctvom IS ERANET „Žiadosť o vysvetlenie ponuky“ zo dňa 10. 05. 2022 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie ponuky č. 1“),

v ktorej uviedol okrem iného aj nasledovné, cit.:

„(...) Spoločnosť XXX (ďalej len „Uchádzač“) predložila v lehote na predkladanie ponúk do Verejnej súťaže svoju ponuku. Spoločnosť Tatra Tender s.r.o., Krčméryho 16, 811 04 Bratislava, ktorá realizuje pre Verejného obstarávateľa predmetnú Verejnú súťaž, a na základe jeho poverenia vykonáva v jeho mene niektoré úkony spojené s jej realizáciou, sa na Vás týmto v jeho mene, resp. komisie zriadenej Verejným obstarávateľom na vyhodnotenie podmienok účasti a ponúk (ďalej len „Komisia“), obracia v súlade s ust. § 53 ods. 1 Zákona s touto žiadosťou o vysvetlenie ponuky.

Komisia hodnotila Vašu ponuku predloženú do Verejnej súťaže o.i. v súlade s ustanovením § 53 ods. 1 Zákona z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky vrátane formálnych a obsahových náležitostí predloženej ponuky. Komisia identifikovala niekoľko nezrovnalostí a nejasností v informáciách a dôkazoch/dokumentoch, ktoré ste poskytli spolu s ponukou na základe výsledkov vyhodnotenia konštatovala, že z Vami predloženej ponuky nie je možné posúdiť splnenie všetkých požiadaviek na predmet zákazky. Na základe uvedeného Vás preto žiadame o vysvetlenie ponuky v nasledovnom rozsahu:

1. Verejný obstarávateľ má na základe hodnoverne získaných informácií dôvodné podozrenie, že poskytovateľ kapacít - spoločnosť AAA (ďalej ako „AAA“), prostredníctvom ktorého preukazuje Uchádzač splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti (a pravdepodobne aj finančného a ekonomického postavenia) má evidované nedoplatky na poisťnom na sociálne poistenie a zdravotné poisťovne (DÔVERA zdravotná poisťovňa, a. s., Union zdravotná poisťovňa, a.s. a Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s.) evidujú voči nemu pohľadávky po splatnosti a teda nespĺňa podmienku osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. b) Zákona.

Vzhľadom na vyššie uvedené žiadame Uchádzača, aby Verejnému obstarávateľovi predložil v súlade s § 152 ods. 5 Zákona:

- i. **Písomné potvrdenie zdravotnej poisťovne DÔVERA zdravotná poisťovňa, a. s., IČO: 35 942 436 o tom, že neeviduje a v čase od 26.4.2022 až do vydania predmetného potvrdenia neevidovala voči spoločnosti AAA pohľadávky po splatnosti,**
- ii. **Písomné potvrdenie zdravotnej poisťovne Union zdravotná poisťovňa, a.s., IČO: 36 284 831 o tom, že neeviduje a v čase od 26.4. 2022 až do vydania predmetného potvrdenia neevidovala voči spoločnosti AAA pohľadávky po splatnosti,**
- iii. **Písomné potvrdenie zdravotnej poisťovne Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s., IČO: 35 937 874 0 tom, že neeviduje a v čase od 26.4.2022 až do vydania predmetného potvrdenia neevidovala voči spoločnosti AAA pohľadávky po splatnosti, a**
- iv. **Písomné potvrdenie Sociálnej poisťovne o tom, že v čase od 26.4.2022 až do vydania predmetného potvrdenia nemala spoločnosť AAA evidované nedoplatky na poisťnom na sociálne poistenie.**

2. Uchádzač spolu s ponukou predložil originál bankovej záruky za ponuku č. 03343-02-0062325 zo dňa 01.03.2022 (ďalej ako „Banková záruka“) vystavenú na spoločnosť AAA ako dlžníka/uchádzača vo Verejnej súťaži. Spoločnosť AAA však nie je uchádzačom vo Verejnej súťaži. Vzhľadom na to, že zo znenia Bankovej záruky, resp. záručnej listiny vyplýva, že banka, ktorá záručnú listinu vystavila sa zaviazala plniť len pre prípad, ak spoločnosť AAA ako uchádzač nespĺní alebo poruší svoje povinnosti majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle Zákona a zároveň Verejný obstarávateľ uvedie konkrétny

dôvod prepadnutia zábezpeky podľa Zákona, má Komisia za to, že takto predložená zábezpeka nespĺňa požiadavky podľa § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov.

Vzhľadom na vyššie uvedené žiadame Uchádzača, aby hodnoverným spôsobom preukázal, že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na Uchádzača ako dlžníka a že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov, banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. Túto požiadavku žiadame preukázať najmä:

- i. **Zmluvnou dokumentáciou vrátane príloh, na základe ktorej došlo k prechodu/prevodu oprávnenia z Bankovej záruky zo spoločnosti AAA na Uchádzača, a**
- ii. **Písomným potvrdením banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti Uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie.**

3. Uchádzač v ponuke predložil čestné vyhlásenie o tom, že celkový obrat Uchádzača za posledné 3 roky je nasledovný:

- rok 2019 obrat: 17 232 673,00 EUR
- rok 2020 obrat: 12 306 333,05 EUR
- rok 2021 obrat: 29 435 721,00 EUR

Komisia sa oboznámila s individuálnymi účtovnými závierkami Uchádzača zverejnenými na www.registeruz.sk. Na základe preskúmania ponuky uchádzača a registra účtovných závierok komisia zistila, že obrat deklarovaný Uchádzačom v čestnom vyhlásení za roky 2020 a 2019 nie je obratom, ktorý dosiahol Uchádzač, ale obrat spoločnosti AAA, s ktorou má uchádzač uzatvorenú Zmluvu o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti a Zmluvu o budúcej zmluve o dielo (ďalej aj ako „ZOBZ“). Uchádzač nepredložil v ponuke zmluvu v súlade s § 33 ods. 2 Zákona vo vzťahu k spoločnosti AAA, ktorou by preukázal, že pri plnení zmluvy bude Uchádzač skutočne používať zdroje spoločnosti AAA, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a ani záväzok spoločnosti AAA, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. ZOBZ uvedené záväzky neobsahuje.

Účtovná závierka za rok 2021 Uchádzača a ani spoločnosti AAA ešte nebola zverejnená na www.registeruz.sk a preto nie je možné overiť údaj o dosiahnutom obrate za rok 2021.

Komisia zistila, že dosiahnutý obrat Uchádzača za roky 2019 a 2020 bol nasledovný:

- rok 2019 obrat: 2 214 395,00 EUR
- rok 2020 obrat: 1 895 278,00 EUR

Na základe vyššie uvedeného žiadame Uchádzača, aby Verejnému obstarávateľovi doložil nasledovné:

- i. **Výkaz ziskov a strát za rok 2021 s vyznačeným údajom o celkovom obrate overený daňovým úradom alebo audítorom, z ktorého vyplýva, že Uchádzač dosiahol v danom roku obrat aspoň 45 890 327,00 EUR alebo**
- ii. **Zmluvu v súlade s § 33 ods. 2 Zákona so spoločnosťou AAA, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, v súlade s § 33 ods. 2 Zákona;**

- iii. **Výkaz ziskov a strát za rok 2021 spoločnosti AAA s vyznačeným údajom o celkovom obrate overený daňovým úradom alebo audítorm, pokiaľ jej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia.**

(...)

4. Uchádzač v ponuke predložil:

(...)

Komisia konštatovala, že Uchádzač preukazuje splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti (§ 34 Zákona) prostredníctvom spoločnosti AAA. V tejto súvislosti predložil Uchádzač v ponuke ZOBZ podpísanú za Uchádzača ako aj poskytovateľa p. CCC na základe plnomocenstiev, ktoré majú každé nedostatky uvedené vyššie.

Na základe vyššie uvedeného žiadame Uchádzača, aby doložil plnomocenstvá, ktoré oprávňovali p. CCC zastupovať (i) Uchádzača ako aj (ii) spoločnosť AAA pri príslušných úkonoch potrebných v tejto Verejnej súťaži. Komisia zároveň upozorňuje Uchádzača, aby v prípade predloženia zmluvy s osobou, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti, bola táto podpísaná v zmysle bodu 8.4.1 súťažných podkladov, jeho štatutárnym zástupcom alebo iným písomne splnomocneným zástupcom Uchádzača, ktorý je oprávnený konať za uchádzača v záväzkových vzťahoch tu opísaných. Uchádzačom predložené plnomocenstvo zo dňa 22.06.2021 udelené p. CCC totiž neobsahuje oprávnenie splnomocnenca na uzatváranie zmlúv a zaväzovanie Uchádzača v právnych vzťahoch spojených s Verejnou súťažou a predmetom zákazky. Uvedené splnomocnenie má procesnoprávny charakter na zastupovanie v konaniach pred orgánmi štátnej správy a samosprávy.

5. Uchádzač v ponuke predložil Zmluvu o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti a Zmluvu o budúcej zmluve o dielo zo dňa 15.02.2022 uzatvorenú medzi spoločnosťou AAA a poskytovateľom DDD (ďalej ako „Zmluva DDD), ktorej predmetom je poskytnutie technických a odborných kapacít za účelom splnenia podmienok účasti v súťaži „Súvislé kobercové opravy ciest na území KSK“. Vzhľadom na to, že Uchádzač nie je zmluvnou stranou Zmluvy DDD, nebolo preukázané, že spoločnosť DDD poskytne technické a odborné kapacity za účelom splnenia podmienok účasti Uchádzačovi.

Na základe vyššie uvedeného žiadame Uchádzača, aby doložil potrebné dokumenty, ktoré hodnoverným spôsobom preukážu prechod práv a povinností zo Zmluvy DDD zo spoločnosti AAA na Uchádzača ako zmluvnú stranu.

Z vyššie uvedených dôvodov Vás týmto v súlade s ust. S 53 ods. 1 Zákona žiadame o vysvetlenie Vašej ponuky. Zároveň však upozorňujeme, že vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Svoje vysvetlenie ponuky doručte najneskôr do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania tejto žiadosti elektronicky prostredníctvom systému ERANET. Upozorňujeme Vás, že v prípade nevysvetlenia ponuky v určenej lehote bude Vaša ponuka pre príslušnú časť predmetu zákazky v súlade s ustanovením S 53 ods. 5 Zákona z Verejnej súťaže vylúčená.

111. Navrhovateľ doručil kontrolovanému dňa 12. 05. 2022 prostredníctvom IS ERANET list „Vysvetlenie ponuky“ zo dňa 11. 05. 2022 (ďalej len „vysvetlenie ponuky č. 1“), v ktorom uviedol nasledovné, cit.:
- „Naša spoločnosť v postavení Uchádzača predložila dňa 26.04.2022 Verejnému obstarávateľovi ponuku na realizáciu verejnej Zákazky.

VÝCHODISKO:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

(...) (poznámka úradu: navrhovateľ v tejto časti cituje znenie žiadosti o vysvetlenie č. 1)

VYSVETLENIE:

Dovoľujeme si Verejnému obstarávateľovi uviesť, že **vzhľadom na charakter a rozsah otázok Verejného obstarávateľa**, ktoré sú predmetom jeho Žiadosti o vysvetlenie ponuky, **považujeme ním stanovenú lehotu dvoch pracovných dní za neprimerane krátku**. Napriek krátkosti času však Verejnému obstarávateľovi predkladáme nasledovné vysvetlenie nami predloženej ponuky:

K bodom 1., 2., 3. a 5. Žiadosti o vysvetlenie ponuky uvádzame: Spoločnosť XXX (ďalej len „XXX“ alebo „Uchádzač“) uzavrela dňa 08.04.2022, v postavení kupujúceho, so spoločnosťou AAA (ďalej len „AAA“) v postavení predávajúceho, Zmluvu o predaji časti podniku, na základe ktorej došlo k prevodu časti podniku. V súlade s ust. § 477, ods. 4 Obchodného zákonníka Vám v už predloženej ponuke spoločnosť XXX, ako kupujúci oznámila prevzatie záväzkov od spoločnosti AAA ako predávajúceho a spoločnosť AAA ako predávajúci Vám oznámila prechod pohľadávok na spoločnosť XXX ako kupujúceho. Predmetné oznámenia boli súčasťou Uchádzačom predloženej ponuky vo formáte pdf, pod názvom elektronického súboru „22_Listy o prevzatí záväzkov“. XXX zároveň v zmysle § 488, ods. 1 navrhla vykonanie zápisu o predaji časti podniku v príslušnom obchodnom registri, ktorý bol následne dňa 30.04.2022 zapísaný v Obchodnom registri Okresného súdu Žilina.

Na základe vyššie uvedenej zmluvy o predaji časti podniku, ktorá predstavuje štandardný zmluvný typ upravený platným Obchodným zákonníkom, **prešli zo zákona**, v zmysle kogentného ustanovenia § 477 Obchodného zákonníka na spoločnosť XXX **všetky práva, záväzky, zmluvné vzťahy (vrátane úverových zmlúv, zmlúv o poskytnutí bankových záruk, pracovných zmlúv, atď.), ktoré súvisia so Zákazkou a spoločnosť XXX sa stala právnym nástupcom spoločnosti AAA a vstúpila do jej postavenia a to bez potreby ďalších písomných dohôd či dodatkov upravujúcich pôvodné zmluvy, pričom na tento prechod sa ani nevyžaduje súhlas druhej strany**. Spoločnosť XXX sa tak stala **namiesto AAA účastníkom aj všetkých zmlúv uzavretých s tretími osobami o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti, ktoré sú tiež súčasťou predávanej časti podniku**, rovnako tak XXX nadobudla aj referencie, ktoré boli potrebné k účasti v súťaži na Zákazku, obrat z nich vyplývajúci a **prešli na ňu aj pôvodní zamestnanci AAA a teda všetky ekonomické, odborné a technické kapacity, ktorými sa preukazovalo splnenie podmienok účasti**.

Vzhľadom na skutočnosť, že XXX vstúpila do právneho postavenia AAA a má rovnaké práva a postavenie ako mala spoločnosť AAA a teda ak zo strany AAA ako nášho právneho predchodcu, už zároveň nie je potrebné duplicitné splnenie podmienok osobného postavenia, ktoré preukazujeme zápisom do zoznamu hospodárskych subjektov Uchádzača - XXX, vedenom Úradom pre verejné obstarávanie podľa §152 ZOV a osobné postavenie spoločnosti AAA sa vo vzťahu k Zákazke stáva bezpredmetným.

Vo veci celkového obratu Uchádzača Vám vzhľadom na zákonný odklad termínu na predloženie DPPO a spracovanie účtovnej závierky XXX a AAA za r. 2021, nie je možné predložiť údaj o celkovom obrate, ktorý je overený daňovým úradom alebo audítorom (dôkazy o odklade termínu predkladáme v prílohe), avšak predkladáme Vám pracovnú verziu účtovných závierok za r. 2021 oboch spoločností. Zároveň Vám predkladáme účtovné závierky oboch spoločností za r. 2018 (sú zverejnené aj na www.registeruz.sk).

K bodu 4. Žiadosti o vysvetlenie ponuky: V prílohe tohto vysvetlenia Vám predkladáme plnomocenstvá, ktoré oprávňovali p. CCC zastupovať Uchádzača ako aj spoločnosť AAA pri príslušných úkonoch potrebných v tejto Verejnej súťaži.

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

ZÁVER:

Vzhľadom k vyššie uvedenému máme za to, že doručeníím tohto listu spolu s jeho prílohami Verejnému obstarávateľovi elektronickým spôsobom prostredníctvom systému ERANET, sme riadne, v úplnosti a včas vyhovelí „Žiadosti o vysvetlenie ponuky“ predloženej Verejnému obstarávateľovi, a tým sme dostatočne preukázali, že naša ponuka spĺňa podmienky účasti stanovené verejným obstarávateľom, uvedené v oznámení použitom ako výzva na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch, s platnosťou ku dňu predkladania ponúk a doklady preukazujúce splnenie týchto podmienok sme riadne komisii Verejného obstarávateľa vysvetlili, tak ako to požadovala.

prílohy: Príloha č. 1 - Zmluva o prevode časti podniku, Príloha č. 2 - Dôkaz o odklade termínu účtovnej a daňovej závierky za r. 2021 XXX a AAA, Príloha č. 3 - Účtovné závierky XXX a AAA za r. 2018, Príloha č. 4 - Pracovná verzia účtovných závierok XXX a AAA za r. 2021, Príloha č. 5 - Plnomocenstvo.“

112. Navrhovateľ v prílohe č. 1 vysvetlenia č. 1 doručil kontrolovanému zmluvu o prevode časti podniku, a to konkrétne: „Zmluvu o predaji časti podniku uzatvorenú na základe príslušných ustanovení § 476 a nasl. Obchodného zákonníka“ zo dňa 08. 04. 2022, uzatvorenú medzi predávajúcim AAA a kupujúcim XXX. (ďalej len „zmluva o predaji časti podniku“). V zmluve o predaji časti podniku sú okrem iného uvedené nasledovné články a body, cit.:

„Čl. II. Úvodné ustanovenia

2.1. Predávajúci je obchodnou spoločnosťou, ktorá prevádzkuje podnikateľskú činnosť prevažne v oblasti stavebníctva.

2.2. Kupujúci je obchodnou spoločnosťou podnikajúcou v stavebníctve a má záujem získať časť podniku Predávajúceho ako je špecifikovaná nižšie a má v úmysle naďalej ju prevádzkovať tak, aby nedošlo k poškodeniu alebo zhoršeniu postavenia oprávnených veriteľov Predávajúceho, ktorých pohľadávky súvisia s danou časťou podniku a ktoré tak budú súčasťou prevodu danej časti podniku na Kupujúceho.

Čl. III. Predmet Zmluvy

3.1. Predmetom tejto Zmluvy je prevod časti podniku Predávajúceho z Predávajúceho na Kupujúceho, t.j. všetkých vecí a práv, povinností a iných majetkových hodnôt, ktoré slúžia k prevádzkovaniu časti podniku Predávajúceho a pochádzajú z jej činnosti a ktorá pozostáva z „Divízie cestných stavieb“, tak ako je táto časť podniku bližšie špecifikovaná v tejto Zmluve a jej prílohách (špecifikovaná časť podniku ďalej spolu len „Časť podniku“). Predávajúci touto Zmluvou a za podmienok v nej uvedených prevádza Časť podniku na Kupujúceho a Kupujúci touto Zmluvou kupuje od Predávajúceho Časť podniku spolu so všetkými právami a povinnosťami patriacimi k Časti podniku v zmysle príslušných právnych predpisov vrátane, avšak nielen, vecí, práv, povinností a majetkových hodnôt tak ako sú špecifikované v bode 3.4. tejto Zmluvy. (...)

3.4. Časť podniku Predávajúceho, ktorý sa Predávajúci zaväzuje previesť na Kupujúceho, za podmienok uvedených v Zmluve, tvoria predovšetkým nasledujúce hmotné, ako aj osobné a nehmotné zložky podnikania:

(...)

3.4.2. **aktíva** (uvedené v prílohe č. 1 Zmluvy): (...)

e) práva z poskytnutých bankových a poisťných záruk

f) ostatné aktíva

3.4.3. **pasíva** (uvedené v prílohe č. 2 Zmluvy): (...)

b) bankové úvery a výpomoci, záväzky z vystavených bankových záruk

(...)

3.4.10 obchodné tajomstvo a know-how, ktorým sú akékoľvek skutočnosti, dokumenty a informácie, ktoré sa viažu k prevádzkovaniu Prevádzanej časti Podniku Predávajúcim, ktoré

nie sú v príslušných obchodných kruhoch všeobecne známe a Predávajúci ich utajovanie zodpovedajúcim spôsobom zabezpečuje (najmä rôzne vnútropodnikové smernice, interné postupy a pod.), ako **aj všetky práva a nehmotné hodnoty, ktoré vyplývajú, resp. sa vzťahujú k jednotlivým certifikátom, ktoré vydali príslušné organizácie v prospech Predávajúceho** (napr. ISO, Certifikáty asfaltových zmesí a kameniva a iných stavebných materiálov, EMAS, prístupy k portálom verejného obstarávania, domény a pod.);

(...)

3.9. Kupujúci je povinný bez zbytočného odkladu po nadobudnutí platnosti Zmluvy oznámiť všetkým známym veriteľom preberaných záväzkov prevzatie záväzkov a Predávajúci je povinný bez zbytočného odkladu oznámiť dlžníkom prechod pohľadávok na Kupujúceho.

(...)

Čl. VIII. Záverečné ustanovenia

8.1. Táto Zmluva nadobúda platnosť a účinnosť dňom podpisu obidvomi Zmluvnými stranami.

(...)

8.6. Neoddeliteľnou súčasťou Zmluvy sú a jej prílohy na DVD nosiči : 1) Zoznam aktív ktoré prechádzajú na Kupujúceho spolu s prevádzanou časťou podniku; 2) Zoznam pasív, ktoré prechádzajú na Kupujúceho spolu s prevádzanou časťou podniku; 3) Zoznam zmluvných vzťahov, ktoré prechádzajú na Kupujúceho spolu s prevádzanou časťou podniku; 4) Zoznam súdnych sporov; 5) Zoznam zamestnancov, ktorí prechádzajú ku Kupujúcemu.

(...)

8.10. Právne vzťahy neupravené touto Zmluvou sa riadia príslušnými ustanoveniami Obchodného zákonníka a ostatnými právnymi predpismi platnými v Slovenskej republike. (...).

113. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 18. 05. 2022 prostredníctvom IS ERANET „Žiadosť o vysvetlenie ponuky č. 2“ zo dňa 18. 05. 2022 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie ponuky č. 2“), v ktorej uviedol okrem iného aj nasledovné, cit.:

„(...) Spoločnosť XXX (ďalej len „Uchádzač“) predložila v lehote na predkladanie ponúk do Verejnej súťaže svoju ponuku. Na základe Komisiou identifikovaných nezrovnalostí a nejasností v informáciách a dôkazoch/dokumentoch, ktoré Uchádzač poskytol spolu s ponukou bol Uchádzač vyzvaný na vysvetlenie ponuky Žiadosťou o vysvetlenie ponuky zo dňa 10.05.2022 (ďalej ako „**Žiadosť o vysvetlenie č. 1**“), doručenou mu toho istého dňa prostredníctvom systému ERANET, ktorý Verejný obstarávateľ používa pri komunikácii s uchádzačmi, resp. záujemcami v Súťaži v zmysle § 20 Zákona. Uchádzač na základe Žiadosti o vysvetlenie č. 1 doručil Verejnému obstarávateľovi dňa 12.05.2022 vysvetlenie ponuky (ďalej ako „**Vysvetlenie ponuky**“). Spoločnosť Tatra Tender s.r.o., Krčméryho 16, 811 04 Bratislava, ktorá realizuje pre Verejného obstarávateľa predmetnú Verejnú súťaž, a na základe jeho poverenia vykonáva v jeho mene niektoré úkony spojené s jej realizáciou, sa na Vás týmto v jeho mene, resp. komisie zriadenej Verejným obstarávateľom na vyhodnotenie podmienok účasti a ponúk (ďalej len „Komisia“), obracia v súlade s ust. § 53 ods. 1 Zákona s touto ďalšou žiadosťou o vysvetlenie ponuky.

Komisia na základe Vysvetlenia ponuky identifikovala ďalšie nezrovnalosti a nejasnosti v Uchádzačom poskytnutých informáciách a dôkazoch/dokumentoch týkajúcich sa ponuky a preto žiada o nasledovné vysvetlenie.

Uchádzač predložil v ponuke scan dokumentu „**Oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku**“ podpísaný konateľom Uchádzača a scan dokumentu „**Oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku**“ podpísaný konateľom spoločnosti AAA (ďalej ako „AAA“), v ktorých sa uvádza, že spoločnosť AAA predala časť svojho podniku pozostávajúcu z „Divízie cestných stavieb“ Uchádzačovi s účinnosťou ku dňu 08.04.2022. Zároveň Uchádzač spolu s ponukou predložil Zmluvu o poskytnutí technickej a odbornej spôsobilosti a Zmluvu o budúcej zmluve o dielo uzatvorenú medzi Uchádzačom a

poskytovateľom — spoločnosťou AAA zo dňa 25.04.2022 (ďalej ako „**Zmluva o poskytnutí kapacít**“). Z predmetnej Zmluvy o poskytnutí kapacít vyplýva, že Uchádzač bude v zmysle § 34 ods. 3 Zákona pri plnení predmetu zákazky Verejnej súťaže využívať kapacity spoločnosti AAA na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Vzhľadom na dôvodné podozrenie, že poskytovateľ kapacít - spoločnosť AAA nespĺňa podmienku osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. b) Zákona, bol Uchádzač Žiadosťou o vysvetlenie č. 1 vyzvaný, aby preukázal, že AAA uvedenú podmienku spĺňa. Uchádzač vo Vysvetlení ponuky uviedol, že „Vzhľadom na skutočnosť, že (Uchádzač) XXX vstúpila do právneho postavenia AAA a má rovnaké práva a postavenie ako mala spoločnosť AAA a teda ak zo strany AAA ako nášho právneho predchodcu, už zároveň nie je potrebné duplicitné splnenie podmienok osobného postavenia, ktoré preukazujeme zápisom do zoznamu hospodárskych subjektov Uchádzača - XXX, vedenom Úradom pre verejné obstarávanie podľa § 152 Zákona a osobné postavenie spoločnosti AAA sa vo vzťahu k Zákazke stáva bezpredmetným.“

Na základe Vysvetlenia ponuky sa javí, že Uchádzač má za to, že nie je potrebné, aby preukazoval splnenie podmienok účasti a to finančného a ekonomického postavenia ako ani technickej a odbornej spôsobilosti prostredníctvom poskytovateľa kapacít - AAA a teda nebude používať na preukázanie podmienok účasti spoločnosť AAA. V rozpore s uvedeným, ale Uchádzač predložil spolu s ponukou Zmluvu o poskytnutí kapacít, ktorú uzatvoril s AAA po účinnosti predaja časti podniku.

Pre odstránenie akýchkoľvek pochybností vzhľadom na informáciu uvedenú Uchádzačom vo Vysvetlení ponuky a predloženie Zmluvy o poskytnutí kapacít vo vzťahu k spoločnosti AAA ako poskytovateľovi kapacít, žiada Komisia Uchádzača o jednoznačné vyjadrenie, či Uchádzač:

- (i) **preukazuje splnenie podmienok účasti prostredníctvom spoločnosti AAA a ak áno, ktoré konkrétne podmienky účasti požadované Verejným obstarávateľom v súťažných podkladoch k Verejnej súťaži bude preukazovať jej prostredníctvom a ktoré samostatne, alebo**
- (ii) **preukazuje splnenie všetkých podmienok účasti sám (vlastnými kapacitami).**

Z vyššie uvedených dôvodov Vás týmto v súlade s ust. § 53 ods. 1 Zákona žiadame o vysvetlenie Vašej ponuky. Zároveň však upozorňujeme, že vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene.

Svoje vysvetlenie ponuky doručte najneskôr do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania tejto žiadosti elektronicky prostredníctvom systému ERANET. Upozorňujeme Vás, že v prípade nevysvetlenia ponuky v určenej lehote bude Vaša ponuka pre príslušnú časť predmetu zákazky v súlade s ustanovením § 53 ods. 5 Zákona z Verejnej súťaže vylúčená.“

114. Navrhovateľ doručil kontrolovanému dňa 20. 05. 2021 prostredníctvom IS ERANET list „Vysvetlenie ponuky č. 2“ zo dňa 20. 05. 2022 (ďalej len „vysvetlenie ponuky č. 2“), v ktorom uviedol nasledovné, cit.:

„Naša spoločnosť v postavení Uchádzača predložila dňa 26.04.2022 Verejnému obstarávateľovi ponuku na realizáciu verejnej Zákazky.

VÝCHODISKO: Dňa 18.05.2022 nám bola doručená Vaša „Žiadosť o vysvetlenie ponuky č. 2“ zo dňa 18.05.2022, v ktorej konštatujete, že komisia Verejného obstarávateľa na základe vysvetlenia ponuky zo dňa 11.05.2022 identifikovala ďalšie nezrovnalosti a nejasnosti v informáciách a dôkazoch / dokumentoch, ktoré sme poskytli spolu s ponukou a na základe uvedeného ste nás s odvolaním sa na §53, ods. 1 ZVO požiadali o nasledovné vysvetlenie (citujeme): (...)

VYSVETLENIE: V záujme odstránenia pochybností Verejného obstarávateľa, resp. komisie Verejného obstarávateľa, predkladáme vo vzťahu k „Žiadosti o vysvetlenie ponuky“ zo dňa 10.05.2022 a vo vzťahu k nášmu listu „Vysvetlenie ponuky“ zo dňa 11.05.2022 a v ňom uvedeným informáciám nasledovné, doplňujúce vyjadrenie: **Naša spoločnosť v podstavení Uchádzača nepreukazuje splnenie predmetných podmienok účasti prostredníctvom spoločnosti AAA a teda všetky predmetné podmienky účasti preukazuje vlastnými kapacitami.**

ZÁVER: Vzhľadom k vyššie uvedenému máme za to, že doručením tohto vysvetlenia ponuky Verejnému obstarávateľovi elektronickým spôsobom prostredníctvom systému ERANET, sme riadne, v úplnosti a včas vyhoveľi „Žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 2“ zo dňa 18.05.2022, a tým sme dostatočne preukázali, že naša ponuka spĺňa podmienky účasti stanovené verejným obstarávateľom, uvedené v oznámení použitom ako výzva na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch, s platnosťou ku dňu predkladania ponúk a doklady preukazujúce splnenie týchto podmienok sme riadne komisii Verejného obstarávateľa vysvetlili, tak ako to požadovala.“

115. Navrhovateľ bol vylúčený z predmetného verejného obstarávania dňa 23. 05. 2022 podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu nesplnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní a podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu nedoručenia písomného vysvetlenia ponuky na základe požiadavky verejného obstarávateľa. Kontrolovaný v oznámení o vylúčení, ktoré bolo zaslané navrhovateľovi prostredníctvom IS ERANET, uviedol o. i. nasledovné odôvodnenie vylúčenia, cit.: „Komisia zriadená Verejným obstarávateľom na vyhodnotenie podmienok účasti a ponúk (ďalej len „Komisia“), pristúpila podľa **bod 24 Časti A. Pokyny pre uchádzačov súťažných podkladov** a v zmysle druhej vety § 66 ods. 7 Zákona v spojení s príslušnými časťami § 55 ods. 1 Zákona, k vyhodnoteniu ponuky Uchádzača z hľadiska splnenia podmienok účasti ako aj splnenia požiadaviek na predmet zákazky, keďže tento sa na základe kritérií na vyhodnotenie ponúk umiestnil ako prvý v poradí. Na základe Komisiou identifikovaných nezrovnalostí a nejasností v informáciách a dôkazoch/dokumentoch, ktoré Uchádzač predložil v ponuke, bol Uchádzač vyzvaný na vysvetlenie ponuky Žiadosťou o vysvetlenie ponuky zo dňa 10.05.2022 (ďalej ako „**Žiadosť o vysvetlenie č. 1**“), doručenou mu v ten istý deň prostredníctvom systému ERANET. Na základe Žiadosti o vysvetlenie č. 1 doručil Uchádzač Verejnému obstarávateľovi dňa 12.05.2022 vysvetlenie ponuky (ďalej ako „**Vysvetlenie ponuky č. 1**“). Z dôvodu nejasností, ktoré vzišli z informácií poskytnutých vo Vysvetlení č. 1 týkajúcich sa preukazovania podmienok účasti vlastnými kapacitami, resp. poskytovateľom kapacít, bol Uchádzač ďalej vyzvaný na vysvetlenie ponuky druhou žiadosťou o vysvetlenie ponuky zo dňa 18.05.2022 (ďalej ako „**Žiadosť o vysvetlenie č. 2**“). Na základe Žiadosti o vysvetlenie č. 2 doručil Uchádzač Verejnému obstarávateľovi dňa 20.05.2022 vysvetlenie ponuky č. 2 (ďalej ako „**Vysvetlenie ponuky č. 2**“), v ktorom uviedol, že Uchádzač nepreukazuje splnenie podmienok účasti v Súťaži prostredníctvom spoločnosti AAA (ďalej ako „AAA“) a teda všetky podmienky účasti preukazuje vlastnými kapacitami. Pre úplnosť uvádzame, že vzhľadom na dôvodné podozrenie, že spoločnosť AAA ako poskytovateľ kapacít nespĺňa podmienku osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. b) Zákona, bol Uchádzač Žiadosťou o vysvetlenie č. 1 vyzvaný, aby preukázal, že AAA uvedenú podmienku spĺňa. Uvedené podozrenie Uchádzač nespochybnil a uviedol, že AAA ako poskytovateľ kapacít nebude využívať a teda všetky predmetné podmienky účasti preukazuje vlastnými kapacitami.

S ohľadom na obsah ponuky ako aj obsah Vysvetlenia ponuky č. 1 a Vysvetlenia ponuky č. 2 komisia na hodnotenie ponúk dospela k záveru, že Uchádzač nespĺňa nižšie uvedené podmienky účasti, resp. v stanovenej lehote neposkytol požadované vysvetlenie týkajúce sa zábezpeky.

I. Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 ZVO: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.

Komisia na základe výsledkov vyhodnotenia splnenia podmienok účasti konštatovala, že podmienka účasti týkajúca sa technickej alebo odbornej spôsobilosti požadovaná Verejným obstarávateľom **podľa bodu 3.5 časti D. Podmienky účasti súťažných podkladov** k Zákazke a v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy, **nebola zo strany Uchádzača splnená.**

Uchádzač predložil spolu s ponukou dokument s názvom „Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“ vydané dňa 23.07.2021 pre spoločnosť AAA spoločnosťou EEE (ďalej ako „**Vyhlásenie EMAS**“). Vo Vyhlásení EMAS je uvedené, že tento dokument nie je rovnocenný s registráciou v EMAS a že zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (ďalej ako „**Nariadenie EMAS**“). Komisia overila registráciu Uchádzača ako aj spoločnosti AAA v Zozname organizácií registrovaných v Schéme pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) so sídlom v Slovenskej republike (<https://www.emas.sk/register-emas-v-sr/>) a zistila, že ani jedna zo spoločností nie je v uvedenom registri zapísaná.

Komisia pri vyhodnocovaní splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona v súvislosti s Vyhlásením EMAS identifikovala viacero nedostatkov.

Vyhlásenie EMAS nie je vydané pre Uchádzača, ale pre spoločnosť AAA. Uchádzač síce predložil v ponuke scan dokumentu „Oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku“ podpísaný konateľom Uchádzača a scan dokumentu „Oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku“ podpísaný konateľom spoločnosti AAA, v ktorých sa uvádza, že spoločnosť AAA predala časť svojho podniku pozostávajúcu z „Divízie cestných stavieb“ Uchádzačovi s účinnosťou ku dňu 08.04.2022. Následne na základe Žiadosti o vysvetlenie č. 1 predložil Uchádzač s Vysvetlením ponuky č. 1 aj scan Zmluvy o predaji časti podniku zo dňa 10.05.2022, kde sa v zmysle bodu 3.4.10. uvádza, že časť prevádzaného podniku tvorí aj obchodné tajomstvo a know-how a medzi nimi aj všetky práva a nehmotné hodnoty, ktoré vyplývajú, resp. sa vzťahujú k jednotlivým certifikátom, ktoré vydali príslušné orgány v prospech AAA ako predávajúceho (napr. EMAS). Komisia na základe ustanovení Nariadenia EMAS a potvrdenia zo strany Slovenskej agentúry životného prostredia, ktorá plní v rámci Slovenskej republiky úlohu príslušného orgánu v zmysle Nariadenia EMAS (ďalej ako „SAŽP“), zistila nasledovné:

- a) Získanie Vyhlásenia EMAS predstavuje v procese registrácie len jedno zo štádií potrebných na registráciu organizácie v systéme EMAS. V prípade, ak by Uchádzač alebo AAA požadovala registráciu v systéme EMAS, je potrebné, aby zistenia identifikované environmentálnym overovateľom (EEE) vo Vyhlásení EMAS boli validované a následne by SAŽP vykonala zápis v Registri EMAS. Z uvedeného vyplýva, že Vyhlásenie EMAS nemožno považovať za certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz v zmysle požiadavky Verejného obstarávateľa uvedenej v bode 3.5 Časti D. Podmienky účasti súťažných podkladov k Zákazke v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona.

- b) Subjekt AAA podal žiadosť o registráciu v schéme EMAS v roku 2020, ale k zápisu uvedenej spoločnosti v registri EMAS nedošlo z dôvodu nesplnenia požiadavky nariadenia EPaR č. 1221/2009 - čl. 13 ods. 2 písm. c) a ods. 6.
- c) **V prípade, ak by aj Vyhlásenie EMAS mohlo byť považované za rovnocenné s registráciou v systéme EMAS, alebo v prípade, ak by aj AAA bola registrovaná v systéme EMAS a disponovala certifikátom EMAS v zmysle Nariadenia EMAS nie je možné takýto certifikát previesť na iný subjekt.** V prípadoch ako je zmena v štruktúre organizácie (napr. predaj časti podniku), ktorá je držiteľom certifikátu EMAS sa vyžaduje, aby z dôvodu možnej zmeny vstupov významných pre splnenie podmienok na certifikáciu bolo vykonané environmentálne preskúmanie týchto zmien (uvedené sa týka predávajúceho časti podniku). Kupujúci časti podniku (pokiaľ nie je sám držiteľom certifikátu EMAS) kúpu časti podniku certifikát EMAS nenadobúda. Pokiaľ chce certifikát získať, musí požiadať o vydanie a prejsť procesom certifikácie.

To, že Uchádzač a AAA uviedli v zmluve o predaji podniku medzi prevádzaný majetok, resp. zložky časti podniku aj certifikáciu EMAS je teda irelevantné.

Uchádzač nepredložil certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz vydaný vo vzťahu k Uchádzačovi, ktorý by preukazoval splnenie podmienky uvedenej **v bode 3.5 Časti D. Podmienky účasti súťažných podkladov** k Zákazke v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona. Z uvedeného vyplýva, že podmienku účasti uvedenú **v bode 3.5 Časti D. Podmienky účasti súťažných podkladov** k Zákazke v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona Uchádzač nesplnil.

II. Nedoručenie písomného vysvetlenie ponuky na základe požiadavky Verejného obstarávateľa

Uchádzač spolu s ponukou predložil originál bankovej záruky za ponuku č. 03343-02-0062325 zo dňa 01.03.2022 (ďalej ako „**Banková záruka**“) vystavenú na spoločnosť AAA ako dlžníka/uchádzača v Súťaži. Spoločnosť AAA však nie je uchádzačom vo Verejnej súťaži. Zo znenia Bankovej záruky, resp. záručnej listiny vyplýva, že banka, ktorá záručnú listinu vystavila sa zaviazala plniť len pre prípad, ak spoločnosť AAA ako uchádzač nesplní alebo poruší svoje povinnosti majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle Zákona a zároveň Verejný obstarávateľ uvedie konkrétny dôvod prepadnutia zábezpeky podľa Zákona. Ďalej je v Bankovej záruke uvedené, že nároky vyplývajúce z tejto Bankovej záruky nie je možné postúpiť, založiť ani vinkulovať v prospech tretích osôb. Uchádzač bol preto v Žiadosti o vysvetlenie č. 1 vyzvaný, aby predložil písomné potvrdenie banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti Uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. Uchádzač síce predložil zmluvu o predaji časti podniku, kde je v bode 3.42. a 3.43. uvedené, že časť prevádzaného podniku tvoria aj práva, resp. záväzky z poskytnutých, resp. vystavených bankových záruk, avšak na základe znenia Bankovej záruky nie je možné určiť, či by v prípade neplnenia povinností Uchádzača, banka pristúpila k splneniu záväzku, ktorý má voči spoločnosti AAA. Na základe uvedeného mala Komisia pochybnosť, že takto predložená zábezpeka spĺňa požiadavky podľa § 46 Zákona a čl. 16 časti A. súťažných podkladov a Uchádzača Žiadosťou o vysvetlenie č. 1 vyzvala, aby predložil písomné vysvetlenie a doložil požadované dokumenty.

Na základe vyššie uvedeného Verejný obstarávateľ konštatuje, že z dôvodu, že **Uchádzač nesplňa požiadavku na podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona**, v

súlade s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) Zákona vylúčil Uchádzača zo Súťaže. Vzhľadom na to, že **Uchádzač v stanovenej lehote nedoručil požadované vysvetlenie svojej ponuky vo vzťahu k zloženiu zábezpeky**, vznikol zákonný dôvod na vylúčenie ponuky Uchádzača zo Súťaže podľa § 53 ods. 5 písm. c) Zákona.“

Právny rámec

116. 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.
117. 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.
118. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú desať rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, ak osobitný predpis neustanovuje inak; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania.
119. Podľa § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov uvedením opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.
120. Podľa § 36 zákona o verejnom obstarávaní, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom alebo záujemcom, môže odkázať na schému Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit alebo iný systém environmentálneho manažérstva podľa osobitného predpisu alebo iný systém environmentálneho manažérstva založený na príslušných právne záväzných aktoch Európskej únie alebo medzinárodných normách, na ktorý vydal akreditovaný certifikačný orgán certifikát. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzná ako rovnocenný certifikát systému environmentálneho manažérstva vydaný príslušným orgánom členského štátu. Ak uchádzač alebo záujemca objektívne nemal možnosť získať príslušný certifikát v určených lehotách, verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia prijať aj iné dôkazy o opatreniach v oblasti environmentálneho manažérstva predložené uchádzačom alebo záujemcom, ktorými preukáže, že ním navrhované opatrenia sú rovnocenné opatreniam požadovaným v rámci príslušného systému environmentálneho manažérstva alebo príslušnej normy environmentálneho manažérstva.
121. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak sú podmienky účasti uvedené vo viacerých dokumentoch podľa prvej vety, nesmú byť ustanovené vo vzájomnom rozpore.
122. 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. 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).

123. 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.

124. Podľa § 46 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môžu vyžadovať, aby uchádzač zabezpečil viazanosť svojej ponuky zábezpekou. Zábezpeka je poskytnutie bankovej záruky, poistenie záruky alebo zloženie finančných prostriedkov na účet verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v banke alebo v pobočke zahraničnej banky.

125. Podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky alebo koncesie a v prípade pochybností overí správnosť informácií a dôkazov, ktoré poskytl uchádzači; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, komisia vyhodnotí ponuky aj z hľadiska požiadaviek na bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností a bezpečnosť dodávok. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov zábezpeku, komisia posúdi zloženie zábezpeky. Ak komisia identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol, písomne požiada o vysvetlenie ponuky a ak je to potrebné aj o predloženie dôkazov. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.

126. Podľa § 53 ods. 5 písm. c) bod 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak uchádzač nedoručí písomné vysvetlenie ponuky na základe požiadavky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti o vysvetlenie, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu a komunikácia sa uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov.

127. Podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ môže rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 40 sa uskutoční po vyhodnotení ponúk podľa § 53. Ak verejný obstarávateľ nepoužije elektronickú aukciu, môže rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky sa uskutoční po vyhodnotení ponúk na základe kritérií na vyhodnotenie ponúk.

Právne posúdenie úradu

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

128. Úvodom právneho posúdenia úrad uvádza, že predmetom námietok podaných navrhovateľom je vylúčenie navrhovateľa z dvoch dôvodov z predmetnej verejnej súťaže, a to konkrétne prvý dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení

zmluvy alebo koncesnej zmluvy a druhý dôvod vylúčenia podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pre nedoručenie písomného vysvetlenia na základe požiadavky verejného obstarávateľa.

K prvému dôvodu vylúčenia na základe § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti:

129. Úrad uvádza, že kontrolovaný si v súťažných podkladoch, konkrétne v časti D. „Podmienky účasti“, oddiel 3 „Technická a odborná spôsobilosť“, bod 3.5 stanovil minimálne požadovanú úroveň štandardov na preukázanie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní: Uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy, nasledovne, cit.: „Uchádzač predloží **certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz**. Uchádzač musí uviesť opatrenia environmentálneho manažérstva, ktoré použije pri plnení zmluvy, ktorá bude výsledkom verejného obstarávania, pričom tieto opatrenia musia zabezpečovať úroveň ochrany životného prostredia zodpovedajúcu úrovni, ktorú zabezpečuje schéma Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit (Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES a 2006/193/ES (Ú.v.EÚ L342, 22.12.2009) v platnom znení), resp. registrácia v tejto schéme, na ktorú schému týmto verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 36 zákona o verejnom obstarávaní odkazuje.

Splnenie tejto podmienky účasti možno preukázať **registráciou v schéme EMAS, prípadne validovaným environmentálnym vyhlásením alebo inými rovnocennými dôkazmi, dôkazmi preukazujúcimi rovnocennosť opatrení navrhovaných uchádzačom opatreniam požadovaným verejným obstarávateľom** s tým, že pokiaľ ide o preukázanie rovnocennosti opatrení navrhovaných uchádzačom opatreniam požadovaným verejným obstarávateľom, dôkazné bremeno je na uchádzačovi. Upozornenie: Túto podmienku účasti nebude spĺňať uchádzač, ktorý disponuje iba (výhradne) certifikátom podľa normy ISO 14001 a súčasne nepreukáže splnenie ostatných podmienok podľa predmetného nariadenia.“

130. Úrad uvádza, že kontrolovaný na splnenie predmetnej podmienky účasti **požaduje predloženie certifikátu EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy**. Kontrolovaný teda na splnenie uvedenej podmienky účasti uvádza potenciálnym uchádzačom alternatívy, na základe ktorých možno danú podmienku účasti splniť. Úrad teda dodáva, že **kontrolovaný sa v súťažných podkladoch výslovne neobmedzil len na predloženie certifikátu EMAS**, ba práve naopak umožnil uchádzačom predložiť za účelom splnenia predmetnej podmienky účasti predložiť viaceré alternatívne doklady. V nadväznosti na uvedené, má úrad za to, že kontrolovaný bol povinný v procese vyhodnocovania splnenia predmetnej podmienky účasti preveriť vhodnosť použitia týchto alternatívnych dokladov k certifikátu EMAS, za predpokladu, že uchádzač nepredloží certifikát EMAS.

131. Úrad konštatuje, že súčasťou ponuky navrhovateľa sú okrem iného aj nasledovné doklady: oznámenie o prevzatí záväzkov z dôvodu predaja časti podniku zo dňa 11. 04. 2022 podpísané konateľom navrhovateľa, oznámenie o prechode pohľadávok z dôvodu predaja časti podniku zo dňa 11. 04. 2022 podpísané konateľom spoločnosti AAA, zmluva o poskytnutí kapacít zo dňa 25. 04. 2022, ktorá je uzatvorená medzi navrhovateľom a poskytovateľom kapacít: AAA. Úrad ďalej konštatuje, že na základe žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 navrhovateľ doručil kontrolovanému v prílohe č. 1 vysvetlenia ponuky č. 1 zmluvu o predaji časti podniku zo dňa 08. 04. 2022, ktorá je uzatvorená medzi predávajúcim AAA a kupujúcim - navrhovateľom.

Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ na základe žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 2 vo vysvetlení ponuky č. 2 uviedol, že podmienky účasti preukazuje vlastnými kapacitami.

132. Úrad uvádza, že navrhovateľ vo svojej ponuke za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní predložil dokument vyhlásenie EMAS AAA (bod 108 tohto rozhodnutia), v ktorom je uvedené okrem iného nasledovné, cit.: „EEE s registračným číslom overovateľa EMAS: SK-V-0002 akreditovaná pre rozsah (kód NACE): 41.20, 42.11, 42.13, 42.99, 43.11, 43.12, 23.99, 08.11 vyhlasuje, že overil, že celá organizácia v zmysle environmentálneho vyhlásenia organizácie: **AAA**.

spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácii v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 z 28. augusta 2017, ktorým sa menia prílohy I, II a III a nariadenie komisie (EÚ) 2018/2026 z 19. decembra 2018, ktorým sa mení príloha IV k nariadeniu Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS).

Podpisom vyhlasujem, že:

- **overovanie a validácia boli vykonané v plnom súlade s požiadavkami nariadenia** (ES) č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 z 28. augusta 2017, ktorým sa menia prílohy I, II a III a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026 z 19. decembra 2018, ktorým sa mení príloha IV k nariadeniu Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS),
- **výsledok overovania a validácie potvrdzuje, že neexistuje žiadny dôkaz o nedodržiavaní uplatniteľných právnych požiadaviek týkajúcich sa životného prostredia,**
- údaje a informácie uvedené v environmentálnom vyhlásení organizácie poskytujú spoľahlivý, dôveryhodný a správny obraz o všetkých činnostiach organizácie v rozsahu uvedenom v environmentálnom vyhlásení.

Tento dokument **nie je rovnocenný s registráciou v EMAS**. Zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa nariadenia (ES) č. 1221/2009. Tento dokument sa samostatne nezverejňuje.“

133. Úrad konštatuje, že z obsahu predmetného vyhlásenia EMAS AAA je zrejmé, že tento doklad bol vydaný pre spoločnosť AAA a nie priamo na navrhovateľa, ktorý predložil ponuku v tejto verejnej súťaži. Úrad ďalej konštatuje, že z obsahu predmetného vyhlásenia EMAS AAA je zrejmé, že tento **doklad nie je rovnocenný s registráciou v EMAS**, avšak v tom dokumente je zároveň uvedené, že AAA **spĺňa všetky požiadavky nariadenia** Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácii v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS).

134. Úrad konštatuje, že kontrolovaný je povinný posudzovať splnenie podmienok účasti v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. To znamená, že kontrolovaný je povinný posudzovať splnenie konkrétnej podmienky účasti v súlade s tým ako si ju určil (zadefinoval) v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch. Úrad ďalej konštatuje, že kontrolovaný uchádzačom v rámci danej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na § 36 tohto zákona umožnil predložiť certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, **prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy**, pričom kontrolovaný zároveň stanovil, že **túto podmienku účasti nebude spĺňať uchádzač, ktorý disponuje iba (výhradne) certifikátom**

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

podľa normy ISO 14001, ak súčasne nepreukáže splnenie ostatných podmienok podľa predmetného nariadenia.

135. Z uvedeného podľa úradu vyplýva, že pri posudzovaní predmetnej podmienky účasti kontrolovaný mal posúdiť, či navrhovateľom predložené vyhlásenie EMAS AAA je možné považovať za certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, **prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy**. Úrad konštatuje, že vyhlásenie EMAS AAA nie je možné považovať za certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, avšak spornou otázkou je tá skutočnosť, či predmetné vyhlásenie EMAS AAA je alebo nie je možné považovať **za validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy**.

136. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na obsah oznámenia o vylúčení, v ktorom je okrem iného uvedené nasledovné, cit.:

„Komisia na základe ustanovení Nariadenia EMAS a potvrdenia zo strany Slovenskej agentúry životného prostredia, ktorá plní v rámci Slovenskej republiky úlohu príslušného orgánu v zmysle Nariadenia EMAS (ďalej ako „SAŽP“), zistila nasledovné:

- a) Získanie Vyhlásenia EMAS predstavuje v procese registrácie len jedno zo štádií potrebných na registráciu organizácie v systéme EMAS. V prípade, ak by Uchádzač alebo AAA požadovala registráciu v systéme EMAS, je potrebné, aby zistenia identifikované environmentálnym overovateľom (EEE) vo Vyhlásení EMAS boli validované a následne by SAŽP vykonala zápis v Registri EMAS. Z uvedeného vyplýva, že Vyhlásenie EMAS nemožno považovať za certifikát EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz v zmysle požiadavky Verejného obstarávateľa uvedenej v bode 3.5 Časti D. Podmienky účasti súťažných podkladov k Zákazke v súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 Zákona.
- b) Subjekt AAA podal žiadosť o registráciu v schéme EMAS v roku 2020, ale k zápisu uvedenej spoločnosti v registri EMAS nedošlo z dôvodu nesplnenia požiadavky nariadenia EPaR č. 1221/2009 - čl. 13 ods. 2 písm. c) a ods. 6.
- c) **V prípade, ak by aj Vyhlásenie EMAS mohlo byť považované za rovnocenné s registráciou v systéme EMAS, alebo v prípade, ak by aj AAA bola registrovaná v systéme EMAS a disponovala certifikátom EMAS v zmysle Nariadenia EMAS nie je možné takýto certifikát previesť na iný subjekt.** V prípadoch ako je zmena v štruktúre organizácie (napr. predaj časti podniku), ktorá je držiteľom certifikátu EMAS sa vyžaduje, aby z dôvodu možnej zmeny vstupov významných pre splnenie podmienok na certifikáciu bolo vykonané environmentálne preskúmanie týchto zmien (uvedené sa týka predávajúceho časti podniku). Kupujúci časti podniku (pokiaľ nie je sám držiteľom certifikátu EMAS) kúpu časti podniku certifikát EMAS nenadobúda. Pokiaľ chce certifikát získať, musí požiadať o vydanie a prejsť procesom certifikácie.

To, že Uchádzač a AAA uviedli v zmluve o predaji podniku medzi prevádzaný majetok, resp. zložky časti podniku aj certifikáciu EMAS je teda irelevantné.(...)“

137. Úrad po preskúmaní predmetnej časti oznámenia o vylúčení konštatuje, že kontrolovaný relevantným a podrobným spôsobom nezdôvodnil prečo vyhlásenie EMAS AAA nie je možné považovať za validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz, pričom v tejto súvislosti sa obmedzil len na pomerne strohé konštatovanie o tom, že, cit.: „Získanie Vyhlásenia EMAS predstavuje v procese registrácie **len jedno zo štádií potrebných na registráciu organizácie v systéme EMAS**. V prípade, ak by Uchádzač alebo AAA požadovala registráciu v systéme EMAS, **je potrebné, aby zistenia identifikované environmentálnym overovateľom (EEE) vo Vyhlásení EMAS boli validované** a následne by SAŽP vykonala zápis v Registri EMAS.“ Podľa názoru úradu uvedené zdôvodnenie nepostačuje na vylúčenie navrhovateľa z tohto verejného obstarávania, keďže kontrolovaný

žiadnym bližším spôsobom **neozrejmil ako konkrétne má vyzerat' doklad, v rámci ktorého majú byť zistenia identifikované environmentálnym overovateľom (EEE) vo vyhlásení EMAS AAA následne validované.** Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že kontrolovaný uvádza, že po vyhlásení EMAS AAA sa v procese registrácie EMAS vydáva **d'alší doklad, v rámci ktorého je potrebné, aby zistenia identifikované environmentálnym overovateľom (EEE) vo vyhlásení EMAS AAA boli validované, avšak žiadnym spôsobom neuvádza obsahové náležitosti predmetného dokladu.** Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že kontrolovaný v súťažných podkladoch bližším spôsobom nezadefinoval, čo považuje za validované environmentálne vyhlásenie a to napriek tej skutočnosti, že ide o jeden z alternatívnych dokladov prostredníctvom ktorého je možné preukázať splnenie podmienky účasti v tejto verejnej súťaži.

138. Úrad k tvrdeniu uvedenému v oznámení o vylúčení, že cit.: „Subjekt AAA podal žiadosť o registráciu v schéme EMAS v roku 2020, ale k zápisu uvedenej spoločnosti v registri EMAS nedošlo z dôvodu nesplnenia požiadavky nariadenia EPaR č. 1221/2009 - čl. 13 ods. 2 písm. c) a ods. 6.“, uvádza, že vyhlásenie EMAS AAA bolo vydané dňa 23. 07. 2021, teda až potom čo AAA podal žiadosť o registráciu. Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení žiadnym spôsobom nezdôvodňuje, aký konkrétny vplyv má skutočnosť, že k zápisu do registra EMAS uvedenej spoločnosti AAA nedošlo na vyhlásenie EMAS AAA.

139. Úrad k tvrdeniu uvedenému v oznámení o vylúčení, že cit.: „**V prípade, ak by aj Vyhlásenie EMAS mohlo byť považované za rovnocenné s registráciou v systéme EMAS, alebo v prípade, ak by aj AAA bola registrovaná v systéme EMAS a disponovala certifikátom EMAS v zmysle Nariadenia EMAS nie je možné takýto certifikát previesť na iný subjekt.** V prípadoch ako je zmena v štruktúre organizácie (napr. predaj časti podniku), ktorá je držiteľom certifikátu EMAS sa vyžaduje, aby z dôvodu možnej zmeny vstupov významných pre splnenie podmienok na certifikáciu bolo vykonané environmentálne preskúmanie týchto zmien (uvedené sa týka predávajúceho časti podniku). Kupujúci časti podniku (pokiaľ nie je sám držiteľom certifikátu EMAS) kúpu časti podniku certifikát EMAS nenadobúda. Pokiaľ chce certifikát získať, musí požiadať o vydanie a prejsť procesom certifikácie.“ Úrad k uvedenému uvádza, že žiadnym spôsobom nespochybňuje tú skutočnosť, že v zmysle nariadenia EMAS nie je možné certifikát EMAS previesť na iný subjekt, avšak po preskúmaní tejto často odôvodnenia oznámenia o vylúčení má za to, že kontrolovaný nedostatočne odôvodnil tú skutočnosť, **či validované environmentálne vyhlásenie je možné previesť na základe zmluvy o predaji časti podniku na navrhovateľa, a teda či v súlade s nariadením EMAS je potrebné vykonať opätovné environmentálne preskúmanie zmien v prípade predaja časti podniku nielen u subjektu, ktorý je držiteľom certifikátu EMAS, ale taktiež aj u subjektu, ktorý je držiteľom validovaného environmentálneho vyhlásenia.**

140. Úrad konštatuje, že kontrolovaný pred samotným vylúčením navrhovateľa požiadal emailom zo dňa 17. 05. 2022 (viď bod 79 tohto rozhodnutia) Slovenskú agentúru životného prostredia o stanovisko, v ktorom požiadal o zodpovedanie nasledovnej otázky, cit.:

„(...) chcel by som Vás poprosiť o stanovisko k otázke možnosti prevodu/prechodu certifikátu EMAS z certifikovanej osoby na iný subjekt. (...)

Otázky:

Je možné zmluvou o prevode podniku, resp. časti podniku previesť certifikát EMAS?“

141. Úrad konštatuje, že SAŽP doručila kontrolovanému dňa 17. 05. 2022 stanovisko SAŽP č. 1 (viď bod 80 tohto rozhodnutia), v ktorom je uvedené nasledovné, cit.:

„(...) vo vzťahu dokladovania registrácie subjektu v schéme EMAS v rámci procesu verejného obstarávania nie je Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii (ktoré síce deklaruje, že spoločnosť spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a

Rady č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026) rovnocenným dokladom preukazujúcim registráciu subjektu v EMAS. Tento dokument - Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii - sa ani samostatne nezverejňuje v súlade s prílohou VII nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009.

Vzhľadom k tomu, že certifikát EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií nie je možné aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou aj v kontexte vyššie uvedeného. (...)“

142. Úrad po preskúmaní stanoviska SAŽP č. 1 konštatuje, že žiadnym spôsobom nespochybňuje tú skutočnosť, že vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii (ktoré síce deklaruje, že spoločnosť spĺňa všetky požiadavky nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 a nariadenia Komisie (EÚ) 2017/1505 a nariadenia komisie (EÚ) 2018/2026) nie je rovnocenným dokladom preukazujúcim registráciu subjektu v EMAS, avšak v tejto súvislosti podotýka, že predmetné stanovisko SAŽP č. 1 žiadnym spôsobom nedáva odpoveď na otázku, či vyhlásenie EMAS AAA je možné považovať za validované environmentálne vyhlásenie. Úrad ďalej konštatuje, že žiadnym spôsobom nespochybňuje tú skutočnosť, že cit.: „Vzhľadom k tomu, že certifikát EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií nie je možné aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou.“, avšak v tejto súvislosti podotýka, že predmetné stanovisko SAŽP č. 1 žiadnym spôsobom nedáva odpoveď na otázku, či validované environmentálne vyhlásenie je možné podľa nariadenia EMAS previesť alebo nie je možné na kupujúceho, keďže predmetná časť stanoviska sa striktne zaoberá len certifikátom EMAS a nie validovaným environmentálnym vyhlásením, ktoré je jedným z alternatívnych dokladov, prostredníctvom ktorého mohli uchádzači preukázať podmienku účasti vyžadovanú kontrolovaným podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že kontrolovaný pred samotným vylúčením navrhovateľa disponoval len stanoviskom SAŽP č. 1, ktoré podľa názoru úradu dostatočne neodôvodňuje vylúčenie navrhovateľa. Úrad konštatuje, že dokumentácia predložená kontrolovaným neobsahuje zápisnicu z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, a preto nie je možné relevantným spôsobom posúdiť na základe akých konkrétnych úvah, okrem odôvodnenia uvedeného v oznámení o vylúčení postupovala komisia kontrolovaného na vyhodnotenie ponúk pri vyhodnocovaní predmetnej podmienky účasti v prípade navrhovateľa.

143. Úrad konštatuje, že kontrolovaný po vylúčení navrhovateľa v súvislosti s prípravou vyjadrenia k podaným námietkam navrhovateľa, požiadal žiadosťou o stanovisko k certifikácii EMAS zo dňa 07. 06. 2022 (viď bod 83 tohto rozhodnutia) o stanovisko SAŽP, v ktorom uviedol okrem iného nasledovné, cit.:

„(...) v súvislosti s posudzovaním predloženej listiny predloženej uchádzačom vo verejnej súťaži ohľadne (i) jej rovnocennosti s registráciou, resp. certifikátom EMAS a (ii) možnosti prechodu registrácie, resp. certifikátu EMAS z certifikovanej osoby na tretiu osobu, by sme Vás chceli požiadať o oficiálne stanovisko a priblíženie procesu registrácie v systéme EMAS a významu jednotlivých listín vydávaných v tomto procese.

1. Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii (...)

Vo Vyhlásení EMAS je uvedené, že tento dokument nie je rovnocenný s registráciou v EMAS a že zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1221/2009 z 25. novembra 2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 761/2001 a rozhodnutia Komisie 2001/681/ES

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

a 2006/193/ES (ďalej ako „Nariadenie EMAS“). Uchádzač ani spoločnosť AAA nie sú zapísané v Zozname organizácií registrovaných v Schéme pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) so sídlom v Slovenskej republike (<https://www.emas.sk/register-emas-v-st/>).

V zmysle požiadavky verejného obstarávateľa vo verejnej súťaži bola podmienka na predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva stanovená nasledovne: (...)

Podľa článku 5 Nariadenia EMAS o zápis do registra môže požiadať každá organizácia spĺňajúca požiadavky stanovené v článku 4. žiadosť o zápis do registra sa podáva príslušnému orgánu vymedzenému v súlade s článkom 3 a obsahuje:

- a) validované environmentálne vyhlásenie v elektronickej alebo tlačenej podobe;
- b) vyhlásenie uvedené v článku 25 ods. 9 (pozn. Príloha VII Nariadenia EMAS) podpísané environmentálnym overovateľom, ktorý validoval environmentálne vyhlásenie;
- c) vyplnený formulár, v ktorom sa uvádzajú aspoň základné informácie podľa prílohy VI;
- d) v prípade potreby potvrdenie o úhrade príslušných poplatkov.

V zmysle vyššie uvedeného by sme Vás chceli požiadať o stanovisko, či je možné Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii považovať za rovnocenný dôkaz o splnení požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva v zmysle Nariadenia EMAS.

2. Možnosť prechodu, resp. prevodu Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii

Uchádzač zároveň s Vyhlásením environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii, predložil do verejnej súťaže Zmluvu o predaji časti podniku uzatvorenú medzi Uchádzačom ako kupujúcim a AAA ako predávajúcim zo dňa 10. 05. 2022, na základe ktorej previedla AAA na Uchádzača „Divíziu cestných stavieb“. V zmysle bodu 3.4.10. Zmluvy o predaji podniku sa uvádza, že časť prevádzaného podniku tvorí aj obchodné tajomstvo a know-how, a medzi nimi aj všetky práva a nehmotné hodnoty, ktoré vyplývajú, resp. sa vzťahujú k jednotlivým certifikátom, ktoré vydali príslušné orgány v prospech AAA ako predávajúceho (napr. EMAS).

V zmysle článku 2 ods. 15 Nariadenia EMAS je „významná/podstatná zmena“ (substantial change) každá zmena v **prevádzke, štruktúre**, administratívne, postupoch, činnostiach, výrobkov alebo službách organizácie, ktorá má alebo môže mať významný vplyv na systém environmentálneho manažérstva organizácie, životné prostredie a zdravie ľudí. Z uvedeného vyplýva, že predaj časti podniku je možné považovať za podstatnú zmenu. Podľa článku 8 Nariadenia, je organizácia v prípade zavedenia podstatných zmien povinná uskutočniť environmentálne preskúmanie týchto zmien vrátane ich environmentálnych aspektov a vplyvov.

Na základe uvedeného si Vás dovoľujeme požiadať o stanovisko či je možný prevod/prechod certifikátu EMAS, prípadne Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii na základe zmluvy o predaji časti podniku.

Príloha: Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“

144. Úrad konštatuje, že SAŽP doručila kontrolovanému stanovisko SAŽP č. 2 zo dňa 07. 06. 2022 (viď bod 84 tohto rozhodnutia), v ktorom je uvedené nasledovné, cit.:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

„(...) predmetné „Vyhlásenie environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii“, vydané dňa 23. 07. 2021 pre spoločnosť AAA je **jedným z povinných dokumentov predkladaných žiadateľom o zápis do registra EMAS** v súlade s čl. 5 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) (ďalej len „nariadenie“). Ako uvádza príloha VII nariadenia k Vyhláseniu environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii *„Tento dokument nie je rovnocenný s registráciou EMAS. Zápis do registra EMAS môže urobiť iba príslušný orgán podľa nariadenia (ES) č. 1221/2009. Tento dokument sa samostatne nezverejňuje.“*

Vo vzťahu dokladovania registrácie subjektu XXX v schéme EMAS v rámci procesu verejného obstarávania prostredníctvom vyššie uvedeného Vyhlásenia environmentálneho overovateľa o overovaní a validácii **nemožno toto vyhlásenie považovať ako rovnocenný dôkaz preukazujúci splnenie uvedenej podmienky verejnej súťaže nakoľko výsledkom procesu registrácie v schéme EMAS je potvrdenie splnenia požiadaviek nariadenia EMAS** v súlade s ods. 2 čl. 13 nariadenia prostredníctvom osvedčenia o registrácii vydanom príslušným orgánom pre EMAS v SR v súlade s § 2 ods. 5 zákona č. 351/2012 o environmentálnom overovaní a registrácii organizácií v schéme Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit a o zmene a doplnení niektorých zákonov a zápisom subjektu v registri EMAS (<https://www.emas.sk/register-emas-v-sr/>).

Vzhľadom k tomu, že Osvedčenie o registrácii EMAS sa vystavuje na spoločnosť (ústredie firmy) s presným uvedením jednotlivých miest (bod 22 čl. 2 nariadenia 1221/2009) - prevádzok/divízií, nie je možné, aby odkúpená divízia vedela dokladovať registráciu v EMAS pod kupujúcou spoločnosťou aj v kontexte vyššie uvedeného. (...).

145. Úrad po preskúmaní stanoviska SAŽP č. 2 konštatuje, že predmetné stanovisko SAŽP č. 2 žiadnym spôsobom nedáva odpoveď na otázku, či vyhlásenie EMAS AAA je možné považovať za validované environmentálne vyhlásenie ako aj odpoveď na otázku, či validované environmentálne vyhlásenie je možné podľa nariadenia EMAS previesť alebo nie je možné previesť na kupujúceho, keďže predmetná časť stanoviska sa striktne zaoberá len certifikátom EMAS a nie validovaným environmentálnym vyhlásením, ktoré je jedným z alternatívnych dokladov, prostredníctvom ktorého mohli uchádzači preukázať podmienku účasti vyžadovanú kontrolovaným podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní.
146. Úrad konštatuje, že kontrolovaný je povinný posudzovať splnenie podmienok účasti v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. To znamená, že kontrolovaný je povinný posudzovať splnenie konkrétnej podmienky účasti v súlade s tým ako si ju určil (zadefinoval) v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch.
147. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v tejto verejnej súťaži pred samotným vylúčením navrhovateľa nevyužil inštitút uvedený v § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v rámci, ktorého by skúmal splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad ďalej konštatuje, že kontrolovaný si mal overiť u navrhovateľa v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, či predmetným vyhlásením EMAS AAA spĺňa podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 34 zákona o verejnom obstarávaní, a teda si mal kontrolovaný overiť u navrhovateľa či predmetné vyhlásenie EMAS AAA je možné považovať za validované environmentálne vyhlásenie, ktoré kontrolovaný v rámci podmienky účasti uviedol ako jeden z alternatívnych dokladov k certifikátu EMAS, za predpokladu, že uchádzač nepredloží certifikát EMAS a taktiež si mal overiť u navrhovateľa či predmetné vyhlásenie EMAS AAA je možné previesť zo spoločnosti AAA na navrhovateľa ako uchádzača v tejto verejnej súťaži na základe zmluvy o predaji časti

v súlade s nariadením EMAS (t. j. či validované environmentálne vyhlásenie, ktoré nie je certifikátom EMAS je možné previesť na iný subjekt v súlade s nariadením EMAS). Inak povedané, kontrolovaný si žiadnym spôsobom u navrhovateľa neoveroval, **či vyhlásenie EMAS AAA je možné zahrnúť pod pojem „validované environmentálne vyhlásenie“**, ktorý je uvedený ako jeden z alternatívnych dokladov, ktorý uchádzač v tejto verejnej súťaži mohol predložiť za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní, ako aj tú skutočnosť, **či validované environmentálne vyhlásenie je možné previesť na základe zmluvy o predaji časti podniku na navrhovateľa**, a teda či v súlade s nariadením EMAS je potrebné vykonať opätovné environmentálne preskúmanie zmien v prípade predaja časti podniku nielen u subjektu, ktorý je držiteľom certifikátu EMAS, ale **taktiež aj u subjektu, ktorý je držiteľom validovaného environmentálneho vyhlásenia**. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na obsah oznámenia o vylúčení, v ktorom je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „*V prípade, ak by aj Vyhlásenie EMAS mohlo byť považované za rovnocenné s registráciou v systéme EMAS, alebo v prípade, ak by aj AAA bola registrovaná v systéme EMAS a disponovala certifikátom EMAS v zmysle Nariadenia EMAS nie je možné takýto certifikát previesť na iný subjekt. V prípadoch ako je zmena v štruktúre organizácie (napr. predaj časti podniku), ktorá je držiteľom certifikátu EMAS sa vyžaduje, aby z dôvodu možnej zmeny vstupov významných pre splnenie podmienok na certifikáciu bolo vykonané environmentálne preskúmanie týchto zmien (uvedené sa týka predávajúceho časti podniku). Kupujúci časti podniku (pokiaľ nie je sám držiteľom certifikátu EMAS) kúpu časti podniku certifikát EMAS nenadobúda. Pokiaľ chce certifikát získať, musí požiadať o vydanie a prejsť procesom certifikácie.*“

148. Na základe vyššie uvedeného úrad poukazuje na ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého verejný obstarávateľ v prípade pochybností, resp. ak nevie z predložených dokladov posúdiť splnenie podmienok účasti, je **povinný písomne požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo predloženie doplňujúcich dokladov k dokladom už obsiahnutým v ponuke**. Pre úplnosť úrad uvádza, že predmetným inštitútom vysvetľovania je možné doplniť, resp. vysvetliť len doklady už predložené v ponuke, ktoré boli predložené ku konkrétnej podmienke účasti za účelom preukázania jej splnenia, ak z takto predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej boli predložené a ku ktorej sa tieto doklady viažu. Využitie predmetného inštitútu je opodstatnené najmä vzhľadom na potrebu zabezpečenia princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, ktorý predpokladá získanie najlacnejšej ponuky, resp. najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné finančné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu záujemcov po predložení ponuky z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením alebo doplnením odstrániť. Zároveň platí, že nesmie ísť o doplnenie fyzicky chýbajúcich dokladov, ale o vysvetlenie už predložených dokladov alebo doplnenie k už predloženým dokladom. Ako už úrad uviedol vyššie, navrhovateľ v rámci svojej ponuky predložil na preukázanie predmetnej podmienky účasti **vyhlásenie EMAS AAA, a teda ak kontrolovaný nevedel z navrhovateľom predloženého dokladu posúdiť preukázanie predmetnej podmienky účasti, mal využiť inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov**, čo však kontrolovaný v procese vyhodnocovania podmienok účasti navrhovateľa neurobil, a to aj napriek tomu, **že predložený dokument v ponuke navrhovateľa nebol pre kontrolovaného dostatočný**. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že **kontrolovaný mal tento inštitút využiť a dopytovať sa navrhovateľa na sporné skutočnosti**, pretože vo fáze po predložení ponuky vo verejnom obstarávaní vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača vo verejnej súťaži, ku ktorému kontrolovaný má pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností.

149. Akákoľvek nejasnosť alebo nejednoznačnosť v preukazovaní splnenia podmienok účasti nemôže byť dôvodom na vylúčenie, ale práve naopak, z hľadiska dodržania princípov verejného obstarávania **musí byť zo strany kontrolovaného riadnym a preskúmateľným**

spôsobom odstránená. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na povinnosť kontrolovaného uplatniť pri zadávaní zákazky **princíp transparentnosti zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa vzťahuje na všetky úkony a postupy vykonávané v procese verejného obstarávania.** Nevyhnutnou súčasťou riadneho uplatnenia princípu transparentnosti je taký postup kontrolovaného, ktorým je zabezpečená náležitá **preskúmateľnosť každého úkonu kontrolovaného** vykonávaného v súvislosti so zadávaním zákazky, a to tak samotnými záujemcami, resp. uchádzačmi, ako aj neustranným orgánom disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržiavaním povinností kontrolovaného. Úrad uvádza, že úkony kontrolovaného v procese verejného obstarávania sú v rozpore s princípom transparentnosti, ak sú nekontrolovateľné, horšie kontrolovateľné, nečitateľné alebo neprehľadné alebo ak dôvody, ktoré kontrolovaného viedli k vykonaniu úkonu, vzbudzujú pochybnosti.

150. V kontexte vyššie uvádzaných skutočností ma úrad za to, že kontrolovaný nepostupoval pri vyhodnocovaní splnenia podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. h) a § 36 zákona o verejnom obstarávaní v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. V súvislosti s povinnosťou verejného obstarávateľa postupovať podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, úrad poukazuje na potrebu mať za ustálené a preukázané, či navrhovateľ preukázal predložením vyhlásenie EMAS AAA splnenie podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní iným rovnocenným dokladom - validovaným environmentálnym vyhlásením ako aj tú skutočnosť, či vyhlásenie EMAS AAA, za predpokladu, že ide o validované environmentálne vyhlásenie, je možné alebo nie je možné previesť na základe zmluvy o predaji časti podniku na navrhovateľa v súlade s nariadením EMAS, bez potreby vykonania opätovného environmentálneho preskúmania u navrhovateľa. Úrad vo väzbe na uvedené dáva opätovne do pozornosti princíp transparentnosti, v zmysle ktorého každý úkon kontrolovaného musí byť preskúmateľný, a vhodným spôsobom zaznamenaný v dokumentácii kontrolovaného; iba za splnenia týchto podmienok možno úkony kontrolovaného podrobiť účinnej kontrole.

151. Úrad po preskúmaní postupu kontrolovaného konštatuje, že kontrolovaný vyhodnocoval podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní v rozpore s tým ako si ju zadefinoval v súťažných podkladoch, keďže v procese vyhodnocovania predmetnej podmienky účasti navrhovateľa nezohľadnil tú skutočnosť, že podmienku účasti nastavil pomerne široko z hľadiska dokladov, ktorými mohol uchádzač splnenie predmetnej podmienky účasti v tomto verejnej súťaži, pričom jedným z dokladov bolo aj validované environmentálne vyhlásenie, ktoré nie je rovnocenné s certifikátom EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v procese vyhodnocovania splnenia predmetnej podmienky účasti nedostatočne preskúmal, či vyhlásenie EMAS AAA je možné alebo nie je možné považovať za validované environmentálne vyhlásenie ako aj tú skutočnosť, či predmetné vyhlásenie EMAS AAA je možné alebo nie je možné previesť z kupujúceho na predávajúceho na základe zmluvy o predaji časti podniku. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že odpovede na uvedené otázky nie sú uvedené ani v stanovisku SAŽP č. 1 ako aj v stanovisku SAŽP č. 2. Úrad konštatuje, že kontrolovaný bol pred samotným vylúčením navrhovateľa povinný v procese vyhodnocovania predmetnej podmienky účasti požiadať navrhovateľa podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie alebo predloženie doplňujúcich dokladov k dokladom už obsiahnutým v ponuke, pričom kontrolovaný tak nepostupoval a vylúčil navrhovateľa bez využitia predmetného inštitútu, ktorý je uvedený v zákone o verejnom obstarávaní.

152. Úrad poznamenáva, že kontrolovaný by mal v procese opätovného vyhodnotenia splnenia podmienok účasti navrhovateľa požiadať SAŽP o stanovisko k predmetným sporným otázkam týkajúcim sa vyhlásenia EMAS AAA vo väzbe k validovanému environmentálnemu

vyhláseníu a následne konfrontovať navrhovateľa zo zisteniami uvedenými v stanovisku SAŽP, a to prostredníctvom inštitútu podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorého poskytne navrhovateľovi stanovisko SAŽP a súčasne požiada navrhovateľa o vysvetlenie alebo predloženie doplňujúcich dokladov k dokladom už obsiahnutým v ponuke.

153. Úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval pri vyhodnocovaní podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľa v rozpore s § 40 ods. 1 zákonom o verejnom obstarávaní a princípom transparentnosti uvedeným v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže dostatočným spôsobom nepreskúmal splnenie, resp. nesplnenie predmetnej podmienky účasti v prípade navrhovateľa. Úrad má po preskúmaní postupu kontrolovaného za to, že postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a súťažnými podkladmi, keď vylúčil navrhovateľa v tejto verejnej súťaži v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) v nadväznosti na § 36 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad netvrdí, že v predmetnom verejnom obstarávaní neexistuje dôvod na vylúčenie navrhovateľa, má však za to, že kontrolovaný je **povinný jasne špecifikovať dôvody, ktoré ho viedli k vylúčeniu**, aby bolo zrejmé prečo bol uchádzač vylúčený a aby bol následne tento úkon preskúmateľný nie len pre uchádzača, ale aj pre úrad, čo v tomto prípade nebolo dodržané.

154. Vzhľadom na vyššie uvedené úrad **v súvislosti s prvým dôvodom vylúčenia navrhovateľa** konštatuje, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 4, § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ust. § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

K druhému dôvodu vylúčenia podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pre nedoručenie písomného vysvetlenia ponuky na základe požiadavky verejného obstarávateľa:

155. Navrhovateľ v podaných námietkach uvádza, že vylúčenie jeho ponuky je neoprávnené, keďže jeho ponuka bola vylúčená na základe neexistujúceho zákonného dôvodu. Navrhovateľ namieta, že kontrolovaný nebol oprávnený aplikovať túto skutkovú podstatu vylúčenia uvedenú v § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, pretože **navrhovateľ v skutočnosti riadne a včas doručil vysvetlenie v zmysle požiadavky kontrolovaného do 2 pracovných dní**. Navrhovateľ má za to, že ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je možné aplikovať na vylúčenie ponuky uchádzača, ak uchádzač skutočne fyzicky, poštou, alebo elektronicky **nedoručí vysvetlenie** v požadovanej lehote 2, resp. 5 dní.

156. Úrad konštatuje, že ponuka navrhovateľa bol vylúčená z predmetného verejného obstarávania podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že navrhovateľ kontrolovanému nedoručil vysvetlenie ponuky v lehote na základe požiadavky kontrolovaného, a to konkrétne **z dôvodu, že v stanovenej lehote nedoručil požadované vysvetlenie vo vzťahu k zloženiu zábezpeky**. Kontrolovaný v súvislosti s druhým bodom vylúčenia navrhovateľa uviedol v oznámení okrem iného nasledovné, cit.: „Uchádzač spolu s ponukou **predložil originál bankovej záruky** za ponuku č. 03343-02-0062325 zo dňa 01.03.2022 (ďalej ako „Banková záruka“) **vystavenú na spoločnosť AAA ako dlžníka/uchádzača v Súťaži**. Spoločnosť AAA však nie je uchádzačom vo Verejnej súťaži. Zo znenia Bankovej záruky, resp. záručnej listiny vyplýva, že banka, ktorá záručnú listinu vystavila sa zaviazala plniť **len pre prípad, ak spoločnosť AAA ako uchádzač nesplní alebo poruší svoje povinnosti** majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle Zákona a zároveň Verejný obstarávateľ uvedie konkrétny dôvod prepadnutia zábezpeky podľa Zákona. Ďalej je v Bankovej záruke uvedené, že nároky vyplývajúce z tejto Bankovej záruky nie je možné postúpiť, založiť ani vinkulovať v prospech tretích osôb. Uchádzač bol preto v Žiadosti

o vysvetlenie č. 1 vyzvaný, aby predložil písomné potvrdenie banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti Uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. **Uchádzač síce predložil zmluvu o predaji časti podniku, kde je v bode 3.42. a 3.43. uvedené, že časť prevádzaného podniku tvoria aj práva, resp. záväzky z poskytnutých, resp. vystavených bankových záruk, avšak na základe znenia Bankovej záruky nie je možné určiť, či by v prípade neplnenia povinností Uchádzača, banka pristúpila k splneniu záväzku, ktorý má voči spoločnosti AAA.** Na základe uvedeného mala Komisia pochybnosť, že takto predložená zábezpeka spĺňa požiadavky podľa § 46 Zákona a čl. 16 časti A. súťažných podkladov a Uchádzača Žiadosťou o vysvetlenie č. 1 vyzvala, aby predložil písomné vysvetlenie a doložil požadované dokumenty. (...)“

157. Úrad konštatuje, že navrhovateľ predložil v ponuke bankovú záruku (viď bod 109 tohto rozhodnutia) BBB Bank vystavenú na spoločnosť AAA, v ktorej je okrem iného uvedené nasledovné, cit.:

„(...) Dozvedeli sme sa, že spoločnosť **AAA**, (...) (ďalej len „**Uchádzač**“) predloží svoju ponuku v zmysle podmienok verejnej súťaže (...)“

Na základe vyššie uvedených skutočností a na žiadosť Uchádzača my, BBB, (...) (ďalej len „**Banka**“), týmto preberáme voči Obstarávateľovi neodvolateľnú záruku a zaväzujeme sa, zriekajúc sa všetkých práv námietok a obrany, **zaplatiť Obstarávateľovi bez zbytočného odkladu na základe prvej písomnej požiadavky Obstarávateľa, v prospech bankového účtu v nej uvedeného, akúkoľvek čiastku**, neprevyšujúcu maximálnu sumu: **500.000,00 EUR** (...) v prípade, že Obstarávateľ vo svojej požiadavke uvedie, že Uchádzač (i) nesplnil alebo porušil svoje povinnosti majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle zákona č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „**Zákon**“) a zároveň uvedie (ii) konkrétny dôvod prepadnutia zábezpeky v zmysle Zákona. Banka sa zaručuje vykonať Obstarávateľovi platbu až do výšky hore uvedenej sumy, po obdržaní jeho prvej písomnej požiadavky na zaplatenie, podpísanej oprávneným (i) zástupcom/zástupcami Obstarávateľa, ktorého/ktorých podpis(y) musí/musia byť overený/overené úradne alebo bankou Obstarávateľa. (...)“

158. Úrad konštatuje, že kontrolovaný žiadosťou o vysvetlenie ponuky (viď bod 110 tohto rozhodnutia), ktorá bola navrhovateľovi doručená dňa 10. 05. 2022 prostredníctvom IS ERANET, požiadal navrhovateľa podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie ponuky týkajúce sa bankovej záruky, v ktorom uviedol nasledovné, cit.:

„Uchádzač spolu s ponukou predložil originál bankovej záruky za ponuku (...) vystavenú na spoločnosť AAA ako dlžníka/uchádzača vo Verejnej súťaži. Spoločnosť AAA však nie je uchádzačom vo Verejnej súťaži. Vzhľadom na to, že zo znenia Bankovej záruky, resp. záručnej listiny vyplýva, že banka, ktorá záručnú listinu vystavila sa zaviazala plniť len pre prípad, ak spoločnosť AAA ako uchádzač nesplní alebo poruší svoje povinnosti majúce za následok prepadnutie zábezpeky v zmysle Zákona a zároveň Verejný obstarávateľ uvedie konkrétny dôvod prepadnutia zábezpeky podľa Zákona, má Komisia za to, že takto predložená zábezpeka nesplňuje požiadavky podľa § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov.

Vzhľadom na vyššie uvedené **žiadame Uchádzača, aby hodnoverným spôsobom preukázal, že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na Uchádzača ako dlžníka** a že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov, banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa

pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. Túto požiadavku žiadame preukázať **najmä:**

- i. **Zmluvnou dokumentáciou vrátane príloh, na základe ktorej došlo k prechodu/prevodu oprávnenia z Bankovej záruky zo spoločnosti AAA na Uchádzača, a**
- ii. **Písomným potvrdením banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 Zákona a čl. 16 Časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti Uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet Verejného obstarávateľa pohľadávku krytú Bankovou zárukou na základe prvej výzvy Verejného obstarávateľa na jej zaplatenie. (...)“**

159. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ doručil kontrolovanému dňa 12. 05. 2022 prostredníctvom IS ERANET vysvetlenie ponuky č. 1, v ktorom uviedol okrem iného nasledovné, cit.:

„Dovoľujeme si Verejnému obstarávateľovi uviesť, že **vzhľadom na charakter a rozsah otázok Verejného obstarávateľa**, ktoré sú predmetom jeho Žiadosti o vysvetlenie ponuky, **považujeme ním stanovenú lehotu dvoch pracovných dní za neprimerane krátku**. Napriek krátkosti času však Verejnému obstarávateľovi predkladáme nasledovné vysvetlenie nami predloženej ponuky:

K bodom 1., 2., 3. a 5. Žiadosti o vysvetlenie ponuky uvádzame: Spoločnosť XXX, (ďalej len „XXX“ alebo „Uchádzač“) **uzavrela** dňa 08.04.2022, v postavení kupujúceho, so spoločnosťou AAA (ďalej len „AAA“) v postavení predávajúceho, **Zmluvu o predaji časti podniku**, na základe ktorej došlo k prevodu časti podniku. V súlade s ust. § 477, ods. 4 Obchodného zákonníka Vám v už predloženej ponuke spoločnosť XXX, ako kupujúci oznámila prevzatie záväzkov od spoločnosti AAA ako predávajúceho a spoločnosť AAA ako predávajúci Vám oznámila prechod pohľadávok na spoločnosť XXX ako kupujúceho. Predmetné oznámenia boli súčasťou Uchádzačom predloženej ponuky vo formáte pdf, pod názvom elektronického súboru „22_Listy o prevzatí záväzkov“. XXX zároveň v zmysle § 488, ods. 1 navrhla vykonanie zápisu o predaji časti podniku v príslušnom obchodnom registri, ktorý bol následne dňa 30.04.2022 zapísaný v Obchodnom registri Okresného súdu Žilina.

Na základe vyššie uvedenej zmluvy o predaji časti podniku, ktorá predstavuje štandardný zmluvný typ upravený platným Obchodným zákonníkom, **prešli zo zákona**, v zmysle kogentného ustanovenia § 477 Obchodného zákonníka na spoločnosť XXX **všetky práva, záväzky, zmluvné vzťahy (vrátane úverových zmlúv, zmlúv o poskytnutí bankových záruk, pracovných zmlúv, atď.), ktoré súvisia so Zákazkou a spoločnosť XXX sa stala právnym nástupcom spoločnosti AAA a vstúpila do jej postavenia a to bez potreby ďalších písomných dohôd či dodatkov upravujúcich pôvodné zmluvy, pričom na tento prechod sa ani nevyžaduje súhlas druhej strany.**“

160. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ v prílohe vysvetlenia ponuky č. 1 doručil kontrolovanému zmluvu o predaji časti podniku zo dňa 08. 04. 2022 (viď bod 112 tohto rozhodnutia), uzatvorenú medzi predávajúcim AAA a kupujúcim XXX, v ktorej je v čl. III. „Predmet zmluvy“ uvedené nasledovné, cit.: „3.4. Časť podniku Predávajúceho, ktorý sa Predávajúci zaväzuje previesť na Kupujúceho, za podmienok uvedených v Zmluve, tvoria predovšetkým nasledujúce hmotné, ako aj osobné a nehmotné zložky podnikania:

3.4.2. **aktíva** (uvedené v prílohe č. 1 Zmluvy): (...)

e) práva z poskytnutých bankových a poisťovacích záruk

3.4.3. **pasíva** (uvedené v prílohe č. 2 Zmluvy): (...)

b) bankové úvery a výpomoci, záväzky z vystavených bankových záruk.“

161. Úrad v súvislosti s uvedeným poukazuje na § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý upravuje povinnosť verejného obstarávateľa/obstarávateľa, v prípade identifikácie nezrovnalostí alebo v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol, **písomne požiadať uchádzača o vysvetlenie ponuky, prípadne, ak je to potrebné aj o predloženie dôkazov**, pričom vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Úrad uvádza, že tento inštitút je významným nástrojom hodnotiaceho procesu, ktorý umožňuje odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovacích podmienok a požiadaviek v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť.
162. Úrad poukazuje aj na rozsudok Súdneho dvora Európskej únie č. C-599/10 zo dňa 29. 03. 2012 vo veci SAG ELV Slovensko, a. s. a iní proti Úradu pre verejné obstarávanie, kde je uvedené, cit.: „Článok 2 smernice 2004/18 nebráni tomu, aby sa vo vnútroštátnej právnej úprave vyskytovalo ustanovenie, akým je § 42 ods. 2 uvedeného zákona č. 25/2006, podľa ktorého verejný obstarávateľ v podstate môže žiadať písomne od uchádzačov, aby objasnili svoju ponuku, avšak bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky. Pri výkone povinnosti posúdenia, ktorú ma teda verejný obstarávateľ, mu prináleží, aby zaobchádzal s rôznymi uchádzačmi rovnoprávne a lojálne tak, aby sa na konci výberového konania vzhľadom na jeho výsledok nemohlo zdať, že žiadosť o objasnenie zvýhodnila alebo znevýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola adresovaná.“ Zároveň Súdny dvor Európskej únie v rozsudku č. T-195/08 zo dňa 10. 12. 2009 vo veci Antwerpse Bouwwerken proti Komisii judikoval, že v prípade, kde existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu, pričom spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. Táto zásada verejnému obstarávateľovi ukladá, aby v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité zamietnutie dotknutej ponuky, sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenia, akoby mal čisto a jednoducho zamietnuť jeho ponuku. V každom prípade je však v záujme právnej istoty dôležité, aby sa Komisia bola schopná presne ubezpečiť o obsahu ponuky predloženej v rámci verejného obstarávania a najmä o jej súlade s podmienkami stanovenými v súťažných podkladoch.“
163. Úrad konštatuje, že z obsahu bankovej záruky je zrejmé, že predmetná banková záruka bola vystavená pre AAA, ktorý nie je uchádzačom v tejto verejnej súťaži. Úrad má ďalej za to, že kontrolovaný postupoval v súlade s § 53 ods. 1 zákona o verejnom, keď požiadal navrhovateľa vzhľadom na znenie predloženej bankovej záruky v ponuke, aby hodnoverným spôsobom preukázal, že záväzok banky na plnenie z bankovej záruky pre prípad porušenia záväzku spoločnosti AAA prešiel na navrhovateľa ako dlžníka a že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16, časti A. súťažných podkladov, banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie.
164. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ vo vysvetlení ponuky č. 1 uviedol, že **vzhľadom na charakter a rozsah otázok kontrolovaného**, ktoré boli predmetom jeho žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1, **považuje ním stanovenú lehotu dvoch pracovných dní za neprimerane krátku**, avšak napriek krátkosti času kontrolovanému predkladá vysvetlenie. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ vo vysvetlení ponuky č. 1 poskytol kontrolovanému vysvetlenie týkajúce sa bankovej záruky spočívajúce v tom, že na základe zmluvy o predaji časti podniku, ktorú predložil v prílohe predmetného vysvetlenia, **prešli zo zákona**, v zmysle kogentného ustanovenia § 477 Obchodného zákonníka na navrhovateľa všetky práva, záväzky, zmluvné vzťahy (vrátane úverových zmlúv, zmlúv o poskytnutí bankových záruk, pracovných zmlúv, atď.), **ktoré súvisia so zákazkou a navrhovateľ sa stala právnym nástupcom spoločnosti**

AAA a vstúpil do jej postavenia a to bez potreby ďalších písomných dohôd či dodatkov upravujúcich pôvodné zmluvy, keďže na tento prechod sa ani nevyžaduje súhlas druhej strany.

165. Úrad konštatuje, že kontrolovaný dodržal ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) bod 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ v prípade uskutočnenia komunikácie prostredníctvom elektronických prostriedkov určí lehotu na doručenie vysvetlenia uchádzača dva pracovné dni odo dňa odoslania žiadosti o vysvetlenie, ktorá obsahuje požiadavky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Platí, že predmetné ustanovenie podmieňuje túto minimálnu lehotu okolnosťou, že komisia verejného obstarávateľa neurčí dlhšiu lehotu.
166. Úrad vo vzťahu k neprimerane krátkej lehote uvedenej v žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 konštatuje, že v posudzovanom prípade navrhovateľ kontrolovanému predložil vysvetlenie ponuky č. 1 v stanovenej lehote do dvoch pracovných dní, pričom vo vysvetlení ponuky č. 1 uviedol, že lehotu kontrolovaného považuje vzhľadom na rozsah a charakter otázok za neprimerane krátku, avšak nežiadal o predĺženie lehoty z dôvodu časovej náročnosti získania požadovaných dokladov. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľ v súvislosti s dĺžkou lehoty, ktorá bola uvedená v žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 nedoručil úradu v tejto verejnej súťaži námietky podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, avšak z obsahu vysvetlenia je zrejmé, že ju považoval za neprimerane krátku vzhľadom na rozsah a charakter otázok uvedených v predmetnej žiadosti, a teda nie je možné konštatovať, že navrhovateľ bol absolútne pasívny vo vzťahu k dĺžke lehoty uvedenej v žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1.
167. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že kontrolovaný by mal minimálnu lehotu uvedenú v § 53 ods. 5 písm. c) bod 1 zákona o verejnom obstarávaní vždy prispôbiť charakteru a rozsahu otázok ako aj dôkazom, ktoré v rámci žiadosti o vysvetlenie ponuky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní požaduje vysvetliť a predložiť. Úrad konštatuje, že uvedené je obzvlášť potrebné v situácii, keď kontrolovaný požaduje predloženie dokladu, ktorý nie je v okamžitej fyzickej dispozícii navrhovateľa a uvedené doklady je potrebné získať od tretej strany, v tomto prípade banky, ktorá vystavila bankovú záruku pre subjekt AAA od ktorého na základe zmluvy o predaji časti podniku navrhovateľ ako kupujúci nadobudol časť podniku, vrátane práv a záväzkov z vystavených bankových záväzkov pre spoločnosť AAA ako právneho predchodcu navrhovateľa.
168. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie ponuky požadoval od navrhovateľa predložiť **písomné potvrdenie banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie.** Úrad k predmetnému dokladu uvádza, že vzhľadom na to, že ide o doklad, ktorý banka v rámci svojej štandardnej bankovej činnosti bežne nevydáva v lehote do dvoch pracovných dní, ako je to napr. v prípade potvrdenia o zostatku na účte alebo potvrdenie o spoľahlivosti klienta, resp. ďalších jednoduchých potvrdení banky, mal túto skutočnosť kontrolovaný pri určovaní lehoty podľa § 53 ods. 5 písm. c) bod 1 zákona o verejnom obstarávaní zohľadniť. Úrad konštatuje, že predmetné potvrdenie banky, ktoré by znelo na právneho nástupcu spoločnosti AAA, teda na navrhovateľa ako uchádzača v tejto verejnej súťaži nemohol podľa názoru úradu navrhovateľ z objektívnych príčin získať (viď bod 60 a 61 tohto rozhodnutia). Úrad má za to, že kontrolovaný od navrhovateľa požadoval predložiť špecifický doklad, ktorý navrhovateľ vzhľadom na interné schvaľovacie procesy v banke a výšku sumy uvedenej v bankovej záruke, nemal navrhovateľ možnosť v lehote do dvoch pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 od banky reálne získať. Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že z obsahu žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 vyplýva, že kontrolovaný navrhovateľovi vyššie

uvedenú skutočnosť umožnil preukázať striktné potvrdením banky s konkrétnym obsahom a neumožnil ju navrhovateľovi preukázať akýmkoľvek iným vhodným spôsobom a dokladom, ktorý by naplnil účel sledovaný kontrolovaným spočívajúci v tom, že ak nastanú v budúcnosti skutočnosti a predpoklady uvedené v bankovej záruke pre AAA (t. j., že **budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie**), bude banka za navrhovateľa ako uchádzača v tejto verejnej súťaži plniť.

169. Úrad vo vzťahu k predmetnému dokladu uvedenému v žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 konštatuje, že kontrolovaný mal umožniť navrhovateľovi predložiť akýkoľvek doklad, ktorý by splnil ním požadovaný účel a v tejto súvislosti mal navrhovateľovi umožniť v rámci vysvetlenia ponuky predložiť akýkoľvek doklad, ktorým by navrhovateľ ako uchádzač v tejto verejnej súťaži vedel preukázať, že v prípade, ak v bankovej záruke pre AAA budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie.

170. Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že žiadnym spôsobom nespochybňuje právo kontrolovaného uistiť sa o tom, že v prípade, ak v bankovej záruke pre AAA budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie, banka bude plniť za navrhovateľa ako uchádzača v tomto verejnom obstarávaní.

171. Úrad má za to, že ak má kontrolovaný stále pochybnosť o tom, že banka na základe bankovej záruky vystavenej na AAA, nebude plniť za navrhovateľa ako uchádzača v tejto verejnej súťaži, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), má navrhovateľovi v žiadosti o vysvetlenie ponuky určiť dostatočne dlhú lehotu, za ktorú je možné predmetný doklad od banky získať. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že kontrolovaný si predmetnú spornú skutočnosť týkajúcu sa bankovej záruky vystavenej pre AAA, má možnosť overiť taktiež priamo u banky, ktorá predmetnú bankovú záruku vystavila pre AAA a v takom prípade je povinný v žiadosti adresovanej banke určiť dostatočne dlhú lehotu na predloženie požadovaného vysvetlenia. Úrad má za to, že kontrolovaný môže použiť rôzne prostriedky overenia si bankovej záruky pre AAA, pričom môže požiadať o ozrejenie skutočností týkajúcich sa bankovej záruky, ktoré nemá za dostatočne preukázané prostredníctvom žiadosti nielen navrhovateľa, ale taktiež banku, ktorá predmetnú bankovú záruku vystavila.

172. Úrad v tejto súvislosti dáva kontrolovanému do pozornosti aj princíp proporcionality uvedený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Požiadavka verejného obstarávateľa má preto byť odôvodnená, teda nemôže ísť o svojvôľu kontrolovaného a s prihliadnutím na charakter a rozsah požadovaných dokladov je potrebné určiť aj primeranú lehotu na poskytnutie vysvetlenia predložených dokladov zo strany uchádzača

173. Úrad má za to, že kľúčovou okolnosťou v tomto prípade je posúdenie, či platí záver kontrolovaného, zakladajúci dôvod na vylúčenie uchádzača podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, o tom, že navrhovateľ nepredložil po písomnej žiadosti vysvetlenie

ponuky č. 1 vysvetlenie ponuky č. 1 v určenej lehote vo vzťahu k zloženiu zábezpeky. Úrad uvádza, že nakoľko kontrolovaný doručil žiadosť o vysvetlenie ponuky č. 1 navrhovateľovi dňa 10. 05. 2022, na ktorú navrhovateľ odpovedal vysvetlením ponuky č. 2 dňa 12. 05. 2022, t. j. do dvoch pracovných dní, nemožno konštatovať, že navrhovateľ nepredložil vysvetlenie ponuky č. 1 v určenej lehote. Zároveň platí, že z obsahu oznámenia o vylúčení nevyplýva, že by kontrolovaný dospel k jednoznačnému záveru, že na základe predmetnej bankovej záruky banka, ktorá vystavila predmetnú bankovú záruku pre spoločnosť AAA nebude plniť kontrolovanému, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16, časti A. súťažných podkladov. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na nasledovnú časť odôvodnenia oznámenia o vylúčení, v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „*Uchádzač síce predložil zmluvu o predaji časti podniku, kde je v bode 3.42. a 3.43. uvedené, že časť prevádzaného podniku tvoria aj práva, resp. záväzky z poskytnutých, resp. vystavených bankových záruk, avšak na základe znenia Bankovej záruky nie je možné určiť, či by v prípade neplnenia povinností Uchádzača, banka pristúpila k splneniu záväzku, ktorý má voči spoločnosti AAA. Na základe uvedeného mala Komisia pochybnosť, že takto predložená zábezpeka spĺňa požiadavky podľa § 46 Zákona a čl. 16 časti A. súťažných podkladov a Uchádzača Žiadosťou o vysvetlenie č. 1 vyzvala, aby predložil písomné vysvetlenie a doložil požadované dokumenty.*“

174. Úrad uvádza, že ustanovenie § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní sa viaže výslovne na situáciu, keď uchádzač v určenej lehote do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti o vysvetlenie podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (ak komisia neurčila dlhšiu lehotu a komunikácia sa uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov) vôbec nepredloží vysvetlenie ponuky alebo nepredloží žiadne dôkazy v reakcii na predmetnú žiadosť o vysvetlenie ponuky. Úrad k uvedenému uvádza, že predmetný dôvod vylúčenia navrhovateľa nie je možné aplikovať v prípade, ak navrhovateľ vysvetlenie ponuky predloží aj s dôkazom - zmluvou o predaji časti podniku, avšak kontrolovaný ho nepovažuje za dostatočné, keďže navrhovateľ nepredložil **písomné potvrdenie banky, že v prípade, ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní a čl. 16 časti A. súťažných podkladov (porušenie povinnosti uchádzača), banka bezpodmienečne a neodvolateľne zaplatí na účet kontrolovaného pohľadávku krytú bankovou zárukou na základe prvej výzvy kontrolovaného na jej zaplatenie**, a to vzhľadom na skutočnosti uvedené v bodoch 60 a 61 tohto rozhodnutia (doplnenie k námietkam zo dňa 17. 06. 2022, email banky zo dňa 13. 06. 2022), v ktorých je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „*BBB Bank si voči Vašej spoločnosti vždy plnila všetky svoje zákonné a zmluvné povinnosti. Zároveň platí, že BBB Bank nemá voči Vašej spoločnosti žiadnu zákonnú alebo zmluvnú povinnosť vystavovať potvrdenia o platnosti bankových záruk.*“

175. Úrad má za to, že kontrolovaný nesprávne aplikoval dôvod vylúčenia navrhovateľa. Uvedené, vyplýva zo zistení úradu popísaných v tomto rozhodnutí, keďže navrhovateľ po žiadosti o vysvetlenie ponuky č. 1 kontrolovaného doručil kontrolovanému vysvetlenie ponuky č. 1 v stanovenej lehote. Kontrolovaný teda v danom prípade nesprávne označil ako dôvod vylúčenia § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne skutočnosť, že navrhovateľ nedoručil písomné vysvetlenie ponuky na základe požiadavky kontrolovaného vo vzťahu k zloženiu zábezpeky v určenej lehote, pričom takáto situácia podľa úradu nenastala. Úrad má po preskúmaní žiadosti o vysvetlenia ponuky č. 1, vysvetlenia ponuky č. 1 za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, keď navrhovateľa vylúčil z dôvodu, že navrhovateľ v stanovenej lehote nedoručil požadované vysvetlenie vo vzťahu k zloženiu zábezpeky.

176. Vzhľadom na vyššie uvedené úrad **v súvislosti s druhým dôvodom vylúčenia navrhovateľa** konštatuje, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ust. § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

177. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú v plnom rozsahu opodstatnené.
178. 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.**
179. Podľa § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je úrad povinný v rozhodnutí, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. **Na základe predchádzajúcich bodov tohto rozhodnutia v súvislosti s konaním kontrolovaného úrad uvádza, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 4, § 40 ods. 6 písm. a), § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.** Uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania, nakoľko v dôsledku nezákonného vylúčenia uchádzača z procesu verejného obstarávania a netransparentného vyhodnotenia jeho ponuky, resp. splnenia podmienok účasti a požiadaviek na predmet zákazky, došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže medzi uchádzačmi, a teda takýto postup kontrolovaného je v rozpore s princípmi verejného obstarávania uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. **Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v tejto fáze verejného obstarávania s poukazaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetná verejná súťaž smerovala k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. zo zákazky, ktorej priebeh nevykazuje znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.**
180. 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.
181. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný by mal *pro futuro* venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu všetkých princípov verejného obstarávania, a to v celom procese zadávania zákazky, najmä princípu transparentnosti. **Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti postupoval tak, že tieto bude posudzovať dôsledne v súlade s pravidlami, ktoré určil v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch, pričom uchádzača by mal vylúčiť z dôvodu ich nesplnenia len v prípade, ak bude nesplnenie podmienok účasti dostatočne preukázané a opodstatnené.** V prípade, že sa preukáže, že ide o preukazovanie splnenia podmienky účasti prostredníctvom iného alternatívneho rovnocenného dokladu, ktorý preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, má byť uchádzač v prípade pochybností o splnení danej podmienky požiadaný v zmysle zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie predmetného dokumentu. Kontrolovaný by mal pri rozhodovaní o splnení/nesplnení podmienky účasti uchádzačom zohľadniť všetky informácie a skutočnosti, ktoré zistil v procese vyhodnocovania podmienok účasti a zároveň posudzovať doklady komplexne a vo vzájomnej súvislosti. Podľa úradu je potrebné, aby kontrolovaný predmetné

vyhodnotenie dôkladne zdokumentoval a kontrolovaný je na tento účel povinný (podľa potreby aj opakovane) uplatniť inštitút vysvetlenia a/alebo doplnenia predložených dokladov. Úrad zároveň pripomína, že kontrolovaný má využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač posudzovanú podmienku účasti splnil a vylúčiť ho až po preverení všetkých skutočností a po utvrdení sa, že podmienka účasti nebola splnená. V takom prípade má kontrolovaný v súlade s princípom transparentnosti uviesť konkrétne dôvody, na základe ktorých sa rozhodol pristúpiť k vylúčeniu uchádzača. Úrad odporúča kontrolovanému, aby k vylúčeniu ponuky uchádzača v zmysle § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pristúpil až v momente, keď má za jednoznačne preukázané, že uchádzač mu nedoručil požadované vysvetlenie ponuky na základe požiadavky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v lehote do dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti o vysvetlenie, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu a komunikácia sa uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov. V neposlednom rade úrad odporúča kontrolovanému v prípade, ak bude mať pochybnosti o tom, či ponuka konkrétneho uchádzača spĺňa ním stanovené požiadavky týkajúce sa bankovej záruky, aby uplatnil inštitút vysvetlenia v zmysle § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko tento inštitút je povinný obligatórne aplikovať práve v takých situáciách, ak identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch poskytnutých uchádzačom, ktoré mu bránia rozhodnúť o existencii alebo neexistencii dôvodu na jeho vylúčenie, resp. vylúčenie jeho ponuky. Úrad zároveň odporúča kontrolovanému, aby sa obrátil na banku, ktorá vystavila bankovú záruku, ak má relevantnú pochybnosť o tom, či mu bude banka plniť z bankovej záruky ak budú naplnené podmienky prepadnutia zábezpeky v zmysle § 46 zákona o verejnom obstarávaní uvedené v bankovej záruke. Úrad tiež dáva do pozornosti aj princíp proporcionality, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Požiadavka verejného obstarávateľa má preto byť odôvodnená, teda nemôže ísť o svojvôľu kontrolovaného a s prihliadnutím na charakter a rozsah požadovaných dokladov je potrebné určiť aj primeranú lehotu na poskytnutie vysvetlenia predložených dokladov zo strany uchádzača.

182. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť o námietkach navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

183. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.

Kaucia

184. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní (účinného od 31. marca 2022)⁴ 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.

185. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia sa navrhovateľovi zložená kaucia za podanie námietok vráti v plnom rozsahu, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

⁴ Vid' ustanovenie § 187h ods. 7 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní.

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 doručí:

1. XXX – navrhovateľ
2. YYY – splnomocnenec navrhovateľa
3. **Správa ciest Košického samosprávneho kraja**, Námestie Maratónu mieru 1, 042 66 Košice, IČO: 35555777 – kontrolovaný
4. **Tatra Tender s.r.o.**, Krčméryho 16, 811 04 Bratislava, IČO: 44119313 – osoba poverená kontrolovaným realizáciou verejného obstarávania
5. Podľa rozdeľovníka