

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a podľa § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet podlimitnej zákazky zadávanej nadlimitným postupom s názvom „Prestavba mostného objektu MO 2300-001 v obci Podbiel“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Žilinský samosprávny kraj**, Komenského 48, 011 09 Žilina, IČO: 37808427 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 9. 2021 pod značkou 2021/S 169-441094 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 203/2021 dňa 2. 9. 2021 pod značkou 42297 – MSP (ďalej len „verejná súťaž“), vydáva toto

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

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

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 27. 6. 2022 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu (ďalej len „námietky“). Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa toho istého dňa ako úradu v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému pre elektronické verejné obstarávanie EVO, prostredníctvom ktorého sa verejné obstarávanie realizuje (ďalej len „IS EVO“).
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote** podľa § 170 ods. 4 a **v podobe** podľa § 170 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ do predmetnej verejnej súťaže predložil ponuku elektronicky prostredníctvom IS EVO dňa 1. 2. 2022 o 7:48 hod.
3. Úrad konštatuje, že dňa 9. 3. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 64/2022 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. Úrad zároveň konštatuje, že dňa 31. 3. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 395/2021 Z. z., ktorým

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

sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

4. Podľa § 187h ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 30. marca 2022, sa dokončia podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
5. Podľa ust. § 187h ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní žiadosť o nápravu a námietky, ktoré sa vzťahujú na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa doručujú podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
6. Podľa § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, v konaní začatom po 30. marci 2022, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa postupuje podľa predpisov účinných do 30. marca 2022; to neplatí pre
 - a) uloženie povinnosti podľa § 166 ods. 2 a 3,
 - b) súčinnosť podľa § 167 ods. 7,
 - c) vykonanie dohľadu v priestoroch verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 podľa § 167 ods. 8,
 - d) zníženie pokuty podľa § 182 ods. 9 a 10,
 - e) uplynutie lehoty podľa § 173 ods. 14,
 - f) nazeranie do spisu podľa § 173 ods. 16,
 - g) zastavenie konania podľa § 174 ods. 1 písm. q),
 - h) prepadnutie kaucie podľa § 172 ods. 5,
 - i) uloženie povinnosti nahradiť trovy konania podľa § 176 ods. 2,
 - j) konanie o opravných prostriedkoch proti rozhodnutiu úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného a pre konanie podľa § 177.
7. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené prechodné ustanovenia právnej úpravy verejného obstarávania účinnej od 31. 3. 2022 konštatuje, že postup zadávania zákazky, ktorý je predmetom námietok, ako aj postup úradu v predmetnom konaní, sa spravuje právnymi predpismi účinnými do 30. 3. 2022, a teda **zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov účinným do 30. 3. 2022** (okrem výnimiek podľa ustanovenia § 187h ods. 7 písm. a) až j), ďalej len „**zákon o verejnom obstarávaní**“).
8. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je s podaním námietok navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.
9. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).

10. Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (1 772 662,49 EUR bez DPH) je 1 772,66 EUR, čo znamená, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 000,- EUR.
11. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 28. 6. 2022 kauciu vo výške 2 000,- EUR.
12. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

13. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že kontrolovaný mu doručil dokument č. 03883/2022/OVO-14 zo dňa 16. 6. 2022 označený ako „Oznámenie o vylúčení ponuky uchádzača podľa § 53 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní“ (ďalej len „oznámenie o vylúčení“). Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný nezákonným spôsobom obmedzil jeho právo zúčastniť sa čestnej hospodárskej súťaže a získať zadávanú zákazku, nakoľko v prípade nevylúčenia jeho ponuky z verejnej súťaže by sa navrhovateľ stal úspešným uchádzačom.
14. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný zadáva predmetnú zákazku postupom verejnej súťaže podľa § 66 s využitím § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní aj napriek tomu, že zákonom stanovený finančný limit určený podľa § 5 predpokladanou hodnotou kontrolovanej zákazky určenou podľa § 6 zákona o verejnom obstarávaní zodpovedá podlimitnej zákazke na uskutočnenie stavebných prác.
15. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v označení oznámenia o vylúčení uviedol, že vylúčil jeho ponuku podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. že nedoručil v určenej lehote písomné vysvetlenie ponuky na základe požiadavky kontrolovaného. Navrhovateľ s týmto tvrdením nesúhlasí, nakoľko kontrolovanému v ním určenej lehote vysvetlenie doručil a preto podľa navrhovateľa, nebola splnená zákonom určená podmienka pre vylúčenie.
16. Navrhovateľ zároveň uvádza, že vo výrokovej časti oznámenia o vylúčení v rozpore s informáciou z označenia predmetného oznámenia kontrolovaný uviedol, že vylúčil jeho ponuku podľa § 53 ods. 5 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z dôvodu, že navrhovateľ nedoručil písomné odôvodnenie mimoriadne nízkej ponuky do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu. Navrhovateľ nesúhlasí ani s týmto tvrdením, nakoľko požadované vysvetlenie navrhovateľ preukázateľne doručil v kontrolovanom určenej lehote, a teda aj v tomto prípade podľa navrhovateľa nebola splnená zákonom určená podmienka pre vylúčenie.
17. Na základe uvedeného a na základe skutočnosti, že v celom ďalšom obsahu oznámenia nie je uvedený žiadny iný zákonom stanovený dôvod vylúčenia považuje navrhovateľ vylúčenie jeho ponuky z verejnej súťaže za rozporné s princípom transparentnosti verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
18. Navrhovateľ uvádza, že z obsahu oznámenia o vylúčení identifikoval jediný dôvod vylúčenia ponuky a to, že podľa komisie kontrolovaného navrhovateľom predložené cenové ponuky na základe ktorých navrhovateľ kalkuloval svoju cenovú ponuku a ktoré mu umožňujú

realizovať predmet zákazky za ceny, ktoré navrhovateľ deklaroval v ponuke, stratili platnosť v mesiacoch september alebo október 2021, teda dôvodom vylúčenia ponuky navrhovateľa má byť, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov.

19. K vyššie uvedenému navrhovateľ uvádza, že pôvodná lehota na predkladanie ponúk bola kontrolovaným určená na 4. 10. 2021. V rámci odpovede na kontrolovaného žiadosť o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky navrhovateľ kontrolovanému uviedol cenové ponuky dodávateľov, ktoré použil pri kalkulácii svojho návrhu na plnenie kritérií, ktorým je podľa súťažných podkladov celková najnižšia cena za predmet zákazky.
20. Navrhovateľ následne poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný prvé predĺženie lehoty na predkladanie ponúk odoslal na zverejnenie do Vestníka verejného obstarávania dňa 29. 9. 2021, pričom informácia bola publikovaná až dňa 5. 10. 2021 vo Vestníku verejného obstarávania číslo 225/2021 pod značkou 44757-IOX. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že kontrolovaný nedostatočným spôsobom zohľadnil pri úkone predĺženia lehoty na predkladanie ponúk lehoty zverejňovania oznámení. Navrhovateľ dodáva, že informácia o predĺžení lehoty na predkladanie ponúk mu síce bola doručená prostredníctvom IS EVO v systéme prihláseným záujemcom dňa 29. 9. 2021, avšak, podľa názoru navrhovateľa, uvedené nemá vplyv na povinnosť dodržiavať princíp transparentnosti kontrolovaným voči všetkým záujemcom vo verejnom obstarávaní.
21. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení sa opakovane odvoláva na rozhodnutie Rady úradu č. 10752-9000/2019 zo dňa 27. 8. 2019, ktoré podľa kontrolovaného potvrdzuje rozhodnutie úradu č. 7716-6000/2019-OD zo dňa 3. 7. 2019. Navrhovateľ k tejto skutočnosti uvádza, že kontrolovaný uviedol nepravdivú informáciu v oznámení o vylúčení, keď uviedol, že predmetné rozhodnutie úradu je zo dňa 9. 7. 2019 a nie zo dňa 3. 7. 2019 a keď uviedol, že predmetné rozhodnutie Rady úradu potvrdilo uvedené rozhodnutie úradu, čo nie je pravda, nakoľko Rada úradu zmenila výrok rozhodnutia úradu, a to tak, že nariadila zrušiť rozhodnutie o vylúčení dotknutého navrhovateľa z verejného obstarávania z dôvodu mimoriadne nízkej ponuky a opätovne vyhodnotiť ponuku dotknutého navrhovateľa do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia Rady úradu. Zároveň z rozhodnutia Rady úradu vyplýva, že dotknutý navrhovateľ bol vylúčený podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z iných dôvodov ako uviedol kontrolovaný v oznámení o vylúčení.
22. Navrhovateľ poukazuje na bod 12. rozhodnutia Rady úradu č. 10752-9000/2019 zo dňa 27. 8. 2019, z ktorého cituje: „Úrad k tomu uviedol, že spoločnosti B a C neboli do predmetnej verejnej súťaže zapojené, a že cenové ponuky spoločností, ktoré nevystupujú v úlohe dodávateľov, a ani sa žiadnym iným spôsobom neangažujú v predmetnej zákazke, nemožno považovať za dôkazy, ktoré by odôvodňovali nízku úroveň cien v predloženej ponuke navrhovateľa.“.
23. Navrhovateľ v kontexte uvedeného uvádza, že jeho jediným subdodávateľom je spoločnosť AA, ktorý by mal zabezpečovať práce vrátane dodávok materiálu a spoločnosť BB ktorý poskytol navrhovateľovi cenovú ponuku výlučne na dodanie materiálu, t. j. v zmysle § 41 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ neuviedol údaje o tomto subdodávateľovi podľa požiadaviek kontrolovaného.
24. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný, bez uvedenia príslušného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by mu to umožňoval, žiadal dňa 28. 3. 2022 navrhovateľa

vysvetliť identifikáciu dodávateľa a kalkuláciu výrazne vyššej ceny oproti cene dotknutých položiek v rámci stanovenej predpokladanej hodnoty zákazky. Podľa navrhovateľa, kalkulácia výrazne vyššej ceny dotknutých položiek logicky nemôže spôsobovať to, že sa ponuka navrhovateľa javí odborne spôsobilej komisii zriadenej kontrolovaným ako mimoriadne nízka, t. j. nemôže ísť o tú časť ponuky, ktorá by spôsobovala to, že by sa ponuka za predmet zákazky mohla komukoľvek javiť ako mimoriadne nízka.

25. Na základe uvedeného navrhovateľ cit.: *„považuje všetky požiadavky kontrolovaného na vysvetlenie výrazne vyšších cien niektorých položiek oproti rozpočtu kontrolovaného, o ktorom v zadávacej dokumentácii neuviedol žiadnu informáciu o skutočnosti, že odborne spôsobilou osobou spracovaný rozpočet nejakým relevantným spôsobom overil, pričom taxatívne konštatoval, že tento rozpočet zodpovedá podmienkam existujúcim na trhu v čase jeho spracovania, za nezmyselné a neopodstatnené, čo je podľa názoru navrhovateľa podstatné vzhľadom na jediný kontrolovaným uvádzaný dôvod, že sa kontrolovanému javí ponuka navrhovateľa ako mimoriadne nízka.“*.
26. Navrhovateľ uvádza, že v súvislosti s oprávnenosťou ním nadobudnutých pochybností o transparentnosti postupu kontrolovaného na základe vyššie uvedených skutočností, kontrolovaný v „Žiadosti o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – III. kolo“ zo dňa 19. 5. 2022 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 3“) kontrolovaný poskytol navrhovateľovi ospravedlnenie, avšak podľa navrhovateľa, predmetné ospravedlnenie nie je spôsobilé sanovať nekorektný postup kontrolovaného vo verejnej súťaži.
27. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný odôvodňoval názor, že sa mu javí ponuka uchádzača ako mimoriadne nízka výlučne porovnaním jednotlivých položiek výkazu výmer oceneného uchádzačom s rozpočtom vypracovaným odborne spôsobilou osobou bez akýchkoľvek ďalších dôvodov.
28. Navrhovateľ ďalej poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný určil predpokladanú hodnotu zákazky na základe rozpočtu spracovaného odborne spôsobilou osobou vo výške 1 772 662,49 EUR bez DPH, t. j. 2 127 194,98 EUR s DPH, pričom navrhovateľ predložil ponuku vo výške 2 019 194,20 EUR s DPH za celý predmet zákazky, čo predstavuje 94,92% predpokladanej hodnoty zákazky s DPH.
29. Navrhovateľ následne uvádza, že v zmysle ustálenej rozhodovacej a metodologickej praxe úradu založenej na všeobecne známych judikátoch európskej únie² a Slovenskej republiky,³ za mimoriadne nízku ponuku je možné považovať takú ponuku, ktorá nedosahuje úrovne 75% predpokladanej hodnoty zákazky, resp. takú ponuku, ktorá je v kontexte s ponukami ostatných uchádzačov alebo predpokladanou hodnotou zákazky značne nižšia.
30. V zmysle uvedeného, podľa navrhovateľa nie je možné považovať za značne nižšiu ponuku nakoľko ponuka navrhovateľa je o cca 8% nižšia ako určená predpokladaná hodnota zákazky a zároveň je druhou najnižšou predloženou ponukou ktorá je o 73 802,06 EUR s DPH vyššia ako prvá najnižšia ponuka, čo predstavuje 4,16% z predpokladanej hodnoty zákazky a ktorá je zároveň nižšia o 32 154,27 EUR s DPH od tretej najnižšej ponuky, pričom uvedený rozdiel

² rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie v spojených veciach C-285/99 a C-286/99, Impresa Lombardini Spa Impresia Generale di Costruzioni proti ANAS Ente nazionale per le strade Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa (C-285/99) a Impresa Ing. Mantovani Spa proti ANAS Ente nazionale per le strade a Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)

³ rozhodnutie Krajského sudu v Bratislave č. k. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 9. 2011

predstavuje 1,81 % z predpokladanej hodnoty zákazky a ponuka navrhovateľa predstavuje 98,43% tretej najnižšej ponuky, nižšia o 53 856,73 EUR s DPH od štvrtej najnižšej ponuky, pričom uvedený rozdiel predstavuje 3,03 % z predpokladanej hodnoty zákazky a ponuka navrhovateľa predstavuje 97,40 % štvrtej najnižšej ponuky a nižšia o 61 217,72 EUR s DPH od piatej najnižšej ponuky pričom uvedený rozdiel predstavuje 3,45 % z predpokladanej hodnoty zákazky a ponuka navrhovateľa predstavuje 97,05% piatej najnižšej ponuky.

31. Na základe uvedeného navrhovateľ má za to, že prvá až piata najnižšia ponuka sú kalkulované obdobným spôsobom s nevýznamnými cenovými rozdielmi medzi jednotlivými ponukami a zároveň nespĺňajú kritériá deklarované vo vyššie uvedenej judikatúre, ktorá sa prejavuje aj v rozhodovacej praxi úradu a preto považuje odôvodnenie kontrolovaného prečo sa mu javí ponuka navrhovateľa ako mimoriadne nízka za nedostatočné, netransparentné a neobjektívne a evokujúce účelovosť vo vzťahu k navrhovateľovi.
32. Podľa navrhovateľa, jeho vylúčenie z verejnej súťaže nie je súladné so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko kontrolovaný nepreukázal, že jeho ponuka je mimoriadne nízka, a teda postup kontrolovaného pri posúdení mimoriadne nízkej ponuky navrhovateľa je, v nadväznosti na rozhodnutie Krajského sudu v Bratislave č. k. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 9. 2011 premietnuté aj v rozhodnutí úradu číslo 13654-9000/2013 zo dňa 16. 11. 2020 v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho aplikačnou praxou.
33. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný stanovil zmluvnú záväznosť cien jednotlivých položiek výkazu výmer, čo navrhovateľ považuje vzhľadom na reálnu stavebnú prax za neštandardné a kontrolovaným v zadávacej dokumentácii riadne neodôvodnené. Navrhovateľ má za to, že rozhodujúce je dodržanie návrhu navrhovateľa na plnenie určeného kritéria, t. j. dodržanie celkovej zmluvnej ceny za predmet zákazky, pričom opodstatnenosť kontrolovaného požiadavky by bola v prípade rámcovej zmluvy, kde je nevyhnutné fixovať ceny jednotlivých položiek výkazu výmer, čo v tomto prípade nie je.
34. Navrhovateľ ďalej poukazuje na tvrdenie kontrolovaného v žiadosti č. 3, a to že z teoretického hľadiska riziko volatility cien v čase, predstavuje podnikateľské riziko, ktoré predložením ponuky a podpísaním zmluvy ako výsledku akceptovania predloženej ponuky sa dodávateľ rozhodol znášať (čo vyplýva aj z podstaty podnikania podľa teórie obchodného práva). Navrhovateľ s týmto tvrdením súhlasí, ale len za podmienky, že ide o predvídateľné podnikateľské riziko pri vynaložení náležitej starostlivosti, a to vzhľadom na ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní týkajúce sa vzniku okolností, ktoré zadávatelia zákaziek nemohli, pri vynaložení náležitej starostlivosti, predvídať v čase vyhlásenia verejného obstarávania. Podľa navrhovateľa, takéto okolnosti nie je možné zmluvnou podmienkou preniesť na uchádzačov, nakoľko s takýmito okolnosťami zákon o verejnom obstarávaní počíta a upravuje záväzný postup zadávateľov zákaziek pri ich riešení za predpokladu splnenia príslušných, zákonom o verejnom obstarávaní určených podmienok.
35. V kontexte uvedeného navrhovateľ poukazuje na Žiadosť o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – II. kolo zo dňa 22. 4. 2022⁴ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 2“) a uvádza, že požiadavka kontrolovaného k preukázaniu udržateľnosti cien v priebehu mesiacov roka 2022, ktorú kontrolovaný odôvodnil pochybnosťou, či navrhovateľ bude schopný dodať ocenený zábradľový systém v ponuke z dôvodov vojny na Ukrajine, je absurdná, nakoľko lehota na predkladanie ponúk bola

⁴ Navrhovateľ predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 2 zo dňa 22. 2. 2022 označuje ako žiadosť o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky zo dňa 24. 2. 2022

stanovená na 1. 2. 2022 a konflikt na Ukrajine začal až 24. 2. 2022. Navrhovateľ má za to, že nie je a nemôže byť opodstatnené rozumne predpokladať, resp. požadovať od uchádzačov, aby v predložených ponukách zohľadnili, resp. boli povinní zohľadniť negatívne dopady tohto konfliktu na ceny materiálov, príp. stavebných prác a služieb na relevantnom trhu.

36. Navrhovateľ v kontexte uvedeného poukazuje na Všeobecného metodického usmernenia úradu číslo 6-2022 zo dňa 16.05.2022, z ktorého podľa názoru navrhovateľa vyplýva, cit.: „*povinnosť zadávateľa zákazky predchádzať negatívnym vplyvom nepredvídateľných okolností zapracovaním relevantných zmluvných ustanovení do zmlúv, ktoré sú výsledkami verejných obstarávaní, umožňujúcich vytvorenie zmluvných podmienok pre kompenzáciu negatívnych dopadov nepredvídateľných okolností na plnenie podľa zmlúv, v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Pokiaľ takto zadávateľ zákazky nepostupuje, nemôže následok takéhoto postupu v žiadnom prípade ísť na ťarchu uchádzačov po predložení ponúk v príslušnom verejnom obstarávaní a preto, podľa názoru navrhovateľa, nie je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní akákoľvek požiadavka na vysvetlenie uplatnená v nadväznosti na vznik nepredvídateľnej okolnosti, tak ako je to v tomto prípade.*“. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný tak nepostupoval aj keď musel si byť v čase vyhlasovania verejnej súťaže vedomý negatívneho vplyvu následkov opatrení prijatých v súvislosti so šírením ochorenia COVID-19 na cenový vývoj v určitých segmentoch.
37. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení uviedol, že dňa 28. 3. 2022 požiadal navrhovateľ o vysvetlenie ocenenia konkrétnych položiek výkazu výmer, ktoré podľa názoru kontrolovaného sú pre celkovú cenu za predmet zákazky podstatné, avšak žiadnym spôsobom neodôvodnil, prečo sú podstatné. Navrhovateľ zároveň uvádza, že väčšina kontrolovaným označených položiek, resp. ich finančný objem, sú navrhovateľom ocenené vyššou cenou ako cena rozpočtu, čo taktiež potvrdzuje, že v tomto prípade sa nemôže jednáť o mimoriadne nízku ponuku navrhovateľa.
38. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení iba skonštatoval bez uvedenia konkrétnych dôvodov, že vysvetlenie navrhovateľa neodpovedá na žiadnu zo skutočností, ktoré kontrolovaný žiadal preukázať a vysvetliť, z odpovedí navrhovateľa nijako nevyplyva preukázanie alebo zdôvodnenie cenovej ponuky navrhovateľa a že odpoveď navrhovateľa nijako nevysvetľuje objektivitu cenových ponúk, ktoré predložil za účelom preukázania reálnosti navrhovateľom ponúknutých jednotkových cien kontrolovaným uvedených položiek v 2. a 3. žiadosti o vysvetlenie, ktoré uplynuli niekoľko mesiacov pred samotným predložením ponuky.
39. V kontexte uvedeného navrhovateľ uvádza, že svoju ponuku pripravil na predloženie k pôvodnej lehote na predkladanie ponúk, pričom pred samotným predložením ponuky si overil operatívnym prieskumom relevantného trhu bez požiadavky na predloženie záväzných ponúk v prípadoch, keď uvedeným prieskumom zistil, že neexistuje dôvod významne upravovať pripravenú ponuku k termínu uplynutia pôvodnej lehote na predkladanie ponúk, nakoľko ceny získané operatívnym prieskumom trhu sa významne nelíšili od cien uvedených v ponuke na základe dotknutých cenových ponúk a prípadné nepodstatné cenové rozdiely sa rozhodol navrhovateľ kompenzovať znížením plánovaného zisku. Navrhovateľ zároveň v rámci námietok predkladá aktuálne ceny spoločnosti AA, ktorá taktiež predložila ponuku a ktoré sa nelíšia významne od pôvodnej cenovej ponuky tejto spoločnosti.
40. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že

- kontrolovaný nijakým relevantným spôsobom neodôvodnil prečo sa mu javí ponuka navrhovateľa ako mimoriadne nízka,
- že kontrolovaný nijakým spôsobom v oznámení o vylúčení neodôvodnil na základe akých skutočností dospel ku konštatovaniu, že nakoľko cenové ponuky, ktoré navrhovateľ deklaroval vo svojej ponuke stratili platnosť a preto vysvetlenie a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov.

41. Navrhovateľ má za to, že splnil požiadavku kontrolovaného určenú v žiadosti o vysvetlenie č. 3, ktorou ho kontrolovaný požiadal o preukázanie reálnosti a udržateľnosti cenovej ponuky a svojou odpoveďou potvrdil platnosť svojej cenovej ponuky ako aj platnosť poskytnutých predchádzajúcich vysvetlení ponuky.
42. Podľa navrhovateľa, z vysvetlení ponuky zo dňa 6. 4. 2022 a 29. 4. 2022 vyplýva, že cenu xx,xx EUR/tona asfaltovej zmesi uviedol spracovateľ odpovede navrhovateľa administratívnym omylom, nakoľko aj z predloženého rozboru ceny ako Prílohy č. 2 tohto vysvetlenia jednoznačne vyplýva cena xx,xx EUR/tona. Navrhovateľ má za to, že nakoľko uvedená položka predstavuje x,xx % z celkovej ponukovej ceny navrhovateľa bez DPH, konkrétne v absolútnom vyjadrení xxxx,xx EUR bez DPH, tak to nemôže byť považované za podstatnú časť ponuky navrhovateľa s vplyvom na celkovú cenu. Vo vzťahu k posudzovaniu záväznosti dokumentov navrhovateľ poukazuje na body 51. až 53. rozhodnutia Rady úradu číslo 15142-9000/2015-KR/33.
43. Navrhovateľ ďalej poukazuje na časový priebeh verejnej súťaže, kedy lehota na predkladanie ponúk bola šesť krát predlžovaná s jej konečným stanovením na 1. 2. 2022. Navrhovateľ tiež poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný ho požiadal o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky tri krát, a to v dňa 19. 3. 2022, dňa 22. 4. 2022 a dňa 19. 5. 2022, pričom navrhovateľ mu vždy odpovedal do 5 pracovných dní. Navrhovateľ uvádza, že uvedené nesvedčí o snahe čo najrýchlejšieho postupu zo strany kontrolovaného, čo má pokračujúci negatívny vplyv na udržateľnosť cien uvedených v ponukách uchádzačov.
44. Navrhovateľ k svojmu tvrdeniu, že kontrolovaný riadne neodôvodnil prečo sa mu ponuka navrhovateľa javí ako mimoriadne nízka, poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 10752-9000/2019, na body 129. a 130, z ktorých cituje: „(...) z úkonov verejného obstarávateľa musí byť zrejmé, na základe ktorých skutočností dospel k záveru, že navrhovateľom ponúknutý návrh na plnenie kritérií je mimoriadne nízky (...) Z uvedeného vyplýva, že ak komisia kontrolovaného pri opätovnom vyhodnotení ponuky navrhovateľa dospeje k záveru, že táto ponuka sa javí ako mimoriadne nízka, je potrebné, aby v záujme preskúmateľnosti procesu vyhodnotenia ponúk jednoznačne uviedla a zdôvodnila, na základe ktorých konkrétnych skutočností dospela k tomuto záveru.“.
45. Na základ uvedených skutočností má navrhovateľ za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s princípom transparentnosti verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
46. Navrhovateľ v petite námietok požaduje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne aby nariadil kontrolovanému zrušiť rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa z verejnej súťaže a opätovne vyhodnotil ponuku navrhovateľa.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa

47. Úrad uvádza, že 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 27. 6. 2022.**
48. Podľa ust. § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
49. Podľa ust. § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
50. Úrad uvádza, že dňa 4. 7. 2022 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam navrhovateľa v listinnej podobe spolu s dokumentáciou v origináli v listinnej podobe. Zároveň, kontrolovaný dňa 29. 6. 2022 zriadil pre úradu aj prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do IS EVO, čím úradu sprístupnil elektronickú podobu dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

51. Dňa 4. 7. 2022 bolo úradu doručené vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam, v ktorom kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa v bodoch 15. až 25. tohto rozhodnutia uvádza, že napriek nesúladnému označeniu dokumentu s výrokovou časťou oznámenia o vylúčení, niet pochyb o tom, že navrhovateľovi bol dôvod vylúčenia jeho ponuky z oznámenia o vylúčení zrejmý, čo preukazuje aj jeho argumentácia v podaných námietkach. Zároveň má kontrolovaný za to, že ním uvedené dôvody vylúčenia ponuky navrhovateľa sú správne, založené na objektívnych skutočnostiach a opodstatnené.
52. Kontrolovaný uvádza, že ponuku navrhovateľa vylúčil z dôvodu nedoručenia vysvetlenia na žiadosť o vysvetlenie č. 3. Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľ mu síce doručil na predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 3 písomnú odpoveď, avšak z obsahového hľadiska odpoveď neodpovedala na položené otázky, resp. na požiadavku o predloženie dôkazov o reálnosti a udržateľnosti jednotkových cien daných položiek, pričom kontrolovaný túto skutočnosť uviedol aj v oznámení o vylúčení a preto má kontrolovaný za to, že oznámenie o vylúčení je súladné s princípom transparentnosti.
53. Kontrolovaný následne uvádza, že v žiadosti o vysvetlenie č. 3 navrhovateľovi vysvetlil na čom sú založené pochybnosti komisie, pričom šlo o pochybnosti vo vzťahu k
- nárastu aktuálnych cien asfaltových zmesí voči ponukovej cene, no nie vo vzťahu k rozpočtovej cene, pričom v žiadosti o vysvetlenie č. 3 navrhovateľovi uviedol, že má pochybnosti či je navrhovateľ schopný dodať predmetnú položku za ním v ponuke deklarovanú cenu, čo môže spôsobiť riziko vzniku jeho budúcich strát pri realizácii

predmetu zákazky a zároveň to vytvára riziko nedodania predmetu zákazky riadne a včas alebo riziko dožadovania sa uzatvorenia dodatku, vznesenia nároku, navyšujúceho ponukovú cenu z dôvodu nárastu trhových cien.

- neplatnosti cenových ponúk, ktorými navrhovateľa odôvodňoval realnosť ním ponúknutej ceny.

54. Kontrolovaný zároveň dodáva, že navrhovateľovi v žiadosti o vysvetlenie č. 3 vysvetlil aj všetky nejasnosti, ktoré navrhovateľ uviedol vo svojich vysvetleniach č. 1 a č. 2, pričom osobitne sa zamerlal na povinnosť komisie preskúmať realnosť ponukových cien inštitútom mimoriadne nízkej ceny.
55. Kontrolovaný k argumentu navrhovateľa, že ponuku pripravoval k prvej lehote na predkladanie ponúk uvádza, že predmetný argument je absurdný, nakoľko ak uchádzač predkladá cenu ku konkrétnemu dátumu a s konkrétnou viazanosťou a lehotou realizácie, tak si musí byť vedomý, že daná cena je reálna a vie za ňu realizovať dielo. V opačnom prípade ide navrhovateľ do priameho rizika, keď bez overenia ponuku z januára 2022 založí na cenových ponukách, ktorých platnosť vypršala v septembri a októbri 2021.
56. Kontrolovaný v kontexte uvedeného uvádza, že navrhovateľ v podaných námietkach tvrdí, že cenu overil prieskumom, čo ale nie je kontrolovanému povinný preukázať. Kontrolovaný sa s uvedeným tvrdením nestotožňuje, nakoľko to popiera inštitút mimoriadne nízkej ponuky, keďže ani v prípade pochybnosti by uchádzači neboli povinní preukázať realnosť danej ceny. Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľ ani v jednom zo svojich vysvetlení neuviedol, že vykonal ad hoc prieskum, uvedú skutočnosť uviedol až v námietkach.
57. Kontrolovaný k námietkam navrhovateľa týkajúcich sa vysvetľovania položiek ktorých jednotková cena bola vyššia ako rozpočtová cena danej položky uvádza, že táto skutočnosť nebola dôvodom na vylúčenie ponuky navrhovateľa a preto táto argumentácia je zmätočná. Kontrolovaný poukazuje na žiadosť o vysvetlenie č. 1 a uvádza, že predmetnú požiadavku klasifikoval ako vysvetlenie ponuky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, teda nie ako vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky. kontrolovaný zároveň uvádza, že nie je pravda, že vyžadoval preukázať cenovými ponukami všetky položky 1. žiadosti o vysvetlenie, toľž nie tie, ktorých cena bola vyššia ako rozpočtová.
58. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa v bodoch 27. až 32. tohto rozhodnutia uvádza, že dôvodom pochybností a aplikovania žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky nie je a ani nebolo porovnanie ponuky navrhovateľa s ponukami iných uchádzačov.
59. Zároveň, kontrolovaný nesúhlasí s tvrdením navrhovateľa, že mu mal v žiadostiach o vysvetlenie preukázať, že ním podaná ponuka je mimoriadne nízka a v tejto veci poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 3317-9000/2022 zo dňa 28. 2. 2022, z ktorého cituje: „*Pokiaľ sa navrhovateľ v podaných námietkach domáha toho, že kontrolovaný bol v tomto prípade povinný v žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky navrhovateľovi uviesť presné výpočty, ktoré kontrolovaného viedli k žiadosti o vysvetlenie, a tiež uviesť hmatateľné argumenty (dôkazy), ktoré by preukazovali opodstatnenosť uplatnenia inštitútu vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky podľa § 52 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, rada uvádza, že navrhovateľ nesprávne chápe samotný účel inštitútu vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky v kontexte princípu transparentnosti vo verejnom obstarávaní. Týmto účelom totiž nie je, aby verejný obstarávateľ v žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky uchádzačovi preukazoval, že jeho ponuka je mimoriadne nízka, ale týmto účelom je, aby v prípade,*

ak sa ponuka uchádzača javí verejnému obstarávateľovi ako mimoriadne nízka, v žiadosti o vysvetlenie jednoznačne a transparentne (preskúmateľným spôsobom) uchádzačovi uviedol, na základe akých skutočností dospel k záveru, že ponuka uchádzača sa javí ako mimoriadne nízka, aby uchádzačovi konkrétne identifikoval, ktoré časti ponuky podstatné pre jej cenu požaduje vysvetliť, a tiež, aby uchádzačovi konkrétne špecifikoval, akým spôsobom požaduje preukázať, že ponuková cena uchádzača v identifikovaných položkách nie je mimoriadne nízka, a to tak, aby uchádzač mal objektívne možnosť požadované skutočnosti vysvetliť.“. Kontrolovaný s poukazom na žiadosť o vysvetlenie č. 3 má za to, že nej jasné a jednoznačné vyplývajú skutočnosti, pre ktoré sa ponuka javila komisii ako mimoriadne nízka.

60. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa v bodoch 33. až 36. tohto rozhodnutia uvádza, že z nej vyplýva, ako navrhovateľ vníma pevnú zmluvnú cenu a s tým súvisiace prenesenie rizika volatility cien v čase, a to, že navrhovateľ ako podnikateľ predkladajúci ponuku s určitou viazanosťou a slobodne podpisujúci zmluvu ako možný budúci víťaz, nemôže niesť zodpovednosť a dopady volatility cien v čase po predložení ponuky.
61. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľovi v žiadosti o vysvetlenie č. 3 okrem iného uviedol, cit.: „Z ekonomického a právneho pohľadu, je zmluva koncipovaná na pevnú cenu za požadované plnenie, ktoré má byť dodané v určitom čase, vnímaná ako vedomé prenesenie a vedomé akceptovanie prenesenia rizika vývoja ceny (tzv. volatilita cien na trhu) na dodávateľa, ktorý sa slobodne a vážne rozhodne takúto zmluvu akceptovať“ a podľa takejto zmluvy za ponúknutú cenu dielo realizovať. Riziko volatility cien v čase tak predstavuje podnikateľské riziko, ktoré predložením ponuky a podpísaním zmluvy ako výsledku akceptovania predloženej ponuky sa dodávateľ rozhodol znášať (čo vyplýva aj z podstaty podnikania podľa teórie obchodného práva).“. Kontrolovaný zároveň v rámci predmetnej žiadosti poukázal na rozhodnutie Rady úradu č. 9374-9000/2021 zo dňa 9. 9. 2021, z ktorého v kontexte posudzovania mimoriadne nízkej ponuky vyplýva, že nedôsledné posúdenie ponuky úspešného uchádzača nemôže byť následné riešené formou dodatku k tejto zmluve.
62. Kontrolovaný ďalej uvádza, že z námietok navrhovateľa ako aj z vysvetlenia č. 3 vyplýva názor navrhovateľa, že ním predložená ponuka má reflektovať len trhovú stav k predkladaniu ponúk, a nie následný vývoj cien, pričom ak po predložení ponuky dôjde k takému vývoju cien, na základe ktorého úspešný uchádzač nebude schopný za ponúknutú cenu zrealizovať predmet zákazky, tak ak ide o nepredvídateľný jav, a v takom prípade zákon za splnenia určitých podmienok umožňuje zmluvným stranám na takúto situáciu reflektovať. Kontrolovaný k tejto skutočnosti uvádza, že navrhovateľ opomína skutočnosť, že volatilita cien na trhu je jav, ktorý je každodenne na trhu prítomný a teda nejde o nepredvídateľný jav a kľúčová zákonná podmienka k akejkoľvek zmene zmluvy je, že daná udalosť, ktorá spôsobila potrebu zmeny zmluvy, mala nastať po podpise zmluvy a nie po predložení ponuky.
63. Kontrolovaný uvádza, že každá zmluvná strana pristupuje k podpisu zmluvy slobodne a vážne, vedomá si záväzku, ktorý uzatvorením zmluvy na seba preberá. Je preto úplne nesprávne tvrdiť, že uchádzač zodpovedá za cenu len v čase predloženia ponuky. Uchádzač môže od svojej ponuky kedykoľvek odstúpiť.
64. Kontrolovaný má za to, že ak má komisia pochybnosť o reálnosti a udržateľnosti cien uvedených v ponuke aj z hľadiska aktuálneho cenového vývoja daných položiek na trhu, má nielen právo, ale aj povinnosť sa tým zaoberať a preto požiadavka na preukázanie reálnosti a udržateľnosti cien v kontexte skončenej platnosti cenových ponúk dodávateľov materiálov

alebo subdodávateľov alebo nákupu asfaltových zmesí je podľa kontrolovaného plne súladná s inštitútom mimoriadne nízkej ponuky.

65. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa v bode 37. tohto rozhodnutia uvádza, že navrhovateľ v ani jednej z vysvetlení nespochybnil opodstatnenosť daných položiek. Všetky pochybnosti, ktoré navrhovateľ vzniesol vo vzťahu k zaslaným žiadostiam o vysvetlenie, kontrolovaný vysvetlil v žiadosti o vysvetlenie č. 3. Kontrolovaný má za to, že je zavádzajúce zo strany navrhovateľa, ak teraz spochybňuje opodstatnenosť žiadostí o vysvetlenie. Zároveň kontrolovaný opätovne uvádza, že dôvodom vylúčenia ponuky navrhovateľa je nepreukázanie reálnosti a udržateľnosti cien položiek, ktorých cenu navrhovateľ odôvodňuje neplatnými cenovými ponukami.
66. Kontrolovaný napriek uvedenému uvádza, že celkový objem položiek, ktorých cenu žiadal vysvetliť (či už predložiť kalkuláciu pri podozrení na mimoriadne nízku ponuku alebo zdôvodniť cenu pri výrazne vyššej cene) predstavuje xxx xxx,xx EUR bez DPH, čo kontrolovaný považuje za podstatnú časť ceny. Objem dopytovaných položiek s nižšou cenou ako je rozpočtová cena predstavuje xxx xxx,xx EUR bez DPH. Zároveň v rámci žiadosti o vysvetlenie č. 1 žiadal aj vysvetliť množstvá, ktoré boli uchádzačom doplnené a majú vplyv na posúdenie ceny. Na základe uvedeného má kontrolovaný za to, že je zavádzajúce tvrdenie, že dané položky nemajú vplyv na cenu, resp. ich ceny sú zanedbateľné.
67. Kontrolovaný k tvrdeniam navrhovateľa v bodoch 28. a nasl. tohto rozhodnutia uvádza, že uvedené skutočnosti navrhovateľ uvádza až v námietkach. Kontrolovanému nie je známe, prečo ak navrhovateľ vykonal operatívny prieskum trhu k predkladaniu ponúk, prečo túto skutočnosť neuviedol vo vysvetlení č. 3. kontrolovaný zároveň poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ nijako nepreukázal vykonanie operatívneho prieskumu trhu, čo robí predmetné tvrdenie nepreskúmateľné. Zároveň kontrolovaný uvádza, že nerozumie prečo ak bol navrhovateľ schopný k podaným námietkam dožiadať si aktuálnu cenovú ponuku od spol. AA za účelom preukázania primeranej ponukovej ceny, tak to neurobil aj na výzvu kontrolovaného.
68. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ je ten, kto predkladá ponuku a kto má v prípade pochybností preukázať jej relevantnosť a správnosť. Konanie navrhovateľa v podaných námietkach tak kontrolovanému len potvrdzuje správnosť rozhodnutia vylúčiť danú ponuku zo súťaže, nakoľko zjavne navrhovateľ pozná spôsob ako predložiť dôkazy o reálnosti jeho cien, avšak na zaslané výzvy to neurobil.
69. Kontrolovaný na záver uvádza, že ponuka navrhovateľa je viazaná do 31.7.2022, a teda navrhovateľ je viazaný ponúknutou cenou do tohto termínu. Je preto irelevantné či kontrolovaný zasiela žiadosti plynule alebo v niekoľkodňových (alebo týždňových v prípade pracovnej zaneprázdnenosti) intervaloch.

Zistenia úradu

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

70. Kontrolovaný vyhlásil oznámením o vyhlásení verejného obstarávania verejnú súťaž na predmet zákazky „Prestavba mostného objektu MO 2300-001 v obci Podbiel“ v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 9. 2021 pod značkou 2021/S 169-441094 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 2. 9. 2021 pod značkou 42297 – MSP. V závislosti od predmetu

zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 772 662,49 EUR bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, zadávanú nadlimitným postupom. Kontrolovaný uskutočnil zadávanie predmetnej zákazky s využitím elektronických nástrojov IS EVO. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená v zmysle korigenda zverejneného vo Vestníku verejného obstarávania č. 10/2022 dňa 17. 1. 2022 pod značkou 2037 – IOX na deň 1. 2. 2022 do 9:00 hod., ponuku predložili siedmi uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 1. 2. 2022 o 10:00 hod. Verejná súťaž sa realizuje tzv. „super reverzným“ postupom v zmysle oddielu VI. „DOPLNKOVÉ INFORMÁCIE“, bodu VI.3) „Doplňujúce informácie“ podbodu 12 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania. Predmetná verejná súťaž sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze vyhodnocovania ponúk.

71. Kontrolovaný dňa 28. 3. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dokument z toho istého dňa s názvom „Žiadosť o vysvetlenie predloženej ponuky“ (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 1“), v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) 2. *Komisia ďalej porovnávala a posudzovala Vami stanovené jednotkové ceny v predloženom ocenenom výkaze výmer v závislosti od cien uvedených v rozpočte spracovanom autorizovanou osobou, ktorý bol podkladom pre stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky a odrážal reálnu trhovú situáciu. Po podrobnej analýze jednotlivých položiek Vášho rozpočtu, komisia identifikovala položky, ktoré požaduje vysvetliť podľa § 53 ods. 2 zákona, nakoľko predmetné položky vykazujú podstatný rozdiel v jednotkovej cene oproti rozpočtovej cene danej položky a dané položky predstavujú kľúčové alebo podstatné prvky diela a ich celkový dopad na cenu je významný. Zároveň komisia identifikovala položky, ktoré vykazujú výrazne vyššiu jednotkovú cenu oproti jednotkovej cene z rozpočtu, pričom komisii nie je známy dôvod, pre ktorý by bolo potrebné kalkulovať s výrazne vyššou jednotkovou cenou pri daných položkách. S cieľom overiť objektivitu a relevantnosť daných jednotkových cien a pochopiť dôvody, ktoré Vás viedli k oceneniu daných položiek nad úroveň trhových cien (rozpočtová cena daných položiek vychádzala zo štandardných rozpočtových softvérov, a teda zohľadňovala trhové ceny v danom čase), Vás komisia v zmysle § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní žiada o preukázanie a vysvetlenie kalkulácie daných položiek. (...)*“. Kontrolovaný následne v žiadosti o vysvetlenie č. 1 identifikoval 33 položiek výkazu výmer, ktoré požadoval vysvetliť, napr.: „č.p.18, k.p. 577164431.S Asfaltový betón vrstva ložná AC 22 L v pruhu š. do 3m, z modifikovaného asfaltu tr. II, po zhutnení hr. 70 mm množstvo 216,36 m² jc uchádzača xx,xx €/m² jc od projektanta 13,88 €/m².
- Z dôvodu aktuálneho vývoja trhových cien plynu a primárnej suroviny (asfaltové pojivo), ktoré sú kľúčovými nákladovými položkami asfaltového betónu a ktorých trhové ceny v poslednom mesiaci výrazne rástli, ako aj zohľadňujúc výrazný cenový nárast pohonných hmôt v súčasnosti, **komisia Vás žiada o vymenovanie nákladov, ktoré sú započítané v ponúknutej jednotkovej cene, preukázanie ich kalkulácie (zdrojové cenové ponuky, z ktorých ste vychádzali pri tvorbe Vašej ponukovej ceny) a identifikovanie obal'ovačky, z ktorej bude asfaltový betón dovážaný na stavenisko** (z dôvodu zohľadnenia nákladov na dopravu v ponúknutej jednotkovej cene)
- (...)
- č.p.36, k.p. 553550001800.S Zábradlový systém mostný pozink. s výplňou zo zvislých ocel'. tyčí
- zostava 4 m, množstvo 94 m: jc uchádzača xxx,xx €/m //jc od projektanta 248,37 €/m:
- Komisia Vás žiada o vymenovanie nákladov, ktoré sú započítané v ponúknutej cene a preukázanie ich kalkulácie, nakoľko Vami kalkulovaná cena je výrazne **nižšia** ako je rozpočtová cena danej položky,
- Zároveň Vás komisia **žiada o identifikáciu dodávateľa, od ktorého bude zábradlový systém na stavbu dodávaný a preukázanie ceny**, ktorú Vám daný dodávateľ ponúkol, s cieľom overiť reálnosť Vami ponúknutej jednotkovej ceny zábradlového systému. Daná položka predstavuje

jednu z kľúčových položiek zabezpečujúcich bezpečnosť účastníkov premávky na moste, preto komisia považuje za potrebné overiť nielen samotnú kalkuláciu danej položky, ale skutočnosti, ktoré Vám umožňujú ponúknuť danú položku za cenu uvedenú v ponuke.

(...)

č.p.56, k.p. P 2,5 Hrnkové ložisko P 2,5, množstvo 1 ks: jc uchádzača x xxx,xx €/ ks // jc od projektanta 560,90 €/ks:

- Komisia Vás žiada o vymenovanie nákladov, ktoré sú započítané v ponúknutej cene a preukázanie ich kalkulácie, nakoľko Vami kalkulovaná cena je výrazne vyššia ako je rozpočtová cena danej položky. Zároveň Vás komisia žiada o vysvetlenie dôvodov, pre ktoré ste danú položku ocenili na úrovni presahujúcej bežné trhové ceny (ceny z bežných rozpočtových softvérov). (...)“. Kontrolovaný požadoval doručiť odpoveď do 7 pracovných dní prostredníctvom IS EVO.

72. Navrhovateľ dňa 6. 4. 2022 prostredníctvom IS EVO doručil kontrolovanému dokument označený ako „Žiadosť o vysvetlenie predloženej ponuky“ (ďalej len „vysvetlenie č. 1“), v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol, cit.: „(...) SO 101-00 Úprava cesty č. 2300 časť a, Úprava cesty

Rozbor položky č. 17 a č. 18 prikladáme v Prílohe č. 2 Rozbor SO 101-00 Úprava cesty. Ku dňu podania ponuky boli ceny asfaltových zmesí na obalovačke v Oravskej Jasenici nasledovné:

AC 11 O PMB 45/80-75 — xx €/t

AC 22 L PMB 45/80-75 — xx,xx €/t

Asfaltový betón bude dovážaný z vlastnej obalovačky v Oravskej Jasenici, ktorej certifikát zasielame v Prílohe č. 3 Obalovačka Oravská Jasenica.

SO 201-00 Prestavba mosta ev.2300-001

Rozbor položiek č. 18, č. 24, č. 26, č. 36, č. 49, č. 53, č. 55, č. 87, č. 88 prikladáme v Prílohe Č. 4 Rozbor SO 201-00 Prestavba mosta ev.2300-001, z ktorých je zrejmé o aké náklady sa jedná a ktoré sú započítané v ponúknutej cene.

Zároveň k položkám č. 26, č. 36, č. 53, č. 56, č. 57, č. 58, č. 59, č. 60, č. 87, č. 88, č. 97, č. 133, č. 134 prikladáme v Prílohe č. 4 Rozbor SO 201-00 Prestavba mosta ev.2300-001 cenové ponuky od našich dodávateľov. Všetky rozbory položiek spolu s cenovými ponukami sú v prílohe zoradené postupne. (...) Na záver konštatujeme, že všetky jednotkové ceny v ponuke vychádzali z aktuálnych cenových ponúk od dodávateľov a aktuálnych cenníkov materiálov ku dňu predkladania ponúk.“.

73. Kontrolovaný dňa 22. 4. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dokument z toho istého dňa s názvom „Žiadosť o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – II. kolo“, v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) Komisia zriadená verejným obstarávateľom na otváranie a vyhodnotenie ponúk predložených do verejného obstarávania (ďalej len „komisia“) skonštatovala, že sa vo Vami predloženej ponuke a poskytnutom vysvetlení vyskytli nejasnosti, a preto Vás v súlade s § 53 ods. 2 zákona žiada o vysvetlenie/doplnenie Vašej ponuky v zmysle nižšie uvedených nedostatkov:

Zistená skutočnosť č. 1:

(...)

Vychádzajúc z textu Vašej odpovede sa komisii javí, že ste pri kalkulácii danej položky vychádzali z ceny xx,xx €/t, teda aktuálnej ceny asfaltového betónu AC 22 L na obalovačke v Oravskej Jasenici. Na druhej strane sa z predloženej kalkulácie danej položky javí, že Vami ponúknutá jednotková cena vychádzala zo sumy xx,xx EUR/t.

Vzhľadom na uvedení nezrovnalost' Vás komisia žiada o vysvetlenie zisteného nesúladu a preukázanie reálnosti kalkulácie jednotkovej ceny položky č.18 Asfaltový betón AC 22 L, PMB 45/80•75, II, STN EN 13108-1.

(...)

Zistená skutočnosť č. 2:

6. Prílohou Vami predloženej odpovedi je aj email od CC zo dňa 14.9.2021 doručený z emailovej adresy dd@dd.sk. K danému emailu absentuje cenová ponuka, na ktorú sa dodávateľ v texte odkazuje. **Komisia Vás žiada o predloženie tejto cenovej ponuky za účelom preukázania reálnosti ponukovej ceny zábradlového systému mostného pozinkovaného s výplňou zo zvislých oceľových tyčí — zostava 4 m.**

7. Zároveň si Vás komisia vo vzťahu k aktuálnej geopolitickej situácii, ktorá má vplyv na cenu ocele a zinku, resp. výrobkov z ocele a zinku, **dovoľuje požiadať o vysvetlenie, či predmetná cenová ponuka je udržiateľná aj v priebehu mesiacov roka 2022, teda počas realizácie diela, resp. si Vás komisia dovoľuje požiadať o vysvetlenie ako pristúpите k otázke dodania zábradlového systému v prípade, ak dodávateľ DD nebude schopný z dôvodov vojny na Ukrajine dodať ocenený zábradlový systém v hodnote predloženej cenovej ponuky.**

Zistená skutočnosť č. 3:

8. Prílohami Vami predloženej odpovedi sú aj cenové ponuky dodávateľov, od ktorých plánujete nakupovať stavebný materiál potrebný pre realizáciu diela, resp. z ktorých cien ste pri kalkulácii ceny diela vychádzali. Z obsahu predložených cenových ponúk vyplýva konkrétna platnosť daných cenových ponúk, ktorá bola ku dňu predkladania ponúk skončená:

a. cenová ponuka na betonársku oceľ od spol. EE bola platná do 28.9.2021 (1 deň po jej vystavení)

b. cenové ponuky spoločnosti AA boli platné 30 dní po ich vystavení (teda do 08.10.2021)

c. cenová ponuka spoločnosti FF bola platná do 15 dní po jej vystavení (t.j. do 14.10.2021)

9. Komisia Vás žiada o preukázanie skutočnosti, že cenové ponuky dodávateľov, na základe ktorých zdôvodňujete reálnosť a udržiateľnosť Vami ponúknutých cien daných položiek, sú stále aktuálne a hodnoverné. (...). “. Kontrolovaný požadoval doručiť odpoveď do 5 pracovných dní prostredníctvom IS EVO.

74. Navrhovateľ dňa 29. 4. 2022 prostredníctvom IS EVO doručil kontrolovanému dokument označený ako „Odpoveď k žiadosti o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – II. kolo“, v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol, cit.: „(...) Uvedená suma xx,xx €/t je z nového cenníka a z administratívnej chyby pri písaní sme v predchádzajúcom vysvetlení uviedli omylom novú cenu z aktuálneho cenníka, pričom cena v čase predkladania ponúk bola xx,xx €/t, ktorá je uvedená v predchádzajúcej predloženej kalkulácii danej položky.

(...)

Na margo uvedenej požiadavky verejného obstarávateľa uchádzač považuje za potrebné uviesť aj skutočnosť, že stratiť schopnosť dodať materiál, resp. výrobok môže z akýchkoľvek objektívnych alebo subjektívnych dôvodov, kedykoľvek stratiť ktorýkoľvek dodávateľ hociktorého uchádzača a preto považuje požiadavku verejného obstarávateľa za neodôvodnenú.

Uchádzač záverom uvádza, že je skúseným, dlhoročne pôsobiacim hospodárskym subjektom v oblasti stavebníctva a svoje odberateľsko — dodávateľské a zmluvné vzťahy uzatvára na základe nadobudnutých skúseností tak, aby ich záväznosť bola primeraná. Zároveň uchádzač deklaruje, že pri využití subdodávateľov bude v prípade úspešnosti v tomto verejnom obstarávaní postupovať v súlade s bodom 8. oddielu A.11 súťažných podkladov a príslušných ustanovení Zmluvy o dielo, upravujúcich využitie subdodávateľov.

(...)

Keďže táto cenová ponuka bolo vypracovávaná a zasielaná dňa 01.02.2022, zhotoviteľ v tomto období vedel garantovať ceny jednotlivých materiálov z ponukových listov firiem, čo odôvodňujeme taktiež v bode č.2.

(...). “.

75. Kontrolovaný dňa 20. 5. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dokument zo dňa 19. 5. 2022 s názvom „Žiadosť o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – III. kolo“, v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) Komisia po dôkladnom preštudovaní Odpovede č. 2 musí konštatovať, že predmetná odpoveď neposkytuje preukázanie reálnosti a udržateľnosti Vašej ponukovej ceny, ktoré by odstránili pochybnosti členov komisie, na základe ktorých sa Vaša ponuka v podstatných položkách javí ako mimoriadne nízka podľa § 52 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Verejný obstarávateľ Vás preto touto žiadosťou opätovne žiada o preukázanie reálnosti a udržateľnosti Vašej cenovej ponuky, resp. o preukázanie, že za Vami ponúknutú cenu ste schopný zrealizovať predmet zákazky v požadovanom rozsahu a v súlade so stanovenými zmluvnými podmienkami, a to podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

(...)

Z Vami doručenej odpovede vyplýva, že Vami kalkulovaná cena danej asfaltovej položky na obaľovačke v Oravskej Jasenici vychádzala z ceny v čase predkladania ponúk. Cena xx,xx €/t v zmysle Vami poskytnutej odpovede je „z nového cenníka“, resp. predstavuje „novú cenu z aktuálneho cenníka“, teda táto cena zodpovedá aktuálnej cene v čase spracovania odpovede na žiadosť o vysvetlenie I. kolo a pri kalkulácii Vaše ceny ste z nej nevychádzali (keďže logicky v čase predkladania ponúk takáto cena nebola).

Predmetnou žiadosťou Vás komisia žiadala o preukázanie reálnosti kalkulácie jednotkovej ceny danej položky, teda o preukázanie, že Vami ponúknutá cena je reálna a je možné za túto cenu dodať asfaltový betón na stavbu počas realizácie diela. Z Vami doručenej Odpovedi č. 2 vyplýva, že v súčasnosti je cena tejto zmesi na obaľovačke, z ktorej plánujete asfaltovú zmes zakupovať a dovážať, vyššia o takmer 20 EUR / tona. Komisia tento nárast považuje za podstatný s možným vplyvom na Vašu schopnosť dodať asfaltovú zmes na stavbu v požadovanom rozsahu, kvalite a za ponúknutú cenu.

(...)

Verejný obstarávateľ Vás preto žiada o predloženie dôkazu (napr. zmlúv / objednávok / záväznej cenovej ponuky / iných dokumentov), z ktorého bude vyplývať záväzok dodať tento asfaltobetón za cenu, ktorá preukáže, že Vami ponúknutá cena danej položky v rámci realizácie tejto zákazky je reálna.

(...)

Vo vzťahu k zistenej skutočnosti č. 2 a č 3. verejný obstarávateľ musí konštatovať, že vo Vami doručenom vysvetlení sa odvolávate / argumentujete cenovými ponukami, ktorých platnosť v čase podania Vašej ponuky už uplynula, a to o podstatne dlhý čas (cenové ponuky boli z jesene 2021, pričom ponuku ste predložili 1.2.2022). Vo Vami predložennom vysvetlení nijako nezdôvodňujete a nepreukazujete relevantnosť a platnosť cenových ponúk Vašich subdodávateľov k predloženiu ponuky, a nieto ešte k obdobiu realizácie diela v stanovenom termíne alebo počas viazanosti ponuky (ktorá je do 31.7.2022).

(...)

S ohľadom na vyššie uvedené Vás preto verejný obstarávateľ opätovne žiada o preukázanie reálnosti a udržateľnosti Vami predloženej cenovej ponuky vo vzťahu k položkám, (ktoré ste kalkulovali na základe predložených cenových ponúk nasledovných subdodávateľov):

1. č.p.26, k.p. 317361216.S Výstuž mostných ríms z betonárskej ocele 10 505, množstvo 12,196 t; jc uchádzača x xxx,xx €/t // jc od projektanta 1 750,16 €/t

- i. *reálnosť ceny preukazovaná cenovou ponukou na betonársku oceľ od spol. EE platnou do 27.9.2021*
2. č.p.36, k.p. 553550001800.S Zábradlový systém mostný pozink. s výplňou zo zvislých oceľ. tyčí - zostava 4 m, množstvo 94 m; jc uchádzača xxx,xx €/m // jc od projektanta 248,37 €/m;
 - i. *reálnosť ceny preukazovaná cenovou ponukou od spol. DD so dňa 9.9.2021 bez uvedenia platnosti ponuky*
3. č.p.55, k.p. 428941511.S Osadenie mostného ložiska ocelového hrncového zaťaženia do 2500 kN množstvo 24 ks; jc uchádzača xxx,xx €/ks // jc od projektanta 182,69 €/ks
4. č.p.56, k.p. P_2,5 Hrncové ložisko P 2,5, množstvo 1 ks; jc uchádzača x xxx,xx €/ ks // jc od projektanta 560,90 €/ks
5. č.p.57, k.p. KJ_1,25 Hrncové ložisko KJ 1,25, množstvo 2 ks; jc uchádzača x xxx,xx €/ ks // jc od projektanta 569,30 €/ks
6. č.p.58, k.p. KJ 2,5 Hrncové ložisko KJ 2,5, množstvo 6 ks; jc uchádzača x xxx,xx €/ ks // jc od projektanta 1 113,50 €/ks
7. č.p.59, k.p. KV_1,25 Hrncové ložisko KV 1,25, množstvo 10 ks; jc uchádzača x xxx,xx €/ks // jc od projektanta 519,10 €/ks;
8. č.p.60, k.p. KV_2,5 Hrncové ložisko KV 2,5, množstvo 5 ks; jc uchádzača x xxx,xx €/ks // jc od projektanta 1 021,40 €/ks;
 - i. *reálnosť cien preukazovaná cenovou ponukou od spol. spoločnosti AA platnou do 08.10.2021 (30 dní od vystavenia ponuky);*
9. č.p.87, k.p. 911334620.S Mostné zvodidlo ocelové jednoduché, úrovne zachytenia H2, vzdialenosť stĺpikov 1,9 m, množstvo 97,5; jc uchádzača xxx,xx €/m // jc od projektanta 163,02 €/m;
10. č.p.88, k.p. 911334626.S Mostné zvodidlo ocelové zábradlové s výplňou, úrovne zachytenia H2, vzd. stĺpikov 1,9 m v množstve 94 m; jc uchádzača xxx,xx €/m // jc od projektanta 227,26 €/m;
 - i. *reálnosť cien preukazovaná cenovou ponukou od spol. spoločnosti GG platnou do 31.12.2021;*
11. č.p.133, k.p. 430863000.S Montáž rôznych dielov OK- tretia cenová krivka, množstvo 135 024,00 kg; jc uchádzača x,xx €/kg // jc od projektanta 0,16 €/kg;
12. č.p.134, k.p. 553999005000.S Kilogramové ceny kompletizovaných výrobkov z ocele – nosná ocelová konštrukcia, množstvo 135 024,00 kg; jc uchádzača x,xx €/kg // jc od projektanta 4,19 €/kg;
 - i. *reálnosť ceny preukazovaná cenovou ponukou od spol. spoločnosti FF platnou do 15.10.2021 (15 dní odo dňa vystavenia ponuky). (...)“.*

Kontrolovaný požadoval doručiť odpoveď do 5 pracovných dní prostredníctvom IS EVO.

76. Navrhovateľ dňa 27. 5. 2022 prostredníctvom IS EVO doručil kontrolovanému dokument označený ako „Odpoveď k žiadosti o vysvetlenie predloženej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní – III. kolo“, v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol, cit.: „(...) Spoločnosť XY, ako uchádzač k zákazke: Prestavba mostného objektu MO 2300-001 v obci Podbiel uvádza, že ceny ktoré uviedla v ponuke ohľadom asfaltových zmesí AC 22 L, PMB 45/80•75. II, STN EN 13108-1, na obalovačke uviedla cenovú ponuku xx,xx €/t, k dátumu podania ponuky a to k 31.01.2022 a nárast ceny sa na AC 22 L PMB 45/80-75-xx,xx €/t uviedla reálnu cenu ku dňu 03.05.2022. Z uvedeného vyplýva, že naša firma vie garantovať ceny uvedené ku dňu podania ponuky, v súlade so súčasnou platnou legislatívou.

(...)

Odpoveď uchádzača ku skutočnostiam 2 a 3:

Náša spoločnosť ako uchádzač k vyššie menovanej zákazke zodpovedá za cenu v čase podania zákazky a to ku dňu 31.01.2022 v súlade s platnou legislatívou.“.

77. Kontrolovaný dňa 16. 6. 2022 doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dokument z toho istého dňa s názvom „Oznámenie o vylúčení ponuky uchádzača podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní“, v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ Vám, ako uchádzačovi, ktorý do danej verejnej súťaže predložil ponuku, oznamuje, že v súlade s ustanovením § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní Vami predloženú ponuku z danej verejnej súťaže **vylučuje**.

(...)

Verejný obstarávateľ konštatuje, že z daných odpovedí nijako nevyplýva preukázanie alebo zdôvodnenie Vašej cenovej ponuky, a už vôbec nie v rozsahu, ktorý verejný obstarávateľ vyžadoval. Daná odpoveď zároveň nijako nevysvetľuje objektivitu cenových ponúk, ktoré ste predložili za účelom preukázania reálnosti Vami ponúknutých jednotkových cien daných položiek, na ktoré verejný obstarávateľ poukazoval v 2. a 3. žiadosti o vysvetlenie a ktorá uplynula niekoľko mesiacov pred samotným predložením Vašej ponuky, teda pred 31.01.2022.

(...)

Verejný obstarávateľ uplatnil spolu tri žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky, ktorými Vás žiadal o preukázanie reálnosti jednotkových cien vybraných položiek a o predloženie dôkazov, Z ktorých by bolo zrejmé, že budete schopný poskytovať predmet zákazky za ceny, ktoré uvádzate v ponuke. Z odpovedí na tieto Žiadosti sa verejný obstarávateľ dozvedel len to, že ponukové ceny daných položiek ste kalkulovali na základe cenových ponúk subdodávateľov zo septembra 2021 a že viete garantovať Vami ponúknuté ceny ku dňu podania ponuky a že zodpovedáte za cenu v čase podania zákazky a to ku dňu 31.01.2022. Z uvedeného je zrejmé, že Vami poskytnuté vysvetlenie nemôže preukazovať reálnosť a udržateľnosť Vašej ponukovej ceny na realizáciu predmetu zákazky, teda tieto konštatovania nijako nepreukazujú, že za danú ponukovú cenu, resp. ponúknutú cenu daných položiek, ste schopný ich zrealizovať, a teda postaviť dielo, ktoré je predmetom zákazky v súlade so zmluvnými podmienkami.

V nadväznosti na uvedené je preto nevyhnutné konštatovať, že Vami predložené cenové ponuky na základe ktorých ste kalkulovali Vašu cenovú ponuku a ktoré Vám umožňujú realizovať predmet zákazky za ceny, ktoré ste deklarovali v ponuke, stratili svoju platnosť v mesiacoch september alebo október 2021, a teda Vami predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov. Verejný obstarávateľ preto rozhodol tak, ako je uvedené v úvode tohto oznámenia.“.

78. Navrhovateľ dňa 27. 6. 2022 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO a úradu v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu, námietky podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu.

Právny rámec

79. 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.
80. 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.
81. Podľa § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak

- a) pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcí a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
- b) ide o doplňujúce tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré sú nevyhnutné, nie sú zahrnuté do pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, poskytuje ich pôvodný dodávateľ alebo koncesionár a zmena dodávateľa alebo koncesionára
 - 1. nie je možná z ekonomických dôvodov alebo technických dôvodov, pričom ide najmä o požiadavku vzájomnej zameniteľnosti alebo interoperability s existujúcim zariadením, službami alebo inštaláciami podľa pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy a
 - 2. spôsobí verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi významné ťažkosti alebo podstatnú duplicitu nákladov,
- c) potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
- d) ide o nahradenie pôvodného dodávateľa novým dodávateľom alebo pôvodného koncesionára novým koncesionárom na základe
 - 1. uplatnenia podmienky podľa písmena a),
 - 2. skutočnosti, že iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne určené podmienky účasti, je právnym nástupcom pôvodného dodávateľa alebo pôvodného koncesionára v dôsledku jeho reorganizácie, vrátane zlúčenia a splynutia alebo úpadku, za predpokladu, že pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva sa podstatne nemení a cieľom zmeny nie je vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona alebo
 - 3. skutočnosti, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ plní povinnosti hlavného dodávateľa alebo hlavného koncesionára voči jeho subdodávateľom podľa § 41 alebo
- e) nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy bez ohľadu na hodnotu tejto zmeny.

82. Podľa § 18 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podstatnou zmenou pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa rozumie taká zmena, ktorou sa najmä mení povaha alebo rozširuje rozsah pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

83. Podľa § 18 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania aj vtedy, ak hodnota všetkých zmien je nižšia ako finančný limit podľa § 5 ods. 2, ak ide o zmluvu a rámcovú dohodu, alebo podľa § 5 ods. 7, ak ide o koncesnú zmluvu a zároveň je nižšia ako 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác.

84. Podľa § 18 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zmenou podľa odseku 3 sa nesmie meniť charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

85. Podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky alebo koncesie a v prípade pochybností overí správnosť informácií a dôkazov, ktoré poskytnú uchádzači; ak ide o zákazku v oblasti

obrany a bezpečnosti, komisia vyhodnotí ponuky aj z hľadiska požiadaviek na bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností a bezpečnosť dodávok. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov zábezpeku, komisia posúdi zloženie zábezpeky. Ak komisia identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol, písomne požiada o vysvetlenie ponuky a ak je to potrebné aj o predloženie dôkazov. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní

86. Podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak sa pri určitej zákazke javí ponuka ako mimoriadne nízka vo vzťahu k tovaru, stavebným prácam alebo službe, komisia písomne požiada uchádzača o vysvetlenie týkajúce sa tej časti ponuky, ktoré sú pre jej cenu podstatné.
- a) hospodárnosti stavebných postupov, hospodárnosti výrobných postupov alebo hospodárnosti poskytovaných služieb,
 - b) technického riešenia alebo osobitne výhodných podmienok, ktoré má uchádzač k dispozícii na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác, na poskytnutie služby,
 - c) osobitosti tovaru, osobitosti stavebných prác alebo osobitosti služby navrhovanej uchádzačom,
 - d) dodržiavania povinností v oblasti pracovného práva, najmä s ohľadom na dodržiavanie minimálnych mzdových nárokov, ochrany životného prostredia alebo sociálneho práva podľa osobitných predpisov,⁴⁷⁾
 - e) dodržiavania povinností voči subdodávateľom,
 - f) možnosti uchádzača získať štátnu pomoc.
87. Podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak uchádzač nedoručí písomné vysvetlenie ponuky na základe požiadavky podľa odseku 1 do
- a. dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti o vysvetlenie, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu a komunikácia sa uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b. piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti o vysvetlenie, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu a komunikácia sa uskutočňuje inak ako podľa prvého bodu.
88. Podľa § 53 ods. 5 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak uchádzač nedoručí písomné odôvodnenie mimoriadne nízkej ponuky do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak komisia neurčila dlhšiu lehotu.
89. Podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia ponuku, ak uchádzačom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov najmä s ohľadom na skutočnosti podľa odseku 2.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnej verejnej súťaži v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa, navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:

90. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa je vylúčenie jeho ponuky z verejnej súťaže z dôvodu, že ním predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov. V zmysle oznámenia o vylúčení sa vylúčenie

malo týkať skutočnosti, že navrhovateľom predložené cenové ponuky od dodávateľov, na základe ktorých navrhovateľ kalkuloval cenovú ponuku a ktoré majú preukazovať schopnosť realizovať predmet zákazky, stratili svoju platnosť v mesiacoch september a október 2021, teda ešte pred tým než navrhovateľ predložil svoju ponuku do verejnej súťaže. Z obsahu námietok navrhovateľa vyplýva, že navrhovateľ považuje vylúčenie za rozporné so zákonom o verejnom obstarávaní, predovšetkým v rozpore s princípom transparentnosti. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný neodôvodnil prečo sa mu jeho ponuka javí ako mimoriadne nízka a nakoľko jeho ponuka nie je výrazne odlišná od predpokladanej hodnoty zákazky a prvých päť predložených ponúk je kalkulovaných obdobným spôsobom bez významných cenových rozdielov, navrhovateľ má za to, že kontrolovaný nebol oprávnený požadovať od navrhovateľa vysvetlenie ponuky vo vzťahu k aspektu mimoriadne nízkej ponuky. Navrhovateľ má zároveň za to, že splnil požiadavku kontrolovaného na preukázanie reálnosti ním ponúknutých cien. Vzhľadom na uvedené úrad uvádza, že v predmetnom konaní bolo jeho úlohou posúdiť, či vylúčenie ponuky navrhovateľa a úkony kontrolovaného, ktoré predchádzali vylúčeniu, boli uskutočnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

91. Úrad na úvod právneho posúdenia uvádza, že **vyhodnocovanie ponúk, vrátane skúmania aspektu mimoriadne nízkej ponuky, je výlučne v diskrečnej právomoci kontrolovaného, tzn. že úrad nemá právomoc vyhodnocovať ponuky**, teda v danom prípade nemá právomoc rozhodnúť, či ponuka navrhovateľa je alebo nie je mimoriadne nízka, resp. či navrhovateľ je spôsobilý reálne plniť predmet zákazky za ponúknuté ceny. Úrad preto v rámci právneho posúdenia podrobí postup kontrolovaného skúmaniu len v takom rozsahu, či kontrolovaný pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa postupoval v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či úkony kontrolovaného, vykonané v procese vyhodnocovania ponúk, boli v súlade s týmto zákonom a či kontrolovaný neopomenul vykonať úkony, ktoré mu vyplývajú z tohto zákona.
92. Verejný obstarávateľ je povinný v celom procese verejného obstarávania, teda aj pri vyhodnocovaní ponúk, dodržiavať princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Znamená to, že verejný obstarávateľ má pri vyhodnocovaní ponúk pristupovať ku všetkým uchádzačom rovnako, transparentne a nediskriminačne.
93. Úrad všeobecne uvádza, že inštitút mimoriadne nízkej ponuky je upravený v § 53 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom jeho účelom je **ochrana verejného obstarávateľa/obstarávateľa, ako aj jednotlivých uchádzačov pred neserióznymi alebo nereálnymi príslubmi ceny realizácie zákazky zo strany jednotlivých uchádzačov**. Úrad konštatuje, že verejný obstarávateľ v zmysle § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vždy písomne požiada uchádzača, ktorého ponuka sa javí ako mimoriadne nízka vo vzťahu k tovaru, stavebným prácam alebo službe o vysvetlenie týkajúce sa tých častí ponuky, ktoré sú pre jej cenu podstatné. Vo všeobecnosti platí, že za takú ponuku možno považovať aj ponuku, v ktorej napr. cena z rôznych dôvodov vyvoláva dôvodné pochybnosti verejného obstarávateľa, či je uchádzač schopný pri realizácii verejnej zákazky takúto cenu dodržať, resp. ponuku, ktorá z najrozličnejších dôvodov vyvoláva dôvodné pochybnosti o schopnosti uchádzača zrealizovať pri ponukovej cene zákazku riadne a včas, a ktorá je v kontexte s ponukami ostatných uchádzačov alebo predpokladanej hodnoty zákazky značne nižšia.
94. Úrad opätovne uvádza, že **je plne v kompetencii verejného obstarávateľa posúdiť ponuky predložené vo verejnom obstarávaní z hľadiska existencie mimoriadne nízkej ponuky**. Úrad uvádza, že je v záujme právnej istoty dôležité, aby sa komisia bola schopná dostatočne ubezpečiť o obsahu ponuky predloženej v rámci verejného obstarávania a najmä o jej súlade s podmienkami stanovenými v súťažných podkladoch.

95. Úrad vo vzťahu k časti námietok, ktorými navrhovateľ namieta neopodstatnenosť žiadostí o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky uvádza, že v zmysle ust. § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný, resp. komisia zriadená kontrolovaným má právo, prípadne povinnosť požiadať uchádzača o vysvetlenie ponuky, ak sa mu jeho ponuka javí ako mimoriadne nízka. Zákon o verejnom obstarávaní však už nestanovuje, aké minimálne náležitosti musia byť splnené, aby kontrolovaný mohol tú-ktorú ponuku považovať za mimoriadne nízku. **Je tak výlučne na odbornosti kontrolovaného, resp. jeho komisie a zároveň výlučne v jeho kompetencii, aby náležite vyhodnotil ponuky a konštatoval, či sa mu tá-ktorá ponuka javí ako mimoriadne nízka alebo nie.** Samotný proces posudzovania ponuky ako mimoriadne nízkej musí byť v súlade s princípmi verejného obstarávania a musí byť preskúmateľný, čo znamená, že kontrolovaný je povinný uviesť, na základe ktorých konkrétnych skutočností vyhodnotil, že sa mu ponuka uchádzača javí ako mimoriadne nízku a toto svoje tvrdenie je následne povinný aj riadne odôvodniť.
96. Navrhovateľ v rámci námietok s poukazom na európsku a slovenskú judikatúru uvádza, že za mimoriadne nízku ponuku je možné považovať takú ponuku, ktorá nedosahuje úroveň 75% predpokladanej hodnoty zákazky. Uvedené tvrdenie navrhovateľ opiera napr. o rozsudok Súdneho dvora Európskej únie z 27. novembra 2001 vo veci Lombardini a Mantovani, spojené veci C-285/99 a C-286/99. Úrad uvádza, že v prípade hranice 75% predpokladanej hodnoty zákazky nejde o taxatívne vymedzenú hranicu, od ktorej je možné považovať ponuku za mimoriadne nízku. Ide len o akúsi pomôcku, resp. približnú hodnotu, ktorá pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa môže slúžiť ako možný indikátor mimoriadne nízkej ponuky, avšak treba vždy prihliadať na rozsah, charakter, účel a predmet konkrétnej zákazky. To v praxi znamená, že aj keď ponuka presahuje úroveň 75% predpokladanej hodnoty zákazky, tak kontrolovanému sa v medziach jeho diskrečnej právomoci označiť/neoznačiť ponuku za mimoriadne nízku môže ponuka javiť ako mimoriadne nízka a v takom prípade je plne oprávnený využiť inštitút vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
97. Úrad k tvrdeniu navrhovateľa uvedenému v bode 27. tohto rozhodnutia a v kontexte vyššie uvedeného poukazuje na bod 99. rozhodnutia Rady úradu č. 3317-9000/2022 zo dňa 28. 2. 2022, v ktorom Rada úradu konštatovala, cit.: *„Podľa rady je zároveň možné súhlasiť s argumentáciou kontrolovaného v podanom odvolaní, že v tomto prípade objektívne neexistovalo iné odôvodnenie, ako je samotná odchýlka ceny položiek v ponuke navrhovateľa od predpokladaných (rozpočtových) cien týchto položiek. Ak totiž nereálnosť ponukovej ceny navrhovateľa komisii indikovala práve výrazná odchýlka ponukovej ceny navrhovateľa od ceny predpokladanej projektantom diela, už táto skutočnosť podľa rady zakladala dôvod na skúmanie ponuky navrhovateľa z hľadiska mimoriadne nízkej ponuky podľa § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pokiaľ sa z tohto dôvodu komisii kontrolovaného ponuka navrhovateľa javila ako mimoriadne nízka.“* Na základe uvedeného má úrad za to, že samotná **skutočnosť, že ceny niektorých položiek rozpočtu predloženého navrhovateľom vykazujú podstatný rozdiel oproti cenám, z ktorých vychádzal kontrolovaný pri stanovení predpokladanej hodnoty zákazky je dostatočným podkladom, aby kontrolovaný mohol aplikovať inštitút vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky.**
98. Zároveň platí, že aspekt mimoriadne nízkej ponuky nemusí byť naviazaný len na celkovú ponukovú cenu. Kontrolovaný môže skúmať reálnosť ponúkutej ceny aj v kontexte časti ponuky, to znamená, že aj keď celková ponuková cena nemusí javiť znaky mimoriadne nízkej ponuky, avšak niektorá časť ponuky takéto znaky mimoriadne nízkej ponuky vykazovať môže, a v takom prípade je plne opodstatnené, ak voči takejto časti ponuky kontrolovaný smeruje

žiadosť o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky. V danom prípade nastala práve takáto situácia, keď kontrolovanému sa javili mimoriadne nízke ceny len niektorých položiek výkazu výmer, voči ktorým následne smerovala aj prvá žiadosť o vysvetlenie. Ďalšie žiadosti o vysvetlenie následne smerovali voči cenovým ponukám dodávateľov, ktoré navrhovateľ predložil v rámci vysvetlenia č. 1, a teda opäť žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky smerovali len voči časti ponuky.

99. Úrad k tvrdeniu navrhovateľa, že jeho ponuka sa kontrolovanému nemôže javiť ako mimoriadne nízka, nakoľko prvých päť ponúk, vrátane navrhovateľovej, je cenovo obdobných bez výrazných cenových rozdielov v prvom rade uvádza, že samotná skutočnosť, že aj ostatné ponuky sú cenovo podobné ešte neznamená, že navrhovateľ predložil ponuku s cenou, za ktorú je schopný zrealizovať predmet zákazky. Zároveň platí, že aj ostatné ponuky môžu byť taktiež nereálne, teda mimoriadne nízke, alebo nemusia splňať iné náležitosti kladené kontrolovaným, preto nie je namieste, aby konštatovanie o tom, či sa ponuka navrhovateľa kontrolovanému javí alebo nejaví ako mimoriadne nízka bolo postavené len na porovnaníach s ostatnými ponukami. Úrad k tomuto uvádza, že v čase vydania tohto rozhodnutia, z predmetnej verejnej súťaže boli vylúčení všetci ostatní uchádzači, čo len potvrdzuje vyššie uvedené konštatovanie úradu a zároveň to znamená, že porovnávať v tomto čase ponuku navrhovateľa s ponukami ostatných uchádzačov stratilo akékoľvek opodstatnenie.
100. K tvrdeniu navrhovateľa, že kontrolovaný požadoval v rámci žiadostí o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky vysvetliť aj položky výkazu výmer, ktoré navrhovateľ nacenil výrazne vyššou sumou, než s akou kontrolovaný rátať pri stanovovaní predpokladanej hodnoty zákazky úrad s poukazom na samotné žiadosti o vysvetlenie uvádza, že kontrolovaný sa v rámci prvej žiadosti o vysvetlenie na tieto výrazne vyššie ceny pýtal podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nie v rámci inštitútu mimoriadne nízkej ponuky, ale v rámci všeobecnej žiadosti o vysvetlenie ponuky, pričom kontrolovaný sa dopytoval na dôvod nacenenia niektorých položiek vo výkaze výmer výrazne vyššími cenami. Ostatné žiadosti o vysvetlenie kontrolovaný smeroval vo vzťahu k cenovým ponukám navrhovateľových dodávateľov, konkrétne na ich platnosť a garanciu cien, ktoré sú v nich uvedené. Pre úplnosť úrad uvádza, že **vylúčenie ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže nebolo z dôvodu, že niektoré položky výkazu výmer boli výrazne vyššie ako predpokladaná hodnota zákazky (čo potvrdzuje aj sám kontrolovaný vo vyjadrení k námietkam), ale z dôvodu, že navrhovateľ nepreukázal a nepotvrdil platnosť cenových ponúk svojich dodávateľov, na základe ktorých navrhovateľ zostavil svoju ponuku.**
101. Na základe uvedeného úrad k opodstatnenosti žiadostí o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky konštatuje, že v konaní kontrolovaného, ktorý tri krát aplikoval inštitút mimoriadne nízkej ponuky s cieľom zistiť reálnosť ponúknutých cien, ktoré uviedol navrhovateľ vo svojej ponuke a aj vo vysvetlení č. 1, neidentifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní. S ohľadom na značný nárast cien stavebných materiálov v období medzi zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a predkladaním ponúk a ktorý aj naďalej prebieha, úrad je toho názoru, že je plne akceptovateľné, ak kontrolovaný pristúpil k overeniu ponukových cien a zisťovaniu ich reálnosti. Úrad tak námietky navrhovateľa v tejto časti považuje **za neopodstatnené.**
102. Navrhovateľ zároveň namieta aj netransparentnosť žiadostí o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a oznámenia o vylúčení. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný žiadnym spôsobom nepreukázal, že ponuka navrhovateľa je mimoriadne nízka a preto kontrolovaný nebol oprávnený od neho požadovať vysvetlenie ponuky z aspektu mimoriadne nízkej ponuky

a následne ani vylúčiť jeho ponuku z tohto dôvodu. Úrad k tejto skutočnosti poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 3317-9000/2022 zo dňa 28. 2. 2022, ktorá v bode 101. konštatovala, cit.: „*Pokiaľ sa navrhovateľ v podaných námietkach domáha toho, že kontrolovaný bol v tomto prípade povinný v žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky navrhovateľovi uviesť presné výpočty, ktoré kontrolovaného viedli k žiadosti o vysvetlenie, a tiež uviesť hmatateľné argumenty (dôkazy), ktoré by preukazovali opodstatnenosť uplatnenia inštitútu vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky podľa § 52 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, rada uvádza, že navrhovateľ nesprávne chápe samotný účel inštitútu vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky v kontexte princípu transparentnosti vo verejnom obstarávaní. Týmto účelom totiž nie je, aby verejný obstarávateľ v žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky uchádzačovi preukazoval, že jeho ponuka je mimoriadne nízka, ale týmto účelom je, aby v prípade, ak sa ponuka uchádzača javí verejnému obstarávateľovi ako mimoriadne nízka, v žiadosti o vysvetlenie jednoznačne a transparentne (preskúmateľným spôsobom) uchádzačovi uviedol, na základe akých skutočností dospel k záveru, že ponuka uchádzača sa javí ako mimoriadne nízka, aby uchádzačovi konkrétne identifikoval, ktoré časti ponuky podstatné pre jej cenu požaduje vysvetliť, a tiež, aby uchádzačovi konkrétne špecifikoval, akým spôsobom požaduje preukázať, že ponuková cena uchádzača v identifikovaných položkách nie je mimoriadne nízka, a to tak, aby uchádzač mal objektívne možnosť požadované skutočnosti vysvetliť.*“.

103. Na základe uvedenej konštatácie Rady úradu úrad uvádza, že kontrolovaný nebol povinný preukázať, že ponuka navrhovateľa je mimoriadne nízka. Kontrolovaný mal povinnosť uviesť, na základe akých skutočností dospel k záveru, že sa mu ponuka navrhovateľa javí ako mimoriadne nízka. Preto aj úrad skúmal žiadosti o vysvetlenie a oznámenie o vylúčení z hľadiska, či obsahujú identifikáciu skutočností, na základe ktorých kontrolovaný konštatoval, že sa mu ponuka navrhovateľa javí ako mimoriadne nízka. V prípade žiadosti o vysvetlenie č. 1 kontrolovaný **jednoznačne vymedzil, ktoré časti ponuky navrhovateľa požaduje vysvetliť**, t. j. uviedol konkrétne položky výkazu výmer, ktoré požaduje vysvetliť, zároveň uviedol akým spôsobom požaduje od navrhovateľa vysvetliť jednotlivé položky, t. j. ku každej položke sa kontrolovaný vyjadril zvlášť ako ju požaduje vysvetliť a zároveň **jednoznačne uviedol a zdôvodnil, na základe ktorých skutočností dospel k záveru, že v identifikovaných častiach ponuky (položkách) sa ponuka navrhovateľa javí ako mimoriadne nízka**, keď uviedol, cit. „*Po podrobnej analýze jednotlivých položiek Vášho rozpočtu, komisia identifikovala položky, ktoré požaduje vysvetliť podľa § 53 ods. 2 zákona, nakoľko predmetné položky vykazujú podstatný rozdiel v jednotkovej cene oproti rozpočtovej cene danej položky a dané položky predstavujú kľúčové alebo podstatné prvky diela a ich celkový dopad na cenu je významný.*“ (pozri bod 71. tohto rozhodnutia). Úrad má teda za to, že kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 1 jednoznačne uviedol, v čom sa mu ponuka navrhovateľa javí mimoriadne nízka, prečo sa mu javí mimoriadne nízka a ako túto skutočnosť požaduje vysvetliť. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **žiadosť o vysvetlenie č. 1 nie je v rozpore s princípom transparentnosti, ako ani inými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.**

104. V prípade žiadosti o vysvetlenie č. 2 kontrolovaný **jednoznačne vymedzil, že od navrhovateľa požaduje vysvetliť okrem iného skutočnosti týkajúce sa jednotkovej ceny za položku č. 18 Asfaltový betón AC 22 L, PMB 45/80•75. II, STN EN 13108-1, cenovej ponuky spol. DD a cenových ponúk spoločností EE, AA a FF**. Zároveň kontrolovaný **jednoznačne zdôvodnil prečo požaduje vysvetliť ním identifikované skutočnosti**, a to z dôvodu nesúladu jednotkovej ceny za predmetnú položku č. 18 vo vysvetlení a v kalkulácii ceny, absencie cenovej ponuky spol. DD a neplatnosť cenových ponúk vyššie spomenutých dodávateľov. Žiadosťou o vysvetlenie č. 2 tak kontrolovaný požadoval od navrhovateľa

preukázať aktuálnosť a reálnosť ponúknutých cien, a to aj v kontexte neplatnosti cenových ponúk dodávateľov (pozri bod 73. tohto rozhodnutia). Úrad má teda za to, že kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 2 jednoznačne uviedol čo považuje v ponuke navrhovateľa za rozporuplné, prečo to považuje za rozporuplné a čo požaduje od navrhovateľa, t. j. preukázať reálnosť ponúknutých cien. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **žiadosť o vysvetlenie č. 2 nie je v rozpore s princípom transparentnosti ako ani inými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.**

105. Nakoľko kontrolovaný žiadosťou o vysvetlenie č. 3 požadoval od navrhovateľa v kontexte mimoriadne nízkej ponuky preukázať tie isté skutočnosti, aké požadoval už v žiadosti o vysvetlenie č. 2, pričom svoju argumentáciu rozšíril (pozri bod 75. tohto rozhodnutia), tak **úrad aj žiadosť o vysvetlenie č. 3 považuje za súladnú s princípom transparentnosti a so zákonom o verejnom obstarávaní.** Úrad dodáva, že kontrolovaný opätovne požadoval od navrhovateľa vysvetliť tie isté skutočnosti z dôvodu, že vysvetlenie č. 2 podľa slov kontrolovaného neposkytovalo preukázanie reálnosti a udržateľnosti ponukovej ceny, ktoré by odstránili pochybnosti členov komisie.

106. Po analýze oznámenia o vylúčení má úrad za to, že z predmetného dokumentu vyplývajú skutočnosti, na základe ktorých bola ponuka navrhovateľa vylúčená z verejnej súťaže. Z obsahu oznámenia jednoznačne vyplýva, že kontrolovaný vylúčil ponuku navrhovateľa z dôvodu, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov, nakoľko kontrolovaný sa z odpovedí navrhovateľa dozvedel len skutočnosť, že ponukové ceny daných položiek kalkuloval na základe cenových ponúk subdodávateľov zo septembra 2021 a že navrhovateľ vie garantovať ponúknuté ceny ku dňu podania ponuky. Kontrolovaný zároveň konštatoval, že z odpovedí navrhovateľa nevyplýva reálnosť a udržateľnosť ponukovej ceny a vyjadrenia navrhovateľa nijako nepreukazujú, že za danú ponukovú cenu je schopný zrealizovať predmet zákazky. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že ani **oznámenie o vylúčení nie je v rozpore s princípom transparentnosti ako ani inými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.**

107. Na základe uvedeného úrad k transparentnosti žiadostí o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a oznámenia o vylúčení konštatuje, že neidentifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z predmetných dokumentov jednoznačne vyplýva aké skutočnosti požadoval kontrolovaný vysvetliť, prečo a ako ich požadoval vysvetliť, ako aj dôvody prečo kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže. Úrad tak námietky navrhovateľa v tejto časti považuje **za neopodstatnené.**

108. Úrad k meritu vylúčenia, t. j. k skutočnosti, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov uvádza, že na kontrolovaného opakovanú požiadavku o preukázanie reálnosti a udržateľnosti cenovej ponuky vo vzťahu k neplatným cenovým ponukám navrhovateľových dodávateľov navrhovateľ opakovane len konštatoval, že ceny za jednotlivé položky vedel garantovať v čase podania ponuky, t. j. ku dňu 1. 2. 2022. Navrhovateľ tak ani v jednom z vysvetlení ponuky kontrolovanému nepredložil žiadne vysvetlenie či dôkaz, že ním predložený rozpočet je aktuálny a reálny a dokáže zaň zrealizovať predmet zákazky. Navrhovateľ dokonca neučinil ani len to, aby slovne garantoval cenu jednotlivých položiek k dátumu podania jednotlivých vysvetlení ponuky. **Navrhovateľ kontrolovanému opakovane potvrdil, že garantuje, resp. zodpovedá za cenu ku dňu predloženia ponuky, avšak ani raz neuviedol, že za predložené ceny je schopný realizovať predmet zákazky.** Na základe

uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný postupoval v súlade s ust. § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, keď vylúčil ponuku navrhovateľa z verejnej súťaže, teda z dôvodu, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov, nakoľko **navrhovateľ ani v jednom z vysvetlení mimoriadne nízkej ceny nepredložil také dôkazy alebo vysvetlenie, ktorým by preukázal, že je schopný realizovať predmet zákazky za ceny, ktoré predložil v rámci ponuky.**

109. Úrad k tvrdeniu navrhovateľa, že nakoľko svoju ponuku do verejnej súťaže predložil dňa 1. 2. 2022, tak zodpovedá za ceny v nej uvedené len do tohto dátumu uvádza, že **navrhovateľ je zodpovedný za svoju ponuku a to počas celého procesu verejnej súťaže a zároveň musí vedieť zrealizovať predmet zákazky na základe svojej ponuky bez toho, aby ju po predložení do verejnej súťaže, prípadne po podpise zmluvy o dielo akýmkoľvek spôsobom menil a upravoval.** Úrad zároveň uvádza, že ponuka, ktorá sa stane úspešná musí byť následne premietnutá do uzavretej zmluvy medzi úspešným uchádzačom a verejným obstarávateľom/obstarávateľom. V zmysle § 56 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní uzavretá zmluva nesmie byť v rozpore s ponukou úspešného uchádzača. Zároveň úrad uvádza, že výsledkom verejnej súťaže je uzatvorenie Zmluvy o dielo, súčasťou ktorej je pevne stanovená cena za dielo, ktorá práve vzíde z ponuky úspešného uchádzača.
110. Na základe uvedeného má úrad za to, že **navrhovateľ musí vedieť garantovať ponúknutú cenu za predmet zákazky počas celého procesu verejnej súťaže a zároveň musí vedieť aj preukázať reálnosť ponúknutej ceny, teda to, že za ponúknutú cenu bude schopný zrealizovať predmet zákazky.** Navrhovateľ musí vedieť garantovať ponúknutú cenu nie len v momente predloženia ponuky do verejnej súťaže, ale musí vedieť za ponúknutú cenu aj zrealizovať predmet zákazky a túto skutočnosť musí vedieť preukázať, ak kontrolovaný nadobudne pochybnosti o možnosti realizovať predmet zákazky za ponúknutú cenu.
111. Úrad uvádza, že navrhovateľ poukazuje na zákonnú možnosť zmeniť zmluvu po jej podpise, ak sa vyskytnú okolnosti, ktoré nebolo možno predvídať, a teda prípadné zvyšovanie cien materiálov je možné riešiť páve prostredníctvom tohto inštitútu zmeny zmluvy. Úrad k uvedenému konštatuje, že **navrhovateľ sa pri príprave ponuky nesmie spoliehať na možnosť zmeny zmluvy po jej podpise, resp. nesmie rátať s tým, že v prípade ak sa jeho ponuka stane úspešná, tak po podpise zmluvy o dielo kontrolovaný následne pristúpi k jej zmene a zmení zmluvnú cenu za predmet zákazky podľa požiadaviek navrhovateľa.** Takýto postup by popieral zmysel verejného obstarávania. Ak by úrad odobril takýto postup, uchádzači by tak predkladali ponuky na základe umelo vytvorených nereálnych ponúk od dodávateľov s cieľom byť úspešní vo verejnej súťaži, no s vedomým, že predmet zákazky v prípade úspešnosti vo verejnom obstarávaní zrealizujú za úplne inú, už reálnu cenu, ktorú nadiktujú kontrolovanému, a to vďaka zmene zmluvy po jej podpise. Takýto postup je v príkrom rozpore s princípmi verejného obstarávania a so zákonom o verejnom obstarávaní.
112. Úrad zároveň súhlasí s argumentáciou kontrolovaného, podľa ktorého volatilita cien nie je nepredvídateľná okolnosť, ale ide o bežný jav, ktorý sa nepretržite vyskytuje v hospodárstve. Úrad konštatuje, že v prípade, ak je výsledkom verejnej súťaže zmluva s pevne stanovenou cenou za predmet zákazky, čo v tomto prípade tomu tak je, uchádzači by mali do svojich ponúk zahrnúť aj primeranú volatilitu cien vyplývajúcu z aktuálneho vývoja na relevantnom trhu. Obidve strany zmluvy o dielo vstupujú do zmluvného vzťahu dobrovoľne a je preto pochopiteľné, ak si kontrolovaný chce overiť, či budúci dodávateľ bude schopný plniť si svoje záväzky vyplývajúce zo zmluvy o dielo. Ak navrhovateľ už v procese verejnej súťaže nevie

garantovať, že dokáže zrealizovať predmet zákazky za ponúknutú cenu, nakoľko už teraz sú ponuky jeho dodávateľov neplatné a ceny za materiál vyššie, než s akými kalkuloval pri tvorbe ponuky, zo strany kontrolovaného by prijatie takejto ponuky bolo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.

113. Úrad v kontexte uvedeného uvádza, že k zmene zmluvy po jej podpise na základe nepredvídateľných okolností, teda na čo poukazuje navrhovateľ v námietkach, môže dôjsť, ak po podpise zmluvy dôjde k takým okolnostiam, ktoré nebolo možné v čase vyhlásenia verejného obstarávania ani pri náležitej starostlivosti predvídať. Dôležitým faktorom je práve tá skutočnosť, že k nepredvídateľnej okolnosti dôjde po podpise zmluvy. V tomto prípade však k zvyšovaniu cien vstupných materiálov došlo ešte pred podpisom zmluvy a zároveň už v tomto čase, teda pred podpisom zmluvy, s ohľadom na aktuálny vývoj na trhu je zrejmé, že dôjde k ďalšiemu zvyšovaniu cien, pričom navrhovateľ ešte pred podpisom zmluvy, resp. ešte pred koncom procesu zadávania zákazky nie je schopný garantovať svoje ceny a odvoláva sa na možnosť zmeniť zmluvu v zmysle ust. § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že bežná volatilita cien nie je nepredvídateľná okolnosť, ktorá by zakladala možnosť zmeny zmluvy. Navrhovateľ by teda mal vo svojej ponuke zohľadniť primeranú volatilitu cien, inak sa vystavuje riziku vylúčenia z verejnej súťaže pre neschopnosť zrealizovať predmet zákazky za ponúknutú cenu.
114. Úrad k uvedenému poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 9374-9000/2021 zo dňa 9. 9. 2021, v ktorom Rada úradu konštatovala, cit.: „(...) **Verejní obstarávatelia sa za žiadnych okolností nemôžu spoliehať na to, že v budúcnosti, po uzavretí zmluvy s úspešným uchádzačom, ktorého ponuku komisia neidentifikovala ako mimoriadne nízku, sa budú môcť uchýliť k zmene uzavretej zmluvy v zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní za účelom úpravy ceny predloženej úspešným uchádzačom v jeho ponuke.** Odborná komisia verejného obstarávateľa je totiž povinná všestranne posúdiť ponuku úspešného uchádzača (aj z hľadiska všetkých skutočností namietaných v predmetnom prípade), pričom **ak sa prípadne neskôršie (po uzavretí zmluvy ako výsledku verejného obstarávania) dôjde k zisteniu, že úspešný uchádzač nie je schopný plniť svoje zmluvné záväzky za cenu, ktorú vo verejnej súťaži ponúkol, uvedené nesplnenie zákonnej povinnosti odbornej komisie kontrolovaného nemôže byť následne riešené formou dodatku k tejto zmluve.** Rada na tomto mieste zároveň považuje za potrebné kontrolovaného upozorniť na skutočnosť, že kontrolovaný je taktiež povinný sledovať dodržiavanie zmluvy, ktorá bude uzatvorená ako výsledok predmetného postupu zadávania zákazky, a v prípade, ak bude kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní akceptovať cenovú ponuku úspešného uchádzača tak, ako bola ocenená, a to aj v kontexte otázok, ktoré boli v priebehu predmetného verejného obstarávania navrhovateľom namietané, nebude podľa rady daný zákonný dôvod na uzatvorenie dodatku k tejto zmluve v prípade navýšenia ceny poskytovateľa služieb. Inštitút vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky je podľa rady potrebné v prvom rade vnímať ako inštitút na ochranu kontrolovaného, pričom komisia kontrolovaného sa uvedenými skutočnosťami zaoberala, nevyhodnotila v tomto prípade ponuku úspešného uchádzača ako mimoriadne nízku, a teda garantuje, že ponuka úspešného uchádzača zahŕňa reálnu hodnotu celého predmetu zákazky v zmysle všetkých podmienok a požiadaviek kontrolovaného. Nemožno tiež opomenúť, že inštitút mimoriadne nízkej ponuky slúži aj na ochranu ostatných uchádzačov vo verejnom obstarávaní, ktorí predložili ponuky obsahujúce reálne ceny odzrkadľujúce skutočnú hodnotu všetkých obstarávaných plnení, a teda nemôžu byť znevýhodnení tým, že by úspešný uchádzač takúto ponuku nepredložil, komisia na vyhodnotenie ponúk by danú skutočnosť neidentifikovala, na základe čoho by s úspešným uchádzačom bola uzavretá zmluva, a následne by tento nedostatok bol sanovaný zmenou zmluvy v zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní.“. (pozn. zvýraznenie textu doplnené úradom).

115. Na základe uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný mal povinnosť sa náležite zaoberať ponukou navrhovateľa aj z hľadiska reálnosti ponúknutej ceny a overiť si, či je navrhovateľ schopný realizovať predmet zákazky za ním ponúknutú cenu. Zároveň z uvedeného rozhodnutia vyplýva, že **zmena zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní v dôsledku, že navrhovateľ nie je schopný realizovať predmet zákazky za ním ponúknutú cenu, pričom navrhovateľom ponúknuté ceny sú nereálne ešte pred podpisom zmluvy, nie je možná.**
116. Úrad pripúšťa, že navrhovateľ môže prípadnú volatilitu cien pokryť znížením svojho zisku, avšak navrhovateľ ani v jednom zo svojich vysvetlení túto možnosť neuviedol a teda zároveň ani nepreukázal, že zisk, s ktorým kalkuloval pri príprave ponuky, mu postačuje na pokrytie prípadných zvýšených cien materiálov. Navrhovateľ tak žiadnym spôsobom kontrolovanému nepreukázal, že za ponúknutú cenu dokáže zrealizovať predmet zákazky.
117. Úrad ďalej k tvrdeniu navrhovateľa, že ponuku pripravoval ku dňu pôvodnej lehoty na predkladanie ponúk, ktorá bola 4. 10. 2021, pričom pred predložením ponuky dňa 1. 2. 2022 si ceny od dodávateľov overil operatívnym prieskumom relevantného trhu, v prvom uvádza, že navrhovateľ túto skutočnosť kontrolovanému v rámci svojich vysvetlení ponuky ani raz neuviedol a zároveň ani žiadnym spôsobom nepreukázal. Tvrdenie navrhovateľa je tak nepreskúmateľné, nakoľko nie je ničím podložené.
118. Úrad uvádza, že navrhovateľ v rámci svojich námietok priložil aj prílohu, a to cenovú ponuku od spoločnosti AA, ktorou navrhovateľ preukazuje, že ceny sa výrazne nelíšia od pôvodnej cenovej ponuky. Úrad k uvedenému dokumentu uvádza, že navrhovateľ tento dokument nepredložil ani v rámci ponuky, ani v rámci vysvetlenia, ale až v rámci podaných námietok ako dôkaz na podporu svojej argumentácie.
119. Úrad sa vo vzťahu k danej skutočnosti stotožňuje s argumentáciou kontrolovaného, že **dokladmi a dôkazmi predloženými v rámci konania o námietkach, navrhovateľ nemôže zhojiť situáciu, keď nepredložil kontrolovanému požadované doklady a dokumenty v lehote na predkladanie ponúk, resp. v lehote na doručenie vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky, čím v lehotách určených kontrolovaným nepreukázal reálnosť predloženej ponuky.** Kontrolovaný sa pri vykonávaní jednotlivých úkonov v rámci verejnej súťaže, vrátane vylúčenia toho-ktorého uchádzača, rozhoduje na základe skutkového stavu platného v danom čase, t. j. v čase, kedy je takýto úkon vykonaný. Nakoľko v čase vyhodnocovania ponuky z aspektu mimoriadne nízkej ponuky a v čase rozhodnutia o vylúčení ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže kontrolovaný nedisponoval týmto dokumentom (cenovou ponukou od spoločnosti AA), ktorý navrhovateľ poskytol až v rámci podaných námietok, tak kontrolovaný ho nemohol pri rozhodovaní zohľadniť, ale mohol rozhodnúť len na základe takých dokladov, ktoré mu navrhovateľ predložil v rámci ponuky a v rámci vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky, teda na základe dokladov predložených do času vydania rozhodnutia o vylúčení ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže.
120. Úrad zároveň uvádza, že **ponuky od dodávateľov, na základe ktorých navrhovateľ pripravil svoju ponuku (ktorú podľa jeho slov pripravil na predloženie k pôvodnej lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola určená v zmysle oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania do 4. 10. 2021), boli už v čase prípravy ponuky neplatné alebo stratili platnosť ešte pred podaním samotnej ponuky navrhovateľa do predmetnej verejnej súťaže dňa 1. 2. 2022.** Konkrétne cenová ponuka od spoločnosti EE bola platná do 27. 9. 2021, cenová ponuka od spoločnosti AA bola platná do 8. 10. 2021, cenová ponuka od spoločnosti

FF bola platná do 15. 10. 2021 a cenová ponuka od spoločnosti GG bola platná do 31. 12. 2021. Taktiež aj cenová ponuka od spoločnosti DD bola vyhotovená ešte dňa 9. 9. 2021 a hoci cenová ponuka je bez uvedenia platnosti, navrhovateľ aj napriek žiadosti kontrolovaného nepotvrdil a nepreukázal platnosť tejto cenovej ponuky. Úrad v tejto súvislosti poznamenáva, že u väčšiny cenových ponúk od ich konca platnosti do predloženia ponuky navrhovateľa do verejnej súťaže uplynulo približne päť mesiacov, pričom ide o obdobie, ktoré bolo poznačené výrazným nárastom cien stavebných materiálov, pričom tento nárast cien aj naďalej trvá.

121. Úrad uznáva, že aj na základe takto „starých“ a neplatných cenových ponúk navrhovateľ môže kalkulovať svoju ponuku, avšak musí preukázať, že má subdodávky už zakontrahované za ceny uvedené v takýchto cenových ponukách a teda aj po platnosti cenových ponúk vie navrhovateľ zabezpečiť subdodávky za pôvodnú cenu, resp. že mu dodávatelia dodajú materiál za ceny v pôvodných cenových ponukách. Úrad je toho názoru, že ak navrhovateľ túto skutočnosť nepreukázal, tak ani nepreukázal, že dokáže zrealizovať predmet zákazky za cenovú ponuku uvedenú v predloženej ponuke.
122. Úrad v kontexte uvedeného opätovne poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 3317-9000/2022 zo dňa 28. 2. 2022, v ktorom Rada úradu okrem iného tiež konštatovala, cit.: „*V nadväznosti na uvedené je preto podľa rady v tomto odvolacom konaní nevyhnutné súhlasiť s argumentáciou kontrolovaného, že predmetné ponuky výrobcov materiálov stratili svoju platnosť v roku 2020, konkrétne ponuka spoločnosti S6 bola platná do 31. 12. 2020, ponuka spoločnosti S2 bola tiež platná do 31. 12. 2020 a ponuka spoločnosti S5 bola platná do 30. 06. 2020. Tieto cenové ponuky výrobcov materiálov, ktorými navrhovateľ odôvodňuje mimoriadne nízku ponuku, a ktoré mali podľa navrhovateľa deklarovať, že navrhovateľ má zakontrahované predmetné subdodávky a umožňujú mu realizovať predmet zákazky za ceny, ktoré deklaroval v ponuke (po uskutočnení elektronickej aukcie), teda preukázateľne stratili svoju platnosť v roku 2020. (...) V tomto odvolacom konaní je preto podľa rady nevyhnutné konštatovať, že navrhovateľ cenovými ponukami výrobcov predmetných materiálov (betón, kamenivo, PVC rúrky), predloženými v rámci vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky č. 3, kontrolovanému nepreukázal, že má zakontrahované subdodávky na predmetné položky, o ktorých navrhovateľ tvrdí, že tieto subdodávky zakontrahované má (že ich bude zabezpečovať subdodávateľom). Predloženými cenovými ponukami výrobcov daných materiálov teda navrhovateľ kontrolovanému nepreukázal reálnosť ním ponúkaných cien v týchto položkách, ktoré kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky č. 3 označil za nosné (betón, kamenivo, PVC rúrky).*“.
123. **Na základe uvedeného má úrad za to, že navrhovateľ nemôže bez ďalšieho preukazovať reálnosť svojej ponuky prostredníctvom neplatných cenových ponúk od dodávateľov.** Navrhovateľ musí vedieť preukázať, že buď má zakontrahované predmetné subdodávky za uvedené ceny, t. j. bez ohľadu na vývoj cien mu dodávatelia dodajú predmetný materiál za ceny podľa pôvodných, hoci v čase po predložení ponuky už neplatných cenových ponúk, na základe ktorých navrhovateľ pripravoval svoju ponuku alebo navrhovateľ musí preukázať, že prípadnú volatilitu cien dokáže pokryť prostredníctvom svojho zisku bez toho, aby bola ohrozená realizácia a následne dodanie diela. Navrhovateľ ani jednu z týchto skutočností nepreukázal.
124. Úrad zároveň poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ kontrolovanému v rámci vysvetlení mimoriadne nízkej ponuky ani raz nedeclaroval, že bude vedieť predmet zákazky zrealizovať za ponukovú cenu. Navrhovateľ kontrolovanému opakovane uviedol, že ceny garantuje ku dňu podania ponuky a teda zodpovedá za ceny v čase predloženia ponuky. Navrhovateľ opakovane namieta, že kontrolovaný v žiadostiach o vysvetlenie a v oznámení o vylúčení ani raz

nepreukázal, že ponuka navrhovateľa je mimoriadne nízka, čo ani kontrolovaný nebol povinný uviesť (ako už úrad uviedol v bodoch 102. a nasl. tohto rozhodnutia), no sám navrhovateľ ani v jednom zo svojich vysvetlení nepreukázal, že je schopný zrealizovať predmet zákazky za cenu uvedenú v ponuke. Dôkazné bremeno o schopnosti plniť predmet zákazky je v tomto prípade na navrhovateľovi.

125. Navrhovateľ je ten subjekt, ktorý musí uistiť kontrolovaného, že v prípade ak sa stane úspešným uchádzačom, tak bude schopný zrealizovať predmet zákazky za ponúknutú cenu a tým zároveň preukázať, že jeho ponuka je skutočne najvýhodnejšia. Bolo by, okrem iného, aj v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti a princípom rovnakého zaobchádzania, ak by kontrolovaný prijal takú ponuku, pri ktorej je zrejmé, že si vyžiada navýšenie zmluvnej ceny po podpise zmluvy o dielo, pričom výsledná cena za predmet zákazky by mohla byť v konečnom súčte vyššia, ako ponukové ceny neúspešných uchádzačov, ktorí by vedeli zrealizovať predmet zákazky bez nutnosti navyšovania cien. Úrad takéto konanie považuje za rozporné s čestnou hospodárskou súťažou a obchádzanie pravidiel verejného obstarávania.
126. V danom prípade je zrejmé, že **kontrolovaný na základe jemu dostupných dokumentov, dôkazov a vyjadrení pochádzajúcich od navrhovateľa mohol jednoznačne konštatovať, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov.** Úrad po preskúmaní dokumentácie k verejnej súťaži má za to, že **kontrolovaný mal k dispozícii dostatok relevantných dokumentov a dôkazov na to, aby mohol kvalifikovane rozhodnúť o ponuke navrhovateľa z aspektu mimoriadne nízkej ponuky.**
127. Na základe uvedených skutočností má úrad za to, že v danom prípade bol daný zákonný dôvod na vylúčenie ponuky navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko navrhovateľ kontrolovanému nepreukázal reálnosť ním ponúkaných cien, ktoré preukazoval prostredníctvom cenových ponúk dodávateľov a ktorých platnosť skončila ešte pred predložením ponuky do verejnej súťaže. Úrad tak námietky navrhovateľa v tejto časti považuje **za neopodstatnené.**
128. Čo sa týka časti námietok, v ktorej navrhovateľ namieta, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení zmätočne v označení dokumentu uviedol, že ponuka navrhovateľa je vylúčená podľa § 53 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, no vo výrokovej časti uviedol, že ponuka navrhovateľa je vylúčená podľa § 53 ods. 5 písm. e) tohto zákona, úrad na jednej strane potvrdzuje, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení opakovane nesprávne uviedol dôvod vylúčenia, čo sa môže javiť ako zmätočné konanie kontrolovaného, na druhej strane však z obsahu samotného dokumentu jednoznačne vyplýva z akého dôvodu bola ponuka navrhovateľa z verejnej súťaže vylúčená, pričom dôvod na vylúčenie bol daný podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z dôvodu, že navrhovateľom predložené vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky a dôkazy dostatočne neodôvodňujú nízku úroveň cien alebo nákladov. Aj keď teda zo strany kontrolovaného došlo k pochybeniu spočívajúcemu v nesúlade medzi označeným dôvodom vylúčenia a odôvodnením vylúčenia obsiahnutom v oznámení o vylúčení, toto pochybenie však nemohlo mať a nemalo žiaden vplyv na výsledok verejnej súťaže, nakoľko ako už bolo uvedené, **dôvod na vylúčenie navrhovateľa, resp. jeho ponuky z verejnej súťaže bol daný podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní a v tomto konaní sa preukázal ako opodstatnený.** Nakoľko zo strany kontrolovaného ide len o formálnu chybu, ktorej oprava by nepriniesla žiadnu zmenu v procese verejnej súťaže a ani v rozhodnutí o vylúčení ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže, úrad nenariaďuje kontrolovanému identifikovanú chybu opraviť. Zároveň úrad dodáva, že ako

z námietok navrhovateľa vyplýva, navrhovateľ si bol a je plne vedomý dôvodu, na základe ktorého bol vylúčený z verejnej súťaže a mal možnosť sa voči tomuto rozhodnutiu brániť, čo navrhovateľ aj využil. Úrad preto konštatuje, že postupom kontrolovaného neboli dotknuté, ohrozené alebo inak porušené práva a/alebo právom chránené záujmy navrhovateľa.

129. V prípade časti námietok, v ktorej navrhovateľ namieta postup zadávania zákazky, t. j. že kontrolovaný zadáva podlimitnú zákazku nadlimitným postupom úrad konštatuje, že ak mal navrhovateľ za to, že kontrolovaný pri zadávaní zákazky postupuje nesprávnym spôsobom, mal možnosť v rámci revízných postupov v zmysle § 164 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podať kontrolovanému žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, a tým sa účinne domáhať nápravy. Tým, že navrhovateľ nepodal takúto žiadosť o nápravu a predložil kontrolovanému svoju ponuku, podľa názoru úradu sa navrhovateľ stotožnil s postupom zadávania zákazky.
130. Čo sa týka časti námietok týkajúcej sa postupu kontrolovaného pri zverejňovaní korigenda č. 44757-IOX (pozri bod 20. tohto rozhodnutia) úrad uvádza, že táto skutočnosť žiadnym spôsobom nesúvisí s vylúčením ponuky navrhovateľa z verejnej súťaže, čo je predmetom podaných námietok. Ak mal navrhovateľ za to, že kontrolovaný postupoval pri zverejňovaní predmetného korigenda v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, mal využiť príslušné revízne postupy, t. j. podať námietky podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní a to v lehote podľa § 170 ods. 4 tohto zákona.
131. Úrad konštatuje, že proces konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa, ako aj celý proces verejného obstarávania, je prísne formalizovaný proces upravený zákonom o verejnom obstarávaní, pričom všetky postupy majú svoju časovú aj procesnú postupnosť. Každý záujemca/uchádzač si má svoje práva a právom chránené záujmy strážiť a v prípade, že sa cíti byť dotknutý na svojich právach alebo právom chránených záujmoch, má možnosť danú skutočnosť riešiť prostredníctvom zákonných možností a postupov. Keďže v danom prípade navrhovateľ nevyužil svoju zákonnú možnosť namietat' postup kontrolovaného pri zverejňovaní korigenda č. 44757-IOX podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní a to v lehote podľa § 170 ods. 4 písm. g) tohto zákona a zároveň ani nevyužil svoju možnosť požiadať kontrolovaného o nápravu súťažných podkladov prostredníctvom žiadosti o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a to v lehote podľa § 164 ods. 5 písm. a) tohto zákona nevzniklo mu tak právo namietat' uvedený postup kontrolovaného námietkami, ktoré sú predmetom tohto konania.
132. Na základe všetkých uvedených skutočností úrad dospel k záveru, že v tomto prípade bol daný zákonný dôvod na vylúčenie ponuky navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko navrhovateľ kontrolovanému nepreukázal reálnosť ním ponúkaných cien položiek rozpočtu, ktoré preukazoval cenovými ponukami od dodávateľov, ktoré stratili platnosť ešte pred predložením ponuky do verejnej súťaže. Navrhovateľ tak kontrolovanému nepreukázal, že je schopný zrealizovať predmet zákazky za cenu, ktorú uviedol vo svojej ponuke. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa z aspektu mimoriadne nízkej ponuky nepostupoval netransparentne, nakoľko kontrolovaný vo všetkých žiadostiach o vysvetlenie navrhovateľovi jednoznačne uviedol ktorú časť ponuky požaduje vysvetliť ako aj z akého dôvodu ju požaduje vysvetliť, pričom kontrolovaný nebol povinný navrhovateľovi preukázať, že jeho ponuka je mimoriadne nízka ale postačovalo, že navrhovateľovi uviedol prečo sa mu jeho ponuka, resp. jednotlivé položky rozpočtu javia ako mimoriadne nízke. Úrad uvádza, že rozhodujúcou skutočnosťou pre toto rozhodnutie boli najmä, no nie len, skutočnosti, že navrhovateľ preukazoval reálnosť svojich

cien cenovými ponukami od dodávateľov, ktoré stratili platnosť ešte pred predložením ponuky a že navrhovateľ ani v jednom zo svojich vysvetlení ponuky, ako ani vo svojich námietkach, nepreukázal a dokonca ani len slovné negarantoval, že dokáže zrealizovať predmet zákazky za ním uvedenú cenu, ale neustále poukazoval na možnosť zmeny zmluvy o dielo po jej podpise.

133. **Vychádzajúc zo skutočností vyplývajúcich z bodov 90. až 132. tohto rozhodnutia, úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa z hľadiska aspektu mimoriadne nízkej ponuky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom vo vzťahu k namietaným skutočnostiam navrhovateľa, smerujúcim proti vylúčeniu z verejnej súťaže, úrad preskúmaním zistil, že nedošlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní. Nakoľko sa v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa preukázal ako zákonný dôvod vylúčenia ponuky navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, úrad námietky navrhovateľa považuje ako celok za neopodstatnené.**

134. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.

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

Kaucia

136. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

137. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

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

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručuje:

1. **XY** – navrhovateľ
2. **Žilinský samosprávny kraj**, Komenského 48, 011 09 Žilina, IČO: 37808427 – kontrolovaný