

Bratislava 10. 10. 2022
Číslo: 12065-6000/2022

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b) a podľa § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XX**, zastúpený **XY** na základe plnomocenstva zo dňa 02. 09. 2022 (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „**Cesta I/75 Šaľa - obchvat**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00003328 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 127-360270 dňa 05. 07. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 151/2022 dňa 06. 07. 2022 pod značkou 31235 - MSP (ďalej len „**verejná súťaž**“), vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaduje** kontrolovanému **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00003328 vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „**Cesta I/75 Šaľa - obchvat**“ vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 127-360270 dňa 05. 07. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 151/2022 dňa 06. 07. 2022 pod značkou 31235 - MSP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne **doplniť** v časti III. SPLNENIE PODMIENOK ÚČASTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ, v bode 15. PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA TECHNICKEJ ALEBO ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI súťažných podkladov, k podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní **dôvody aplikácie ust. § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní**, a to konkrétne na základe akých skutočností považuje kontrolovaný práve stavebné činnosti na stavebných objektoch:

- SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový
- SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele
za tak významné, že ich má uchádzač plniť iba vlastnými kapacitami a prečo konkrétne predstavujú pre kontrolovaného také podstatné úlohy, že ich nemožno dať realizovať iným subjektom/subdodávateľom, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 05. 09. 2022 námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 05. 09. 2022 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizovalo, t. j. cez systém EVO.
2. Úrad uvádza, že dňa 31. 03. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 395/2021 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa bude postupovať podľa predpisov účinných od 31. marca 2022, t. j. podľa zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 31. marca 2022.
3. Podaniu námietok zo strany navrhovateľa predchádzalo doručenie žiadosti o nápravu v zmysle § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní dňa 15. 08. 2022. Kontrolovaný dňa 17. 08. 2022 odoslal navrhovateľovi výzvu na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu. Navrhovateľ dňa 22. 08. 2022 doplnil žiadosť o nápravu. Kontrolovaný žiadosť o nápravu vybavil dňa 24. 08. 2022. Na základe uvedeného možno konštatovať, **že námietky boli doručené úradu a kontrolovanému v lehote** podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní **a v podobe** podľa § 170 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní. V nadväznosti na to úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa obsahujú všetky obligatórne náležitosti námietok podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní sa na účely tohto zákona rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Z obsahu podaných námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením podmienok uvedených v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky, ktoré v námietkach napáda, náležite oboznámil. Na základe toho možno podľa názoru úradu jednoznačne konštatovať, že navrhovateľ vystupuje vo vzťahu k predmetnej verejnej súťaži v postavení záujemcu, a preto bol podľa úradu aktívne legitimovaným subjektom na podanie námietok, a to v intenciách ustanovenia § 170 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

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

4. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr na druhý pracovný deň nasledujúci po doručení námietok v lehote podľa § 170 ods. 4. Za každú skutočnosť, proti ktorej námietky podľa § 170 ods. 3 smerujú, sa skladá samostatná kaucia.
5. Z § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 10 000 EUR.
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 06. 09. 2022 kauciu vo výške 10 000 EUR.
7. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ uvádza, že dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky pri nadlimitnej zákazke obsahujú ustanovenia (súťažné podmienky), ktoré sú nezákonné. Z uvedeného dôvodu adresoval navrhovateľ kontrolovanému dňa 15. 08. 2022 žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorá smerovala proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky. Dňa 17. 08. 2022 bola navrhovateľovi zo strany kontrolovaného doručená výzva na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu. Dňa 22. 08. 2022 navrhovateľ doručil kontrolovanému doplnenie žiadosti o nápravu zo dňa 22. 08. 2022.
9. Dňa 24. 08. 2022 bolo navrhovateľovi doručené oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu zo dňa 23. 08. 2022, ktorým kontrolovaný žiadosť o nápravu navrhovateľa zamietol. Navrhovateľ má za to, že oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu kontrolovaným, ako aj súťažná podmienka špecifikovaná v tomto podaní navrhovateľa sú nezákonné a nepreskúmateľné, a preto podáva úradu námietky proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným.
10. Úkonom kontrolovaného, proti ktorému smerujú tieto námietky, je oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu, ktoré bolo navrhovateľovi doručené prostredníctvom systému IS EVO dňa 24. 08. 2022.
11. Kontrolovaný zamietnutie žiadosti o nápravu navrhovateľa odôvodnil nasledovne: „*Návrh žiadateľa uvedený časti IV. Návrh na nápravu žiadosti o nápravu, sa zamieta ako nedôvodný, pretože nikto nemôže nútiť verejného obstarávateľa akceptovať zmluvného partnera, ktorý podstatné časti stavby nevie realizovať vlastnými kapacitami, ako je to určené zmluvnými podmienkami a PD pod zámenkou, že je to diskriminačné. Ak to platí v súkromnom sektore, tak to platí aj vo verejnom sektore.*“, pričom takého odôvodnenie je podľa navrhovateľa zjavne zmätočné a neopodstatnené.
12. Navrhovateľ považuje oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu za nezákonné z týchto dôvodov:
 - postup kontrolovaného je v rozpore s ustanovením § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní;

- postup kontrolovaného je v rozpore s ustanovením v § 38 ods. 4 a § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a zároveň
- odôvodnenie oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu je nedostatočné a zmätočné.

13. Navrhovateľ poukazuje na súťažné podklady, Zväzok I Pokyny na vypracovanie ponuky, časť III. Splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, bod 15. Podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, v ktorých určil kontrolovaný nasl. súťažnú podmienku, vid'. bod 58 tohto rozhodnutia.

14. Kontrolovaný teda v rámci súťažných podkladov určil súťažnú podmienku na stavebné práce, ktoré má vykonať priamo uchádzač/navrhovateľ, resp. nemôže vykonať subdodávateľ uchádzača/navrhovateľa, pričom kontrolovaný odôvodňuje túto súťažnú podmienku vo všeobecnosti len v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, a to nasl.: „*Vzhľadom na to, že stavebné práce sa realizujú na výstavbe novej cesty I. triedy, je opodstatnený predpoklad, že uchádzač pri plnení zmluvy využije aj kapacity subdodávateľov najmä v prípade, ak nebude disponovať dostatočnými kapacitami pre realizáciu stavebných prác. Vzhľadom na charakter stavebných prác, verejný obstarávateľ určil, aby niektoré práce uchádzač vykonal vlastnými kapacitami v súlade s § 38 ods. 4 zákona.*“

15. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný pri aplikácii § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko:

- preskúmateľne nezdôvodnil, prečo stavebné činnosti na stavebných objektoch v súťažnej podmienke sú podstatné úlohy pri plnení zákazky, ani sa nezaoberal primeranosťou a potenciálnym diskriminačným charakterom takto stanovenej súťažnej podmienky, resp. prečo je nevyhnutné v rámci verejného obstarávania vymedzovať akýkoľvek rozsah podstatných prác a činností (t. j. stanoviť súťažnú podmienku ako takú), ktoré musí vykonať priamo uchádzač/navrhovateľ a nie je prijateľné, aby tieto práce a činnosti vykonal subdodávateľ uchádzača/navrhovateľa;
- vymedzenie prác vykonávaných vlastnými kapacitami je neurčité, nakoľko z vymedzenia položiek na stavebných objektoch, ktoré sú uvedené v súťažnej podmienke, nie je zrejmé, ktoré konkrétne stavebné práce a činnosti má uchádzač/navrhovateľ vlastnými kapacitami zrealizovať, nakoľko v súťažnej podmienke kontrolovaný vymedzuje položky, ktoré spočívajú predovšetkým v dodaní materiálu (tovaru) k realizácii stavebných objektov a nepredstavujú presné vymedzenie charakteru a rozsahu konkrétnych prác a stavebných činností, ktoré by mal uchádzač/navrhovateľ s poukazom na § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vykonať vlastnými kapacitami.

16. Bez toho, aby kontrolovaný neodôvodnil konkrétne, ktoré práce vykonávaných vlastnými kapacitami (t. j. či len montážne práce, alebo aj dodanie materiálu) vyžaduje priamo plniť uchádzačom/navrhovateľom, navrhovateľ nedokáže naceniť svoju ponuku, a teda ani riadne sa zúčastniť verejného obstarávania, keďže zo znenia súťažnej podmienky navrhovateľ nedokáže presne identifikovať, ktoré práce a činnosti môže v ponuke kalkulovať, že bude musieť vykonať vlastnými kapacitami, a ktoré môže realizovať prostredníctvom subdodávateľa. Neurčitost' súťažnej podmienky potenciálne bude viesť aj k neporovnateľnosti ponúk uchádzačov (každý uchádzač si bude môcť vykladať rozsah prác vykonávaných vlastnými kapacitami rôzne, a teda aj kalkulovať rôzny rozsah prác a činností, ktoré bude uvažovať, že budú realizovať subdodávateľia).

17. Pokiaľ by sa uchádzači aj výkladovo vzhľadom na obsah položiek uvedených v rámci súťažnej podmienky pokúsili vyabstrahovať, ktoré konkrétne podstatné stavebné práce a

činnosti si kontrolovaný asi chce vymedziť k realizácii priamo uchádzačom, tak aj takéto vymedzenie nie je primerané, pôsobí diskriminačne a obmedzuje hospodársku súťaž, a to predovšetkým vo vzťahu k SO 202 00, ktorý by mohli realizovať, a teda byť uchádzačom, výlučne spoločnosti, ktoré majú v predmete podnikania / sú spôsobilé realizovať konštrukcie z predpätého betónu či predpínacej výstuže. To je samozrejme nedovoleným a ničím nedôvodným obmedzením súťaže, keďže väčšina stavebných spoločností naprieč spektrom v Slovenskej republike, ako i mimo územia Slovenskej republiky, nemá v predmete podnikania realizáciu predpínania, pričom tieto činnosti sa tradične realizujú subdodávateľsky špecializovanými spoločnosťami bez ohrozenia realizácie diela ako celku.

18. Navrhovateľ má za to, že súťažná podmienka je teda navyše aj skryto diskriminačná, keďže umelo zužuje okruh hospodárskych subjektov, ktorí majú možnosť zúčastniť sa priamo verejného obstarávania, čím sa bráni čestnej hospodárskej súťaži, a zároveň je neprimeraná, keďže nie je (s odhliadnutím na jej neurčitosť) v žiadnom ohľade zdôvodnená potreba jej aplikácie vzhľadom na charakter zákazky a stavebných prác a činností, ktoré by podľa úvahy navrhovateľa mohli spadať do prác vykonávaných vlastnými kapacitami tak, ako sú vymedzené verejným obstarávateľom v súťažnej podmienke.
19. Pokiaľ sa vo všeobecnosti kontrolovaný rozhodne v súťažných podkladoch aplikovať § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. vymedziť podstatné práce, ktoré vyžaduje, aby vykonal priamo uchádzač/navrhovateľ, a teda tieto podstatné práce nemôžu byť vykonané subdodávateľmi, predmetné konanie predstavuje súťažnú podmienku, ktorá musí byť stanovená v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho základnými princípmi, predovšetkým musí byť určitá, primeraná a nediskriminačná, a to z dôvodu, že takéto súťažná podmienka významne zasahuje do cenotvorby každého uchádzača (uchádzač/navrhovateľ teda zvažuje, ako využiť vlastné a subdodávateľské kapacity k realizácii zákazky tak, aby dosiahol ekonomicky najoptimálnejšiu a najviac konkurencie schopnú ponuku, a teda, aby získal zákazku, o ktorej realizáciu má záujem podaním ponuky).
20. Navrhovateľ ďalej poukazuje aj na hlavný dôvod zamietnutia žiadosti o nápravu, ktorý kontrolovaný uviedol ako: *„Návrh žiadateľa uvedený časti IV. Návrh na nápravu žiadosti o nápravu, sa zamietá ako nedôvodný, pretože nikto nemôže nútiť verejného obstarávateľa akceptovať zmluvného partnera, ktorý podstatné časti stavby nevie realizovať vlastnými kapacitami, ako je to určené zmluvnými podmienkami a PD pod zámienkou, že je to diskriminačné. Ak to platí v súkromnom sektore, tak to platí aj vo verejnom sektore.“* V prvom rade, má navrhovateľ za to, že takéto odôvodnenie je absurdné a neprimerané, nakoľko navrhovateľ kontrolovaného „nenúti“, len si uplatňuje svoje práva garantované v § 164 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré mu kontrolovaný nemá absolútne právo odoprieť. Navrhovateľ identifikoval nezákonnosť v podobe neurčitosti a neodôvodnenosti súťažnej podmienky tak, ako je popísané vyššie, pričom sa rozhodol uvedené napraviť žiadosťou o nápravu, pričom uvedené nemôže byť vykladané v neprospech navrhovateľa, keďže je to jeho garantované právo rozhodnúť sa uplatniť revízny postup podľa zákona o verejnom obstarávaní. Tak isto je absurdné aj obhájenie rozhodnutia kontrolovaného o zamietnutí žiadosti o nápravu „ak to platí v súkromnom sektore, tak to platí aj vo verejnom sektore“. Kontrolovaný musí postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní, pričom sa musí ním riadiť a akceptovať povinnosti, ktoré mu zákona o verejnom obstarávaní ukladá. Odvolávanie sa na prax mimo verejného obstarávania je nezmyselné a neakceptovateľné, pričom takéto odôvodnenie je zároveň aj nedostatočné a zmätočné.

21. Navrhovateľ považuje rovnako za neprípustné aj odôvodnenie kontrolovaného v zamietnutí žiadosti o nápravu, týkajúce sa zákonnosti postupu verejného obstarávateľa podľa § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný k skutočnosti, že postupoval v rozpore s § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní uviedol, že *„každý stavbár rozumie, požiadavke, aké konkrétne stavebné činnosti na určených stavebných objektoch podľa určených položiek majú byť vykonané. Nemusí tomu rozumieť právnik, ekonóm, filozof alebo niekto, kto nemá žiadne praktické skúsenosti s realizáciou stavebných prác na stavbe rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky v tomto prípade. Okrem toho, každá položka v rozpočte sa viaže na textovú a výkresovú časť PD, ktorú berie každý rozpočtár do úvahy, keď kalkuluje cenu predmetnej položky v súlade so zákonom o cenách.“* Je úplne neakceptujúce, že kontrolovaný prenáša svoje neurčité a zmätočné súťažné podmienky na potencionálnych uchádzačov s odôvodnením „každý stavbár tomu rozumie“. Uvedené je prejavom absolútne neprofesionálneho postupu kontrolovaného, ktorý odmieta zniesť zodpovednosť za pochybenia pri vypracovávaní súťažných podkladov a uvádzaní diskriminačných a zmätočných súťažných podmienok kladených na uchádzačov. Navrhovateľ zároveň poukazuje aj na základný princíp naceňovania zákaziek na stavebné práce, podľa ktorých je projektová dokumentácia len súčasťou podkladov pre nacenenie ponuky, no ďalším významným a kľúčovým faktorom pre cenotvorbu sú určité a zrozumiteľné súťažné podmienky, ktoré však v tomto prípade absentujú.
22. Navrhovateľ v neposlednom rade poukazuje aj na útočné a neprofesionálne konanie kontrolovaného, ktorý v rámci zdôvodnenia uviedol nasledovné: *„Po vyhodnotení informácií dostupných z verejných zdrojov, osobitne z CRZ, zo stránok <https://finstat.sk> a <https://www.registeruz.sk/cruz-public/home>, máme za to, že žiadateľ v čase predloženia ponuky nevie, ako bude mať rozložené vlastné kapacity na plnení rôznych zmlúv na stavebné práce/stavby, ktoré ešte nie sú ukončené a v prípade získania tejto zákazky ešte nemusia byť stavby dokončené, čo môže zásadným spôsobom ovplyvniť jeho schopnosť realizovať určené práce vlastnými kapacitami v reálnom čase a rád by mal možnosť využiť v takom prípade kapacity subdodávateľov.“* Navrhovateľ má za to, že uplatnenie akýchkoľvek revíznych postupov v rámci zákona o verejnom obstarávaní je realizácia práva za účelom ochrany uchádzačov pred diskriminačným a iným protiprávnym konaním kontrolovaného, nie osočovanie a spochybňovanie obchodných schopností uchádzača, ktorý tento revízny postup zvolil. Navrhovateľ konštatuje, že takéto špekulatívne a insinované tvrdenie kontrolovaného absolútne nepatrí do zdôvodnenia zamietnutia žiadosti o nápravu.
23. Na základe vyššie uvedeného navrhovateľ označuje súťažnú podmienku z dôvodu jej neurčitosti, neprimeranosti, netransparentnosti a skryto diskriminačného charakteru za nezákonnú. Navrhovateľ ďalej v námietkach poukazuje na ust. § 10 ods. 2, 38 ods. 4 a 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
24. Navrhovateľ uvádza, že úrad vydal rozhodnutie č. 8606-6000/2019-OD², pričom podľa názoru navrhovateľa sú závery plne aplikovateľné aj na stanovenie podmienky účasti podľa § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, pričom konanie kontrolovaného pri stanovení súťažnej podmienky podľa presvedčenia navrhovateľa tieto závery o nezákonnosti postupu napĺňa, čo činí súťažnú podmienku za rozpornú so zákonom o verejnom obstarávaní: *„Určením podmienok účasti vo verejnom obstarávaní nemôže teda verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov, ale musí*

² Rozhodnutie č. 8606-6000/2019-OD zo dňa 27. 06. 2019 dostupné na:
<https://www.uvo.gov.sk/dohlad/namietky/prehľad-rozhodnuti-o-namietkach-729.html?text=&kontrolovany=&voCislo=8455+-+MSP&month=&year=2019&ext=1&sort=&sort-dir=ASC>

umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú objektívne schopní zrealizovať predmet zákazky. „....., Úrad má za to, že kontrolovaný znemožnil niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek na preukazovanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke, čím došlo zo strany kontrolovaného ku skrytej forme neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní, a takýto postup kontrolovaného je potrebné považovať v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a princípom nediskriminácie uchádzačov a záujemcov a hospodárnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené konanie je v rozpore aj s § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a to možným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Zistené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.“

25. Navrhovateľ zároveň poukazuje aj na šikanózný a neštandardný postup kontrolovaného v prípade zaslania výzvy na doplnenie žiadosti o nápravu, ktorú zdôvodnil tak, že „z obsahu žiadosti nie je možné identifikovať, ako konkrétne sú alebo by mohli byť dotknuté práva alebo právom chránené záujmy žiadateľa postupom verejného obstarávateľa v tomto konkrétnom prípade“, pričom táto výzva bola absolútne neopodstatnená s cieľom odradiť navrhovateľa od uplatnenia revízných postupov podľa zákona o verejnom obstarávaní, pričom navrhovateľ má za to, že zo žiadosti o nápravu jednoznačne vyplýva, v čom spočíva porušenie zákona o verejnom obstarávaní v podobe stanovenia súťažnej podmienky, ako aj aké práva či právom chránené záujmy navrhovateľa boli týmto postupom kontrolovaného dotknuté. Uvedené preukazuje aj skutočnosť, že hneď nasledujúci deň po doručení doplnenia žiadosti o nápravu bolo kontrolovaným podpísané siahodlhé a vyčerpávajúce zamietnutie žiadosti o nápravu, ktoré aj napriek svojmu rozsahu obsahovo nespĺňa podmienku riadneho zdôvodnenia zamietnutia žiadosti o nápravu.
26. Navrhovateľ má záujem v rámci verejného obstarávania predložiť ponuku. Kontrolovaný nezákonnou, neurčitou, a diskriminačnou súťažnou podmienkou obmedzuje hospodársku súťaž, pričom v rámci revízneho postupu zamietol zjavne dôvodnú žiadosť o nápravu a zároveň toto zamietnutie riadne neodôvodnil. Takýto postup kontrolovaného predstavuje výrazný zásah do práv navrhovateľa, najmä práv majetkových a na slobodný výkon podnikateľskej činnosti, ktoré sa okrem iného realizuje aj v podobe účasti vo verejnom obstarávaní, práva na zachovanie zákonnosti procesu verejného obstarávania, vrátane možnosti uplatniť opravné prostriedky (revízne postupy) a na prístup k verejným zákazkám.
27. Navrhovateľovi je v dôsledku uvedeného sťažená možnosť získať a realizovať zákazku, nakoľko za uvedených podmienok stanovených kontrolovaným nie je schopný reálne stanoviť ponukovú cenu. Priamu majetkovú ujmu navrhovateľa v dôsledku nezákonného postupu vo verejnom obstarávaní predstavujú vynaložené náklady na prípravu a podanie žiadosti o nápravu.
28. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti svedčiace o nezákonnosti, diskriminácii a neurčitosti súťažnej podmienky, navrhovateľ navrhuje, aby úrad podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému vo verejnom obstarávaní týkajúcom sa zákazky odstrániť protiprávny stav, a to odstrániť súťažnú podmienku špecifikovanú v námietke navrhovateľa v celom rozsahu, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.

29. Navrhovateľ vzhľadom na uvedené navrhuje, aby úrad podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní vydal predbežné opatrenie, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň navrhovateľ navrhuje, aby úrad vydal rozhodnutie, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný, a lehoty kontrolovanému neplynú.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

30. 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 **05. 09. 2022**.

31. Úrad zároveň uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 12065-6000/2022-OD-PO zo dňa 12. 09. 2022 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného vo verejnom obstarávaní okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania alebo jeho časti, úkonov súvisiacich s vysvetľovaním informácií potrebných na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti, proti ktorým nesmerujú námietky navrhovateľa, úkonov súvisiacich so zmenou dokumentov potrebných na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti, proti ktorým nesmerujú námietky navrhovateľa, úkonov súvisiacich s predlžovaním lehoty na predkladanie ponúk po dobu trvania účinkov rozhodnutia o predbežnom opatrení a rozhodol, že lehota na predkladanie ponúk neplynie, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní.

32. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.

33. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, 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 elektronickej prostriedku.

34. Dňa 12. 09. 2022 doručil kontrolovaný vyjadrenie k podaným námietkam a v rovnaký deň zriadil pre úrad, ako kontrolný orgán prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu, t. j. informačný systém EVO. Úrad konštatuje, že kontrolovaný doručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu dňa **12. 09. 2022**.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

35. Kontrolovaný uvádza, že v podaní (námietkach) v bode I. Preukázanie splnenia procesných podmienok pre podanie námietok navrhovateľ uviedol skutočnosti, ktorými naplnil zákonom predpísané náležitosti pre podanie námietok.
36. Kontrolovaný uvádza, že úvaha navrhovateľa je v tomto prípade všeobecná, subjektívna a bez uvedenia konkrétnych skutočností ako a v čom je navrhovateľ dotknutý vzhľadom na cieľ - uzavretie zmluvy na zhotovenie predmetnej stavby, aj zavádzajúca. V tomto kontexte má kontrolovaný za to, že tvrdenie o nezákonnosti postupu je unáhlené najmä preto, lebo nie sú o tom konkrétne dôkazy.
37. Princíp proporcionality, ktorý vyžaduje podľa komentárov k zákonu, aby verejný obstarávateľ a obstarávateľ neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov, sa netýka len verejných obstarávateľov a obstarávateľov, ale aj druhej budúcej zmluvnej strany, pretože cieľom je na konci súťaže uzavrieť zmluvu s kvalifikovaným a spôsobilým uchádzačom, ktorý bude schopný plniť verejnú zmluvu v požadovanej kvalite a v lehote.
38. Kontrolovaný uvádza, že rozumie, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom a to platí pre obidve strany, ktoré sa usilujú uzavrieť zmluvu.
39. Kontrolovaný uvádza, že nebráni navrhovateľovi uplatniť jeho práva garantované v § 164 zákona o verejnom obstarávaní, len identifikoval neurčitost' a neodôvodnenosť v obsahu žiadosti o nápravu.
40. Kontrolovaný poukazuje na argumentáciu navrhovateľa, ktorú považuje za prejav absolútne neprofesionálneho postupu navrhovateľa, ktorý nerešpektuje zásadu rovnosti pred zákonom a zmätočne a zavádzajúco tvrdí, že projektová dokumentácia je len súčasťou podkladov pre nacenenie ponuky. Práve naopak, pre cenotvorbu je projektová dokumentácia podstatná. Ak navrhovateľ tvrdí, že súťažné podmienky sú kľúčovým faktorom pre cenotvorbu, tak by to mal zrozumiteľne uviesť, čo však v argumentácii absentuje.
41. Kontrolovaný poukazuje na tvrdenie navrhovateľa v námietkach, cit.: „*Na základe vyššie uvedeného navrhovateľ označuje Súťažnú podmienku z dôvodu jej neurčitosti, neprimeranosti, netransparentnosti a skryto diskriminačného charakteru za nezákonnú.*“ Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ uviedol len svoje domnienky a nepredložil k tomu žiadne relevantné dôkazy. Rovnako ako navrhovateľ aj kontrolovaný má právo na svoje úvahy a pri určení podmienok účasti alebo súťažných podmienok bral na zreteľ povahu a rozsah predmetu zákazky. Domnienku o ich neprimeranosti je vo verejnom záujme potrebné potvrdiť na základe objektívne preskúmateľných dôkazov.
42. Okrem toho zadávanie akejkoľvek činnosti na realizáciu časti stavby subdodávateľom sa realizuje na základe rozpočtu podľa jednotlivých položiek, aby bolo možné jednoznačne identifikovať v akom rozsahu vecnom aj finančnom sa subdodávateľ podieľa na realizácii a aby mohlo byť relevantne posúdené, či má alebo nemá povinnosť byť zapísaný v registri partnerov verejného sektora a zároveň či navrhovaný subdodávateľ spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistujú u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6

písm. a) až g) a ods. 7 a 8, ako to vyplýva z ustanovenia § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

43. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v námietkach poukazuje na ustanovenia zákona, ktoré by mali byť podľa jeho názoru postupom kontrolovaného v tomto prípade porušené. Podľa kontrolovaného sa navrhovateľ opiera o rozhodnutie úradu, ktoré sa týka inej právnej skutočnosti, čo bolo uvedené aj v odôvodnení k zamietnutiu žiadosti o nápravu. Rozhodnutie úradu č. 8606-6000/2019-OD a jeho závery sú právne irelevantné, pretože sa týkajú podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní v predchádzajúcej súťaži, kedy bolo vyžadované už v ponuke preukázať, že uchádzač má k dispozícii technické kapacity na realizáciu stavby, čo nie je v tejto súťaži vyžadované.
44. Kontrolovaný poukazuje na bod námietok, v ktorom navrhovateľ poukazuje podľa neho na „šikanózny a neštandardný postup kontrolovaného v prípade zaslania výzvy na doplnenie žiadosti o nápravu, ktorú zdôvodnil tak, že z obsahu žiadosti nie je možné identifikovať, ako konkrétne sú alebo by mohli byť dotknuté práva alebo právom chránené záujmy žiadateľa v tomto prípade.“ Podľa názoru kontrolovaného nehorázny a neštandardný je postup navrhovateľa, keď bez dôkazov vyslovuje domnienku o tom, že bolo cieľom zaslanej výzvy odradiť navrhovateľa od uplatnenia revízných postupov podľa zákona o verejnom obstarávaní. V tomto konkrétnom prípade je to len domnienka, že zo žiadosti o nápravu jednoznačne vyplýva, v čom spočíva porušenie zákona o verejnom obstarávaní v podobe ustanovenia súťažnej podmienky ako aj aké práva či právom chránené záujmy navrhovateľa boli týmto postupom kontrolovaného dotknuté.
45. Tvrdenie, že uvedené preukazuje aj skutočnosť, že hneď nasledujúci deň po doručení doplnenia žiadosti o nápravu bolo kontrolovaným podpísané siahodhlé a vyčerpávajúce zamietnutie žiadosti o nápravu, ktoré aj napriek svojmu rozsahu obsahovo nespĺňa podmienku riadneho zdôvodnenia zamietnutia žiadosti o nápravu, je nenáležité a poukazuje na špekulatívny prístup navrhovateľa, ktorý namiesto konkrétnych skutočností, ktoré by mali poškodzovať jeho právo v prístupe k verejnej zákazke, uviedol len všeobecné a nekonkrétne úvahy o možnom obmedzení hospodárskej súťaže pre iných podnikateľov, ktorí by mohli mať záujem o predmetnú zákazku. Zákon ukladá kontrolovanému povinnosť v určenej lehote oznámiť výsledok vybavenia žiadosti o nápravu, čo je len 7 dní (§ 165 zákona o verejnom obstarávaní). Vzhľadom na to, že navrhovateľ v žiadosti neuviedol konkrétne skutočnosti o tom, ako a v čom by mal byť dotknutý vo svojich právach, dostal príležitosť žiadosť doplniť. Predložil doplnenie svojej žiadosti len formálne. Podrobnejšie odôvodnenie ku každému bodu odôvodnenia žiadosti o nápravu obsahuje oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu zo dňa 23. 08. 2022.
46. Nie je účelom opravného prostriedku, aby ten, čo sa domnieva, že jeho práva a právom chránené záujmy sú alebo by mohli byť postupom kontrolovaného dotknuté, aby poučoval kontrolovaného a obviňoval ho z porušovania zákona bez relevantných dôkazov, na základe ktorých by skutok mohol byť preukázaný a potvrdený. Takéto konanie nepodporuje dobré obchodné mravy pri obchodných záväzkových vzťahoch, zmluvách vo verejnom sektore - jeden z cieľov vo verejnom obstarávaní.
47. Kontrolovaný v tomto prípade nebráni nikomu predložiť ponuku za predpokladu, že uchádzač je spôsobilý preukázať aj splnenie určených podmienok súťaže, ktorými sa kontrolovaný usiluje minimalizovať situáciu, aby zákazku získal uchádzač, ktorý nevie garantovať svojimi

skúsenosťami a kapacitami, že je spôsobilý a schopný realizovať stavbu vo verejnom záujme, osobitne, ak jedna súťaž na zadanie tejto zákazky už bola raz zmarená.

48. Tvrdenia, že „postup kontrolovaného predstavuje výrazný zásah do práv navrhovateľa, najmä práv majetkových a na slobodný výkon podnikateľskej činnosti, ktoré sa okrem iného realizuje aj v podobe účasti vo verejnom obstarávaní, práva na zachovanie zákonnosti procesu verejného obstarávania, vrátane možnosti uplatniť opravné prostriedky (revízne postupy) a na prístup k verejným zákazkám“ a že „Priamu majetkovú ujmu navrhovateľa v dôsledku nezákonného postupu vo verejnom obstarávaní predstavujú vynaložené náklady na prípravu a podanie žiadosti o nápravu“ sú podľa kontrolovaného neodôvodnené a k naplneniu skutkov nedošlo.
49. Navrhovateľ svojím vyjadrením, že „za uvedeným podmienok stanovených verejným obstarávateľom nie je schopný reálne stanoviť ponukovú cenu“, vyvoláva dôvodnú pochybnosť o svojej schopnosti a kvalifikácii pre účasť v tejto súťaži, ak berie kontrolovaný do úvahy, že iné hospodárske subjekty pôsobiace na trhu s tým problém nemajú. Kontrolovaný nepochybuje, že navrhovateľ je schopný reálne stanoviť ponukovú cenu, len tvrdí, že neuviedol pravý dôvod, prečo mu vadí obmedzenie pre využitie subdodávateľov, a preto má za to, že navrhovateľ v tomto prípade podal zjavne nedôvodnú námietku.
50. Na zabezpečenie riadneho priebehu procesu v tomto prípade vzhľadom na množstvo otázok, v dôsledku ktorých dochádza aj k špekulatívnemu aplikovaniu opravného prostriedku, čo v podstate naruša aj čestnú hospodársku súťaž a môže viesť aj k opakovanému zmareniu súťaže, boli zo strany vecného gestora kontrolovaného opakovane posúdené a prehodnotené podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) a písm. l) zákona o verejnom obstarávaní vo vzájomných súvislostiach a väzbe na podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Znenie uvedených podmienok účasti a vysvetlenie k nim bude primerane upravené a sprístupnené v profile kontrolovaného tak, aby boli doručené dostatočne vopred. Lehota na predkladanie ponúk bola v dôsledku podaných námietok predĺžená o viac ako 30 dní, v tomto čase do 17. 10. 2022, ak nebude rozhodnuté inak a informácia o tom bola sprístupnená v profile kontrolovaného.
51. Čo sa týka obmedzenia využitia subdodávateľov - podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) v spojení s § 38 ods. 4 zákona, podľa ktorej sa vyžaduje, aby uchádzač vykonal priamo sám (vlastnými kapacitami) určité práce, bolo prijaté rozhodnutie, že môže byť obmedzenie určené položkami upravené a položka; Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele z požiadaviek vypustená. Nové znenie požiadaviek: Ide o nasledovné stavebné činnosti na objektoch:
SO101-00 - Cesta 1/75 - Šaľa obchvat
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový
SO 202-00 - Most na c. 1/75 nad Váhom v km 1,795
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov
52. Kontrolovaný má za to, že v tomto prípade navrhovateľ tým, že bez relevantných dôvodov a dôkazov napáda postup kontrolovaného, podal v tomto prípade zjavne nedôvodnú námietku, ktorou hrozí vznik škody, ak sa znemožní opakovane ukončiť súťaž uzavretím zmluvy a nebude možné začať realizovať stavbu, na ktorú čakajú občania Slovenskej republiky.

53. Vzhľadom na to, že zo skutočností tvrdených v námietkach alebo z iných úradu známych skutočností je mimo rozumnú pochybnosť zrejmé, že podané námietky sú zjavne nedôvodné, kontrolovaný navrhuje úradu konanie o námietkach zastaviť podľa § 174 ods. 1 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní.

Zistenia úradu

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

54. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 127-360270 dňa 05. 07. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 151/2022 dňa 06. 07. 2022 pod značkou 31235 - MSP verejnú súťaž na predmet zákazky s názvom „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 75 376 866,00 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Zákazka je financovaná z fondov Európskej únie. Navrhovateľ dňa 15. 08. 2022 prostredníctvom systému EVO odoslal kontrolovanému žiadosť o nápravu. Kontrolovaný dňa 17. 08. 2022 odoslal navrhovateľovi výzvu na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu. Navrhovateľ dňa 22. 08. 2022 doplnil žiadosť o nápravu. Kontrolovaný dňa 24. 08. 2022 vybavil navrhovateľovu žiadosť o nápravu tak, že ju v celom rozsahu zamietol. Následne navrhovateľ dňa 05. 09. 2022 podal predmetné námietky.
55. V **oznámení o vyhlásení verejného obstarávania** vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania dňa 06. 07. 2022 pod značkou 31235- MSP, oddiel III. „Právne, ekonomické, finančné a technické informácie“, bod III.1) „Podmienky účasti“, podbod III.1.3 **Technická a odborná spôsobilosť** je uvedené, cit.: „(...) *Odôvodnenie primeranosti* (§ 38 ods. 5 zákona):

Vzhľadom na to, že pre stavebné práce na vybudovaní novej komunikácie I. triedy je zásadné, aby boli práce ukončené riadne a v lehote požadovanej verejným obstarávateľom, a preto je dôležité, aby mal uchádzač k dispozícii aj dostatočné vlastné kapacity.

Podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona: Vyžaduje sa uviesť podiel plnenia zo zmluvy, ktorý má uchádzač v úmysle zabezpečiť subdodávateľom.

Odôvodnenie primeranosti (§ 38 ods. 5 zákona):

Vzhľadom na to, že stavebné práce sa realizujú na výstavbe novej cesty I. triedy, je opodstatnený predpoklad, že uchádzač pri plnení zmluvy využije aj kapacity subdodávateľov najmä v prípade, ak nebude disponovať dostatočnými kapacitami pre realizáciu stavebných prác. Vzhľadom na charakter stavebných prác, verejný obstarávateľ určil, aby niektoré práce uchádzač vykonal vlastnými kapacitami v súlade s § 38 ods. 4 zákona.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Uvedené v súťažných podkladoch“.

56. V **oznámení o vyhlásení verejného obstarávania** vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania dňa 06. 07. 2022 pod značkou 31235-MSP, oddiel III. „Právne, ekonomické, finančné a technické informácie“, bod III.2) „Podmienky týkajúce sa zákazky“, podbod III.2.2 **Podmienky vykonania zákazky** je uvedené, cit.: „(...)Podľa článku 4.1 OZP

Objednávateľ vyžaduje sa, aby určité podstatné časti Diela vykonal priamo sám Zhotoviteľ. Ide o SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat a SO202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795.

Podrobnejšie v súťažných podkladoch. “

57. V **súťažných podkladoch** v časti III. SPLNENIE PODMIENOK ÚČASTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ, v **bode 15. PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA TECHNICKEJ ALEBO ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI** týkajúcej sa **podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona** o verejnom obstarávaní je uvedené, cit.:
- „Minimálna požadovaná úroveň štandardov:**

K podmienke podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona:

Vyžaduje sa, aby uchádzač uviedol minimálne podiel plnenia zo zmluvy subdodávateľmi a zároveň ich uviedol do zoznamu. V zmysle ustanovenia § 41 ods. 1 písm. b) zákona verejný obstarávateľ taktiež požaduje, aby navrhovaní subdodávatelia splňali podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistovali u nich dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie za zhotovovanie stavebných prác sa preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má subdodávateľ plniť. Vyžaduje sa, aby uchádzač uviedol, ktorej časti predmetu zákazky sa bude plnenie subdodávateľom týkať, označením príslušných položiek v rozpočte s identifikáciou známeho subdodávateľa alebo s uvedením, že subdodávateľ nie je známy v čase predkladania ponuky.

Zároveň verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona vyžaduje, aby uchádzač vykonal priamo sám (vlastnými kapacitami) tieto práce:

Ide o nasledovné stavebné činnosti na stavebných objektoch:

SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový

SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele

Hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti Jednotným európskym dokumentom podľa § 39 zákona. “

58. V **súťažných podkladoch** v dokumente s názvom **„OSOBITNÉ ZMLUVNÉ PODMIENKY“** v podčlánoku 4.1 „Všeobecné povinnosti zhotoviteľa“ je uvedené, cit.:
- „Objednávateľ vyžaduje, aby určité podstatné časti Diela vykonal priamo sám Zhotoviteľ. Ide o nasledovné stavebné činnosti na stavebných objektoch:*

SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový

SO202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele“

59. V prílohe zmluvy o dielo s názvom „**Vyhlásenie uchádzača k podmienkam podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona v spojení s § 38 ods. 4 zákona**“ je uvedené, cit.:

„Dolu podpísaní zástupca uchádzača týmto čestne vyhlasujeme, že na realizácii predmetu zákazky s názvom Zákazka: Cesta I/75 Šaľa – obchvat, vyhlásenú verejným obstarávateľom Slovenská správa ciest, Miletičova 19, 826 19 Bratislava. Zverejnenie v Ú.v. EU: S 000 zo dňa pod značkou 2022/S 000-doplniť... a vo Vestníku: č.doplniť... /2022 - pod značkou – MSP

Na realizácii stavebných objektov:

Stavebný objekt 101-00 Cesta I/75 Obchvat Šaľa

Stavebný objekt 202 most č. I/75 nad Váhom v km 1,795

Podstatné časti diela uskutočníme vlastnými kapacitami

Časť stavby	Číslo položky		Názov položky	M.j.	Množstvo
101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat	45.23.12	22030640	Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón	m3	18029,37
	45.23.12	22030641	Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový	m3	5561,4
202-00 - Most na c.I/75 nad Váhom v km 1,795	45.21.21	11080503	Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého	m3	9408,388
	45.21.21	11080512	Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov	m2	23764,24
	45.21.21	11080522	Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele	t	393,408

(...)“

60. Vo výkaze výmer k stavebnému objektu **101-00 Cesta I/75 – Šaľa obchvat**, ktorý je súčasťou dokumentácie kontrolovaného, je pri poradových číslach **56 a 57** výkazu uvedené, cit.:

Stavba:		Cesta I/75 Šaľa - obchvat				
Objekt		101-00 Cesta I/75 - Šaľa obchvat				
Klasifikácia stavby:		2111				
Por.č.	Klasifikácia produkcie	Číslo položky		Výkaz konštrukcií a pracovných činností	M.j.	Množstvo
		položka	podpoložka			
	45.23.12			Práce na vrchnej stavbe diaľnic (okrem visutých), ciest, ulíc, chodníkov a nekrvých parkovísk		

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

56	22030640	2203064001	- vozovka spojovací postrek PS 0,5kg/m ² - na podkladnú vrstvu AC Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón triedy I	m3 m3	18 029,37 10 730,02
		2203064004	- vozovka asfaltový betón pre podkladovú vrstvu ACp 22-I hr. 70mm 153286m ² *0,07m Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón triedy I modifikovaný - vozovka asfaltový betón pre ložnú vrstvu modifikovaný AC 16, I-I, hr. 50mm 145987*0,05=	10 730,02 m3	7 299,35
57	22030641	2203064101	Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový triedy I výstup z počítača vozovka SMAo 11 hr. 40mm*plocha= 139035m ² *0,04=	m3 m3	5 561,40 5 561,40
				5 561,40	

61. Vo výkaze výmer k stavebnému objektu **202-00 Most c. I/75 nad Váhom v km 1,795**, ktorý je súčasťou dokumentácie kontrolovaného, je v **položkách 38, 39 a 41** výkazu uvedené, cit.:

Stavba: *Cesta I/75 Šaľa - obchvat*
Objekt: *202-00 Most na c.I/75 nad Váhom v km 1,795*
Klasifikácia stavby: *2141*

Por. č.	Klasifikácia produkcie	Číslo položky		Výkaz konštrukcií a pracovných činností	M.j.	Množstvo
		položka	podpoložka			
(...)	45.21.21			Práce na hrubej stavbe mostov a visutých diaľnic		
(...)						
38		11080503		Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého	m3	9 408,39
			1108050310	Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého, tr. C 45/55 (B 55)	m3	9 408,39
39		11080512	1108051201	DC1_E_10 [m3]		302,99
				DC1_E_3-zm [m3]		29,05
				DC1_E_4.1 [m3]		279,60
				DC1_E_4.2 [m3]		279,76
				DC1_E_5 [m3]		584,64
				DC1_E_6 [m3]		584,64
				DC1_E_7 [m3]		305,90
				DC1_E_8 [m3]		584,64
				DC1_E_9 [m3]		584,64
				DC1_Ev_1 [m3]		1 537,95
				DC1_Ev_2 [m3]		1 523,87
				DC2_E_1 [m3]		504,59
				DC2_E_2 [m3]		506,16
				DC2_E_3 [m3]		506,16
				DC2_E_4 [m3]		506,16
				DC2_E_5 [m3]		506,16
				DC2_E_6 [m3]		281,49
				Spolu:		9 408,39
				Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov	m2	23 764,24
				Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov drevených	m2	23 764,24
				DC1_E_10 [m2]		794,52
				DC1_E_3-zm [m2]		83,96
				DC1_E_4.1 [m2]		675,69
				DC1_E_4.2 [m2]		675,60
				DC1_E_5 [m2]		1 557,27
				DC1_E_6 [m2]		1 557,30

			DC1_E_7 [m2]	802,96		
			DC1_E_8 [m2]	1 557,23		
			DC1_E_9 [m2]	1 557,24		
			DC1_Ev_1 [m2]	3 532,87		
			DC1_Ev_2 [m2]	3 538,46		
			DC2_E_1 [m2]	1 267,70		
			DC2_E_2 [m2]	1 356,80		
			DC2_E_3 [m2]	1 356,80		
			DC2_E_4 [m2]	1 356,80		
			DC2_E_5 [m2]	1 356,80		
			DC2_E_6 [m2]	736,27		
			Spolu:	23 764,24		
(...)						
41	11080522		Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpinacej ocele	t	393,41	
	1108052202		Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpinacej ocele, lán	t	393,41	
			Predpatie DC1 19%%C15,7 - káble spojitosti [t]	199,35		
			Predpatie DC1 19%%C15,7 - vahadlá [t]	99,40		
			Predpatie DC2 - 15%%C15,7 [t]	47,51		
			Predpatie DC2 - 22%%C15,7 [t]	47,14		
			Spolu:	393,41		
(...)						

62. V žiadosti o nápravu zo dňa 12. 08. 2022, ktorú odoslal navrhovateľ kontrolovanému prostredníctvom IS EVO dňa 15. 08. 2022 je uvedené, cit.: „(...) 3. Žiadosť o nápravu smeruje proti súťažným podmienkam uvedeným vo ZVÄZKU I POKYNY NA VYPRACOVANIE PONUKY súťažných podkladov, časť III. SPLNENIE PODMIENOK ÚČASTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ, bod 15. PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA TECHNICKÉJ ALEBO ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI (ďalej len „Podmienky účasti“), a to konkrétne proti nasledovným súťažným podmienkam:

„Zároveň verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona vyžaduje, aby uchádzač vykonal priamo sám (vlastnými kapacitami) tieto práce: Ide o nasledovné stavebné činnosti na stavebných objektoch:

SO 101-00 - Cesta 1175 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový

SO 202-00 - Most na c. 1175 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpinacej ocele“

(ďalej len „Súťažná podmienka“ alebo „Práce vykonávané vlastnými kapacitami“)

4. Žiadosť o nápravu teda smeruje proti stanoveniu spôsobu a rozsahu stavebných činností zo strany verejného obstarávateľa, ktoré má vykonať priamo uchádzač resp. nemôže vykonať subdodávateľ uchádzača (t. j. proti spôsobu aplikácie oprávnenia podľa § 38 ods. 4 ZVO), keďže zo súťažných podkladov vyplýva, že primeranosť stanovenia tejto Súťažnej podmienky verejný obstarávateľ odôvodňuje vo všeobecnosti len v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, a to nasledovne:

„Vzhľadom na to, že stavebné práce sa realizujú na výstavbe novej cesty I. triedy, je opodstatnený predpoklad, že uchádzač pri plnení zmluvy využije aj kapacity subdodávateľov najmä v prípade, ak nebude disponovať dostatočnými kapacitami pre realizáciu stavebných

prác. Vzhľadom na charakter stavebných prác, verejný obstarávateľ určil, aby niektoré práce uchádzač vykonal vlastnými kapacitami v súlade s § 38 ods. 4 zákona. “

5. S poukazom na vyššie uvedené znenie Súťažnej podmienky, navrhovateľ považuje Súťažnú podmienku za stanovenú v rozpore s § 38 ods. 4 a 5 ZVO, ako aj v rozpore so základnými princípmi ZVO, pričom tieto rozpory ďalej odôvodňuje v tejto žiadosti o nápravu.

III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky:

6. Podľa § 10 ods. 2 ZVO: „Verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti. “

7. Podľa § 38 ods. 4 ZVO: „Pri zadávaní zákazky na uskutočnenie stavebných prác, zákazky na poskytnutie služby alebo zákazky na dodanie tovaru, ktorá zahŕňa aj činnosti spojené s umiestnením alebo montážou, môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadovať, aby určité podstatné úlohy vykonal priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov. “

8. Podľa § 38 ods. 5 ZVO: „Podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. “

9. Navrhovateľ má za to, že verejný obstarávateľ pri aplikácii § 38 ods. 4 ZVO postupoval v rozpore so ZVO, nakoľko:

a. preskúmateľne nezdôvodnil, prečo stavebné činnosti na stavebných objektoch v Súťažnej podmienke sú podstatné úlohy pri plnení zákazky, ani sa nezaoberal primeranosťou a potenciálnym diskriminačným charakterom takto stanovenej Súťažnej podmienky;

b. vymedzenie Prác vykonávaných vlastnými kapacitami je neurčité, nakoľko z vymedzenia položiek na stavebných objektoch, ktoré sú uvedené v Súťažnej podmienke, nie je zrejmé, ktoré konkrétne stavebné práce a činnosti má uchádzač vlastnými kapacitami zrealizovať, nakoľko

v Súťažnej podmienke verejný obstarávateľ vymedzuje položky, ktoré spočívajú v dodaní materiálu (tovaru) k realizácii stavebných objektov a nepredstavujú presné vymedzenie charakteru a rozsahu konkrétnych prác a stavebných činností, ktoré by mal uchádzač s poukazom na § 38 ods. 4 ZVO vykonať vlastnými kapacitami.

10. Bez toho, aby verejný obstarávateľ nezdôvodnil konkrétne, prečo charakter Prác vykonávaných vlastnými kapacitami (t. j. charakter každej jednej činnosti a práce osobitne) je taký, že vyžaduje priame plnenie uchádzačom, ako aj, že ich rozsah je primeraný a nedochádza skrz túto Súťažnú podmienku k bezdôvodnej diskriminácii hospodárskych subjektov, je nutné Súťažnú podmienku považovať za rozpornú so ZVO. Navyiac, v prípade Prác vykonávaných vlastnými kapacitami ako potenciálny uchádzač z dôvodu neurčitosti vymedzenia (resp. priam nevhodnosti vymedzenia) tejto podmienky účasti, ani nedokážeme presne stanoviť, ktoré práce a činnosti si verejný obstarávateľ podľa § 37 ods. 4 ZVO Súťažnou podmienkou vyhradil k realizácii vlastnými kapacitami uchádzača, a teda ani nedokážeme v súlade so súťažnými podkladmi vypracovať a naceniť ponuku bez rizika nesplnenia Súťažnej podmienky.

11. Pokiaľ by sme sa aj výkladovo vzhľadom na obsah položiek uvedených v rámci Súťažnej podmienky pokúsili vyabstrahovať, ktoré konkrétne podstatné stavebné práce a činnosti si verejný obstarávateľ asi chce vymedziť k realizácii priamo uchádzačom, tak aj takéto vymedzenie nie je primerané, pôsobí diskriminačne a obmedzuje hospodársku súťaž, a to predovšetkým vo vzťahu k SO 202 00, ktorý by mohli realizovať, a teda byť uchádzačom, výlučne spoločnosti, ktoré majú v predmete podnikania / sú spôsobilé realizovať konštrukcie z predpätého betónu či predpínacej výstuže. To je samozrejme nedovoleným a ničím neodôvodneným obmedzením súťaže, keďže väčšina stavebných spoločností naprieč spektrom v Slovenskej republike, ako i mimo územia Slovenskej republiky, nemá v predmete podnikania realizáciu predpínania, pričom tieto činnosti sa tradične realizujú subdodávateľsky špecializovanými spoločnosťami bez ohrozenia realizácie diela ako celku.

12. Navrhovateľ má za to, že Súťažná podmienka je teda navyše aj skryto diskriminačná, keďže umelo zužuje okruh hospodárskych subjektov, ktorí majú možnosť zúčastniť sa priamo verejného obstarávania, čím sa bráni čestnej hospodárskej súťaži, a zároveň je neprimeraná, keďže nie je (s odhliadnutím na jej neurčitost') v žiadnom ohľade zdôvodnená potreba jej aplikácie vzhľadom na charakter zákazky a stavebných prác a činností, ktoré by podľa úvahy navrhovateľa mohli spadať do Prác vykonávaných vlastnými kapacitami tak, ako sú vymedzené verejným obstarávateľom v Súťažnej podmienke.

13. Navrhovateľ taktiež dáva do pozornosti, že Úrad pre verejné obstarávanie vydal rozhodnutie č. 8606-6000/2019-OD, ktorého závery sú plne aplikovateľné aj na stanovenie podmienky účasti podľa § 38 ods. 4 ZVO verejným obstarávateľom, pričom konanie verejného obstarávateľa pri stanovení Súťažnej podmienky podľa presvedčenia navrhovateľa tieto závery o nezákonnosti postupu napĺňa, čo činí Súťažnú podmienku za rozpornú so ZVO: „Určením podmienok účasti vo verejnom obstarávaní nemôže teda verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov, ale musí umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú objektívne schopní zrealizovať predmet zákazky.“ „Úrad má za to, že kontrolovaný znemožnil niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek na preukazovanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke, čím došlo zo strany kontrolovaného ku skrytej forme neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní, a takýto postup kontrolovaného je potrebné považovať v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a princípom nediskriminácie uchádzačov a záujemcov a hospodárnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené konanie je v rozpore aj s § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a to možným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Zistené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.“

14. Na základe vyššie uvedeného uzatvárame, že Súťažnú podmienku z dôvodu jej neurčitosti, neprimeranosti, netransparentnosti a skryto diskriminačného charakteru považujeme za nezákonnú, pričom sa domáhame vykonania nápravy v zmysle kapitoly IV. tejto žiadosti o nápravu.

IV. Návrh nápravy

15. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhovateľ navrhuje, aby verejný obstarávateľ identifikovanú nezákonnosť v podobe Súťažnej podmienky odstránil tak, že Súťažnú podmienku odstráni zo súťažných podkladov, t. j. z Podmienok účasti bod 15 odstráni podmienku vykonania prác vlastnými kapacitami v rozsahu

nasledovných stavebných činností na stavebných objektoch:

SO 101-00 - Cesta 1/75 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový **Zákazka/stavebné práce: Cesta 1/75 Šaľa - obchvat Strana 11 z 62**

SO 202-00 - Most na c. 1/75 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele

16. V prípade, ak verejný obstarávateľ žiadosti o nápravu vyhovie a to tým, že odstráni Súťažnú podmienku tak, ako navrhovateľ navrhuje, prípadne vykoná inú nápravu na odstránenie vyššie identifikovanej nezákonnosti navrhovateľ súčasne verejného obstarávateľa žiada, aby primerane predĺžil lehotu na predkladanie ponúk, a to aspoň o 10 dní.(...)“

- 63. Vo výzve na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 1 zákona zo dňa 17. 08. 2022**, ktorú odoslal kontrolovaný navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dňa 17. 08. 2022 je uvedené, cit.: „(...) Podanie žiadosti o nápravu garantuje zákon každému v prípade, ak sa domnieva, že jeho práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa. (§ 164 ods. 1: Uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8, môže podať žiadosť o nápravu proti)

Podľa nášho názoru žiadosť o nápravu neobsahuje náležitosti podľa § 164 ods. 2 písm. d) zákona, konkrétne nie je naplnená dikcia predmetného ustanovenia v opise rozhodujúcich skutočností a označení dôkazov, pretože z obsahu žiadosti nie je možné identifikovať, ako konkrétne sú alebo by mohli byť dotknuté práva alebo právom chránené záujmy žiadateľa postupom verejného obstarávateľa v tomto konkrétnom prípade.

Argumentácia žiadateľa, dôvody a uvádzané dôkazy uvedené v časti „III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky“ v 9-tich bodoch sú sporné najmä preto, lebo nedokazujú, že v tomto prípade je postup v rozpore so zákonom. V obsahu odôvodnenia sú uvedené len všeobecné úvahy a nepodložené domnienky, ktoré poukazujú na zjavné nepochopenie inštitútu opravného prostriedku a na konanie, ktoré vzbudzuje dôvodné pochybnosti o účele podanej žiadosti o nápravu.

Verejný obstarávateľ má za to, že Žiadateľ „ako právnická osoba, ktorá na trhu uskutočňuje stavebné práce“, je technicky a odborne spôsobilý realizovať predmet zákazky podľa PD a podľa požiadaviek na plnenie predmetu zákazky. Ak by žiadateľ požiadal o vysvetlenie, tak by mu bolo poskytnuté. Žiadateľom napádaná tzv. „súťažná podmienka“, nie je priamo podmienkou účasti, ale sa viaže k podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona, tak ako je to uvedené v súťažných podkladoch v bode č. 15 v časti „Minimálna požadovaná úroveň štandardov: K podmienke podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona“. V tejto súvislosti dávame do pozornosti aj dokument „Odpovede na otázky VO 437629.pdf“, ktorý je priebežne aktualizovaný a v ktorom pod poradovým číslom 15. bola dňa 07.08.2022 na otázku pod č. 49, v ktorej iný záujemca navrhoval upraviť podmienky účasti v súvislosti s aplikáciou § 38 ods. 4 zákona, zverejnená odpoveď v nasledovnom znení: „Návrh záujemcu na úpravu a zmenu znenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) a písm. g) zákona tak ako je uvedený, je neprijateľný najmä preto, lebo zmena podmienok účasti, osobitne minimálne požadovanej úrovne predmetných podmienok účasti by mohla byť chápaná ako obmedzujúca a diskriminačná.

Každý záujemca spôsobilý realizovať predmet zákazky pri vypracovávaní svojej ponuky by mal mať na pamäti, že určené stavebné práce na určených objektoch nemôže zadať inému subjektu, teda, že tieto práce nemôžu byť predmetom subdodávky a má mať k tomu vytvorené zodpovedajúce personálne a technické kapacity .“

S poukazom na vyššie uvedené je v záujme žiadateľa doplniť žiadosť o nápravu tak, aby bolo jednoznačné, ako konkrétne sú, boli alebo by mohli byť dotknuté práva alebo právom chránené záujmy samotného žiadateľa v tomto konkrétnom prípade. Okrem toho si dovoľujeme pripomenúť, že v procese zadávania zákazky ide o uzavretie obchodného záväzkového vzťahu a v tomto prípade konanie účastníkov procesuje limitované zákonom o verejnom obstarávaní, t. j. pravidlá platia pre obidve strany budúcej zmluvy. Máme za to, že konanie žiadateľa v tomto prípade, keď bez relevantných informácií prejudikuje rozpor so zákonom, nepodporuje dobré obchodné mravy a neprispieva ani k čestnej hospodárskej súťaži, ale bráni dosiahnutiu cieľa - uzavretiu zmluvy v rozumnom čase.

V súlade s ustanovením § 165 ods. 1 zákona verejný obstarávateľ vyzýva žiadateľa na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu . Doplnená žiadosť o nápravu musí byť doručená do troch pracovných dní odo dňa doručenia výzvy. (...)“

64. V **žiadosti o nápravu zo dňa 22. 08. 2022**, ktorú odoslal navrhovateľ kontrolovanému prostredníctvom IS EVO dňa 22. 08. 2022 je uvedené, cit.: „(...) K Výzve a skutočnostiam uvedeným vo Výzve si navrhovateľ dovoľuje uviesť nasledovné, čím zároveň aj dopĺňa žiadosť o nápravu:

Úvodom si navrhovateľ dovoľuje podotknúť, že podľa názoru navrhovateľa nie je Výzva dôvodná, pričom navrhovateľ má za to, že zo žiadosti o nápravu jednoznačne vyplýva, v čom spočíva porušenie ZVO v podobe stanovenia Súťažnej podmienky, ako aj aké práva či právom chránené záujmy navrhovateľa sú týmto postupom verejného obstarávateľa dotknuté. Napriek uvedenému, pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností a dúfajúc v relevantné vybavenie žiadosti o nápravu navrhovateľ dopĺňa nasledovné skutočnosti a zdôvodnenia žiadosti o nápravu.

Pokiaľ sa vo všeobecnosti verejný obstarávateľ rozhodne v súťažných podkladoch aplikovať § 38 ods. 4 ZVO, t. j. vymedziť podstatné práce, ktoré vyžaduje, aby vykonal priamo uchádzač, a teda tieto podstatné práce nemôžu byť vykonané subdodávateľsky, predmetné konanie predstavuje súťažnú podmienku, ktorá musí byť stanovená v súlade so ZVO a jeho základnými princípmi, predovšetkým musí byť určitá, primeraná a nediskriminačná, a to z dôvodu, že takáto súťažná podmienka významne zasahuje do cenotvorby každého uchádzača (uchádzač teda zvažuje, ako využiť vlastné a subdodávateľské kapacity k realizácii zákazky tak, aby dosiahol ekonomicky najoptimálnejšie a najviac konkurencie schopnú ponuku, a teda, aby získal zákazku, o ktorej realizáciu má záujem podaním ponuky).

Verejný obstarávateľ v prípade tejto zákazky v rámci Súťažnej podmienky aplikuje § 38 ods. 4 ZVO, avšak táto aplikácia je v rozpore so ZVO, nakoľko:

- Súťažná podmienka je neurčitá a navrhovateľ nedokáže naceniť svoju ponuku, a teda ani zúčastniť sa verejného obstarávania (t. j. nemožnosť naceniť a zúčastniť sa verejného obstarávania predstavujú dotknuté práva a právom chránené záujmy navrhovateľa), keďže zo znenia Súťažnej podmienky navrhovateľ nedokáže presne identifikovať, ktoré práce a činnosti musí v ponuke kalkulovať, že bude musieť vykonať vlastnými kapacitami, a ktoré môže realizovať subdodávateľsky (verejný obstarávateľ iba vymedzuje položky, ktoré spočívajú predovšetkým v dodaní materiálu (tovaru) k realizácii stavebných objektov a nepredstavujú

presné vymedzenie charakteru a rozsahu konkrétnych prác a stavebných činností, a teda navrhovateľ nevie stanoviť, aký konkrétny rozsah prác a stavebných činností chce verejný obstarávateľ, aby uchádzač vykonal vlastnými kapacitami);

- verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch nezdôvodnil, prečo vôbec je nevyhnutné v rámci verejného obstarávania a realizácie zákazky vymedzovať akýkoľvek rozsah podstatných prác a činností (t. j. stanoviť Súťažnú podmienku ako takú), ktoré musí vykonať priamo uchádzač a nie je prijateľné, aby tieto práce a činnosti vykonal subdodávateľ uchádzača, čo opätovne bezdôvodne zasahuje do práva uchádzača vypracovanie ponuky do verejného obstarávania bez neodôvodnených obmedzení verejného obstarávateľa.

Skutočnosť, že v texte žiadosti o nápravu navrhovateľ hypoteticky uvažuje aj o potenciálnom diskriminačnom charaktere Súťažnej podmienky je len pre dokreslenie situácie, že navrhovateľ (a podľa presvedčenia ani žiaden relevantný potenciálny uchádzač) nemá jasnú predstavu o tom, ktoré práce a činnosti, a v akom rozsahu sú zo strany verejného obstarávateľa myslené ako vyhradené pre realizáciu priamo iba uchádzačom a nemôžu byť realizované subdodávateľsky.

Pre úplnosť opätovne navrhovateľ vo vzťahu k potenciálne diskriminačnému charakteru Súťažnej podmienky dáva do pozornosti, že v rámci položiek, ktorými vymedzil verejný obstarávateľ Práce vykonávané vlastnými kapacitami pri SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795, verejný obstarávateľ predpokladá realizáciu stavebných prác a činností v podobe vyhotovenia nosných konštrukcií inžinierskych stavieb, mostných komorových z predpätého betónu a výstuže z predpínacej ocele, ktoré podľa vedomostí navrhovateľa majú oprávnenie realizovať výlučne niektoré špecializované stavebné spoločnosti v Slovenskej republike a Českej republike (t. j. väčšina relevantných dodávateľov na trhu uvedené práce a činnosti priamo nerealizuje), nakoľko na realizáciu

týchto prác a činností sa vyžaduje osobitné podnikateľské oprávnenie, čo navrhovateľ považuje za neprimerané a skryto diskriminačné, nakoľko pri zákazkách obdobných tejto zákazke verejný obstarávateľ tieto špecializované práce nevyžadujú, aby boli realizované priamo uchádzačom. Nakoľko ani navrhovateľ nie je schopný tieto špecializované práce a činnosti na SO 202-00 realizovať vlastnými kapacitami, musel by nutne buď vytvoriť skupinu dodávateľov so spoločnosťou, ktorá takéto špecializované práce a činnosti realizuje, pričom ak by takúto spoločnosť ochotnú vytvoriť skupinu dodávateľov nenašiel, nemohol by sa zúčastniť verejného obstarávania podaním ponuky, a to aj napriek tomu, že objektívne je schopný predmet zákazky realizovať a spĺňa všetky kvalifikačné predpoklady v rámci stanovených podmienok účasti. Z uvedeného dôvodu má navrhovateľ za to, že Súťažná podmienka nie je primeraná a pôsobí vo vzťahu k navrhovateľovi (a potenciálne aj ďalším záujemcom) neodôvodnene diskriminačne. Pokiaľ je deklarovaným cieľom verejného obstarávateľa, aby dodávateľ mal dostatočné vlastné kapacity na realizáciu predmetu zákazky (čo navrhovateľ nespochybňuje), v súťažných podkladoch verejný obstarávateľ dostatočne zabezpečil tento záujem stanovenými podmienkami účasti, ako aj zmluvnými inštitútmi, preto sa navrhovateľovi javí ako neprimerané a neodôvodnené vyžadovať, aby vlastnými kapacitami uchádzač realizoval aj špecializované stavebné práce a činnosti na SO 202-00 v podobe vyhotovenia nosných konštrukcií inžinierskych stavieb, mostných komorových z predpätého betónu a výstuže z predpínacej ocele, keď sa nejedná o bežné stavebné práce a činnosti bežne realizované najvýznamnejšími stavebnými spoločnosťami, ktoré sa uchádzajú a realizujú zákazky na trhu v Slovenskej republike a Českej republike obdobné tejto zákazke.

Ku skutočnosti uvedenej verejným obstarávateľom vo Výzve, že navrhovateľ mal právo využiť inštitút vysvetlenia pred podaním žiadosti o nápravu navrhovateľ uvádza, že ZVO nevyžaduje,

aby pred uplatnením žiadosti o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podmienkach bola využitá možnosť žiadať o vysvetlenie súťažných podkladov. Navrhovateľ sa identifikovanú nezákonnosť v podobe neurčitosti a neodôvodnenosti Súťažnej podmienky tak, ako je popísané v žiadosti o nápravu, ako aj vyššie, rozhodol napraviť žiadosťou o nápravu a následne sa bude snažiť napraviť aj prípadnou námietkou podanou Úradu pre verejné obstarávanie, pričom uvedené nemôže byť vykladané v neprospech navrhovateľa, keďže je to jeho výsostné právo rozhodnúť sa uplatniť revízny postup podľa ZVO aj napriek tomu, že mohol využiť aj žiadosť o vysvetlenie podľa ZVO.

Zároveň k verejným obstarávateľom vo Výzve uvádzaným odpovediam na otázky v rámci vysvetľovania súťažných ponúk si navrhovateľ dovoľuje podotknúť, že tieto mu boli v čase vypracovania žiadosti o nápravu známe, pričom vecne neriešia to, čo je meritum žiadosti o nápravu, preto tento argument verejného obstarávateľa o neodôvodnenosti žiadosti o nápravu opätovne navrhovateľ považuje za irelevantný.

Navrhovateľ na podklade skutočností uvedených v žiadosti o nápravu a v tomto jej doplnení opätovne navrhuje, aby verejný obstarávateľ vybavil žiadosť o nápravu tak, že Súťažnú podmienku odstráni zo súťažných podkladov, t. j. z Podmienok účasti bod 15 odstráni podmienku vykonania prác vlastnými kapacitami v rozsahu nasledovných stavebných činností na stavebných objektoch:

SO 101-00 - Cesta 1175 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový
Zákazka/stavebné práce: Cesta 1175 Šaľa - obchvat Strana 11 z 62

SO 202-00 - Most na c. 1175 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele

nakoľko v súčasnom znení z dôvodu neurčitosti a neodôvodnenosti Súťažnej podmienky je jej stanovenie v rozpore so ZVO, a to predovšetkým v rozpore s § 38 ods. 4 ZVO.

Pre úplnosť si navrhovateľ dovoľuje verejnému obstarávateľovi pripomenúť, že návrhom na vybavenie žiadosti o nápravu nie je viazaný, a teda môže identifikovanú nezákonnosť Súťažnej podmienky odstrániť aj inak. (...)“

65. **V oznámení o vybavení žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. a) zákona zo dňa 23. 08. 2022**, ktorú odoslal kontrolovaný navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dňa 24. 08. 2022 je uvedené, cit.: „(...) **ODÔVODNENIE**

K jednotlivým bodom žiadosti o nápravu v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky:

K bodom č. 6., č. 7 a č. 8 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

V predmetnom bode odôvodnenia žiadateľ uvádza ustanovenia zákona, ktoré by mali byť podľa jeho mienky postupom verejného obstarávateľa porušené (§ 10 ods. 2, § 38 ods. 4 a ods. 5 zákona), čo je právne irelevantné najmä preto, lebo žiadateľ neuviedol žiadne

konkrétne informácie v tomto prípade, ktoré by zohľadňovali konkrétne súvislosti vzťahujúce sa na predmet veci.

K bodu č. 9 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

Úvahu žiadateľa o tom, že pri aplikácii § 38 ods. 4 zákona verejný obstarávateľ postupoval v rozpore so zákonom, pretože podľa názoru žiadateľa (jeho právneho posúdenia a chápania znenia uvedeného ustanovenia) nebolo preskúmateľne odôvodnené, prečo stavebné činnosti na stavebných objektoch v Súťažnej podmienke sú podstatné úlohy pri plnení zákazky, ani nebola posúdená primeranosť a potenciálny diskriminačný charakter takto stanovenej Súťažnej podmienky, vymedzenie Prác vykonávaných vlastnými kapacitami je neurčité, nakoľko z vymedzenia položiek na stavebných objektoch, ktoré sú uvedené v Súťažnej podmienke, nie je zrejmé, ktoré konkrétne stavebné práce a činnosti má uchádzač vlastnými kapacitami zrealizovať, vymedzené položky spočívajú v dodaní materiálu (tovaru) k realizácii stavebných objektoch a nepredstavujú presné vymedzenie charakteru a rozsahu konkrétnych prác a stavebných činností, považujeme za špekulatívnu a nepodloženú, pretože každý stavbár rozumie, požiadavke, aké konkrétne stavebné činnosti na určených stavebných objektoch podľa určených položiek majú byť vykonané. Nemusí tomu rozumieť právnik, ekonóm, filozof alebo niekto, kto nemá žiadne praktické skúsenosti s realizáciou stavebných prác na stavbe rovnakého alebo podobného charakteru, ako je predmet zákazky v tomto prípade. Okrem toho, každá položka v rozpočte sa viaže na textovú a výkresovú časť PD, ktorú berie každý rozpočtár do úvahy, keď kalkuluje cenu predmetnej položky v súlade so zákonom o cenách, či už robí individuálnu kalkuláciu a/alebo využíva svoju databázu pre kalkuláciu ceny a nie databázu z verejne dostupných cenníkov. Je samozrejmé, že v cene každej položky sa premietajú nielen nákladové položky za materiál, ale aj za prácu a ďalšie v súvislosti s vlastnými personálnymi a technickými kapacitami, ktoré sú potrebné pre realizáciu diela.

Tvrdenie, že sa verejný obstarávateľ nezaoberal primeranosťou a potenciálnym diskriminačným charakterom určenej požiadavky na predmet zákazky, ktorá súvisí s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona je neopodstatnené a zavádzajúce, čo potvrdzuje aj odpoveď na otázku pod č. 49 zverejnená dňa 07. 08. 2022, v ktorej iný záujemca navrhoval upraviť podmienky účasti v súvislosti s aplikáciou § 38 ods. 4 zákona.

Otázka č. 49:

V zmysle časti Zväzok II súťažných podkladov, článku 4.1 OZP „(..) Objednávateľ vyžaduje, aby určité podstatné časti Diela vykonal priamo sám Zhotoviteľ. Ide o nasledovné stavebné činnosti na stavebných objektoch:

SO 101-00- Cesta 1/75 - Šaľa obchvat:

- Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón
- Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový

SO202-00 - Most na c.1/75 nad Váhom v km 1,795

- Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého
- Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov
- Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele

V súlade s ust. § 38 ods. 4 tak verejný obstarávateľ určil, aby určité podstatné úlohy vykonal priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov. Záujemca je presvedčený, že vyššie uvedená požiadavka mala byť aplikovaná aj na konkrétne podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti uvedené v časti Zväzok 1, časť III, bod 15. súťažných podkladov, konkrétne k:

- *podmienkam podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO,*
- *podmienkam podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO, konkrétne kľúčovým odborníkom hlavný stavbyvedúci, stavbyvedúci na cesty a stavbyvedúci na mosty, nakoľko len tak je zaručené splnenie požiadavky verejného obstarávateľa, aby vyššie uvedené stavebné činnosti na konkrétnych stavebných objektoch zrealizoval priamo úspešný uchádzač.*

S ohľadom na vyššie uvedené doplní verejný obstarávateľ do Zväzku 1, časť III, bod 15. súťažných podkladov požiadavku v nasledovnom znení: „Podľa § 38 ods. 4 ZVO verejný obstarávateľ vyžaduje, aby splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) a g) (pre pozície kľúčových odborníkov hlavný stavbyvedúci, stavbyvedúci na cesty a stavbyvedúci na mosty) zákona preukazoval uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov priamo sám, t. j. uchádzač nemôže využiť na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti technické a odborné kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 ZVO.“?

Odpoveď č. 49:

Návrh záujemcu na úpravu a zmenu znenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) a písm. g) zákona tak ako je uvedený, je neprijateľný najmä preto, lebo zmena podmienok účasti, osobitne minimálne požadovanej úrovne predmetných podmienok účasti by mohla byť chápaná ako obmedzujúca a diskriminačná.

Každý záujemca spôsobilý realizovať predmet zákazky pri vypracovávaní svojej ponuky by mal mať na pamäti, že určené stavebné práce na určených objektoch nemôže zadať inému subjektu, teda, že tieto práce nemôžu byť predmetom subdodávky a má mať k tomu vytvorené zodpovedajúce personálne a technické kapacity.“

Vid'. dokument: „Odpovede na otázky VO 437629.pdf, ktorý je priebežne aktualizovaný, poradové číslo 15.

Napriek tomu, že povinnosť podľa § 38 ods. 5 zákona uviesť odôvodnenie podmienok účasti už neplatí, v oznámení o vyhlásení tejto súťaže k podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona je uvedené: „Vzhľadom na to, že stavebné práce sa realizujú na výstavbe novej cesty I. triedy, je opodstatnený predpoklad, že uchádzač pri plnení zmluvy využije aj kapacity subdodávateľov najmä v prípade, ak nebude disponovať dostatočnými kapacitami pre realizáciu stavebných prác. Vzhľadom na charakter stavebných prác, verejný obstarávateľ určil, aby niektoré práce uchádzač vykonal vlastnými kapacitami v súlade s § 38 ods. 4 zákona.“

Minimálna požadovaná úroveň štandardov k podmienkam účasti je pre nedostatok miesta vo formulári uvedená v súťažných podkladoch.

V časti III.2.2) Podmienky vykonania zákazky je okrem iného uvedené:

„Podľa článku 4.1 OZP Objednávateľ vyžaduje sa, aby určité podstatné časti Diela vykonal priamo sám Zhotoviteľ. Ide o SO 101-00 - Cesta 1/75 - Šaľa obchvat a SO202-00 - Most na c.1/75 nad Váhom v km 1,795. Podrobnejšie v súťažných podkladoch.“

Z uvedeného je zrejmé, že v tomto prípade ide o zmluvnú podmienku, nie podmienku účasti, preto nie je dôvodná domnienka záujemcu, že by verejný obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov už pri predložení ponuky preukázať, že pre práce, ktoré majú v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona vykonať sami, musia mať k dispozícii zodpovedajúce personálne a technické kapacity.

Okrem toho žiadosť o vysvetlenie len potvrdzuje, že nie všetci považujú predmetnú zmluvnú podmienku za neprimeranú a neodôvodnenú diskriminačnú vo vzťahu k záujemcom, ako to uviedol žiadateľ.

Pre vylúčenie podozrenia z údajnej skrytej diskriminácie v tomto prípade žiadame záujemcov, aby vzali do úvahy nižšie uvedené skutočnosti, ktoré majú podľa verejného obstarávateľa zásadný vplyv na to, aby realizácia zákazky bola realizovaná kvalitne a v určenej lehote, a preto bolo uplatnené právo verejného obstarávateľa v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona (pri zadávaní zákazky na uskutočnenie stavebných prác môže verejný obstarávateľ vyžadovať určité podstatné úlohy vykonať priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov) v spojitosti s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona a bol v tomto prípade určený rozsah podstatných prác a činností (podstatné časti stavby / určité podstatné úlohy), čo spadá pod dikciu uvedeného ustanovenia.

K položkám rozpočtu SO 101-00 - Cesta 1/75 - Šaľa obchvat:

Základným prvkom celej stavby je vybudovanie vyše 10 km asfaltovej vozovky hlavnej trasy cesty 1. triedy. Ide o značný objem živých prác, ktoré musia byť vykonávané včas a vzhľadom na objem prác, aj v značnom okamžitom nasadení strojov a zariadení pri bezpodmienečnom dodržaní najvyššej kvality výroby, dodávky a pokládky asfaltových vrstiev. Je pre verejného obstarávateľa nepredstaviteľné, že by zhotoviteľ nedisponoval priamou možnosťou dispozície s výrobou asfaltových zmesí, zabezpečením dostatočného technologicky vhodného materiálu do tejto výroby, nedisponoval priamym vplyvom na potrebné okamžité nasadenie strojov a zariadení na pokládku asfaltových zmesí a bol by v druhom až piatom subdodávateľskom reťazca závislý, či mu dodávatelia v danom, konkrétne pre stavbu nutnom čase, zabezpečia dostatočnú výrobu zmesi v množstve a kvalite a možno niektorí iní zasa pokládku asfaltových zmesí v dostatočnom strojnom nasadení. Nehľadiac na to, že cena v danej kvalite bude najnižšia keď ju bude zabezpečovať priamo výrobca zmesi a disponent strojnými zariadeniami na pokládku. Pri viacstupňovom subdodávateľskom reťazci sa buď cena navýši, alebo sa cena udrží ale za cenu nižšej kvality materiálu alebo realizácie a vždy hrozí riziko, že sa práce nebudú vykonávať včas a v stanovených intervaloch harmonogramu. Takýto prístup by bol teoreticky možný snád na komunikáciách nižšej kategórie, kde nie je tak dôležitá a významná aj záručná kvalita vykonania diela, včasnosť realizácie a príslušná profesionalita pri výrobe a pokládke a kde je najvýznamnejšou len ponúknutá cena. Podmienka zabezpečenia vlastnými kapacitami uchádzača je zavedená do súťaže z dôvodu, že verejný obstarávateľ očakáva včasnú realizáciu podľa predom odsúhlaseného harmonogramu v príslušných významných objemoch a najvyššej kvalite a vykonávanú zhotoviteľom s primeranými skúsenosťami.

K položkám rozpočtu SO 202-00 - Most na c.1/75 nad Váhom v km 1,795:

Ide o položky týkajúce sa budovania vodorovnej nosnej konštrukcie hlavného a najvýznamnejšieho mostného objektu celej stavby. Nosná konštrukcia nad korytom Váhu je navrhnutá vybudovaním technológiou letmej betonáže pomocou vozíkov letmej betonáže. Technológia letmej betonáže je realizačne veľmi náročná a vyžaduje predošlé praktické skúsenosti a primeranú vysoko špecifickú odbornosť zhotoviteľa, lebo chybným nastavovaním vozíkov včítane príslušných navýšení, chybným vnášaním predpätí do mladých betónom môže

dôjsť k náročne opraviteľným alebo neopraviteľným chybám na definitívnej nivelete nosnej konštrukcie, ktoré musia byť následne sanované. Neovládnutie uvedených technologických postupov už opakovane spôsobilo nemalé problémy na iných stavbách. Neodbornosti, ktorú na stavbe môže spôsobiť neskúsený zhotoviteľ, bez príslušne odborne skúsených pracovníkov v technických a robotníckych profesiách a zhotoviteľom neodskúšaného princípu a ovládania zariadenia vozíkov a praktickými skúsenosťami s predpínaním tvrdej výstuže sa výberom týchto položiek rozpočtu chce verejný obstarávateľ vyvarovať.

Záujemca, ktorý má v úmysle predložiť ponuku a vzhľadom na určené podmienky účasti a zmluvné podmienky nevie preukázať splnenie podmienok účasti a v čase predloženia ponuky nevie, či bude mať dodatočné personálne a technické kapacity, ale je presvedčený, že je spôsobilý realizovať predmetnú zákazku kvalitne a v lehote, má zákonom vytvorenú možnosť spojiť svoje kapacity s kapacitami iného záujemcu/hospodárskeho subjektu, predložiť ponuku ako skupina a realizovať zákazku spolu.

K bodu č. 10 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

Úvaha žiadateľa v tomto bode nie je podložená žiadnou relevantnou informáciou, a preto sa javí ako čistá špekulácia, ktorá má navodiť dojem, že požiadavka na vykonanie určených podstatných úloh / podstatných častí stavby priamo samotným uchádzačom alebo členom skupiny dodávateľov v tomto prípade je nenáležitá a v rozpore s § 38 ods. 4 zákona. Predmetná požiadavka sa viaže k podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona, čo znamená že ide o zmluvnú požiadavku (viď. OZP Článok 4 Zhotoviteľ. Podčlánok 4.1 Všeobecné povinnosti zhotoviteľa)

Verejný obstarávateľ má za to, že žiadateľ „ako právnická osoba, ktorá na trhu uskutočňuje stavebné práce“, je technicky a odborne spôsobilý realizovať predmet zákazky podľa PD a podľa požiadaviek na plnenie predmetu zákazky.

Otázka znie, prečo žiadateľ o nápravu má problém akceptovať predmetnú požiadavku na plnenie predmetu zmluvy vlastnými kapacitami, prečo ju považuje za rozpornú so zákonom a prečo v prípade prác vykonávaných vlastnými kapacitami ako potenciálny uchádzač z dôvodu ním označenej neurčitosti vymedzenia (resp. priam nevhodnosti vymedzenia) tejto podmienky nedokáže presne stanoviť, ktoré práce a činnosti sú vyhradené k realizácii vlastnými kapacitami uchádzača, a teda ani nedokáže v súlade so súťažnými podkladmi vypracovať a naceniť ponuku bez rizika nesplnenia podmienky, ktorú označuje /považuje ako „Súťažnú podmienku“.

Po vyhodnotení informácií dostupných z verejných zdrojov, osobitne z CRZ, zo stránok <https://finstat.sk> a <https://www.registeruz.sk/cruz-public/home>, máme za to, že žiadateľ v čase predloženia ponuky nevie, ako bude mať rozložené vlastné kapacity na plnení rôznych zmlúv na stavebné práce/stavby, ktoré ešte nie sú ukončené a v prípade získania tejto zákazky ešte nemusia byť stavby dokončené, čo môže zásadným spôsobom ovplyvniť jeho schopnosť realizovať určené práce vlastnými kapacitami v reálnom čase a rád by mal možnosť využiť v takom prípade kapacity subdodávateľov.

Sám záujemca je podľa údajov z uvedených stránok spôsobilý realizovať špecializované činnosti pri realizácii stavby ako celku, napr.:

SK NACE 42130 Výstavba mostov a tunelov podľa účtovnej závierky a Štatistického úradu SR

Počet zamestnancov 2022: 150-199 zamestnancov (Zdroj: Štatistický úrad)“

Priemerný prepočítaný počet zamestnancov 165 (Zdroj: Príloha k účtovnej závierke)

K bodom č. 11 a č. 12 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

Žiadateľ svojimi nepodloženými domnienkami vytvára dymovú clonu, aby odvrátil pozornosť od seba a jeho úmyslov prečo mu vadí predmetná požiadavka na plnenie predmetu zmluvy, ktorá obmedzuje ľubovoľné využívanie subdodávateľov bez mantinelov.

Otázka znie, prečo žiadateľ o nápravu problém akceptovať predmetnú požiadavku považovať za rozpornú so zákonom a prečo tvrdí, že „Naviac, v prípade Prác vykonávaných vlastnými kapacitami ako potenciálny uchádzač z dôvodu neurčitosti vymedzení a (resp. priam nevhodnosti vymedzenia) tejto podmienky účasti, ani nedokážeme presne stanoviť, ktoré práce a činnosti si verejný obstarávateľ podľa § 37 ods. 4 ZVO Súťažnou podmienkou vyhradil k realizácii vlastnými kapacitami uchádzača, a teda ani nedokážeme v súlade so súťažnými podkladmi vypracovať a naceniť ponuku bez rizika nesplnenia Súťažnej podmienky.“

Vzhľadom na to, že iní záujemcovia prostredníctvom inštitútu „vysvetľovania“ žiadajú vysvetlenie k predmetnej zmluvnej podmienke, máme za to, že ani argumentácia v doplnení žiadosti o nápravu nemá reálny základ a je len individuálnym pokusom v tomto prípade odstrániť prekážku ohľadom obmedzenia využitia subdodávateľov pri realizácii stavebných prác.

Nie je cieľom hospodárskej súťaže, aby v dôsledku nepodložených domnienok a špekulácií zo strany hospodárskych subjektov mal verejný obstarávateľ len verejný obstarávateľ odôvodňovať každú podmienku účasti a/alebo zmluvnú podmienku a hospodárske subjekty nemuseli relevantne odôvodňovať prečo sa cítia diskriminovaní. Cieľom je uzavrieť zmluvu so spôsobilým a skúseným uchádzačom, ktorý zrealizuje určené hlavné úlohy vlastnými kapacitami a nebude potrebovať subdodávateľov, čo má vplyv nielen na cenu, ale zvyšuje aj riziko realizácie stavby v určenej lehote.

Nikto nemôže nútiť verejného obstarávateľa akceptovať zmluvného partnera, ktorý podstatné časti stavby nevie realizovať vlastnými kapacitami, ako je to určené zmluvnými podmienkami a PD pod zámienkou, že je to diskriminačné. Ak to platí v súkromnom sektore, tak to platí aj vo verejnom sektore.

K bodu č. 13 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

Žiadateľ sa v tomto bode odvoláva na rozhodnutie ÚVO č. 8606-6000/2019-OD, ktorého závery podľa jeho názoru sú plne aplikovateľné aj na stanovenie podmienky účasti podľa § 38 ods. 4 zákona verejným obstarávateľom, pričom konanie verejného obstarávateľa pri stanovení predmetnej podmienky podľa presvedčenia žiadateľa tieto závery o nezákonnosti postupu naplňa.

Závery predmetného rozhodnutia sú právne irelevantné, pretože sa týkajú iného konkrétneho prípadu a iných konkrétnych okolností a nezohľadňujú tento prípad. Týka sa podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona, kedy bolo vyžadované už v ponuke preukázať, že má uchádzač k dispozícii technické kapacity na realizáciu stavby, čo nie je tento prípad.

K bodu č. 14 v časti III. Zdôvodnenie nezákonnosti Súťažnej podmienky

Na základe vyššie uvedených a popísaných skutočností máme za to, že žiadateľ účelovo označil požiadavku na vykonanie určených podstatných úloh/podstatných častí stavby

priamo samotným uchádzačom alebo členom skupiny dodávateľov v tomto prípade aplikovanú podľa 38 ods. 4 zákona v spojení s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona ako tzv. „súťažnú podmienku“ a nezohľadnil uvedenú súvislosť, z ktorej je jednoznačné, že sa týka obmedzenia subdodávateľov.

Predmetná požiadavka je zmluvnou podmienkou a je zakotvená v OZP v článku Článok 4 Zhotoviteľ, Podčlánok 4.1 Všeobecné povinnosti zhotoviteľa a priamo súvisí s Podčlánkom 4.4 Podzhotoviteľa, ktorého prvá veta znie: „Zhotoviteľ nesmie zadať Podzhotoviteľom vyhotovenie celého diela“.

Okrem toho si dovoľujeme pripomenúť, že v procese zadávania zákazky ide o uzavretie obchodného záväzkového vzťahu a v tomto prípade konanie účastníkov procesu je limitované zákonom o verejnom obstarávaní, t. j. pravidlá platia pre obidve strany budúcej zmluvy. Máme za to, že konanie žiadateľa v tomto prípade, keď bez relevantných informácií prejedikuje rozpor so zákonom, nepodporuje dobré obchodné mravy a neprispieva ani k čestnej hospodárskej súťaži, ale bráni dosiahnutiu cieľa - uzavretiu zmluvy v rozumnom čase.(...)“

Právny rámec

66. 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.
67. 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.
68. Podľa § 34 ods. 1 písm. 1) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:
- 1) uvedením podielu plnenia zo zmluvy alebo koncesnej zmluvy, ktorý má uchádzač alebo záujemca v úmysle zabezpečiť subdodávateľom,
69. Podľa § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní zákazky na uskutočnenie stavebných prác, zákazky na poskytnutie služby alebo zákazky na dodanie tovaru, ktorá zahŕňa aj činnosti spojené s umiestnením alebo montážou, môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadovať, aby určité podstatné úlohy vykonal priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov.
70. Podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8, môže podať žiadosť o nápravu proti
- b) podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 8.
71. Podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému. Táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie

námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e).

Právne posúdenie úradom

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

72. Úrad na úvod uvádza, že námietky navrhovateľa smerujú podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným. V zmysle § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní musí podaniu týchto námietok predchádzať doručenie žiadosti o nápravu. Ako z dokumentácie predloženej kontrolovaným vyplýva, navrhovateľ dňa 15. 08. 2022 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS EVO žiadosť o nápravu. Kontrolovaný odoslal dňa 17. 08. 2022 navrhovateľovi výzvu na odstránenie nedostatkov žiadosti o nápravu. Navrhovateľ dňa 22. 08. 2022 doplnil žiadosť o nápravu. Kontrolovaný dňa 24. 08. 2022 vybavil navrhovateľovu žiadosť o nápravu tak, že ju v celom rozsahu zamietol. Následne navrhovateľ dňa 05. 09. 2022 podal predmetné námietky, v ktorých navrhovateľ namieta časť III. SPLNENIE PODMIENOK ÚČASTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ, bod 15. PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA TECHNICKEJ ALEBO ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI súťažných podkladov, a to podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní v kontexte nastavenia minimálnej požadovanej úrovne štandardov. Podľa názoru navrhovateľa je predmetná podmienka účasti neurčitá, neprimeraná, netransparentná a skryto diskriminačná a preto je nezákonná.
73. Úrad na základe namietaných skutočností poukazuje na súťažné podklady, na bod 15. PODMIENKY ÚČASTI TÝKAJÚCE SA TECHNICKEJ ALEBO ODBORNEJ SPÔSOBILOSTI, ktorý upravuje **podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní**, v ktorom je uvedená minimálna požadovaná úroveň štandardov, cit.: „(...) **Zároveň verejný obstarávateľ v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona vyžaduje, aby uchádzač vykonal priamo sám (vlastnými kapacitami) tieto práce:**

Ide o nasledovné stavebné činnosti na stavebných objektoch:

SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat:

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón

Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový

SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov

Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele (...)

74. Úrad poukazuje na ustanovenie **§ 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní**, podľa ktorého **pri zadávaní zákazky na uskutočnenie stavebných prác**, zákazky na poskytnutie služby alebo zákazky na dodanie tovaru, ktorá zahŕňa aj činnosti spojené s umiestnením alebo

montážou, môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadovať, aby určité podstatné úlohy vykonal priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov.

75. Úrad uvádza, že **kontrolovaný má v zmysle § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní možnosť obmedziť výkon určitej časti plnenia** priamo len na uchádzača, resp. člena skupiny dodávateľov, avšak musí ísť o také vymedzené úlohy, ktoré sú nielen bezprostredne súvisiace s umiestnením, resp. montážou príslušnej časti predmetu zákazky, ale súčasne aj o také úlohy, ktoré sa vyznačujú znakom podstatnosti a je v konkrétnom prípade nevyhnutne žiadúce, aby ich vykonával priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov. V metodickom usmernení úradu č. 16932-5000/2019 zo dňa 14. 01. 2022 je uvedené, že predmetné ustanovenie zákona predstavuje transpozíciu článku 63 ods. 2 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, cit.: *„Verejní obstarávatelia môžu v prípade zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, poskytnutie služieb, montážnych alebo inštalačných činností v súvislosti so zákazkou na dodanie tovaru požadovať, aby určité rozhodujúce úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač, alebo v prípade ponuky, ktorú predkladá skupina hospodárskych subjektov podľa článku 19 ods. 2, účastník tejto skupiny.“* **Zákon o verejnom obstarávaní teda poskytuje verejným obstarávateľom legislatívnu možnosť vyžadovať aby rozhodujúcu časť plnenia uskutočňoval sám uchádzač alebo člen skupiny uchádzačov.**³

76. Úrad k uvedenému dáva do pozornosti závery konštatované v rozhodnutí **Rady úradu č. 9440-9000/2020**⁴, cit.:

„167. Rada poukazuje na vyššie uvedené závery, z ktorých vyplýva, že princípy verejného obstarávania sú základným interpretačným kľúčom, ktorý je potrebné aplikovať pri výklade a aplikácii každého jednotlivého ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní. Aj keď teda zákon o verejnom obstarávaní v § 38 ods. 4 umožňuje verejným obstarávateľom vyžadovať, aby určité podstatné úlohy vykonal priamo sám uchádzač alebo člen skupiny dodávateľov (a tým im tiež umožňuje obmedziť využitie kapacít iných osôb a subdodávateľov), uvedené neznamena, že by verejní obstarávatelia pri aplikácii tohto inštitútu neboli povinní rešpektovať princíp proporcionality.

*168. Na základe uvedeného nemožno mať za to, že by samotná skutočnosť, že § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní takúto možnosť verejným obstarávateľom poskytuje, znamenala, že každé použitie tejto možnosti zo strany verejného obstarávateľa je automaticky potrebné považovať za súladné s týmto zákonom. Práve naopak, použitie tohto inštitútu (rovnako ako použitie akéhokoľvek iného inštitútu) musí byť vždy posúdené aj z pohľadu dodržania princípov verejného obstarávania, t. j. aj z pohľadu princípu proporcionality*⁵.“

³ Metodické usmernenie úradu č. 16932-5000/2019 zo dňa 14.01.2020 dostupné na:

<https://www.uvo.gov.sk/metodicke-usmernenia-k-zakonu-c-3432015-zz/detail/1069563?page=1&limit=20&sort=datum&sort-dir=DESC&text=1&organizacia=&cisloSpisu=&month=&year=0&text=&popis=¶graf=%C2%A7+38+ods.+4>

⁴ Rozhodnutie Rady úradu č. 9440-9000/2020 zo dňa 27. 07. 2020 dostupné na:

https://www.uvo.gov.sk/dohlad/rada-uradu/odvolania/prehľad-rozhodnutí-podľa-zákona-c-3432015-z-73b.html?text=9440&col_1=&text=0&sort=col_0&sort-dir=DESC

⁵ „Napri. v metodickom usmernení č. 15040-5000/2016 zo dňa 24. 08. 2016, na ktoré poukazuje samotný kontrolovaný, úrad uvádza, cit.: „Legálne obmedzenie predstavuje § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Podstatné úlohy, ktoré má vykonať priamo uchádzač neodporúčame stanovovať číselným vyjadrením, ale vecne z pohľadu objektívnej potreby vo väzbe na predmet zákazky. **Pri predmetnom obmedzení je potrebné rešpektovať princíp proporcionality verejného obstarávania.**“

77. V metodickom usmernení úradu č. 2114-5000/2021 zo dňa 12. 02. 2022 je uvedené, že **to, čo sa považuje za rozhodujúcu časť plnenia nie je možné plošne stanoviť všeobecným pravidlom** (percentuálnym podielom) **ale vždy je potrebné vychádzať z konkrétneho predmetu plnenia** (pozri napr. rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-406/14, ako aj rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-402/18⁶). Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ by sa mal namiesto toho zamerať na vecné vymedzenie časti zákazky alebo konkrétnej úlohy, a to z pohľadu objektívnej potreby vo väzbe na predmet zákazky a prihliadnutím na princíp proporcionality.⁷
78. Úrad uvádza, že navrhovateľ v podaných námietkach namieta, že kontrolovaný nezdôvodnil prečo stavebné činnosti na stavebných objektoch vymedzených v bode 15. súťažných podkladov (viď. bod 73 tohto rozhodnutia) sú podstatné úlohy pri plnení zákazky. Podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný sa nezaoberal primeranosťou a potenciálnym diskriminačným charakterom tejto súťažnej podmienky, t. j. prečo tieto práce musí vykonať uchádzač vlastnými kapacitami a nie prostredníctvom subdodávateľa. Navrhovateľ považuje predmetnú podmienku účasti v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní za diskriminačnú a obmedzujúcu hospodársku súťaž najmä vo vzťahu k SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795 z dôvodu, že uvedené položky viažuce sa k tomuto stavebnému objektu, by boli schopní zrealizovať vlastnými kapacitami iba tie subjekty (uchádzači), ktoré majú v predmete podnikania, resp. sú spôsobilé realizovať konštrukcie z predpätého betónu či predpínacej výstuže.
79. V kontexte vyjadrenia kontrolovaného k námietkam má úrad za to, že kontrolovaný svoj osobitný význam k vymedzeným plneniam odôvodnil najmä v rámci oznámenia o vybavení žiadosti o nápravu a v rámci vysvetlenia súťažných podkladov odpoveď na otázku č. 15 (viď. bod 65 tohto rozhodnutia). Z odpovede kontrolovaného na otázku č. 15 vyplýva, cit.: *„Vzhľadom na to, že stavebné práce sa realizujú na výstavbe novej cesty 1. triedy, je opodstatnený predpoklad, že uchádzač pri plnení zmluvy využije aj kapacity subdodávateľov najmä v prípade, ak nebude disponovať dostatočnými kapacitami pre realizáciu stavebných prác. Vzhľadom na charakter stavebných prác, verejný obstarávateľ určil, aby niektoré práce uchádzač vykonal vlastnými kapacitami v súlade s § 38 ods. 4 zákona.“* Z oznámenia o vybavení žiadosti o nápravu, okrem iného vyplýva, cit.: *„(...) aby realizácia zákazky bola realizovaná kvalitne a v určenej lehote, a preto bolo uplatnené právo verejného obstarávateľa podľa § 38 ods. 4 zákona (...)“* Kontrolovaný v oznámení o vybavení žiadosti o nápravu ďalej uvádza, cit.: *„(...) nikto nemôže nútiť verejného obstarávateľa akceptovať zmluvného partnera, ktorý podstatné časti stavby nevie realizovať vlastnými kapacitami, ako je určené zmluvnými podmienkami a PD pod zámienkou, že je to diskriminačné. Ak to platí v súkromnom sektore, tak to platí aj vo verejnom sektore.“* Na základe uvedeného má úrad za to, že predmetnú podmienku účasti v kontexte aplikácie § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný považuje za súladnú so zákonom o verejnom obstarávaní.
80. Úrad uvádza, že navrhovateľ tiež namieta, že vymedzenie prác, ktoré má uchádzač realizovať výlučne vlastnými kapacitami nie je určité. Podľa názoru navrhovateľa, z vymedzenia položiek na stavebných objektoch v podmienke 15 súťažných podkladov nie je zrejmé, ktoré

⁶ Rozsudok bol publikovaný na webovom sídle súdneho dvora EÚ – www.curia.eu

⁷ Metodické usmernenie úradu č. 2114-5000/2021 zo dňa 12.02.2021 dostupné na:

<https://www.uvo.gov.sk/metodicke-usmernenia-k-zakonu-c-3432015-zz/detail/1073422?page=1&limit=20&sort=datum&sort-dir=DESC&text=1&organizacia=&cisloSpisu=&month=&year=0&text=&popis=¶graf=%C2%A7+38+ods.+4>

konkrétne stavebné práce a činnosti má uchádzač vykonať vlastnými kapacitami. Podľa navrhovateľa tieto položky spočívajú v dodaní materiálu a nepredstavujú presné vymedzenie charakteru konkrétnych prác a stavebných činností.

81. K uvedenému tvrdeniu navrhovateľa kontrolovaný argumentuje vo vybavení žiadosti o nápravu a následne čiastočne aj vo vyjadrení k námietkam, cit.: „Okrem toho, každá položka v rozpočte sa viaže na textovú a výkresovú časť PD, ktorú berie každý rozpočtár do úvahy, keď kalkuluje cenu predmetnej položky v súlade so zákonom o cenách, či už robí individuálnu kalkuláciu a/alebo využíva svoju databázu pre kalkuláciu ceny a nie databázy z verejne dostupných cenníkov. Je samozrejmé, že v cene každej položky sa premietajú nielen nákladové položky za materiál, ale aj za prácu a ďalšie v súvislosti s vlastnými personálnymi a technickými kapacitami, ktoré sú potrebné pre realizáciu diela.“ (viď. bod 65 a 45 tohto rozhodnutia).
82. V súvislosti s tvrdeniami navrhovateľa a kontrolovaného v bode 80 a 81 tohto rozhodnutia úrad poukazuje na výkaz konštrukcií a pracovných činností k stavebnému objektu 101-00 Cesta I/75 – Šaľa obchvat a k stavebnému objektu 202-00 Most c. I/75 nad Váhom v km 1,795, ktoré sú súčasťou dokumentácie kontrolovaného a na prílohu zmluvy o dielo s názvom „Vyhlásenie uchádzača k podmienkam podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona v spojení s § 38 ods. 4 zákona“, z ktorých podľa názoru úradu je možné zistiť, ktorých položiek sa namietaná podmienka účasti týka (podrobne v bodoch 59 až 61 tohto rozhodnutia). Úrad poukazuje, že zo samotného názvu dokumentu - **výkaz konštrukcií a pracovných činností** k stavebnému objektu 101-00 Cesta I/75 – Šaľa obchvat a k stavebnému objektu 202-00 Most c. I/75 nad Váhom v km 1,795 vyplýva, že v sebe zahŕňajú aj pracovné činnosti, nielen tovary. Úrad poukazuje na položky resp. poradové čísla **56 a 57** vo výkaze konštrukcií a pracovných činností k stavebnému objektu 101-00 Cesta I/75 – Šaľa obchvat, ktoré sú zadefinované v rámci časti s názvom „Práce na vrchnej stavbe diaľnic (okrem visutých), ciest, ulíc, chodníkov a nekrytých parkovísk“, t. j. uvedené znovu úradu evokuje, že predmetné položky/poradové čísla sa vzťahujú na tovary aj práce s nimi súvisiace. Obdobne je tomu tak aj pri položkách/poradových č. **38, 39 a 41** vo výkaze konštrukcií a pracovných činností k stavebnému objektu 202-00 Most c. I/75 nad Váhom v km 1,795, sú zadefinované v rámci časti s názvom „Práce na hrubej stavbe mostov a visutých diaľnic“.
83. Úrad uvádza, že preskúmaním dokumentácie predloženej kontrolovaným zistil, že kontrolovaný si v súťažných podkladoch v zmysle § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vymedzil, že
- SO 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový betón
Podkladné a krycie vrstvy z asfaltových zmesí, bitúmenové vrstvy, asfaltový koberec mastixový
 - SO 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové z betónu predpätého
Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, debnenie z dielcov Vodorovné nosné konštrukcie inžinierskych stavieb, mostné komorové, výstuž z predpínacej ocele
- nesmie uchádzač zadať subdodávateľom ale musí ich vykonať priamo uchádzač, resp. člen skupiny dodávateľov. Napriek tomu, že zákon o verejnom obstarávaní neupravuje definíciu podstatných úloh, na výkon ktorých môže kontrolovaný vyžadovať, aby ich uchádzač, resp. člen skupiny dodávateľov vykonával sám, úrad posudzuje, či ide o také úlohy, ktoré spĺňajú

atribút podstatnosti a či existujú relevantné dôvody kontrolovaného vedúce k určeniu určitých úloh/činností podmieňujúcich ich nevyhnutné vykonávanie výslovne priamo uchádzačom, resp. členom skupiny dodávateľov. Úrad uvádza, že kontrolovaný nemôže aplikovať ustanovenie § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní svojvoľne, ale len v prípade splnenia zákonom ustanovených podmienok pre jeho uplatnenie.

84. V zmysle uvedeného úrad konštatuje, že v rozsahu v akom si kontrolovaný stanovil predmetnú podmienku účasti na plnenie časti zákazky len vlastnými kapacitami v súťažných podkladoch (bod 57 a 65 tohto rozhodnutia) v spojení s vybavením žiadosti o nápravu a vyjadrením kontrolovaného k námietkam navrhovateľa, resp. v spojení s jeho odôvodnením k aplikácii § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, možno požiadavku kontrolovaného, aby určené položky na stavebnom objekte 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat a 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795 musel vykonať priamo uchádzač, resp. člen skupiny dodávateľov považovať v rozpore s princípmi verejného obstarávania, najmä s princípom transparentnosti. **Úradu nie je zrejmé, resp. z dokumentácie je nepreskúmateľné, prečo práve táto časť zákazky (celkovo 5 položiek na dvoch stavebných objektoch, vid'. bod 57, 60 a 61 tohto rozhodnutia) má pre kontrolovaného taký význam, že ju má uchádzač plniť iba vlastnými kapacitami, a prečo práve konkrétne predstavujú také podstatné úlohy, že ich nemožno dať realizovať iným subjektom/subdodávateľom.** V kontexte tvrdenia navrhovateľa, že táto podmienka účasti má skryto diskriminačný charakter úrad opätovne uvádza, že aj napriek tomu, že zákon o verejnom obstarávaní explicitne nešpecifikuje nevyhnutnosť odôvodnenia primeranosti takejto požiadavky kontrolovaného, úrad aj s poukázaním na strohé zdôvodnenie kontrolovaného k aplikácii § 38 ods. 4 v rámci vyjadrenia k námietkam navrhovateľa a vybavenia žiadosti o nápravu, **nevie jasným a preskúmateľným spôsobom ustáliť, že činnosti, resp. kontrolovaným stanovené položky sú pre kontrolovaného tak významné, že ich má plniť uchádzač, resp. prečo kontrolovaný zvolil uplatnenie § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní práve k časti stavebných objektov 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat a 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795 (celkovo 5 položiek z výkazov).** Skutočnosť, že stavebné práce sa majú realizovať na výstavbe novej cesty 1. triedy, sama o sebe podľa názoru úradu nepostačuje na účel riadneho zdôvodnenia aplikácie ust. § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vo väzbe na výber „iba“ 5 položiek/poradových čísel, t. j. dve položky k stavebnému objektu 101-00 Cesta I/75 – Šaľa obchvat z celkového počtu 93 položiek výkazu výmer a tri položky k stavebnému objektu 202-00 Most c. I/75 nad Váhom v km 1,795 z celkového počtu 112 položiek výkazu výmer.

85. V kontexte uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno pre aplikáciu ust. § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, najmä s poukázaním na jeho vyjadrenie k námietkam navrhovateľa, resp. odôvodnením k aplikácii predmetného ustanovenia. Zákon o verejnom obstarávaní síce neukladá povinnosť kontrolovanému odôvodňovať aplikáciu § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, avšak kontrolovaný musí v celom priebehu verejného obstarávania dodržiavať princíp transparentnosti, ktorý spočíva v tom, že jednotliví uchádzači majú nielen zabezpečený prístup k informáciám pre daný proces verejného obstarávania, ale taktiež aby bolo z poskytnutých informácií zrejmé, akým spôsobom sa bude posudzovať splnenie podmienok účasti, vyhodnocovať jednotlivé ponuky a za akých podmienok bude uzavretá zmluva s úspešným uchádzačom. Ďalším elementom princípu transparentnosti je požiadavka, aby všetky úkony verejného obstarávateľa a obstarávateľa boli náležite odôvodnené, nakoľko „povinnosť odôvodnenia všetkých úkonov je manifestáciou všeobecného princípu dobrej správy, ktorý vyplýva z primárneho práva na oblasť verejného obstarávania“.

86. V zmysle ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie, **princíp transparentnosti** znamená predvídateľnosť konania kontrolovaného zo strany uchádzačov, ale aj preskúmateľnosť úkonov kontrolovaného zo strany kontrolných orgánov. Princíp transparentnosti totiž zabezpečuje pre každého záujemcu alebo uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci sprístupnenie trhu konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov. V zmysle uvedeného a s poukazom na povinnosť aplikácie eurokonformného výkladu (rozsudok SD EÚ vo veci C-406/14), je aplikáciu § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní, bez relevantného odôvodnenia, možno považovať za rozpornú so základnými princípmi verejného obstarávania, a to najmä princípom transparentnosti, čoho následkom môže byť zúženie hospodárskej súťaže.
87. **Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že predmetná podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) v kontexte § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (bod 15 súťažných podkladov, vid'. bod 57 tohto rozhodnutia) je v rozpore s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä princípom transparentnosti.**
88. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené odôvodnenie považuje námietky navrhovateľa za **opodstatnené**.
89. Úrad záverom tohto právneho posúdenia dáva kontrolovanému opätovne do pozornosti v súvislosti s aplikáciou § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní metodické usmernenie úradu č. 2114-5000/2021 zo dňa 12. 02. 2021, ktoré odkazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 9440-9000/2020⁸ (vid'. bod 76 a 77 tohto rozhodnutia). Z predmetného rozhodnutia Rady úradu vyplýva, cit.: „(...) *použitie tohto inštitútu (rovnako ako použitie akéhokoľvek iného inštitútu) musí byť vždy posúdené aj z pohľadu dodržania princípov verejného obstarávania, t. j. aj z pohľadu **princípu proporcionality***“⁹ Úrad uvádza, že kontrolovaný má okrem princípu transparentnosti, brať do úvahy fakt, že v budúcnosti pri transparentne aplikovanom ust. § 38 ods. 4 musí byť zároveň dodržaný aj aspekt princípu proporcionality.
90. Úrad uvádza, že **princíp proporcionality** vo svojej podstate vyžaduje, aby akékoľvek opatrenie verejného obstarávateľa bolo vhodné na dosiahnutie sledovaných cieľov a zároveň aby neprekračovalo hranice toho, čo je na dosiahnutie príslušného cieľa potrebné.
91. **Podľa ust. § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.**

⁸ Rozhodnutie Rady úradu č. 9440-9000/2020 zo dňa 27. 07. 2020 dostupné na:

https://www.uvo.gov.sk/dohlad/rada-uradu/odvolania/prehľad-rozhodnutí-podľa-zákona-c-3432015-z-z-73b.html?text=9440&col_1=&text=0&sort=col_0&sort-dir=DESC

⁹ „Napr. v metodickom usmernení č. [15040-5000/2016](#) zo dňa 24. 08. 2016, na ktoré poukazuje samotný kontrolovaný, úrad uvádza, cit.: „Legálne obmedzenie predstavuje § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Podstatné úlohy, ktoré má vykonať priamo uchádzač neodporúčame stanovovať číselným vyjadrením, ale vecne z pohľadu objektívnej potreby vo väzbe na predmet zákazky. **Pri predmetnom obmedzení je potrebné rešpektovať princíp proporcionality verejného obstarávania.**“

92. Podľa ust. § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
93. **Úrad v súlade s ust. § 175 ods. 1 písm. a) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní konštatuje, že kontrolovaným stanovená požiadavka na plnenie časti zákazky len vlastnými kapacitami v súťažných podkladoch podľa § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s vyjadrením kontrolovaného k námietkam navrhovateľa a oznámením o vybavení žiadosti o nápravu možno považovať za rozpornú s princípmi verejného obstarávania, najmä s princípom transparentnosti, nakoľko úradu nie je zrejmé, resp. z dokumentácie je nepreskúmateľné, prečo práve časť zákazky stavebných objektov 101-00 - Cesta I/75 - Šaľa obchvat a 202-00 - Most na c. I/75 nad Váhom v km 1,795 má pre kontrolovaného taký význam, že ju má uchádzač plniť iba vlastnými kapacitami a prečo práve konkrétne položky (celkovo 5 položiek na dvoch stavebných objektoch, vid' bod 57, 60 a 61 tohto rozhodnutia) predstavujú také podstatné úlohy, že ich nemožno dať realizovať iným subjektom/subdodávateľom. Uvedené mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko takto stanovená požiadavka bez ďalšieho neposkytuje pre záujemcov dostatočné zdôvodnenie, že je táto požiadavka opodstatnená a legitímna.**
94. Vzhľadom k tomu, že predmetná verejná súťaž sa nachádza vo fáze pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk a v tejto fáze je možné nariadiť kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a tým zosúladiť postup zadávania zákazky (súťažné podklady vrátane príloh) so zákonom o verejnom obstarávaní, úrad nepristúpil k nariadeniu zrušiť použitý postup zadávania zákazky, ale pristúpil k vydaniu rozhodnutia podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda k nariadeniu odstránenia protiprávneho stavu.
95. **Úrad v zmysle ust. § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu všetkých ustanovení zákona o verejnom obstarávaní a princípov verejného obstarávania a v druhovo rovnakej veci by mal v budúcnosti kontrolovaný náležite odôvodniť aplikáciu ust. § 38 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne na základe akých skutočností považuje kontrolovaný vymedzené práce za také podstatné úlohy, ktoré musí vykonať priamo sám uchádzač, resp. člen skupiny dodávateľov. Úrad v neposlednom rade upozorňuje kontrovaného na povinnosť dodržiavať všetky princípy verejného obstarávania ustanovené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to nezávisle od fázy, v ktorej sa verejné obstarávanie nachádza.**
96. Úrad zároveň upozorňuje kontrolovaného na povinnosť primerane predĺžiť lehotu na predkladanie ponúk, aby po úprave súťažných podkladov mali všetci záujemcovia dostatočný časový priestor na prípravu ponúk.
97. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

98. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní je 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.
99. Úrad v súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia vráti navrhovateľovi zloženú kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.
100. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.

Poučenie

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 187i zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Odvolanie musí byť doručené Rade úradu pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 187i ods. 19 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie, proti ktorému možno podľa § 187i ods. 1 podať odvolanie, je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 187i ods. 13 alebo 16 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie, ak nie je v odseku 2 tohto ustanovenia ustanovené inak. Podľa § 187i ods. 20 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 187i ods. 1 vzdajú práva podať odvolanie alebo vezmú podané odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo spät'vzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí

1. XY – právny zástupca navrhovateľa¹⁰
2. Slovenská správa ciest, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00003328 – kontrolovaný

¹⁰ Podľa § 173 ods. 18 zákona o verejnom obstarávaní ak má účastník konania zástupcu s plnomocenstvom na celé konanie, písomnosti adresované účastníkovi konania úrad doručuje iba tomuto zástupcovi.