



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava
Odbor dohľadu

Bratislava: xx.xx.2023

Číslo: 8186-6000/2023-OD

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 § 169 ods. 1 písm. c) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XXX** (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu v podlimitnej zákazke na uskutočnenie stavebných prác s názvom „**Denný Stacionár Lužianky, Domov Seniorov**“, a to konkrétne proti vylúčeniu v časti č. 1 uvedenej zákazky s názvom „Denný Stacionár Lužianky“ a v časti č. 2 uvedenej zákazky s názvom „Domov Seniorov“ vyhlásenej verejným obstarávateľom **Obec Lužianky, Rastislavova 275/266, 951 41 Lužianky, IČO: 34 003 517** (ďalej len „kontrolovaný“), na základe výzvy na predkladanie ponúk vo Vestníku verejného obstarávania č. 9/2023 zo dňa 13. 01. 2023 pod značkou 981 – WYP (ďalej len „výzva na predkladanie ponúk“), 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 **Obec Lužianky, Rastislavova 275/266, 951 41 Lužianky, IČO: 34 003 517** v podlimitnej zákazke na uskutočnenie stavebných prác s názvom „**Denný Stacionár Lužianky, Domov Seniorov**“ **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne **zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa XXX** vo vzťahu k časti č. 1 uvedenej zákazky s názvom „Denný Stacionár Lužianky“ a v časti č. 2 uvedenej zákazky s názvom „Domov Seniorov“, označené ako „Informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk – vylúčenie“ zo dňa 31.03.2023, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť u navrhovateľa splnenie podmienok účasti, **a to do 60 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Dňa 11. 04. 2023 boli Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) doručené námietky navrhovateľa v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu. Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené dňa 06. 04. 2023 funkcionalitou informačného

systému EVO, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje (ďalej len „IS EVO“).

2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnej súťaži predložil ponuku v elektronickej podobe cez IS EVO dňa 23. 02. 2023. V danom prípade má úrad za to, že navrhovateľ preukázal aktívnu vecnú legitimáciu na podanie námietok.
3. 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.
4. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 11.04. 2023 kauciu v súlade s ustanovením § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní
5. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

6. Navrhovateľ v námietke uvádza, že ponuku do predmetnej súťaže predložil dňa 23. 02. 2023, pričom doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti nahradil čestným vyhlásením. Následne, dňa 24. 02. 2023 (čo bol zároveň aj posledný deň lehoty na predkladanie ponúk) bol kontrolovaným vyzvaný na predloženie dokladov nahradených čestným vyhlásením, a to do 02. 03. 2023.
7. Kontrolovaný oznámil navrhovateľovi listom zo dňa 31. 03. 2023 (doručený navrhovateľovi 01. 04. 2023 prostredníctvom IS EVO) vylúčenie z časti 1 zákazky: Denný Stacionár Lužianky a z časti 2 zákazky: Domov Seniorov z dôvodu, že ku dňu predloženia ponuky navrhovateľ nepreukázal možnosť využiť kapacity iných osôb podľa § 34 ods. 1 písm. c) a písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko navrhovateľom predložené zmluvy s týmito osobami boli podpísané až 01. 03. 2023.
8. Navrhovateľ na záver námietok dodáva, cit.: „*Súčasťou povinných dokladov súťaže, ktoré bolo treba odovzdať k termínu predloženia ponuky 24.02.2023 boli aj „Čestné vyhlásenia o subdodávateľoch“, kde v tabuľke v stĺpci „Predmet subdodávky“ sme jasne deklarovali, že firma AAA nám poskytne „Licenciu na zabudovanie vonkajších otvorových konštrukcií do stavby“ a firma BBB Nitra nám poskytne „Elektrotechnika“ pri realizácii diela. S týmito firmami sme podpísali zmluvu o spolupráci podľa 34 ods. 3 ZVO dňa 01.03.2023 a predložili v zákonom stanovenej lehote 02.03.2023.“.*
9. Navrhovateľ má za to, že jeho vylúčenie zo súťaže bolo nezákonné a navrhuje úradu zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o jeho vylúčení zo súťaže.
10. Navrhovateľ doručil ako prílohy námietok aj čestné vyhlásenia o subdodávkach, zmluvy o spolupráci, záznam z vysvetľovania jeho ponuky, ako aj metodické usmernenie úradu č. 14473-5000/2022 zo dňa 07.12.2022.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

11. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa 11. 04. 2023.
12. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
13. V zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do dokumentácie ním doručenej úradu.
14. Po doručení námietky navrhovateľa (kontrolovanému doručené dňa 06. 04. 2023 a úradu dňa 11. 04. 2023) doručil kontrolovaný úradu dňa 13. 04. 2023 písomné vyjadrenie k podaným námietkam.
15. Nakoľko ale kontrolovaný zároveň s vyjadrením nesprístupnil úradu elektronickú podobu dokumentácie, úrad kontrolovaného e-mailom dňa 21. 04. 2023 vyzval na zriadenie prístupu k predmetnej zákazke. Toho istého dňa bola úradu zo strany kontrolovaného kompletná dokumentácia sprístupnená.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

16. Kontrolovaný na úvod svojho vyjadrenia uvádza, že navrhovateľ vysvetlením svojej ponuky preukázal, že v čase predloženia ponuky nemal oprávnenie k preukázaniu splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti kapacitami tretích osôb (**AAA a BBB**) a z toho dôvodu bol aj vylúčený.
17. Kontrolovaný poukazuje na to, že vylúčenie navrhovateľa je v súlade s metodikou a výkladovými stanoviskami úradu, ako aj s rozhodovacou praxou úradu, čo potvrdila podľa kontrolovaného aj Rada úradu (rozhodnutie Rady úradu č. 13521-9000/2021).
18. Kontrolovaný zdôrazňuje, že v danom prípade nešlo o nahradenie inej osoby, čím sa zaoberá napr. metodické usmernenie úradu č. 12949-5000/2022, ktoré ale zároveň potvrdzuje, že už v čase predkladania ponuky musí mať uchádzač uzatvorenú zmluvu s inou osobou, cit.: *„ak verejný obstarávateľ/obstarávateľ požiadava uchádzača o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje technickú/odbornú spôsobilosť, **tento uchádzač môže mať uzavretú zmluvu s novou tretou osobou aj po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk.**“*.
19. Kontrolovaný ďalej cituje ustanovenia § 34 ods. 3 a § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a uvádza, že v danom prípade navrhovateľ nepreukazoval podmienky účasti prostredníctvom Jednotného európskeho dokumentu (ďalej len „JED“), ale čestným vyhlásením v súlade s § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Čestné vyhlásenie

predložil navrhovateľ iba za uchádzača, ale už nie za iné osoby a v ponuke absentuje dôkaz, že by v prípade realizácie zákazky disponoval kapacitami tretích osôb, resp. že by tieto osoby mali o tom vedomosť.

20. Kontrolovaný uvádza, cit.: „Uchádzač v ponuke síce uviedol iné osoby v ZoD a v zozname subdodávateľov, avšak ako už bolo uvedené, žiadny dôkaz, ktorým by bolo preukázané, že uchádzač bol oprávnený dané doklady cez iné osoby predložiť. To nastalo až po predložení ponuky na základe žiadosti o vysvetlenie.

Kontrolovaný poukazuje aj na dôkaz, že Navrhovateľ za iné osoby nepredložil ani v rámci preukázania splnenia požiadavky vyplnenú Prílohu č. 8 Súťažných podkladov, t. j. Súhlas so spracovaním osobných údajov, čo bola požiadavka uvedená v bode 14.1 písm. j) cit.:

- **Súhlas dotknutých osôb so spracovaním osobných údajov** – za každú fyzickú osobu, ktorej osobné údaje sa budú nachádzať v ponuke v zmysle Prílohy č. 8 Súťažných podkladov.“

21. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení odkazuje na § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zdôrazňuje, že podmienky účasti musí uchádzač spĺňať počas celého priebehu verejného obstarávania, t. j. nielen ku dňu predkladania a vyhodnocovania ponúk, čo dokazuje aj samotná zmluva o spolupráci, ktorá je uzavretá dňa 01. 03. 2023, teda splnenie podmienok účasti prostredníctvom týchto osôb navrhovateľ preukázal až po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk (24. 02. 2023).
22. Kontrolovaný navyše dodáva, že by bola iná situácia, ak by uchádzač predložil čestné vyhlásenie od „inej osoby“, ktorá by táto poskytnutie týchto kapacít potvrdila, prípadne ak by bol zo strany navrhovateľa predložený JED za iné osoby (čo potvrdzuje aj Metodické usmernenie úradu č. 14473-5000/2022 zo dňa 07.12.2022, na ktoré sa odvoláva samotný navrhovateľ).
23. Kontrolovaný vyjadruje názor (v prípade, že by úrad mal iný názor na dôvodnosť vylúčenia navrhovateľa), cit.: „V opačnom prípade by neboli na mieste ani všetky rozhodnutia Úradu, ktorými Úrad poukazoval a poukazuje na overenie si u uchádzačov vzniku pracovno-právneho vzťahu, t.j. ak uchádzač tvrdí, že ide o jeho vlastnú kapacitu, je povinný preukázať verejnému obstarávateľovi (Kontrolovanému), že daná osoba v čase predkladania ponuky mala pracovno-právny vzťah k uchádzačovi, z ktorého vyplývalo právo uchádzača od tejto osoby požadovať, a povinnosť tejto osoby poskytnúť, plnenie zodpovedajúce činnosti, ktorá je požadovaná v rámci preukázania technickej a odbornej spôsobilosti.“
24. Na záver svojho vyjadrenia kontrolovaný dáva na podporu svojich tvrdení do pozornosti Výkladové stanovisko č. 1/2021 zo dňa 05. 02. 2021, ktoré zdôrazňuje zodpovednosť uchádzača za obsah ponuky, ako aj jeho povinnosť v plnej miere dodržiavať požiadavky verejného obstarávateľa/obstarávateľa uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky a v prípade nejasností požiadať o vysvetlenie. Kontrolovaný tvrdí, že v tomto prípade zákon o verejnom obstarávaní rešpektoval a žiadosť o vysvetlenie ponuky v súlade s § 40 vo vzťahu k navrhovateľovi realizoval.

Vzhľadom na vyššie uvedené navrhuje námietky navrhovateľa zamietnuť.

Právny rámec

25. 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.
26. 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.
27. V zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté.
28. V zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ vylúči kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.
29. V zmysle § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady určené verejným obstarávateľom na preukázanie splnenia podmienok účasti jednotným európskym dokumentom podľa § 39 alebo čestným vyhlásením, v ktorom vyhlási, že spĺňa všetky podmienky účasti určené verejným obstarávateľom a poskytne verejnému obstarávateľovi na požiadanie doklady, ktoré čestným vyhlásením nahradil.
30. V zmysle § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní jednotný európsky dokument zákona je dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.
31. V zmysle § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo záujemca preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe.

Právne posúdenie

32. Kontrolovaný vyhlásil na základe výzvy na predkladanie ponúk verejné obstarávanie zadávané bežným postupom pre podlimitné zákazky podľa § 112 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Zákazka bola zadávaná cez systém IS EVO, prostredníctvom ktorého prebiehala všetka komunikácia medzi kontrolovaným a záujemcami (uchádzačmi).
33. Predmetom zákazky je v zmysle bodu II.1.4) Stručný opis výzvy na predkladanie ponúk výber zhotoviteľa diela pre vybudovanie projektu s názvom: Denný Stacionár Lužianky a Domov Seniorov v zmysle položkového rozpočtu a projektovej dokumentácie, ktoré sú súčasťou súťažných podkladov.
34. Kontrolovaný pristúpil k rozdeleniu zákazky na 3 samostatné časti, a to:
- Časť č. 1: Denný Stacionár Lužianky
- Časť č. 2: Domov Seniorov
- Časť č. 3: Domov Seniorov, sadové úpravy
- pričom predpokladanú hodnotu celej zákazky stanovil na základe redakčnej opravy č. 2359 – IOX zverejnenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 17/2023 zo dňa 25. 01. 2023 vo výške 4 009 070,74 EUR bez DPH. Na základe redakčnej opravy č. 7571 – IOX zverejnenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 37/2023 zo dňa 17. 02. 2023 stanovil lehotu na predkladanie ponúk na deň 24.02.2023 o 9:00 hod. a lehotu na otváranie ponúk na deň 24.02.2023 o 10:00 hod.
35. Navrhovateľ predložil ponuku na všetky 3 časti zákazky dňa 23. 02. 2023. Doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti nahradil navrhovateľ v súlade s § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní dokumentom **„Čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti“** zo dňa 23. 02. 2023, v ktorom dolupodpísaný konateľ navrhovateľa vo vzťahu k Dennému stacionáru Lužianky a Domovu Seniorov čestne vyhlasuje, cit.: **„splňam všetky podmienky účasti stanovené pre danú zákazku a viem predložiť požadované dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti“**.
36. Úrad lustráciou ponuky navrhovateľa zistil, že jej súčasťou boli čestné vyhlásenia o subdodávateľoch, a to pre časť 1 zákazky (Denný stacionár) a časť 2 zákazky (Domov seniorov), kde pre:
- a) Časť 1 zákazky stanovuje navrhovateľ podiel zákazky s úmyslom zadať tretím osobám v podiele 17,73 %, pričom ako subdodávateľov označil spoločnosti
- **AAA** (predmetom subdodávky sú výplne otvorov a licencia) s podielom subdodávky 7,25 % a
 - **BBB** (predmetom subdodávky sú Elektroinštalácia, Elektrotechnik, Revízy technik) s podielom subdodávky 10,48%.
- b) Časť 2 zákazky stanovuje navrhovateľ podiel zákazky s úmyslom zadať tretím osobám v podiele 12,51%, pričom ako subdodávateľov opäť označil vyššie uvedené spoločnosti:
- **AAA** (predmetom subdodávky sú výplne otvorov a licencia) s podielom subdodávky 6,60 % a
 - **BBB** (predmetom subdodávky sú Elektroinštalácia, Elektrotechnik, Revízy technik) s podielom subdodávky 5,91%.

37. Úrad ďalej poukazuje aj na to, že navrhovateľ uvádza subdodávateľov **aj v návrhu zmlúv** (pre obidve časti zákazky), ktoré predložil v ponuke, a to konkrétne:
- v bode 6.18.3 a bode 6.18.4 (čl. VI „Podmienky vykonania diela, zodpovednosť za škody“) uvádza subdodávateľa elektrotechnik, osvedčenie č. **ZZZ** a subdodávateľa revízny technik elektrických zariadení, osvedčenie č. **YYY** (pozn. korešponduje s kapacitami spoločnosti **BBB**, pozri aj bod 39 písm. a) tohto rozhodnutia) a
 - v bode 13.3 písm. d) (čl. XIII „Záverečné ustanovenia“) je vyhlásenie zhotoviteľa (navrhovateľa), že je oprávnený vykonávať stavebné práce a predkladá doklad - Licencia na zabudovanie vonkajších otvorových konštrukcií do stavby č. **CCC** (pozn. korešponduje s kapacitami spoločnosti **AAA**.)
38. Dňa 24. 02. 2023 požiadal kontrolovaný navrhovateľa prostredníctvom IS EVO o predloženie dokladov predbežne nahradených čestným vyhlásením, cit.: „s odvolaním sa na znenie § 54 ods. 6) ZVO, citujem: „Pred začatím elektronickej aukcie verejný obstarávateľ a obstarávateľ vyhodnotia ponuky podľa kritérií na vyhodnotenie ponúk a relatívnej váhy priradenej jednotlivým kritériám. **Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je povinný pred začatím elektronickej aukcie vyhodnotiť aj splnenie podmienok účasti a posúdiť neexistenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 a ak je to potrebné, postupuje podľa § 39 ods. 6.**“, preto Vás žiadame:
- a) o predloženie dokladov nahradených čestným vyhlásením v predloženej ponuke časti č. 1, časti č. 2 a časti č. 3 v rámci súťaže s názvom: **Denný Stacionár Lužianky, Domov Seniorov**.
- b) Za osoby, ktorými preukazujete splnenie podmienok účasti § 34 ods. 1 písm. c) a g) ZVO, žiadame preukázať pracovno-právny vzťah, t. j. napr. výpis zo sociálnej poisťovne.“
39. V lehote stanovenej kontrolovaným (do 02. 03. 2023) navrhovateľ reagoval odpoveďou zo dňa 02. 03. 2023, kde uviedol kontrolovanému, že predkladá doklady na splnenie podmienok účasti. V prílohách predložil navrhovateľ viaceré dokumenty, pričom úrad poukazuje len na tie, ktoré sú relevantné pre toto konanie, a to:
- a) Zmluva o spolupráci podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uzavretá medzi navrhovateľom a spoločnosťou **BBB** ako poskytovateľom zo dňa 01. 03. 2023, v zmysle ktorej spoločnosť **BBB** sa zaväzuje poskytnúť svoje kapacity navrhovateľovi za účelom splnenia podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní (elektrotechnik a revízny technik elektrických zariadení). K Zmluve o spolupráci je priložené aj osvedčenie **ZZZ** a č. **YYY** vydané Technickou inšpekciou a. s., Trnavská cesta 56, Bratislava. Zároveň v uvedenej zmluve poskytovateľ explicitne uvádza, že u neho neexistujú dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní ako aj všetky požiadavky vyplývajúce vo vzťahu ku konečným užívateľom výhod. Predmet poskytnutia kapacít na základe tejto Zmluvy o spolupráci pritom korešponduje s predmetom subdodávky (bod 36 tohto rozhodnutia).
- b) Zmluva o spolupráci podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní medzi navrhovateľom a spoločnosťou **AAA** ako poskytovateľom zo dňa 01. 03. 2023 v zmysle ktorej spoločnosť **AAA** sa zaväzuje poskytnúť svoje kapacity navrhovateľovi za účelom splnenia podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní (Licencia na zabudovanie vonkajších otvorových konštrukcií do stavby **CCC**). Zároveň v uvedenej zmluve poskytovateľ explicitne uvádza, že u neho neexistujú dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní ako aj všetky

požiadavky vyplývajúce vo vzťahu ku konečným užívateľom výhod. Predmet poskytnutia kapacít na základe tejto zmluvy o spolupráci pritom korešponduje s predmetom subdodávky spoločnosti AAA (bod 36 tohto rozhodnutia).

40. Následne, po doručení týchto dokumentov kontrolovaný navrhovateľ a vylúčil (listom doručeným prostredníctvom portálu IS EVO dňa 01. 04. 2023), kde uviedol, cit.:

„...Týmto listom Vám oznamujeme, že v danej súťaži bola Vaša ponuka vylúčená v časti súťaže:

Časť č. 1: Denný Stacionár Lužianky

Časť č. 2: Domov Seniorov

Odôvodnenie vylúčenia

Na základe žiadosti o vysvetlenie zaslanej verejným obstarávateľom dňom 24.02.2023 ste vysvetlenie predložili v zákonom stanovenej lehote t.j. dňa 02.03.2023.

Vysvetlením ste predložili doklady nahradené čestným vyhlásením. Ako vyplýva z predložených dokladov, nižšie uvedené podmienky účasti, ste v zmysle § 34 ods. 3) ZVO preukazovali cez iné osoby, konkrétne:

- 1) *podmienka účasti § 34 ods. 1 písm. c)*

- Osvedčenie o odbornej spôsobilosti elektrotechnika na meno Ing.. FFF cez spol. BBB. S danou spol. ste predložili Zmluvu o spolupráci zo dňa 01.03.2023.

- 2) *podmienka účasti § 34 ods. 1 písm. d)*

Licenciu na zabudovanie vonkajších otvorových konštrukcií do stavby spol. AAA. S danou spoločnosťou ste predložili Zmluvu o spolupráci zo dňa 01.03.2023.

Vzhľadom na skutočnosť, že ste nepreukázali, že by ste boli oprávnený ku dňu predkladania ponúk (t. j. k 24.02.2023) na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť zdroje vyššie uvedených iných osôb, bola Vami predložená ponuka vylúčená.

Verejný obstarávateľ Vás aj s odvolaním sa na rozhodovaciu prax úradu (vid'. Rozhodnutie Rady ÚVO č. 13521-9000-2021) nepožiada opätovne o vysvetlenie ponuky v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z predložených dokladov jednoznačne vyplýva, že ste boli oprávnený využívať zdroje predmetných osôb až po predložení ponuky, konkrétne odo dňa 01.03.2023.

Na základe vyššie uvedeného bola vami predložená ponuka vylúčená v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) ZVO. “.

41. Úrad v prvom rade uvádza, že jeho úlohou v tomto konaní bolo posúdiť, či predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti využitím kapacít iných osôb podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, **predbežne nahradených čestným vyhlásením** podľa § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, a ktoré boli vyhotovené po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, **zakladajú dôvod na vylúčenie navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z dôvodu nepreukázania splnenia určených podmienok účasti v relevantnej dobe (v lehote na predkladanie ponúk).**
42. Úrad má za to, že ustanovenie § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré upravuje dôvody vylúčenia uchádzačov, je koncipované ako kogentné, t. j. ukládajúce verejnemu

- obstarávateľovi povinnosť vylúčiť uchádzača, ak dôjde k naplneniu niektorého z uvedených dôvodov. Verejní obstarávatelia teda v prípade zistenia dôvodu upraveného v § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní **nemajú na výber**, či pristúpia k jeho vylúčeniu z procesu verejného obstarávania alebo ho napriek tomu ponechajú v súťaži. Zároveň ale platí, že k vylúčeniu z procesu verejného obstarávania má verejný obstarávateľ pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností, nakoľko vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania. V prípade, že verejný obstarávateľ uchádzača alebo záujemcu vylúči bez preverenia tejto skutočnosti, a to napriek tomu, že obsah predmetných dokladov predložených v ponuke nasvedčoval tomu, že podmienku účasti splniť mohol, postupuje v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.
43. Úrad ďalej, vo vzťahu k meritu veci, cituje metodické usmernenie č. 14473-5000/2022 zo dňa 07. 12. 2022, ktoré uvádza, cit.: „*V porovnaní s jednotným európskym dokumentom je inštitút čestného vyhlásenia menej formalizovaným inštitútom predbežného nahradenia dokladov, čo však nevylučuje možnosť verejného obstarávateľa vyžiadať si predbežne nahradené doklady podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Na základe toho zákon o verejnom obstarávaní pri čestnom vyhlásení neupravuje žiadne iné formálne náležitosti ako tie, ktoré sú uvedené v § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho je jeho obsah relatívne flexibilný.*“.
44. Uvedené metodické usmernenie ďalej odkazuje aj na ďalšie metodické usmernenie úradu zaoberajúce sa problematikou čestných vyhlásení, a to napr. č. 12341-5000/2019 zo dňa 11. 09. 2019, ktoré uvádza, cit.: „*Máme za to, že možnosť použiť čestné vyhlásenie sa vzťahuje aj na situácie ak uchádzač, mieni preukázať splnenie podmienok účasti prostredníctvom kapacít iných osôb. V takom prípade postačuje, ak uchádzač vo svojej ponuke predloží čestné vyhlásenie podľa § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní kde vyhlási, že verejným obstarávateľom stanovené podmienky účasti spĺňa (prípadne, že spĺňa určitú/té podmienky účasti). To platí aj v situácii, ak na preukázanie splnenia podmienok účasti má záujem využiť kapacity iných osôb.*“.
45. **Z uvedeného teda vyplýva, že navrhovateľ, ak predložil čestné vyhlásenie podľa § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a explicitne v ňom deklaroval, že spĺňa všetky podmienky účasti stanovené pre danú zákazku a vie predložiť požadované dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti, tak nebol povinný v predloženom čestnom vyhlásení súčasne uviesť, či splnenie podmienok účasti preukazuje svojimi alebo cudzími kapacitami; to že uviedol, že spĺňa podmienky účasti takpovediac jednoznačne prezumovalo, že to môže preukazovať aj inými osobami.**
46. Aj keď úrad nemôže opomenúť fakt, na ktorý poukazuje kontrolovaný, a to, že navrhovateľ v čase predloženia ponuky nedisponoval dokladom vo vzťahu k tretej osobe, (čo je jednoznačne podľa kontrolovaného preukázané dátumami na zmluvách o spolupráci, a teda preukazovanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. c), d) zákona o verejnom obstarávaní podľa kontrolovaného nemal navrhovateľ pokryté), zároveň ale možno konštatovať, že navrhovateľ „kapacity“ svojim spôsobom mal už ako subdodávateľov, a to už v čase predloženia ponuky.
47. Úrad na margo tohto tvrdenia však dáva do pozornosti kontrolovanému nasledovný výklad, ktorý je podporený aj rozhodovacou praxou úradu, resp. Rady úradu (bod 56 a nasl. tohto rozhodnutia).
48. Ak opätovne vezmeme do úvahy metodické usmernenie č. 14473-5000/2022 zo dňa 07. 12. 2022, toto jednoznačne uvádza, cit.: „...*uchádzač musí mať vyjasnené a ustálené už pri kreovaní svojej ponuky, akým spôsobom bude preukazovať splnenie*

jednotlivých podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Mal by vedieť už v čase predloženia ponuky, aké kapacity využije na preukázanie splnenie predmetných podmienok účasti“. Metodické usmernenie v tomto kontexte poukazuje aj na rozhodnutie Rady úradu č. 7614-9000/2019 zo dňa 01. 07. 2019, ktoré jednak odôvodňuje zmysel inštitútov JEDu a čestného vyhlásenia, ako prostriedkov zníženia administratívnej záťaže uchádzačov (ak ich uchádzač predložil, nemusí už v ponuke predložiť všetky potrebné doklady za seba a za subjekty, ktorých kapacity využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti), ale na druhej strane právne reprobuje zneužívanie JEDu, cit.: „V žiadnom prípade však jednotný európsky dokument neslúži na to, aby jeho predložením uchádzač oddialil svoje rozhodnutie o tom, akými kapacitami bude neskôr preukazovať splnenie podmienok účasti a vytvoril si tak priestor na hľadanie týchto kapacít na čas po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk“.

49. Zároveň ale metodické usmernenie uvádza, cit.: „Vo všeobecnosti možno k otázke „ak uchádzač predložil v ponuke čestné vyhlásenie (prípadne JED), ktorým dočasne nahradil doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti v zmysle § 34 ZVO a následne bol požiadaný o ich predloženie, musia byť tieto doklady vyhotovené s dátumom pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk?“ uviesť, že takáto požiadavka asi neplatí všeobecne, keďže by sa tým popieral zmysel JEDu, či čestného vyhlásenia, ktoré slúžia **na predbežné nahradenie dokladov**. Uvedené by potom znamenalo, že uchádzač aj keď predkladá JED, či čestné vyhlásenie by musel mať už v podstate v danom okamihu v zálohe všetky doklady, čím by následne mohla vzniknúť legitímna otázka, k akému účelu má vlastne JED, resp. čestné vyhlásenie slúžiť? **Preto by malo byť vo všeobecnosti prípustné, aby doklady mohli byť datované aj neskôr (t.j. nie výlučne pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk. Samozrejme, potom závisí od ich obsahu, aké skutočnosti a v akom rozsahu preukazujú.**
50. Vychádzajúc zo základných premís uvedených vo vyššie citovaných rozhodnutiach úradu možno vyvodiť, že pokiaľ ide o vzťahy s inými/tretími osobami – **pri nadlimitných zákazkách môže byť akceptovateľný stav, kedy je síce predložená zmluva s inou/tretou osobou datovaná po lehote na predkladanie ponúk, no uchádzač riadne predložil JED-y podpísané inými/tretími osobami v rámci lehoty na predkladanie ponúk** (t.j. už v čase predloženia ponuky mal vedomosť o identite subjektu/tov, ktorými preukazuje splnenie podmienok účasti a túto verejnému obstarávateľovi JED-om preukázal), čím je zároveň naplnený predpoklad, že tieto iné/tretie osoby vedia, na aké účely predmetný formulár JED-u predkladajú.
51. Vyššie uvedené závery metodického usmernenia teda predpokladajú, **že mohlo byť prípustné predložiť doklady datované aj po lehote na predkladanie ponúk**, pričom dôležitý je ich obsah a zároveň metodické usmernenie **pri nadlimitných zákazkách v prípade predloženia JEDu**, ale jasne stanovujú, že akceptovanie dokumentov datovaných po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk je možné v prípade, **ak bol JED v prípade preukazovania podmienok účasti v lehote na predkladanie ponúk tretími osobami aj podpísaný**.
52. Úrad ale k vyššie uvedenému uvádza, že v danom prípade **ide o podlimitnú zákazku a nebol predložený JED, ale čestné vyhlásenie**. V takomto prípade (aj s ohľadom na bod 35 tohto rozhodnutia) nemožno analogicky aplikovať rovnaké podmienky vo vzťahu k čestnému vyhláseniu, ktoré vôbec nepredpokladá povinnosť predloženia čestného vyhlásenia aj iných osôb poskytujúcich svoje kapacity v lehote na predkladanie ponúk. Navyše je čestné vyhlásenie inštitútom, ktorý je v nadlimitných zákazkách na predbežné nahradenie dokladov vylúčený a **aplikuje sa ako zjednodušený inštitút (čomu zodpovedá aj fakt, že ako inštitútu mu je z hľadiska obsahu venovaná len jedna veta**

v zákone o verejnom obstarávaní ust. § 114 ods. 1) len v rámci podlimitných zákaziek. Úrad má za to, že nemožno na ťarchu uchádzačov analogicky použiť ustanovenia prísnejšieho inštitútu – JED v ust. § 39 zákona o verejnom obstarávaní.

53. Úrad navyše dodáva, že v prospech navrhovateľa možno pripísať aj skutočnosť, že uvedené tretie osoby boli už v rámci ponuky (t. j. v lehote na predkladanie ponúk) zmienené v postavení subdodávateľov, to znamená, že navrhovateľ počítal s využitím ich kapacít (pozri aj bod 36 tohto rozhodnutia), **aj keď vo fáze predloženia ponuky ešte neboli formálne označení v postavení osôb, ktoré by poskytovali navrhovateľovi kapacity za účelom preukázania splnenia podmienok účasti.** Ako ale vyplýva zo Zmlúv o spolupráci (bod 37 tohto rozhodnutia), **uvedené osoby boli jednoznačne pripravené poskytnúť a aj poskytli navrhovateľovi uvedené kapacity,** a to aj v takej oblasti, v akej sú uvedení ako subdodávatelia (k uvedenému pozri aj závery rozhodnutia Rady úradu – body 56 a nasl. tohto rozhodnutia).
54. Úrad dáva do pozornosti predovšetkým princíp proporcionality, napr. bod 69 rozhodnutia úradu č. 7101-6000/2022-OD zo dňa 30. 5. 2022, ktoré uvádza, cit.: „*Úrad v kontexte uvedeného dáva do pozornosti predovšetkým podstatu princípu proporcionality zakotvenú v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorou je, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie cieľov. V prípade ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, verejný obstarávateľ by sa mal prikloniť k najmenej obmedzujúcemu opatreniu a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. Na správnu aplikáciu tohto princípu je teda nevyhnutné poznať cieľ, ku ktorému má konanie verejného obstarávateľa a obstarávateľa smerovať. Ak k danému cieľu vedie viacero možných ciest, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sa majú prikloniť k tej najmenej obmedzujúcej pre hospodárske subjekty vo verejnom obstarávaní. Princíp proporcionality sa obdobne ako ostatné princípy aplikuje vždy s prihliadnutím na konkrétnu skutkovú situáciu. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ by sa pri každom rozhodovaní v procese verejného obstarávania mali zamyslieť nad tým, či nemožno vzniknutú situáciu vyriešiť aj menej obmedzujúcim opatrením, samozrejme, za súčasného dodržania ostatných princíпов vo verejnom obstarávaní.*“.
55. Úrad mal teda na jednej strane rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa, kde kontrolovaný striktnie aplikoval kogentné ustanovenie § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a na druhej strane konkrétny prípad navrhovateľa, ktorý argumentoval nezákonnosťou rozhodnutia kontrolovaného. Úrad k uvedenému udáva, že vylúčenie navrhovateľa by bolo v tomto prípade čisto formalistické a len pri aplikácii gramatického výkladu ustanovenia 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez vnímania princípov verejného obstarávania a najmä princípu proporcionality.
56. Úrad na záver rozhodnutia považuje za potrebné reagovať aj na kontrolovaným uvedené rozhodnutie Rady úradu č. 13521-9000/2021 zo dňa 10. 05. 2022, kde Rada úradu posudzovala situáciu, keď navrhovateľ vo svojej žiadosti o účasť uviedol, že danú podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní mieni preukazovať prostredníctvom inej osoby a **taktiež v žiadosti o účasť predložil JED za inú osobu podpísaný touto inou osobou, v ktorom táto iná osoba vyplnila údaje týkajúce sa preukázania finančného a ekonomického postavenia.** V bode 136 uvedeného rozhodnutia je uvedené, cit.: „*Na základe žiadosti kontrolovaného o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov zo dňa 20. 07. 2021 (bod 96 tohto rozhodnutia), navrhovateľ dňa 03. 08. 2021 doručil kontrolovanému svoje vysvetlenie (bod 97 tohto rozhodnutia), v rámci ktorého navrhovateľ*

kontrolovanému predložil Dodatok č. 1 k Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy, uzatvorenej medzi navrhovateľom a inou osobou ZZ dňa 03. 08. 2021“. Kontrolovaný navrhovateľ a v danom prípade vylúčil, pričom Rada úradu v bode 140 uvedeného rozhodnutia uviedla, cit.: „Následne rada uvádza, že z predmetného oznámenia o vylúčení navrhovateľa rade vyplýva, že dôvodom vylúčenia navrhovateľa v tomto prípade bolo nesplnenie danej podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia z dôvodu, že **(i) Dodatok č. 1 k Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy uzatvorenej medzi navrhovateľom a inou osobou ZZ bol uzatvorený až dňa 03. 08. 2021, a nie ku dňu predloženia žiadosti účasti, t. j. ku dňu 17. 06. 2021, na základe čoho v čase od predloženia žiadosti o účasť dňa 17. 06. 2021, do 02. 08. 2021, navrhovateľ nebol oprávnený disponovať finančnými zdrojmi danej inej osoby, teda v tomto období nemal pokryté splnenie danej podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia...**“

57. Bod 151 rozhodnutia Rady úradu potom uvádza, cit.: „Ak teda navrhovateľ na základe žiadosti kontrolovaného o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov (Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy s touto inou osobou) následne kontrolovanému predložil Dodatok č. 1 k Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy, ktorým sa predmet danej zmluvy o poskytnutí kapacít inej osoby ZZ navrhovateľovi rozšíril aj na poskytnutie finančných zdrojov tejto inej osoby navrhovateľovi, a teda o skutočnosť, ktorú navrhovateľ jednoznačným spôsobom deklaroval už v predloženej žiadosti o účasť, podľa rady sa predmet danej zmluvy o poskytnutí kapacít inej osoby ZZ navrhovateľovi v tomto prípade iba de iure rozšíril o skutočnosť, ktorú navrhovateľ de facto jednoznačne deklaroval už v predloženej žiadosti o účasť.- 58. V bode 152 uvedeného rozhodnutia Rada úradu uvádza, cit.: „V tomto prípade teda podľa rady predložením Dodatku č. 1 k Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy nedošlo k predloženiu úplne nového dokladu tak, ako uvádza kontrolovaný v oznámení o vylúčení, ale predložením tohto dodatku došlo podľa rady k vysvetleniu, resp. doplneniu už predloženého dokladu v žiadosti o účasť navrhovateľa (Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy s inou osobou ZZ), pričom z obsahu predmetného dodatku v tomto prípade rade **nevyplyva, že by jeho predložením až na základe žiadosti kontrolovaného** o vysvetlenie predložených dokladov (a teda nie už v samotnej žiadosti o účasť), **navrhovateľ oddialil svoje rozhodnutie o tom, akými kapacitami bude neskôr preukazovať splnenie danej podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia.....**Navrhovateľom predložený Dodatok č. 1 k Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy je teda podľa rady v kontexte všetkých skutkových okolností daného prípadu (všetky dokumenty predložené navrhovateľom v žiadosti o účasť v ich vzájomnej súvislosti) možné v tomto konkrétnom prípade vnímať ako doplnenie už predloženého dokladu v žiadosti o účasť, a síce Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy, a to v súlade so skutočnosťami, ktoré navrhovateľ jednoznačne deklaroval už v žiadosti o účasť, a ktoré zároveň predloženými dokladmi v žiadosti o účasť potvrdila tiež iná osoba ZZ, a teda **nie ako nový doklad.**
- 59. V bode 156 daného rozhodnutia Rada úradu uviedla, cit.: „Na základe uvedeného je teda podľa rady možné mať v tomto prípade za preukázané, že už z predmetných dokumentov predložených v žiadosti o účasť navrhovateľa jednoznačne vyplývalo, že navrhovateľ mieni preukázať splnenie danej podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia prostredníctvom kapacít inej osoby ZZ.“
- 60. Úrad k vyššie uvedenému uvádza, že dané rozhodnutie Rady úradu nijakým spôsobom nepodporuje rozhodnutie kontrolovaného, práve naopak. **Ako vyplýva z rozhodnutia Rady úradu, je možné akceptovať aj také doklady,** predložené za účelom **splnenia podmienok účasti prostredníctvom využitia kapacít tretích osôb, ktoré boli vyhotovené aj po lehote na predkladanie ponúk.** **Úrad opakovane uvádza, že v tomto**

- konaní navrhovateľ predbežne nenahrádzal doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti JEDom, ale čestným vyhlásením** (viď aj body 19, 45 tohto rozhodnutia), ktoré na rozdiel od JEDu nevyžaduje žiadne **predbežné vyhlásenia ani prejavy vôle tretích osôb**, ktorých kapacity má uchádzač v úmysle využiť na splnenie podmienok účasti.
61. Úrad má teda za to, že v danom prípade, v súvislosti s vyššie uvedenými skutočnosťami, kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, konkrétne v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď neodôvodnene vylúčil navrhovateľa pre nesplnenie podmienok účasti. **Kontrolovaný teda mal, vzhľadom na vyššie uvedené objektívny skutkový stav, akceptovať Zmluvy o spolupráci predložené navrhovateľom na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti aj za tej situácie, že tieto dokumenty boli vyhotovené až po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk. Na základe obsahu predloženého čestného vyhlásenia a tiež ostatných okolností nemohlo byť sporné preukazovanie prostredníctvom tretej osoby. Doklad, ktorý predbežne čestné vyhlásenie nahrádzalo (čestné vyhlásenia o subdodávateľoch, návrh zmluvy – pozri body 36 a 37 tohto rozhodnutia), bol predložený v kontrolovanom stanovení lehote na predkladanie ponúk.**
62. **Úrad zároveň dodáva, že zo strany navrhovateľa nedošlo k predloženiu dokladu, ktorým by navrhovateľ oddialil svoje rozhodnutie o tom, akými kapacitami bude neskôr preukazovať splnenie predmetnej podmienky účasti, a teda si nevytvoril priestor na hľadanie kapacít po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, neprišlo teda k zmene úmyslu deklarovaného v ponuke, a to preukázať splnenie predmetných podmienok účasti prostredníctvom iných osôb, čo v kontexte všetkých skutkových okolností daného prípadu je možné vnímať ako fakty, že už v čase plynutia lehoty na predkladanie ponúk navrhovateľ disponoval kapacitami tretích osôb, prostredníctvom ktorých mal v úmysle preukazovať splnenie predmetných podmienok účasti.**
63. Úrad v nadväznosti na uvedené dáva kontrolovanému opäť do pozornosti, že vylúčenie z verejného obstarávania predstavuje prostriedok ultima ratio, ku ktorému by mal verejný obstarávateľ pristúpiť, len ak má náležitým spôsobom za preukázané, že existujú zákonné dôvody na vylúčenie. Každý krok verejného obstarávateľa uskutočnený v procese verejného obstarávania musí byť vhodný, potrebný a nevyhnutý, čo sú základné požiadavky vyplývajúce z princípu proporcionality podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa princípu proporcionality verejný obstarávateľ nesmie ísť nad rámec toho, čo je na dosiahnutie daného cieľa potrebné a nevyhnutné.
64. **Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že námietky navrhovateľa sú opodstatnené.**
65. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
66. S prihliadnutím na vyššie uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože, s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, a to § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení

s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetné verejné obstarávanie smerovalo k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. zo zákazky, ktorej priebeh nevykazuje znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania. Úrad v procese vyhodnotenia splnenia podmienok účasti identifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní s možným vplyvom na výsledok, spočívajúce v tom, že **v danom prípade bol navrhovateľ vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej a odbornej spôsobilosti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. c) a d) zákona o verejnom obstarávaní predčasne, a teda aj nezákonne, nakoľko vylúčenie z procesu tohto verejného obstarávania nevychádza z objektívne zisteného skutkového stavu podloženého relevantnými dôkazmi.**

67. Podľa § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní je úrad povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
68. Úrad ako návod pre kontrolovaného, aby v budúcnosti predišiel vyššie uvedeným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, v súlade s § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, odporúča, aby kontrolovaný vylúčil záujemcu/uchádzača z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, len ak skutočne nastal predmetný dôvod na vylúčenie v procese verejného obstarávania, ktorý má náležite za preukázaný a vychádza z objektívne zisteného skutkového stavu, ktorý je podložený relevantným dôkazmi, a za súčasného dodržiavania princípov verejného obstarávania. Zároveň úrad kontrolovaného upozorňuje, aby správne používal v zákone o verejnom obstarávaní definované pojmy a inštitúty, nakoľko pri aplikácii § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní ide o vylúčenie uchádzača, a nie vylúčenie ponuky (ako uvádza kontrolovaný).
69. **Na základe vyššie uvedeného rozhodol úrad tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.**
70. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní sa rozhodnutie podľa odseku 1 zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.

Kaucia

71. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
72. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú za podanie námietok v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e :

Podľa § 175 ods. 12 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať opravný prostriedok. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a všetkým uchádzačom a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 175 ods. 12 druhá veta zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu je preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XXX**– navrhovateľ
2. Obec Lužianky, Rastislavova 275/266, 951 41 Lužianky, IČO: 34 003 517 - kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka