



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Odbor dohľadu

Bratislava

11. 12. 2023

Číslo:

15393-6000/2023-OD

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b), podľa § 169 ods. 1 písm. 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 **N** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu z verejného obstarávania na predmet podlimitnej zákazky „Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1. mája - Poprad“ vyhlásenej verejným obstarávateľom **Mesto Poprad**, Nábrežie Jána Pavla II 2802/3, 058 01 Poprad, IČO: 00 326 470 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 11/2023 dňa 17. 01. 2023 pod zn. 1278-WYP vydáva toto

rozhodnutie:

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

O d ô v o d n e n i e:

1. Navrhovateľ dňa 02. 11. 2023 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹ smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu. Dňa 03. 11. 2023 navrhovateľ doručil úradu doplnenie predmetných námietok, rovnakým spôsobom. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 02. 11. 2023 v elektronickej podobe prostredníctvom informačného systému, ktorým sa realizovalo predmetné verejné obstarávanie, a to informačného systému Eranet (ďalej len „Eranet“). Dňa 03. 11. 2023 navrhovateľ doručil kontrolovanému doplnenie predmetných námietok, rovnakým spôsobom.
2. Úrad vo veci námietok navrhovateľa smerujúcich proti vyhodnoteniu ponúk uvádza, že námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému v lehote podľa § 170 ods. 4 a v podobe podľa § 170 ods. 9 a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok 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

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

obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ predložil ponuku dňa 06. 02. 2023 o 13:12 hod. V danom prípade má úrad za to, že navrhovateľ preukázal aktívnu vecnú legitimáciu na podanie námietok.

3. Podľa ustanovenia § 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. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).
5. Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (1 714 588,73 EUR bez DPH) je 1714,58 EUR. Nakoľko v tomto prípade 0,1% z predpokladanej hodnoty zákazky presiahlo sumu 2 000 EUR, navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 000 EUR.
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 03. 11. 2023 kauciu vo výške 2 000 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 v časti I „Opis rozhodujúcich skutočností“ v podaných námietkach, okrem iného uvádza skutočností uvedené v bodoch 38, 40 až 52 tohto rozhodnutia. Úrad uvádza, že navrhovateľ v predmetnej časti námietok uvádza aj znenia ustanovení § 170 ods. 4 písm. f), § 21 ods. 1 a § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
9. Navrhovateľ v časti II „Právne posúdenie“ v podaných námietkach, uvádza znenia ustanovení § 10 ods. 1, § 10 ods. 2 a § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
10. Navrhovateľ v časti III „Porušenie zásady transparentnosti postupu verejného obstarávania – rozpor oznámenia o vylúčení so znením súťažných podkladov“ v podaných námietkach uvádza, cit.: „
A
Kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol:
Uchádzač musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod. ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnému obstarávateľovi.“

UVO v rozhodnutí č. 7255-6000/2023-OD zo dňa 27.04. 2023 uviedol:

ich preukazuje samotný uchádzač. Ak by uchádzač splnenie predmetnej podmienky preukazoval prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom

obstarávaní, táto osoba by preukazovala splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7, oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Úrad nespochybňuje, že kontrolovaný nepožadoval preukázať pracovnoprávny, zmluvný resp. iný vzťah medzi uchádzačmi a osobami stavbyvedúceho, ako ani samotné znenie stanovenej podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Z hľadiska komplexného posúdenia splnenia

Kontrolovaný v oznámení uviedol:

Na základe uvedeného verejný obstarávateľ vylučuje uchádzača a to z dôvodov:

1. Uchádzač na základe opakovaných žiadostí o vysvetlenie neurčil stavbyvedúceho zodpovedného za riadenie stavby.
2. Uchádzač týmto na základe žiadosti o vysvetlenie opakovane neposkytol verejnému obstarávateľovi – relevantné odpovede. Metodické usmernenie č. 13774-6000/2022 zo dňa 31. 10. 2022 jednoznačne uvádza, cit.: „Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je prirodzene oprávnený v prípade potreby požiadať v tejto súvislosti uchádzača alebo zájemcu o bližšie vysvetlenie, na čo je ten povinný pod hrozbou sankcie vylúčenia povinný poskytnúť relevantnú odpoveď“.
3. Ponuka uchádzača obsahovala Zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy s budúcim zhotoviteľom S1 vo vzťahu k využitiu technických a odborných kapacít. Po doručení vysvetlení z predmetnej zmluvy ako inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona vyplynulo len garantovanie § 34 ods. 1 písm. b) zákona – požadovanej referencie a nie splnenie podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona na výkon činnosti stavbyvedúceho. Uchádzač v rámci žiadosti o vysvetlenie doplnil informáciu o tom, že F1 je jeho externou kapacitou, ktorý ako 100 % spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 zákona.

Kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie zo dňa 18. 08. 2023 (ďalej len „žiadosť I“) uviedol:

„Vaša ponuka obsahovala dve osvedčenia stavbyvedúcich vo vzťahu k splneniu podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona.

Ide o vysvetlenie postavenia osoby experta – resp. stavbyvedúcich, či ide o vlastnú/internú kapacitu alebo využitie kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona.

V našom vysvetlení zo dňa 18. 08. 2023 sme okrem iného uviedli:

Na preukázanie splnenia podmienok podľa ust. § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní sme v ponuke predložili osvedčenia expertov: F1 a F2.

F1 je externou kapacitou, ktorý ako 100 % spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využívanie na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

F2 je stavbyvedúci a je našou vlastnou kapacitou.

Zmluvy s oboma stavbyvedúcimi predložíme verejnému obstarávateľovi podľa bodu 34 súťažných podkladov a v zmysle bodu 44 rozhodnutia UVO č. 7255-6000/2023-OD zo dňa 27. 04. 2023 na výzvu verejného obstarávateľa.

Dňa 11.09.2023 kontrolovaný adresoval navrhovateľovi žiadosť o vysvetlenie/doplnenie dokladov (ďalej len „žiadosť II“):

„Dobrý deň,

Týmto Vás verejný obstarávateľ žiada o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní tak, aby verejný obstarávateľ mohol posúdiť a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti. Uvedené sa týka zákazky: Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. I. mája – Poprad. Požadované vysvetlenie v súlade § 40 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní je potrebné doručiť prostredníctvom systému ERANET do 2 pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti.“

B

Kontrolovaný v zmysle súťažných podkladov umožnil, aby uchádzači predložili pracovnú zmluvu, dohodu o pracovnej činnosti resp. inú zmluvu (napr. aj o technickej spolupráci) najneskôr ku dňu odovzdania staveniska. Podobne sa vyjadril aj UVO vo svojom rozhodnutí 7255-6000/2023-OD zo dňa 27.04.2023 – bod 44.

V nadväznosti na nejasnosť ponuky, t.j. či stavbyvedúci predstavujú vlastnú kapacitu navrhovateľa alebo jeho externú kapacitu, kontrolovaný navrhovateľovi zaslal žiadosť o vysvetlenie I.

V nadväznosti na vysvetlenie k žiadosti I (v ktorom navrhovateľ uviedol, že je na výzvu kontrolovaného pripravený predložiť zmluvy uzatvorené so stavbyvedúcimi) kontrolovaný zaslal navrhovateľovi žiadosť II, ktorým ho vyzval na doplnenie dokladov.

Navrhovateľ na základe žiadosti II kontrolovanému zaslal príslušnú zmluvnú dokumentáciu – dohodu o pracovnej činnosti a zmluvu o technickej pomoci.

Kontrolovaný predloženú zmluvnú dokumentáciu navrhovateľa nespochybňoval, pričom svoj ďalšie žiadosti smeroval vyslovene k určeniu jednej osoby, ktorá bude vykonávať funkciu stavbyvedúceho.

Kontrolovaný tak porušil zásadu nediskriminácie a zásadu transparentnosti, ak:

- sa neriadil vlastnými pravidlami, ktoré stanovil v súťažných podkladoch – umožnil predložiť zmluvu (pracovnú zmluvu, a pod.²) najneskôr ku dňu odovzdania staveniska (bez ohľadu na možnosť kontrolovaného vyzvať na predloženie tejto zmluvy počas verejného obstarávania).
- žiadal od navrhovateľa určiť, či sú obaja stavbyvedúci vlastnou/externou kapacitou navrhovateľa a následne v oznámení uviedol, že spol. S2 nie je v oznámení uvedená ako subdodávateľ.

² Rovnako UVO vo svojom rozhodnutí uviedol, že nespochybňuje pravidlo kontrolovaného stanovené v súťažných podkladoch – vyžadovať preukázanie pracovného zmluvného resp. iného vzťahu medzi uchádzačom a stavbyvedúcim

- žiadal od navrhovateľa predložiť zmluvy uzatvorené so stavbyvedúcimi, pričom v oznámení následne uviedol, že ide o predloženie nového dokladu,
- opakovane žiadal o určenie jedného z dvoch stavbyvedúcich, ktorý bude zodpovedný za činnosť stavbyvedúceho počas realizácie zákazky, pričom nespochybnil predchádzajúce vysvetlenia navrhovateľa (určenie či ide o vlastnú/inú kapacitu navrhovateľa) a doplnenie zmlúv so stavbyvedúcimi v zmysle súťažných podkladov, pričom následne v oznámení uviedol, že spol. S2 nie je v oznámení uvedená ako subdodávateľ.

C

Kontrolovaný zároveň v oznámení uviedol, že spol. S2 (prostredníctvom ktorej kľúčový odborník ako 100 % spoločník a štatutár vykonáva funkciu stavbyvedúceho) nie je v ponuke uvedená ako subdodávateľ.

V tejto súvislosti si dovoľujeme poukázať na skutočnosť, že navrhovateľ v ponuke priamo neuviedol žiadneho známeho subdodávateľa. Zároveň navrhovateľ v ponuke uviedol, že v ponuke sú uvedení viacerí subdodávatelia (t.j. viaceré osoby sú predpokladané, že sa subdodávateľmi môžu stať). Podotýkame, že nie je vylúčenie, aby v čase prevzatia staveniska navrhovateľ aj inú osobu (resp. jej štatutára), ktorej kapacity využíva počas verejného obstarávania na preukázanie splnenia podmienok účasti, po podpise zmluvy (resp.) zamestnal na trvalý pracovný pomer. Nie je preto vylúčené, aby sa aj osoba (predovšetkým stavbyvedúci), ktorej kapacity navrhovateľ využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, nestala počas realizácie zákazky subdodávateľom navrhovateľa ale jeho zamestnancom.

Dokonca (hypoteticky), ani v prípade spol. F1 (prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie podmienok účasti – referencie) nie je vylúčené, aby sa táto osoba nestala subdodávateľom ale vlastnou kapacitou, napr. v prípade zlúčenia alebo splynutia s osobou navrhovateľa, resp. predajom časti podniku/podniku. Z uvedeného dôvodu sa údaje o subdodávateľoch aktualizujú až v čase uzatvorenia zmluvy, pričom navrhovateľ nemusí iné osoby uviesť ako subdodávateľov, pokiaľ pripúšťa že sa počas realizácie zákazky stanú jeho vlastnou kapacitou. Iba v prípade, ak uchádzač vie, že počas realizácie zákazky bude iná osoba zároveň subdodávateľom, túto uvedenie v ponuke ako subdodávateľa v zozname subdodávateľov.“

11. Navrhovateľ v časti IV „Porušenie zásady nediskriminácie a zásady transparentnosti – opakovaná výzva na určenie osoby stavbyvedúceho“ v podaných námietkach poukázal na to, že kontrolovaný v oznámení o vylúčení uviedol, že navrhovateľ neodpovedal na výzvu kontrolovaného – neurčil, ktorý z dvoch stavbyvedúcich bude zodpovedný za plnenie úloh stavbyvedúceho. Navrhovateľ v tejto súvislosti citoval obsah jeho vysvetlenia zo dňa 26. 09. 2023, ktoré je uvedené v bode 49 tohto rozhodnutia. Navrhovateľ ďalej uvádza, že aj z vyššie uvedeného znenia súťažných podkladov vyplýva, že uchádzač môže uviesť aj viac osôb, ktoré predpokladá pri realizácii vo funkcii stavbyvedúceho. Navrhovateľ má za to, že na preukázanie splnenia podmienok účasti bolo v ponuke nevyhnutné uviesť iba jednu osobu, nebolo však podľa neho vylúčené, aby uchádzač uviedol aj dve a viac osôb. Podľa navrhovateľa je podstatné, že aspoň jedna osoba spĺňa podmienky účasti a neexistuje u nej dôvod na vylúčenie. Navrhovateľ uvádza, že v prípade, ak by bolo v súťažných podkladoch uvedené, že na funkciu stavbyvedúceho môže byť navrhnutá výlučne jedna osoba (čo si navrhovateľ vie predstaviť skôr v prípade, ak by skúsenosti kľúčovej osoby boli kritériom pre vyhodnotení ponúk, čo nie je podľa neho tento prípad), na druhú osobu by kontrolovaný neprihliadal.

12. Navrhovateľ v časti V „Porušenie zásady primeranosti“ v podaných námietkach uvádza, cit.:

”
Kontrolovaný zároveň v oznámení uviedol, že dôvod na vylúčenie v bodoch 3. a 4. existuje priamo na strane uchádzača. Zároveň v oznámení uviedol:

Na základe uvedeného verejný obstarávateľ vylučuje uchádzača a to z dôvodov:

1. Uchádzač na základe opakovaných žiadostí o vysvetlenie neurčil stavbyvedúceho zodpovedného za riadenie stavby.
2. Uchádzač týmto na základe žiadosti o vysvetlenie opakovane neposkytol verejnému obstarávateľovi – relevantné odpovede. Metodické usmernenie č. 13774-6000/2022 zo dňa 31. 10. 2022 jednoznačne uvádza, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je prirodzene oprávnený v prípade potreby požiadať v tejto súvislosti uchádzača alebo záujemcu o bližšie vysvetlenie, na čo je ten povinný pod hrozbou sankcie vylúčenie povinný poskytnúť relevantnú odpoveď.

Podľa ust. § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (...)

Podľa ust. § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (...)

Podľa ust. § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní (...)

Dovoľujeme si zároveň poukázať na dôvodovú správu k § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní: Pri preukazovaní splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. c) alebo g) zákona o verejnom obstarávaní bez využitia technických a odborných kapacít inej osoby sa navrhuje ustanoviť, že ak technik, technické orgány alebo osoba deklarovaná zo strany záujemcu alebo uchádzača ako osoba určená na plnenie zmluvy alebo osoby deklarovaná ako riadiaci zamestnanec nespĺňa ustanovenú podmienku účasti, tak v takom prípade nedochádza okamžite k vylúčeniu uchádzača alebo záujemcu, ale verejný obstarávateľ je povinný vyzvať uchádzača alebo záujemcu, aby táto osobu alebo orgán naradil subjektom spĺňajúcim túto podmienku účasti. K vylúčeniu uchádzača alebo záujemcu dochádza až v prípade, ak nedôjde z jeho strany k nahradeniu takým subjektom, ktorý ustanovenú podmienku účasti spĺňa. Identická právna úprava sa momentálne vzťahuje napríklad na preukazovanie podmienok účasti prostredníctvom tretích osôb.

V prípade, ak vznikli (akékoľvek) dôvody na vylúčenie inej osoby (napr. z dôvodu nedostatočného vysvetlenia, požadovaného zo strany kontrolovaného), ktorej kapacity navrhovateľ využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, resp. u osoby – stavbyvedúceho, ktorý je vlastnou kapacitou navrhovateľa, vzniká v súlade so zásadou primeranosti v spojení s ust. § 40 ods. 5 písm. b) a c) zákona o verejnom obstarávaní, povinnosť kontrolovaného vyzvať navrhovateľa na nahradenie inej osoby/vlastnej kapacity – stavbyvedúceho. Podotýkame, že v oboch prípadoch ide osoby, ktoré boli v ponuke uvedené (vrátane odborných osvedčení stavbyvedúceho, ktoré kontrolovaný vyžadoval predložiť už v ponuke, okrem pracovnej resp. inej zmluvy), Nešlo by tak o nahradenie osoby, ktorá v ponuke uvedená nebola. Podotýkame, že právnická osoba nemôže získať osvedčenie na výkon funkcie stavbyvedúceho. Toto získava výlučne fyzická osoba, ktorá buď ako zamestnanec alebo ako štatutár túto funkciu vykonáva.

Vzhľadom k tomu, že u navrhovateľa (hypoteticky) vznikli dôvody pre nahradenie inej osoby/vlastnej kapacity – stavbyvedúceho, kontrolovaný vylúčil navrhovateľa v rozpore so zásadou primeranosti. Vylúčenie ako inštitút ultima ratio prichádza od úvahy iba v prípade, ak neexistuje iný spôsob nápravy.“

13. Navrhovateľ v časti VI „Porušenie zásady transparentnosti – oznámenie nemá oporu v dokumentácii verejného obstarávania“ v podaných námietkach uvádza, cit.:

Kontrolovaný v oznámení okrem iného uviedol:

„Uchádzač v rámci odpovedi na žiadosti o vysvetlenie označil F2 ako vlastnú kapacitu s doplnením Dohody o pracovnej činnosti zo dňa 21. 08. 2023 (uzavretá po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk) na výkon činnosti stavbyvedúceho. Verejný obstarávateľ má az to, že F2 nie je vlastnou kapacitou uchádzača, nakoľko v rozhodnom čase, t.j. v čase predkladania ponuky resp. preukazovania splnenia predmetnej podmienky účasti táto fyzická osoba nemá status jeho zamestnanca.“

Vyššie uvedené tvrdenie kontrolovaného nemá oporu v dokumentácii verejného obstarávania, nakoľko F2 v čase vysvetlenia – preukazovania splnenia podmienok účasti, vlastnou kapacitou navrhovateľa bol.“

14. V petite námietok navrhovateľ uviedol, cit.: „Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti si dovoľujeme úradu navrhnúť, aby preskúmal postup kontrolovaného – vylúčenie navrhovateľa, a nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a vydal nasledovné rozhodnutie:

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nariaďuje kontrolovanému Mesto Poprad, IČO: 00 326 470 so sídlom: Nábřeží Jána Pavla II 2802/3, 05801 Poprad, Slovensko, odstrániť protiprávny stav vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1. mája – Poprad“, Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zverejnené vo vestníku verejného obstarávania Vestník č. 11/2023 – 17. 01. 2023, pod zn. 1278 – WYP, Druh postupu: Výzva na predkladanie ponúk – Bežný postup pre podlimitné zákazky, Druh zákazky: Práce, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa – „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 25. 10. 2023, a zaradiť navrhovateľa do verejného obstarávania a vyhodnotiť u navrhovateľa splnenie podmienok účasti, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.“

In eventum

Zrušiť postup zadávania zákazky.

In eventum

Určiť, že vylúčením navrhovateľa zo strany kontrolovaného Mesto Poprad, IČO: 00 326 470 sp sídlom: Nábřeží Jána Pavla II 2802/3, 058 01 Poprad, Slovensko vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1. mája – Poprad“, Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zverejnené vo vestníku verejného obstarávania Vestník č. 11/2023 – 17.01.2023, pod zn. 1278 – WYP, Druh postupu: Výzva na predkladanie ponúk – Bežný postup pre podlimitné zákazky, Druh zákazky: Práce, došlo k porušeniu ust. § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.“

Začiatok a priebeh konania o preskúvanie úkonov kontrolovaného

15. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **02. 11. 2023**.
16. 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 zákona o verejnom obstarávaní v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu. Kontrolovaný dňa 09. 11. 2023 doručil úradu písomné vyjadrenie k námietkam navrhovateľa a doručil dokumentáciu v listinnej forme. Súčasťou listinnej dokumentácie bol aj dokument obsahujúci prístupové údaje do informačného systému, ktorým sa realizuje predmetné verejné obstarávanie, a to informačného systému Eranet, na základe ktorého kontrolovaný zriadil úradu prístup do tohto elektronického prostriedku určeného na elektronickú komunikáciu. Úrad uvádza, že doručením listinnej dokumentácie a zriadením prístupu do informačného systému Eranet dňa 09. 11. 2023 sa dokumentácia stala kompletnou.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

17. Kontrolovaný vo vyjadrení k námietkam uviedol, cit.: „(...) III. Vyjadrenie verejného obstarávateľa k Námietkam II doručeným Mestu Poprad (ďalej len „kontrolovaný“) dňa 02. 11. 2023 voči vylúčeniu podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona (ďalej len „Námietky“)

Kontrolovaný k Námietkam navrhovateľa podáva nasledovné vyjadrenie:

Námietkami sa navrhovateľ, ktorý bol vylúčený v predmetnom bežnom postupe pre podlimitné zákazky domáha odstránenia protiprávneho stavu alebo zrušenia použitého postupu.

Navrhovateľ v čl. I. námietok Opis rozhodujúcich skutočností popísal text Oznámenia o vylúčení, určenie lehôt, zloženie kaucie a v čl. II. svoje právne posúdenie.

K čl. IU písm. A námietky

Navrhovateľ uviedol citáciu textu súťažných podkladov a to cit." Uchádzač musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnému obstarávateľovi".

Ďalší citovaný text z ÚVO rozhodnutia č. 7255-6000/2023-OD zo dňa 27.04.2023 bol navrhovateľom vytiahnutý z kontextu, ktorý sa nevzťahuje na riešenú situáciu.

Navrhovateľ v rámci svojej ponuky - Obsah ponuky uviedol cit.

" ... Technická alebo odborná spôsobilosť § 34 ods. 1 písm. b) g) a odbornú spôsobilosť § 34 ods. 1 písm. b) g)

- § 34 ods. 3 Technické kapacity inej osoby

Zmluva o budúcej zmluve, čestné vyhlásenie, OR

- Zoznam stavebných prác + Referencie
- Osvedčenie o autorizácii"

Ponuka navrhovateľa obsahovala dve osvedčenia stavbyvedúcich (F1 a F2) vo vzťahu k splneniu podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Komisia požiadala navrhovateľa (žiadosť I) o určenie postavenia experta resp. stavbyvedúcich, či ide o vlastnú/internú kapacitu alebo využitie kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona.

V odpovedi navrhovateľ uviedol, že F1 je externou kapacitou podľa ust. § 34 ods. 3 zákona, ako 100% spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2 a F2 ich vlastnou kapacitou.

Z predmetnej odpovede navrhovateľa vyplynulo, že ani jedno z predložených osvedčení v ponuke sa nevzťahovalo k v ponuke označenej inej osobe § 34 ods. 3 zákona a Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy pre poskytnutie technických a odborných kapacít so spoločnosťou S1.

Kontrolovaný dodáva, že je na rozhodnutí uchádzača, ktorý už pri predkladaní ponuky musí mať ujasnené ako bude preukazovať splnenie podmienok účasti § 34 ods. 1 zákona. Metodické usmernenie č. 14473-5000/2022 zo dňa 07. 12. 2022 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 splnenia predmetných podmienok účasti, t. j. či napr. bude splnenie podmienok účasti preukazovať vlastnými kapacitami alebo využije kapacity iných osôb podľa § 34 ods. 3 tohto zákona o verejnom obstarávaní".

Kontrolovaný preto požiadaval navrhovateľa vo vzťahu k predloženým dvom osvedčeniam (žiadosť II) aj v súvislosti s doručeným vysvetlením dňa 21.08.2023 o presné určenie, kto bude reálne vykonávať stavbyvedúceho na predmetnej stavbe.

V stanovenom termíne dňa 01.09.2023 o 11:05 hod (zaevidované 04.09.2023) bolo uchádzačom doručené vysvetlenie v ktorom navrhovateľ okrem iného uviedol cit "reálne budú počas realizácie diela vykonávať funkciu stavbyvedúceho obe osoby".

Komisia z doručeného vysvetlenia nevedela posúdiť vyhodnotenie splnenia podmienok účasti vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona a preto požiadala navrhovateľa (žiadosť III) o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona tak, aby verejný obstarávateľ resp. komisia mohla posúdiť a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti.

V stanovenom termíne bolo uchádzačom doručené vysvetlenie, v ktorom uchádzač doplnil Dohodu o pracovnej činnosti – F2 a Zmluvu o spolupráci so spoločnosťou S2, kde konateľom je F1.

Z dôvodu, že zo Zmluvy o spolupráci a hlavne z Dohody o pracovnej činnosti nebolo možné vyhodnotiť splnenie podmienky účasti a navrhovateľ trval na oboch stavbyvedúcich - komisia vo vzťahu k princípu rovnakého zaobchádzania opakovane požiadala navrhovateľa o určenie jedného stavbyvedúceho z uvedených osôb v ponuke, ktorý by bol zodpovedný za riadenie prác a reálne aj vykonával túto pozíciu. Komisia taktiež konštatovala, že v zmluve o spolupráci je uvedené stavbyvedúcim riadenie stavebných prác, čo z dohody

o pracovnej činnosti vyplýva len z definície stavebného zákona v rámci dojednanej činnosti a pojmu - stavbyvedúci.

K písm. B námietky

Tvrdenie navrhovateľa, že kontrolovaný v zmysle súťažných podkladov umožnil, aby uchádzači predložili inú zmluvu (napr. o technickej spolupráci) najneskôr ku dňu odovzdania staveniska

je doplnením navrhovateľa. Kontrolovaným stanovenú podmienku predloženia pracovnej zmluvy, dohody o pracovnej činnosti a pod. úrad vo svojom rozhodnutí 7255-6000/2023-OD zo dňa 27.04.2023 - bod 44 nespochybnil.

Navrhovateľ, ako je už vyššie uvedené, vo svojej ponuke predložil vo vzťahu k § 34 ods. 3 zákona Zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy pre poskytnutie technických a odborných kapacít so spoločnosťou S1 a samostatné dve osvedčenia stavbyvedúcich v rámci ktorých z odpovedi na žiadosti o vysvetlenie doplnil ďalšiu novú inú osobu podľa § 34 ods. 3 S2 a určil – F2 ako vlastnú kapacitu.

Kontrolovaný sa riadil pravidlami, ktoré stanovil v súťažných podkladoch, vo Výzve na predkladanie ponúk a vo vzťahu k rovnakému zaobchádzaniu a nediskriminácii pre prístupenie k vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti žiadal navrhovateľa o určenie stavbyvedúceho, na základe ktorého by vykonával túto činnosť.

Dodržiavanie zásady nediskriminácie a zásady transparentnosti sú kontrolovaným zdokumentované v celom I. článku Opisu priebehu zákazky tohto stanoviska.

K hypotetickým úvahám navrhovateľa vo vzťahu k nejakým možným zlúčeniam, splnutiu s osobou navrhovateľa alebo že subdodávateľ navrhovateľa sa môže stať jeho zamestnancom sa kontrolovaný vyjadrovať nebude. Úspešný uchádzač musí podmienky účasti spĺňať počas celého procesu obstarávania a prípadného plnenia zmluvy.

Vo vzťahu k subdodávateľom kontrolovaný opakovane uvádza, že ponuka uchádzača taktiež obsahovala Zoznam subdodávateľov, v ktorom uchádzač uviedol cit: ... "V čase podania ponuky nie sú známi subdodávatelia, okrem uvedených v ponuke." V ponuke bol uvedený už vyššie citovaný ako jediný "subdodávateľ" – S1. Doplnená firma S2 v rámci predloženej ponuky uvedená nebola.

K čl. IV námietky

Kontrolovaný uvádza, že v súťažných podkladoch časti A.2 Podmienky účasti bode 35 .1 B) uviedol presnú citáciu zákona § 34 ods. 1 písm. g) zákona- cit:" ... B) Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov.

Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác) s odborným zameraním - inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky.

Uchádzač musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnemu obstarávateľovi". Kontrolovaný konštatuje, že pri samotnej realizácii stavby je nepredstaviteľné, aby dvaja stavbyvedúci viedli stavbu. Vedie a rozhoduje na stavbe jedna osoba - hlavný stavbyvedúci. Verejný obstarávateľ požadoval v rámci súťažných podkladov o určenie osoby - stavbyvedúceho zodpovedného za riadenie stavby. Nie stavbyvedúcich.

Činnosť stavbyvedúceho je definovaná v zákone č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní (stavebný zákon) v § 46a, kde je uvedené, že stavbyvedúci organizuje, riadi a koordinuje stavebné práce a iné činnosti na

stavenisku a na stavbe a vedie o nich evidenciu v stavebnom denníku a taktiež už aj novom stavebnom zákone s definovaním - hlavného stavbyvedúceho.

Komisia sa stotožnila s tvrdením navrhovateľa, že na stavbe v závislosti od počtu stavebných objektov môžu byť viacerí stavbyvedúci, ale tí podliehajú jednému stavbyvedúcemu, ktorý riadi a koordinuje stavebné práce a iné činnosti na stavenisku.

Navrhovateľ opakovane odmietol určiť zodpovedného stavbyvedúceho tak, aby kontrolovaný v rámci rovnakého zaobchádzania mohol pristúpiť k vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Dôvody pre vylúčenie uvedené pod bodom 1. a 2. Oznámenia o vylúčení.

K čl. V námietky

Navrhovateľ v tomto článku sa odvoláva na ust. § 40 ods. 5 písm. b) a c) zákona vo vzťahu k nahradeniu technikov, technických orgánov alebo osoby určené na plnenie zmluvy resp. nahradenia inej osoby.

Kontrolovaný nemohol pristúpiť k uplatneniu predmetného ustanovenia zákona, pretože dôvody na vylúčenie existovali na strane navrhovateľa tak, ako je to uvedené v oznámení o vylúčení 3. a 4. bodu cit: .. " Uchádzač v rámci odpovedí na žiadosti o vysvetlenie označil F2 ako vlastnú kapacitu s doplnením Dohody o pracovnej činnosti zo dňa 21.08.2023 (uzavretá po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk) na výkon činnosti stavbyvedúceho. Komisia má za to F2 nie je jeho vlastnou kapacitou, nakoľko v rozhodnom čase, t.j. v čase predkladania ponuky resp. preukazovania splnenia predmetnej podmienky účasti táto fyzická osoba nemá status jeho zamestnanca.

Ponuka uchádzača obsahovala Zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy s budúcim zhotoviteľom S1 vo vzťahu k využitiu technických a odborných kapacít. Po doručení vysvetlení z predmetnej zmluvy ako inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona vyplynulo len garantovanie § 34 ods. 1 písm. b) zákona - požadovanej referencie a nie splnenie podmienky účasti § 34. ods. 1 písm. g) na výkon činnosti stavbyvedúceho. Uchádzač v rámci žiadosti o vysvetlenie doplnil informáciu o tom, že F1 je jeho externou kapacitou, ktorý ako 100% spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 zákona. Týmto uchádzač v rámci vysvetlenia a doplnením Zmluvy o spolupráci s S2, zmenil svoju ponuku podstatným spôsobom.

Vysvetľovanie ponúk nemá slúžiť na to, aby sa poskytoval dodatočný časový priestor pre úpravu ponuky s predkladaním dodatočných dokladov. Judikatúra Súdneho dvora Európskej únie, predovšetkým rozsudok zo dňa 04.05.2017 sp. Zn. C-387/14 a v ňom citovaná judikatúra podľa ktorého: "článok 51 smernice 2004/18 v spojení s článkom 2 tejto smernice sa ma vykladať v tom zmysle, že bráni tomu, aby po uplynutí lehoty stanovenej na predkladanie ponúk do verejného obstarávania hospodársky subjekt predložil verejnému obstarávateľovi na preukázanie, že spĺňa podmienky účasti na verejnom obstarávaní, dokumenty nefigurujúce v jeho pôvodnej ponuke, ako je zmluva vykonaná tretím subjektom, ako aj záväzok tohto tretieho subjektu poskytnúť tomuto hospodárskemu subjektu kapacity a zdroje potrebné na vykonanie predmetnej zákazky." Metodické usmernenie č. 14847-5000/2022 zo dňa 13. 12. 2022 jednoznačne uvádza, cit.: " .. Uvedený inštitút (§ 40 ods. 4) predstavuje významný nástroj hodnotiaceho procesu, umožňujúci odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok účasti v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť a verifikovať. Využitie inštitútu podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné najmä v prípade, pokiaľ prípadné nedostatočné náležitosti predložených dokladov by bolo možné vysvetlením jednoducho objasniť alebo dovysvetliť. Ako úrad konštatuje vo svojich metodických usmerneniach ako aj rozhodnutiach uvádza: v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania na základe vysvetlenia nie je možné dopĺňanie nových dokladov, t.j. dokladov viažucich sa na skutočnosti, ktoré z ponuky nevyplývajú".

Uchádzač uviedol v procese vysvetľovania oproti predloženej ponuke ďalšiu inú osobu § 34 ods. 3 zákona, ktorou preukazuje splnenie podmienky účasti. Deklarovanie splnenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti prostredníctvom tretích osôb je spájané aj s povinnosťou preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) ods. 7 zákona. Verejný obstarávateľ poukazuje, že ponuka uchádzača neobsahovala JED ani čestné vyhlásenie.

Dôvod na vylúčenie v bodoch 3. a 4. existuje priamo na strane uchádzača".

Kontrolovaný ďalej doplnením konštatuje, že dôvod vylúčenia vznikol priamo na strane navrhovateľa a nie na strane tretej osoby.

V rámci určitej roviny kontrolovaný poukazuje aj na rozhodnutie Úradu č. 7810-6000/2023-OD-6 zo dňa 03.08.2023 cit..."Úrad má za to, že kontrolovaný, resp. komisia kontrolovaného nebola oprávnená v tomto konkrétnom prípade za daných okolností akceptovať uchádzačom predložené doklady za iné osoby, nakoľko išlo o nové doklady, týkajúce sa "nového spôsobu" preukazovania podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti. Vychádzajúc z princípov verejného obstarávania, nie je možné nahradiť v ponuke predložené doklady, dokladmi úplne novými, a to aj v prípade, ak z týchto dokladov už vyplýva splnenie podmienok účasti Pokiaľ však mal uchádzač v úmysle preukazovať splnenie podmienok účasti prostredníctvom iných osôb, nič mu nebránilo uviesť predmetnú skutočnosť už v predloženej ponuke".

Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ v rámci predloženej ponuky označil za inú osobu len spoločnosť S1.

Taktiež kontrolovaný si dovoľuje poznamenať, že v konečnom dôsledku ani nová doplnená v rámci vysvetlenia označená iná osoba S2, nespĺňa osobné postavenie. V predmete podnikania nemá uvedenú činnosť výkon stavbyvedúceho.

K čl. VI námietky

Kontrolovaný sa odvoláva na znenie bodu 3. Oznámenia o výsledku cit." ... Uchádzač v rámci odpovedí na žiadosti o vysvetlenie označil F2 ako vlastnú kapacitu s doplnením Dohody o pracovnej činnosti zo dňa 21.08.2023 (uzavretá po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk) na výkon činnosti stavbyvedúceho. Komisia má za to, že F2 nie je jeho vlastnou kapacitou, nakoľko v rozhodnom čase, t.j. v čase predkladania ponuky resp. preukazovania splnenia predmetnej podmienky účasti táto fyzická osoba nemá status jeho zamestnanca.

Taktiež metodické usmernenie č. 12159-6000/2023-OD zo dňa 06.09.2023 bod. 111. jednoznačne uvádza, cit.: " ... V tejto súvislosti má úrad za to, že aj na uchádzačov je potrebné klásť istú mieru zodpovednosti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov. Podľa názoru úradu by uchádzač pri predkladaní dokladov nahradených v ponuke JED-om a pri preukazovaní podmienok účasti inou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní mal predložiť všetky príslušné doklady za takúto osobu, vrátane zmluvy preukazujúcej jej záväzok, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Úrad preto na tomto mieste apeluje na potrebu venovať náležitú pozornosť príprave ponúk ako aj pri zhromažďovaní dokladov, ktoré sa následne v ponukách alebo na žiadosť podľa § 39 ods. 6, resp. 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní predkladajú na preukázanie podmienok účasti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za ich obsah ako aj za ich úplnosť a správnosť. Na uvedené úrad poukazuje práve z tohto dôvodu, že ak ponuka uchádzača nie je predložená v súlade s podmienkami daného verejného obstarávania, resp. v súlade so zákonom o verejnom

obstarávaní (napr. v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), vystavuje sa takýto uchádzač riziku vylúčenia z verejného obstarávania.

Metodické usmernenie č. 9895-5000/2021 zo dňa 02.09.2021 uvádza, cit: ... " Vychádzajúc zo znenia § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj konštantnej praxe úradu, inštitút vysvetľovania je pri vyhodnocovaní podmienok účasti možné využiť na účely vysvetlenia nejasností (v dokladoch) nachádzajúcich sa v ponuke a na účely doplnenia už predložených dokladov. Naopak, v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania nie je možné dopĺňanie nových dokladov, t.j. dokladov viažucich sa na skutočnosti, ktoré z ponuky nevyplývajú."

Kontrolovaný dodáva a poukazuje na skutočnosť, že dodržanie zásad a princípov vo verejnom obstarávaní sú zdokumentované v čl. I Opis priebehu zákazky. Komisia resp. kontrolovaný opakovane v piatich žiadostiach o vysvetlenie žiadal navrhovateľa o určenie zodpovedného stavbyvedúceho za riadenie stavby v súlade s Výzvou na predkladanie ponúk a súťažnými podkladmi tak, aby mohol pristúpiť k vyhodnoteniu podmienky účasti. Kontrolovaný z ponuky nemal ujasnené, ako navrhovateľ uvažoval pri predkladaní ponuky vo vzťahu podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona - postavenia stavbyvedúceho zodpovedného za riadenie stavby.

Kontrolovaný resp. komisia odborne posudzovala ponuku uchádzača a jeho doručené odpovede na žiadosti o vysvetlenie a trvá na záveroch uvedených v oznámení o vylúčení vo všetkých štyroch bodoch. Kontrolovaný postupoval pri vyhodnotení ponúk v súlade so zákonom a predovšetkým po dôkladnom preštudovaní rozhodnutí a metodických usmernení k danej problematike vydaných úradom pre verejné obstarávanie.

Kontrolovaný v rámci námietok ešte dodáva, že v procese verejného obstarávania je verejný obstarávateľ ten, kto vymedzuje predmet zákazky vždy individuálne v závislosti od konkrétnej situácie a svojich potrieb a pri rešpektovaní princípov verejného obstarávania. Pri definovaní a špecifikovaní predmetu zákazky verejný obstarávateľ vymedzuje predmet zákazky na základe jednoznačného, úplného a nestranného opisu s uvedením technických požiadaviek. Z uvedeného vyplýva, že verejný obstarávateľ si vymedzí predmet zákazky tak, aby pri zachovaní princípov verejného obstarávania splňal ním určený účel - t.j. realizáciu stavby v súlade s projektovou dokumentáciou.

Taktiež si dovoľujeme ešte poukázať, že samotný navrhovateľ už pri podaní prvej námietky v rámci tejto zákazky týkajúcej sa postavenia stavbyvedúceho § 34 ods. 1 písm. g) zákona ju podával s tým, že v konečnom dôsledku on sám túto podmienku účasti nespĺňal."

18. Kontrolovaný navrhuje úradu, cit.: „na základe ustanovenia § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, aby vydal rozhodnutie, ktorým námietky navrhovateľa N, zapísaného v obchodnom registri Okresného súdu Prešov proti vylúčeniu podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona zo dňa 31. 10. 2023, doručené verejnému obstarávateľovi dňa 02. 11. 2023 zamietne v plnom rozsahu.“

Právny rámec

19. Podľa § 2 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní informácie potrebné na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti sú informácie uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponúk, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.

20. Podľa § 2 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti sú najmä oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž, oznámenie o koncesii, oznámenie o vyhlásení súťaže návrhov, výzva na predkladanie ponúk, súťažné podklady, súťažné podmienky, informatívny dokument, koncesná dokumentácia a iná sprievodná dokumentácia.
21. 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.
22. 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.
23. Podľa § 34 ods. 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:
- g) ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ak nie sú kritériom na vyhodnotenie ponúk
24. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti 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. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.
25. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže v súvislosti s dôvodom na vylúčenie podľa odseku 6 písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie. Ak verejný obstarávateľ

alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do

- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
- b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).

- 26. Podľa § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri vyhodnotení splnenia podmienky účasti uchádzačov alebo záujemcov týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. c) alebo písm. g) písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil technikov, technické orgány alebo osoby určené na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy, alebo riadiacich zamestnancov, ak nespĺňajú predmetnú podmienku účasti.
- 27. Podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu, aby v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, nahradil inú osobu, ktorej prostredníctvom preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie.
- 28. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.
- 29. Podľa § 112 ods. 7 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ nepoužije elektronickú aukciu, môže rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky sa uskutoční po vyhodnotení ponúk na základe kritérií na vyhodnotenie ponúk.
- 30. Podľa § 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. Hospodársky subjekt môže v čestnom vyhlásení uviesť aj informácie o dokladoch, ktoré sú priamo a bezodplatne prístupné v elektronických databázach, vrátane informácií potrebných na prístup do týchto databáz, a informácie o dokladoch, ktoré verejnému obstarávateľovi predložil v inom verejnom obstarávaní a sú naďalej platné. Ak hospodársky subjekt použije čestné vyhlásenie, verejný obstarávateľ môže na účely zabezpečenia riadneho priebehu verejného obstarávania postupovať podľa § 39 ods. 6. Verejný obstarávateľ postupuje podľa § 39 ods. 7 a 8, ak čestné vyhlásenie obsahuje aj informácie podľa druhej vety.
- 31. Podľa § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač môže pri preukazovaní finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti postupovať podľa § 33 ods. 2 a 3 a § 34 ods. 3. Osoba, ktorej zdroje alebo kapacity majú byť použité, musí preukázať splnenie podmienok účasti, ktoré sa týkajú osobného postavenia v rozsahu ako uchádzač, okrem § 32 ods. 1 písm. e), ak ide o finančné a ekonomické postavenie, a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Verejný obstarávateľ môže

u osoby, ktorej zdroje alebo kapacity majú byť použité, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.

32. Podľa § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ vyhodnocuje splnenie podmienok účasti v súlade s výzvou na predkladanie ponúk a súťažnými podkladmi a posudzuje dôvody na vylúčenie, pričom postupuje podľa § 40 ods. 4 až 15. Verejný obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača, ktorý nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené čestným vyhlásením podľa odseku 1 v určenej lehote.
33. Podľa § 114 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo komisia na vyhodnotenie ponúk, ak bola verejným obstarávateľom zriadená podľa § 51, postupuje pri vyhodnocovaní ponúk podľa § 53.
34. Podľa § 114 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ postupuje po vyhodnotení ponúk podľa § 55 a pri uzatvorení zmluvy podľa § 56. Lehota na poskytnutie súčinnosti podľa § 56 ods. 8 a 9 nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní. Lehota na poskytnutie súčinnosti podľa § 56 ods. 10 a 11 nesmie byť kratšia ako desať pracovných dní. Verejný obstarávateľ môže vo výzve na predkladanie ponúk uviesť dlhšie lehoty podľa druhej a tretej vety.

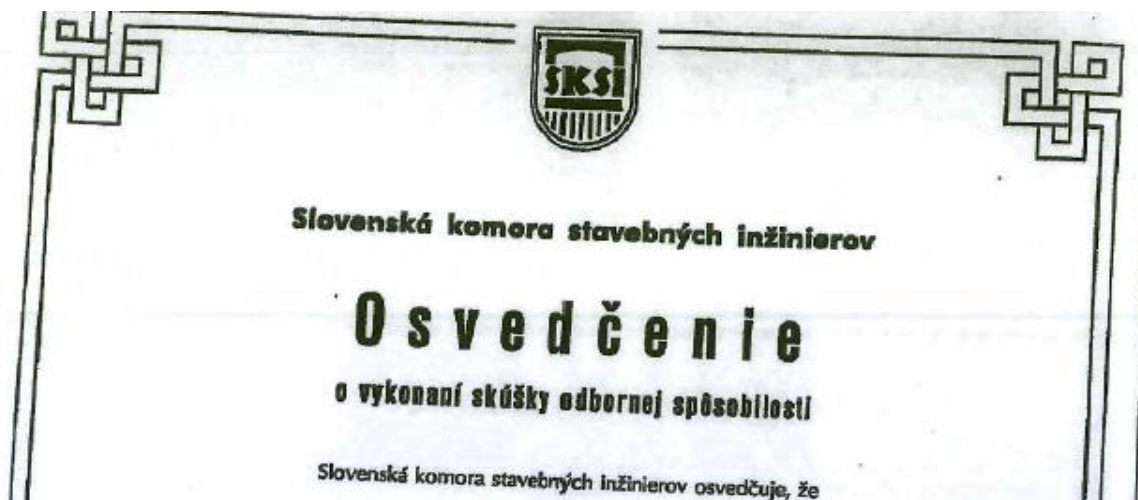
Právne posúdenie úradom

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

35. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky s názvom „Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1 mája – Poprad“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 11/2023 dňa 17. 01. 2023 pod značkou 1278 – WYP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 714 588,73 EUR bez DPH ide podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Zákazka sa nedelí na časti. Zákazka nie je financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný sprístupnil súťažné podklady priamo a bez obmedzení ich zverejnením dňa 16. 01. 2023 na webovom sídle úradu (prostredníctvom linku na informačný systém Eranet). V lehote na predkladanie ponúk, ktorá uplynula dňa 08. 02. 2023 o 10:00 hod. predložili ponuku traja uchádzači (vrátane navrhovateľa). Otváranie ponúk sa uskutočnilo 08. 02. 2023 11:00 hod. Listom „Žiadosť o vysvetlenie“ doručenom navrhovateľovi 18. 08. 2023, kontrolovaný požiadal navrhovateľa o vysvetlenie. Na predmetnú žiadosť navrhovateľ reagoval listom „Vysvetlenie ponuky“ doručenom kontrolovanému 21. 08. 2023. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi 30. 08. 2023 opätovne žiadosť o vysvetlenie. Na predmetnú žiadosť doručil navrhovateľ kontrolovanému odpoveď 01. 09. 2023. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi 11. 09. 2023 opätovne žiadosť o vysvetlenie. Na predmetnú žiadosť doručil navrhovateľ kontrolovanému odpoveď 12. 09. 2023. Listom „Žiadosť o vysvetlenie“ doručeným navrhovateľovi 25. 09. 2023, kontrolovaný požiadal navrhovateľa o vysvetlenie. Na predmetnú žiadosť navrhovateľ reagoval listom „Vysvetlenie ponuky“ doručenom kontrolovanému 26. 09. 2023. Kontrolovaný listom „Žiadosť o vysvetlenie“ doručenom navrhovateľovi 05. 10. 2023, požiadal navrhovateľa opätovne o vysvetlenie. Navrhovateľ na tento list reagoval listom „Vysvetlenie ponuky, doručenom kontrolovanému 06. 10. 2023. Listom „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ doručenom navrhovateľovi 27. 10. 2023, kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že vylúčil jeho ponuku z procesu verejného obstarávania. Následne dňa 02. 11. 2023 navrhovateľ doručil úradu

a kontrolovanému námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní smerujúce proti vylúčeniu, ktoré doplnil 03. 11. 2023.

36. V bode III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“, ODDIEL III: „OSOBNÉ POSTAVENIE, EKONOMICKÉ, FINANČNÉ A TECHNICKÉ INFORMÁCIE“ výzvy na predkladanie ponúk, je uvedené, cit.: „(...) Podrobný opis podmienok účasti pre technickú a odbornú spôsobilosť je uvedený v Súťažných podkladoch. Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Uvedené v súťažných podkladoch.“
37. V bode IV.2.2) „**Lehota na predkladanie ponúk**“, ODDIEL IV: „Postup“ výzvy na predkladanie ponúk, je uvedené, cit.: „Dátum a čas: **08. 02. 2023 10:00.**“
38. V bode 35 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní, týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, kapitola A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov, je uvedené, cit.: „35.1 Uchádzač musí spĺňať nasledovné podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti:
(...)
B) Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov.
Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác) s odborným zameraním – inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky.
Uchádzač musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnemu obstarávateľovi.“
39. Navrhovateľ k podmienke účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní predložil v ponuke nasledovné doklady, cit.: „



(...)

narodený/á

vykonal/a skúšku odbornej spôsobilosti podľa zákona SNR č. 138/1992 Zb.
o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch
v znení neskorších predpisov pre výkon činnosti

stavbyvedúci

s odborným zameraním **Inžinierske stavby**

s evidenčným číslom **12525*20**

Oprávnenie splnomocňuje vykonávať vybrané činnosti vo výstavbe
podľa zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku
v znení neskorších predpisov.

(...).

(...)

narodený/á

vykonal/a skúšku odbornej spôsobilosti podľa zákona SNR č. 138/1992 Zb.
o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch
v znení neskorších predpisov pre výkon činnosti

stavbyvedúci

s evidenčným číslom **06723**

Oprávnenie splnomocňuje vykonávať vybrané činnosti vo výstavbe
podľa zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku
v znení neskorších predpisov.

(...).“

40. V liste „Žiadosť o vysvetlenie“ doručenom navrhovateľovi 18. 08. 2023 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 1“), kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(…)

(...) Vás v súlade s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní žiadame o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vo vzťahu k splneniu podmienok účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.

Vaša ponuka obsahovala dve osvedčenia stavbyvedúcich vo vzťahu k splneniu podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní:

Ide o vysvetlenie postavenia osoby experta – resp. stavbyvedúcich, či ide o vlastnú/internú kapacitu alebo využitie kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

(...).“

41. Navrhovateľ v liste „Vysvetlenie ponuky“ doručenom kontrolovanému 21. 08. 2023 (ďalej len „vysvetlenie 1“), okrem iného uviedol, cit.: „(…)

V nadväznosti na vyššie uvedenú žiadosť si dovoľujeme uviesť nasledovné vysvetlenie:

Na preukázanie splnenia podmienok podľa ust. § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní sme v ponuke predložili osvedčenia expertov: F1 a F2.

F1 je externou kapacitou, ktorý ako 100 % spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využívanie na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

F2 je stavbyvedúci a je našou vlastnou kapacitou.

Zmluvy s oboma stavbyvedúcimi predložíme verejnému obstarávateľovi podľa bodu 35 súťažných podkladov a v zmysle bodu 44 rozhodnutia UVO č. 7255-6000/2023-OD zo dňa 27. 04.2023 na výzvu verejného obstarávateľa.

(...).“

42. V žiadosti o vysvetlenie doručenej navrhovateľovi 30. 08. 2023 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 2“), kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(…) z dôvodu, že ste v ponuke predložili dve osvedčenia vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní aj v súvislosti s doručeným vysvetlením dňa 21. 08. 2023 **Vás žiadame o presné určenie, kto bude reálne vykonávať stavbyvedúceho na predmetnej stavbe: Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1. mája – Poprad.**

(...).“

43. Navrhovateľ v odpovedi na predmetnú žiadosť, ktorú doručil kontrolovanému 01. 09. 2023 (ďalej len „vysvetlenie 2“), okrem iného uviedol, cit.: „(…) v nadväznosti na Vašu žiadosť o vysvetlenie zo dňa 30. 08. 2023 si dovoľujeme uviesť nasledovné: **reálne budú počas realizácie diela vykonávať funkciu stavbyvedúceho obe osoby.**

(...).“

44. V žiadosti o vysvetlenie doručenej navrhovateľovi 11. 09. 2023 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 3“), kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(…) týmto Vás verejný obstarávateľ žiada o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní tak, aby verejný obstarávateľ mohol posúdiť a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti. Uvedené sa týka zákazky: Rekonštrukcia mosta a lávok pre peších na ul. 1. mája – Poprad.

(...).“

45. Navrhovateľ v odpovedi na predmetnú žiadosť, ktorú doručil kontrolovanému 12. 09. 2023 (ďalej len „vysvetlenie 3“), okrem iného uviedol, cit.: „(...) Z obsahu Vašej žiadosti a aj predošlej korešpondencie má uchádzač za to, že pravdepodobne žiadate doplnenie dokladov vo vzťahu k osobám zabezpečujúcich technickú a odbornú spôsobilosť (osoba zodpovedá za riadenie stavebných prác – stavbyvedúci).

Týmto spôsobom Vám doručujeme v súlade s A.2 bodom 35.1 B) súťažných pokladov, ktorých správnosť bola potvrdená aj Rozhodnutím ÚVO č. 10993-6000/2023-OD zo dňa 28. 07. 2023 (viď ods. 74 rozhodnutia ÚVO) ako aj Rozhodnutia ÚVO č. 7255-6000/2023-OD zo dňa 27. 04. 2023 (viď ods. 44 Rozhodnutia).

- **Dohodu o pracovnej činnosti, a**
- **Zmluvu o spolupráci**

a to na základe Vašej žiadosti ešte pred odovzdaním staveniska.
(...).“

46. V doklade s názvom „**Dohoda o pracovnej činnosti**“ uzatvorenej medzi p. **F2**, ako zamestnancom a **navrhovateľom**, ako zamestnávateľom, je okrem iného uvedené, cit.: „(...)“

Uzavreli túto

Dohodu o pracovnej činnosti:

1. Dojednaná pracovná činnosť: Konzultant technických záležitostí vo verejných obstarávaníach a **výkon činnosti stavbyvedúceho**.
 2. Dojednaný rozsah práce: 10 hodín týždenne.
 3. Doba výkonu pracovnej činnosti: **21. 08. 2023 (deň nástupu)** – 21. 8. 2024.
- (...)

V Poprade, dňa **21. 08. 2023**

(...).“

47. V doklade s názvom „**Zmluva o spolupráci**“ uzavretej podľa § 269 ods. 2 a nasl. Zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“) s prihliadnutím na ustanovenia § 34 ods. 3 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“) (ďalej len „zmluva“) medzi **navrhovateľom**, ako zmluvná strana 1 a spoločnosťou **S2**, ako zmluvná strana 2, je okrem iného uvedené, cit.: „(...)“

Článok II

Predmet zmluvy

1. Zmluvná strana 2 je osoba, ktorej spôsobilosť využíva zmluvná strana 1 na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, a ktorá poskytne zmluvnej strane 1 počas celého trvania zmluvného vzťahu svoje technické a odborné kapacity pre Zákazku, čomu sa touto zmluvou a za podmienok v nej dohodnutých zaväzuje. Zmluvná strana 2 súhlasí v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní s tým, aby zmluvná strana 1 preukázala jej prostredníctvom a v rozsahu prevzatých dokladov a tejto zmluvy časť podmienok účasti zmluvnej strany 1, požadovaných VO v rámci verejného obstarávania, a že bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.
2. (...)
3. **Zmluvná strana 2 sa zaväzuje na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v rámci verejného obstarávania uvedeného v článku I tejto zmluvy poskytnúť zmluvnej strane 1 svoje kapacity a to odbornú osobu určenú na plnenie**

zmluvy o dielo, ktorá bude zodpovedná za riadenie stavebných prác v zmysle súťažných podkladov časť A.2 Podmienky účasti, bod 35.1

- **Stavbyvedúci** s odborným zameraním – inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES (ďalej aj ako „Závazok odbornej kapacity“). Zmluvná strana 2 sa zaväzuje osobne vykonávať svoj Závazok odbornej kapacity a to prostredníctvom svojho štatutárneho orgánu (F1), ktorý je ako stavbyvedúci evidovaný v zozname stavbyvedúcich vedený Slovenskou komorou stavebných inžinierov pod ev. č. 12525 a ktorý túto činnosť stavbyvedúceho vykonáva prostredníctvom Zmluvnej strany 2 (viď prílohu č. 1 – kópia výpisu zo zoznamu stavbyvedúcich vedený SKSI).

(...)

Článok V

1. Zmluva nadobúda platnosť a účinnosť dňom jej podpisu zmluvnými stranami.

(...)

V Poprade, dňa 18. 01. 2023

V Poprade, dňa 18. 01. 2023

(...)

(...)“

48. V liste „Žiadosť o vysvetlenie“ doručenom navrhovateľovi 25. 09. 2023 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 4“), kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...)“

Verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch v časti A.2 Podmienky účasti bode 35.1 B) uviedol, cit.: (...)

Verejný obstarávateľ v rámci určenia tejto podmienky účasti požadoval jedného stavbyvedúceho.

Vo svojej ponuke ste predložili dve osvedčenia vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Zároveň v odpovediach na žiadosti o vysvetlenie ste uviedli, že funkciu stavbyvedúceho budú vykonávať obe osoby, čo z doplnených dokladov na jednej strane Zmluve o spolupráci a strane druhej Dohode o pracovnej činnosti nie je jasná zodpovednosť za túto funkciu.

Verejný obstarávateľ žiada o určenie jedného stavbyvedúceho z týchto osôb, ktorý bude musieť aj reálne vykonávať na stavbe túto odbornú činnosť.

(...)“

49. Navrhovateľ v liste „Vysvetlenie ponuky“ doručenom kontrolovanému 26. 09. 2023 (ďalej len „vysvetlenie 4“), okrem iného uviedol, cit.: „(...)“

Verejný obstarávateľ správne v žiadosti o vysvetlenie poukázal na text súťažných podkladov, v ktorom uvádza: Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov. Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác) s odborným zameraním - inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky.

Zo súťažných podkladov výslovne nevyplýva, že by uchádzač nemohol uvažovať počas realizácie zákazky o viacerých osobách na pozícii stavbyvedúceho. Stanovená je iba minimálna požadovaná úroveň štandardu, pričom v súťažných podkladoch výslovne nie je uvedené, že stavbyvedúceho môže vykonávať výlučne iba jedna osoba (dokonca sa v súťažných podkladoch uvažuje o viacerých osobách). Nič tak uchádzačom nebránilo predložiť v ponuke viac kľúčových odborníkov, ktorí budú vykonávať funkciu stavbyvedúceho. Za riadny výkon funkcie stavbyvedúceho pochopiteľne nesie voči verejnému obstarávateľovi/objednávateľovi zodpovednosť úspešný uchádzač, čím nie sú dotknuté regresné nároky úspešného uchádzača voči tretím osobám, ktoré pozíciu stavbyvedúceho vykonávajú. Súťažné podklady je preto potrebné vykladať tak, že uchádzač bol povinný v ponuke predložiť minimálne osvedčenie jednej osoby, ktorá spĺňa podmienky pre výkon funkcie stavbyvedúceho. Pre preukázanie splnenia podmienok účasti postačuje, ak aspoň jedna osoba spĺňa požiadavky na výkon funkcie stavbyvedúceho.

Na preukázanie splnenia podmienok podľa ust. § 34 ods. 1 písm. g) ZVO sme v ponuke predložili osvedčenia expertov: F1 a F2. F1 je externou kapacitou, ktorý ako 100% spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využívame na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 ZVO. F2 je stavbyvedúci a je našou vlastnou kapacitou. Naša spoločnosť tak nesie zodpovednosť za riadnu realizáciu diela a výkon funkcie stavbyvedúceho oboma navrhnutými osobami, ktoré sa za riadny výkon funkcie/pozície zodpovedajú našej spoločnosti podľa osobitných právnych predpisov (v prípade vlastnej kapacity podľa ust. zákonníka práce, v prípade externej osoby podľa ust. obchodného zákonníka). Naša spoločnosť tak v prípade realizácie zákazky predpokladá nasadenie oboch osôb na pozíciu stavbyvedúceho (hoci na preukázanie splnenia podmienok účasti bolo **nevyhnutné** v ponuke predložiť osvedčenie iba jednej osoby).

V prípade, ak verejný obstarávateľ predpokladal využitie výlučne jednej osoby na pozíciu stavbyvedúceho, uvedené mal uviesť v súťažných podkladoch. Takouto interpretáciou súťažných podkladov (zužujúcou v neprospech uchádzačov, čím by sa fakticky bránilo v prístupe podnikateľov/zamestnancov na trh) však dochádza k ich zmene po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, čo by bolo v rozpore so zásadou transparentnosti, nediskriminácie a primeranosti..“

50. V liste „Žiadosť o vysvetlenie“ doručenom navrhovateľovi 05. 10. 2023 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 5“), kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...)“

Verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch časti A.2 Podmienky účasti bode 35.1 **B) uviedol presnú citáciu zákona § 34 ods. 1 písm. g) zákona** - cit:“... B) Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov. Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (**ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác**) s odborným zameraním - inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky. Uchádzač musí mať s **navrhovaným stavbyvedúcim** počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnému obstarávateľovi“.

Verejný obstarávateľ v rámci určenia tejto podmienky účasti požadoval stavbyvedúceho, ktorý bude zodpovedný za riadenia stavebných prác.

Vo svojej ponuke ste predložili dve osvedčenia vo vzťahu k § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Zároveň v odpovediach na žiadosti o vysvetlenie ste uviedli, že funkciu stavbyvedúceho budú vykonávať obe osoby, čo z doplnených dokladov na jednej strane Zmluve o spolupráci a strane druhej hlavne Dohode o pracovnej činnosti nie je jasná zodpovednosť za túto funkciu pri Vami uvedenej pracovnej činnosti za výkon činnosti stavbyvedúceho. Taktiež v odpovedi zo dňa 26.09.2023 ste uviedli cit... „Naša spoločnosť tak v prípade realizácie zákazky predpokladá nasadenie oboch osôb na pozíciu stavbyvedúceho.“

Činnosť stavbyvedúceho je definovaná v zákone č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní (stavebný zákon) v § 46a, kde je uvedené, že stavbyvedúci organizuje, riadi a koordinuje stavebné práce a iné činnosti na stavenisku a na stavbe a vedie o nich evidenciu v stavebnom denníku.

Verejný obstarávateľ Vás opakovane žiada o určenie jedného stavbyvedúceho z týchto osôb, ktorý bude riadiť, organizovať a koordinovať stavebné práce, teda stavbyvedúceho, ktorý bude zodpovedať za stavbu ako celok a bude musieť aj reálne vykonávať na stavbe túto odbornú činnosť t.j. riadiť, organizovať a koordinovať stavebné práce na predmetnej stavbe a to vo vzťahu k vyhodnoteniu podmienok účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona.
(...).“

51. Navrhovateľ v liste „Vysvetlenie ponuky“ doručenom kontrolovanému 06. 10. 2023 (ďalej len „vysvetlenie 5“), okrem iného uviedol, cit.: „(“

V nadväznosti na vyššie uvedenú žiadosť si dovoľujeme opakovanie uviesť uviesť nasledovné vysvetlenie:

Verejný obstarávateľ správne v žiadosti o vysvetlenie poukázal na text súťažných podkladov, v ktorom uvádza: Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov. Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác) s odborným zameraním - inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky.

Zo súťažných podkladov výslovne nevyplýva, že by uchádzač nemohol uvažovať počas realizácie zákazky o viacerých osobách na pozícii stavbyvedúceho. Stanovená je iba minimálna požadovaná úroveň štandardu, pričom v súťažných podkladoch výslovne nie je uvedené, že stavbyvedúceho môže vykonávať výlučne iba jedna osoba (dokonca sa v súťažných podkladoch uvažuje o viacerých osobách). Nič tak uchádzačom nebránilo predložiť v ponuke viac kľúčových odborníkov, ktorí budú vykonávať funkciu stavbyvedúceho. Za riadny výkon funkcie stavbyvedúceho pochopiteľne nesie voči verejnému obstarávateľovi/objednávateľovi zodpovednosť úspešný uchádzač, čím nie sú dotknuté regresné nároky úspešného uchádzača voči tretím osobám, ktoré pozíciu stavbyvedúceho vykonávajú. Súťažné podklady je preto potrebné vykladať tak, že uchádzač bol povinný v ponuke predložiť minimálne osvedčenie jednej osoby, ktorá spĺňa podmienky pre výkon funkcie stavbyvedúceho. Pre preukázanie splnenia podmienok účasti postačuje, ak aspoň jedna osoba spĺňa požiadavky na výkon funkcie stavbyvedúceho.

Na preukázanie splnenia podmienok podľa ust. § 34 ods. 1 písm. g) ZVO sme v ponuke predložili osvedčenia expertov: F1 a F2. F1 je externou kapacitou, ktorý ako 100% spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využívame na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ust. § 34 ods. 3 ZVO. F2 je

stavbyvedúci a je našou vlastnou kapacitou. Naša spoločnosť tak nesie zodpovednosť za riadnu realizáciu diela a výkon funkcie stavbyvedúceho oboma navrhnutými osobami, ktoré sa za riadny výkon funkcie/pozície zodpovedajú našej spoločnosti podľa osobitných právnych predpisov (v prípade vlastnej kapacity podľa ust. zákonníka práce, v prípade externej osoby podľa ust. obchodného zákonníka). Naša spoločnosť tak v prípade realizácie zákazky predpokladá nasadenie oboch osôb na pozíciu stavbyvedúceho (hoci na preukázanie splnenia podmienok účasti bolo nevyhnutné v ponuke predložiť osvedčenie iba jednej osoby).

V prípade, ak verejný obstarávateľ predpokladal využitie výlučne jednej osoby na pozíciu stavbyvedúceho, uvedené mal uviesť v súťažných podkladoch. Takouto interpretáciou súťažných podkladov (zužujúcou v neprospech uchádzačov, čím by sa fakticky bránilo v prístupe podnikateľov/zamestnancov na trh) však dochádza k ich zmene po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, čo by bolo v rozpore so zásadou transparentnosti, nediskriminácie a primeranosti.

Zároveň máme za to, že pre preukázanie splnenia podmienok účasti je postačujúce, ak ktorákoľvek (minimálne 1) z uvedených osôb bude spĺňať požiadavky verejného obstarávateľa – t.j. minimálnu úroveň štandardov. Inak povedané, ak aspoň 1 osoba spĺňa podmienky účasti stanovené verejným obstarávateľom, máme za to, že sme v tejto súvislosti (t.j. v súvislosti s technickou alebo odbornou spôsobilosťou kľúčového odborníka) preukázali splnenie podmienok účasti. Podotýkame, že je bežnou praxou, ak sa uchádzač spolieha na viac kľúčových odborníkov na tú istú pozíciu, pričom viac osôb aj reálne vykonáva pozíciu stavbyvedúceho (v závislosti od počtu stavebných objektov napr.)

Vzhľadom na vyššie uvedené nechávame posúdenie splnenia podmienok účasti vo vzťahu k vyššie uvedeným osobám výlučne na verejnom obstarávateľovi, pričom na realizáciu zákazky uvažujeme nasadenie oboch osôb. Rovnako stavebný zákon nelimituje uchádzača pri využití viacerých osôb na pozícii stavbyvedúceho, podstatné je, aby obe osoby spĺňali technické predpoklady podľa stavebného zákona a požiadaviek verejného obstarávateľa.“

52. V liste „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ doručenom navrhovateľovi 27. 10. 2023, kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...)

Verejný obstarávateľ (...) Vám ako uchádzačovi, ktorý predložil do predmetnej súťaže ponuku oznamuje, že ste nesplnili podmienky účasti v tomto verejnom obstarávaní a verejný obstarávateľ Vašu ponuku v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) vylučuje.

Zdôvodnenie:“. V úvode zdôvodnenia kontrolovaný popisuje postup, ktorý predchádzal vylúčeniu, ktorý úrad zachytil v bodoch 40 až 51 tohto rozhodnutia. V zdôvodnení predmetného listu kontrolovaný ďalej uviedol, cit.: „

Komisia sa stotožnila s tvrdením uchádzača, že na stavbe v závislosti od počtu stavebných objektov môžu byť viacerí stavbyvedúci, ale tí podliehajú jednému stavbyvedúcemu, ktorý riadi a koordinuje stavebné práce a iné činnosti na stavenisku.

Uchádzač opakovane neodpovedal relevantne na žiadosť o vysvetlenie a opakovane neurčil zodpovedného stavbyvedúceho za riadenie stavby.

Na základe uvedeného verejný obstarávateľ vylučuje uchádzača a to z dôvodov:

1. Uchádzač na základe opakovaných žiadostí o vysvetlenie neručil stavbyvedúceho zodpovedného za riadenie stavby.
2. Uchádzač týmto na základe žiadosti o vysvetlenie opakovane neposkytol verejnému obstarávateľovi – relevantné odpovede. Metodické usmernenie č. 13774-5000/2022 zo dňa 31. 10. 2022 jednoznačne uvádza, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je prirodzene oprávnený v prípade potreby požiadať v tejto súvislosti uchádzača alebo

záujemcu o bližšie vysvetlenie, na čo je ten povinný pod hrozbou sankcie vylúčenia povinný poskytnúť relevantnú odpoveď.

3. Uchádzač v rámci odpovedí na žiadosti o vysvetlenie označil F2 ako vlastnú kapacitu s doplnením Dohody pracovnej činnosti zo dňa 21. 08. 2023 (uzavretá po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk) na výkon činnosti stavbyvedúceho. Verejný obstarávateľ má za to, že F2 nie je vlastnou kapacitou uchádzača, nakoľko v rozhodnom čase, t.j. v čase predkladania ponúk resp. preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti táto fyzická osoba nemá status jeho zamestnanca.
4. Ponuka uchádzača obsahovala Zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy s budúcim zhotoviteľom S1 vo vzťahu k využitiu technických a odborných kapacít. Po doručení vysvetlení z predmetnej zmluvy ako inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona vyplynulo len garantovanie § 34 ods. 1 písm. b) zákona – požadovanej referencie a nie splnenie podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona na výkon činnosti stavbyvedúceho. Uchádzač v rámci žiadosti o vysvetlenie doplnil informáciu o tom, že F1 je jeho externou kapacitou, ktorý ako 100 % spoločník a jediný štatutár obchodnej spoločnosti S2, vykonáva pozíciu stavbyvedúceho a kapacity ktorej využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona.

Týmto uchádzač v rámci vysvetlenia a doplnením Zmluvy o spolupráci s S2, zmenil svoju ponuku podstatným spôsobom. Vysvetľovanie ponúk nemá slúžiť na to, aby sa poskytoval dodatočný časový priestor pre úpravu ponuky s predkladaním dodatočných dokladov. Judikatúra Súdného dvora Európskej únie, predovšetkým rozsudok zo dňa 04. 05. 2017 sp. Zn. C-387/14 a v ňom citovaná judikatúra podľa ktorého: „článok 51 smernice 2004/18 v spojení s článkom 2 tejto smernice sa má vykladať v tom zmysle, že bráni tomu, aby po uplynutí lehoty stanovenej na predkladanie ponúk do verejného obstarávania hospodársky subjekt predložil verejnému obstarávateľovi na preukázanie, že spĺňa podmienky účasti vo verejnom obstarávaní, dokumenty nefigurujúce v jeho pôvodnej ponuke, ako je zmluva vykonávaná tretím subjektom, ako aj záväzok tohto tretieho subjektu poskytnúť tomuto hospodárskemu subjektu kapacity a zdroje potrebné na vykonanie predmetnej zákazky.“

Metodické usmernenie č. 14847-5000/2022 zo dňa 13. 12. 2022 jednoznačne uvádza, cit.: „(...) Uvedený inštitút (§ 40 ods. 4) predstavuje významný nástroj hodnotiacemu procesu, umožňujúci odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok účasti v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť a verifikovať. Využitie inštitútu podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné najmä v prípade, pokiaľ prípadné nedostatočné náležitosti predložených dokladov by bolo možné vysvetlením jednoducho objasniť alebo dovysvetliť. Ako úrad konštatuje vo svojich metodických usmerneniach ako aj rozhodnutiach uvádza, v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania na základe vysvetlenia nie je možné dopĺňanie nových dokladov, t.j. dokladov viažucich sa na skutočnosti, ktoré z ponuky nevyplývajú.“

Uchádzač uviedol v procese vysvetľovania oproti predloženej ponuke ďalšiu inú osobu § 34 ods. 3 zákona, ktorou preukazuje splnenie podmienky účasti.

Deklarovanie splnenia podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti prostredníctvom tretích osôb je spájané aj povinnosťou preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) ods. 7 zákona. Verejný obstarávateľ poukazuje, že ponuka uchádzača neobsahovala JED ani čestné vyhlásenie.

Dôvod na vylúčenie v bodoch 3. a 4. existuje priamo na strane uchádzača.

Ponuka uchádzača taktiež obsahovala Zoznam subdodávateľov, v ktorom uchádzač uviedol cit.: (...) „V čase podania ponuky nie sú známi subdodávatelia, okrem uvedených v ponuke.“

V ponuke bol uvedený už vyššie citovaný ako jediný „subdodávateľ“ – S1. Doplnená firma S2 v rámci predloženej ponuky uvedená nebola.
Vylúčenie uchádzača bolo nevyhnutné a to z vyššie uvedených dôvodov.
(...).“

53. Úrad uvádza, že verejný obstarávateľ si môže v zadanom verejnom obstarávaní stanoviť podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj doklady na ich preukázanie podľa ustanovenia § 38 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ustanoveniami § 34 až § 36 zákona o verejnom obstarávaní, s cieľom vybrať záujemcu/ov a uchádzača/uchádzačov spĺňajúceho/ich predpoklady, teda potenciálne schopných riadne a kvalifikovane realizovať obstarávaný predmet zákazky. Stanovenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, by malo vytvárať predpoklad, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre obstarávateľ zabezpečí jej bezproblémové plnenie. Ide predovšetkým o to, aby záujemca/uchádzač preukázal svoje schopnosti a skúsenosti úspešne realizovať predmet zákazky.
54. Verejný obstarávateľ v súlade s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní môže stanoviť minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti. **Určenie konkrétnych vyžadovaných podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ich minimálnej úrovne, ako aj dokladov slúžiacich na ich preukázanie, je v kompetencii a zodpovednosti samotného verejného obstarávateľa.** Pri ich stanovení je však verejný obstarávateľ povinný dbať na to, aby boli dodržané princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Je to z toho dôvodu, že v procesoch verejného obstarávania sú tieto princípy považované za interpretačné pravidlá, prostredníctvom ktorých je potrebné vykladať všetky ostatné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko sa nimi riadia všetky postupy verejného obstarávania a v ich zmysle musia byť stanovené vecné a procesné podmienky zadávaného verejného obstarávania.
55. Podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktoré si môže verejný obstarávateľ stanoviť v zadávanom verejnom obstarávaní, zákonodarca vymedzuje v taxatívnom ustanovení **§ 34 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní. Ustanovenie § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní treba vnímať ako ius dispositivum, z čoho plynie záver, že je na samotnom verejnom obstarávateľovi, či bude preukazovanie technickej alebo odbornej spôsobilosti požadovať, a v akom rozsahu. Je na úvahe verejného obstarávateľa, či stanoví jednu podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti alebo ich určitú množinu. Ak sú predmetom zákazky stavebné práce alebo služby, ktorých plnenie si vyžaduje určitú odbornú spôsobilosť, prípadne skúsenosť s rovnakým alebo obdobným plnením, verejný obstarávateľ je oprávnený, na základe ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ustanovením § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, stanoviť si primerané požiadavky/kritériá súvisiace so vzdelaním a odbornou klasifikáciou vo vzťahu k potrebám predmetu zákazky, ako aj doklady slúžiace na ich preukázanie,
56. Vo vzťahu k preukázaniu splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti **stanovených verejným obstarávateľom v zadanom verejnom obstarávaní platí, že ich preukazuje samotný záujemca/uchádzač, uchádzajúci sa o plnenie predmetu zákazky, buď prostredníctvom vlastných kapacít (pozn.: rozumej interná kapacita uchádzača) alebo využitím technických alebo odborných kapacít inej osoby.**
57. Zákon o verejnom obstarávaní **neobsahuje definíciu pojmu vlastná kapacita záujemcu/uchádzača.** Vo všeobecnosti, je však možné povedať, že za **vlastnú kapacitu**

záujemcu/uchádzača, je možné považovať takú technickú alebo odbornú kapacitu, ktorú má záujemca/uchádzač k dispozícii a je s ňou oprávnený nakladať ako so svojou vlastnou kapacitou, t.j. rozhodovať o jej využití pri preukazovaní splnenia podmienok účasti a plnení predmetu zákazky, bez súhlasu inej osoby. Pokiaľ by bolo ich využitie uvedeným spôsobom podmienené súhlasom aj inej osoby, než záujemcom/uchádzačom, išlo by o technickú a odbornú kapacitu inej osoby. Čiže z pohľadu preukazovania skutočnosti, či ide o vlastné kapacity záujemcu/uchádzača, resp. o kapacity inej osoby, je determinujúce, či môže záujemca/uchádzač nakladať s kapacitou ako s vlastnou alebo ako s kapacitou inej osoby, ktorej využitie je podmienené súhlasom tejto osoby.

58. Skutočnosť, či má záujemca/uchádzač osobu, ktorú navrhol vo svojej ponuke obsadiť na pozíciu kľúčového odborníka požadovaného na základe podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, **k dispozícii ako svoju vlastnú kapacitu, teda je s ňou oprávnený nakladať ako so svojou vlastnou pracovnou silou, je podľa úradu potrebné posudzovať s ohľadom na pracovné a obdobné predpisy, najmä v zmysle zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce** (ďalej len „zákoník práce“).
59. Podľa § 1 ods. 2 zákonníka práce závislá práca je práca vykonávaná vo vzťahu nadriadenosti zamestnávateľa a podriadenosti zamestnanca, osobne zamestnancom pre zamestnávateľa, podľa pokynov zamestnávateľa, v jeho mene, v pracovnom čase určenom zamestnávateľom.
60. Podľa § 1 ods. 3 zákonníka práce závislá práca môže byť vykonávaná výlučne v pracovnom pomere, v obdobnom pracovnom vzťahu alebo výnimočne za podmienok ustanovených v tomto zákone aj v inom pracovnoprávnom vzťahu. Závislá práca nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodnoprávnom vzťahu podľa osobitných predpisov.
61. Podľa § 7 ods. 1 zákonníka práce zamestnávateľ je právnická osoba alebo fyzická osoba, ktorá zamestnáva aspoň jednu fyzickú osobu v pracovnoprávnom vzťahu, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch.
62. Podľa § 11 ods. 1 zákonníka práce zamestnanec je fyzická osoby, ktorá v pracovnoprávnych vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu.
63. Podľa § 42 ods. 1 prvá veta zákonníka práce pracovný pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom, ak tento zákon neustanovuje inak.
64. Podľa § 46 zákonníka práce pracovný pomer vzniká odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve ako deň nástupu do práce.
65. Podľa § 43 zákonníka práce v pracovnej zmluve je zamestnávateľ povinný so zamestnancom dohodnúť podstatné náležitosti, ktorými sú:
- a) druh práce, na ktorý sa zamestnanec prijíma, a jeho stručná charakteristika,
 - b) miesto výkonu práce (obec, časť obce alebo inak určené miesto),
 - c) deň nástupu do práce
 - d) mzdové podmienky, ak nie sú dohodnuté v kolektívnej zmluve.

66. V tejto súvislosti úrad poukazuje na to, že podľa ustanovenia § 7 ods. 1 zákonníka práce **zamestnávateľ** je právnická osoba alebo fyzická osoba, ktorá zamestnáva aspoň jednu fyzickú osobu v pracovnoprávnom vzťahu, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch. Podľa ustanovenia § 11 ods. 1 zákonníka práce **zamestnancom** je fyzická osoba, ktorá v pracovnoprávných vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch **vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu**. **Závislá práca** je podľa ustanovenia § 1 ods. 2 a 3 zákonníka práce, **práca vykonávaná vo vzťahu nadradenosti zamestnávateľa a podriadenosti zamestnanca, osobne zamestnancom pre zamestnávateľa, podľa pokynov zamestnávateľa, v jeho mene, v pracovnom čase určenom zamestnávateľom**, pričom môže byť vykonávaná výlučne **v pracovnom pomere, v obdobnom pracovnom vzťahu alebo výnimočne** za podmienok ustanovených v zákonníku práce **aj v inom pracovnoprávnom vzťahu**. Závislá práca nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodnoprávnom vzťahu podľa osobitných predpisov.
67. **Pracovnoprávne vzťahy** sú právne vzťahy vznikajúce medzi zamestnávateľom a zamestnancom, ktoré nie je potrebné chápať výlučne ako pracovné pomery založené, na základe pracovnej zmluvy. Výkon závislej práce podľa zákonníka práce nie je totižto charakteristický len pri pracovnoprávných vzťahoch, ktoré boli založené na základe pracovnej zmluvy, malo by ísť o všetky druhy pracovnoprávných vzťahov, a teda aj o tie, ktoré boli založené na základe dohody o prácach vykonaných mimo pracovného pomeru. **Zákonník práce prostredníctvom ustanovení § 42 ods. 1 a § 46 rozlišuje medzi založením a vznikom pracovného pomeru**. Podľa § 42 ods. 1 zákonníka práce **pracovným pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom**, ak tento zákon neustanovuje inak, avšak podľa § 46 zákonníka práce **pracovný pomer vzniká, odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve, ako deň nástupu do práce**. **Pracovný pomer teda nevzniká dňom uzatvorenia písomnej pracovnej zmluvy, ale až odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve, ako deň nástupu do práce.**
68. **Deň nástupu do práce** je podľa ustanovenia § 43 písm. c) zákonníka práce podstatnou obsahovou náležitosťou pracovnej zmluvy, je to pochopiteľné, keďže na základe tejto skutočnosti vzniká pracovný pomer založený pracovnou zmluvou. Podľa Komentára k Zákonníku práce (Barancová a kol., C. H. Beck, 2017), cit.: „**Deň nástupu do práce sa v pracovnoprávných zmluvách zvyčajne dojednáva väčšinou konkrétnym uvedením kalendárneho dňa**. Nie je však vylúčené dojednať deň nástupu do práce iným spôsobom, nevzbudzujúcim pochybnosti o tom, čo chceli účastníci pracovného pomeru dojednať. Deň nástupu do práce môže byť účastníkmi viazaný aj na konkrétnu skutočnosť. **Musí však ísť vždy o takú skutočnosť, ktorá s určitosťou nastane. Nejde pritom o dojednanie dňa nástupu do práce viazaného na odkladaciu podmienku, ktorá nemusí byť nikdy splnená a pracovný pomer by tak nemusel vzniknúť.**“ Podľa rozhodnutia Najvyššieho súdu Českej republiky, sp. zn. 21 CdO 811/2002, cit.: „Deň nástupu do práce môže byť dohodnutý nie len priamym časovým údajom, ale aj na základe iných, konkrétnych dátumom neoznačených **objektívne zistiteľných skutočností**, o ktorých účastníci pri uzatváraní pracovnej zmluvy nemusia mať ani istotu kedy presne nastanú, ktoré však **nepripúšťajú pochybnosti o tom, že nimi bol deň nástupu do práce nezameniteľne označený a ktoré označujú jednoznačný záver, ktorým dňom pracovný pomer vznikne.**“ Z uvedeného vyplýva, že deň nástupu do práce môže byť viazaný na odkladaciu podmienku, avšak len na takú, ktorá s určitosťou nastane. V tejto súvislosti úrad poukazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 4784-9000/2021 z 14. 01. 2022, v ktorom sa zaoberala situáciou, kedy navrhovateľ za účelom preukázania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil

pracovné zmluvy, v ktorých deň nástupu do práce bol dojednaný s odkladacou podmienkou tak, že zamestnanec nastúpi do práce najneskôr v deň podpisu zmluvy medzi zamestnávateľom (navrhovateľom) a verejným obstarávateľom, uzatvorenej na základe výsledku daného verejného obstarávania. Na základe uvedeného Rada úradu v predmetnom konaní požiadala o poskytnutie odborného stanoviska Právnickú fakultu Univerzity Komenského v Bratislave, Právnickú fakultu Univerzity Pavla Jozefa Šafárika, ako aj Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky (body 81 až 83 predmetného rozhodnutia Rady úradu). K otázke rady č. 1, či predložené pracovné zmluvy spĺňajú všetky obligatórne náležitosti pracovnej zmluvy vyžadované pracovnoprávnymi predpismi v kontexte relevantnej judikatúry, odborné stanovisko UK BA uvádza, cit.: „(...) deň nástupu práce nebol dojednaný v súlade so všeobecne záväznými právnymi predpismi a nekorešponduje ani zo závermi z judikatúry, nakoľko bol vymedzený budúcou neistou skutočnosťou, ktorá vôbec nemusí nastať. V čase podpisu pracovnej zmluvy s dotknutými zamestnancami nemohol zamestnávateľ vedieť, či bude úspešným uchádzačom verejného obstarávania na predmet zákazky tak, ako je definované v pracovných zmluvách. Dojednanie obsiahnuté v pracovných zmluvách podľa nášho názoru nespĺňa obligatórne náležitosti v zmysle ustanovenia § 43 ods. 1 zákonníka práce.“ Bližšie k danej problematike pozri rozhodnutie Rady úradu č. 4784-6000/2021 (https://www.uvo.gov.sk/dohlad/rada-uradu/odvolania/prehľad-rozhodnuti-podla-zakona-c-343-2015-z-z?text=4784&kontrolovany=&znacka_vvo=&rozhodnutie=&predmet=&poznamka=&ext=0&sort=poradove&sort-dir=CISLO)

69. Vzhľadom na to, že vznik pracovného pomeru, nie je podľa zákonníka práce naviazaný na uzatvorenie písomnej pracovnej zmluvy, ale na inú skutočnosť, a to na deň nástupu do práce, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve, je potrebné poukázať na to, že **o vlastnej kapacite záujemcu/uchádzača, je možné hovoriť, až od momentu vzniku pracovného pomeru, t.j. až odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve, ako deň nástupu do práce, nakoľko pred týmto momentom záujemca/uchádzač ako zamestnávateľ reálne nedisponuje touto kapacitou, nakoľko nie je s ňou oprávnený nakladať ako so svojou vlastnou pracovnou silou. Je tomu tak z toho dôvodu, že až dňom nástupu do práce, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve, vzniká pracovný pomer, na základe, ktorého je zamestnávateľ oprávnený disponovať s odbornými kapacitami svojho zamestnanca, ako so svojou vlastnou pracovnou silou, t.j. vlastnou kapacitou, bez súhlasu inej osoby, keďže od tohto momentu, zamestnanec vykonáva pre svojho zamestnávateľa závislú prácu vo vzťahu k podriadenosti k nemu, riadi sa pokynmi svojho zamestnávateľa, koná v jeho mene, v pracovnom čase a na mieste určenom zamestnávateľom.**
70. S ohľadom na vyššie uvedené okolnosti, úrad poukazuje na to, že pokiaľ sa záujemca/uchádzač v zadanom verejnom obstarávaní rozhodne splnenie podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, preukazovať vlastnou kapacitou, a teda skutočnosť, že ňou disponuje a je s ňou oprávnený nakladať ako s vlastnou pracovnou silou, má byť pripravený a schopný preukázať predloženou pracovnou zmluvou vznik pracovného pomeru, nie jeho založenie. Ak záujemca/uchádzač poskytne verejnému obstarávateľovi, v čase skúmania splnenia predmetnej podmienky účasti, pracovnú zmluvu, ktorá bude preukazovať len založenie pracovného pomeru v zmysle zákonníka práce, tzn. súčasne nebude preukazovať vznik pracovného pomeru, nakoľko bude viazaný na odkladaciu podmienku, ktorá navyše ani nemusí nastať, takúto zmluvu nemožno považovať za doklad preukazujúci, že záujemca/uchádzač disponuje s danou kapacitou, ako vlastnou, nakoľko takouto zmluvou boli vytvorené len predpoklady vzniku právneho vzťahu, kedy nemožno hovoriť o tom, že fyzická osoba,

s ktorou bola uzatvorená takáto zmluva je v postavení zamestnanca, a teda nie je vlastnou kapacitou určitého hospodárskej subjektu. Za takejto situácie je možné nazerať na tieto kapacity, ako na kapacity inej osoby (za predpokladu, že budú splnené povinnosti k tejto osobe upravené v ustanovení § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), nie však ako na vlastné kapacity záujemcu/uchádzača.

71. **Záujemca/uchádzač je podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, oprávnený na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. Ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, okrem uvedeného upravuje aj podmienky preukazovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti využitím kapacít inej osoby.** V takomto prípade musí záujemca/uchádzač verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť **preukazuje záujemca/uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť.** Záujemca/uchádzač zároveň musí preukázať, že osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, **musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa ustanovenia § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní 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. Pre komplexnosť, je potrebné uviesť, že pokiaľ záujemca/uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti využitím vlastných kapacít, splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa ustanovenia § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v procesoch verejného obstarávania preukazuje samotný záujemca/uchádzač, pričom zákon o verejnom obstarávaní nevyžaduje, aby tieto podmienky účasti preukazovala priamo jeho vlastná kapacita. Uvedené predstavuje rozdiel v spôsobe preukazovania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, vlastnou kapacitou v porovnaní s kapacitou inej osoby.**
72. Vyhodnocovanie podmienok účasti je výlučne v diskrečnej právomoci verejného obstarávateľa, ktorý pri podlimitných zákazkách zadávaných bežným postupom (pozn.: podľa ustanovení § 112 až 114 zákona o verejnom obstarávaní) upravuje ustanovenie **§ 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní** v spojení s ustanoveniami **§ 40 ods. 4 až 15 zákona o verejnom obstarávaní**. Elementárnou povinnosťou verejného obstarávateľa v zmysle ustanovenia § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, **je povinnosť vyhodnocovať splnenie podmienok účasti, ktoré si určil vo verejnom obstarávaní podľa § 38 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ustanoveniami § 32, § 33 a § 34 až 36 zákona o verejnom obstarávaní, v súlade s výzvou na predkladanie ponúk a súťažnými podkladmi.** S touto povinnosťou verejného obstarávateľa úzko súvisí požiadavka na to, aby podmienky účasti boli stanovené, resp. formulované jednoznačne, konkrétne a presne. Požiadavka jednoznačnosti, konkrétnosti a presnosti podmienok účasti vyplýva z princípu transparentnosti, ktorý je upravený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Ak by verejný obstarávateľ nezadefinoval podmienku účasti vo výzve na predkladanie ponúk, prípadne súťažných podkladoch jasne, zrozumiteľne alebo jednoznačne, na základe čoho pri jej vyhodnocovaní splnenia prichádzajú do úvahy viaceré výklady, všetky tieto výklady by mali byť verejným obstarávateľom akceptované. Nedostatky formulácie podmienky účasti stanovenej verejným obstarávateľom, nemôžu ísť na ťarchu záujemcov/uchádzačov. Interpretačná neistota nemôže

postihovať žiadneho zo záujemcov/uchádzačov, ale ide na vrub verejného obstarávateľa, keďže stanovenie podmienok účasti je výlučnou kompetenciou verejného obstarávateľa, ktorého povinnosťou je stanoviť podmienky účasti vo verejnom obstarávaní takým spôsobom, aby pripúšťali viaceré interpretácie.

73. Úrad uvádza, že jeho úlohou je v tomto rozhodnutí zaoberať sa tým, či kontrolovaný v prípade navrhovateľa postupoval, pri vyhodnocovaní podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, v súlade s ustanovením § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
74. Úrad poukazuje na to, že kontrolovaný predmetnú podmienku účasti stanovil v bode 35 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní, týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti“, kapitola A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov, _stanovil podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Jej znenie úrad citoval v bode 38 tohto rozhodnutia.
75. Podľa minimálnej požadovanej úrovne, kontrolovaný za účelom preukázania jej splnenia, **požadoval od záujemcov/uchádzačov obsadiť pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho, ktorý má byť zodpovedný za riadenie stavebných prác na danom projekte, s odborným zameraním – inžinierske stavby.** Ako doklad slúžiaci na preukázanie odbornej spôsobilosti osoby, ktorou záujemca/uchádzač obsadí danú pozíciu kľúčového odborníka, kontrolovaný požadoval predložiť **doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho s odborným zameraním – inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Kontrolovaný si v predmetnej podmienke výslovne vymienil, že 1) osoba ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí priamo podieľať na realizácii zákazky a 2) uchádzač, musí mať sa navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú mu uchádzač musí predložiť najneskôr pri odovzdaní staveniska.**
76. Z ponuky navrhovateľa vyplýva, že k predmetnej podmienke účasti predložil **dve osvedčenia o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti** podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení **pre výkon činnosti stavbyvedúci. Jedno osvedčenie bolo udelené Slovenskou komorou stavebných inžinierov p. F1 a druhé bolo udelené Slovenskou komorou stavebných inžinierov p. F2.** Úrad k tomuto dopĺňa, že v ponuke navrhovateľa sa k predmetnej podmienke účasti nenachádzal žiaden iný doklad, a nenachádzalo sa v nej ani čestné vyhlásenie resp. jednotný európsky dokument podľa § 39 zákona o verejnom obstarávaní, čo znamená, že navrhovateľ v danom prípade nevyužil možnosť predbežného nahradenia dokladov určených kontrolovaným na preukázanie splnenia podmienok účasti stanovených v tomto verejnom obstarávaní, ktorú mu ponúka ustanovenie § 114 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 39 zákona o verejnom obstarávaní.
77. Úrad v nadväznosti na uvedené poukazuje na to, že podľa predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu, kontrolovaný prostredníctvom inštitútu vysvetlenia, ktorý je upravený v ustanovení § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní **skúmal postavenie osoby experta – resp. stavbyvedúcich p. F1 a p. F2, či ide o vlastnú/internú kapacitu alebo využitie kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní** (pozn.:

prostredníctvom **žiadosti o vysvetlenie č. 1**, pozri bod 40 tohto rozhodnutia) a zároveň prostredníctvom **žiadosti o vysvetlenie č. 2, 4 a 5** (pozri body 42, 48 a 50 tohto rozhodnutia) **požadoval od navrhovateľa, aby určil ktorou z týchto osôb obsadil pozíciu kľúčového odborníka - stavbyvedúceho, ktorý má byť zodpovedný za riadenie stavebných prác na danom projekte, s odborným zameraním – inžinierske stavby, požadovaného podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní v predmetnom verejnom obstarávaní.**

78. Navrhovateľ v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 1 uviedol, že p. F2 je vlastnou kapacitou navrhovateľa a p. F1 je externou kapacitou a jeho kapacity využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 3 predložil Dohodu o pracovnej činnosti a Zmluvu o spolupráci. Navrhovateľ v odpovediach na žiadosti o vysvetlenie č. 2, 4 a 5 opakovane uvádzal, že pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho budú zastávať a vykonávať **obe tieto osoby súčasne.**

Navrhovateľ vo svojich vysvetleniach zároveň zdôvodňuje, z akého dôvodu danú pozíciu kľúčového odborníka mohol obsadiť dvomi osobami, nasledovne: a) Podľa navrhovateľa zo súťažných podkladov výslovne nevyplýva, že by uchádzač nemohol uvažovať počas realizácie zákazky o viacerých osobách na pozícii stavbyvedúceho. Podľa vyjadrení navrhovateľa, stanovená je iba minimálna požadovaná úroveň štandardu, pričom v súťažných podkladoch výslovne nie je uvedené, že stavbyvedúceho môže vykonávať výlučne iba jedna osoba (dokonca sa v súťažných podkladoch uvažuje o viacerých osobách). Navrhovateľ má za to, že mu nič tak nebránilo predložiť v ponuke viac kľúčových odborníkov, ktorí budú vykonávať funkciu stavbyvedúceho. b) Navrhovateľ tiež vo svojich vysvetleniach poukazuje na znenie nasledovných častí predmetnej podmienky, cit.: „(...) *Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov.*“ a „Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (...).“, ktoré podľa neho umožňujú obsadenie predmetnej pozície viacerými stavbyvedúcimi.

79. Kontrolovaný následne vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodov, ktoré úrad citoval v bode 52 tohto rozhodnutia.
80. K skutočnosti, či kontrolovaný bol oprávnený prostredníctvom inštitútu žiadosti o vysvetlenie, domáhať sa toho, aby navrhovateľ, určil jednu osobu, ktorou obsadzuje pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho, z osôb, za ktoré predložil vo svojej ponuke doklad – osvedčenia o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti pre výkon činnosti – stavbyvedúci, alebo, či bol navrhovateľ, povinný určiť, ktorou z týchto osôb obsadzuje danú pozíciu, úrad uvádza, že je potrebné pokračovať vo výklade predmetnej podmienky účasti podľa jej znenia, nakoľko v tomto ohľade nebola úradom ešte posudzovaná. Úrad v nadväznosti, opätovne na tomto mieste rozhodnutia cituje znenie predmetnej podmienky účasti, za účelom dosiahnutia prehľadnosti ozrejmenia spornej skutočnosti. Úrad poukazuje na to, že kontrolovaný formuloval predmetnú podmienku účasti nasledovne, cit.: „*Podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona. Ak ide o stavebné práce alebo služby, uvedenú podmienku účasti preukáže uchádzač/záujemca predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie Zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov.*“

Minimálna úroveň požadovaná verejným obstarávateľom podľa bodu B) Minimálna požadovaná úroveň štandardu: Prílohou údajov o osobách musí byť doklad o odbornej spôsobilosti stavbyvedúceho (ktorý bude zodpovedný za riadenie stavebných prác) s odborným zameraním – inžinierske stavby vydaného alebo notifikovaného podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov v platnom znení, alebo ekvivalentný doklad vystavovaný v členských krajinách ES. Osoba, ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí podieľať na realizácii zákazky. Uchádzač musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú najneskôr pri odovzdaní staveniska predloží verejnemu obstarávateľovi.“

Úrad v prvom rade konštatuje, že znenie predmetnej podmienky účasti neobsahuje výslovnú požiadavku kontrolovaného, že by mali uchádzači disponovať dvomi stavbyvedúcimi za účelom preukázania jej splnenia, resp. pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho obsadzovať minimálne dvomi a viac osobami. Zo znenia predmetnej podmienky, je tiež možné podľa úradu odvodiť, že uchádzači mali kontrolovaným požadovaný doklad predpokladať vo svojej ponuke, iba pri osobe, ktorá bude zodpovedná zariadenie stavebných prác, čo de facto znamená, že len za osobu, ktorou bude obsadená pozícia kľúčového odborníka. Úrad opakovane poukazuje na to, že kontrolovaný si v predmetnej podmienke jednoznačne a výslovne vymienil, že 1) osoba ktorou uchádzač preukazuje splnenie tejto podmienky, sa musí priamo podieľať na realizácii zákazky a 2) uchádzač, musí mať s navrhovaným stavbyvedúcim počas realizácie diela podpísanú pracovnú zmluvu alebo dohodu o vykonaní prác a pod., ktorú mu uchádzač musí predložiť najneskôr pri odovzdaní staveniska. Zo znenia predmetnej podmienky, je tiež možné podľa úradu odvodiť, že uchádzači mali kontrolovaným požadovaný doklad predpokladať vo svojej ponuke, iba pri osobe, ktorá bude zodpovedná za riadenie stavebných prác, čo de facto znamená, že len za osobu, ktorou bude obsadená pozícia kľúčového odborníka. Uvedené skutočnosti podľa úradu preukazujú to, že kontrolovaný požadoval obsadiť pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho len jednou osobou, nie dvomi a viac osobami, resp. požadoval len jednu osobu s predmetnou odbornosťou pre plnenie predmetu tejto zákazky. Úrad k tomuto dopĺňa, že tak ako je formulovaná predmetná podmienka účasti, by nezakladala pre kontrolovaného nárok požadovať od uchádzačov, aby vo svojich ponukách predkladali požadovaný doklad pre dvoch a viac stavbyvedúcich, a teda nemohlo by to zakladať ani dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak by uchádzač neobsadil požadovanú pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho dvomi a viac osobami.

81. Úrad k argumentácii navrhovateľa, z akých dôvodov mu umožňovalo znenie predmetnej podmienky účasti obsadzovať danú pozíciu dvomi osobami, uvádza, že dá sa súhlasiť s tým, že znenie predmetnej podmienky účasti v časti, na ktoré poukázal, obsahujú slovo „osôb“ a slovo „osobách“, teda množné čísla. Úrad však má za to, že predmetné časti tejto podmienky účasti nie je možné vykladať spôsobom, tak ako sa domáha navrhovateľ, a teda, že by mu umožňovali obsadzovať danú pozíciu dvomi a viac osobami s odborným zameraním stavbyvedúci, nakoľko po a) v časti, kde je použité slovo „osôb“, ide o citáciu ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ktorú štandardne uvádzajú verejní obstarávatelia v príslušných častiach oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, súťažných podkladoch a podobne vo verejných obstarávaniach, resp. výzvy na predkladanie ponúk kde formulujú podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, za predpokladu, že sú nimi požadované, a po b) v časti, kde je použité slovo „osobách“, v kontexte ďalších

skutočností vyplývajúcich zo znenia predmetnej podmienky účasti, ktoré úrad uviedol v predošlom bode tohto rozhodnutia, je vylúčené, aby túto pozíciu zastávali dve osoby s týmto zameraním súčasne.

82. Na základe vyššie uvedených skutočností, úrad konštatuje, že podľa znenia predmetnej podmienky účasti kontrolovaný požadoval v rámci technickej alebo odbornej spôsobilosti, aby uchádzači, ktorí predkladajú ponuku do predmetného verejného obstarávania disponovali len jednou osobou – kľúčovým odborníkom s odborným zameraním stavbyvedúci – pre inžinierske stavby, resp. danú pozíciu obsadzovali len jednou osobou, ktorá sa bude podieľať na realizácii zákazky a zodpovedať za riadenie stavebných prác pri plnení predmetu tejto zákazky. Úrad k tomuto dopĺňa, že dá sa súhlasiť s navrhovateľom v tej časti jeho argumentácie, že mu nič nebránilo, aby vo svojej ponuke predložil kontrolovaným požadovaný doklad za dve a viac osôb vo svojej ponuke, nakoľko ide o minimálnu požadovanú úroveň štandardov (pozn.: mimochodom podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti sa vo verejných obstarávaní stanovujú vždy ako minimálne požadované úrovne štandardov pre plnenie predmetu zákazky), **avšak vzhľadom na to, že kontrolovaný požadoval danú pozíciu kľúčového odborníka obsadiť len jednou osobou podľa znenia predmetnej podmienky účasti, má úrad za to, že po tom, čo ho kontrolovaný vyzval, aby určil jednu osobu na danú pozíciu, z dvoch osôb, za ktoré predložil vo svojej ponuke požadovaný doklad, mal navrhovateľ povinnosť urobiť tak, pre účely toho aby kontrolovaný mohol uskutočniť vyhodnotenie predmetnej podmienky účasti okrem iného aj v súlade s ustanovením § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého má kontrolovaný (voľne povedané) povinnosť vyhodnotiť predmetnú podmienku účasti v súlade s tým, ako si ju zadal. Tým, že navrhovateľ neuskutočnil predmetný úkon, o ktorý ho oprávnené, s ohľadom na znenie predmetnej podmienky účasti, kontrolovaný žiadal (opakovane), má úrad za to, že navrhovateľ v odpovediach na žiadosti o vysvetlenie 2, 4 a 5 neodpovedal v súlade s tým, ako sa ho kontrolovaný pýtal.**
83. K skutočnosti, či p. F2, je vlastnou kapacitou navrhovateľa alebo nie, úrad uvádza, že podľa obsahu Dohody o pracovnej činnosti, ktorú navrhovateľ predložil kontrolovanému v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie č. 3, predmetnú dohodu uzatvoril navrhovateľ s p. F2 dňa **21. 08. 2023**, t.j. v čase, keď doručil kontrolovanému odpoveď na žiadosť o vysvetlenie č. 1 (pozri bod 41 tohto rozhodnutia). Z jej obsahu ďalej vyplýva, že p. F2 má pre navrhovateľa vykonávať okrem iného činnosť stavbyvedúceho, pričom **deň nástupu na výkon tejto činnosti bol dojednaný na 21. 08. 2023. Na základe uvedených skutočností, je podľa názoru úradu možné konštatovať, že dohodou, ktorú navrhovateľ predložil kontrolovanému v rámci predmetného vysvetlenia preukázal, že pracovným pomer s p. F1 bol založený a vznikol (pozn.: pracovný pomer vzniká, odo dňa, ktorý bol dohodnutý, ako deň nástupu do práce) dňa 21. 08. 2023. Z uvedeného teda vyplýva, že p. F1 je vlastnou kapacitou navrhovateľa pre účely verejného obstarávania, od momentu, keď vznikol pracovný pomer, t.j. odo dňa 21. 08. 2023.**
84. V nadväznosti na uvedené, úrad poukazuje na to, že podľa bodu IV.2.2) „Lehota na predkladanie ponúk“, ODDIEL IV: „Postup“ výzvy na predkladanie ponúk, **kontrolovaný stanovil lehotu na predkladanie ponúk do 08. 02. 2023 do 10:00 hod. Úrad k tomuto dopĺňa, že kontrolovaný redakčnou opravou v predmetnom verejnom obstarávaní neupravoval dĺžku lehoty na predkladanie ponúk.** Podľa údajov nachádzajúcich sa v IS ERANET navrhovateľ predložil ponuku do predmetného verejného obstarávania dňa 06. 02. 2023 o 13:12 hod.

85. Zo skutočností uvedených v predošlých bodoch tohto rozhodnutia vyplýva, že navrhovateľ predložil ponuku do predmetného verejného obstarávania 6 mesiacov a 15 dní, pričom lehota na predkladanie ponúk uplynula 6 mesiacov a 13 dní predtým ako, sa p. F2 stal vlastnou kapacitou navrhovateľa podľa údajov nachádzajúcich sa v Dohode o pracovnej činnosti, ktorú predložil v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie č. 3. **S ohľadom na tieto skutočnosti a dôkazy, ktoré predložil navrhovateľ kontrolovanému, má úrad za to, že p. F2 v čase od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk, t.j. od 08. 02. 2023 do 20. 08. 2023 nebol vlastnou kapacitou navrhovateľa, nakoľko navrhovateľ predložením predmetnej dohody preukázal, že p. F2 sa stal jeho vlastnou kapacitou až 21. 08. 2023.**
86. Úrad považuje na tomto mieste rozhodnutia za potrebné poukázať na to, že v ponuke navrhovateľa sa nenachádzal žiaden doklad, ktorý by preukazoval, že predmetná osoba bola jeho vlastnou kapacitou aj v období od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk do 20. 08. 2023. Čo znamená, že p. F2 v tomto období nebol vlastnou kapacitou navrhovateľa, nakoľko navrhovateľ dokladmi, ktoré sa nachádzajú v jeho ponuke spolu s dokladmi, ktoré predkladal v rámci vysvetlení, nepreukázal opak. Úrad k tomuto dopĺňa, že predmetná osoba by v danom období, t.j. od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk do 20. 08. 2023, mohla mať status kapacity inej osoby vo vzťahu k navrhovateľovi, za predpokladu, že v ponuke navrhovateľa by sa nachádzali doklady, ktoré pri využití tejto možnosti preukazovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti sú definované v ustanovení § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, resp. by tieto doklady boli nahradené JEDom podľa ustanovenia § 39 o verejnom obstarávaní alebo čestným vyhlásením podľa § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že v ponuke navrhovateľa sa takéto doklady nenachádzajú.
87. Na základe uvedených skutočností, úrad konštatuje, že navrhovateľ nepreukázal, že by p. F2, v čase od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk, t.j. od 08. 02. 2023 do 20. 08. 2023 bol jeho vlastnou kapacitou, a zároveň nepreukázal, že predmetná osoba bola v tomto období kapacitou inej osoby, ktorú je oprávnený používať pre účely preukazovania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní v tomto verejnom obstarávaní. S ohľadom na tieto skutočnosti má úrad za to, že navrhovateľ nepreukázal, že by bol oprávnený za účelom preukázania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní využívať p. F2 v období od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk, t.j. od 08. 02. 2023 do 20. 08. 2023, či už ako jeho vlastnú kapacitu alebo kapacitu inej osoby, čo znamená, že na túto situáciu je potrebné nazerať tak, že navrhovateľ v danom období nemal predmetnú podmienku účasti pokrytú osobou - p. F2.
88. Čo sa týka osoby p. F1, úrad uvádza, že „Zmluvu o spolupráci“ (pozri bod 47 tohto rozhodnutia) navrhovateľ predložil kontrolovanému až v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie č. 3, aj keď na to výslovne nebol kontrolovaným vyzvaný. Úrad poukazuje na to, že predmetná zmluva sa nenachádzala v ponuke navrhovateľa, a opakovane dáva do pozornosti, že v ponuke navrhovateľa sa nenachádza ani JED podľa ustanovenia § 39 zákona o verejnom obstarávaní a ani čestné vyhlásenie podľa ustanovenia § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad dopĺňa, že k predmetnej osobe navrhovateľ vo svojej ponuke predložil len osvedčenie o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti pre výkon činnosti – stavbyvedúci.
89. Z obsahu „Zmluvy o spolupráci“ vyplýva, že ju navrhovateľ s p. F1 uzatvoril **18. 01. 2023**, t.j. v čase pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, ktorá bola stanovená

do **08. 02. 2023**. Z obsahu zmluvy ďalej vyplýva, že **p. F1 je externou kapacitou** navrhovateľa, keďže p. F1, je konateľom spoločnosti S2, pričom predmetná spoločnosť súhlasila, že jej kapacity môže navrhovateľ využiť v tomto verejnom obstarávaní za účelom preukázania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, a teda, že predmetná osoba má zastávať pozíciu kľúčového odborníka – stavbyvedúceho.

90. Predmetnou zmluvou podľa úradu navrhovateľ síce deklaruje, že p. F1, je kapacita inej osoby, s ktorou môže disponovať a v predmetnom verejnom obstarávaní ju využívať pre účely preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti od 18. 01. 2023, t.j. ešte pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk stanovenej v tomto verejnom obstarávaní do 08. 02. 2023, avšak nepreukázal jej disponibilitu relevantnými dokladmi v čase predloženia ponuky
91. Úrad v nadväznosti na uvedené poukazuje na to, že vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní upravuje **§ 40** zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že súčasťou hodnotiaceho procesu je aj inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov, pričom ide o odstránenie nielen formálnych, **ale aj vecných nedostatkov** predložených dokladov jednotlivými uchádzačmi, resp. záujemcami. Využitie inštitútu v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je nevyhnutné najmä v prípade, pokiaľ by prípadné nedostatočné náležitosti predložených dokladov by bolo možné vysvetlením jednoducho objasniť alebo dovysvetliť. **Predmetným inštitútom vysvetľovania je možné doplniť, resp. vysvetliť len doklady už predložené v ponuke uchádzača, ktoré boli predložené ku konkrétnej podmienke účasti za účelom preukázania jej splnenia, ak z takto predložených dokladov nie je možné posúdiť splnenie konkrétnej podmienky účasti, ku ktorej boli predložené a ku ktorej sa tieto doklady viažu. Zároveň platí, že nesmie ísť o doplnenie fyzicky chýbajúcich dokladov, ale o vysvetlenie už predložených dokladov alebo doplnenie k už predloženým dokladom.**
92. S ohľadom na uvedené skutočnosti, má úrad za to, že na „Zmluvu o spolupráci“, ktorú navrhovateľ predložil kontrolovanému v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie č. 3, aj keď na to výslovne nebol kontrolovaným vyzvaný, nie je možné prihliadať, resp. zohľadňovať ju pri vyhodnocovaní splnenia predmetnej podmienky účasti stanovenej kontrolovaným podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v danom prípade ide o situáciu, kedy vysvetlením došlo k doplneniu fyzicky chýbajúceho dokladu, keďže v ponuke navrhovateľa, ako už bolo uvedené, sa nenachádzal žiadny iný doklad okrem osvedčenia o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti pre výkon činnosti – stavbyvedúci vo vzťahu k osobe p. F1 (pozn.: predmetné osvedčenie nesúvisí s požiadavkami na preukazovanie podmienok účasti využitím kapacít inej osoby, ktoré sú definované priamo zákonom o verejnom obstarávaní v ustanovení § 34 ods. 3), ktorý umožňoval dodatočne doplniť predmetnú zmluvu. Úrad opakovane poukazuje na to, že navrhovateľ vo svojej ponuke nepredložil, či už JED podľa ustanovenia alebo čestné vyhlásenie podľa § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ktorými by predbežne mohol nahradiť aj predkladanie predmetnej zmluvy, a neskôr by ju v takejto situácii bolo možné doplniť.
93. Vzhľadom na to, že predmetnú zmluvu, z vyššie uvedeného dôvodu, nie je možné zohľadňovať pri vyhodnocovaní splnenia predmetnej podmienky účasti, je na danú situáciu potrebné nazerať tak, že navrhovateľ osobou p. F1 nemá od uplynutia lehoty na predkladanie pokrytú predmetnú podmienku účasti, z dôvodu, že dokladmi predloženými v ponuke nepreukázal kontrolovanému, že môže

na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovenej v predmetnom verejnom obstarávaní podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní využiť technické a odborné kapacity tejto inej osoby a nepreukázal ani to, či nimi môže disponovať, resp. používať ich pri plnení zmluvy.

94. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že navrhovateľ v čase od 08. 02. 2023, t.j. od uplynutia lehoty na predkladanie ponúk do 20. 08. 2023 nemá predmetnú podmienku účasti pokrytú kapacitami inej osoby, ale ani vlastnými kapacitami. Úrad k tomu dopĺňa, že pri preukazovaní splnenia predmetnej podmienky účasti prostredníctvom p. F1 ale aj p. F2 nastala situácia, ktorá nie je zhojiteľná opätovným využitím inštitútu vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko by jeho využitím dochádzalo už len k doplneniu fyzicky chýbajúcim dokladom vo vzťahu k týmto osobám.
95. V kontexte uvedeného úrad poukazuje na to, že sa zaoberal pri rozhodovacej činnosti aj tým, či kontrolovaný bol povinný využiť inštitút nahradenia upravený, či už v ustanovení § 40 ods. 5 písm. b) a c) zákona o verejnom obstarávaní, s ohľadom na vzniknutú situáciu.
96. Čo sa týka ustanovenia § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, verejný obstarávateľ je v zmysle jeho znenia povinný písomne požiadať uchádzača o nahradenie inej osoby, ak existujú dôvody na jej vylúčenie. Z uvedeného vyplýva, že predmetná povinnosť vzniká verejnému obstarávateľovi len v tom prípade, ak existujú dôvody na vylúčenie u inej osoby. V kontexte uvedeného úrad poukazuje na to, že v prípade p. F1, ktorého navrhovateľ označil za kapacitu inej osoby, nevznikli vylučovacie dôvody na strane inej osoby, ale priamo na strane navrhovateľa, tým, že vo svojej ponuke nepredložil doklady vyžadované ustanovením § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pri preukazovaní splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom kapacít inej osoby, resp. ich predbežne nenahradil čestným vyhlásením podľa § 114 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, prípadne ich nenahradil predložením JED dokumentu podľa ustanovenia § 39 zákona o verejnom obstarávaní. S ohľadom na tieto skutočnosti, má úrad za to, že p. F1 nebolo možné v predmetnom verejnom obstarávaní nahradiť postupom podľa ustanovenia § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
97. V nadväznosti na to, úrad uvádza, že podľa § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ je povinný vyzvať uchádzača o nahradenie technickou požadovaných podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ak nespĺňajú predmetnú podmienku účasti. Nesplnenie podmienky účasti, ako vylučovací dôvod, je upravený v ustanovení § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Tento vylučovací dôvod sa aplikuje v procesoch verejného obstarávania, aj v situácii, kedy uchádzač vo svojej ponuke neobsadí požadovanú pozíciu kľúčového odborníka podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní nikým, pričom aj v takomto prípade sa má za to, že nespĺňa predmetnú podmienku účasti, hoci k jej reálnemu vyhodnoteniu nemôže dôjsť, z dôvodu, že v takomto prípade, nie je čo vyhodnocovať. Ak teda uchádzač vo svojej ponuke neobsadí požadovanú pozíciu kľúčového odborníka nikým, má to za následok, že bude vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienok účasti, pričom v takomto prípade podľa názoru úradu nevzniká nárok na aplikovanie inštitútu nahradenia upravený v ustanovení § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, z dôvodu, že nie je možné nahradiť nikoho, niekým. Podľa názoru úradu inštitút nahradenia, je možné využiť len v situácii, ak osoba,

ktorou uchádzač obsadí požadovanú pozíciu kľúčového odborníka, dôjde pri nej k reálnemu vyhodnocovaniu požadovanej podmienky účasti a v rámci tohto procesu sa zistí, že predmetná osoba nespĺňa danú podmienku účasti. V kontexte uvedeného úrad poukazuje, že p. F2 v čase od lehoty na predkladanie ponúk, t.j. od 08. 02. 2023 do 20. 08. 2023, nebol vlastnou kapacitou navrhovateľa, ale ani kapacitou inej osoby vo vzťahu k nemu, z dôvodov ozrejmenejších vyššie. To znamená, že v období od lehoty na predkladanie ponúk, t.j. od 08. 02. 2023 do 20. 08. 2023 navrhovateľ nemal požadovanú pozíciu kľúčového odborníka stavbyvedúceho obsadenú nikým, ani p. F2 (pozn.: ani p. F1). Vzhľadom na to, že navrhovateľ danú pozíciu v predmetnom období nemal obsadenú žiadnou osobou, má úrad za to, že ho kontrolovaný nebol povinný vyzvať na nahradenie podľa ustanovenia § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

98. Na základe uvedeného, má úrad za to, že predmetná situácia, nie je zhojiteľná využitím inštitútu nahradenia podľa § 40 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ale ani podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
99. Po zohľadnení všetkých vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď vylúčil navrhovateľa z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.
100. Na základe uvedených skutočností úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú **neopodstatnené**.
101. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, námietky zamietne.
102. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť o námietkach navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

103. 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.
104. V súlade s predmetným ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia sa navrhovateľom zložená kaucia za podanie námietok stáva v celej výške príjmom štátneho rozpočtu, a to dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

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 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. N – právny zástupca navrhovateľa³
2. **Mesto Poprad**, Nábřežie Jána Pavla II 2802/3, 058 01 Poprad, IČO: 00 326 470
– kontrolovaný

³ 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.