

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b), § 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 **skupiny dodávateľov „ZZZ“**, zloženej z vedúceho člena XX a z člena YY (ďalej len „navrhovateľ“)¹, 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 **„Orechová Potôň verejná kanalizácia“**, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Obec Orechová Potôň**, Orechová Potôň 281, 930 02 Orechová Potôň, IČO: 00 305 669 (ďalej len „kontrolovaný“), vo Vestníku verejného obstarávania č. 111/2023 zo dňa 07. 06. 2023 pod značkou 19674 - WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi **Obec Orechová Potôň**, Orechová Potôň 281, 930 02 Orechová Potôň, IČO: 00 305 669, vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky **„Orechová Potôň verejná kanalizácia“** vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 111/2023 dňa 07. 06. 2023 pod značkou 19674 - WYP **odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa** označené ako „Informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk - Vylúčenie“ zo dňa 18. 12. 2023, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa a to do **60 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 28. 12. 2023 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu² smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu. Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené toho istého dňa v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje, t. j. prostredníctvom informačného systému EVO (ďalej len „IS EVO“).

¹ Námietky v mene skupiny dodávateľov podala spoločnosť XX, na základe Plnomocenstva pre člena skupiny dodávateľov zo dňa 27. 12. 2023, ktoré tvorí prílohu námietok.

² Podľa zákona 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.

2. Úrad uvádza, že námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v podobe podľa § 170 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
3. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako uchádzač. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ predložil ponuku dňa 13. 09. 2023 o 07:50:14 hod. V danom prípade má úrad za to, že navrhovateľ preukázal aktívnu vecnú legitimáciu na podanie námietok.
4. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr na druhý pracovný deň nasledujúci po doručení námietok v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Za každú skutočnosť, proti ktorej námietky podľa § 170 ods. 3 smerujú, sa skladá samostatná kaucia.
5. Z § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že 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).
6. Z § 172 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 3 940,27 EUR.
7. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 27. 12. 2023 kauciu vo výške 3 940,28 EUR.
8. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

9. V úvode podaných námietok navrhovateľ opisuje priebeh verejného obstarávania, konkrétne že v lehote na predkladanie ponúk predložil ponuku na predmet obstarávanej zákazky, pričom kontrolovaný ho dňa 13. 09. 2023 požiadal o predloženie dokladov predbežne nahradených JED-om, ktoré navrhovateľ zároveň v kontrolovaným určenej lehote predložil. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný dňa 04. 12. 2023 požiadal o nahradenie osoby podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. spoločnosť A, ktorú navrhovateľ dňa 11. 12. 2023 nahradil spoločnosťou B. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný ho dňa 13. 12. 2023 požiadal o vysvetlenie, konkrétne o predloženie podrobného výpočtu INDEXU 05 doplnením údajov z účtovnej závierky do vzorca, tak ako je výpočet uvedený v súťažných podkladoch a o vysvetlenie týkajúce sa disponibilítou strojným a technickým vybavením, pričom navrhovateľ požadované vysvetlenie kontrolovanému doručil dňa 15. 12. 2023.
10. Navrhovateľ uvádza, že mu kontrolovaný následne dňa 18. 12. 2023 doručil oznámenie o vylúčení jeho ponuky (ďalej len „Oznámenie o vylúčení“) v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodov, ktoré podľa navrhovateľa nesúvisia s dovtedajším vysvetľovaním ponuky. Navrhovateľ v námietkach ďalej cituje celé odôvodnenie Oznámenia o vylúčení obsiahnuté v oznámení o vylúčení (bod 39 rozhodnutia).

11. Navrhovateľ s dôvodmi vylúčenia nesúhlasí, nakoľko podľa jeho názoru Oznámenie o vylúčení je adresované členovi združenia XX, a teda nie je adresované „ZZZ“, ktoré predložilo ponuku. Navrhovateľ sa súčasne domnieva, že vylúčenie je založené na nesprávnej interpretácii výkladového stanoviska úradu č. 8/2016 a nesprávnej interpretácii § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný je toho názoru, že poskytovateľ kapacít musí spĺňať podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k predmetu zákazky (realizácia stavebných prác). Uvedené však podľa navrhovateľa nekorešponduje s dikciou § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého za poskytovateľa kapacít na preukázanie finančného a ekonomického postavenia nie je potrebné zároveň preukazovať oprávnenie dodávať tovar, poskytovať službu alebo realizovať stavebné práce. Navrhovateľ má za to, že k vylúčeniu zároveň prišlo bez akejkoľvek predchádzajúcej žiadosti o vysvetlenie týkajúcej sa predmetnej skutočnosti.
12. Navrhovateľ opätovne uvádza, že z Oznámenia o vylúčení jednoznačne nevyplýva, že kontrolovaný vylúčil ponuku skupiny dodávateľov „ZZZ“, keďže kontrolovaný v rámci vylúčenia označil uchádzača ako spoločnosť XX, a vylúčil ponuku uchádzača XX. Navrhovateľ v tejto súvislosti pripomína, že uchádzačom bolo „ZZZ“ pozostávajúce zo spoločnosti XX a YY.
13. Navrhovateľ ďalej uvádza, že z Oznámenia o vylúčení, ktoré (podľa navrhovateľa) prišlo po nesúvisiacich vysvetleniach vyplýva, že jeho ponuka bola vylúčená podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že uchádzač nesplnil podmienky účasti. Konkrétne kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uviedol, že spoločnosť B nesplňa podmienku účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nie je oprávnená na uskutočňovanie stavebných prác, ktoré sú predmetom zákazky. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný o vylúčení rozhodol na základe výkladového stanoviska č. 8/2016, ktorý mal podľa kontrolovaného dospieť k rovnakému záveru, s čím sa ale navrhovateľ nestotožňuje.
14. Navrhovateľ následne poukazuje na znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého je podľa jeho názoru zrejmé, že tretia osoba poskytujúca svoje kapacity na účely preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného alebo ekonomického postavenia nemusí (na rozdiel od toho, čo sa domnieva kontrolovaný) spĺňať podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. nemusí byť oprávnená dodať tovar, poskytovať službu alebo realizovať stavebné práce, ktoré sú predmetom zákazky. Navrhovateľ uvádza, že takáto požiadavka nebola stanovená ani v súťažných podkladoch, pričom poukazuje na str. 26 súťažných podkladov časť III.I.2) Ekonomické a finančné postavenie bod 3, kde kontrolovaný rovnako ako zákon o verejnom obstarávaní explicitne vylúčil preukazovanie splnenia podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu ku poskytovateľovi kapacít podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
15. Navrhovateľ následne porovnáva znenie ustanovenia § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré boli zároveň, rovnako ako v zákone o verejnom obstarávaní, vymedzené aj v súťažných podkladoch (str. 26 a str. 27 súťažných podkladov). Vo vzťahu k § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ zdôrazňuje, že osoba ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Vo vzťahu k ustanoveniu § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ

poukazuje na rozdiel oproti vyššie uvedenému spočívajúci v tom, že v zmysle predmetného ustanovenia osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich 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.

16. Navrhovateľ má za to, že z vyššie uvedeného je zrejmé, že tak zákonodarca, ako aj kontrolovaný v súťažných podkladoch rozlišuje medzi poskytovateľom kapacít podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa má priamo podieľať na plnení predmetu zákazky kapacitami, ktoré poskytol. Uvedenú odlišnú charakteristiku zohľadnil zákonodarca podľa navrhovateľa v tom, že poskytovateľ kapacít podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nepreukazuje oprávnenie dodávať tovar, poskytovať službu alebo realizovať stavebné práce, ktoré sú predmetom zákazky, pričom poskytovateľ kapacít podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní naopak áno.
17. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný si mylne interpretoval výkladové stanovisko úradu č. 8/2016. Navrhovateľ nesúhlasí s tým, že by z uvedeného výkladového stanoviska vyplývalo, že poskytovateľ kapacít podľa § 33 ods. 2 má preukazovať splnenie podmienok účasti vo vzťahu k predmetu zákazky. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že aj predmetné výkladové stanovisko cituje znenie § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
18. Navrhovateľ poukazuje aj na metodické usmernenie úradu č. 21390-5000/2016 zo dňa 29. 11. 2016, pričom zdôrazňuje nasledovnú časť, cit.: „(...) *Pokiaľ ide o otázku predkladania dokladu preukazujúceho oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu, v prípade využitia finančných zdrojov inej (tretej) osoby podľa § 33 ods. 2, t. j. pri preukazovaní finančného a ekonomického postavenia, priamo zákon o verejnom obstarávaní v týchto prípadoch upúšťa od preukazovania splňania podmienky § 32 ods. 1 písm. e), t. j. preukazovanie oprávnenia dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu zodpovedajúceho predmetu zákazky.*“
19. Vzhľadom k vyššie uvedenému je navrhovateľ toho názoru, že vylúčenie jeho ponuky je nezákonné a postavené na mylnej interpretácii § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ uvádza, že k vylúčeniu kontrolovaný dospel bez toho, aby sa pokúsil možnú nezrovnalosť odstrániť žiadosťou o vysvetlenie a nakoľko pristúpil rovno k vylúčeniu, považuje postup kontrolovaného za neproporčný.
20. Navrhovateľ na záver konštatuje, že kontrolovaný mal podľa jeho názoru riadne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti preukazovaných poskytovateľom kapacít podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Vylúčenie svojej ponuky považuje za nezákonné, keďže v zmysle § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nie je potrebné preukázať splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ v rámci petitu námietok úradu navrhuje, aby rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť Oznámenie o vylúčení a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa, resp. splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

21. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok sa začalo dňa **28. 12. 2023**.
22. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
23. 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. Ak kontrolovaný predkladá dokumentáciu alebo jej časť v listinnej podobe, môže úradu predložiť fotokópiu tejto dokumentácie, ak zároveň písomne potvrdí, že táto dokumentácia súhlasí s originálnym vyhotovením dokumentácie. Kontrolovaný môže nahliadať do dokumentácie ním doručenej úradu. V prípadoch, keď sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred úradom nezačne, úrad bez zbytočného odkladu poskytnutú dokumentáciu vráti.
24. Úrad uvádza, že dňa 05. 01. 2023 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam navrhovateľa v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu³. Úrad zároveň uvádza, že kontrolovaný zriadil pre úrad prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do IS EVO už dňa 17. 10. 2023, a to pre potreby konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe konania č. 14874-6000/2023-OD, čím úradu bola sprístupnená elektronická podoba dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
25. Úrad uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 17997-6000/2023-OD-PO zo dňa 09. 01. 2023 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného vo verejnom obstarávaní, okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania po dobu trvania účinkov rozhodnutia o predbežnom opatrení a rozhodol, že lehoty, ktoré kontrolovanému stanovuje zákon o verejnom obstarávaní a lehoty, ktoré určil kontrolovaný neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

26. Z IS EVO, prostredníctvom ktorého sa realizuje preskúmané verejné obstarávanie, vyplýva, že námietky boli kontrolovanému doručené dňa 28. 12. 2023, pričom posledný deň lehoty na doručenie vyjadrenia k podaným námietkam pripadol na deň 04. 01. 2024. Kontrolovaný doručil úradu vyjadrenie k podaným námietkam dňa 05. 01. 2024, tzn. že kontrolovaný poskytol

³ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (zákon o e-Governmente).

úradu písomné vyjadrenie k námietkam po lehote stanovenej v ustanovení § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na uvedené úrad na obsah vyjadrenia nebude v predmetnom konaní o námietkach navrhovateľ'a prihliadať.

Právny rámec

27. 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.
28. Podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia:
- a) nebol on, ani jeho štatutárny orgán, ani člen štatutárneho orgánu, ani člen dozorného orgánu, ani prokurista právoplatne odsúdený za trestný čin korupcie, trestný čin poškodzovania finančných záujmov Európskych spoločností, trestný čin legalizácie príjmu z trestnej činnosti, trestný čin založenia, zosnovania a podporovania zločineckej skupiny, trestný čin založenia, zosnovania alebo podporovania teroristickej skupiny, trestný čin terorizmu a niektorých foriem účasti na terorizme, trestný čin obchodovania s ľuďmi, trestný čin, ktorého skutková podstata súvisí s podnikaním alebo trestný čin machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe,
 - b) nemá evidované nedoplatky na poistnom na sociálne poistenie a zdravotná poisťovňa neeviduje voči nemu pohľadávky po splatnosti podľa osobitných predpisov^{46b)} v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu,
 - c) nemá evidované daňové nedoplatky voči daňovému úradu a colnému úradu podľa osobitných predpisov^{46c)} v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu,
 - d) nebol na jeho majetok vyhlásený konkurz, nie je v reštrukturalizácii, nie je v likvidácii, ani nebolo proti nemu zastavené konkurzné konanie pre nedostatok majetku alebo zrušený konkurz pre nedostatok majetku,
 - e) je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu,
 - f) nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu.
29. Podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie sa preukazuje spravidla predložením prehľadu o celkovom obrate a ak je to vhodné, prehľadu o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky alebo koncesie týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.
30. Podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní využiť finančné zdroje 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 zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Verejný obstarávateľ

alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.

31. 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. (...).
32. 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.
33. Podľa § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu,
a) ak nesplnil podmienky účasti,
(...)
j) nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nesplňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky,
(...).
34. 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.
35. 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.

Právne posúdenie úradom

36. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní na základe a v rozsahu námietok navrhovateľa a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vzhľadom k tomu, že na vyjadrenie kontrolovaného doručené po uplynutí lehoty podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní úrad neprihliada, konštatuje nasledovné:
37. Úrad v stručnosti uvádza, že v závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 3 940 272,80 EUR bez DPH, ide o podlimitnú

zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Zákazka sa nedelí na časti. Zákazka nie je financovaná z fondov Európskej únie. V zákazke sa uskutoční elektronická aukcia. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá uplynula dňa 13. 09. 2023 o 09:00 hod., predložili ponuku deviatich uchádzačov vrátane navrhovateľa. Navrhovateľ v ponuke predbežne nahradil doklady a dokumenty súvisiace s preukázaním splnenia podmienok účasti predložením čestných vyhlásení zo dňa 04. 07. 2023 za kapacity tretích osôb a zo dňa 24. 07. 2023 za oboch členov skupiny dodávateľov ako aj za ďalšiu osobu, ktorej kapacitami navrhovateľ preukazuje splnenie kontrolovaným určenou podmienkou účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný dňa 13. 09. 2023 požiadal navrhovateľa o predloženie dokladov a dokumentov, ktoré boli v jeho ponuke predbežne nahradené čestnými vyhláseniami, pričom navrhovateľ 21. 09. 2023 tieto doklady a dokumenty kontrolovanému predložil. Kontrolovaný dňa 04. 12. 2023 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie a v súvislosti s podmienkou účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní požiadal aj podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní o nahradenie tretej osoby z dôvodu, že táto tretia osoba nespĺňala požadovaný obrat viažuci sa k danej podmienke účasti. Navrhovateľ dňa 11. 12. 2023 odpovedal na predchádzajúcu požiadavku kontrolovaného a okrem iného nahradil dotknutú spoločnosť (tretiu osobu) inou spoločnosťou (tretou osobou). Kontrolovaný následne dňa 13. 12. 2023 požiadal navrhovateľa o ďalšie vysvetlenie, ktorým okrem iného požadoval k podmienke účasti § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní o predloženie podrobného výpočtu INDEXU 05, t. j. doplnením údajov z účtovnej závierky do vzorca, tak ako je výpočet uvedený v súťažných podkladoch. Na túto žiadosť o vysvetlenie kontrolovaného navrhovateľ reagoval dňa 15. 12. 2023. Dňa 18. 12. 2023 doručil kontrolovaný navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení, ktorým navrhovateľa informoval o jeho vylúčení z tohto postupu zadávania zákazky. V reakcii na predmetný úkon kontrolovaného navrhovateľ dňa 28. 12. 2023 doručil kontrolovanému, ako aj úradu námietky podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní smerujúce proti vylúčeniu.

38. Kontrolovaný určil podmienku účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní na preukázanie ekonomického a finančného postavenia uchádzača, pričom v bode III.1.2) „Ekonomické a finančné postavenie“ výzvy na predkladanie ponúk (a taktiež v bode III.1.2) „Ekonomické a finančné postavenie“ časti A.2 „Podmienky účasti“) v súvislosti s predmetnou podmienkou účasti uviedol, cit: „(...) 2. § 33 ods. 1 písm. d) zákona - prehľadom o celkovom obrate za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti a zároveň preukázal index bonity. 3. Uchádzač môže na preukázanie finančného a ekonomického postavenia využiť finančné zdroje inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) 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 majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov: (...)

2. Uchádzač predloží čestné vyhlásenie podpísané osobou oprávnenou konať v mene uchádzača, v ktorom uvedie celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti. Uchádzač zároveň

predloží z účtovnej závierky kópiu výkazov ziskov a strát, alebo kópiu výkazov príjmov a výdavkov, za požadované roky. Verejný obstarávateľ akceptuje aj predloženie informácie, že dokument bol zverejnený v Registri účtovných závierok, ktorého správcom je Ministerstvo financií SR (<http://www.registeruz.sk/>). Minimálny celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začiatku prevádzkovania činnosti (kumulatívne) musí byť 7.000.000 Eur bez DPH. Verejný obstarávateľ súčasne vyžaduje, aby uchádzač v súlade s podmienkami uvedenými v tomto bode disponoval priemerným ukazovateľom INDEXu N05 vyšším ako 0,9 za aritmetický priemer z posledných troch ukončených hospodárskych rokov, resp. za roky, ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, t. j. uchádzač spočíta hodnotu ukazovateľa INDEX N05 za posledné tri ukončené hospodárske roky, resp. za roky, ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku, začatia prevádzkovania činnosti alebo ukončenia zdaňovacieho obdobia a tento súčet vydělí počtom rokov, za ktoré sú ukazovatele dostupné (to znamená, ak sú dostupné za posledné tri ukončené hospodárske roky, tak súčet vydělí číslom 3. Ak sú dostupné za ukončené 2 hospodárske roky, tak súčet za tieto dva roky vydělí číslom 2). Výsledný priemerný ukazovateľ INDEX N05 musí byť vyšší ako 0,9. Uchádzač splnenie tejto podmienky preukáže predložením podpísaného čestného vyhlásenia s uvedením ukazovateľa INDEXu N05 a jeho podrobným výpočtom. viac z kapacitných dôvodov uvedené v súťažných podkladoch. Uchádzač splnenie tejto podmienky preukáže predložením podpísaného čestného vyhlásenia s uvedením ukazovateľa INDEXu N05 a jeho podrobným výpočtom. (...)

39. Dňa 18. 12. 2023 kontrolovaný doručil navrhovateľovi Oznámenie o vylúčení (pozn. úradu - ako adresát je v záhlaví listu identifikovaný „XX“), v ktorom je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Týmto listom Vám oznamujeme, že v danej súťaži bola Vaša ponuka v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) ZVO zo súťaže na uvedený predmet zákazky vylúčená.
- Odôvodnenie vylúčenia: Verejný obstarávateľ Vás požiadal o vysvetlenie v rámci podmienky účasti § 33 ods. 1 písm. d) ZVO, t. j. Ekonomické a finančné postavenie, ktorú ste preukazovali v zmysle § 33 ods. 2) ZVO, t. j. prostredníctvom inej osoby. K podmienke účasti § 33 ods. 1 písm. d) ZVO ste boli požiadaný v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) ZVO, vysvetlením č. 2 o nahradenie inej osoby doklady predložené v rámci vysvetlenia č. 1, (...) nakoľko daná spol. nespĺňala požadovaný obrat viažuci sa k podmienke účasti § 33 ods. 1 písm. d) ZVO, t. j. Minimálny celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začiatku prevádzkovania činnosti (kumulatívne) musí byť 7.000.000 Eur bez DPH. Vysvetlením č. 2 ste nahradili vyššie uvedenú spol. (...) a vysvetlením č. 3 predložili v súlade s požiadavkou súťažných podkladov podrobný výpočet INDEXU 05, ktorou ste preukazovali podmienkou ako už bolo uvedené v súlade s § 33 ods. 2) ZVO.
- § 33 ods. 2) ZVO znie, citujem: Uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie finančného a ekonomického postavenia využiť finančné zdroje 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 zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.

V zmysle Výkladového stanoviska č. 8/2016 ÚVO vyplýva k rozsahu preukazovania osobného postavenia osôb, ktorých kapacity uchádzač využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, že ak uchádzač alebo záujemca na preukázanie finančného a ekonomického postavenia alebo na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využíva finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity inej osoby, táto iná osoba musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia v rovnakom rozsahu, ako samotný uchádzač, resp. záujemca.

Odôvodnenie Podľa § 114 ods. 2 prvá veta zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia verejný obstarávateľ vyžaduje doklad o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu v rozsahu, ktorý zodpovedá predmetu zákazky; môže vyžadovať ďalšie doklady, ktorými sa preukazuje osobné postavenie podľa § 32.

V rámci vyhodnotenia podmienok účasti Vás verejný obstarávateľ požiadal v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) ZVO o nahradenie Vami inej osoby (...) vo veci preukázania podmienky účasti § 33 ods. 1 písm. d) ZVO.

Vysvetlením ste nahradili danú inú osobu spol. (...), ktorá nespĺňa podmienku účasti § 32 ods. 1 písm. e), t. j. nie je oprávnená na uskutočňovanie stavebných prác, čo je predmetom zákazky.

Na základe vyššie uvedeného bola Vami predložená ponuka vylúčená v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) ZVO, t. j. nesplnili ste podmienky účasti.

Námietku môžete doručiť do desať dní odo dňa prevzatia tohto oznámenia v zmysle § 170 ods. 4 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov. (...)“

40. Úrad uvádza, že námietky navrhovateľa smerujú podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu. Kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z verejného obstarávania na základe dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne pre nesplnenie podmienok účasti. Predmetný vylučovací dôvod kontrolovaný odôvodnil tým, že navrhovateľom predložená (a v nadväznosti na predchádzajúcu požiadavku kontrolovaného nahradená) tretia osoba, kapacitami ktorej navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti určenej kontrolovaným podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, nespĺňa podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v odôvodnení Oznámenia o vylúčení zároveň poukazuje aj na znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a výkladové stanovisko úradu č. 8/2016.

41. Navrhovateľ v podaných námietkach s dôvodmi vylúčenia nesúhlasí a súčasne sa domnieva, že vylúčenie je založené na nesprávnej interpretácii výkladového stanoviska úradu č. 8/2016 a nesprávnej interpretácii § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný má za to, že poskytovateľ kapacít musí spĺňať podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k predmetu zákazky (realizácia stavebných prác). Uvedené podľa navrhovateľa nekorešponduje s dikciou § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého za poskytovateľa kapacít na preukázanie finančného a ekonomického postavenia nie je potrebné zároveň preukazovať oprávnenie dodávať tovar, poskytovať službu alebo realizovať stavebné práce. Navrhovateľ taktiež rozporuje znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého je podľa neho (na rozdiel od názoru kontrolovaného) zrejmé, že tretia osoba poskytujúca svoje kapacity na účely preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného alebo ekonomického postavenia nemusí spĺňať podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. V nadväznosti na uvedené, je v tomto konaní o námietkach úlohou úradu

preskúmať najmä zákonnosť interpretácie a spôsob aplikácie § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v nadväznosti na § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad teda preskúma, či zo zákona o verejnom obstarávaní vyplýva povinnosť osôb, ktoré poskytnú svoje kapacity pre účely preukázania podmienok účasti týkajúcich sa ekonomického a finančného postavenia, preukázať aj splnenie všetkých podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s dôrazom na podmienku účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Inými slovami povedané úrad preskúma, či kontrolovaný založil vylúčenie navrhovateľa na dôvodoch súladných so zákonom o verejnom obstarávaní.

42. Ako už bolo vyššie uvedené v predmetnom postupe zadávania zákazky kontrolovaný určil (okrem iných) aj podmienku účasti na preukázanie ekonomického a finančného postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej požadoval predložiť od uchádzačov prehľad o celkovom obrate v kumulatívnej minimálnej hodnote 7 000 000,- EUR bez DPH, za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, a zároveň preukázať INDEX N05 vyšší ako 0,9. Navrhovateľ na preukázanie predmetnej podmienky účasti ekonomického a finančného postavenia prvotne využil zdroje tretej osoby, pri ktorej ale kontrolovaný skonštatoval, že požadovanú minimálnu hodnotu celkového obratu nedosahuje, a teda predmetnú podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia nespĺňa. Na základe uvedenej skutočnosti, kontrolovaný požiadal navrhovateľa o nahradenie danej tretej osoby. Navrhovateľ túto tretiu osobu nahradil inou treťou osobou, v súvislosti s ktorou kontrolovaný požiadal o ďalšie vysvetlenie, konkrétne o podrobný výpočet INDEXU N05. Následne kontrolovaný navrhovateľovi doručil Oznámenie o vylúčení, v ktorom skonštatoval, že navrhovateľ vo svojom vysvetlení predložil výpočet INDEXU N05 v súlade s požiadavkou v zmysle súťažných podkladov. Kontrolovaný súbežne skonštatoval, že tretia osoba, kapacitami ktorej navrhovateľ preukazuje predmetnú podmienku účasti, nedisponuje dokladom o oprávnení uskutočňovať stavebné práce, ktoré sú predmetom zákazky, a teda nespĺňa podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, na základe čoho pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa. Kontrolovaný ako dôvod vylúčenia v Oznámení o vylúčení, označil ustanovenie § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
43. Úrad uvádza, že vo všeobecnosti je zmyslom určenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní overiť postavenia uchádzača, resp. záujemcu z hľadiska osobného postavenia, finančného a ekonomického postavenia a/alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, čím sa verejný obstarávateľ uistí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Uvedený predpoklad je vytvorený práve tým, že uchádzač, resp. záujemca preukáže splnenie podmienok účasti podľa § 32- 36 zákona o verejnom obstarávaní. V súlade s princípmi verejného obstarávania a v zmysle § 38 zákona o verejnom obstarávaní, podmienky účasti, ktoré kontrolovaný vyžaduje, musia byť primerané, súvisieť s predmetom zákazky a musia byť náležité, teda ich stanovenie nesmie mať za následok umelé zužovanie hospodárskej súťaže, t. j. podmienky účasti nesmú slúžiť na účelovú alebo nedôvodnú elimináciu potenciálnej konkurencie medzi dodávateľmi.
44. Podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní majú zabezpečiť, aby sa o realizáciu zákazky uchádzali výlučne dodávateľia, ktorí sú kapitálovo dostatočne vybavení, čo svedčí o ich ekonomickej a finančnej pripravenosti plniť zákazku. Na preukázanie finančného a ekonomického postavenia požadovaného verejným obstarávateľom môže uchádzač alebo záujemca využiť tak vlastné

zdroje, ako aj zdroje iných osôb podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní za predpokladu, že verejnému obstarávateľovi písomnou zmluvou preukáže, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude aj reálne používať zdroje tejto osoby. Zároveň poskytovateľ zdrojov musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia (§ 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní) s výnimkou tej, ktorá sa týka oprávnenia dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu (§ 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní) a nesmú u neho existovať vymedzené dôvody na vylúčenie. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní.

45. Vzhľadom k limitu predmetnej zákazky je vhodné taktiež poukázať na dikciu § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý upravuje pravidlá pre využitie kapacít tretích osôb v súvislosti s preukazovaním podmienok účasti v podlimitných zákazkách. Okrem skutočnosti, že znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obsahuje priamy odkaz aj na ustanovenie § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, zároveň explicitne vyjadruje rovnaké pravidlo preukazovania podmienok účasti osobného postavenia, ktoré musí splňať osoba, ktorej kapacity sa majú použiť na preukázanie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia, a to podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní okrem podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, taktiež hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní.
46. V nadväznosti na predchádzajúce body rozhodnutia úrad pre úplnosť poznamenáva, že požiadavka, vyplývajúca z § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (ako aj § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní), v zmysle ktorej osoba, ktorá poskytuje svoje kapacity uchádzačovi s cieľom preukázať požadované finančné a ekonomického postavenie, musí zároveň preukázať splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní okrem podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, je svojím charakterom kogentným ustanovením zákona o verejnom obstarávaní, od znenia ktorého sa nemožno odchyliť, resp. ho modifikovať v závislosti od vôle subjektu, ktorý predmetné ustanovenie v praxi aplikuje.
47. Úrad ďalej poukazuje na spôsob, akým kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk, a zároveň v súťažných podkladoch definoval (v súlade s vyššie uvedenými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní) preukazovanie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia kapacitami tretích osôb. Zo súťažnej dokumentácie kontrolovaného (bod 38 rozhodnutia) okrem iného vyplýva, že uchádzač môže na preukázanie splnenia podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia využiť kapacity iných osôb, pričom kontrolovaný vyžaduje, aby tieto osoby spĺňali podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní **okrem podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní**. V zmysle § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní každý, kto sa chce zúčastniť verejného obstarávania, je povinný preukázať oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu. V nadväznosti na uvedené úrad konštatuje, že **zo súťažnej dokumentácie, rovnako ako z dikcie § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní** zhodne vyplýva, že osoby, ktorých kapacity uchádzač používa na preukázanie určeného finančného a ekonomického postavenia, **nemusia preukazovať podmienku účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, teda nemusia byť oprávnené vykonávať činnosť, ktorá je**

predmetom zadávanej zákazky. Uvedené de facto znamená, že **poskytovateľ kapacít na preukázanie finančného a ekonomického postavenia v predmetnom verejnom obstarávaní nie je povinný preukázať/splňať predpoklad, že je oprávnený realizovať stavebné práce, ktoré sú predmetom zákazky.**

48. V súvislosti s výkladovým stanoviskom úradu č. 8/2016, aplikáciou ktorého kontrolovaný v Oznámení o vylúčení podporil svoju argumentáciu, úrad poukazuje na časť predmetného výkladového stanoviska, v ktorej je uvedené, cit.: „(...) Podľa § 33 ods. 2 posledná veta4 zákona o verejnom obstarávaní osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia **okrem § 32 ods. 1 písm. e)** a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7.(...)“ Úrad uvádza, že text daného výkladového stanoviska explicitne obsahuje rovnaké znenie časti ustanovenia § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa týka požiadaviek na preukazovanie osobného postavenia tretích osôb, kapacitami ktorých je možné preukázať ekonomické a finančné postavenie za uchádzača. z ktorého rovnako (ako už bolo uvedené v predchádzajúcich častiach rozhodnutia) vyplýva, že tieto osoby nemusia disponovať oprávnením uskutočňovať činnosť, ktorá je predmetom zákazky. V nadväznosti na uvedené má úrad za to, že z predmetného výkladového stanoviska nevyplýva záver, ku ktorému kontrolovaný dospel v Oznámení o vylúčení, nakoľko kontrolovaný nezohľadnil význam predmetného výkladového stanoviska vo všetkých vzájomných súvislostiach.
49. Úrad poukazuje ďalej na skutočnosť, že výkladové stanovisko č. 8/2016 úradu reflektovalo na právnu úpravu znenia § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní platnú a účinnú do dňa 31. 12. 2018, v zmysle ktorej, cit.: „*Na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia verejný obstarávateľ vyžaduje doklad o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu v rozsahu, ktorý zodpovedá predmetu zákazky; môže vyžadovať ďalšie doklady, ktorými sa preukazuje osobné postavenie podľa § 32. (...)“*, a ktorá bola novelou zákona o verejnom obstarávaní č. 345/2018 Z. z., 117/2018 Z. z. nahradená odo dňa 01. 01. 2019 nasledujúcim znením, cit.: „*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 h) a ods. 7.*“, ktoré je platné a účinné aj v súčasnosti. V nadväznosti na uvedené, úrad poukazuje na znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré kontrolovaný obsiahol v Oznámení o vylúčení navrhovateľa, cit.: „(...) Podľa § 114 ods. 2 prvá veta zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia verejný obstarávateľ vyžaduje doklad o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu v rozsahu, ktorý zodpovedá predmetu zákazky; môže vyžadovať ďalšie doklady, ktorými sa preukazuje osobné postavenie podľa § 32.(...)“. Zo vzájomného porovnania rôznych časových verzií znenia § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je podľa úradu zrejmé, že kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uviedol neplatné znenie § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

⁴ Pozn. úradu – novelou zákona o verejnom obstarávaní č. 395/2021 Z. z., 64/2022 Z. z. účinnou od 31. 03. 2022 bolo znenie § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doplnené vetou, cit.: „*Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.*“

50. V súvislosti s tvrdením navrhovateľa, že z Oznámenia o vylúčení jednoznačne nevyplýva, že kontrolovaný vylúčil ponuku skupiny dodávateľov „ZZZ“, keďže kontrolovaný v rámci vylúčenia označil ako uchádzača len spoločnosť XX (ďalej len „spoločnosť XX“), a teda podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný vylúčil ponuku uchádzača spoločnosti XX, úrad uvádza, že v náhľade predmetnej zákazky po prihlásení do IS EVO sa formálne zobrazí ako uchádzač spoločnosť XX. Avšak z dokumentov v IS EVO predložených v ponuke spoločnosťou XX vyplýva, že ponuku predložil uchádzač „ZZZ“, teda skupina dodávateľov zložená z dvoch členov, a to z vedúceho člena spoločnosti XX a z člena YY. V zmysle dokumentu predloženého v ponuke označeného ako „Plná moc pre jedného z členov skupiny, konajúcu za skupinu dodávateľov“ zo dňa 26. 07. 2023 za vyššie uvedenú skupinu dodávateľov v preskúmvanej zákazke koná spoločnosť XX, ktorá aj uskutočňovala voči kontrolovanému úkony. Úrad uvádza, že v kontexte všetkých súvislostí je zrejmé, že uchádzačom v predmetom postupe zadávania zákazky je vyššie identifikovaná skupina dodávateľov, pričom na túto skupinu dodávateľov sa vzťahuje aj Oznámenie o vylúčení. Úrad má zároveň za to, že pre vylúčenie akýchkoľvek prípadných pochybností by bolo vhodnejšie, pokiaľ by kontrolovaný riadne a jednoznačne uvádzal identifikačné údaje uchádzača (v tomto prípade navrhovateľa) v uskutočnených úkonoch a teda aj v Oznámení o vylúčení. V kontexte uvedeného, je ale nutné uviesť, že navrhovateľom namietaná nezrovnalosť v tomto prípade sama o sebe nespôsobila nezákonnosť postupu kontrolovaného, s vplyvom na priebeh predmetného verejného obstarávania. Úrad má za to, že navrhovateľovi (aj z kontextu podaných námietok) bolo zrejmé, že sa Oznámenie o vylúčení vzťahuje na „ZZZ“, v mene ktorej aj podal námietky na základe plnomocenstva zo dňa 27. 12. 2023. V neposlednom rade je tiež vhodné uviesť, že navrhovateľ si podaním námietok úspešne uplatnil práva, vyplývajúce mu zo zákona o verejnom obstarávaní, pričom predmetné námietky podal v mene skupiny, a nie za jedného člena skupiny a úrad predmetné námietky preskúmal meritórne. Na základe uvedených skutočností úrad považuje označenie subjektu na Oznámení o vylúčení za formálny nedostatok predmetného dokumentu.
51. V súvislosti s tvrdením navrhovateľa uvedeným v námietkach, že k vylúčeniu kontrolovaný dospel bez toho, aby sa pokúsil možnú nezrovnalosť odstrániť žiadosťou o vysvetlenie, a nakoľko kontrolovaný pristúpil rovno k vylúčeniu, jeho postup je zároveň neproporčný, úrad uvádza, že z § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že verejný obstarávateľ je povinný písomne požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v prípade, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti, resp. ak existujú určité pochybnosti o tom, či sa dokladmi, ktorými verejný obstarávateľ disponuje, dá plnohodnotne preukázať splnenie požadovaných skutočností. Inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov predložených na účely preukázania splnenia podmienok účasti zakotvený v ustanovení § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní síce predstavuje významný nástroj hodnotiaceho procesu, umožňujúci odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok účasti, a to práve v tých prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť. Avšak v danom prípade kontrolovanému nevznikla povinnosť uplatniť vo vzťahu k navrhovateľovi žiadosť o vysvetlenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s vyhodnotením splnenia podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v tomto prípade bol kontrolovaný objektívne schopný vyhodnotiť splnenie/nespĺnenie predmetnej podmienky účasti. Skutočnosť, že tretia osoba, ktorej kapacitou navrhovateľ preukazuje splnenie podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia, nie je oprávnená uskutočňovať stavebné práce, medzi účastníkmi tohto konania navyše ani nie je sporná.

52. V nadväznosti na skutočnosti obsiahnuté najmä v bodoch 44 – 49 tohto rozhodnutia úrad konštatuje, že vylúčenie navrhovateľa z predmetného postupu zadávania zákazky **nie je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní**, nakoľko k nemu došlo v dôsledku nesprávnej aplikácie ustanovenia § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v súvislosti s preukazovaním podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, ktorú podľa zákona o verejnom obstarávaní osoba, poskytujúca kapacity na účely preukázania podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia nepreukazuje. Uvedené konanie kontrolovaného podľa úradu nemá oporu v zákone o verejnom obstarávaní, nakoľko kontrolovaný dôvod na vylúčenie navrhovateľa na základe § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z preskúmvanej zákazky nepreukázal. Úrad má za to, že kontrolovaný je povinný dôkladne preskúmať a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti tak, aby bolo možné bez pochybností konštatovať ich splnenie resp. nesplnenie a pristúpiť k vylúčeniu na základe jednoznačných a relevantných skutočností.
53. Úrad opakovane konštatuje, že kontrolovaný nepostupoval v súlade s § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na § 114 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko navrhovateľa z postupu zadávania zákazky vylúčil z dôvodu, že u osoby, ktorej kapacity navrhovateľ využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní vyhodnocoval aj splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. V tomto prípade mohlo mať uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže nesplnenie uvedenej podmienky účasti osobného postavenie podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní (týkajúce sa tretej osoby navrhovateľa), bolo jediným dôvodom vylúčenia navrhovateľa. Úrad má za to, že v postupoch zadávania zákazky je nevyhnutné postupovať s odbornou starostlivosťou, pričom je potrebné adekvátne interpretovať a primerane aplikovať všetky kogentné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní.
54. V nadväznosti na vyššie uvedené dospel úrad k záveru, že námietky navrhovateľa sú **opodstatnené**.
55. Na základe uvedeného úrad v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariaďuje kontrolovanému odstrániť protiprávny stav spočívajúci v nezákonnom vylúčení navrhovateľa, t. j. **zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa** označené ako „Informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk - Vylúčenie“ zo dňa 18. 12. 2023, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť podmienky účasti u navrhovateľa.
56. Úrad ako návod pre kontrolovaného, aby v budúcnosti predišiel vyššie uvedeným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, v súlade s § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní odporúča kontrolovanému v budúcnosti v druhovo rovnakej veci pristúpiť k vylúčeniu uchádzačov až vtedy, ak dôvody vylúčenia, ktorými sa rozhodne svoje rozhodnutie podložiť, nachádzajú oporu v zákone o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný by mal komplexne a dostatočne overiť pre neho sporné skutočnosti a s určitosťou vedieť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača, ku ktorému má kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností. Kontrolovaný by mal v neposlednom rade v budúcnosti dbať na dodržiavanie princípov verejného obstarávania, najmä princípov proporcionality a transparentnosti, a to v celom postupe zadávania zákazky.

57. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.
58. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.

Kaucia

59. 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. 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.
60. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú za podanie námietok v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

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 uchádzačom a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 175 ods. 12 druhá veta zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu je preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XX** – navrhovateľ
2. **obec Orechová Potôň**, Orechová Potôň 281, 930 02 Orechová Potôň, IČO: 00 305 669
- kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka