



Bratislava: 18. 06. 2024
Číslo: 10053-6000/2024

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. c) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **skupiny dodávateľov** zloženej z vedúceho člena **AA** a z člena skupiny **BB** (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 verejnej súťaže na predmet nadlimitnej zákazky „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Obec Bátorove Kosihy**, Bátorove Kosihy 873, 946 34 Bátorove Kosihy, IČO: 00 306 711 (ďalej len „kontrolovaný“), v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2023/S 248-788988 dňa 26. 12. 2023 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 258/2023 dňa 28. 12. 2023 pod značkou 39806 – MSP (ďalej len „verejná súťaž“), vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie na základe námietok navrhovateľa podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaduje kontrolovanému Obec Bátorove Kosihy**, Bátorove Kosihy 873, 946 34 Bátorove Kosihy, IČO: 00 306 711, vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2023/S 248-788988 dňa 26. 12. 2023 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 258/2023 dňa 28. 12. 2023 pod značkou 39806 – MSP, **odstrániť protiprávny stav**, konkrétne zrušiť úkon kontrolovaného označený ako „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy – oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo dňa 29. 04. 2024 a opätovne vyhodnotiť u uchádzača **skupiny dodávateľov** zloženej z vedúceho člena **AA** a z člena skupiny **BB**, splnenie podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) v súlade s ustanovením § 10 ods. 2 (princípom transparentnosti a proporcionality), § 40 ods. 1, § 40 ods. 5 písm. c) a § 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, a to **do 60 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

¹ Pozn. úradu – Námietky v mene skupiny dodávateľov podal Bc. Tibor Polák, Brečtanová 3072/6, 924 01 Galanta, na základe Plnomocenstva zo dňa 09. 05. 2024.

O d ô v o d n e n i e:

1. Navrhovateľ dňa 09. 05. 2024 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 (ďalej len „námietky“). Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené toho istého dňa v elektronickej podobe prostredníctvom informačného systému ELENA, prostredníctvom ktorého sa predmetná verejná súťaž realizuje (ďalej len „IS ELENA“).
2. 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. 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, uchádzačom je hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Úrad uvádza, že navrhovateľ v postavení uchádzača predložil ponuku do predmetnej verejnej súťaže elektronicky prostredníctvom IS ELENA dňa 31. 01. 2024 o 08:45 hod.
3. Podľa ust. § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je navrhovateľ s podaním námietok 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. Podľa ust. § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je výška kaucie pri podaní námietok 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. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že je povinnosťou navrhovateľa, ktorý nie je orgánom štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu, a to v lehote a vo výške podľa § 172 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že v danom prípade 0,1% z predpokladanej hodnoty zákazky (21 142 827,41 EUR bez DPH) činí 21 142,83 EUR, to znamená, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 21 142,83 EUR.
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 09. 05. 2024 kauciu vo výške 21 143,00 EUR, a teda pri určovaní a zložení kaucie na účet úradu postupoval v súlade s § 172 ods. 1 a ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní pričom uhradil kauciu vo vyššej sume (o 0,17 EUR viac) ako je stanovená v zmysle § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
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 na úvod podaných námietok uvádza identifikačné údaje predmetnej verejnej súťaže, pričom dodáva, že mu dňa 29. 04. 2024 kontrolovaný doručil prostredníctvom IS ELENA dokument označený ako „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy – oznámenie

² 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).

o vylúčení uchádzača“ z toho istého dňa (ďalej len „oznámenie o vylúčení“), v rámci ktorého kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že ho vylučuje z predmetnej verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienok účasti. Navrhovateľ následne cituje časť oznámenia o vylúčení v nasledovnom rozsahu, cit.: „(...) *Doklady podľa §34 ods. (1) písm. b) zákona neobsahovali referenciu predmetom ktorej bolo predloženie minimálne jednej referencie kde bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR s DPH. Na základe vyššie uvedeného ste nesplnili podmienky účasti podľa § 34 ods. (1) písm. b) zákona.*“

9. Navrhovateľ uvádza, že nesúhlasí s dôvodmi uvedenými kontrolovaným v oznámení o vylúčení a dodáva, že ponuku do predmetnej verejnej súťaže predkladal ako skupina dodávateľov, pričom splnenie čiastkovej podmienky účasti, viažucej sa na referenciu vo výške min. 20 000 000,- EUR bez DPH podľa podmienok „navrhni a postav“, za nesplnenie ktorej bol navrhovateľ zo súťaže vylúčený, preukazoval prostredníctvom kapacít inej osoby, a to spoločnosti CC (ďalej len „iná osoba“).
10. Navrhovateľ tvrdí, že v rámci predloženej ponuky predbežne nahradil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom Jednotného európskeho dokumentu (ďalej len „JED“) a keďže kontrolovaný vylúčil vyplnenie globálneho údaju v rámci JED, navrhovateľ vyplnil všetky oddiely v JED, pričom dodáva, že za vedúceho člena skupiny dodávateľov, spoločnosť AA, uviedol informácie k siedmim zákazkám, prostredníctvom ktorých preukazoval časť podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne, cit.: „*Zoznamom stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je tento predmet zákazky v celkovom finančnom objeme 50 000 000,- EUR bez DPH*“.
11. Navrhovateľ uvádza, že JED predložený za inú osobu, ktorej kapacity využil na preukázanie splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, obsahoval informácie k piatim zákazkám, ktoré boli realizované podľa podmienok Žltej knihy FIDIC, teda v zmysle požiadavky kontrolovaného.
12. Navrhovateľ ďalej uvádza, že dňa 27. 02. 2024 predložil (na základe výzvy kontrolovaného zo dňa 20. 02. 2024) všetky doklady, ktoré boli v rámci ponuky navrhovateľa predbežne nahradené JED-om, a to aj za člena skupiny dodávateľov, spoločnosť AA, ako aj za inú osobu, ktorej kapacity navrhovateľ využil na preukázanie splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. V rámci týchto dokladov navrhovateľ predložil aj dokument označený ako „**ZOZNAM STAVEBNÝCH PRÁC USKUTOČNENÝCH**“ za predchádzajúcich 7 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania“, ktorý obsahoval o. i. aj nasledovné zákazky za inú osobu, ktorej kapacity využil navrhovateľ na preukázanie splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní:

P.č.	Identifikácia objednávateľa (obchodné meno, sídlo a kontaktná osoba)	Názov stavby/predmetu zmluvy, Stručný opis plnenia	Celková cena predmetu zmluvy Zmluvná a skutočne fakturovaná v EUR	Lehota plnenia
	Referencie spoločnosti [REDAKOVANÉ]	– inej osoby poskytujúcej technické alebo odborné kapacity uchádzačovi [REDAKOVANÉ]		
Zoznam stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky a zákazka, predmetom ktorej bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH				

	Samosprávy obcí: Kontaktná osoba:	Modernizácia odvádzania a spravovania odpadových vôd regiónu Žltý FIDIC	Hodnota v HUF: 4 967 164 663 Z toho 3 994 130 646 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 10 457 755,73 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	29.3.2018-3.9.2021
5.	Mesto	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.číslo Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žltej knihy FIDIC Konzorcium: Projektová položka : 98%, : 1%, : 1%	Hodnota v HUF: 900 311 342,- Z toho 882 305 116 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 2 310 122,58 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	11/2017 – 11/2020
6.	Obec	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident. číslo Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žltej knihy FIDIC - Projektová položka Konzorcium: : 98%, : 1%, : 1%	Hodnota v HUF: 691 046 369,- Z toho 677 225 441 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 773 166,39 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	11/2017 – 11/2020
	Obec	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident. číslo na realizáciu prác modernizácie a rozvoja čistiarnie odpadových vôd a kanalizačnej siete obce podľa podmienok žltej knihy FIDIC Konzorcium: : 98%, : 1%, : 1%	Hodnota v HUF: 578 360 357 Z toho 566 793 149 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 484 023,64 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	10/2018 – 9/2020

	Obec [REDACTED] Kontaktná osoba. [REDACTED]	Dodávateľská zmluva v rámci projektu [REDACTED] (Rozvoj odvádzania a spravovania odpadových vôd regiónu [REDACTED] na realizáciu úloh rekonštrukcie kanalizačnej siete a čistiarne odpadových vôd mesta [REDACTED] podľa podmienok Žltej knihy FIDIC“ Konzorcium: [REDACTED] 98%, [REDACTED] 1%, [REDACTED] 1%	Hodnota v HUF: 719 998 000,- Z toho [REDACTED] 705 598 040 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 847 453,83 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	Od 1/2017-10/2020
--	---	--	---	--------------------------

13. Navrhovateľ uvádza, že pri predložení ponuky vyslovene deklaroval, že využíva kapacity inej osoby pri preukazovaní splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a má za to, že kontrolovaný túto skutočnosť pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa opomenul, pričom po predložení dokladov predbežne nahradených JED-om kontrolovaný nevyužil inštitút vysvetlenia predložených dokladov, ale rovno pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže.
14. V tejto súvislosti navrhovateľ odkazuje na znenie § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ 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, pričom zároveň poukazuje na znenie súťažných podkladov v časti IV., bod 24 „Vylúčenie uchádzača“, podbod 24.1.11, kde kontrolovaný uviedol, že vylúči z verejného obstarávania uchádzača, ak nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky v určenej lehote inou osobou, ktorá určené požiadavky spĺňa.
15. Navrhovateľ má za to, že nakoľko preukazoval splnenie podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby, čo podľa názoru navrhovateľa jednoznačne z jeho ponuky vyplýva, a kontrolovaný vyhodnotil, že ani jedna z predložených referencií nespĺňa minimálnu požadovanú úroveň štandardov vo vzťahu k požiadavke kontrolovaného na predloženie zákazky na výstavbu, rekonštrukciu alebo intenzifikáciu ČOV s kanalizáciou, realizovanú podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad Žltý Fidic v objeme 20 000 000 EUR bez DPH a teda podľa kontrolovaného táto iná osoba nespĺnila stanovené podmienky účasti a je založený dôvod na vylúčenie, kontrolovaný mal podľa názoru navrhovateľa pristúpiť k požiadavke na nahradenie tejto inej osoby, ktorej kapacity navrhovateľ využil na preukázanie splnenia predmetnej podmienky účasti.
16. Navrhovateľ uznáva, že kontrolovaný správne konštatoval nesplnenie predmetnej podmienky účasti, avšak má za to, že predmetnú podmienku účasti nespĺnila práve táto iná osoba a nie navrhovateľ a v takom prípade bol kontrolovaný povinný vyzvať navrhovateľa na nahradenie tejto inej osoby, pričom v tejto súvislosti opätovne poukazuje na znenie § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
17. V tejto súvislosti navrhovateľ dodáva, že tým, že ho kontrolovaný nevyzval na nahradenie inej osoby, postupoval v rozpore s § 40 ods. 5 písm. c) v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko uvedené konanie kontrolovaného mohlo mať vplyv na výsledok predmetnej verejnej súťaže, nakoľko vylúčením navrhovateľa

mu kontrolovaný zabránil v ďalšej účasti v predmetnej verejnej súťaži, vrátane účasti navrhovateľa v elektronickej aukcii.

18. V ďalšej časti podaných námietok navrhovateľ odkazuje na rozhodovaciu činnosť úradu, v rámci ktorej úrad vyslovil názor, že verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ má pristúpiť k vylúčeniu uchádzača, resp. záujemcu z procesu verejného obstarávania až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností, nakoľko vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania. Verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ by mal preto využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač, resp. záujemca určenú podmienku účasti splnil a nevylúčiť ho z procesu verejného obstarávania bez preverenia tejto skutočnosti a predovšetkým bez uplatnenia inštitútu žiadosti o vysvetlenie a to aj opakovane. V tejto súvislosti navrhovateľ odkazuje aj na znenie dôvodovej správy k zákonu o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej sa uvádza nasledovné, cit.: „(...) *Princíp proporcionality vo verejnom obstarávaní má predstavovať požiadavku na primerané aplikovanie inštitútov zákona, napr. pri nejasnostiach ponuky by verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemal automaticky ponuku vylúčiť, ale by mal požiadať o vysvetlenie nezrovnalostí a až na základe presvedčivo zisteného skutkového stavu by mal rozhodnúť o vylúčení alebo nevylúčení ponuky. (...)*“.
19. V tejto súvislosti navrhovateľ dáva do pozornosti rozhodnutie úradu č. 14652-6000/2022-OD zo dňa 12. 01. 2023, v rámci ktorého úrad cituje metodické usmernenie úradu č. 14847-5000/2022 zo dňa 13. 12. 2022 v rozsahu, cit.: „*Vo všeobecnosti možno konštatovať, že za prípravu ponuky zodpovedá uchádzač, pričom ten ju môže meniť len v lehote na predkladanie ponúk. Dodatočné rozšírenie ponuky po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk by vzhľadom na dodržanie predovšetkým princípov rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie nemalo byť možné. Určité výnimky voči uvedenému, kedy je možné dopĺňať/meniť ponuku aj podstatným spôsobom predstavujú nástroje samoočist'ovacieho mechanizmu alebo nahradenia tretích osôb, či subdodávateľov, ktorých využitie je však podmienené splnením zákonom predpokladaných podmienok. Sekundárne právo EÚ zakotvuje inštitút vysvetlenia v čl. 56 ods. 3 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“), v ktorom normotvorca zakotvil, cit.: „Ak informácie alebo dokumenty, ktoré majú predložiť hospodárske subjekty, sú alebo sa zdajú byť nekompletné alebo chybné alebo ak určité dokumenty chýbajú, verejní obstarávatelia môžu, ak sa vo vnútroštátnych právnych predpisoch, ktorými sa vykonáva táto smernica, neustanovuje inak, od dotknutých hospodárskych subjektov požadovať, aby príslušné informácie alebo dokumenty predložili, doplnili, spresnili alebo skompletizovali v primeranej lehote, a to za predpokladu, že takéto žiadosti sa predložia v úplnom súlade so zásadami rovnakého zaobchádzania a transparentnosti.*“
20. V nadväznosti na uvedené navrhovateľ cituje aj metodické usmernenie úradu č. 7217-5000/2019 zo dňa 16. 05. 2019 v nasledovnom rozsahu, cit.: „(...) *Pod nahradením v kontexte vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní je potrebné rozumieť zámenu osoby, ktorá nesplňa stanovené podmienky účasti, resp. existuje u nej dôvod na vylúčenie. Výzva verejného obstarávateľa/obstarávateľa na nahradenie automaticky nespôsobí vylúčenie uchádzača alebo záujemcu, ale ponúka mu možnosť prostredníctvom inštitútu nahradenia preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia a technickej a odbornej spôsobilosti novým subjektom, ktorý bude splňať podmienky účasti, resp. u neho nebude existovať dôvod na vylúčenie. Zákonodarca dáva týmto inštitútom teda uchádzačovi alebo záujemcovi možnosť zotrvať vo verejnom obstarávaní, v prípade, ak vie prostredníctvom nového subjektu preukázať finančné a ekonomické postavenie, resp. odbornú a technickú spôsobilosť. (...)*“

21. Navrhovateľ následne odkazuje na znenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom dopĺňa, že má za to, že z ním predloženej ponuky vyplýva, že na preukázanie splnenia podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní využil kapacity inej osoby, a to spoločnosti CC, a túto skutočnosť preukázal aj predloženou Zmluvou o poskytovaní kapacít zo dňa 31. 01. 2024.
22. Navrhovateľ má za to, že ak kontrolovaný dospel k záveru, že táto iná osoba nespĺňa podmienky účasti a teda bol daný dôvod na vylúčenie, bol povinný v súlade s § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pristúpiť k aplikovaniu žiadosti o nahradenie inej osoby.
23. V závere podaných námietok navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný porušil základné princípy vo verejnom obstarávaní a to najmä princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a princíp proporcionality. V tejto súvislosti navrhovateľ uvádza, že princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. Na správnu aplikáciu tohto princípu je teda nevyhnutné poznať cieľ, ku ktorému má konanie verejného obstarávateľa a obstarávateľa smerovať, a jediným cieľom kontrolovaného by v tomto prípade malo byť podľa názoru navrhovateľa objektívne, transparentné a nediskriminačné vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a k vylúčeniu uchádzača pristúpiť až v prípade naplnenia zákonných podmienok.
24. Navrhovateľ dodáva, cit.: „(...) Vylúčenie uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní bez aplikovania inštitútu vysvetlenia vrátane žiadosti o doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ak je to potrebné a v prípade preukazovania splnenia podmienky účasti inou osobou bez uplatnenia inštitútu nahradenie inej osoby podľa § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je v rozpore so zákonom, nakoľko sú týmto postupom porušené základné princípy verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona a toto porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko vyhodnocovanie ponúk – určenie poradia ponúk bude realizované automatizovaným vyhodnotením, a to elektronickou aukciou. Na účasť do elektronickej aukcie budú vyzvaní všetci uchádzači, ktorí neboli vylúčení. Keďže prišlo k nášmu nezákonnému vylúčeniu z verejného obstarávania. v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) v nadväznosti na § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný nám zabránil v ďalšej účasti vo verejnom obstarávaní, vrátane účasti na elektronickej aukcii a teda zabránil možnosti uchádzať sa o predloženie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky na základe uplatnenia stanovených kritérií a stať sa úspešným vo verejnom obstarávaní. V dôsledku vylúčenia z verejného obstarávania, kedy nemôžeme byť ďalej účastníkmi na vyhodnocovaní ponúk prostredníctvom elektronickej aukcie, postup kontrolovaného môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. (...)“
25. Navrhovateľ v petite námietok požaduje, aby úrad po posúdení skutkového stavu, predložených dôkazov a týchto námietok, vyhovel námietkam navrhovateľa a nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, t. j. zrušiť nezákonné oznámenie o vylúčení navrhovateľa z verejného obstarávania a nariadil zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

26. Podľa ust. § 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 navrhovateľa sa začalo dňa 09. 05. 2024.**
27. Podľa ust. § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
28. Podľa ust. § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa § 173 ods. 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.
29. Dňa 20. 05. 2024 kontrolovaný poskytol úradu prístupové údaje do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do IS ELENA, čím úradu sprístupnil elektronickú podobu dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný následne toho istého dňa doručil úradu dokument v listinnej podobe označený ako „Akcia „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy“, námietka podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona proti vylúčeniu uchádzača – vyjadrenie verejného obstarávateľa“ (ďalej len „vyjadrenie“). S poukazom na skutočnosť, že námietky navrhovateľa boli kontrolovanému prostredníctvom IS ELENA doručené dňa 09. 05. 2024, úrad konštatuje, že kontrolovaný poskytol úradu písomné vyjadrenie k námietkam po lehote stanovenej v ustanovení § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktorá márne uplynula dňa 16. 05. 2024. Vzhľadom na uvedené úrad na obsah vyjadrenia nebude v predmetnom konaní o námietkach navrhovateľa prihliadať.

Právny rámec

30. Podľa ust. § 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.
31. Podľa ust. § 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.
32. Podľa ust. § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak sú podmienky účasti uvedené vo viacerých dokumentoch podľa prvej vety, nesmú byť ustanovené vo vzájomnom rozpore.

33. Podľa ust. § 40 ods. 4 písm. a) 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 dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov.
34. Podľa ust. § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní sú verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ 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.
35. Podľa ust. § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nespĺnil podmienky účasti.

Právne posúdenie úradom

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

36. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy“ zverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2023/S 248-788988 dňa 26. 12. 2023 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 258/2023 dňa 28. 12. 2023 pod značkou 39806 – MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 21 142 827,41 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na realizáciu stavebných prác. Zákazka je financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný realizuje zadávanie predmetnej zákazky s využitím elektronických nástrojov IS ELENA. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola kontrolovaným určená na deň 31. 01. 2024 do 09:00 hod., ponuku predložili štyria uchádzači, vrátane navrhovateľa. Kontrolovaný následne dňa 29. 04. 2024 odoslal navrhovateľovi oznámenie o vylúčení, na základe ktorého navrhovateľ dňa 09. 05. 2024 podal kontrolovanému a na úrad námietky.
37. V kapitole „Podmienky účasti“ v časti „Technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť - § 34 zákona o verejnom obstarávaní“ v bode 1.) „Podmienka účasti podľa §34 ods. (1) písm. b) zákona“ súťažných podkladov kontrolovaný uviedol podmienku účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v znení, cit.: *„Uchádzač musí preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť podľa §34 ods. (1) písm. b) zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich sedem rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác, zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok. Dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona. V súlade s § 187 ods. 6 zákona, ak bola referencia vyhotovená do 1.marca 2014, splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods.1 písm. b), ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo*

obstarávateľ, je možné preukázať dôkazom o plnení potvrdeným verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.

Zoznam stavebných prác musí byť doplnený referenciami, prípadne dôkazom o plnení. Každá uchádzačom predložená referencia, alebo dôkaz o plnení musí obsahovať minimálne:

- názov/obchodné meno a sídlo objednávateľa,
- názov/obchodné meno a sídlo zhotoviteľa,
- predmet zmluvy a jeho stručný opis,
- celkovú zmluvnú cenu v EUR bez DPH,
- uviesť dôvod v prípade rozdielu medzi zmluvnou cenou a fakturovanou čiastkou/cenou,
- miesto plnenia zmluvy,
- čas plnenia zmluvy zmluvný termín (od - do, mesiac, rok),
- skutočný termín,
- uviesť dôvod v prípade rozdielu medzi zmluvným termínom a skutočným termínom,
- vyhlásenie objednávateľa o uspokojivom uskutočnení prác, resp. zhodnotenie uskutočnených prác podľa zmluvných/obchodných podmienok, identifikáciu (meno a priezvisko, kontakt - telefón a e-mail) osoby odberateľa/objedávateľa.

Zoznamom stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je tento predmet zákazky v celkovom finančnom objeme 50 000 000,- EUR bez DPH. **Predmetom minimálne jednej predloženej referencie bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH.**

Za rozhodné obdobie, t.j. predchádzajúcich 7 rokov sa považuje posledných 7 priebežných rokov, ktoré sa rátať spätne od vyhlásenia verejného obstarávania. Na vyčíslenie uvedených cien uskutočnených stavebných prác sa pri prepočte inej ceny na menu euro použije kurz Európskej centrálnej banky platný v deň odoslania výzvy na zverejnenie vo Vestníku verejného obstarávania. Z uchádzačom predkladaných dokladov preukazujúcich spôsobilosť podľa § 34 zákona musí byť zřejmé splnenie vyššie identifikovanej minimálnej úrovne požadovanej verejným obstarávateľom a rovnako musí byť zřejmé, že preukazovanie sa týka osoby uchádzača, alebo osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 3 zákona .“

38. V časti IV. „INFORMÁCIE O POSTUPE VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ“ v bode 23. „VYSVETĽOVANIE DOKLADOV NA PREUKÁZANIE SPLNENIA PODMIENOK ÚČASTI“ v podbode 23.2. súťažných podkladov kontrolovaný uviedol, cit.: „Verejný obstarávateľ podľa zákona elektronicky požiadava uchádzača o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. Ak verejný obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač je tak povinný urobiť do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti.“
39. V časti IV. „INFORMÁCIE O POSTUPE VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ“ v bode 24. „VYLÚČENIE UCHÁDZAČA“ v podbode 24.1. súťažných podkladov kontrolovaný (okrem iného) uviedol, že vylúči z verejného obstarávania uchádzača, ak, cit.: „
- nesplnil podmienky účasti,
 - (...)
 - **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 splňa určené požiadavky,

(...).“

40. Navrhovateľ vo svojej ponuke predložil o. i. JED za vedúceho člena skupiny dodávateľov, spoločnosť AA, v rámci ktorého sa v časti IV: Podmienky účasti v písm. C: TECHNICKÁ A ODBORNÁ SPÔSOBILOSŤ o. i. uvádza, cit.: „(…)

C: TECHNICKÁ A ODBORNÁ SPÔSOBILOSŤ

Hospodársky subjekt by mal poskytnúť informácie len vtedy, keď verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v príslušnom oznámení alebo súťažných podkladoch uvedených v oznámení vyžadoval tieto podmienky účasti.

Technická a odborná spôsobilosť	Odpoveď:
1.a) <i>Len v prípade verejných zákaziek na uskutočnenie stavebných prác:</i> Počas referenčného obdobia ³⁸ hospodársky subjekt vykonal tieto stavebné práce konkrétneho typu: Ak je príslušná dokumentácia týkajúca sa uspokojivého vykonania a výsledkov najdôležitejších stavebných prác dostupná elektronicky, uveďte:	Požaduje sa: Zoznam stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je tento predmet zákazky v celkovom finančnom objeme 50 000 000,- EUR bez DPH. Zákazka č.1:

(...).“

41. Navrhovateľ vo svojej ponuke predložil taktiež JED za inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, spoločnosť CC, v rámci ktorého sa v časti IV: Podmienky účasti v písm. C: TECHNICKÁ A ODBORNÁ SPÔSOBILOSŤ o. i. uvádza, cit.: „(…)

C: TECHNICKÁ A ODBORNÁ SPÔSOBILOSŤ

Hospodársky subjekt by mal poskytnúť informácie len vtedy, keď verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v príslušnom oznámení alebo súťažných podkladoch uvedených v oznámení vyžadoval tieto podmienky účasti.

Technická a odborná spôsobilosť	Odpoveď:
1.a) <i>Len v prípade verejných zákaziek na uskutočnenie stavebných prác:</i> Počas referenčného obdobia ³⁸ hospodársky subjekt vykonal tieto stavebné práce konkrétneho typu: Ak je príslušná dokumentácia týkajúca sa uspokojivého vykonania a výsledkov najdôležitejších stavebných prác dostupná elektronicky, uveďte:	Požaduje sa: Zoznam stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je tento predmet zákazky v celkovom finančnom objeme 50 000 000,- EUR bez DPH. Predmetom minimálne jednej predloženej referencie bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH. Uchádzač preukáže referencie nasledovnými zákazkami: Zákazka č.1: Objednávateľ: Samosprávy obcí: 

Predmet zmluvy:
Modernizácia odvádzania a spravovania odpadových vôd
[redacted]
Žltý FIDIC

Lehota realizácie:
Od 29.3.2018-3.9.2021

Hodnota v HUF: 4 967 164 663
Z toho [redacted]
3 994 130 646 HUF

Hodnota v EUR bez DPH: 10 457 755,73

Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do
Vestníka 22.12.2023
1 EUR= 381,93 HUF

Zákazka č. 2:

Objednávateľ:
[redacted]

Predmet zmluvy:
Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.čísлом
[redacted] na realizáciu prác modernizácie
a rozvoja čistiarnie odpadových vôd a kanalizačnej siete
obce [redacted] podľa podmienok Žltý FIDIC
Konzorcium [redacted]
[redacted] 98%, [redacted] 1%, [redacted] 1%

Lehota realizácie:
Od 10/2018-09/2020

Hodnota v HUF: 578 360 357
Z toho [redacted]
566 793 149 HUF

Hodnota v EUR bez DPH: 1 484 023,64

Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do
Vestníka 22.12.2023
1 EUR= 381,93 HUF

Zákazka č.3:

Objednávateľ:
[redacted]

	Predmet zmluvy: Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.čísлом [REDACTED] Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí [REDACTED] na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žltej knihy FIDIC Konzorcium: [REDACTED] - Projektová položka [REDACTED] [REDACTED] 98%, [REDACTED] 1%, [REDACTED] 1% Lehota realizácie: Od 11/2017-11/2020 Hodnota v HUF: 900 311 342,- Z toho [REDACTED] 882 305 116 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 2 310 122,58 Prepočet kurzu -ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF
	Zákazka č.4: Objednávateľ: Obec [REDACTED] Predmet zmluvy: „Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.čísлом [REDACTED] Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí [REDACTED] na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žltej knihy FIDIC - Projektová položka [REDACTED] Konzorcium: [REDACTED] [REDACTED] 98%, [REDACTED] 1%, [REDACTED] 1% Lehota realizácie: Od 11/2017-11/2020 Hodnota v HUF: 691 046 369,- Z toho [REDACTED] 677 225 441 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 773 166,39 Prepočet kurzu -ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF
	Zákazka č.5: Objednávateľ: Obec [REDACTED] Predmet zmluvy: „Dodávateľská zmluva v rámci projektu [REDACTED] [REDACTED] (Rozvoj odvádzania a spravovania odpadových vôd regiónu [REDACTED] na realizáciu úloh rekonštrukcie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd mesta [REDACTED] podľa podmienok Žltej knihy FIDIC“

Konzorcium: [redacted] [redacted] 98%, [redacted] 1%, [redacted] 1%
Lehota realizácie: Od 1/2017- 10/2020
Hodnota v HUF: 719 998 000,- Z toho [redacted] 705 598 040 HUF
Hodnota v EUR bez DPH: 1 847 453,83
Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF

(...)“.

42. Kontrolovaný dňa 20. 02. 2024 zaslal prostredníctvom IS ELENA navrhovateľovi dokument z toho istého dňa označený ako „Výzva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti“, v rámci ktorého uviedol, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ Vás vyzýva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti, ktoré ste nahradili zmysle § 39 zákona Jednotným európskym dokumentom v lehote do 5 pracovných dní odo dňa doručenia tejto výzvy. (...) Nepredloženie dokladov v tejto lehote sa považuje za nesplnenie podmienok účasti.“
43. V nadväznosti na výzvu na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti navrhovateľ dňa 27. 02. 2024 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS ELENA dokument označený ako „Doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti predbežne nahradené jednotným európskym dokumentom predkladané v rámci nadlimitnej zákazky vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania 258/2023 dňa 28.12.2022³ pod sp. zn. 39806-MSP na predmet „ČOV a kanalizácia obce Bátorove Kosihy““ (ďalej aj „doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti“), v rámci ktorého o. i. predložil aj Zmluvu o poskytovaní technických a odborných kapacít zo dňa 31. 01. 2024 uzatvorenú medzi vedúcim členom skupiny dodávateľov, spoločnosťou AA a inou osobou, spoločnosťou CC, a v rámci ktorého zároveň uviedol, cit.: „(...)“

Zoznam STAVEBNÝCH PRÁC USKUTOČNENÝCH za predchádzajúcich 7 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania				
P.č.	Identifikácia objednávateľa (obchodné meno, sídlo a kontaktná osoba)	Názov stavby/predmetu zmluvy, Stručný opis plnenia	Celková cena predmetu zmluvy Zmluvná a skutočne fakturovaná v EUR	Lehota plnenia
Referencie spoločnosti [redacted] Zoznam stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky				

(...)

Referencie spoločnosti [redacted] – inej osoby poskytujúcej technické alebo odborné kapacity uchádzačovi [redacted] Zoznam stavebných prác musí uchádzač preukázať, že za rozhodné obdobie, t.j. za predchádzajúcich 7 rokov uskutočnil stavebné práce v rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky				
a zákazka, predmetom ktorej bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žitý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH				

³ Pozn. úradu – ide o zrejmu chybu v písaní, nakoľko správny dátum je 28. 12. 2023.

	Samosprávy obcí: Kontaktná osoba:	Modernizácia odvádzania a spravovania odpadových vôd regiónu Žitý FIDIC	Hodnota v HUF: 4 967 164 663 Z toho 3 994 130 646 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 10 457 755,73 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	29.3.2018-3.9.2021
5.	Mesto kontaktná osoba:	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.číslo Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žitej knihy FIDIC	Hodnota v HUF: 900 311 342,- Z toho 882 305 116 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 2 310 122,58	11/2017 – 11/2020
		Konzorcium: – Projektová položka 98%, 1%, 1%	Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	
6.	Obec	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.číslo Rozvoj čističky odpadových vôd a kanalizačnej siete obcí na realizáciu úloh modernizácie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd podľa podmienok Žitej knihy FIDIC - Projektová položka 98%, 1%, 1%	Hodnota v HUF: 691 046 369,- Z toho 677 225 441 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 773 166,39 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	11/2017 – 11/2020
	Obec	„Dodávateľská zmluva v rámci projektu s ident.číslo na realizáciu prác modernizácie a rozvoja čistiarnie odpadových vôd a kanalizačnej siete obce podľa podmienok Žitej knihy FIDIC Konzorcium: 98%, 1%, 1%	Hodnota v HUF: 578 360 357 Z toho 566 793 149 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 484 023,64 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	10/2018 – 9/2020
	Obec	Dodávateľská zmluva v rámci projektu (Rozvoj odvádzania a spravovania odpadových vôd regiónu na realizáciu úloh rekonštrukcie kanalizačnej siete a čistiarnie odpadových vôd mesta podľa podmienok Žitej knihy FIDIC“ Konzorcium: 98%, 1%, 1%	Hodnota v HUF: 719 998 000,- Z toho 705 598 040 HUF Hodnota v EUR bez DPH: 1 847 453,83 Prepočet kurzu –ku dňu odoslania Oznámenie do Vestníka 22.12.2023 1 EUR= 381,93 HUF	Od 1/2017- 10/2020

(...).“

44. Kontrolovaný dňa 29. 04. 2024 zaslal prostredníctvom IS ELENA navrhovateľovi oznámenie o vylúčení, v rámci ktorého uviedol, cit.: „Oznamujeme Vám, že Verejný obstarávateľ vykonal v súlade s § 40 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“) vyhodnotenie splnenia podmienok

účasti v rámci zadávania nadlimitnej zákazky na hore uvedený predmet zákazky, vyhlásený vo Vestníku verejného obstarávania č. 258/2023 - 28.12.2023 pod zn. 39806 – MSP. Z uvedeného dôvodu Vám podľa § 40 ods. (14) písm. a) zákona oznamujeme, vylúčenie uchádzača podľa § 40 ods. (6) písm. a) zákona.

Odôvodnenie vylúčenia:

Na základe výzvy na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti zo dňa 20.02.2024 Vás verejný obstarávateľ vyzval na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti, ktoré ste nahradili zmysle § 39 zákona Jednotným európskym dokumentom. Doklady ste mali doložiť v lehote do 5 pracovných dní odo dňa doručenia výzvy teda do 27.02.2024.

Doklady ste predložili dňa 27. 02. 2024 v stanovenom termíne.

Doklady podľa §34 ods. (1) písm. b) zákona neobsahovali referenciu predmetom ktorej bolo predloženie minimálne jednej referencie kde bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH.

Na základe vyššie uvedeného ste nesplnili podmienky účasti podľa §34 ods. (1) písm. b) zákona. (...)“.

45. Kontrolovaný zároveň zhrnul priebeh vyhodnocovania splnenia podmienok účasti v dokumente označenom ako „Zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti podľa § 40 ods. (13)“ zo dňa 25. 04. 2024 (ďalej len „zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti“), z ktorého vyplýva, cit.: „(...)“

4.) Skupina dodávateľov AA+BB

Vedúci člen: AA

Člen: BB

Uchádzač preukázal splnenie podmienok účasti podľa § 32, § 33 § 34 § 36 a § 38 tak, že doklady na splnenie podmienok účasti nahradil v zmysle § 39 zákona č. 343/2015 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len zákon) Jednotným európskym dokumentom.

Komisia konštatuje, že uchádzač spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32 nakoľko je zapísaný do zoznamu podnikateľov vedeným Úradom pre verejné obstarávanie. Zápis z registra je prílohou tejto zápisnice.

Uchádzač bol dňa 20.02.2024 dožiadaný o doloženie dokladov ktoré nahradil v zmysle § 39 Jednotným európskym dokumentom. Doklady uchádzač doložil dňa 27.02.2024 v stanovenom termíne. Doklady na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. (1) písm. b) zákona neobsahovali referenciu predmetom ktorej bolo predloženie referencie kde bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fidic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH.

Uchádzač nesplnil podmienky účasti §34 ods. (1) písm. b) stanovené verejným obstarávateľom uvedené v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v Súťažných podkladoch a uchádzač bude vylúčený podľa § 40 ods. (6) písm. a) zákona.“

46. Kontrolovaný založil dôvod vylúčenia navrhovateľa na ust. § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. z dôvodu nesplnenia podmienok účasti zo strany navrhovateľa. Navrhovateľ je toho názoru, že kontrolovaný pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti neprihliadal na skutočnosť, že navrhovateľ pri preukazovaní splnenia podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní využil kapacity inej osoby v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

47. Úrad vo všeobecnosti uvádza, že vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti prináleží kontrolovanému (na základe rozhodnutia ním zriadenej komisie, ak bola v zmysle § 40 ods. 15 v spojení s § 51 zákona o verejnom obstarávaní zriadená), pričom však zároveň platí, že proces vyhodnocovania splnenia podmienok účasti (a tiež splnenia požiadaviek na predmet zákazky) môže byť v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, preskúmaný zo strany úradu. Úrad preto v rámci právneho posúdenia podrobí postup kontrolovaného skúmaniu v rozsahu, či kontrolovaný pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti postupoval v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či úkony kontrolovaného vykonané v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, boli v súlade s týmto zákonom a či kontrolovaný neopomenul vykonať úkony, ktoré mu z tohto zákona vyplývajú.
48. Z dikcie ustanovenia § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ je povinný v celom procese verejného obstarávania postupovať v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a dodržiavať základné princípy verejného obstarávania, a to princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti. Cieľom princípu transparentnosti v procese verejného obstarávania je zabezpečiť, aby tento proces prebiehal prehľadným, predvídateľným a preskúmateľným spôsobom, v súlade s podmienkami stanovenými v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch a zabrániť tak svojvoľnému konaniu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa pri rešpektovaní slobodnej hospodárskej súťaže. V rozpore s týmto princípom je preto akékoľvek konanie verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Princíp transparentnosti má teda zabezpečiť predvídateľnosť konania verejného obstarávateľa a obstarávateľa zo strany záujemcov alebo uchádzačov a zároveň preskúmateľnosť, t. j. kontrolu nestrannosti každého úkonu verejného obstarávateľa a obstarávateľa vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky zo strany kontrolných orgánov. S tým súvisiaci princíp proporcionality zase vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. Typickým príkladom využitia princípu proporcionality vo verejnom obstarávaní je žiadosť o vysvetlenie ponuky uchádzača. Ak sa v ponuke objaví istá nejasnosť a táto nejasnosť sa pravdepodobne môže jednoducho vysvetliť a odstrániť, princíp proporcionality kladie verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi povinnosť požiadať uchádzača o vysvetlenie jeho ponuky a nie ho z verejného obstarávania vylúčiť. Ako už bolo vyššie spomenuté, princíp proporcionality totiž medzi dvomi možnými riešeniami (napr. žiadosť o vysvetlenie ponuky alebo vylúčenie uchádzača) preferuje to menej obmedzujúce.⁴
49. S poukazom na vyššie uvedené úrad uvádza, že vylúčenie uchádzača musí byť v každom prípade opodstatnené a zdôvodnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pri dodržaní základných princípov verejného obstarávania, keďže vylúčenie uchádzača z procesu verejného obstarávania je najtvrdším zásahom do jeho práva zúčastniť sa verejného obstarávania. Zároveň z obsahu oznámenia o vylúčení musí byť uchádzačovi, a zároveň aj kontrolnému orgánu, celkom zrejmé, čo je dôvodom jeho vylúčenia, tzn. aby oznámenie o vylúčení mohlo byť preskúmateľné, a teda transparentné, nesmie obsahovať len strohé uvedenie zákonného ustanovenia, na základe ktorého kontrolovaný vylúčil uchádzača z verejného obstarávania, ale zároveň musí obsahovať náležité a zrozumiteľné odôvodnenie tohto vylúčenia,

⁴ Úrad pre verejné obstarávanie, Metodika zadávanie zákaziek, 4. verzia, str. 41.

pozostávajúce z opisu skutkového stavu a vymedzenia úvah, ktorými sa kontrolovaný riadil pri vyslovení záveru o nutnosti vylúčenia uchádzača z procesu verejného obstarávania. V opačnom prípade môže vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania znamenať svojvôľu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a popretie samotného princípu transparentnosti a proporcionality a vo výsledku aj zúženie hospodárskej súťaže.

50. Z obsahu oznámenia o vylúčení je zrejmé, že kontrolovaný má za to, že navrhovateľ nesplnil podmienku účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovenú v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (pozri bod 37. tohto rozhodnutia). Vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní upravuje § 40 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého je kontrolovaný povinný posudzovať splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. V rámci zmieneného ustanovenia je v § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní zakotvený aj inštitút tzv. nahradenia inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje uchádzač finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.
51. Predmetný inštitút zakotvený v § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní smeruje k situácii, kedy uchádzač využil na preukázanie splnenia podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia a/alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti kapacity inej osoby v súlade s § 33 ods. 2 a/alebo § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a u týchto iných osôb existujú dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní. Podstatou tohto inštitútu je práve možnosť na strane uchádzača nahradiť inú osobu a na strane verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa obligatórna povinnosť vyzvať uchádzača na nahradenie inej osoby, ak sa u inej osoby vyskytnú dôvody na jej vylúčenie. Je zrejmé, že inštitút nahradenia inej osoby počíta so situáciou, že iná osoba nesplní, prípadne prestane spĺňať niektorú z požadovaných podmienok účasti a zákonodarca v takom prípade vytvoril priestor pre uchádzača, ktorý by vedel takúto situáciu zhojiť výmenou tejto inej osoby a predísť tak vlastnému vylúčeniu. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ má povinnosť postupovať tak, že v prípade, pokiaľ zistí, že podmienky účasti nie sú splnené práve prostredníctvom inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (eventuálne podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní), nepredstavuje to dôvod vylúčenia samotného uchádzača, ale je potrebné v takomto prípade vyzvať uchádzača, resp. záujemcu na nahradenie tohto subjektu a na opätovné preukázanie predmetných podmienok účasti.⁵
52. Ako už bolo vyššie spomenuté, navrhovateľ má za to, že kontrolovaný pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti neprihliadal na skutočnosť, že navrhovateľ pri preukazovaní splnenia podmienky účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní využil kapacity inej osoby v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom má za to, že táto skutočnosť vyplýva priamo z ním predloženej ponuky.
53. Úrad uvádza, že navrhovateľ vo svojej ponuke predložil JED, ktorým v zmysle § 39 zákona o verejnom obstarávaní predbežne nahradil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určených kontrolovaným, pričom z ponuky navrhovateľa taktiež vyplýva, že navrhovateľ predložil JED aj za inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazoval splnenie podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Z predmetných JED-ov vyplýva, že navrhovateľ už v čase predloženia ponuky

⁵ Bližšie pozri aj Rozhodnutie úradu č. 9017-6000/2021 zo dňa 22. 09. 2021, bod 82.

vedel, že spornú časť⁶ podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní preukazuje inou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a z obsahu JED-ov predložených za vedúceho člena skupiny dodávateľov a za túto inú osobu uvedená skutočnosť priamo vyplýva (bližšie pozri body 40. a 41. tohto rozhodnutia).

54. V nadväznosti na vyššie uvedené má úrad za preukázané, že už z predloženej ponuky navrhovateľa je zrejmé, že navrhovateľ preukazuje splnenie spornej časti podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
55. Kontrolovaný následne v súlade s § 39 zákona o verejnom obstarávaní požiadal navrhovateľa o predloženie dokladov predbežne nahradených JED-om, pričom navrhovateľ mu v stanovenej lehote tieto doklady doručil, ako to vyplýva zo zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, v rámci ktorej kontrolovaný uviedol, cit.: „(...) *Uchádzač bol dňa 20.02.2024 dožiadaný o doloženie dokladov ktoré nahradil v zmysle § 39 Jednotným európskym dokumentom. Doklady uchádzač doložil dňa 27.02.2024 v stanovenom termíne. (...)*“ (bližšie pozri bod 45. tohto rozhodnutia). V rámci týchto dokladov navrhovateľ doručil aj dokument označený ako „*ZOZNAM STAVEBNÝCH PRÁC USKUTOČNENÝCH za predchádzajúcich 7 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania*“, v rámci ktorého je opätovne uvedená informácia, že spornú časť podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ preukazuje prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (bližšie pozri bod 43. tohto rozhodnutia)⁷. Úrad má za preukázané, že navrhovateľ aj v predloženej ponuke v rámci JED a rovnako tak aj v predložených dokladoch predbežne nahradených JED-om opakovane uvádza informáciu o preukazovaní spornej časti podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a teda uvedená informácia nebola pre kontrolovaného nepredvídateľná alebo nová.
56. Úrad konštatuje, že pred vyvodením záveru o povinnosti nahradenia inej osoby je nevyhnutné zo strany kontrolovaného identifikovať, či vznikli dôvody na jej nahradenie (tzn. či u tejto inej osoby existujú u nej dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní). S poukazom na obsah predloženého JED-u za inú osobu a obsah predložených dokladov na preukázanie splnenia podmienok účasti v súbehu so znením spornej časti podmienky účasti úrad uvádza, že identifikoval existenciu dôvodov na vylúčenie tejto inej osoby podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keďže v zozname predložených referencií ako aj v doplnených dokladoch za túto inú osobu absentuje minimálne jedna referencia v celkovom objeme vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH, pričom na základe uvedeného vznikla kontrolovanému povinnosť vyzvať navrhovateľa na nahradenie tejto inej osoby v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
57. Úrad pre úplnosť dodáva, že sám kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovil, že požiada uchádzača o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na jej vylúčenie, pričom z predloženej dokumentácie nie je úradu zrejmé, z akého dôvodu

⁶ Pozn. úradu – s poukazom na bod č. 37. tohto rozhodnutia kontrolovaný požadoval, aby uchádzači v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní preukázali, že, cit.: „(...) *Predmetom minimálne jednej predloženej referencie bola výstavba, rekonštrukcia alebo intenzifikácia ČOV s kanalizáciou realizovaná podľa podmienok „navrhni a postav“ napríklad žltý fídic v celkovom objeme realizovanej zákazky vo výške minimálne 20 000 000,- EUR bez DPH.*“

⁷ Pozn. úradu – v rámci JED-u inej osoby a v rámci predložených dokladov predbežne nahradených JED-om za túto inú osobu boli predložené v zozname zrealizovaných stavebných prác totožné zákazky (bližšie pozri body 41. a 43. tohto rozhodnutia).

kontrolovaný v zmysle uvedeného nepostupoval. Kontrolovaný mal preukázateľne už v momente otvorenia a hodnotenia ponuky navrhovateľa informácie o skutočnosti, že navrhovateľ preukazuje splnenie spornej časti podmienky účasti prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom z dokumentácie predloženej kontrolovaným žiadnym spôsobom nevyplýva, či sa vôbec kontrolovaný uvedenou skutočnosťou zaoberal a ak áno, v akom rozsahu. Úvahy kontrolovaného v tomto smere totiž absentujú aj v zápisnici z hodnotenia splnenia podmienok časti ako aj v oznámení o vylúčení, v rámci ktorých sa nenachádza žiadna zmienka o preukazovaní splnenia spornej časti podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby a vyhodnotení tejto skutočnosti (bližšie pozri body 44. a 45. tohto rozhodnutia).

58. Úrad má za to, že v prípade, pokiaľ kontrolovaný dospel pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti navrhovateľom k záveru, že navrhovateľ nepreukázal splnenie spornej časti podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorú preukazoval prostredníctvom inej osoby v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, bol povinný požiadať navrhovateľa o nahradenie takejto osoby, čo sa v tomto prípade nestalo. Úrad v tejto súvislosti dáva pre úplnosť do pozornosti aj znenie Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, v rámci ktorej sa v článku 63. uvádza, cit.: „*Verejný obstarávateľ v súlade s článkami 59, 60 a 61 overí, či subjekty, na ktorých kapacitu sa má hospodársky subjekt v úmysle spoliehať, spĺňajú príslušné podmienky účasti a či existujú dôvody na vylúčenie podľa článku 57. Verejný obstarávateľ požaduje, aby hospodársky subjekt nahradil subjekt, ktorý nespĺňa relevantnú podmienku účasti, alebo v súvislosti s ktorým existujú dôvody na povinné vylúčenie. Verejný obstarávateľ môže požadovať, alebo členský štát môže od verejného obstarávateľa požadovať, aby hospodársky subjekt nahradil subjekt, v súvislosti s ktorým existujú dôvody na nepovinné vylúčenie.*“ Zo znenia predmetnej Smernice ako aj zo znenia zákona o verejnom obstarávaní vyplýva priamo povinnosť (tzn. nie možnosť) verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa vyzvať uchádzača na nahradenie inej osoby, v prípade ak táto iná osoba nespĺňa podmienky účasti alebo existujú dôvody na jej vylúčenie.
59. Kontrolovaný po tom, ako mu navrhovateľ predložil v rámci JED-u informácie o preukazovaní splnenia spornej časti podmienky účasti prostredníctvom inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a po vyhodnotení predložených referencií a vyvedení záveru o nesplnení spornej časti podmienky účasti, mal v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní povinnosť vyzvať navrhovateľa na nahradenie tejto inej osoby. Nakoľko kontrolovaný uvedený inštitút neaplikoval, konal v rozpore s § 40 ods. 1 v súbehu s § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a teda aj vylúčenie navrhovateľa bolo v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože k nemu kontrolovaný dospel na základe nedostatočne zisteného skutkového stavu a v konečnom dôsledku bolo **vylúčenie navrhovateľa v tomto štádiu predčasné.**
60. Na základe uvedených skutočností má úrad za to, že **kontrolovaný nevyhodnotil splnenie podmienok účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v súlade s podmienkami uvádzanými v súťažných podkladoch,** nakoľko nedostatočným spôsobom odôvodnil svoje rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa.
61. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že **kontrolovaný postupoval v rozpore § 40 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 5 písm. c) a § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a najmä v rozpore s § 10 ods. 2 tohto zákona, konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti verejného obstarávania,** nakoľko kontrolovaný

konal nečitateľne a neprehľadne a dôvody, ktorého kontrolovaného viedli k vylúčeniu navrhovateľa z verejného obstarávania, oprávnene vzbudzujú pochybnosti a zároveň **v rozpore s princípom proporcionality verejného obstarávania**, nakoľko kontrolovaný neumožnil navrhovateľovi nahradenie inej osoby v súlade s § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a rovno pristúpil k jeho vylúčeniu. V zmysle § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní úrad uvádza, že uvedené porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko **nezákonné vylúčenie navrhovateľa mohlo mať za následok jeho neúčast' v ďalšej fáze verejného obstarávania. Kontrolovaný sa teda nezákonným vylúčením navrhovateľa pripravil o jeho ponuku, a to aj napriek tomu, že kontrolovaný náležite nepreukázal dôvodnosť vylúčenia navrhovateľa z verejného obstarávania.** Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v zmysle výroku tohto rozhodnutia, pretože s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetný postup zadávania zákazky nevykazoval znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania

62. Vychádzajúc zo skutočností vyplývajúcich z bodov 47. až 61. tohto rozhodnutia úrad konštatuje, že v kontexte navrhovateľom namietaných skutočností úrad v postupe kontrolovaného v súvislosti s vyhodnotením splnenia podmienky účasti technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní identifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, a preto **úrad považuje námietky navrhovateľa za opodstatnené.**
63. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, **úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní** uvádza, že kontrolovaný by nemal pristúpiť k vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania predčasne, bez náležitého zistenia skutkového a právneho stavu v prípade, ak nebude mať za jednoznačne preukázané podmienky pre aplikovanie dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný by mal využiť všetky možné prostriedky vyplývajúce zo zákona o verejnom obstarávaní, inštitút v zmysle § 40 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní nevynímajúc, a to s cieľom prijať riadne odôvodnený, skutkovo a dôkazne potvrdený záver, na základe riadne preskúmaného skutkového stavu za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. 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.
64. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
65. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.
66. Na základe uvedeného, na podklade náležite zisteného skutkového stavu, bolo potrebné vo vzťahu k námietkam navrhovateľa rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

67. 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.
68. 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)

JUDr. Štefan Halický
generálny riaditeľ sekcie dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:⁸

1. **Bc. Tibor Polák**, Brečtanová 3072/6, 924 01 Galanta – splnomocnený zástupca navrhovateľa
2. **Obec Bátorove Kosihy**, Bátorove Kosihy 873, 946 34 Bátorove Kosihy, IČO: 00 306 711 – kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka

⁸ 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.