

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XXX** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania na predmet podlimitnej zákazky „Súvislé opravy ciest II. a III. triedy“, vyhláseného verejným obstarávateľom **Trenčiansky samosprávny kraj**, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 8/2017 z 11. 1. 2017 pod značkou 319 – 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 v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi Trenčiansky samosprávny kraj, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Súvislé opravy ciest II. a III. triedy“ vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 8/2017 z 11. 1. 2017 pod značkou 319 – WYP **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa XXX z predmetného verejného obstarávania, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení častí ponúk označených ako „Ostatné“ v predmetnom verejnom obstarávaní a zaradiť navrhovateľa XXX naspäť do procesu verejného obstarávania a znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa XXX, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom z 22. 6. 2017, doručeným úradu toho istého dňa podal námietky v listinnej podobe 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“) smerujúce proti vylúčeniu uchádzača z predmetného verejného obstarávania. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému pred otvorením častí ponúk označených ako „Kritériá“ a obsahovali všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 170 ods. 5 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.

Námietky navrhovateľa

2. Navrhovateľ v úvode svojich námietok cituje z oznámenia o jeho vylúčení, ktoré mu bolo kontrolovaným doručené 15. 6. 2017 a v zmysle ktorého bol vylúčený podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní pre nesplnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) tohto zákona, a to konkrétne preto, že osoba prostredníctvom ktorej preukazoval splnenie danej podmienky účasti, spoločnosť YYY, nepreukázala podľa kontrolovaného splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v súlade s § 34 ods. 3 tohto zákona.
3. Navrhovateľ v tejto súvislosti uvádza, že v znení súťažných podkladov mohli predmetnú podmienku účasti, t. j. údaje o strojovom vybavení, uchádzači preukázať tromi spôsobmi, a to vlastníckym vzťahom k požadovanému strojovému vybaveniu, nájomným vzťahom

k predmetnému strojovému vybaveniu alebo zmluvným záväzkom s inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

4. K vyššie uvedenému navrhovateľ uvádza, že vzhľadom na kontrolovaného požiadavky týkajúce sa predmetnej podmienky účasti, splnil kontrolovaným stanovenú podmienku účasti a jeho vylúčenie z predmetného postupu zadávania zákazky je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko spoločnosť YYY nie je inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ale vlastníkom strojového vybavenia, ktoré má navrhovateľ v prenájme, pričom nájomný vzťah k strojovému vybaveniu je v zmysle súťažných podkladov jednou z troch možností preukázania disponibilít strojovým vybavením. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný svojvoľne preklasifikoval nájomnú zmluvu so spoločnosťou YYY na zmluvný záväzok s treťou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
5. Navrhovateľ ďalej uvádza, že keby aj bola spoločnosť YYY treťou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný mal povinnosť vyzvať navrhovateľa na nahradenie tejto osoby pre nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia inou osobou v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ dodáva, že kontrolovaný porušil túto svoju povinnosť a nepožiadaval ho o nahradenie spoločnosti YYY, ako domnelej tretej osoby, ale pristúpil rovno k jeho vylúčeniu.
6. V závere námietok navrhovateľ navrhuje nariadiť kontrolovanému odstrániť protiprávny stav v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, že úrad nariadi kontrolovanému zrušiť rozhodnutie o jeho vylúčení a zaradí ho späť do procesu verejného obstarávania.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

7. Úrad konštatuje, že 27. 6. 2017 bola úradu od kontrolovaného doručená informácia podľa § 166 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Nakoľko jedenásty deň odo dňa doručenia tejto informácie pripadol na sobotu 8. 7. 2017, úrad uvádza, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo v súlade s § 171 ods. 3 písm. a) v spojení s § 21 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v najbližší pracovný deň, t. j. v pondelok 10. 7. 2017.
8. Úrad po začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok listom č. 12250-6000/2017-ODI-V z 11. 7. 2017 vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam navrhovateľa a kompletnej dokumentácie v origináli. Dňa 20. 7. 2017 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam navrhovateľa dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu, ktorá však nebola kompletná.
9. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 12250-6000/2017-ODI-P z 8. 8. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 16. 8. 2017, doručil kontrolovaný úradu doplnenie dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

10. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k podaným námietkam uvádza, že v oznámení o vylúčení navrhovateľa jasne uviedol dôvody tohto vylúčenia z predmetného postupu zadávania zákazky. Kontrolovaný ďalej uvádza, že samotnými dokladmi predloženými navrhovateľom v jeho ponuke je možné podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní považovať za splnenú, avšak iná osoba v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní je povinná preukázať splnenie podmienok účasti osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 tohto zákona. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že aj napriek tomu, že navrhovateľ za spoločnosť YYY, ako inú osobu v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nepredložil žiadne doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti osobného postavenia, overil zápis tejto spoločnosti vo verejne dostupných registroch a zistil, že táto osoba sa tam nenachádza, preto pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa.
11. Kontrolovaný ďalej uvádza, že nemohol v tomto prípade pristúpiť k využitiu inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov z dôvodu, že táto osoba nie je zapísaná vo verejne dostupnom registri, navrhovateľ za túto osobu nepredložil jednotný európsky dokument (ďalej len „JED“) ani žiaden doklad preukazujúci splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) až f) zákona o verejnom obstarávaní spoločnosťou YYY a pretože predloženie dokladov podľa § 32 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní by nebolo možné považovať za doplnenie dokladov k už predloženým, keďže žiadne doklady tejto osoby neboli v ponuke navrhovateľa predložené.
12. Kontrolovaný má za to, že zo zmluvy o nájme strojov z 26. 1. 2017 medzi spoločnosťou YYY a navrhovateľom jasne vyplýva, že ide o preukazovanie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 tohto zákona.
13. Kontrolovaný má ďalej za to, že nebol povinný postupovať v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a teda požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazoval technickú alebo odbornú spôsobilosť, pretože toto ustanovenie sa vzťahuje na prípady, kedy už v ponuke uchádzača boli predložené doklady za túto osobu, nakoľko v inom prípade by došlo k porušeniu princípov verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný má za to, že vzhľadom na to, že navrhovateľ nepredložil vo svojej ponuke za túto osobu žiaden doklad, nemal v tomto prípade povinnosť postupovať podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
14. Na základe uvedeného má kontrolovaný za to, že postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a navrhuje úradu, aby rozhodol v zmysle § 175 ods. 3 tohto zákona, a teda zamietol námietky navrhovateľa.

Zistenia úradu

15. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
16. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 8/2017 z 11. 1. 2017 pod značkou 319 - WYP verejné obstarávanie na predmet podlimitnej zákazky „Súvislé opravy ciest II. a III. triedy“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 3 039 027,72 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Súťažné podklady k predmetnému verejnému obstarávaniu

kontrolovaný poskytol 13 záujemcom, vrátane navrhovateľa. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 6. 2. 2017 do 8:00 hod. predložili ponuku 5 uchádzači. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 6. 2. 2017 o 8:10 hod.. Dňa 15. 6. 2017 kontrolovaný doručil navrhovateľovi oznámenie o jeho vylúčení z predmetného verejného obstarávania pre nesplnenie podmienok účasti podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ následne 22. 6. 2017 doručil úradu a 23. 6. 2017 kontrolovanému námietky smerujúce proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania.

17. V časti A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov je uvedené, cit: „(...) Technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť (...) Bod. 4. Podľa § 34 ods. 1 písm. j) údajmi o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác

Minimálna požadovaná úroveň štandardov

Uchádzač preukáže, že disponuje strojovým vybavením v min. rozsahu:

- a) 3x pokladač asfalto-betónovej zmesi (finišer)
- b) 6x vibračné valce minimálne 9tonové
- c) 2x fréza na frézovanie bitumérových vozoviek
- d) 1x distribútor na aplikáciu infiltračného postreku
- e) 1x rotačná fréza na prehĺbenie a prečistenie priekop pre zabezpečenie bezpečného odvodnenia priekopy a to v súlade s TKP Slovenskej správy ciest.
- f) 1x stranová rotačná fréza na zrezávanie krajníc s možnosťou naloženia odfrézovaného materiálu pre zabezpečenie neporušenia nadväzujúcich úsekov, ktorých sa práce netýkajú a zamedzenie porušenia jednotlivých konštrukčných vrstiev krajnice cestného telesa, čo umožní jedine zrezávanie krajnice bez možnosti odtŕhania častí vrstiev cestného telesa čomu zamedzí jedine zrezávanie krajníc pomocou rotačnej frézy. **Ako dôkaz preukazujúci disponibilitu strojovým vybavením uvedeným vyššie v písm. a) až f), uchádzač predloží buď doklad preukazujúci vlastnícky vzťah uchádzača alebo doklad preukazujúci nájomný vzťah k strojovému vybaveniu alebo zmluvný záväzok s inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 ZVO, z ktorých musí jasne a určito vyplývať disponibilita uchádzača strojovým vybavením. Čestné vyhlásenie uchádzača o disponibilitate strojovým vybavením nebude verejný obstarávateľ akceptovať ako doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti, pričom týmto nie je dotknutý jednotný európsky dokument v zmysle § 39 ZVO. Iná osoba podľa § 34 ods. 3 ZVO, ktorej kapacity uchádzač využije na preukázanie tejto podmienky účasti, musí preukázať vlastníctvo požadovaného strojového vybavenia a predložiť k zmluvnému záväzku podľa § 34 ods. 3 ZVO doklad o vlastníctve požadovaného strojového vybavenia. Čestné vyhlásenie inej osoby podľa § 34 ods. 3 ZVO o vlastníctve strojového vybavenia nebude verejný obstarávateľ akceptovať ako doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti, pričom týmto nie je dotknutý jednotný európsky dokument v zmysle § 39 ZVO. (...)“.**

18. V časti ponuky označenej ako „Ostatné“ navrhovateľa sa nachádza **zmluva o nájme strojov z 26. 1. 2017 uzavretá medzi spoločnosťou YYY ako prenajímateľom a navrhovateľom ako nájomcom**, v ktorej sa uvádza, cit.: „(...) Nájomca je záujemca/uchádzač vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky: „Súvislé opravy ciest II. a III. triedy“ (...) **Prenajímateľ je spoločnosť, ktorá disponuje technickými prostriedkami, ktoré nájomcovi ako uchádzačovi na preukázanie jeho technickej spôsobilosti vo verejnom obstarávaní ako aj počas celého plnenia predmetu zákazky poskytne formou nájomnej zmluvy. 1. Predmet zmluvy Predmetom prenájmu tejto zmluvy medzi Prenajímateľom a Nájomcom je: - 1x rotačná fréza na prehĺbenie a prečistenie priekop (...) 1x stranová rotačná fréza na zrezávanie krajníc. (...)“.**

19. Z dokumentácie kontrolovaného vyplýva, že v dokumente označenom ako „Zápisnica z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti“ z 19. 6. 2017 je uvedené, cit.: „(...) **Uchádzač preukazoval splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti aj využitím kapacít inej osoby, pričom však v ponuke nepredložil žiaden doklad, ktorý by preukazoval splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa ust. § 32 ods. 1 ZVO inej osoby.** Komisia overila zápis inej osoby vo verejne dostupných zoznamoch, ale zistila, že iná osoba v týchto záznamoch zapísaná nie je. (...) Vzhľadom na skutočnosť, že v ponuke sa nenachádza žiaden z dokladov podľa § 32 ods. 1 písm. a) – f), verejný obstarávateľ nemôže konať inak, ako **uchádzača č. 1 v súlade s ust. § 40 ods. 6 písm. a) z verejného obstarávania vylúčiť.** (...)“.
20. V liste označenom ako „Oznámenie o vylúčení uchádzača“ zo 14. 6. 2017, doručeným navrhovateľovi 15. 6. 2017 kontrolovaný uviedol, že **navrhovateľa vylučuje v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**, pričom toto svoje konštatovanie odôvodnil nasledovne, cit.: „(...) **V predložených dokladoch sa však nenachádza žiaden doklad, ktorým v zmysle ust. § 34 ods. 3 ZVO iná osoba – YYY (...) preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) až f) ZVO.** Verejný obstarávateľ overil zápis tejto inej osoby vo verejne dostupných registroch, avšak zistil, že iná osoba v registroch zapísaná nie je a nedisponuje tak žiadnym dokladom preukazujúcim splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia. (...)“.

Právny rámec

21. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
22. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
23. Podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: údajmi o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby.
24. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej

existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

25. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch alebo koncesnej dokumentácii, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii.
26. Podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo zájemcu 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 alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca je tak povinný urobiť do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti.
27. Podľa § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo zájemcu, ak
 - a) nesplnil podmienky účasti,
 - b) predložil neplatné doklady; neplatnými dokladmi sú doklady, ktorým uplynula lehota platnosti,
 - c) poskytol informácie alebo doklady, ktoré sú nepravdivé alebo pozmenené tak, že nezodpovedajú skutočnosti,
 - d) pokúsil sa neoprávnené ovplyvniť postup verejného obstarávania,
 - e) pokúsil sa získať dôverné informácie, ktoré by mu poskytli neoprávnenú výhodu,
 - f) konflikt záujmov podľa § 23 nemožno odstrániť inými účinnými opatreniami,
 - g) na základe dôveryhodných informácií má dôvodné podozrenie, že uchádzač alebo záujemca uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, ak sa táto podmienka uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž,
 - h) pri posudzovaní odbornej spôsobilosti preukázateľne identifikoval protichodné záujmy záujemcu alebo uchádzača, ktoré môžu nepriaznivo ovplyvniť plnenie zákazky,
 - i) nepredložil po písomnej žiadosti vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v určenej lehote,
 - j) nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote,
 - k) nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky,
 - l) nenahradil subdodávateľa, ktorý nespĺňa požiadavky určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom novým subdodávateľom, ktorý spĺňa určené požiadavky, v lehote podľa § 41 ods. 2 tohto zákona.

Právne posúdenie úradom

28. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam a navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:
29. Úrad uvádza, že verejný obstarávateľ je oprávnený stanoviť si podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Ako vyplýva z bodu 17 tohto rozhodnutia, kontrolovaný za účelom preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil podmienku účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej požadoval preukázať, že uchádzač bude disponovať strojovým vybavením uvedeným v predmetnom bode tohto rozhodnutia, pričom dispozíciu s týmto strojovým vybavením požadoval preukázať **dokladom preukazujúcim vlastnícky vzťah uchádzača k strojovému vybaveniu alebo dokladom preukazujúcim nájomný vzťah k strojovému vybaveniu alebo zmluvným záväzkom s inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**. Na preukázanie tejto podmienky účasti predložil navrhovateľ okrem iného aj nájomnú zmluvu (bod 18 tohto rozhodnutia), z ktorej vyplýva, že navrhovateľ bude mať strojové vybavenie podľa písm. e) a f) predmetnej podmienky účasti uvedenej v súťažných podkladoch (bod 17 tohto rozhodnutia) v prenájme od spoločnosti YYY.
30. V danej súvislosti úrad uvádza, že kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že ho vylučuje z predmetného verejného obstarávania pre nesplnenie podmienok účasti podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože **za spoločnosť YYY, prostredníctvom ktorej preukazoval splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, nepredložil v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní žiadne doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti osobného postavenia tejto osoby, pričom kontrolovaný konštatoval, že spoločnosť YYY nie je ani zapísaná vo verejne prístupných zoznamoch**.
31. Úrad uvádza, že v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa **posudzuje skutkový stav, t. j. či tak, ako boli kontrolovaným požiadavky na preukázanie disponibilít strojovým vybavením v rámci preukazovania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní zadané, boli aj vyhodnocované**.
32. Úrad uvádza, že kontrolovaný je povinný v priebehu celého procesu verejného obstarávania rešpektovať a zachovávať princípy uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na uvedené je kontrolovaný povinný transparentne, nediskriminačne a v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania vyhodnotiť ponuky, ktoré boli v predmetnom verejnom obstarávaní predložené jednotlivými uchádzačmi. Uvedená povinnosť zahŕňa aj požiadavku, aby kontrolovaný dôsledne vyhodnotil splnenie jednotlivých podmienok účasti uchádzačmi, ktoré si stanovil v súťažných podkladoch.
33. V nadväznosti na uvedené úrad uvádza, že podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, tak ako boli kontrolovaným stanovené v súťažných podkladoch, sú záväzné pre ďalšie posudzovanie a vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti. Úrad upozorňuje na to, že kontrolovaný je povinný venovať náležitú pozornosť všetkým dokladom, ktoré uchádzač predkladá na účely preukázania splnenia podmienok účasti a je povinný ich vyhodnocovať v súlade so súťažnými podkladmi. Kontrolovaný nemôže následne po predložení ponúk uchádzačmi výklad týchto podmienok účasti rozširovať, resp. zužovať mimo rámca uvedeného v súťažných podkladoch.

34. Úrad opäť uvádza, tak ako v bode 29 tohto rozhodnutia, že kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol, že disponibilitu so strojovým vybavením v rámci podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní môže uchádzač preukázať **dokladom, z ktorého vyplýva vlastnícky vzťah k tomuto strojovému vybaveniu, dokladom preukazujúcim nájomný vzťah k tomuto strojovému vybaveniu, alebo zmluvným záväzkom s tretou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní** (bod 17 tohto rozhodnutia). Z uvedeného podľa úradu vyplýva, že na preukázanie disponibility so strojovým vybavením uchádzačovi vyplynula povinnosť jej preukázania jedným z troch kontrolovaným definovaných spôsobov, a teda splnenie tejto podmienky účasti mohli uchádzači preukázať aj predložením **dokladu, ktorý bude preukazovať nájomný vzťah uchádzača k požadovanému strojovému vybaveniu. Navrhovateľ svoju disponibilitu strojovým vybavením stanoveným v písm. e) a f) tejto podmienky účasti preukazoval predloženou nájomnou zmluvu uzavretou medzi ním a spoločnosťou YYY (bod 18 tohto rozhodnutia), z ktorej vyplýva nájomný vzťah k predmetnému strojovému vybaveniu.** Úrad uvádza, že podľa § 663 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“) sa nájomnou zmluvou rozumie zmluva, ktorou prenajímateľ prenecháva za odplatu nájomcovi vec, aby ju dočasne (v dojednanej dobe) užíval alebo z nej bral aj úžitky. Úrad má za to, že z navrhovateľom predloženej nájomnej zmluvy vyplýva záväzok spoločnosti YYY. prenechať navrhovateľovi na užívanie presne špecifikované stroje za stanovenú odplatu počas doby plnenia predmetu tejto zákazky. Úrad má za to, že **navrhovateľom predložená nájomná zmluva so spoločnosťou YYY obsahuje všetky náležitosti nájomnej zmluvy podľa § 663 Občianskeho zákonníka, a preto nie je zrejmé z akého dôvodu ju kontrolovaný prekvalifikoval na zmluvu preukazujúcu, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude uchádzač používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**
35. Úrad konštatuje, že **kontrolovaný bol povinný danú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti vyhodnotiť v súlade s tým, čo si sám v súťažných podkladoch stanovil.** Vzhľadom na skutočnosť, že v zmysle súťažných podkladov kontrolovaný umožnil uchádzačom preukázať disponibilitu so strojovým vybavením v zmysle podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní aj prostredníctvom dokladu **preukazujúceho nájomný vzťah k strojovému vybaveniu, kontrolovaný mal akceptovať navrhovateľom predloženú nájomnú zmluvu so spoločnosťou YYY, ktorá preukazovala navrhovateľov nájomný vzťah k požadovanému strojovému vybaveniu.** Úrad má za to, že navrhovateľ za účelom preukázania splnenia danej podmienky účasti využil jednu z kontrolovaným stanovených možností (predloženie nájomnej zmluvy), a preto nie je zrejmé, z akého dôvodu kontrolovaný v priebehu vyhodnocovania podmienok účasti vyhodnocoval túto zmluvu ako inú možnosť, teda ako zmluvu s tretou osobou, ktorej kapacity bude navrhovateľ disponovať počas plnenia zmluvy. Úrad dodáva, že v danom prípade nie je možné preukazovanie splnenia tejto podmienky účasti prostredníctvom nájomnej zmluvy vnímať ako jej preukazovanie prostredníctvom využitia kapacít tretej osoby, pretože aj samotný kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovil spôsob preukazovania danej podmienky účasti prostredníctvom nájomnej zmluvy ako spôsob odlišný od jej preukazovania prostredníctvom inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
36. Úrad dodáva, že kontrolovaný mal, predovšetkým za účelom riadneho dodržania princípu transparentnosti, venovať vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti väčšiu pozornosť a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti v súlade s požiadavkami, ktoré stanovil v súťažných

podkladoch. Úrad konštatuje, že **vzhľadom na skutočnosť, že v súťažných podkladoch bol špecifikovaný spôsob preukázania disponibilít strojového vybavenia prostredníctvom nájomného vzťahu k tomuto zariadeniu, mal kontrolovaný akceptovať nájomnú zmluvu medzi spoločnosťou YYY a navrhovateľom ako doklad preukazujúci splnenie predmetnej podmienky účasti, pričom pri tomto spôsobe preukazovania splnenia danej podmienky účasti nebolo potrebné posudzovať splnenie podmienok účasti osobného postavenia spoločnosti YYY, pretože sa v tomto prípade nejedná o tretiu osobu, ktorej kapacity budú použité v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**

37. Úrad zároveň k vyjadreniu kontrolovaného (bod 13 tohto rozhodnutia), podľa ktorého nemal povinnosť písomne požiadať navrhovateľa o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje predmetnú podmienku účasti, ak existujú dôvody na jej vylúčenie v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že **v prípade, ak uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a existujú dôvody na jej vylúčenie, tak verejný obstarávateľ je povinný vždy postupovať podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a požiadať uchádzača o nahradenie tejto osoby, a to nie len v prípade, keď uchádzač predloží doklady, na základe posúdenia ktorých existuje dôvod na jej vylúčenie, ale aj v prípade, ak uchádzač nepredloží žiadne doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia tejto osoby.** Na základe uvedeného úrad uvádza, že aj v prípade, ak by bolo v tomto rozhodnutí skonštatované, že spoločnosť YYY je v tomto prípade treťou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (čo ale skonštatované nebolo), tak aj v takom prípade by kontrolovaný nebol oprávnený pristúpiť k vylúčeniu navrhovateľa, pretože v prípade, ak by nebolo preukázané splnenie podmienok účasti osobného postavenia tejto osoby, tak by kontrolovaný musel predtým ako pristúpi k vylúčeniu, najskôr požiadať o nahradenie tejto tretej osoby v súlade s § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
38. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že **námietky navrhovateľa sú v celom rozsahu opodstatnené.**
39. 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.
40. Na základe skutočností uvedených v bodoch 29 až 38 tohto rozhodnutia úrad konštatuje, že **kontrolovaný vylúčením navrhovateľa z dôvodu nesplnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 40 ods. 1 a ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pretože dôsledne nevyhodnotil navrhovateľom predložené doklady z hľadiska splnenia jednotlivých podmienok účasti, konkrétne podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní v súlade s jeho požiadavkami uvedenými v súťažných podkladoch, v ktorých ako jeden zo spôsobov preukázania splnenia tejto podmienky účasti stanovil doklad preukazujúci nájomný vzťah k strojovému vybaveniu, ktorý bol v ponuke navrhovateľa predložený a ktorý bol odlišný od preukázania splnenia tejto podmienky účasti prostredníctvom kapacít tretej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, na základe čoho v prípade predloženia nájomnej zmluvy k strojovému vybaveniu nebolo možné prenajímateľa týchto strojov považovať za tretiu osobu a teda ani vyžadovať od nej preukázanie**

splnenia podmienok účasti osobného postavenia. Úrad uvádza, že toto porušenie zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, pretože navrhovateľ bol z verejného obstarávania vylúčený v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní pred otváraním častí ponúk označených ako „Kritériá“, a teda jeho ponuka by nebola predmetom tohto otvárania, v dôsledku čoho by navrhovateľ v prípade, ak by v zmysle jeho návrhu na plnenie kritérií bola ním predložená ponuka ekonomicky najvýhodnejšia, nemohol by byť vyhodnotený ako úspešný uchádzač.

41. Na základe tejto skutočnosti je úrad povinný postupovať podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda rozhodnutím nariadiť kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, čo v tomto prípade znamená zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení častí ponúk označených ako „Ostatné“ a nariadiť kontrolovanému zaradiť navrhovateľa späť do predmetného procesu verejného obstarávania a znovu vyhodnotiť podmienky účasti.
42. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
 - a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
43. Úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný vylúčením navrhovateľa pre nesplnenie podmienok účasti v rozpore s tým, čo mal stanovené v súťažných podkladoch, postupoval v rozpore s **§ 40 ods. 1 a ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princípom transparentnosti a nediskriminácie. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad odporúča kontrolovanému, aby vyhodnoteniu splnenia podmienok účasti venoval zvýšenú pozornosť tak, aby boli vyhodnotené jednak v súlade s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. transparentne, nediskriminačne, podporovali čestnú hospodársku súťaž, ako aj v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. aby kontrolovaný vyhodnocoval splnenie podmienok účasti v zmysle svojich požiadaviek uvedených v súťažných podkladoch a nepristupoval k vylúčeniu uchádzača v prípade ak tento preukázal splnenie podmienok účasti tak, ako si ich kontrolovaný sám určil.**
44. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

45. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 ustanovenia § 172 zákona o verejnom obstarávaní je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 ustanovenia § 172 zákona o verejnom obstarávaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej

časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späťvzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

1. XXX - navrhovateľ
2. Trenčiansky samosprávny kraj, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín - kontrolovaný

Na vedomie:

1. EkoAuris, s.r.o., Kúpeľná 3, 080 01 Prešov – kontaktné miesto kontrolovaného
2. Podľa rozdeľovníka