

Úrad pre verejné obstarávanie 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 AAA (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania na predmet podlimitnej zákazky „Obnova povrchov miestnych komunikácií Referenčné číslo: 40812/2016/154“, vyhláseného verejným obstarávateľom **Mesto Nové Zámky**, Hlavné nám. 10, 940 01 Nové Zámky (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 50/2017 z 10. 3. 2017 pod značkou 3089 – WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 1 navrhovateľa 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 predmetného verejného obstarávania podľa § 174 ods. 1 písm. m) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Úrad pre verejné obstarávanie v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 2 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 **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi **Mesto Nové Zámky**, Hlavné nám. 10, 940 01 Nové Zámky vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Obnova povrchov miestnych komunikácií Referenčné číslo: 40812/2016/154“, vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 50/2017 z 10. 3. 2017 pod značkou 3089 – WYP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa, 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 zo 14. 6. 2017, doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) 19. 6. 2017, podal námietky č. 1 v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania. Kontrolovaný postupoval podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a následne opätovne vylúčil navrhovateľa z verejného obstarávania. Navrhovateľ listom z 12. 7. 2017, doručeným úradu osobne 14. 7. 2017, podal námietky č. 2 v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania. Námietky č. 1 a č. 2 navrhovateľa smerujúce proti jeho vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania boli doručené úradu a kontrolovanému pred otváraním častí ponúk označených ako „Kritéria“,

v lehote podľa § 170 ods. 4 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 170 ods. 5 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.

Námietky č. 1 navrhovateľa

2. Úrad konštatuje, že kontrolovaný po doručení námietok č. 1 navrhovateľa smerujúcich proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania postupoval podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. vykonal z vlastnej iniciatívy nápravu vo veci a zrušil predmetné vylúčenie navrhovateľa. Z uvedeného dôvodu úradu zastavil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 1 navrhovateľa podľa § 174 ods. 1 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní (body 31 až 36 tohto rozhodnutia). Úrad v tejto súvislosti dodáva, že kontrolovaný následne opätovne vylúčil navrhovateľa, pričom navrhovateľ podal námietky č. 2 smerujúce proti predmetnému vylúčeniu z verejného obstarávania.

Námietky č. 2 navrhovateľa

3. Navrhovateľ v podaných námietkach uvádza, že 4. 7. 2017 mu bolo doručené oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania, pričom následne poukazuje na odôvodnenie oznámenia o vylúčení ako aj na postup kontrolovaného, ktorý predchádzal samotnému vylúčeniu z verejného obstarávania. Navrhovateľ v tejto súvislosti uviedol, že z identických dôvodov ako sú uvádzané v námietkach č. 2, bol už raz vylúčený listom z 5. 6. 2017, pričom z uvedeného dôvodu podal námietky č. 1. Navrhovateľ konštatuje, že po doručení námietok č. 1 kontrolovaný listom z 26. 6. 2017 rozhodol o zrušení tohto prvého vylúčenia a následne pristúpil k jeho opätovnému vylúčeniu, listom z 27. 6. 2017. Navrhovateľ považuje takéto konanie kontrolovaného za účelové, keďže kontrolovaný odstránil len pochybenie týkajúce sa prvého oznámenia o vylúčení spočívajúce v tom, že v predmetnom oznámení neuviedol lehotu, v ktorej môžu byť doručené námietky proti vylúčeniu podľa § 40 ods. 13 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
4. Navrhovateľ konštatuje, že bol kontrolovaným prvýkrát požiadaný o vysvetlenie listom z 12. 4. 2017 označeným ako „Žiadosť o vysvetlenie“, ktorý mu bol doručený 18. 4. 2017 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 1“), ktorého obsah je uvedený v bode 22 tohto rozhodnutia. Na predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 1 navrhovateľ odpovedal listom z 19. 4. 2017, pričom obsah doručeného vysvetlenia je uvedený v bode 22 tohto rozhodnutia.
5. Navrhovateľ konštatuje, že následne bol kontrolovaným druhýkrát požiadaný o vysvetlenie listom z 15. 5. 2017 označeným ako „Žiadosť o vysvetlenie č. 2“, ktorý mu bol doručený 19. 5. 2017 (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 2“), ktorého obsah je uvedený v bode 23 tohto rozhodnutia. Na predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 2 navrhovateľ odpovedal listom z 23. 5. 2017, pričom obsah doručeného vysvetlenia je uvedený v bode 24 tohto rozhodnutia. Navrhovateľ uvádza, že v prílohe listu z 23. 5. 2017 taktiež predložil zmluvu o budúcej zmluve z 22. 3. 2017 so spoločnosťou BBB (ďalej len „subdodávateľ“ alebo „BBB“).
6. Podľa názoru navrhovateľa je už z jeho ponuky zrejmé, že existuje dôvodný predpoklad jeho schopnosti realizovať predmet zákazky v súlade so zmluvnými podmienkami kontrolovaného, ktorý je vytvorený tým, že uchádzač preukáže splnenie podmienok účasti určených v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
7. Navrhovateľ si je vedomý skutočnosti, že predloženou ponukou nepreukázal splnenie predmetnej podmienky účasti v celom rozsahu, avšak predmetné vylúčenie považuje za

neoprávnené, nakoľko na základe žiadosti kontrolovaného o vysvetlenie doručil požadovaný doklad: zmluvu o budúcej zmluve s tretou osobou. Podľa navrhovateľa predloženie predmetného dokladu nie je možné považovať za zmenu ponuky, ale len za doplnenie k už predloženým dokladom, ktoré v ponuke boli už predložené a ktoré čiastočne preukazujú splnenie podmienok účasti. Zároveň navrhovateľ dodáva, že okrem už uvedených dokladov v ponuke bolo predložené aj vyhlásenie z 3. 4. 2017, z ktorého je zrejмый zámer navrhovateľa zadať podiel zákazky – 4,5 % z ponukovej ceny bez DPH tretej osobe, konkrétne spoločnosti BBB. Navrhovateľ je presvedčený, že kontrolovaný ho vylúčil v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keďže skutočnosť nesplnenia podmienok účasti sa nezakladá na pravde a taktiež ho vylúčil v rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania, najmä v rozpore s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a transparentnosti, keďže jeho vylúčenie nie je dostatočne odôvodnené v situácii keď, v ponuke predložil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti aspoň v čiastočnom rozsahu a následne na základe žiadosti kontrolovaného predložil doklad: zmluvu o budúcej zmluve.

8. Navrhovateľ má za to, že verejný obstarávateľ by mal predtým než pristúpi k vylúčeniu ponuky z dôvodu nesplnenia podmienok účasti, požiadať uchádzača o vysvetlenie, resp. doplnenie dokladov, ktorým mohli byť vysvetlené alebo doplnené údaje či doklady, týkajúce sa preukázania tej podmienky účasti, ktorá je z časti splnená, resp. ktorej preukázanie je z rôznych dôvodov neúplné, najmä vtedy, ak si vyžadujú zjavne jednoduché vysvetlenie alebo doplnenie, ktorým by sa odstránili nedostatky preukázania podmienok účasti. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný ho síce požiadal o vysvetlenie, následne ho však bez akejkoľvek logickej postupnosti a v rozpore s princípom transparentnosti po doručení vysvetlenia a doložení absentujúcej časti dokladu vylúčil.
9. Navrhovateľ má za to, že v tomto prípade malo využitie inštitútu vysvetlenia svoje opodstatnenie, keďže jeho akceptovaním mohol kontrolovaný získať potrebné preukázanie splnenia podmienky účasti a takýmto akceptovaním vyžiadaného vysvetlenia bolo zabezpečené skompletizovanie všetkých dokladov vyžadovaných kontrolovaným na preukázanie príslušnej podmienky účasti. Podľa názoru navrhovateľa uvedené vyplýva z množstva metodických usmernení úradu a taktiež z odôvodnení rozhodnutí vydaných v rámci konania o námietkach, napr. rozhodnutie č. 13973-6000/2016-ON z 12. 9. 2016.
10. Navrhovateľ konštatuje, že predmetným neoprávneným rozhodnutím o jeho vylúčení došlo k zásahu do jeho práv a právom chránených záujmov, predovšetkým do práva na riadnu a čestnú hospodársku súťaž, a preto žiada úrad, aby nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie o jeho vylúčení a opätovne ho zaradiť do procesu verejného obstarávania.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

11. Úrad v súvislosti so začatím konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok uvádza, že 22. 6. 2017 a taktiež 10. 7. 2017 mu bola od kontrolovaného doručená informácia podľa § 166 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo v súlade s § 171 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní 21. 7. 2017.
12. V súlade s § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní úrad bezodkladne po začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok listom č. 9135-

6000/2017-ODI-V z 21. 7. 2017 vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k vyššie uvedeným podaným námietkam a kompletnej dokumentácie v origináli k predmetnému verejnému obstarávaniu, a to v lehote piatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetnej výzvy. Výzva bola kontrolovanému doručená 24. 7. 2017. Kontrolovaný následne 28. 7. 2017 doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu, ktorá však nebola kompletná.

13. Následne úrad v súlade s § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní vydal 16. 8. 2017 rozhodnutie o prerušení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 9135-6000/2017-ODI-P a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu chýbajúcu časť dokumentácie v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. Kontrolovaný dokumentáciu doplnil 28. 8. 2017.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného

14. Kontrolovaný vo vyjadrení k podaným námietkam uvádza, že navrhovateľa vylúčil z procesu verejného obstarávania oprávnene, nakoľko jeho ponuka neobsahovala žiadnu písomnú zmienku o využití technickej a odbornej spôsobilosti: kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 1 písm. m) bod 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v tejto súvislosti konštatuje, že navrhovateľ vo svojej ponuke uviedol len podiel subdodávky vo výške 4,5%, čo však nie je to isté, ako využitie kapacít inej osoby na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
15. Kontrolovaný uvádza, že pri posudzovaní splnenia podmienok účasti zistil, že navrhovateľ nespĺnil podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. m) bod 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukázal na obsah žiadostí o vysvetlenie č. 1 a 2 a taktiež na doručené vysvetlenia navrhovateľa na predmetné žiadosti o vysvetlenie. Kontrolovaný konštatuje, že predložená ponuka navrhovateľa časť „Ostatné“ neobsahuje zmluvu medzi uchádzačom a spoločnosťou BBB, pričom uvedenú zmluvu navrhovateľ doplnil až v druhom vysvetlení z 23. 5. 2017. Kontrolovaný uvedené vyhodnotil tak, že v čase predkladania ponúk nevedel z predloženej ponuky navrhovateľa konštatovať, či navrhovateľ spĺňa podmienku účasti a akceptovaním dodatočne predloženej zmluvy by došlo k zmene jeho ponuky a diskriminácii a znevýhodneniu ostatných uchádzačov.
16. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ bol prvýkrát vylúčený listom z 5. 6. 2017, pričom 19. 6. 2017 mu boli doručené námietky č. 1 navrhovateľa. Kontrolovaný ďalej uvádza, že následne vykonal z vlastnej iniciatívy nápravu vo veci, ktorá je obsahom časti námietok č. 1 navrhovateľa podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, že zrušil prvé vylúčenie navrhovateľa, pričom uvedený list doručil navrhovateľovi 30. 6. 2017. Vzhľadom na skutočnosť, že nedošlo k zmene dôvodov na vylúčenie navrhovateľa kontrolovaný pristúpil k jeho opätovnému vylúčeniu v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní listom z 27. 6. 2017 (druhé vylúčenie navrhovateľa), pričom 14. 7. 2017 mu boli doručené námietky č. 2 navrhovateľa.
17. Kontrolovaný má za to, že inštitútom vysvetľovania a doplnenia ponuky je možné vysvetliť prípadne doplniť existujúce doklady predložené v ponuke, z ktorých nie je zrejmé a úplne jasné verejnemu obstarávateľovi, čo sa tým dokladom konkrétne preukazuje a či ním vie byť splnená podmienka účasti. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ nespĺnil podmienku účasti, nakoľko v ponuke navrhovateľa sa nikde nenachádzala žiadna zmienka ani doklad, ktorým by navrhovateľ deklaroval, že spoločnosť BBB, poskytuje svoje kapacity navrhovateľovi podľa

§ 34 ods. 1 písm. m) bod 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukázal na odpoveď na otázku 2a) uvedenú vo vysvetlení č. 2 navrhovateľa a taktiež aj na argumentáciu navrhovateľa uvedenú v námietkach č. 2, že si je vedomý skutočnosti, že splnenie podmienky účasti z jeho strany v zmysle predloženej ponuky nebolo preukázané v celom rozsahu a že na základe žiadosti kontrolovaného doručil požadovaný doklad: zmluvu o budúcej zmluve (...). Kontrolovaný v tejto súvislosti taktiež poukázal na legálne znenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

18. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ bol oprávnené vylúčený v súlade s ustanovením § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to po dôkladnom preskúmaní ponuky navrhovateľa a opakovanom využití inštitútu vysvetľovania a taktiež vyslovuje presvedčenie, že ak by postupoval ináč, ako rozhodol v prípade navrhovateľa, došlo by k diskriminácii a znevýhodneniu ostatných uchádzačov a k porušeniu princípov verejného obstarávania. Kontrolovaný má za to, že práve uvedeným postupom vyhodnocovania ponuky a jednotlivých vysvetlení navrhovateľa, mu bolo umožnené v dostatočnej miere opakované vysvetlenie, ktoré bolo v ostatných bodoch zo strany kontrolovaného akceptované.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:

19. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 50/2017 z 10. 3. 2017 pod značkou 3089 – WYP verejné obstarávanie na predmet zákazky „Obnova povrchov miestnych komunikácií Referenčné číslo: 40812/2016/154“. V závislosti od typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 096 562,72 EUR bez DPH možno zákazku klasifikovať ako podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Kontrolovaný poskytol súťažné podklady 8 záujemcom, vrátane navrhovateľa. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 3. 4. 2017 do 10:00 hod. ponuku predložili štyria uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 3. 4. 2017 o 11:00 hod.. Listom z 12. 4. 2017, doručeným navrhovateľovi 18. 4. 2017, kontrolovaný požiadal navrhovateľa o vysvetlenie ponuky. Navrhovateľ doručil kontrolovanému svoje vysvetlenie 24. 4. 2017. Listom z 15. 5. 2017, doručeným navrhovateľovi 19. 5. 2017, kontrolovaný požiadal navrhovateľa druhýkrát o vysvetlenie ponuky. Navrhovateľ doručil kontrolovanému svoje vysvetlenie 26. 5. 2017. Kontrolovaný následne navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania prvýkrát vylúčil, pričom túto skutočnosť mu oznámil listom z 5. 6. 2017, doručeným navrhovateľovi 9. 6. 2017. Okrem navrhovateľa bol z predmetného verejného obstarávania vylúčený ešte jeden uchádzač. Navrhovateľ doručil námietky č. 1 smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu uchádzača kontrolovanému, ako aj úradu 19. 6. 2017. Kontrolovaný následne postupoval podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, pričom listom z 26. 6. 2017, doručeným navrhovateľovi 30. 6. 2017, zrušil prvé vylúčenie navrhovateľa, keďže oznámenie o vylúčení navrhovateľa neobsahovalo lehotu, v ktorej môžu byť doručené námietky. Kontrolovaný následne navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania druhýkrát vylúčil (z identických dôvodov, ktoré už uviedol v prvom oznámení o vylúčení), pričom túto skutočnosť mu oznámil listom z 27. 6. 2017, doručeným navrhovateľovi 4. 7. 2017. Navrhovateľ doručil námietky č. 2 smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu uchádzača kontrolovanému, ako aj úradu 14. 7. 2017.

20. Vo výzve na predkladanie ponúk v bode III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ je uvedené nasledovné: „Zoznam a krátky opis podmienok, odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky: 3. Verejný obstarávateľ požaduje: (...) 3.4 § 34 ods. 1 písm. m) bod 2. - ak ide o tovar, ktorý sa má dodať, certifikátmi alebo potvrdeniami s jasne identifikovanými odkazmi na technické špecifikácie alebo technické normy vzťahujúce sa na tovar, vydanými orgánmi kontroly kvality alebo určenými orgánmi s právomocou posudzovať zhodu. (...) Minimálna požadovaná úroveň štandardov: (...) 3.4 Požaduje sa, aby uchádzač predložil: Certifikát pre dvojvrstvový emulzný mikrokoberec vyhlásenie o parametroch podľa STN EN 12 273 a doklad – počiatočná skúška typu (TAIT) podľa STN EN 12 273. Odôvodnenie primeranosti určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potreba jej zahrnutia medzi podmienky účasti: Preukázanie schopnosti a spôsobilosti vykonania stavebných prác uchádzačom v požadovanom rozsahu a v požadovanej kvalite ako je predmet zákazky.“. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že kontrolovaný predmetnú podmienku účasti uviedol rovnakým spôsobom taktiež aj v časti A.3 „Podmienky účasti“ bod 3. „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní“ súťažných podkladov.
21. Navrhovateľ predložil v ponuke časť „Ostatné“ na stranách 48 až 60b nasledovné doklady, ktorými preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. m) bod 2 prostredníctvom spoločnosti BBB: vyhlásenie, že plánuje zadať podiel zákazky (predmet subdodávky: dvojvrstvový emulzný mikrokoberec) vo výške 4,5% z ponukovej ceny bez DPH tretej osobe: subdodávateľovi spoločnosti BBB z 3. 4. 2017, náhľad záznamu zo zoznamu hospodárskych subjektov spoločnosti BBB (údaje k: 22. 03. 2017), certifikát zhody systému riadenia výroby 1480-CPR-0060 z 13. 2. 2017, vyhlásenie zhody – kalový zákryt EM 8 – Mikrokoberec EMKS z 19. 9. 2016, vyhlásenie zhody – kalový zákryt EM 5 – Mikrokoberec EMKJ z 19. 9. 2016, súhrn výsledkov skúšok k počiatočnej skúške typu 02/06/2009 KZ.
22. Kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 1 poukázal na doklady uvedené v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia a v tejto súvislosti požadoval vysvetlenie, aký vzťah preukazuje podľa zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ k spoločnosti BBB. Na predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 1 navrhovateľ odpovedal listom z 19. 4. 2017 označeným ako „Žiadosť o vysvetlenie; odpoveď“, pričom uviedol nasledovné, cit.: „Naša spoločnosť uvádza, že v zmysle svojej ponuky preukazuje vzťah medzi našou spoločnosťou ako budúcim zhotoviteľom prác na zákazke a spoločnosťou BBB ako prípadným budúcim subdodávateľom v rozsahu 4,5 % z ponukovej ceny v zmysle našej ponuky, a to v prípade, že naša spoločnosť bude ako uchádzač úspešná vo vyššie uvádzanom verejnom obstarávaní. Zároveň uvádzame, že súčasťou našej ponuky boli tiež doklady preukazujúce splnenie podmienky účasti týkajúcich sa osobného postavenia spoločnosti BBB v zmysle § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
23. Kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie č. 2 poukázal na doklady predložené v ponuke navrhovateľa (bod 21 tohto rozhodnutia) a taktiež uviedol aj nasledovné, cit.: „Verejný obstarávateľ požaduje vysvetlenie, aký doklad splnenia podmienky účasti v prípade využitia kapacít inej osoby z ponuky tým uchádzač vysvetľuje? Kde v ponuke sa nachádza zmienka o zmluvnom vzťahu medzi spoločnosťou AAA a spoločnosťou BBB, ktorá je potrebná na preukázanie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pokiaľ uchádzač plánuje využiť kapacity inej osoby? (...)“.

24. Navrhovateľ na predmetnú žiadosť o vysvetlenie č. 2 kontrolovaného odpovedal listom z 23. 5. 2017 označeným ako „Žiadosť o vysvetlenie č. 2; odpoveď“, pričom uviedol nasledovné, cit.: „Naša spoločnosť dokladmi predloženými v ponuke preukazuje splnenie podmienky účasti – predloženie Certifikátu pre dvojvrstvový emulzný mikrokobrec vyhlásenie o parametroch podľa STN EN 12 273 a doklad – počiatočná skúška typu (TAIT) podľa STN EN 12 273. Pokiaľ ide o zmluvný vzťah so spoločnosťou BBB (...) naša spoločnosť uvádza, že s menovanou spoločnosťou uzatvorila Zmluvu o budúcej zmluve, ktorej vyhotovenie prikladá v prílohe tejto odpovede. Úrad konštatuje, že navrhovateľ v prílohe listu z 23. 5. 2017 predložil kontrolovanému zmluvu o budúcej zmluve z 22. 3. 2017 uzavretú medzi navrhovateľom a spoločnosťou BBB. V čl. IV. „Osobitné ujednania“ zmluvy o budúcej zmluve je uvedené okrem iného aj nasledovné, cit.: „(...) Povinná strana (t. j. BBB) vyhlasuje, že všetky uvedené prehlásenia/vyhlásenia/, doklady a podobne, týkajúce sa splnenia technickej a odbornej spôsobilosti v zmysle súťažných podmienok na predmet obstarávania, môže oprávnená strana (t. j. navrhovateľ) bez akýchkoľvek obmedzení skutočne používať na účel stanovený zákonom, najmä ustanovením § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Povinná strana preto vyhlasuje, že oprávnená strana môže týmto bez akýchkoľvek obmedzení reálne disponovať s kapacitami povinnej osoby a využiť ich pri plnení zmluvy (...).“.
25. Listom označeným „Oznámenie o vylúčení“ z 27. 6. 2017 bolo navrhovateľovi oznámené, že je podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vylúčený. Kontrolovaný v rámci odôvodnenia oznámenia o vylúčení uviedol okrem iného aj nasledovné, cit.: „Verejný obstarávateľ Vás žiadal o vysvetlenia, kde v ponuke sa nachádzajú príslušné doklady a akým spôsobom chcete splniť podmienky účasti. Na základe preskúmania Vašich vysvetlení ponuky z 19. 4. 2017 a 23. 5. 2017 a opätovného preskúmania Vašej ponuky časť „Ostatné“, verejný obstarávateľ vyhodnotil, že ste nespĺnili podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. m) bod 2, § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Predložená ponuka časť „Ostatné“ neobsahovala zmluvu medzi uchádzačom a spoločnosťou BBB. Túto „Zmluvu o budúcej zmluve“ ste doplnili až vo Vašom druhom vysvetlení z 23. 5. 2017. Verejný obstarávateľ tak konštatuje, že v čase predkladania ponuky nevedel z predloženej ponuky konštatovať, či spĺňate podmienku účasti a akceptovaním dodatočne predloženej „Zmluvy o budúcej zmluve“ by došlo k zmene ponuky a diskriminácii a znevýhodneniu ostatných uchádzačov.“.

Právny rámec

26. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
27. Podľa § 34 ods. 1 písm. m) bod 2 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: ak ide o tovar, ktorý sa má dodať, certifikátmi alebo potvrdeniami s jasne identifikovanými odkazmi na technické špecifikácie alebo technické normy vzťahujúce sa na tovar, vydanými orgánmi kontroly kvality alebo určenými orgánmi s právomocou posudzovať zhodu.
28. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo

záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až 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.

29. Podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do
- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).
30. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.

Právne posúdenie námietok č. 1 navrhovateľa úradom

31. Úrad konštatuje, že kontrolovaný prvýkrát vylúčil navrhovateľa z tohto verejného obstarávania listom z 5. 6. 2017, ktorý bol navrhovateľovi doručený 9. 6. 2017. Navrhovateľ doručil námietky č. 1 smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti tomuto vylúčeniu uchádzača kontrolovanému a úradu 19. 6. 2017.
32. Podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný môže po tom, ako sú mu doručené námietky podľa § 170 ods. 3 písm. c) až g) vykonať z vlastnej iniciatívy nápravu vo veci, ktorá je obsahom námietok; ustanovenie § 165 ods. 3 písm. a) sa použije primerane.
33. Súčasťou kontrolovaným predloženej dokumentácie je aj dokument označený ako „Námietky – náprava vo veci“ z 26. 6. 2017, v ktorej je uvedené nasledovné, cit.: „(...) Verejnému obstarávateľovi boli doručené námietky v lehote podania námietok, 19. 6. 2017 pod ev. č.: 22056. (...) Verejný obstarávateľ v zmysle § 171 ods. 6 zákona, ako kontrolovaný vykonáva z vlastnej iniciatívy nápravu vo veci, ktorá je obsahom časti námietok; preto **ruší vylúčenie uchádzača**. Odôvodnenie: Verejný obstarávateľ vykoná nápravu z vlastnej iniciatívy vo veci časti námietok, že oznámenie o vylúčení nedopatrením neobsahovalo

zákonné náležitosti v zmysle § 40 ods. 13 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.“. Predmetný list bol navrhovateľovi doručený 30. 6. 2017. Úrad konštatuje, že kontrolovaný po doručení námietok č. 1 navrhovateľa postupoval podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, pričom zrušil oznámenie o vylúčení, ktoré bolo navrhovateľovi doručené 9. 6. 2017.

34. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní **využil možnosť podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a vykonal nápravu vo veci, ktorá je obsahom námietok č. 1 navrhovateľa.**
35. Podľa § 174 ods. 1 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúvanie úkonov kontrolovaného, ak vo veci, ktorá je obsahom námietok, bola vykonaná náprava podľa § 171 ods. 6 a odpadol tak dôvod konania.
36. Vzhľadom na uvedené skutočnosti nastala pre úrad neodstrániteľná prekážka brániaca meritórnemu rozhodovaniu v konaní o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 1 v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že kontrolovaný následne listom z 27. 6. 2017 opätovne (druhýkrát) vylúčil navrhovateľa z identických vecných dôvodov ako uviedol v liste z 5. 6. 2017, pričom navrhovateľ následne doručil kontrolovanému a úradu 14. 7. 2017 námietky č. 2 smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti tomuto vylúčeniu uchádzača. Úrad konštatuje, že k dôvodom vylúčenia navrhovateľa sa vyjadrí v rámci právneho posúdenia námietok č. 2.

Právne posúdenie námietok č. 2 navrhovateľa úradom

37. 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 č. 2 navrhovateľa a navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:
38. Úrad uvádza, že z dokumentácie predloženej kontrolovaným zistil, že navrhovateľ za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. m) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní predložil vo svojej ponuke časť „Ostatné“ doklady uvedené v bode 21 tohto rozhodnutia (t. j. okrem vyhlásenia z 3. 4. 2017, doklad v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia spoločnosti BBB a taktiež doklady, ktorými preukazuje splnenie tejto konkrétnej podmienky účasti prostredníctvom spoločnosti BBB). Úrad taktiež uvádza, že navrhovateľ v rámci obsahu ponuky časť „Ostatné“ výslovne uviedol, že na stranách 6 až 60 sú doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti a fotokópia dokladu o zložení zábezpeky.
39. Úrad konštatuje, že navrhovateľ vo svojej ponuke časť „Ostatné“ predložil vyhlásenie z 3. 4. 2017, z ktorého obsahu je zjavné, že plánuje zadať podiel zákazky (predmet subdodávky: dvojvrstvový emulzný mikrokoberec) vo výške 4,5% z ponukovej ceny bez DPH tretej osobe: a to subdodávateľovi spoločnosti BBB. To znamená, že z obsahu predloženej ponuky navrhovateľa časť „Ostatné“ vyplýva, že príslušnú časť zákazky chce navrhovateľ realizovať prostredníctvom inej osoby, pričom túto osobu navrhovateľ jednoznačným spôsobom identifikuje. Úrad ďalej konštatuje, že navrhovateľom predložená ponuka časť „Ostatné“ neobsahovala písomnú zmluvu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uzavretú medzi uchádzačom a osobou, ktorej technickými a odbornými

kapacitami mieni preukázať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť, pričom obsahovala len predmetné vyhlásenie z 3. 4. 2017 a doklad v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia spoločnosti BBB.

40. Úrad ďalej konštatuje, že vylúčeniu navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania predchádzalo dvakrát doručenie žiadostí o vysvetlenie predložených dokladov navrhovateľovi v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorých kontrolovaný žiadal vysvetliť právny vzťah k spoločnosti BBB podľa zákona o verejnom obstarávaní a taktiež požadoval vysvetliť aký doklad splnenia podmienky účasti v prípade využitia kapacít inej osoby z ponuky tým uchádzač vysvetľuje, t. j. kde v ponuke sa nachádza zmienka o zmluvnom vzťahu medzi uchádzačom a subdodávateľom, ktorá je potrebná na preukázanie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pokiaľ uchádzač plánuje využiť kapacity inej osoby. Úrad uvádza, že navrhovateľ doručil kontrolovanému požadované vysvetlenia na obe žiadosti o vysvetlenie, pričom druhé vysvetlenie navrhovateľa obsahovalo v prílohe zmluvu o budúcej zmluve z 22. 3. 2017 uzavretú medzi navrhovateľom a spoločnosťou BBB. (t. j. vyhlásenie z 3. 4. 2017 nadväzovalo z hľadiska časovej postupnosti na predmetnú zmluvu). Úrad konštatuje, že kontrolovaný následne pristúpil druhýkrát k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (pozn: uvedenému vylúčeniu navrhovateľa predchádzalo prvé oznámenie o vylúčení, ktoré kontrolovaný zrušil postupom podľa § 171 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní).
41. Úrad uvádza, že povinnosť kontrolovaného uplatniť pri zadávaní zákazky princíp transparentnosti zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa vzťahuje na všetky úkony a postupy vykonané v procese verejného obstarávania, a teda aj na samotné vylúčenie uchádzača. Vylúčenie uchádzača musí byť v každom prípade opodstatnené a zdôvodnené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Zároveň v súlade s potrebou preskúmateľnosti rozhodnutia o vylúčení uchádzača alebo záujemcu úrad uvádza, že z obsahu oznámenia o vylúčení musí byť uchádzačovi alebo záujemcovi celkom zrejmé, čo je dôvodom jeho vylúčenia. To však neznamena, že verejný obstarávateľ uvedie odkaz na zákonné ustanovenie, v zmysle ktorého bol uchádzač alebo záujemca vylúčený. Preskúmateľné, a teda transparentné oznámenie o vylúčení uchádzača alebo záujemcu obsahuje taktiež náležité a zrozumiteľné odôvodnenie vylúčenia pozostávajúce z opisu skutkového stavu a vymedzenia úvah, ktorými sa verejný obstarávateľ riadil pri vyslovení záveru o nutnosti uchádzača alebo záujemcu vylúčiť.
42. Úrad uvádza, že kontrolovaný postupoval správne, keď využil inštitút vysvetlenia v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní opakovane a požiadal navrhovateľa o vysvetlenie nezrovnalosti uvedenej v ponuke navrhovateľa. Avšak s poukázaním na ďalší postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní, úrad konštatuje, že kontrolovaný nepostupoval v súlade so zmyslom a podstatou využitia tohto inštitútu.
43. Úrad uvádza, že vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní upravuje § 40 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého je zrejmé, že súčasťou hodnotiaceho procesu je aj inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov, pričom ide o odstránenie nielen formálnych, ale aj vecných nedostatkov predložených dokladov jednotlivými uchádzačmi, resp. záujemcami.
44. V súvislosti so skutočnosťami uvedenými v predchádzajúcom bode úrad uvádza, že v prípade, ak kontrolovaný nevie z dokladov preukazujúcich splnenie stanovených podmienok účasti

posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, tak je v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ povinný písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Využitie predmetného inštitútu je opodstatnené najmä vzhľadom na potrebu zabezpečenia princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, ktorý predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu ponúk uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením/doplnením odstrániť.

45. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v procese vyhodnocovania splnenia podmienky účasti správne prihliadol na dikciu § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko uvedené ustanovenie v situácii, keď sa uchádzač rozhodne využiť technické a odborné kapacity inej osoby vo verejnom obstarávaní, vyžaduje predloženie písomnej zmluvy uzavretej medzi uchádzačom a osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni uchádzač preukázať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť a taktiež preukázanie ďalších skutočností tam výslovne zadefinovaných. To znamená, že kontrolovaný bol povinný si overiť právny vzťah medzi navrhovateľom a subdodávateľom v situácii, keď súčasťou predloženej ponuky nebola zmluva uzavretá medzi predmetnými subjektami, ale len doklad, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia spoločnosti BBB a vyhlásenie z 3. 4. 2017, ktoré samo osebe nepostačuje na naplnenie požiadavky na uzavretú zmluvu v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
46. Úrad má za to, že v prípade ak sa rozhodne kontrolovaný aplikovať inštitút uvedený v § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, je povinný zohľadniť doručené vysvetlenia navrhovateľa týkajúce sa právneho vzťahu so subdodávateľom v situácii, keď sa v rámci svojich vysvetlení navrhovateľ odvoláva na doklady už predložené v jeho ponuke (t. j. na vyhlásenie z 3. 4. 2017 ako aj na ďalšie doklady predložené v ponuke za účelom splnenia predmetnej podmienky účasti), ktorými navrhovateľ sčasti spĺňa kontrolovaným vyžadovanú podmienku účasti. V tejto súvislosti má úrad za to, že **kontrolovaný by mal vyhodnocovať odpovede na žiadosti o vysvetlenia nie samostatne, ale komplexne, vo vzájomnej súvislosti s dokladmi už predloženými v ponuke navrhovateľa. K uvedenému je potrebné zdôrazniť, že** navrhovateľ vo vyhlásení z 3. 4. 2017 jasne deklaroval záujem časť zákazky realizovať prostredníctvom tretej osoby: spoločnosti BBB (t. j. na základe uvedeného dokumentu bolo možné predpokladať existenciu právneho vzťahu medzi uchádzačom a subdodávateľom), pričom vo svojej ponuke taktiež predložil doklad, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia spoločnosti BBB. Úrad uvádza, že navrhovateľ preukázal predmetný právny vzťah so subdodávateľom bez akýchkoľvek pochybností druhým vysvetlením, v rámci ktorého predložil zmluvu o budúcej zmluve s uvedenou spoločnosťou v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
47. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti nesprávne posúdil doručené vysvetlenia navrhovateľa a taktiež nezohľadnil skutočnosť, že navrhovateľ predložil ako súčasť druhého vysvetlenia zmluvu o budúcej zmluve, pričom následne pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, keďže oznámenie o vylúčení navrhovateľa je založené na skutočnosti, že ponuka navrhovateľa časť „Ostatné“ neobsahovala zmluvu o budúcej zmluve, keďže túto navrhovateľ doplnil až druhým vysvetlením. K tvrdeniu kontrolovaného uvedenému v odôvodnení oznámenia o vylúčení, že v čase predkladania ponuky nevedel konštatovať, či navrhovateľ spĺňa podmienku účasti, pričom ak by akceptoval dodatočne

predloženú zmluvu o budúcej zmluve, došlo by k zmene ponuky a diskriminácii a znevýhodneniu ostatných uchádzačov, úrad uvádza, že navrhovateľ prostredníctvom doručených vysvetlení a predložením zmluvy o budúcej zmluve nezmenil svoju ponuku, ba práve naopak, takýmto spôsobom odstránil nedostatok predloženej ponuky spočívajúci v tom, že ako súčasť ponuky nepredložil zmluvu o budúcej zmluve, ale len vyhlásenie z 3. 4. 2017 a ďalšie doklady predložené v ponuke za účelom splnenia predmetnej podmienky účasti. Úrad má za to, že akceptovaním doručenej zmluvy o budúcej zmluve nedôjde k žiadnej diskriminácii a znevýhodneniu ostatných uchádzačov, keďže navrhovateľ takýmto spôsobom preukazuje právny vzťah so subdodávateľom potrebný na splnenie podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého existenciu deklaroval navrhovateľ už vo svojej ponuke, a to vo vyhlásení z 3. 4. 2017.

48. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že predloženie zmluvy o budúcej zmluvy v rámci odpovede na žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov navrhovateľa, nemožno považovať za zmenu ponuky navrhovateľa ako tvrdí kontrolovaný, ale v danom prípade išlo len o odstránenie nedostatku ponuky navrhovateľa spočívajúcej v nepredložení písomnej zmluvy uzavretej podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni uchádzač preukázať svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť, na ktorého odstránenie je práve inštitút vysvetlenia a doplnenia predložených dokladov v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní určený. Podľa úradu navrhovateľ tak odstránil len formálny nedostatok dokladu už predloženého v ponuke navrhovateľa a kontrolovaný mal povinnosť uvedené vysvetlenie vyhodnotiť ako postačujúce a zmluvu o budúcej zmluve akceptovať. Úrad má za to, že v predmetnom prípade zo strany navrhovateľa išlo len o doplnenie k už predloženým dokladom (vyhlásenie z 3. 4. 2017 a ďalšie doklady uvedené v bode 21 tohto rozhodnutia) a nie o doplnenie fyzicky chýbajúcich dokladov. Vzhľadom na zistené skutočnosti má úrad za to, že kontrolovaný vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko skutočnosti, ktoré by kontrolovaného oprávňovali vylúčiť navrhovateľa z dôvodu nesplnenia podmienok účasti, neboli v tomto prípade preukázané, keďže navrhovateľ vo svojej ponuke predložil doklady uvedené v bode 21 tohto rozhodnutia, ktorými sčasti spĺňa podmienku účasti vyžadovanú kontrolovaným prostredníctvom osoby, ktorej technickými a odbornými kapacitami uchádzač preukazuje svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť a následne v rámci vysvetlenia predložených dokladov predložil zmluvu o budúcej zmluve uzavretú so subdodávateľom, ktorého kapacity využíva na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Uvedeným postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a porušenie mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania, a preto úrad nariadil odstrániť protiprávny stav v súlade s § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
49. Na základe vyššie uvedeného úrad dospel k záveru, že **námietky č. 2 navrhovateľa sú opodstatnené.**
50. 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.
51. Úrad v súvislosti s ustanovením **§ 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní** uvádza, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom

obstarávaní. 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** odporúča kontrolovanému, aby k vylúčeniu pristúpil až na základe riadne preskúmaného skutkového stavu za použitia nesporných dôkazných prostriedkov a v prípade formálnych, resp. vecných nedostatkov predložených dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti postupoval v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, teda písomne požiadal uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov a po odstránení týchto formálnych, resp. vecných nedostatkov doplnené doklady akceptoval. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti akceptoval ako súčasť vysvetlenia uchádzača zmluvu uzavretú so subdodávateľom podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní v situácii, keď z predložených dokladov v ponuke uchádzača je zrejmé, že uchádzač preukazuje konkrétnu podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti spôsobom uvedeným v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. prostredníctvom inej osoby, ktorej technickými a odbornými kapacitami uchádzač preukazuje svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť

52. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť vo vzťahu k námietkam č. 1 a č. 2 navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovvej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

53. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 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 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). 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 späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.
54. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia, úrad vráti navrhovateľovi kauciu za námietky č. 1 a č. 2 v plnej výške do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok 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 podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava, 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 rozhodnutie úradu podľa § 175 je 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. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 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. AAA - navrhovateľ
2. Mesto Nové Zámky, Hlavné nám. 10, 940 01 Nové Zámky - kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka