

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XX** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu z verejného obstarávania na predmet podlimitnej zákazky „Zakrytie a rekultivácia skládky Veterná Poruba“, vyhlásenom verejným obstarávateľom **Verejnoprospešné služby Liptovský Mikuláš**, Družstevná 1, 031 01 Liptovský Mikuláš, IČO: 00183636 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 231/2019 dňa 12. 11. 2019 pod značkou 33358 – WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnemu obstarávateľovi **Verejnoprospešné služby Liptovský Mikuláš**, Družstevná 1, 031 01 Liptovský Mikuláš, IČO: 00183636 vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Zakrytie a rekultivácia skládky Veterná Poruba“ vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 231/2019 dňa 12. 11. 2019 pod značkou 33358 – WYP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení ponuky navrhovateľa **XX** a zaradiť navrhovateľa späť do procesu predmetného verejného obstarávania **a opätovne vyhodnotiť ponuku 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 dňa 30. 4. 2020 doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) toho istého dňa, podal námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹ smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania. Kontrolovanému boli predmetné námietky navrhovateľa doručené dňa 30. 4. 2020 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému pre elektronické verejné obstarávanie eZAKAZKY (ďalej aj ako „IS eZAKAZKY“), prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje.
2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 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

¹ 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).

písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku elektronicky prostredníctvom IS eZAKAZKY dňa 16. 1. 2020 o 14:17 hod.

3. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 eur a najviac a) 10 000 eur, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b); b) 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a). Z uvedeného vyplýva, že 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky (1 366 767,49 EUR bez DPH) je 1366,80 EUR, pričom navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 000,- EUR.
4. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 4. 5. 2020 kauciu celkom vo výške 2 000,- EUR.
5. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.
6. Úrad konštatuje, že dňa 1. 1. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ v úvode svojich námietok uvádza v bode č. 1 neexistenciu všetkých troch rizikových faktorov podľa bodov č. 3, 6 a 9 uvedených v zozname Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, Drieňová 24, 826 03 Bratislava (ďalej len „PMÚ SR“), na základe ktorých kontrolovaný založil vylúčenie. Navrhovateľ ďalej uvádza, že počnúc žiadosťou o vysvetlenie kontrolovaného a končiac odôvodnením rozhodnutia o vylúčení sa kontrolovaný v skutočnosti relevantne zaoberal iba okolnosťami, ktoré zodpovedajú rizikovému faktoru podľa bodu 9 (bod 50 tohto rozhodnutia) a nie aj okolnosťami rizikových faktorov podľa bodu 3 a 6 (bod 50 tohto rozhodnutia). Navrhovateľ dodáva, že napriek vyššie uvedenému však kontrolovaný konštatuje, že sú naplnené všetky tri body (bod 3, bod 6, bod 9).
8. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný žiadnym spôsobom vo svojej žiadosti o vysvetlenie a ani v samotnom odôvodnení vylúčenia neuviedol žiadnu konkrétnu okolnosť v predmetnej verejnej súťaži, ktorá je naplnením rizikových faktorov podľa bodu 3 a 6 zoznamu PMÚ SR. Navrhovateľ zastáva názor, že kontrolovaný nemohol v žiadosti o vysvetlenie uviesť žiadnu takúto konkrétnu okolnosť, keďže z hľadiska pozície vylúčeného uchádzača v predmetnej súťaži, ktorý ponuku do súťaže podával samostatne sa rizikové faktory podľa bodov 3 a 6 vyskytnúť nemohli.
9. Navrhovateľ uvádza bod 3 a 6 zoznamu PMÚ SR, ktoré sa dotýkajú situácií ak:
 - pre preukazovanie splnenia podmienok účasti uchádzač využíva kapacity tretích osôb, avšak navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ nepreukazuje splnenie podmienok účasti subjektom YZ (ďalej len „YZ“) vzťah s ktorým kontrolovaný označil ako „nejasný“ vo svojej žiadosti o vysvetlenie,
 - viacerí uchádzači majú v rámci svojich ponúk identifikovaných rovnakých subdodávateľov,

- jedným z dvoch subdodávateľov vylúčeného uchádzača je spoločnosť YZ vo vzťahu ku ktorej navrhovateľ v ponuke predložil riadne vyplnený JED, ako aj zodpovedal všetky otázky kontrolovaného k postaveniu tejto spoločnosti v ponuke, vrátane podaného čestného vyhlásenia navrhovateľom.
10. Navrhovateľ má za to, že vo svojom vysvetlení na žiadosť verejného obstarávateľa uviedol a dostatočným spôsobom vysvetlil, že so spoločnosťou YZ ako so subdodávateľom časti zákazky uvažoval preto, že je len veľmi málo subjektov, ktoré sú na slovenskom trhu spôsobilé dodať špecifický materiál, požadovaný kontrolovaným - drenážny geokompozit s požadovanými parametrami v zmysle projektovej dokumentácie.
 11. Navrhovateľ uvádza, že aj napriek nejasnému vyjadreniu kontrolovaného ohľadom spoločnosti YZ, keď nejasným spôsobom uviedol, že hospodársky subjekt YZ je v tom istom obstarávaní zainteresovaný aj iným spôsobom, kontrolovaný neuviedol v odôvodnení vylúčenia, že niektorý z dôvodov vylúčenia uchádzača je spojený s nedostatkom u subjektu tohto subdodávateľa. Navrhovateľ má za to, že podané vysvetlenie v časti dotýkajúcej sa subdodávateľa YZ a jeho odpovede na otázky súvisiace so spoločnosťou YZ považuje kontrolovaný za dostatočné a súladné s pravidlami verejného obstarávania. Navrhovateľ sa opiera o fakt, že za účelom dodržania princípu transparentnosti musia byť rozhodnutia kontrolovaného dostatočne odôvodnené a kontrolovaný sa v nich musí vysporiadať so všetkými odpoveďami na položené otázky, ktoré ešte nepovažuje za riadne zodpovedané. Preto v prípade, ak by dôvodom na vylúčenie bola akákoľvek okolnosť súvisiaca so spoločnosťou YZ mala byť táto okolnosť vo vylúčení riadne uvedená a v celom rozsahu dostatočne odôvodnená.
 12. Navrhovateľ podotýka, že v prípade ak nastanú skutočnosti, že nie sú splnené podmienky účasti alebo existujú iné dôvody u subjektu subdodávateľa, tak kontrolovaný má v zmysle § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní písomne požiadať uchádzača o nahradenie subdodávateľa a nemá ihneď pristúpiť k vylúčeniu uchádzača.
 13. Navrhovateľ uvádza, že s ohľadom na vyššie uvedené kontrolovaný neoprávnene uviedol ako dôvod vylúčenia rizikový faktor bodu 3, dotýkajúci sa subdodávateľa, keďže v konečnom rozhodnutí a odôvodnení vylúčenia neuviedol nič nesúladné s procesom obstarávania, čo by súviselo so subdodávateľom YZ.
 14. Navrhovateľ poukazuje aj na konštatovanie v žiadosti o vysvetlenie, že kontrolovaný zistil „personálne prepojenie“, avšak neuviedol koho s kým, u ktorých konkrétnych subjektov zistil personálne prepojenie a ako je v tomto zistenom personálnom prepojení zainteresovaný navrhovateľ, resp. jeho subdodávateľ. Následne sa podľa názoru navrhovateľa v odôvodnení vylúčenia opäť žiadnym spôsobom kontrolovaný nevyjadril k tomu, či jeho vysvetlenie považuje v časti personálne prepojenie za dostačujúce alebo nie, resp. ako sa v tejto časti podozrenia na personálne prepojenie vysporiadal so zisteným dôkazmi, podaným vysvetlením a pod.
 15. Navrhovateľ v závere tohto namietaného bodu uvádza, že kontrolovaný žiadnym spôsobom vo vylúčení neuviedol, v čom konkrétne by malo dôjsť k naplneniu faktorov podľa bodu 3 a 6 zoznamu PMÚ SR, a teda podľa názoru navrhovateľa tieto dôvody vylúčenia použil kontrolovaný neoprávnene.

16. Navrhovateľ v druhom bode svojich námietok namieta neexistenciu dôvodu vylúčenia podľa rizikového faktora v bode 9 zoznamu PMÚ SR „podozrivé schémy v stanovovaní cien“, nakoľko podľa popisu tohto rizikového faktora je rizikovým indikátorom v tomto prípade skutočnosť, ak na stanovenie cien sú pri viacerých uchádzačoch použité rovnaké kalkulácie. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný nesprávne posúdil jeho vysvetlenie a neoprávnene konštatoval nastavenie vzorca na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien a dodáva, že vo svojom vysvetlení poskytol hlboký, kompletný a detailný rozbor ako bola vytvorená ponuková cena v každej z týchto položiek, pričom pri každej položke uviedol všetky zložky ceny ako jednotlivé súčasti ceny, ktorých sčítaním a vynásobením požadovaného množstva bola vytvorená ponuková cena každej položky. Navrhovateľ dodáva, že až všetky jednotlivé časti tvoria vo svojom súhrne a prepočte výslednú ponukovú cenu.
17. Navrhovateľ zastáva názor, že predložením tohto detailného kalkulačného vzorca výpočtu ceny každej predmetnej položky, plne zodpovedal otázku kontrolovaného, akým spôsobom tvoril cenu predmetných položiek. Navrhovateľ dodáva, že kontrolovaný sa v rozhodnutí o vylúčení žiadnym spôsobom nezaoberal ani nevysporiadal s týmto detailným rozborom spôsobu tvorby ceny a s jednotlivými súčasťami, ktorých vynásobením a sčítaním vznikla navrhovateľovi ponuková cena položky.
18. Navrhovateľ má ďalej za to, že iba v prípade, ak by všetky jednotlivé súčasti z ktorých sa skladá konečná cena položky boli skutočne identické, mohlo by sa uvažovať o identickom kalkulačnom vzorci, pričom kontrolovaný nemôže považovať svoje podozrenie za dostatočne preukázané, keďže posudzoval iba konečné ceny položiek a neposudzoval jednotlivé zložky ceny.
19. Navrhovateľ považuje za potrebné uviesť, že materiálové položky trávových semien pod kódmi 57217001, 57221200 a 57210001 výkazu výmeru, u ktorých kontrolovaný identifikoval rovnaký pomer ponukovej ceny uchádzača oproti ponukovej cene iného uchádzača, sú charakterovo a typovo príbuzné, porovnateľné a takmer všetci dodávatelia týchto materiálov na trhu majú vo svojich ponukových cenníkoch pri týchto položkách uvedenú len jednu jednotkovú cenu aplikovateľnú na tento typ trávových semien vo všeobecnosti, a teda je bežné, že uchádzač dostane v rámci prieskumu trhu od dodávateľa na tieto konkrétne typy trávových semien len jednu ponukovú jednotkovú cenu. Navrhovateľ dodáva, že identická cena položky vo výsledku neznamená automaticky, že došlo k dohode medzi účastníkmi pri tvorbe tejto ceny.
20. Navrhovateľ v treťom bode namieta nesprávny reštriktívny výklad podaný kontrolovaným, v zmysle ktorého by malo na preukázanie kolúzneho správania postačovať naplnenie podmienok rizikových faktorov podľa zoznamu PMÚ SR bez posúdenia splnenia ostatných skutočností, na základe ktorých sa správanie môže definovať ako kolúzne, pričom rizikové faktory sú indikátory, za existencie ktorých môže dôjsť, resp. za existencie ktorých najčastejšie dochádza ku kolúznemu správaniu (tabuľka to len demonštratívne vymenúva). Navrhovateľ dodáva, že zoznam rizikových faktorov neobsahuje ďalšie zákonné skutočnosti, ku ktorým musí dôjsť, aby konanie uchádzačov mohlo byť kvalifikované ako uzavretie dohody o cene. Navrhovateľ zároveň poukazuje na § 4 ods. 1, 2 a 5 zákona o ochrane hospodárskej súťaže, v ktorých je uvedené, že musí nastať skutočné obmedzenie súťaže, ktoré má cieľ alebo následok.
21. Navrhovateľ zastáva názor, že ak kontrolovaný rozhodoval o podozrení na kolúzne konanie správanie uchádzačov, bol povinný rešpektovať zákonné definície (napr. v zákone o ochrane hospodárskej súťaže), ktoré jasne definujú, čo kolúznym správaním je a čo nie je a v tomto

zmysle bol kontrolovaný povinný posúdiť správanie uchádzačov v právnom a hospodárskom kontexte so zreteľom na jej skutočné a pravdepodobné účinky na hospodársku súťaž, čo však kontrolovaný neurobil a iba z indikácie existencie rizikových faktorov pristúpil k vylúčeniu uchádzača, pričom nebral do úvahy vysvetlenia, ktoré navrhovateľ poskytol. Navrhovateľ má teda za to, že informácie, ktoré boli dôvodom pre vylúčenie, nie sú dôkazom toho, že došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž.

22. Navrhovateľ vo štvrtom bode svojich námietok (navrhovateľom označeným ako piatym) namieta nemožnosť ovplyvniť verejnú súťaž rizikovými faktormi, ktoré identifikoval kontrolovaný podľa bodu 9 zoznamu PMÚ SR „podozrivé schémy v stanovovaní cien“ z dôvodu realizácie súťaže elektronickou aukciou, pričom rizikovým faktorom v tomto prípade je skutočnosť, ak viacerí uchádzači použijú na stanovenie cien rovnaké kalkulácie (vzorce/indexy). Navrhovateľ uvádza, že predmetné verejné obstarávanie sa má realizovať prostredníctvom elektronickej aukcie, a teda ponukové ceny položiek, ktorých identitu, či použitie rovnakého vzorca na ich výpočet namieta kontrolovaný, sú iba základnými úrovňami cien, s ktorými uchádzači vstupujú do elektronickej aukcie.
23. Navrhovateľ je presvedčený, že náhodná identita cien položiek práve z dôvodu realizácie súťaže formou elektronickej aukcie je nespôsobilá mať za následok obmedzenie predmetnej súťaže, a ak by aj existovala, nemohla by mať viac ako zanedbateľný účinok na predmetnú súťaž, a teda nie je spôsobilá k tomu, aby mohla uchádzačom priniesť neoprávnenú výhodu, alebo aby takýmto údajne kolúznym konaním uchádzači vôbec mohli ovplyvniť predmetné verejné obstarávanie, realizované v konečnom dôsledku formou elektronickej aukcie.
24. Navrhovateľ vo svojom piatom bode (navrhovateľom označeným ako šiestym) namieta nemožnosť ovplyvniť verejnú súťaž rizikovými faktormi, ktoré identifikoval kontrolovaný podľa bodu 9 zoznamu PMÚ SR „podozrivé schémy v stanovovaní cien“ z dôvodu, že kritériom na hodnotenie súťaže nebola iba cena, nakoľko cena nie je jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk.
25. Navrhovateľ vo svojom šiestom bode (navrhovateľom označeným ako siedmym) namieta neoznačenie a nevylúčenie všetkých údajných uchádzačov, ktorí podľa kontrolovaného uzatvorili kolúznu dohodu, nakoľko kontrolovaný v oznámení o vylúčení neidentifikoval žiadnu ďalšiu stranu, s ktorou by mal vylúčený uchádzač uzatvoriť kolúznu dohodu.
26. Navrhovateľ v závere námietok požaduje, aby úrad námietkam v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vyhovel, nariadil odstránenie protiprávneho stavu a vydal predbežné opatrenie v súlade s § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

27. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **30. 4. 2020**.
28. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok. Úrad zároveň upozorňuje,

že neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.

29. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
30. Úrad uvádza, že dňa 7. 5. 2020 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam, a zároveň sprístupnil úradu elektronickú podobu dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu. Úrad však konštatoval, že predložená dokumentácia nebola kompletná a z tohto dôvodu úrad rozhodnutím č. 7346-6000/2020-OD-P z 3. 6. 2020 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli do desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 12. 6. 2020, kontrolovaný doplnil chýbajúcu dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

31. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia k podaným námietkam navrhovateľa uvádza, že dňa 30. 4. 2020 boli doručené kontrolovanému prostredníctvom konta v elektronickom nástroji eZakazky: XXX kópie dokumentov s názvami: Námietka, Splnomocnenie, doklad o úhrade, pričom uvedené doklady nie sú podpísané (neobsahujú elektronický podpis, resp. kvalifikovaný elektronický podpis). Podľa obsahu doklady predkladá XZ, (...), čo ale nie je možné overiť, nakoľko dokumenty nie sú podpísané žiadnou osobou (nahraté boli len kópie dokumentov). Kontrolovaný zastáva názor, že dokumenty nie sú podpísané kvalifikovaným elektronickým podpisom, čo znamená, že nie je zabezpečená integrita dokumentov, a teda, že nie je možné zabezpečiť, že počas presunu dokumentu od odosielateľa k príjemcovi neprišlo k jeho zmene. Kontrolovaný uvádza, že kvalifikovaný elektronický podpis je v zmysle Občianskeho zákonníka a európskeho nariadenia eIDAS rovnocenný vlastnoručnému podpisu v písomnej forme a môže byť použitý pri všetkých právnych úkonoch, ktoré vyžadujú písomnú formu. Kontrolovaný uvádza, že v dokumente Splnomocnenie sa uvádza, že XX splnomocňuje osobu XZ, (...) k zastupovaniu v pracovno-právnych vzťahoch voči subjektom uvedeným v splnomocnení v zmysle zákona č. 311/2001 Z. z. zákonníka práce. Kontrolovaný má za to, že z obsahu dokumentu vyplýva, že predmetné splnomocnenie túto osobu nespĺnomocňuje k zastupovaniu navrhovateľa v procese vo verejnom obstarávaní, najmä nie k zastupovaniu navrhovateľa v námietkach, ktoré sa riadi správnym poriadkom. Kontrolovaný na podporu uvedeného dáva do pozornosti Metodické usmernenie úradu č. 12/2019, z ktorého vyplývajú obligatórne náležitosti takéhoto splnomocnenia.
32. Kontrolovaný zároveň ako ďalší bod v úvode svojho vyjadrenia uvádza, že predmetná kópia dokumentu Splnomocnenie bola doručená prostredníctvom elektronického nástroja www.ezakazkv.sk vo forme „neoverenej kópie“. Kontrolovaný uvádza, že splnomocnenie na inú osobu, ak obsahovalo v origináli notársky overený podpis, by pre účely elektronickej komunikácie malo byť do elektronickej formy transformované zaručenou konverziou

dokumentu alebo takéto splnomocnenie by malo byť podpísané kvalifikovaným elektronickým podpisom splnomocniteľa, aby bolo možné overiť integritu dokumentu.

33. Kontrolovaný k bodu č. 1 námietok navrhovateľa uvádza, že v oznámení o vylúčení navrhovateľa uviedol, že má dôvodné podozrenie, že ponuka navrhovateľa vykazuje znak č. 3 kolúzneho správania (bod 50 tohto rozhodnutia) a že tento znak je naplnený, nakoľko jeho subdodávka je od spoločnosti XZ, a to vo výške cca 50 % ceny ponuky. Kontrolovaný dodáva, že táto spoločnosť sa taktiež podieľa na ponuke u iného uchádzača, ako člen skupiny vedúceho skupiny XZ (ďalej len „XZ“), pričom táto skupina dodávateľov je však iný uchádzač. Kontrolovaný považuje za zrejmé, že obaja uchádzači (navrhovateľ a XZ) majú vo svojich ponukách identický subjekt, ktorý sa podieľa na plnení zákazky u každého z nich a to vo výške cca 50 % podielu zákazky, čo komisia kontrolovaného posúdila ako významný podiel v plnení zákazky a nie je podstatné, či spoločnosť jednému uchádzačovi prisľúbila subdodávky a druhému uchádzačovi prisľúbila v tom istom plnení spoluprácu ako člen skupiny. Kontrolovaný poukazuje na odpoveď navrhovateľa na Vysvetlenie zo dňa 17. 2. 2020, kde navrhovateľ konštatuje, že je si vedomý spolupráce so subdodávateľom YZ, a zároveň kontrolovaný dodáva, že v ponuke navrhovateľa sa nachádza JED tejto spoločnosti ako subdodávateľ pre navrhovateľa, a teda z toho vyplýva, že ich spolupráca je vedomá. Na základe uvedeného komisia vyslovila záver, že existuje dôvodné podozrenie, že uchádzač navrhovateľ uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom (s uchádzačom XZ, prostredníctvom spoločnosti YZ, alebo navzájom všetky tri hospodárske subjekty medzi sebou) dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž.
34. Kontrolovaný k bodu č. 2 námietok navrhovateľa uvádza, že má dôvodné podozrenie, že ponuka uchádzača vykazuje znak č. 6 kolúzneho správania, a teda že hospodársky subjekt XY sa podieľa u oboch uchádzačov (navrhovateľ a XZ) takmer rovnakým nezanedbateľným podielom, a teda je zrejmé, že spoločnosť XY vedome predložila svoju ponuku obom hospodárskym subjektom nie len na dodávku tovarov, ale aj na vykonanie práce. Na základe uvedeného komisia kontrolovaného vyslovila záver, že ponuka navrhovateľa disponuje znakmi kolúzneho správania aj v tomto bode. Kontrolovaný uvádza, že listom zo dňa 12. 2. 2020 požiadal navrhovateľa o Vysvetlenie a doplnenie dokladov, kde žiadal, aby uchádzač vysvetlil doklady uvedené v jeho ponuke. Taktiež požiadal navrhovateľa o rozbor ceny na položkách, ktoré vykazovali znaky kolúzneho správania, teda položiek u ktorých komisia zistila použitie vzorca, viď. príloha č. 1 tohto vyjadrenia k námietkam - rizikové položky. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ v určenej lehote svoje vysvetlenie doručil a uviedol rozbor ceny u určených položiek. Komisia kontrolovaného sa zaoberala jeho odpoveďou a následne vyhodnotila predložený rozbor cien poskytnutý navrhovateľom, pričom komisiu zaujali vstupy navrhovateľa na základe ktorých navrhovateľ dospel k celkovej cene za položku (za 1 m²). Napr. Detailný rozbor položky č. 2899712211 - Geitextília netkaná PP, plošná hmotnosť 400 g/m² - dodávka a montáž, navrhovateľ uviedol, že sa skladá z týchto vstupov:
(...)
Na základe uvedeného je zrejmé, že nákup navrhovateľa (vstupy - zložky č. 1 a č. 2) od iného subjektu nemôže navrhovateľ ovplyvniť, je teda reálne, že aj iní uchádzači si predmetnú výšku nákupu môžu do ceny započítať tak isto, ale zložky - položky pod označením č. 3 - č. 6 neovplyvňuje iný subjekt. Kontrolovaný uvádza, že tieto vstupy si vypočítava sám navrhovateľ a je zrejmé, že iní uchádzači majú iné náklady, či si rátajú iné vstupy – zložky na základe dispozície a stavu svojej spoločnosti (personálneho, finančného, strojového a pod.), a to individuálne (v súvislosti s uvedeným m poukazujeme najmä na zložku č. 5, ktorá je navrhovateľom vyjadrená – XX %). Kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že táto položka má tú istú celkovú cenu (zhodnú) ako u uchádzača ZY, čo nemôže byť náhoda, tak ako uvádza

navrhovateľ. Kontrolovaný zastáva názor, že ak sa pozrel na ďalšie položky, ktoré vykazujú kolúzne správanie uvedené v prílohe č. 1 tohto vyjadrenia k námietke, zistil, že ďalších sedem položiek navrhovateľa má nastavený vzorec tvorby ceny ten istý ako u uchádzača ZY. Na základe uvedeného, komisia kontrolovaného dospela jednoznačne k názoru, že takáto tvorba ceny u oboch uchádzačov (navrhovateľ a ZY) je pravdepodobne vzájomne koordinovaná, teda nemôže ísť o náhodu, ako uvádza navrhovateľ.

35. Kontrolovaný uvádza, že na základe dôverných informácií uvedených v ponuke navrhovateľa a ponuke iného uchádzača (skupiny dodávateľov: vedúceho člena skupiny ZY a člena skupiny YZ) a jednoznačných znakov kolúzneho správania skonštatoval, že má dôvodné podozrenie, že došlo k naplneniu skutkovej podstaty podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pričom kontrolovaný taktiež poukázal na rozsah podielu subdodávateľa YZ u navrhovateľa a rozsah podielu člena skupiny YZ u vedúceho člena skupiny dodávateľov ZY. Kontrolovaný podotýka, že ide takmer o 50 % podielu zákazky u každého hospodárskeho subjektu (uchádzača). Kontrolovaný dodáva, že sa na základe svojej odbornej praxe a vzdelania náležite, transparentne a nediskriminačne venoval vyhodnotení ponúk a vyhodnotení poskytnutého vysvetlenia a náležite sa vysporiadal s detailným rozborom spôsobu tvorby ceny a s jednotlivými súčastami, ktorých vynásobením a sčítaním vznikla navrhovateľovi cena položky. Kontrolovaný v súvislosti s uvedeným ďalej dodáva, že taktiež požiadal v tej istej veci o vysvetlenie uchádzača ZY - skupina dodávateľov, avšak tento uchádzač neposkytol v určenom čase vysvetlenie.
36. Kontrolovaný k bodu č. 3 námietok navrhovateľa uvádza, že navrhovateľ v námietkach uviedol, že indikátory, ktoré sú uvedené v použitom zozname PMÚ SR sú uvedené ako rizikové faktory, za existencie, ktorých môže dôjsť resp. za existencie ktorých najčastejšie dochádza ku kolúznemu správaniu. Kontrolovaný nie je príslušný k tomu, aby jednoznačne uviedol či došlo ku kolúznemu správaniu uchádzačov a k narušeniu hospodárskej súťaže. Kontrolovaný uvádza, že preto vo vylúčení navrhovateľa uviedol, že požiada vo vyjadrení k námietkam úrad, aby predmetné správanie uchádzačov postúpil na preskúmanie PMÚ SR. Pre kontrolovaného v tomto zadávaní zákazky bolo podstatné, že ponuky uchádzačov/ponuka navrhovateľa, obsahuje rizikové faktory, ktoré môžu ukazovať na uzatvorenú nezákonnú dohodu podnikateľov.
37. Kontrolovaný k bodu č. 5 (v skutočnosti má pravdepodobne byť č. 4 námietok) uvádza, že navrhovateľ neguje a najmä bagatelizuje svoje konanie. Kontrolovaný uvádza, že nie je podstatné v akej etape predkladania ponúk uchádzači vzájomne koordinujú tvorbu ceny, dôležitým aspektom k posúdeniu nie je ani kedy ku kolúznemu správaniu došlo, ale že na základe indikátorov k takémuto konaniu došlo. Kontrolovaný má za to, že ak by uchádzači koordinovali cenu pred elektronickou aukciou a po elektronickej aukcii už by sa znaky kolúzneho správania „odstránili“, nevylučuje to skutočnosť, že aj na tomto „odstránení“ sa uchádzači mohli dohodovať, nakoľko presne vedeli, že spolu budú podávať ponuky. Z uvedeného dôvodu kontrolovaný nemôže súhlasiť s názorom navrhovateľa, ktorý zľahčuje kolúzne správanie pred elektronickou aukciou.
38. Kontrolovaný k bodu č. 6 námietok navrhovateľa uvádza, že určené kritéria nemôžu mať vplyv na správanie uchádzačov ohľadne kolúzneho správania a preto považuje vyjadrenie navrhovateľa v tomto bode za zavádzajúce. Kontrolovaný k bodu č. 7 námietok navrhovateľa uvádza, že v tomto postupe zákazky sa použije elektronická aukcia, a preto z uvedeného dôvodu kontrolovaný nemôže verejne identifikovať uchádzačov, a to aj s ohľadom na možnú koordináciu uchádzačov počas elektronickej aukcie. K ďalšiemu nepodloženému a irelevantnému textu námietky v tomto bode sa kontrolovaný nevyjadruje, nakoľko mu nie sú

známe predmetné hypotézy či úsudky navrhovateľa, a taktiež nie sú predmetom vylúčenia navrhovateľa.

39. Úrad pre úplnosť uvádza, že prílohou č. 1 vyjadrenia kontrolovaného je analýza rizikových položiek, identifikácia vzorcov - indexov prepočítania cien navrhovateľa.
40. Kontrolovaný v závere svojho vyjadrenia žiada, aby úrad zastavil konanie podľa § 174 zákona o verejnom obstarávaní, postupoval podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a námietky navrhovateľa zamietol alebo aby predmetné námietky navrhovateľa postúpil na PMÚ SR.

Zistenia úradu

41. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
42. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 231/2019 dňa 12. 11. 2019 pod značkou 33358 – WYP verejné obstarávanie na predmet zákazky „Zakrytie a rekultivácia skládky Veterná Poruba“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 366 767,49 Eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Predmetné verejné obstarávanie nemá byť financované z fondov Európskej únie. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 17. 1. 2020 do 8:00 hod. predložili ponuku 4 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Kontrolovaný dňa 17. 2. 2020 doručil navrhovateľovi list s názvom „Žiadosť k vysvetleniu a doplneniu dokladov – zaslanie“ z 12. 2. 2020 podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ na uvedenú žiadosť doručil kontrolovanému dňa 19. 2. 2020 svoju odpoveď listom označeným ako „Vysvetlenie alebo doplnenie dokladov v zmysle § 40 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní“ zo dňa 17. 2. 2020. Následne kontrolovaný dňa 20. 4. 2020 doručil navrhovateľovi list označený ako „Vylúčenie uchádzača – zaslanie“ zo 6. 4. 2020, v ktorom mu oznámil, že je vylúčený z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ v reakcii na túto informáciu dňa 30. 4. 2020 doručil kontrolovanému a toho istého dňa aj úradu námietky podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní smerujúce proti vylúčeniu uchádzača z predmetného verejného obstarávania.
43. V bode II.2.5) „Kritériá na vyhodnotenie ponúk“ oddielu II „Predmet zákazky“ výzvy na predkladanie ponúk sa uvádza nasledovné, cit.:
- „Kritériá kvality
Názov: Celková cena za predmet zákazky s DPH vyjadrená v EUR
Relatívna váha: 98
Názov: Lehota výstavby (lehota plnenia predmetu zákazky) vyjadrená v celých kalendárnych dňoch odo dňa odovzdania staveniska
Relatívna váha: 2
Cena
Relatívna váha: 98.“.
44. V bode IV.1.6) „Informácie o elektronickej aukcii“ oddielu IV „Postup“ výzvy na predkladanie ponúk sa uvádza nasledovné, cit.:
- „Použije sa elektronická aukcia

Dodatočné informácie o elektronickej aukcii: Elektronická aukcia (ďalej len e-aukcia) je na účely tohto zákona je opakujúci sa proces, ktorý využíva elektronické systémy certifikované podľa § 151 zákona o verejnom obstarávaní na predkladanie nových cien smerom nadol, nových cien upravených smerom nadol a nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk, alebo nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk.“.

45. V časti A.1 „Pokyny pre uchádzačov/záujemcov“, bod 16 „Vyhotovenie a obsah ponuky“, podbod 16.7 súťažných podkladov kontrolovaného je okrem iného uvedené, cit: „Verejný obstarávateľ určuje požiadavky na predmet zákazky (uvedené v časti B1 súťažných podkladov), ktoré musia byť súčasťou ponuky uchádzača. Tiež vyžaduje aby uchádzači v ponuke predložili v súlade s § 41 zákona o verejnom obstarávaní v platnom znení (exaktne vyjadrené v zákone o verejnom obstarávaní) podiel zákazky, ktorý majú v úmysle zadať subdodávateľom, uvedie navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok – v texte prílohy č. 6 návrhu zmluvy. Navrhovaní subdodávatelia musia spĺňať osobné postavenie v zmysle § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (v etape predkladania ponúk je možné predložiť čestné vyhlásenie, alebo JED že spĺňa § 32 zákona o verejnom obstarávaní), tiež uvedie, že u navrhovaného subdodávateľa neexistujú dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7, zákona o verejnom obstarávaní. Oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu subdodávateľ preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorá sa má plniť. V prípade, že uchádzač predpokladá, že predmet zákazky bude plniť sám, predloží ako požiadavku na predmet zákazky čestné vyhlásenie v ktorom uvedie, že plnenie bude zabezpečovať výhradne sám bez pomoci či účasti iného subjektu, tento dokument uchádzač predloží v needitovateľnom formáte napr. v „pdf“.“.
46. V časti A.2 „Podmienky účasti, v bode 3 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní, týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti + systém manažérstva kvality + systém environmentálneho manažérstva“ je okrem iného uvedené, cit.: „V etape predkladania ponúk, uchádzač môže za účelom splnenia podmienok účasti predložiť čestné vyhlásenie alebo „JED“ (príloha č. 11 SP), Tieto doklady uvedie v Krycom liste ponuky. Verejný obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača ak na základe dôveryhodných informácií má dôvodné podozrenie, že uchádzač alebo záujemca uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž.“.
47. Z dokumentácie predloženej kontrolovaným, konkrétne z ponuky navrhovateľa (príloha č. 6 k návrhu zmluvy) vyplýva, že zhotoviteľ (navrhovateľ) bude realizovať subdodávky v rozsahu:
- a) subdodávateľ: YZ (...)
 - b) 49,92 % podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať tretím osobám na predmet subdodávok
 - c) predmet subdodávky montáž a dodávka vrstvy z drenážneho geokompozitu, geotextílie netkanej a hladkej HDPE izolačnej fólie
 - d) subdodávateľ spĺňa podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (...).“.
48. V dokumente kontrolovaného označenom ako „Žiadosť k vysvetleniu a doplneniu dokladov – zaslanie“ z 12. 2. 2020, ktorý bol doručený navrhovateľovi dňa 17. 2. 2020 (ďalej len „**žiadosť o vysvetlenie**“) je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ (...) žiada uchádzača v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní k vysvetleniu a doplneniu dokladov.
Odôvodnenie:
Komisia zistila, že okrem personálneho prepojenia, že cenová ponuka uchádzačov sa v jednej položke zhoduje, v troch položkách sa zistil nastavený vzorec (x 1,69), v dvoch sa zistil nastavený vzorec (x 0,91) a v dvoch položkách sa zistil nastavený vzorec (x 0,73), čo sú znaky

kolúzneho správania.

Vychádzajúc z úpravy zákona o verejnom obstarávaní, uvádzame, že verejného obstarávania sa môže ako uchádzač alebo záujemca zúčastniť fyzická osoba, právnická osoba alebo skupina takýchto osôb, ak spĺňa podmienky účasti vo verejnom obstarávaní, prípadne neexistujú iné dôvody na vylúčenie takéhoto hospodárskeho subjektu.

V zmysle ustanovenia § 49 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní môže uchádzač predložiť iba jednu ponuku. Uchádzač nemôže byť v tom istom postupe zadávania zákazky členom skupiny dodávateľov, ktorá predkladá ponuku. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vylúči uchádzača, ktorý je súčasne členom skupiny dodávateľov. (...). V praxi však nastáva aj prípad, keď spoločnosti pri predkladaní ponúk vo verejnom obstarávaní rôznym spôsobom spolupracujú. V danej súvislosti dávame do pozornosti ustanovenie § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní (...).

Formálna alebo neformálna dohoda, výmena informácií, na základe ktorých sa dá dedukovať stratégia účastníkov obstarávania, ktorej cieľom je získať pre nich neoprávnenú výhodu môže byť klasifikovaná ako dohoda narušajúca hospodársku súťaž a súčasne stať sa aj podkladom pre vylúčenie uchádzačov. Okrem toho môže dôjsť aj k porušeniu ustanovení zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže (...) a následnému uloženiu sankcie Protimonopolným úradom SR, ktorou môže byť podľa § 3 ods. 5 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže pokuta do 10 % z obratu za predchádzajúce účtovné obdobie ako aj zákaz účasti vo verejnom obstarávaní.

Pokiaľ ide napríklad o personálne prepojenie medzi uchádzačmi, môže to byť pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa dôvodom k tomu, aby preskúmal takéto prepojenia, ktoré môžu byť spolu s ďalšími indíciami súčasťou „dôvodného podozrenia“ o uzavretí dohody narušajúcej súťaž s následkom vylúčenia uchádzača alebo záujemcu z verejného obstarávania. **Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ sa v zmysle zákona môže v takomto prípade uchádzačov pýtať na povahu ich prepojenia a v zmysle princípu proporcionality požadovať dodatočné informácie ako aj uistenie, že ich ponuky sú skutočne samostatné a nezávislé.**

Verejný obstarávateľ požaduje zodpovedať nasledovné otázky:

- 1) Uzavrel uchádzač s iným hospodárskym subjektom dohodu, ktorá by mohla narúšať hospodársku súťaž?
- 2) Spolupracoval uchádzač pri vypracovávaní ponuky aj s inými hospodárskymi subjektami? Ak áno, tak žiadame uchádzača uviesť s ktorými subjektami a v akom rozsahu?
- 3) Verejný obstarávateľ žiada uchádzača o uistenie formou čestného vyhlásenia, že jeho subdodávateľ YZ spĺňal podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistujú u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7) a má oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorý má subdodávateľ plniť.
- 4) Verejný obstarávateľ žiada uchádzača o vysvetlenie postavenia subjektu YZ v jeho ponuke.
- 5) Verejný obstarávateľ žiada uchádzača o vysvetlenie či subjektom YZ preukazuje splnenie podmienok účasti? Ak áno, tak ktoré podmienky účasti?
- 6) Verejný obstarávateľ žiada uchádzača o uistenie formou čestného vyhlásenia, že jeho ponuka bola vypracovaná samostatne a nezávisle.
- 7) Verejný obstarávateľ žiada uchádzača o vysvetlenie ako tvoril cenu nižšie uvedených položiek výkazu výmer a aby predložil detailný rozbor cien týchto položiek:
(...) Geotextília netkaná (...) Tráva – Hrebienka obyčajná (...) Tráva – Vika huňatá (...) Sambucus nitra – báza čierna (...) Viburnum opulus – kalina obyčajná (...) Padus Avium Miller – Čremcha strapcovitá (...) Swida Sanguinea – Svíb krvavý (...).“.

49. V dokumente navrhovateľa s názvom „Vysvetlenie alebo doplnenie dokladov v zmysle § 40 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní“ zo 17. 2. 2020, ktorý doručil kontrolovanému dňa 19. 2. 2020 (ďalej len „**odpoveď na žiadosť o vysvetlenie**“) je okrem iného uvedené, cit.:

„Týmto listom Vám v zmysle § 40, ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní predkladáme Vysvetlenie alebo doplnenie dokladov v stanovenej lehote do 2 pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti. (...)

1. odpoveď: Nie. Naša spoločnosť sa dištancuje od akéhokoľvek správania, ktoré by mohlo niesť znaky kolúzneho správania a narúšalo by hospodársku súťaž. (...).

2. odpoveď: Naša spoločnosť v procese spracovania cenovej ponuky oslovila len potencionálnych dodávateľov materiálov, potencionálnych budúcich subdodávateľov a potencionálne tretie osoby, ktoré by mohli našej spoločnosti poskytnúť svoje kapacity na budúcu realizáciu Zákazky a splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, a to so žiadosťou o predloženie ponuky na dodávku materiálu, resp. na realizáciu určitej časti Zákazky alebo výkon funkcie osoby zodpovednej za kontrolu kvality. Tieto osoby sa žiadnym spôsobom nepodieľali na vypracovaní ponuky predloženej našou spoločnosťou do verejného obstarávania. V rámci predloženej ponuky a v rámci budúcej realizácie predmetu Zákazky naša spoločnosť uvažovala s nasledovnými subdodávateľmi:

- ZZ; tento subdodávateľ je zároveň osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami naša spoločnosť preukázala vyžadovanú technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť na realizáciu predmetu Zákazky; podiel Zákazky, ktorý má naša spoločnosť v úmysle zadať tomuto subdodávateľovi je 10,02%;

- YZ; podiel Zákazky, ktorý má naša spoločnosť v úmysle zadať tomuto subdodávateľovi je 49,92%;

V rámci predloženej ponuky a v rámci budúcej realizácie predmetu Zákazky naša spoločnosť ďalej uvažovala s nasledovnou tretou osobou, ktorej kapacitami zabezpečí realizáciu Zákazky a splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní:

- XZ; táto osoba je osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami naša spoločnosť preukázala vyžadovanú technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť na realizáciu predmetu Zákazky.

Vyššie uvedené naša spoločnosť riadne deklarovala už v predloženej ponuke do verejného obstarávania. Zároveň dopĺňame, že prípade, ak vznikne potreba výmeny subdodávateľa alebo osoby, ktorej technickými a odbornými kapacitami naša spoločnosť preukazuje vyžadovanú technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť na realizáciu predmetu Zákazky, tak naša spoločnosť je pripravená takúto výmenu na požiadanie Verejného obstarávateľa zrealizovať. (...).

3. odpoveď: Našej spoločnosti nie sú známe žiadne skutočnosti, ktoré by zakladali dôvodné pochybnosti o splnení podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia navrhovaným subdodávateľom YZ. V rámci nami predloženej ponuky do verejného obstarávania bol verejnému obstarávateľovi predložený aj Jednotný európsky dokument podpísaný štatutárnym orgánom subdodávateľ YZ, v ktorom štatutárny orgán subdodávateľa deklaruje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia. V prílohe tohto listu verejnému obstarávateľovi predkladáme výpis z portálu www.finstat.sk, z ktorého vyplýva, že vo vzťahu k spoločnosti YZ nie sú evidované žiadne platobné rozkazy súdov, dlhy a nedoplatky, pohľadávky štátu, konkurzné a reštrukturalizačné konania ani zápisy v zoznamoch DPH. Našej spoločnosti nie sú

známe žiadne dôvody na vylúčenie subdodávateľa YZ podľa § 40, ods. 6, písm. a) až h) a ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní.

Na základe vyššie uvedeného a našej spoločnosti dostupných informácií verejnému obstarávateľovi v prílohe tohto listu predkladáme požadované čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a neexistencii dôvodov na vylúčenie podľa § 40, ods. 6, písm. a) až h) a ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní u subdodávateľa YZ (...).

4. odpoveď: Naša spoločnosť v procese spracovania cenovej ponuky oslovila spoločnosť YZ ako potenciálneho budúceho subdodávateľa, so žiadosťou o predloženie ponuky na realizáciu určitej časti Zákazky. Táto osoba sa žiadnym spôsobom nepodieľala na vypracovaní ponuky predloženej našou spoločnosťou do verejného obstarávania. V rámci nami vykonaného prieskumu trhu, sme identifikovali len niekoľko málo spoločností, ktoré na území Slovenskej republiky dodávajú Verejným obstarávateľom vyžadovaný, resp. projektantom špecifikovaný materiál - drenážny geokompozit s vyžadovanými parametrami. Z tohto dôvodu sa domnievame, že aj iní Uchádzači, ktorí predložili Verejnému obstarávateľovi svoju ponuku taktiež oslovili, resp. vo svojej ponuke taktiež uvažujú so spoločnosťou YZ (...).
5. Naša spoločnosť nepreukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnej súťaži subjektom YZ (...).
6. Naša spoločnosť spracovala svoju ponuku samostatne, vlastnými kapacitami, na základe vlastných technických a odborných skúseností, kalkulácii a prepočtov, teda na spracovaní našou spoločnosťou predloženej ponuky sa nepodieľali žiadne tretie osoby. Žiadne tretie osoby ani nemajú vedomosť o kalkulačnom vzorci a cenotvorbe aplikovanej v predloženej ponuke našej spoločnosti. Naša spoločnosť sa opakovane, tak ako aj v minulosti, dištancuje od akéhokoľvek správania, ktoré by mohlo niesť znaky kolúzneho správania a narušalo by hospodársku súťaž. V prílohe tohto listu predkladáme Verejnému obstarávateľovi požadované čestné vyhlásenie o vypracovaní ponuky samostatne a nezávisle.
7. Cenotvorba našej spoločnosti pri uvedených položkách výkazu výmer spočívala v prieskume cien materiálov na trhu, cien montáže (pri položke č. 2899712211) a v aplikácii možného rizika, a krycieho príspevku na výrobnú réžiu, správnu réžiu a zisk spoločnosti. Nižšie Vám predkladáme požadované detailné rozbor ceny položiek:

Detailný rozbor položky č. 2899712211:
(...)²

Z odôvodnenia Verejného obstarávateľa nie je našej spoločnosti jasné, aké „personálne prepojenie“ komisia Verejného obstarávateľa zistila. Naša spoločnosť absolútne odmieta akéhokoľvek personálne prepojenie (jej štatutárnych orgánov, alebo jej zamestnancov), ktoré by mohlo zakladať „dôvodné podozrenie“ o uzavretí dohody narušajúcej verejnú súťaž. Verejný obstarávateľ v odôvodnení svojej žiadosti poukazuje na neexistujúce ustanovenie zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní, konkrétne na jeho § 49 ods. 7. Domnievame sa, že

² Pozn. úradu: navrhovateľ vo svojej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie uviedol detailné rozbor ceny uvedenej položky č. 2899712211, a zároveň ďalších položiek č. 57217001, č. 57221200, č. 57210001, č. 266200110, č. 266202430, č. 2662001001 a č. 2662001002, čím poskytol detailné rozbor ceny ku všetkým položkám, ktoré kontrolovaný požadoval vo svojej žiadosti o vysvetlenie.

Verejný obstarávateľ mal v úmysle poukázať na ustanovenie § 49 ods. 6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a k tejto veci Verejnému obstarávateľovi uvádzame, že naša spoločnosť predložila iba jednu ponuku do verejného obstarávania na realizáciu predmetu Zákazky, a to ako Uchádzač, právnická osoba, teda nie ako člen skupiny dodávateľov. Ponuka našej spoločnosti bola Verejnému obstarávateľovi predložená riadne a včas, obsahuje všetky doklady, dokumenty a informácie požadované verejným obstarávateľom v zmysle súťažných podkladov. Máme za to, že naša spoločnosť spĺňa v postavení Uchádzača všetky podmienky účasti v predmetnom verejnom obstarávaní, požiadavky na predmet zákazky a náležitosti ponuky uvedené v súťažných podkladoch a toto už riadne predloženou ponukou verejnému obstarávateľovi dokázala.

Z odôvodnenia Verejného obstarávateľa nie je našej spoločnosti tak isto jasné, v akej položke sa naša ponuka zhodovala s ponukou iného Uchádzača, resp. čo komisia myslí pod pojmom „nastavený vzorec“ a v akých položkách komisia Verejného obstarávateľa dedukovala použitie takýchto „nastavených vzorcov“, čo má niest' znaky kolúzneho správania. K tejto veci uvádzame, že naša spoločnosť spracovala svoju ponuku samostatne, vlastnými kapacitami, na základe vlastných technických a odborných skúseností, kalkulácii a prepočtov, teda na spracovaní našou spoločnosťou predloženej ponuky sa nepodieľali žiadne tretie osoby. Žiadne tretie osoby ani nemajú vedomosť o kalkulačnom vzorci a cenotvorbe aplikovanej v predloženej ponuke našej spoločnosti, preto odmietame existenciu akejkoľvek formálnej alebo neformálnej dohody a výmeny informácií, na základe ktorých by sa dala dedukovať stratégia, ktorej cieľom by bolo získať neoprávnenú výhodu, teda uzavretie dohody narušajúcej hospodársku súťaž s iným hospodárskym subjektom.

V prípade ak je pravdivé zistenie komisie Verejného obstarávateľa a ponuka našej spoločnosti sa zhoduje v jednej položke s ponukou iného Uchádzača, resp. ak je pravdou, že v siedmich položkách našej ponuky z celkového počtu 56 položiek komisia dedukovala akési „nastavenie“ troch vzorcov, tak toto považujeme za náhodné, v žiadnom prípade sa nejedná o skutočnosť, ktorá by niesla znaky kolúzneho správania našej spoločnosti vo verejnom obstarávaní. Naša spoločnosť sa opakovane, tak ako aj v minulosti, absolútne dištancuje od akéhokoľvek správania, ktoré by mohlo niest' znaky kolúzneho správania a narušalo by hospodársku súťaž.

Dovoľujeme si poukázať aj na fakt, že Verejný obstarávateľ použil v postupe zadávania tejto Zákazky elektronickú aukciu. Ak by aj niektorí Uchádzači mali snahu uzavrieť medzi sebou dohodu narušajúcu hospodársku súťaž, v tejto fáze postupu verejného obstarávania by už bolo nepodstatné, akú ponuku obstarávateľovi predložili, pretože všetci uchádzači, ktorí z tohto postupu zadávania zákazky nebudú vylúčení, resp. ktorých ponuky nebudú z tohto postupu zadávania zákazky vylúčené, budú mať možnosť počas elektronickej aukcie upravovať nimi navrhnutú cenu smerom nadol podľa podmienok uvedených v súťažných podkladoch. (...).

50. V dokumentácii predloženej a sprístupnenej kontrolovaným sa nachádza list označený ako „Vylúčenie uchádzača - zaslanie“ zo 6. 4. 2020, ktorý bol navrhovateľovi doručený 20. 4. 2020 (ďalej len „**oznámenie o vylúčení**“), v ktorom je okrem iného uvedené, cit.: „ (...) Verejný obstarávateľ vylučuje uchádzača v súlade s § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. (...)

Uchádzač vo svojom vysvetlení predkladá rozbor ceny k verejným obstarávateľom určeným položkám a uvádza, že zhoda cien v uvedených položkách s inou ponukou je **iba náhodou**, svoju ponuku spracoval samostatne a odmieta dohody a výmeny informácií za účelom získať neoprávnenú výhodu. (...). Na iné irelevantné vyjadrenia zo strany uchádzača komisia nemôže prihliadať.

Verejný obstarávateľ uvádza, že uchádzač svojím vysvetlením nevyvrátil pochybnosti komisie, že uchádzač v danom verejnom obstarávaní neuzatvoril s iným hospodárskym subjektom

dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž.

Komisia uvádza, že predložená cena u identifikovaných položiek u uchádzačov nemôže byť iba náhodou, nakoľko jednoznačne ide o znaky kolúzneho správania (identifikované položky sú absolútne zhodné resp. indexované s ponukou uchádzača XXXXXX) a taktiež komisia má za preukázané, že v oboch ponukách u identifikovaných položiek je na výpočet ceny nastavený istý vzorec, vid'. príloha č. 1- Analýza položiek).

Komisia poukazuje na skutočnosť, že nie je reálne, aby dva hospodárske subjekty v jednom zadávaní zákazky do svojej ceny u viac ako 10% položiek zaúčtovali nákupné ceny, vlastné režijné náklady uchádzača a primeraný zisk tak, že im vyjde na identifikovaných položkách rovnaká cena, prípadne cena v rovnakom pomere (vzorec). **Navyše v prípade, ak v jednom verejnom obstarávaní je subjekt YZ 49,92 percentným subdodávateľom a ten istý hospodársky subjekt YZ je v tom istom verejnom obstarávaní zainteresovaný aj iným spôsobom.**

Z webovej stránky Protimonopolného úradu SR k tejto problematike vyplýva, že formálna alebo neformálna dohoda, výmena informácií, na základe ktorých sa dá dedukovať stratégia účastníkov obstarávania, ktorej cieľom je získať pre nich neoprávnenú výhodu môže byť klasifikovaná ako dohoda narúšajúca hospodársku súťaž a súčasne stať sa aj podkladom pre vylúčenie uchádzačov.

Verejný obstarávateľ poukazuje na zoznam rizikových faktorov vo vzťahu ku kolúznemu správaniu, ktoré uvádzajú kontrolné orgány.

P. č.	Názov rizikového indikátora	Popis rizikového indikátora
1.	Rotácia úspešných uchádzačov podľa regiónu, typu služby, tvaru alebo práce	Zo skupiny uchádzačov podávajúcich ponuky, ktorej zloženie je pri viacerých súťažiacich takmer rovnaké, je ako úspešný vyhodnotený vždy iný uchádzač, pričom úspešnosť je možné odvodiť od záujmu realizovať zákazku v určitom regióne, alebo v rámci určitého typu služby, tovaru alebo práce a pod.
(...)		
3.	Uchádzači využívajú v preukazovaní podmienok účasti prísľuby tých istých tretích osôb, resp. ako subdodávatelia sú identifikované tie isté subjekty	Pre preukazovanie splnenia podmienok účasti podľa § 33 alebo § 34 využívajú uchádzači kapacity iných osôb („tretích strán“) pričom tieto iné osoby sú rovnaké pri viacerých uchádzačoch. Viacerí uchádzači majú v rámci svojich ponúk identifikovaných rovnakých subdodávateľov.
(...)		
6.	Dvaja alebo viacerí uchádzači predkladajú spoločnú ponuku (ako skupina dodávateľov), avšak aspoň jeden z nich je dostatočne kvalifikovaný, aby mohol podať ponuku sám.	V súťaži je identifikovaný dodávateľ, o ktorom je všeobecne známe, že je kvalifikovaný podať ponuku aj bez vytvorenia skupiny, napriek tomu sa súťaže zúčastňuje v rámci spoločnej ponuky dvoch alebo viacerých dodávateľov.
(...)		
9.	Podozrivé schémy v stanovovaní cien	- Ceny predložené uchádzačmi sa oproti úspešnej ponuke zvyšujú o pravidelný %

		prírastok, - Na stanovenie ceny sú pri viacerých uchádzačoch použité rovnaké kalkulácie, - Hodnoty všetkých predložených ponúk sú v porovnaní s PHZ buď nad touto hodnotou, alebo tesne pod ňou, - Výsledná suma víťaznej ponuky je neprimerane vysoká vzhľadom na sumy podobných tovarov, prác a služieb, - V súťaži je možné pozorovať náhly pokles ponukových cien pri vstupe uchádzača do súťaže, ktorý v predošlých podobných súťažiach nepredkladal ponuku – v prípade, že uchádzači vedia o ponukách (napr. predchádzajúce VO bolo zrušené po otvorení ponúk), neúspešní uchádzači zvýšia ceny, alebo cena u väčšiny uchádzačov zostane rovnaká.
--	--	---

Na základe preukázania naplnenia podmienok rizikových faktorov uvedených v bode č. 3, č. 6 a č. 9 a dedukcie stratégie účastníkov obstarávania (najmä znaku kolúzneho správania - nastaveným vzorcom na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien u identifikovaných položiek) má verejný obstarávateľ za preukázané, že uchádzač uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž. Na základe uvedeného verejný obstarávateľ vylučuje uchádzača v zmysle § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.

Predmetné ustanovenie verejný obstarávateľ uviedol vo vyzve na predkladanie ponúk. Na podporu vyššie uvedeného verejný obstarávateľ poukazuje na druhý bod Metodického usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie č. 14164-5000/2017 zo dňa 07.09. 2017. (..).“.

51. Úrad pre úplnosť uvádza, že obsahom prílohy č. 1 k oznámeniu o vylúčení bola kontrolovaným uvedená analýza a porovnanie vybraných položiek z ponuky navrhovateľa a z ponuky uchádzača, s ktorým podľa názoru kontrolovaného navrhovateľa uzatvoril dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž.

Právny rámec

52. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
53. 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.
54. 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).
55. Podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak (...)
- 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, (...).
56. Podľa § 41 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu v súťažných podkladoch alebo v koncesnej dokumentácii vyžadovať, aby
- a) uchádzač v ponuke uviedol podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať subdodávateľom, navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok,
 - b) navrhovaný subdodávateľ spĺňal podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistovali u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu sa preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, ktorý má subdodávateľ plniť.
57. Podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak navrhovaný subdodávateľ nespĺňa podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie. Uchádzač doručí návrh nového subdodávateľa do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti podľa prvej vety, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.
58. Podľa § 54 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní elektronická aukcia na účely tohto zákona je opakujúci sa proces, ktorý využíva elektronické systémy certifikované podľa § 151 na predkladanie
- a) nových cien upravených smerom nadol,
 - b) nových cien upravených smerom nadol a nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk, alebo
 - c) nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk.

Právne posúdenie úradom

59. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej a sprístupnenej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa a navrhovateľom namietaných skutočností v námietkach konštatuje nasledovné:
60. Úrad na úvod právneho posúdenia považuje za potrebné vysporiadať sa s argumentom kontrolovaného uvedenom vo vyjadrení k námietkam, v ktorom navrhuje zastaviť konanie podľa § 174 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že námietky navrhovateľa doručené kontrolovanému prostredníctvom IS eZAKAZKY nepodala oprávnená osoba, nemajú povinné náležitosti a nedá sa overiť integrita dokumentov, nakoľko neobsahovali kvalifikovaný

elektronický podpis. Úrad v súvislosti s vyššie uvedeným uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní neustanovuje povinnosť, aby námietky navrhovateľa doručené kontrolovanému prostredníctvom elektronického informačného systému, v ktorom sa predmetné verejné obstarávanie realizuje (IS eZAKAZKY) obsahovali kvalifikovaný elektronický podpis. Zároveň má úrad za to, že identifikácia subjektu, ktorý námietky podáva, ako aj integrita doručovaných dokumentov je zachovaná tým, že danému subjektu (navrhovateľovi) bol udelený, resp. vytvorený prístup k účasti v predmetnom verejnom obstarávaní prostredníctvom konta v danom elektronickom informačnom systéme, v ktorom sa predmetné verejné obstarávanie realizuje (IS eZAKAZKY). Vzhľadom na vyššie uvedené považuje úrad tento návrh kontrolovaného na zastavenie konania podľa § 174 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní za bezpredmetný.

61. Úrad uvádza, že z ustanovenia § 41 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu v súťažných podkladoch alebo v koncesnej dokumentácii vyžadovať, aby a) uchádzač v ponuke uviedol podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať subdodávateľom, navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok, b) navrhovaný subdodávateľ splňal podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistovali u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu sa preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, ktorý má subdodávateľ plniť (bod 56 tohto rozhodnutia).
62. Úrad s poukazom na 45 tohto rozhodnutia uvádza, že kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol, že vyžaduje aby uchádzači v ponuke predložili v súlade s § 41 zákona o verejnom obstarávaní v platnom znení podiel zákazky, ktorý majú v úmysle zadať subdodávateľom, pričom uchádzač uvedie navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok – v texte prílohy č. 6 návrhu zmluvy. Úrad z dokumentácie predloženej kontrolovaným zistil, že ponuku predložili 4 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Úrad z predloženej dokumentácie kontrolovaným ďalej zistil, že navrhovateľ vo svojej ponuke, konkrétne v prílohe č. 6 k návrhu zmluvy uviedol, že zhotoviteľ (navrhovateľ) bude realizovať subdodávky v rozsahu: a) subdodávateľ: YZ (...), b) 49,92 % podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať tretím osobám na predmet subdodávok (...). (bod 47 tohto rozhodnutia).
63. Ako už úrad uviedol, vylúčeniu ponuky navrhovateľa predchádzala žiadosť kontrolovaného o vysvetlenie ponuky podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (bod 48 tohto rozhodnutia). Kontrolovaný v žiadosti o vysvetlenie konštatoval personálne prepojenie, na základe ktorého je možné dedukovať stratégiu účastníkov verejného obstarávania, ktorej cieľom je získať neoprávnenú výhodu, a zároveň konštatoval, že cenová ponuka uchádzačov sa zhoduje v jednej položke, v troch položkách zistil nastavený vzorec ($x \cdot 1,69$), vo dvoch položkách zistil nastavený vzorec ($x \cdot 0,91$) a vo dvoch položkách zistil nastavený vzorec ($x \cdot 0,73$), pričom tieto skutočnosti kontrolovaný považuje za znaky kolúzneho správania. Na základe vyššie uvedeného kontrolovaný požiadal žiadosťou o vysvetlenie navrhovateľa o zodpovedanie otázok uvedených v bode 48 tohto rozhodnutia. Na predmetnú žiadosť o vysvetlenie navrhovateľ odpovedal v kontrolovaným stanovenej lehote, pričom k svojim odpoveďiam na otázky uvedené v žiadosti o vysvetlenie kontrolovaného a vysvetleniu predložil detailný rozbor jednotlivých položiek (bod 49 tohto rozhodnutia). Následne kontrolovaný doručil navrhovateľovi oznámenie o vylúčení uvedené v bode 50 tohto rozhodnutia, v ktorom uviedol, že **dôvodom vylúčenia navrhovateľa bola skutočnosť, že v zmysle § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž.**

64. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na bod 50 tohto rozhodnutia a uvádza, že tak ako vyplýva z odôvodnenia oznámenia o vylúčení, kontrolovaný založil dôvod vylúčenia navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania na tom, že v zmysle § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, a to na základe preukázania naplnenia podmienok rizikových faktorov uvedených v bode č. 3, č. 6 a č. 9 (pozn. opis týchto rizikových faktorov je obsiahnutý v zozname, ktorý kontrolovaný na tento účel použil z webovej stránky PMÚ SR) a dedukcie stratégie účastníkov obstarávania (najmä znaku kolúzneho správania – nastaveným vzorcom na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien u identifikovaných položiek). Z oznámenia o vylúčení ďalej vyplynulo, že podľa názoru kontrolovaného predložená cena pri identifikovaných položkách uchádzačov nemohla byť náhodná, a teda ide o znaky kolúzneho správania, nakoľko identifikované položky sú absolútne zhodné, resp. indexované s ponukou uchádzača XXXXXX, a zároveň v oboch ponukách uchádzačov pri identifikovaných položkách je na výpočet ceny nastavený totožný vzorec. Kontrolovaný zároveň poukázal na skutočnosť, že nie je reálne, aby dva hospodárske subjekty v jednom zadávaní zákazky do svojej ceny pri viac ako 10 % položiek zaúčtovali nákupné ceny, vlastné režijné náklady jednotlivého uchádzača a primeraný zisk tak, aby výsledkom bola rovnaká cena, resp. cena v rovnakom pomere (vzorec). Vo vzťahu k uvedenému kontrolovaný uviedol, že v prvom prípade ide o subjekt YZ s podielom 49,92 % vo vzťahu k danej zákazke ako subdodávateľa navrhovateľa a v druhom prípade ide o rovnaký subjekt YZ, ktorý je zainteresovaný aj iným spôsobom. Kontrolovaný poukázal aj na webovú stránku PMÚ SR, z ktorej vyplýva, že formálna alebo neformálna dohoda, výmena informácií, na základe ktorých sa dá dedukovať stratégia účastníkov obstarávania, ktorej cieľom je získať pre seba neoprávnenú výhodu môže byť klasifikovaná ako dohoda narúšajúca hospodársku súťaž a súčasne sa stať aj podkladom pre vylúčenie uchádzačov.
65. Vo vzťahu k vyššie uvedenému oznámeniu o vylúčení úrad uvádza, že z jeho obsahu nijakým spôsobom **nevyplýva, na základe akého nastaveného vzorca na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien u identifikovaných položiek určil znaky kolúzneho správania**, nakoľko kontrolovaný nikde vo svojom vyjadrení a príslušnej dokumentácii predmetný nastavený vzorec nešpecifikoval.
66. Úrad pre úplnosť dodáva, že kontrolovaný dňa 17. 2. 2020 dokumentom „Žiadosť k vysvetleniu a doplneniu dokladov – zaslanie“ zo dňa 12. 2. 2020 doručil totožné otázky, ako boli obsiahnuté v žiadosti o vysvetlenie navrhovateľa (bod 48 tohto rozhodnutia) aj inému uchádzačovi, s ktorým podľa tvrdenia kontrolovaného uzavrel navrhovateľ dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž (ďalej len „iný hospodársky subjekt“), a to vrátane otázky, resp. požiadavky na predloženie detailného rozboru cien položiek. Úrad po preskúmaní dokumentácie zistil, že tento iný hospodársky subjekt svoju odpoveď v stanovenej lehote kontrolovanému neposkytol a kontrolovaný ho podľa § 40 ods. 6 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní z predmetného verejného obstarávania vylúčil. Z uvedeného preto vyplýva, že nakoľko tento iný hospodársky subjekt, s ktorým mal podľa slov kontrolovaného navrhovateľ uzavrieť dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, neposkytol kontrolovanému svoju odpoveď (a tým pádom ani cenový rozbor položiek), a teda kontrolovaný nemohol ponuku navrhovateľa s ponukou iného hospodárskeho subjektu z hľadiska nastavenia cenových položiek porovnať, **kontrolovaného argumentáciu, že v oboch ponukách** (pozn. úradu: ponuka navrhovateľa a ponuka iného hospodárskeho subjektu) **u identifikovaných položiek je na výpočet ceny nastavený ten istý vzorec, nemôže úrad považovať za relevantnú**. Úrad navyše poukazuje aj na fakt, že pri porovnaní ponuky navrhovateľa s ponukou tohto iného uchádzača úrad zistil, že **len pri jednej položke zo všetkých nacených položiek možno konštatovať zhodu výslednej ceny, a to**

pri položke č. 2899712211 (geotextília netkaná PP (...)). Na základe vyššie uvedeného nemožno podľa názoru úradu považovať znaky uvedené kontrolovaným, že predložená cenová ponuka oboch uchádzačov sa zhoduje v jednej položke, v troch položkách bol podľa kontrolovaného zistený nastavený vzorec (x 1,69), vo dvoch položkách nastavený vzorec (x 0,91) a v ďalších dvoch položkách nastavený vzorec (x 0,73), za znaky kolúzneho správania.

67. Úrad pre ďalšie ozrejmienie vyššie uvedeného, a zároveň s poukazom na časť výzvy na predkladanie ponúk uvedenú v bode 44 tohto rozhodnutia, či ustanovenie o elektronickej aukcii v bode 58 tohto rozhodnutia dodáva, že ak by aj kontrolovaným uvedené znaky kolúzneho konania, a to konkrétne, že predložená cenová ponuka oboch uchádzačov sa zhoduje v jednej položke, v troch položkách bol podľa kontrolovaného zistený nastavený vzorec (x 1,69), vo dvoch položkách nastavený vzorec (x 0,91) a v ďalších dvoch položkách nastavený vzorec (x 0,73) boli zo strany kontrolovaného preukázané, **mali by zanedbateľný účinok na výsledok predmetného verejného obstarávania z dôvodu využitia elektronickej aukcie v predmetnom verejnom obstarávaní podľa ustanovenia § 54 zákona o verejnom obstarávaní.**
68. Úrad zároveň ku skutočnostiam uvedeným kontrolovaným v oznámení o vylúčení navrhovateľa uvádza, že z jeho obsahu nijakým spôsobom **nevyplyva, ako sa kontrolovaný vysporiadal so skutočnosťami uvedenými v navrhovateľovej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie týkajúcimi sa personálneho prepojenia** konštatovaného kontrolovaným, pričom navrhovateľ riadne a navyše v stanovenej lehote poskytol kontrolovanému svoje odpovede na otázky uvedené v žiadosti o vysvetlenie.
69. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého **verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača 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 najlacnejšej ponuky, resp. ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením alebo doplnením odstrániť.
70. Úrad uvádza, že v predmetnom prípade kontrolovaný využil inštitút vysvetlenia, resp. doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pričom pri jeho uplatnení v žiadosti o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov (bod 48 tohto rozhodnutia) požadoval od navrhovateľa, aby zodpovedal otázky uvedené v predmetnej žiadosti o vysvetlenie. Pre úplnosť úrad dodáva, že navrhovateľ na žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov kontrolovanému poskytol odpoveď v kontrolovaným stanovenej lehote (bod 49 tohto rozhodnutia).
71. Úrad v súvislosti s vyššie uvedenými skutočnosťami poukazuje na § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne na princíp transparentnosti, ktorý je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. V rozpore s týmto princípom je akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Účelom povinnosti uplatniť princíp transparentnosti je aj zamedzenie vzniku situácie, kedy záujemca, resp. uchádzač nedokáže dostatočne identifikovať obsah úkonov verejného obstarávateľa a dôvody, resp. účel jeho postupu. Nevyhnutnou

súčasťou riadneho uplatnenia princípu transparentnosti je teda taký postup verejného obstarávateľa, ktorým je zabezpečená náležitá preskúmateľnosť každého úkonu vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky. Zároveň je potrebné zdôrazniť, že v zmysle § 24 ods. 1 tohto zákona je kontrolovaný povinný zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie.

72. Úrad taktiež vo vzťahu k vyššie uvedenému uvádza, že podľa **princípu transparentnosti, ktorý je uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní** musí byť každý úkon verejného obstarávateľa preskúmateľný. V nadväznosti na uvedené úrad dáva na vedomie rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave pod značkou 2S 366/10-352 zo dňa 28.09.2011, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „Najvyšší správny súd ČR v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12.05.2008 skonštatoval, že **k porušeniu zásady transparentnosti môže dôjsť vtedy, pokiaľ sa v postupe obstarávateľa vyskytujú také prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa.** Tento záver je v plnom súlade s výkladom tejto zásady zo strany Súdneho dvora EÚ. Napr. Stanovisko generálnej advokátky Stix-Hackl vo veci Coname, cit. v bode (42), ktoré zahŕňa doterajšiu judikatúru Súdneho dvora, uvádza, že transparentnosť podľa smerníc obsahuje viac než samotné aspekty spojené s publicitou konkrétnych verejných súťaží (bod 88). Okrem toho **princíp transparentnosti predstavuje hlavnú zásadu pre celé verejné obstarávanie.** S ohľadom na práve uvedené možno uzavrieť, že podmienkou dodržania zásady transparentnosti je priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí ako férový a riadny. Motívy jednotlivých osôb participujúcich na výbere uchádzačov o zákazku (či by išlo o motívy plne zákonné, dané len neschopnosťou navonok pôsobiť férovo a riadne, event. nezákonné alebo dokonca kriminálne) sú v tomto ohľade pre posúdenie porušenia zásady transparentnosti irelevantné.“.
73. Vzhľadom na skutočnosť, že v odôvodnení oznámenia o vylúčení (bod 50 tohto rozhodnutia) absentuje akákoľvek zmienka o vysporiadaní sa so skutočnosťami uvedenými v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie navrhovateľa, ďalej že kontrolovaný nešpecifikoval akým iným spôsobom je hospodársky subjekt YZ zainteresovaný v tom istom verejnom obstarávaní, a zároveň, že kontrolovaný len mechanicky zahrnul do konštatovania, že na základe preukázania podmienok rizikových faktorov uvedených v bode č. 3, č. 6 a č. 9 zoznamu PMÚ a jeho dedukcie stratégie účastníkov verejného obstarávania, a to najmä znaku kolúzneho správania, konkrétne nastaveným vzorcom na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien u identifikovaných položiek, má kontrolovaný za to, že navrhovateľ svojím vysvetlením nevyvrátil pochybnosti kontrolovaného o skutočnosti, že navrhovateľ v danom verejnom obstarávaní neuzatvoril s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, **má úrad za to, že navrhovateľ sa teda dostatočne nemohol oboznámiť so všetkými skutočnosťami, ktoré predstavovali základ pre vyslovenie záveru kontrolovaného, že uchádzač uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, na základe ktorých kontrolovaný navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vylúčil, pričom sa navrhovateľ zároveň ani nemal možnosť voči týmto skutočnostiam brániť podanými námietkami.** Úrad zároveň konštatuje, že navrhovateľ sa taktiež nemohol oboznámiť so skutočnosťami uvedenými v odôvodnení žiadosti o vysvetlenie kontrolovaného, nakoľko kontrolovaný nijakým spôsobom nešpecifikoval konkrétne ktoré personálne prepojenie navrhovateľa s iným hospodárskym subjektom mal kontrolovaný na mysli (bod 48 tohto rozhodnutia).

74. Úrad v tejto súvislosti poukazuje opakovane na ustanovenie § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého **verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača 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 najlacnejšej ponuky, resp. ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, teda zabezpečenie, aby sa verejné prostriedky vynakladali čo najhospodárnejšie a nedochádzalo k vylúčeniu uchádzačov z dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením alebo doplnením odstrániť.
75. V nadväznosti na uvedené má úrad za to, že ak by kontrolovaný namiesto toho, že hneď vylúčil navrhovateľa, pristúpil ku konfrontovaniu navrhovateľa v kontexte so skutočnosťami uvedenými v jeho odpovedi na žiadosť o vysvetlenie, mohol od navrhovateľa obdržať vysvetlenie nezrovnalostí, na základe ktorých vylúčil navrhovateľa a v rámci ktorého by navrhovateľ mohol objasniť predmetné nezrovnalosti, resp. by na základe vysvetlenia navrhovateľa mal jednoznačne preukázané, či navrhovateľ uzavrel, resp. neuzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž. **Vzhľadom na nedodržanie načrtnutého postupu, sa vylúčenie navrhovateľa kontrolovaným javí úradu ako predčasné, pričom úrad poukazuje aj na ustanovenie § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že v prípade ak má verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ za to, že navrhovaný subdodávateľ nespĺňal podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), môže písomne požiadať uchádzača o jeho nahradenie.** Uchádzač doručí návrh nového subdodávateľa do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti podľa prvej vety predmetného ustanovenia, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu (bod 57 tohto rozhodnutia).
76. Čo sa týka kontrolovaným uvedeného dôvodu vylúčenia navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní úrad má za to, že za dohody narušujúce hospodársku súťaž sa považujú kartelové dohody uchádzačov a záujemcov, ďalej tzv. kolúzne správanie týchto subjektov, nakoľko dôvodom, prečo je kolúzia vo verejnom obstarávaní nežiaduca, je tá skutočnosť, že každá kolúzia v sebe zahŕňa v konečnom dôsledku vyššiu cenu, resp. inak nepriaznivejšiu ponuku pre verejného obstarávateľa/obstarávateľa, a to z dôvodu potreby úhrady nákladov za vykonanie kolúzneho konania. Spravidla sa kolúzia vo verejnom obstarávaní realizuje vo forme dohody o cene, dohody o rozdelení trhu, dohody o obmedzení výroby a v iných formách výmeny citlivých informácií. **Úrad má za to, že v kontexte aplikácie § 40 ods. 6. písm. g) zákona o verejnom obstarávaní ako dôvodu vylúčenia sa vyžaduje, aby mal verejný obstarávateľ/obstarávateľ skutočne dôkazy o kolúznom konaní, nepostačujú len indície, nakoľko ako je zrejmé zo znenia tohto ustanovenia, musí dôjsť k existencii „dôvodného podozrenia“ a k skutočnému uzatvoreniu dohody narúšajúcej hospodársku súťaž.** Za dôkaz o kolúznom konaní, okrem samotného priznania jedného z uchádzačov, je možné považovať napríklad také cenové ponuky uchádzačov, keď položky víťaza sú uvedené len číslou a iné ponuky k uvedenej príslušnej číslu obsahujú funkcie násobkov, a to či už konkrétne čísla, alebo náhodnej výšky.
77. Úrad v súvislosti s vyššie uvedeným považuje za preukázané, že z obsahu sprístupnenej dokumentácie kontrolovaným úradu, vyplýva skutočnosť, že **kontrolovaný nepreukázal svojimi tvrdeniami a vyjadreniami, že skutočne disponuje dôkazmi o kolúznom konaní navrhovateľa, a teda že došlo k existencii „dôvodného podozrenia“ a k skutočnému uzatvoreniu dohody narúšajúcej hospodársku súťaž medzi navrhovateľom a iným hospodárskym subjektom v predmetnom verejnom obstarávaní.** Úrad má za to, že kontrolovaný

v oznámení o vylúčení postavil dôvod vylúčenia navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní len na samotnom tvrdení o existencii rizika dohody narúšajúcej hospodársku súťaž medzi navrhovateľom a iným hospodárskym subjektom, pričom uvedené svojím vyjadrením: „na základe preukázania naplnenia podmienok rizikových faktorov uvedených v bode č. 3, č. 6 a č. 9 a dedukcie stratégie účastníkov obstarávania (najmä znaku kolúzneho správania - nastaveným vzorcom na výpočet cien položiek alebo rovnakých cien u identifikovaných položiek) má verejný obstarávateľ za preukázané, že uchádzač uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž“ vo svojom písomnom vyjadrení k námietkam aj potvrdil (bod 33 a nasl. a 50 tohto rozhodnutia).

78. Navyše, ak by sa aj zo strany kontrolovaného podarilo v procese verejného obstarávania identifikovať personálne prepojenie medzi subdodávateľom navrhovateľa a iným hospodárskym subjektom, úrad dodáva, že kontrolovaný nemôže dávať na ťarchu navrhovateľovi, že jeho subdodávateľ uzatvoril s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, nakoľko navrhovateľ o takejto dohode narúšajúcej hospodársku súťaž medzi svojím subdodávateľom a iným hospodárskym subjektom častokrát nemusí mať ani vedomosť.
79. Úrad zastáva názor, že po tom ako kontrolovaný identifikoval skutočnosti smerujúce k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré mu predložil vo svojej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie navrhovateľ, resp. ak kontrolovaný naďalej mal pochybnosti týkajúce sa existencie dohody narúšajúcej hospodársku súťaž, mal navrhovateľa požiadať o vysvetlenie týchto skutočností. Vzhľadom na povahu predmetných skutočností, ktoré vo verejnom obstarávaní evokovali určité nezrovnalosti, ako aj na vyššie popísané okolnosti, má úrad za to, že tieto nezrovnalosti mohol kontrolovaný objasniť prostredníctvom opätovného využitia inštitútu vysvetlenia, resp. doplnenia predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a to tak, aby na základe vysvetlenia navrhovateľa mal kontrolovaný jednoznačne za preukázané, či navrhovateľa je možné oprávnenne podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vylúčiť. **Nakoľko ale kontrolovaný túto skutočnosť dostatočne nepreskúmal, tým, že sa jednak dostatočne nevysporiadal s odpoveďami navrhovateľa uvedenými vo vysvetlení jeho ponuky, a tiež že nekonfrontoval navrhovateľa so skutočnosťami, ktoré kontrolovaný konštatoval až v oznámení o vylúčení, a teda nepožiadaval navrhovateľa o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov vo vzťahu k identifikovaným skutočnostiam uvedeným v oznámení o vylúčení navrhovateľa, konal v rozpore s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj vylúčenie navrhovateľa bolo v rozpore s § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pretože k nemu kontrolovaný dospel na základe nedostatočne zisteného skutkového stavu.**
80. Úrad ďalej uvádza, že na základe vyššie uvedeného považuje tento **proces verejného obstarávania kontrolovaného za rozporný najmä s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý má zabezpečiť, aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom.** Transparentnosť procesu zadávania verejných zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. **V rozpore s touto zásadou, a teda aj so zákonom o verejnom obstarávaní je akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné.**

81. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že ak kontrolovaný mal pochybnosti týkajúce sa existencie dohody narúšajúcej hospodársku súťaž, **v predmetnom prípade mal pre dostatočné zistenie skutkového stavu opätovne požiadať navrhovateľa o vysvetlenie zistených skutočností, a to aj s ohľadom na odpovede vo vyjadrení navrhovateľa na predošlú žiadosť o vysvetlenie v súlade s § 40 ods. 4 v spojení s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom svoju žiadosť mal formulovať jednoznačne a konkrétne uviesť nejasnosti, ktoré bolo treba vysvetliť.** Úrad uvádza, že žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov musí byť koncipovaná v súlade s princípom transparentnosti, tzn. uchádzačom z nej musia byť zrejmé pohnútky kontrolovaného vedúce k tejto žiadosti a musí obsahovať jednoznačne formulované otázky. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný má pristúpiť k vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania až po dôkladnom preskúmaní a zhodnotení všetkých predložených dokladov. V intenciách žiadosti o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov a vo vzťahu k odôvodneniu oznámenia o vylúčení navrhovateľa úrad teda uvádza, že ak kontrolovaný identifikoval skutočnosti smerujúce k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré mu predložil vo svojej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie navrhovateľ, mal následne navrhovateľa požiadať o vysvetlenie týchto skutočností. Vzhľadom na povahu predmetných skutočností, ktoré vo verejnom obstarávaní evokovali určité nezrovnalosti, ako aj na vyššie popísané okolnosti, má úrad za to, že **kontrolovaný mal opakovane požiadať navrhovateľa o vysvetlenie resp. doplnenie predložených dokladov v súlade s § 40 ods. 4 v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a v tejto žiadosti o vysvetlenie resp. doplnenie predložených dokladov samotného navrhovateľa priamo so všetkými skutočnosťami aj v kontexte jeho odpovedí na predošlú žiadosť o vysvetlenie, konfrontovať.** Ak totiž z dokladov, ktoré uchádzač predloží na účel preukázania splnenia podmienok účasti vyplynie nejasnosť, prípadne nesúlad, je kontrolovaný povinný tieto skutočnosti riadne preveriť. S poukazom na metodické usmernenie č. 6881-5000/2016 z 27. 4. 2016, má úrad za to, že v prípade ak je predložený dôkazný prostriedok a verejný obstarávateľ nevie správne vyhodnotiť splnenie podmienky účasti (napr. nejednoznačnosť dôkazu) je v súlade s princípom proporcionality, aby **verejný obstarávateľ využil oprávnenie podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a požiadal uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov.**
82. Na základe uvedených skutočností má úrad za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 a § 40 ods. 4 a ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z oznámenia o vylúčení navrhovateľa nebolo zrejmé, na základe akých skutočností, ktoré predstavovali základ pre vyslovenie záveru kontrolovaného, že navrhovateľ uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narúšajúcu hospodársku súťaž, navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vylúčil. Kontrolovaný nemal podľa úradu v takomto prípade pristúpiť k vylúčeniu navrhovateľa, ak na základe zisteného skutkového stavu nemal za dostatočne preukázané dôvody pre takéto vylúčenie, ale mal navrhovateľa aj opakovane požiadať o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, pričom pri jej uplatnení a formulovaní mal dodržiavať princípy transparentnosti a rovnakého zaobchádzania.
83. 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.

84. 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.
85. Úrad v súlade s § 175 ods. 1 písm. a) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 4 a § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pretože pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa z dôvodu, že navrhovateľ uzavrel v danom verejnom obstarávaní s iným hospodárskym subjektom dohodu narušajúcu hospodársku súťaž bez náležitého zistenia skutkového stavu, pričom na jeho zistenie opakovane nevyužil inštitút vysvetlenia ponuky napriek tomu, že v predloženej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie identifikoval skutočnosť podľa neho zakladajúce vylúčenie navrhovateľa, ktoré však boli možné vysvetlením zo strany navrhovateľa vysvetliť, resp. odstrániť. Tým, že kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa predčasne bez predchádzajúceho využitia inštitútu vysvetlenia, prostredníctvom ktorého by jednak preskúmal identifikované rozpory v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie navrhovateľa, a tiež nekonfrontoval navrhovateľa so zistenými skutočnosťami, nemohol mať jednoznačne preukázané, či vylúčenie navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní alebo nie je. V kontexte uvedeného preto kontrolovaný postupoval aj v rozpore s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého musí byť každý úkon verejného obstarávateľa preskúmateľný, ako aj princípom hospodárnosti a efektívnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže sa predčasným vylúčením navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania mohol pripraviť o možnosť získať ponuku, ktorá potenciálne mohla byť ekonomicky najvýhodnejšia.
86. Na základe uvedených skutočností úrad pristúpil k vydaniu rozhodnutia podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda k nariadeniu odstránenia protiprávneho stavu, nakoľko kontrolovaný vylúčil navrhovateľa v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom toto porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže sa týmto postupom kontrolovaného navrhovateľovi znemožnilo pokračovať v predmetnom verejnom obstarávaní a navrhovateľ by sa teda nemohol potenciálne stať úspešným v predmetnom verejnom obstarávaní.
87. Ako návod pre kontrolovaného ako v budúcnosti predísť uvedenému porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súlade s § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že by kontrolovaný nemal pristúpiť k vylúčeniu uchádzača bez náležitého zistenia skutkového stavu a bez predchádzajúceho využitia inštitútu vysvetlenia resp. doplnenia dokladov, pokiaľ zistené nezrovnalosti je možné prostredníctvom vysvetlenia zo strany uchádzača vysvetliť a odstrániť, a to tak, aby kontrolovaný mohol bez akýchkoľvek pochybností riadne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti a mal jednoznačne za preukázané, že ním predložené doklady spĺňajú kontrolovaným stanovené podmienky. Úrad ďalej odporúča kontrolovanému, aby k vylúčeniu uchádzača pristúpil až na základe riadne preskúmaného skutkového stavu za použitia nesporných dôkazných prostriedkov, a to takým spôsobom, aby vylúčenie uchádzača bolo v súlade so zákonom

o verejnom obstarávaní, a zároveň v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého musí byť každý úkon verejného obstarávateľa preskúmateľný, ako aj s princípom hospodárnosti a efektívnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a v prípade nejasností aj opakovane postupoval v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, a teda písomne požiadal uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov.

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

Kaucia

90. 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 zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % 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.
91. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia 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 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. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 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 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.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručuje:

1. XY – navrhovateľ
2. Verejnoprospešné služby Liptovský Mikuláš, Družstevná 1, 031 01 Liptovský Mikuláš,
IČO: 00183636 – kontrolovaný

Na vedomie:

podľa rozdeľovníka