

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a podľa § 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 **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) zastúpeného advokátskou kanceláriou **A**, smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Cyklotrasa Šamorín – Kvetoslavovo – I. Etapa“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Mesto Šamorín**, Hlavná 37, 931 01 Šamorín, IČO: 00 305 723 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 121/2020 dňa 08. 06. 2020 pod značkou 21648 – WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie **zamieta** námietky navrhovateľa **XY**, zastúpeného advokátskou kanceláriou **A**, podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 06. 07. 2020, podal námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu¹, smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) 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 podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 06. 07. 2020 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizovalo, t. j. cez systém EVO.
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 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. Úrad uvádza, že navrhovateľ v postavení uchádzača predložil ponuku do predmetného verejného obstarávania elektronicky prostredníctvom informačného systému EVO dňa 30. 06. 2020.

¹ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente) v znení neskorších predpisov

3. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.
4. Z § 172 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 2 000 EUR.
5. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 06. 07. 2020 kauciu vo výške 2 000 EUR.
6. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že boli splnené všetky zákonom stanovené podmienky konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ namieta, že predmetnú podmienku účasti považuje za stanovenú v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, základnými zásadami a princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to z dôvodu jej neprimeranosti a skryto diskriminačného charakteru, a to v kontexte stanovenia ostatných podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v súťažných podkladoch. Vyššie uvedené podľa navrhovateľa vzbudzuje značné pochybnosti o transparentnosti postupu kontrolovaného. Navrhovateľ v žiadosti o nápravu ďalej argumentoval stanovením podmienky účasti v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a to s poukazom na to, že podmienka účasti predstavuje kumuláciu špecifických konkrétnych vlastností, ktoré musia byť v jednej referenčnej stavbe obsiahnuté, ako aj na to, že referenčná stavba v zmysle podmienky účasti nepredstavuje z pohľadu predmetu zákazky nejaké unikátne alebo nenahraditeľné skúsenosti v oblasti stavebných prác, ktorých absencia na strane dodávateľa by automaticky rezultovala do nekvalitnej či nekvalifikovanej realizácie predmetu zákazky ako celku. Navrhovateľ ďalej uvádza, že na podklade žiadosti o nápravu žiadal, aby kontrolovaný nezákonnú podmienku účasti zo súťažných podkladov odstránil, a tak umožnil zúčastniť sa procesu verejného obstarávania širšej množine relevantných dodávateľov na trhu.
8. Navrhovateľ zdôrazňuje, že v žiadosti o nápravu primárne namieta skutočnosť, že podmienka účasti, ktorej nezákonnosť navrhovateľ napáda je stanovená v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj so základnými princípmi verejného obstarávania stanovenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to predovšetkým s princípom primeranosti a nediskriminácie, nakoľko prostredníctvom jej stanovenia v rámci podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti kontrolovaný činí proces verejného obstarávania zákazky netransparentným a fakticky znemožňuje, aby sa verejného obstarávania zúčastnili relevantní dodávatelia, ktorí sú objektívne schopní ostatné podmienky účasti splniť a samotný predmet zákazky bezproblémovo realizovať, no v dôsledku podmienky účasti sa nemôžu procesu verejného obstarávania zúčastniť vôbec, prípadne bez toho, aby sa ich ponuka stala absolútne nekonkurencieschopnou.
9. Navrhovateľ uvádza, že podmienka účasti je vzhľadom k povahe a charakteru predmetu zákazky, ako aj vecnej stránke realizovaných stavebných prác v súvislosti s realizáciou stavby uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom, resp. terminálom zabezpečených kamerovým systémom zjavne neprimeraná. Navrhovateľ uvádza,

že identifikuje potenciál skryto diskriminovať dodávateľov, ktorí síce disponujú dostatočnými odbornými kapacitami na bezproblémovú realizáciu zakazy, no z dôvodu nutnosti preukázania splnenia podmienky účasti v rámci podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nesúvisí s realizáciou unikátnych či neopakovateľných stavebných prác nad primeranú mieru obmedzujú hospodársku súťaž medzi potenciálnymi záujemcami o realizáciu zakazky, môže podľa navrhovateľa dôjsť k nehospodárnej realizácii zakazky.

10. Hlavným právnym argumentom kontrolovaného, ktorý má podľa navrhovateľa svedčiť o stanovení podmienky účasti v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, a to predovšetkým s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a princípmi verejného obstarávania uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je, že podmienka účasti ako aj nastavenie súťažných podkladov boli predmetom ex ante posúdenia zo strany úradu podľa § 168 zákona o verejnom obstarávaní, čím úrad osvedčil zákonnosť, a teda primeranosť a transparentnosť podmienky účasti. Navrhovateľ ďalej uvádza, že mu nie je jasné, či kontrolovaný má na mysli ex ante posúdenie zo strany úradu podľa § 168 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko toto je aplikovateľné výlučne na nadlimitné zakazky úplne alebo sčasti financované z prostriedkov Európskej únie, pričom zakazka, ktorá je predmetom tohto verejného obstarávania je podlimitná, a teda úrad by sa v prípade žiadosti kontrolovaného o ex ante posúdenie podľa § 168 zákona o verejnom obstarávaní takouto žiadosťou nemal ani zaoberať. Kontrolovaný podľa navrhovateľa k Oznámeniu o zamietnutí žiadosti o nápravu vyjadrenie z ex ante posúdenia úradu nedoložil ani inak nepreukázal. Navrhovateľ tiež uvádza, že sa mu výsledok ex ante posúdenia verejného obstarávania zakazky úradom nepodarilo dohľadať ani na webovom sídle, kde by malo byť podľa § 168 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zverejnené. Zároveň navrhovateľ uvádza, že z Výzvy na predkladanie ponúk, konkrétne z bodu II.2.13) vyplýva, že obstarávanie sa netýka projektu ani programu financovaného z fondov Európskej únie, a teda navrhovateľovi sa celkovo javí Oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu za zmätočné a nepreskúmateľné, a teda nezákonné, nakoľko kontrolovaný podľa navrhovateľa na určitých miestach spomína poskytnutie dotácie, ako aj ex ante kontrolu úradu, ktoré je s poukazom na vyššie uvedené podľa názoru navrhovateľa na verejné obstarávanie tejto zakazky neaplikovateľné.
11. Navrhovateľ vo vzťahu k ďalším tvrdeniam o zákonnosti podmienky účasti uvádza, že pri „výstavbe“ uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom, resp. terminálom zabezpečených kamerovým systémom reálne ani nejde o realizáciu výstavby, a už vôbec nie o realizáciu stavebných prác, ktoré majú taký unikátny či nenahraditeľný charakter, že musia byť špecifickou podmienkou účasti. Podľa navrhovateľa z technického hľadiska v rámci realizácie stavebných prác na výstavbe prístrešku ide o osadenie, resp. ukotvenie vyrobeného a dodaného produktu na pripravené betónové základy, čo nemožno z pohľadu realizácie stavebných prác a technologických postupov považovať na unikátne stavebné práce či skúsenosti, ktoré by museli byť poskytnuté presne tak, ako to vyžaduje kontrolovaný v rámci podmienky účasti. V tejto súvislosti navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný sa potenciálne dopustil aj nezákonnej praktiky spájania nesúvisiacich predmetov plnenia do jednej zakazky, konkrétne dodávka zariadení – cykloprístreškov, resp. mobiliáru a stavebných prác, ktoré by mal v súlade s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obstarávať samostatne, nakoľko takýmto spôsobom uvedené spojenie využil kontrolovaný aj v rámci stanovenia podmienky účasti, ktorá je rovnako nezákonná, nakoľko je podľa navrhovateľa technicky neprimeraná a má skryto diskriminačný potenciál.

12. Navrhovateľ má za to, že zo súťažných podkladov vyplýva, že zhotoviteľom celej projektovej dokumentácie je spoločnosť B, o ktorej je podľa navrhovateľa v stavebnom prostredí známe, že v projektovej dokumentácii uvádza priame alebo nepriame odkazy na výrobky spoločnosti C, ktorej výrobky sama v niektorých prípadoch verejným obstarávateľom predáva. Navrhovateľ ďalej uvádza, že sa môže oprávnenne obávať, že je zvýhodnená spoločnosť C alebo stavebné spoločnosti, ktoré s touto spoločnosťou obchodujú, keďže časť E projektovej dokumentácie je podľa navrhovateľa zhodná s technickou špecifikáciou produktov C.
13. Navrhovateľ má za to, že zo strany kontrolovaného nedošlo k dostatočnému vyvráteniu tvrdení navrhovateľa o neopodstatnenosti, neprimeranosti a skrytej diskriminácii v procese verejného obstarávania zákazky, ktorú vyvoláva aktuálne nastavenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti skrz podmienku účasti.
14. Navrhovateľ uvádza, že ako potenciálny záujemca o realizáciu zákazky je v dôsledku stanovenia nezákonnej podmienky účasti v súťažných podkladoch zo strany kontrolovaného dotknutý na svojich právach tým, že napriek tomu, že je objektívne schopný zrealizovať predmet zákazky a fakticky splniť podstatné podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia ako aj technickej a odbornej spôsobilosti, ako aj splniť ďalšie podmienky stanovené zo strany kontrolovaného v súťažných podkladoch na predmet zákazky, nie je schopný vypracovať a podať ponuku do súťaže a relevantne sa uchádzať o realizáciu zákazky. Pokiaľ by sa navrhovateľ chcel verejného obstarávania k zákazke zúčastniť a podať ponuku aj napriek existencii napádanej podmienky účasti v aktuálnom znení súťažných podkladov, navrhovateľ uvádza, že by nebol schopný ponuku do verejného obstarávania k zákazke verejnemu obstarávateľovi podať bez toho, aby sa výrazne nezvýšili jeho náklady na vypracovanie ponuky do verejného obstarávania k zákazke v súvislosti s preukazovaním splnenia podmienky účasti napr. využitím kapacít inej osoby, ktorá by disponovala odbornými alebo technickými kapacitami k preukázaniu splnenia podmienky účasti. Podľa navrhovateľa by sa na základe vyššie uvedeného jeho ponuka stala nekonkurencieschopnou a neporovnateľnou s ponukami iných potenciálnych uchádzačov, ktorí by boli schopní podmienky účasti splniť ekonomickejšie, no v konečnom výsledku potenciálne nie najhospodárnejšie a najvýhodnejšie z pohľadu kontrolovaného.
15. Navrhovateľ tiež uvádza, že v prípade, ak by došlo k zmene znenia podmienky účasti tak, ako navrhoval v žiadosti o nápravu, navrhovateľ a potenciálne aj ďalší záujemcovia, resp. uchádzači by boli objektívne schopní ponuku do verejného obstarávania pripraviť a podať, a teda zvýšiť počet podaných ponúk do verejného obstarávania, čo by mohlo mať podľa navrhovateľa priamy pozitívny dopad na výšku vysúťaženej ceny v rámci elektronickej aukcie, a teda na hospodárnosť a efektívnosť procesu verejného obstarávania.
16. Navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému zrušiť použitý postup zadávania zákazky.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

17. 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 **06. 07. 2020**.

18. Úrad zároveň uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 10596-6000/2020-PO zo dňa 10. 07. 2020 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného vo verejnom obstarávaní okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného verejného obstarávania a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy.
19. 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. Dňa 13. 07. 2020 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam. Dňa 17. 07. 2020 kontrolovaný úradu doručil dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu. Úrad uvádza, že kontrolovaný zriadil v prospech úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu dňa 23. 07. 2020.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

20. Kontrolovaný v písomnom vyjadrení námietkam uvádza, že ponuku v stanovenom termíne, predložili spolu šiesti uchádzači, medzi ktorými je aj sám navrhovateľ. Kontrolovaný poukazuje na obsah námietky, kde sa navrhovateľ viackrát prezentuje ako potenciálny záujemca, ktorého podmienka účasti stanovená kontrolovaným vo veci technickej a odbornej spôsobilosti bránila k predloženiu ponuky. Uvedené tvrdenie je podľa kontrolovaného zavádzajúce a odporuje skutočnosti, nakoľko navrhovateľ je uchádzačom v predmetnej súťaži.
21. Kontrolovaný poukazuje na fakt, že prostredníctvom podmienok účasti vo verejnom obstarávaní si verejný obstarávateľ overí spôsobilosť a postavenie uchádzača, čím sa uistí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované schopným, znalým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Podľa kontrolovaného je logické, že stanovenie podmienok účasti bude vždy znamenať istú formu obmedzenia. Ak by aby stanovené podmienky účasti mali na všetkých potenciálnych záujemcov rovnaký dopad, stanovené podmienky účasti by podľa kontrolovaného spĺňal automaticky každý záujemca. Takáto požiadavka by navyše podľa kontrolovaného nebola ani možná a bola by v rozpore so samotným účelom inštitútu podmienok účasti ako takého, ktorého účelom je zaistiť práve to, aby ponuku predložili uchádzači, ktorí sú spôsobilí realizovať predmet zákazky. Podľa kontrolovaného spoločnosti, ktoré samé nespĺňajú podmienky účasti, môžu v zmysle zákona preukázať splnenie s odvolaním sa na znenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. cez inú osobu.
22. Kontrolovaný ďalej uvádza, že predmetom zákazky je aj výstavba uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom. Kontrolovaný v rámci súťaže však požaduje preukázať splnenie podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní iba na základe jedného referenčného listu o realizácii prác rovnakého podobného charakteru v objeme minimálne 30 000 € bez DPH, pričom je podľa kontrolovaného cena za jeden uzamykateľný prístrešok minimálne nad 45 000 € bez DPH. Zájemcovia, resp. uchádzači mali podľa kontrolovaného možnosť predložiť v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní jeden referenčný list, ktorý by preukazoval tak realizáciu cesty ako aj uzamykateľného prístrešku pre bicykle s prístupovým systémom.

23. Kontrolovaný ďalej uvádza, že stanovil podmienku účasti transparentne. Daná podmienka účasti bola podľa kontrolovaného schválená a kontrolovaná aj úradom pri prvej ex-ante kontrole podlimitnej zákazky.
24. Kontrolovaný trvá na uvedenej skutočnosti, že dané prístrešky sa bežne realizujú a danú podmienku účasti spĺňa minimálne 5 hospodárskych subjektov, čo preukázali samotní uchádzači v ponuke.
25. K tvrdeniu navrhovateľa, že zhotoviteľ projektovej dokumentácie, spoločnosť B uvádza priame alebo nepriame odkazy na výrobky spoločnosti C a táto spoločnosť by mohla byť zvýhodnená, kontrolovaný uvádza, že v danej veci oslovil aj samotného projektanta. S odvolaním sa na vyššie uvedené má navrhovateľ zato, že daná námietka je účelová v snahe poškodiť dobré meno a zmariť predmetné verejné obstarávanie.
26. Kontrolovaný má za to, že sa vyjadril k námietke navrhovateľa, postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a preukázal, že takto stanovená podmienka účasti plne zodpovedá predmetu zákazky, nakoľko je aj požiadavkou samotnej úspešnej realizácie a na trhu existuje dostatočné množstvo dodávateľov, ktorí zákazky rovnakého resp. podobného charakteru realizovali, o čom svedčí aj samotný počet uchádzačov.

Zistenia úradu

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

27. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Cyklotrasa Šamorín – Kvetoslavovo – I. Etapa“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 121/2020 dňa 08. 06. 2020 pod značkou 21648 – WYP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 758 352,97 Eur bez DPH, ide o podlimitnú zákazku na stavebné práce s využitím elektronickej aukcie. Dňa 22. 06. 2020 doručil navrhovateľ kontrolovanému žiadosť o nápravu. Dňa 24. 06. 2020 kontrolovaný doručil navrhovateľovi vybavenie žiadosti o nápravu. Dňa 06. 07. 2020 doručil navrhovateľ kontrolovanému a úradu námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným.
28. V A2. „Podmienky účasti“, časť III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ súťažných podkladov, kontrolovaný uviedol cit.: „1.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. b) v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO
2.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. c) v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO
3.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. d) v súvislosti s § 35 zákona v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO
4.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. g) v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO.
5.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. h) v súvislosti s § 36 v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO.
6.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. l) v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO.
7.Doklady podľa § 34 ods. 1 písm. j) v rozsahu a platnosti v zmysle ZVO.
8. Uchádzač môže v zmysle § 34 ods. 3) 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 verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

1. k § 34 ods. 1 písm. b)

Požaduje sa predložiť zoznam stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom

1) bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia,

2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené,

Uchádzač splnenie podmienky preukáže na základe min. jedného dokladu o realizácii prác rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky:

a) rekonštrukciu/výstavbu pozemnej komunikácie v objeme minimálne 700 tis. € bez DPH.

b) výstavba krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom /terminálom a zabezpečených kamerovým systémom) v objeme minimálne 30 tis. € bez DPH.

Uchádzač môže preukázať splnenie danej podmienky účasti aj na základe jedného dokladu o realizácii. Doklad o realizácii zákazky bude obsahovať krátky opis stavebných prác, cenu v eur bez DPH, miesto a lehotu uskutočnenia stavebných prác a potvrdenie objednávateľa o uspokojivom vykonaní týchto stavebných prác podľa obchodných podmienok. Ďalej bude v referenčnom liste uvedený kontakt a kontaktná osoba u ktorej si komisia môže preveriť údaje uvedené v referenčnom liste.

V prípade ak je referencia zverejnená v registri referencií vedenom Úradom pre verejné obstarávanie, postačuje uviesť odkaz na zverejnenú referenciu, kde si ju verejný obstarávateľ preverí.

Uchádzač predkladá referenciu/e v prípade, ak je objednávateľ verejný obstarávateľ. (...)“

29. Dňa 22. 06. 2020 navrhovateľ doručil kontrolovanému Žiadosť o nápravu v ktorej uviedol, cit.: „(...) Navrhovateľovi je zo súťažných podkladov k zákazke, a to predovšetkým z časti B.1 OPIS PREDMETU ZÁKAZKY, zrejmé, že súčasťou plnenia predmetu zákazky je aj výstavba krytého exteriérového parkovacieho zariadenia pre bicykle, ktorý bude zabezpečený

kamerovým systémom a bude vybavený prístupovým systémom, no napriek tomu, vzhľadom na vymedzenie predmetu zákazky a spôsobu stanovenia Súťažnej podmienky v súťažných podkladoch k zákazke navrhovateľ považuje Súťažnú podmienku za stanovenú v rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania, a to predovšetkým s princípom primeranosti a nediskriminácie, nakoľko Súťažná podmienka má vzhľadom na jej špecifickosť reálny potenciál znemožniť širokému okruhu relevantných dodávateľov na trhu (vrátane navrhovateľa) účasť vo verejnom obstarávaní k zákazke, keďže predmetnú Súťažnú podmienku nebudú môcť splniť, nakoľko špecifickú stavbu krytého exteriérového parkovacieho zariadenia - uzamykateľného prístrešku pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečeným kamerovým systémom v objeme minimálne 30.000 eur bez DPH za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania týkajúceho sa zákazky nerealizovali.

Navrhovateľ považuje v kontexte stanovenia ostatných podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v súťažných podkladoch k zákazke Súťažnú podmienku za neprimeranú a nadbytočnú, nakoľko súťažné podklady aj bez Súťažnej podmienky dostatočne verejnému obstarávateľovi zabezpečujú, že sa verejného obstarávania zúčastnia výlučne subjekty, ktoré budú technicky a odborne spôsobilé zákazku zrealizovať. Súťažná podmienka má podľa názoru navrhovateľa (skryto) diskriminačný potenciál, nakoľko reálne bráni relevantným dodávateľom sa verejného obstarávania zúčastniť, pokiaľ nedisponujú referenciou na výstavbu špecifickej stavby s vlastnosťami a vo finančnom objeme, ako požaduje verejný obstarávateľ.

(...)

V kontexte vyššie uvedeného je podľa názoru navrhovateľa neprimeranou podmienkou účasti aj taká podmienka účasti, ktorá síce súvisí s predmetom zákazky, no na druhej strane má reálny potenciál zmať proces verejného obstarávania tým, že znemožní účasť relevantným dodávateľom na trhu. V prípade Súťažnej podmienky navrhovateľ, ako dodávateľ, ktorý pozná trhové podmienky v oblasti predmetu zákazky, má vedomosť o tom, že existuje len malý počet referencií na konkrétnu špecifickú stavbu, pri ktorej sú všetky parametre splnené tak, ako vyžaduje verejný obstarávateľ v Súťažnej podmienke, čím Súťažná podmienka je zjavne neprimeraná a má skryto diskriminačný potenciál, ktorý môže rezultovať do stavu praktickej eliminácie hospodárskej súťaže medzi potenciálnymi dodávateľmi, nakoľko väčšina z relevantných dodávateľov bude eliminovaná zo súťaže tým, že nebudú môcť preukázať splnenie predmetnej Súťažnej podmienky.

Podľa záverov Metodického usmernenia ÚVO č. 1228-2000/2006 je podstatné, aby boli požiadavky na technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť nastavené primerane v závislosti od zložitosti a náročnosti predmetu zákazky, a aby bol zabezpečený princíp nediskriminácie. Uvedená všeobecná požiadavka bola ďalej zo strany ÚVO rozpracovaná okrem iného aj v Metodickom usmernení č. 15705- 5000/2015, v ktorom ÚVO uvádza, že pri koncipovaní podmienok účasti je potrebné brať zreteľ na ich primeranosť a spojitosť s predmetom zákazky, pričom je potrebné zohľadňovať situáciu hospodárskych subjektov na trhu v určitom čase. Princíp nediskriminácie zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielného zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie v podstate k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo uchádzačmi). Verejný obstarávateľ je povinný zaistiť všetkými svojimi úkonmi a rozhodnutiami čo najširšiu hospodársku súťaž, a to najmä umožnením účasti čo najväčšiemu množstvu relevantných dodávateľov. **Taktiež je potrebné skúmať podmienky účasti vo vzájomnej súvislosti, či ich kombinácia,**

resp. určité kombinácie nespôsobujú porušenie základných princípov verejného obstarávania. Toto sa realizuje v každom prípade ad hoc, pričom vodiaci prvok by malo predstavovať najmä odôvodnenie primeranosti podmienok účasti, znalosť segmentu trhu, informácie získané z prípadných revízných postupov a pod.

V kontexte vyššie uvedeného je teda potrebné stanoviť také podmienky účasti týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktoré vytvárajú predpoklad, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre verejného obstarávateľa zabezpečí jej bezproblémové plnenie. Ide predovšetkým o to, aby uchádzač resp. záujemca preukázal svoje schopnosti a skúsenosti úspešne realizovať predmet zákazky. **Neznamená to však, že majú byť podmienky účasti (referencie, prax, skúsenosti) nastavené tak, že plne korešpondujú s technickými vlastnosťami obstarávaných stavebných prác.** Kopírovanie predmetu zákazky do znakov podmienok účasti nie je automatickým znakom ich primeranosti. Naopak, takéto nastavenie podmienok je zakázané, pretože určením podmienok účasti vo verejnom obstarávaní nemôže verejný obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov schopných predmet zákazky zrealizovať len na dodávateľov, ktorí v minulosti rovnakú stavbu realizovali, ale musí umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú objektívne schopní plniť predmet zákazky.

Súťažná podmienka vyžaduje od uchádzača predloženie referencie na stavbu s konkrétnymi vlastnosťami, ktoré musí predložená referencia kumulatívne spĺňať. Takéto viacznakové referenčné stavby nie sú *conditio sine qua non* pre dosiahnutie istoty o určitej nevyhnutnej minimálnej úrovni znalostí a ich dôsledkom je eliminácia tých dodávateľov, ktorí pracovali na podobne rozsiahlych a technicky náročných stavbách, avšak nie na stavbách s rovnakými vlastnosťami, ako požaduje verejný obstarávateľ. **Preto sú tieto podmienky (vrátane Súťažnej podmienky) v rozpore so zákonom ako skryto diskriminačné.** Nastavenie podmienok účasti musí napĺňať určitú mieru všeobecnosti, pretože konkrétny predmet zákazky sú spravidla schopní splniť aj dodávatelia, ktorí v minulosti realizovali podobné, nie však úplne obdobné práce.

Z pohľadu získaných skúseností nepredstavuje Súťažná podmienka podľa názoru navrhovateľa žiadne unikátne a nenahraditeľné skúsenosti. Diskriminačný charakter Súťažnej podmienky je znásobený tým, že vyžadované „podskúsenosti“ musia byť obsiahnuté všetky v jednej stavbe. Takáto kumulácia vyžadovaných znakov nie je primeraná a vedie k skrytej diskriminácii. Ak by aj vyžadované konkrétne poznatky boli nevyhnutné, čo ale nie sú, nie je jediný dôvod, prečo by mali byť obsiahnuté v jedinej stavbe. Vo svetle princípov, ktorými je treba sa riadiť pri stanovovaní podmienok účasti, by to tým pádom znamenalo, že táto kombinácia znakov stavebných prác je z pohľadu skúsenosti tak unikátna, že ju vie zrealizovať len ten, kto už stavbu s identickými vyžadovanými znakmi v minulosti realizoval. Uvedené je neprimerané aj v kontexte ďalších podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktoré verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch od uchádzačov vyžaduje.

S ohľadom na vyššie uvedenú argumentáciu navrhovateľa, ako aj citovanú metodiku ÚVO, možno podľa navrhovateľa ustáliť, že napádaná Súťažná podmienka je nezákonná, a to najmä z dôvodu jej rozporu s § 10 ods. 2 ZVO a § 38 ods. 5 ZVO, keďže je neprimeraná a má (skryto) diskriminačný charakter a potenciál, na základe čoho navrhovateľ navrhuje, aby verejný obstarávateľ vykonal príslušnú nápravu súťažných podkladov v zmysle návrhu navrhovateľa uvedeného v časti V. žiadosti o nápravu. (...)“

30. Kontrolovaný dňa 24. 06. 2020 doručil navrhovateľovi „Vybavenie žiadosti o nápravu“, v ktorej uviedol, cit.: „(...) Odôvodnenie zamietnutia:

Verejný obstarávateľ uvádza, že takto stanovená podmienka účasti vzišla z ex- ante kontroly Úradu pre verejné obstarávanie.

Opis predmetu zákazky je uvedený tak v súťažných podkladoch ako aj jeho prílohách, t.j. Projektovej dokumentácii, či výkaze výmer.

Daná podmienka účasti plne súvisí s predmetom zákazky, nakoľko jej realizácia bola podmienkou získania dotácie.

Verejný obstarávateľ v rámci súťaže požaduje preukázať splnenie podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. b) ZVO iba na základe jedného ref. list o realizácii prác rovnakého podobného charakteru v objem min. 30 tis. € bez DPH, pričom v rámci danej súťaže je cena v zmysle predpokladanej hodnoty zákazky za uzamykateľný prístrešok aj nad 45 tis. € bez DPH.

Na základe uvedeného je nespochybniteľné, že Verejný obstarávateľ stanovil podmienku transparentne. Daná podmienka účasti bola stanovená a kontrolovaná Úradom pre verejné obstarávanie práve v rámci ex-ante kontroly z dôvodu špecifickej realizácie využitia stavby (ide predsa o výstavbu uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom ...).

Prostredníctvom podmienok účasti vo verejnom obstarávaní si Verejný obstarávateľ overí spôsobilosť a postavenie uchádzača, čím sa uistí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované schopným, znalým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Je preto logické, že stanovenie podmienok účasti bude vždy znamenať istú formu obmedzenia, aby stanovené podmienky účasti mali na všetkých potenciálnych záujemcov rovnaký dopad, t. j. aby stanovené podmienky účasti spĺňal automaticky každý záujemca. Takáto požiadavka by navyše nebola ani možná a bola by v rozpore so samotným účelom inštitútu podmienok účasti ako takého, ktorého účelom je zaistiť práve to, aby ponuku predložili uchádzači, ktorí sú spôsobilí realizovať predmet zákazky.

Ako sme už uviedli vyššie, ani samotný Úrad uvedené podmienky účasti odobril v rámci ex- ante kontroly a nepovažuje ich za také, ktoré by odporovali princípom verejného obstarávania, najmä princípu nediskriminácie a princípu hospodárnosti a efektívnosti, nakoľko tak sme už uviedli, ide o bežnú podmienku účasti, ktorá plne súvisí s predmetom zákazky a teda sa odvoláva na realizáciu predmetu zákazky rovnakého podobného charakteru (Verejný obstarávateľ nešpecifikuje ani presný typ uzamykateľné prístrešku, ani spôsob uzamykania či zabezpečenia, taktiež nešpecifikuje materiál prístrešku ako ani napr. min. kapacitu, či min. rozlohu a už vôbec nedefinuje funkčný systém, či jeho obsluhu.

Uvedené je plne na uchádzačovi a daná podmienka účasti ako sme už uviedli súvisí s predmetom zákazky, pričom min. požadovaný objem (30 tis. € bez DPH) v rámci podmienky účasti je o 50 % znížený z ceny za prístrešok stanovený oproti rozpočtu tohto projektu.

Dané prístrešky sa pritom bežne realizujú nie len pre Verejných obstarávateľov, ale aj pre súkromný sektor a to aj z dôvodu podpory ochrany životného prostredia, čo vo veľkej miere podporujú aj na Slovensku hlavne najväčší zamestnávateľia, či rôzne rekreačné, relaxačné zariadenia ... Danú podmienku účasti pritom spĺňa min. 5 hospodárskych subjektov.

Verejný obstarávateľ tiež uvádza, že spoločnosti, ktoré samé nespĺňajú podmienky účasti stanovené Verejným obstarávateľom, môžu práve v zmysle zákona preukázať splnenie s odvolaním sa na znenie § 34 ods. 3) ZVO, t.j. cez inú osobu (...)“

Právny rámec

31. 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.
32. 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.
33. Podľa § 34 ods. 1 písm. b) 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: zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom
1. bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia,
 2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.
34. 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.
35. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ

môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

36. Podľa § 168 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ak ide o nadlimitnú zákazku alebo nadlimitnú koncesiu, úplne alebo sčasti financovanú z prostriedkov Európskej únie, kontrolovaný môže pred vyhlásením alebo začatím verejného obstarávania požiadať úrad o ex ante posúdenie dokumentov, proti ktorým je možné podať námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b); ex ante posúdenie sa nevzťahuje na posudzovanie požiadaviek na technické špecifikácie, výkonnostné a funkčné požiadavky a charakteristiky a odborné požiadavky predmetu zákazky podľa § 42.
37. Podľa § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní námietky doručené úradu a kontrolovanému musia obsahovať označenie skutočností, proti ktorým námietky podľa odseku 3 smerujú, pričom ak podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu, námietky nemôžu ísť nad rámec obsahu žiadosti o nápravu.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

38. Navrhovateľ dňa 22. 06. 2020 doručil kontrolovanému prostredníctvom informačného systému EVO žiadosť o nápravu, v ktorej v rámci ktorej namietal, že podmienka účasti týkajúca sa povinnosti predložiť minimálne jeden doklad o realizácii výstavby krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečených kamerovým systémom v objeme minimálne 30 tis. EUR bez DPH je stanovená v rozpore s princípom transparentnosti a diskriminácie.
39. Kontrolovaný vybavil túto žiadosť o nápravu tak, že ju zamietol. Vo vybavení žiadosti o nápravu zo dňa 23. 06. 2020 kontrolovaný uviedol, že stanovená podmienka účasti vzišla z ex-ante kontroly úradu. Zároveň kontrolovaný uviedol, že danú podmienku účasti spĺňa minimálne 5 hospodárskych subjektov a že umožňuje preukázať splnenie podmienky účasti aj cez inú osobu.
40. V súvislosti s tvrdením navrhovateľa týkajúcim sa potencionálneho nezákonného spájania nesúvisiacich predmetov zákazky (dodávka zariadení – cykloprístreškov resp. mobiliáru a stavebných prác a tvrdením navrhovateľa týkajúceho sa zvýhodnenia spoločností spolupracujúcich so spoločnosťou C, úrad poukazuje na § 170 ods. 2 a § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému, pričom ak podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu, námietky nemôžu ísť nad rámec obsahu žiadosti o nápravu. Po preskúmaní textu žiadosti o nápravu, ktorá predchádzala podaným námietkam navrhovateľa úrad uvádza, že sa v nej skutočnosti ohľadom nezákonného spájania nesúvisiacich predmetov zákazky (dodávka zariadení – cykloprístreškov resp. mobiliáru a stavebných prác a zvýhodnenia spoločností spolupracujúcich so spoločnosťou C, nenachádzajú, a teda, že námietky navrhovateľa v týchto častiach idú nad rámec obsahu žiadosti o nápravu. V kontexte uvedeného sa úrad v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok ďalej nezaoberal nezrovnalosťami, na ktoré navrhovateľ

poukázal v námietkach v rámci vyššie uvedených tvrdení, ale iba skutočnosťami, ktoré v podaných námietkach nepresahujú obsah žiadosti o nápravu. Na základe vyššie uvedeného ale úrad uvádza, že v tomto prípade nemožno skonštatovať, žeby dochádzalo k nedovolenému spájaniu predmetu zákazky, nakoľko ani odčlenením cykloprístrešku, resp. mobiliáru od predmetu zákazky by sa nezmenil postup vo verejnom obstarávaní v nadväznosti na príslušný finančný limit.

41. Čo sa týka tvrdení kontrolovaného o tom, že podmienka účasti týkajúcu sa povinnosti predložiť minimálne jeden doklad o realizácii výstavby krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečených kamerovým systémom v objeme minimálne 30 tis. EUR bez DPH bola stanovená a kontrolovaná úradom v rámci ex-ante, úrad uvádza, že toto tvrdenie kontrolovaného (bod 23 tohto rozhodnutia) úrad preveril, a zistil, že predmetné verejné obstarávanie nebolo predmetom ex ante posúdenia zo strany úradu.
42. Úrad ďalej uvádza, že v A2. „Podmienky účasti“, časť III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ súťažných podkladov, je uvedené cit.: *„(...) Uchádzač splnenie podmienky preukáže na základe min. jedného dokladu o realizácii prác rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky:*
a) *rekonštrukciu/výstavbu pozemnej komunikácie v objeme minimálne 700 tis. € bez DPH.*
b) *výstavba krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom /terminálom a zabezpečených kamerovým systémom) v objeme minimálne 30 tis. € bez DPH. (...)“*
43. Úrad uvádza, že verejný obstarávateľ/obstarávateľ stanovuje podmienky účasti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti, ako aj doklady na ich preukázanie podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní už vo výzve na predkladanie ponúk s cieľom vybrať uchádzačov, ktorí budú spĺňať predpoklady a budú schopní riadne a kvalifikovane realizovať obstarávaný predmet zákazky. Úrad dodáva, že verejný obstarávateľ/obstarávateľ má v zmysle § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní právo stanoviť si minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti. Určenie konkrétnych vyžadovaných podmienok účasti, ich minimálnej úrovne, ako aj dokladov slúžiacich na ich preukázanie, je v kompetencii samotného verejného obstarávateľa/obstarávateľa, avšak pri ich stanovení je povinný dodržať princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. že podmienky účasti, ich minimálna úroveň a doklady slúžiace na ich preukázanie musia byť stanovené transparentne, proporcionálne, nediskriminačne, aby umožňovali rovnaké zaobchádzanie so záujemcami alebo uchádzačmi, a zároveň aj čestnú hospodársku súťaž. Verejný obstarávateľ je ďalej povinný pri ich stanovení dodržať ustanovenie § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. že podmienky účasti musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Posudzovať ich primeranosť a súvislosť s predmetom zákazky je pritom potrebné vždy vzhľadom na povahu, charakter, náročnosť, význam a účel predmetu tej ktorej zákazky so zohľadnením okolností, príp. špecifik jej plnenia.
44. Úrad uvádza, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je overiť si postavenie záujemcu, resp. uchádzača z hľadiska osobného postavenia, finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti, čím sa verejný obstarávateľ ubezpečí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Takýto zmluvný partner má byť teda kvalifikovaný, primerane odborne a kapacitne zdatný a ktorý bude schopný realizovať predmet zákazky. Je preto logické, že stanovenie podmienok účasti bude vždy znamenať istú

formu obmedzenia, nakoľko nie je možné od verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov požadovať, aby nimi stanovené podmienky účasti mali na všetkých potenciálnych záujemcov rovnaký dopad, t. j. aby stanovené podmienky účasti spĺňal automaticky každý záujemca. Takáto požiadavka by navyše nebola ani možná a bola by v rozpore so samotným účelom inštitútu podmienok účasti ako takého, ktorého účelom je zaistiť práve to, aby ponuku predložili len takí uchádzači, ktorí sú spôsobilí realizovať predmet zákazky.

45. Úrad má v danom prípade za to, že kontrolovaný je ten subjekt, ktorý vie oprávnene zhodnotiť svoje potreby a požiadavky. Úrad preskúmaním dokumentácie nezistil, že by bola predmetná podmienka účasti neprimeraná alebo nesúvisiaca s predmetom zákazky. Úrad zároveň uvádza, že predmetnú podmienku účasti nepovažuje za diskriminačnú alebo takú, ktorá by bránila účasti malým a stredným podnikom zapojiť sa do predmetného verejného obstarávania. Vzhľadom na predmet a rozsah zákazky je prirodzené, že nie pre každého je možnosť uchádzať sa o predmetnú zákazku vhodná, na druhej strane je však potrebné zdôrazniť, že **zákon o verejnom obstarávaní pripúšťa subjektom zapojiť sa do súťaže aj spoločne ako člen skupiny dodávateľov alebo prostredníctvom subdodávateľov**. Kontrolovaný v danom prípade zabezpečil každému potencionálnemu záujemcovi možnosť uchádzať sa o zákazku za rovnakých podmienok, pričom svojím potrebám prispôbil súťažné podklady.
46. Úrad má za to, že kontrolovaný nepostupoval v rozpore s § 34 ods. 1 písm. b) a § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, keď stanovil podmienku účasti týkajúcu sa povinnosti predložiť minimálne jeden doklad o realizácii výstavby krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečených kamerovým systémom v objeme minimálne 30 tis. EUR bez DPH. Z uvedeného je zrejmé, že **kontrolovaný ponechal na vôli uchádzača, typ uzamykateľného prístrešku, spôsob uzamykania, resp. zabezpečenia a nešpecifikoval ani materiál alebo rozlohu tohto prístrešku**. Vyššie uvedená podmienka účasti bola kontrolovaným stanovená tak, aby zodpovedala predmetu zákazky, ktorým je okrem iného aj výstavba uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom. Úrad zároveň uvádza, že povinnosť predložiť minimálne jeden doklad o realizácii výstavby krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečených kamerovým systémom v objeme minimálne 30 tis. EUR bez DPH je primeraná aj vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky. **Úrad nepovažuje uvedenú podmienku účasti za diskriminačnú alebo takú, ktorá by bola spôsobilá obmedziť hospodársku súťaž**. Vyššie uvedené podľa úradu potvrdzuje aj skutočnosť, že **ponuku v predmetnom verejnom obstarávaní predložilo 6 uchádzačov, vrátane navrhovateľa**. V kontexte uvedeného preto nie je možné stotožniť sa s námietkou navrhovateľa nakoľko kontrolovaný pomerne širokým spôsobom zadefinoval podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho nedošlo k porušeniu princípov verejného obstarávania ani porušeniu § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
47. S poukázaním na vyššie uvedené úrad uvádza, že v postupe kontrolovaného neidentifikoval porušenie princípov verejného obstarávania uvedených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
48. Úrad na základe vyššie uvedených skutočností konštatuje, že **tvrdenie navrhovateľa** o tom, že, podmienka účasti týkajúca sa povinnosti predložiť minimálne jeden doklad o realizácii výstavby krytých exteriérových parkovacích zariadení – uzamykateľných prístreškov

pre bicykle s prístupovým systémom/terminálom a zabezpečených kamerovým systémom v objeme minimálne 30 tis. EUR bez DPH je stanovená v rozpore s princípom transparentnosti a diskriminácie, **sa ukázalo ako neopodstatnené**. Predmetná podmienka účasti týkajúca sa technickej alebo odbornej spôsobilosti je vzhľadom na povahu obstarávaného predmetu zákazky, jeho rozsahu, možnosti relevantného trhu, a najmä predpokladanej hodnoty zákazky podľa názoru úradu primeraná k miere podnikateľského rizika v zdravom konkurenčnom prostredí.

49. Vzhľadom na uvedené úrad považuje námietky navrhovateľa za **neopodstatnené**.
50. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky **zamietne**.

Kaucia

51. 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.
52. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu, vo výške ustanovenej v § 172 zákona o verejnom obstarávaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.
53. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok podať odvolanie podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 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 vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie

späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí

1. XY – navrhovateľ
2. A – právny zástupca navrhovateľa
3. Mesto Šamorín, Hlavná 37, 931 01 Šamorín, IČO: 00 305 723 – kontrolovaný
4. D - osoba poverená kontrolovaným na zabezpečenie verejného obstarávania