

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok xx (ďalej len „navrhovateľ“) 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 ponuky poskytnutých kontrolovaným vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky „Zabezpečenie sprostredkovaného stravovania pre zamestnancov divadla formou stravných poukázok“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Štátne divadlo Košice**, Hlavná 58, 042 77 Košice, IČO: 31299512 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 071 – 168966 dňa 9. 4. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 79/2020 dňa 14. 04. 2020 pod značkou 13373–MSS, vydáva toto

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

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

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 18. 05. 2020, podal námietky v listinnej podobe 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 18. 05. 2020 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizovalo, t. j. cez informačný systém eZákazky (ďalej len „eZákazky“).
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. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Za preukázanie záujmu o účasť vo verejnom obstarávaní je možné považovať skutočnosť, že konkrétny subjekt pristúpil k prevzatiu súťažných podkladov a následnému oboznámeniu sa s ich obsahom.¹ Z obsahu predložených námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením súťažných podkladov primerane oboznámil.
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.

¹ porov. napr. rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 7467-9000/2018 zo dňa 09. 07. 2018
Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

4. Z ust. § 172 ods. 2 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 18. 05. 2020 kauciu vo výške 2 000 EUR.
6. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ rozdelil namietané skutočnosti v žiadosti o nápravu doručenej kontrolovanému dňa 29. 04. 2020 do troch bodov. Dňa 06. 05. 2020 kontrolovaný žiadosť o nápravu zamietol. Následne navrhovateľ podal dňa 18. 05. 2020 námietky, ktoré rozdelil takisto do troch bodov.
8. Navrhovateľ **v prvom bode** namieta stanovenie požiadavky na predmet zákazky spôsobom, ktorý akceptuje len papierovú podobu stravných lístkov. Navrhovateľ poukazuje na ust. § 42 zákona o verejnom obstarávaní a uvádza, že súťažné podklady musia obsahovať podrobné vymedzenie predmetu zákazky tak, aby s ohľadom na základné princípy verejného obstarávania, zabezpečili dosiahnutie účelu, na ktorý je predmet zákazky určený. Predmet zákazky má byť vymedzený jednoznačne, zrozumiteľne, úplne a nestranne, pričom technické požiadavky musia byť určené tak, aby zabezpečili rovnaký prístup pre čo najširší okruh uchádzačov/záujemcov, a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Navrhovateľ ďalej poukazuje na §10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvádza, že požiadavky na predmet zákazky nesmú byť v rozpore s princípmi uplatňovanými vo verejnom obstarávaní. Navrhovateľ poukazuje aj na § 152 Zákonníka práce².
9. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný v súťažných podkladoch v opise predmetu zákazky vylúčil jeden z relevantných a plnohodnotných spôsobov, ktorým je možné naplniť účel, na ktorý sa predmet zákazky obstaráva, čím bezdôvodne a protizákonne obmedzil hospodársku súťaž.
10. Navrhovateľ poukazuje na § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvádza, že verejný obstarávateľ je povinný vypracovať opis predmetu zákazky na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek s odkazom na technické špecifikácie. Opis predmetu zákazky má obsahovať špecifikáciu toho, čo má predmet poskytovať (výkon, funkcia), a nie ako to má byť zabezpečené (technické riešenie). Navrhovateľ uvádza, že hoci sa toto zákonné ustanovenie aplikuje na technické zariadenia, ale analogicky je možné a potrebné ho použiť aj na iné druhy zákaziek. Navrhovateľ uvádza, že ak kontrolovaný začne diktovať formu/spôsob dosiahnutia funkčných a výkonnostných parametrov, vzniká objektívne riziko, že diskvalifikuje subjekty na trhu, ktoré sú schopné ponúknuť rovnaké alebo lepšie parametre plnenia, avšak inou formou/spôsobom, a to je podľa navrhovateľa v rozpore so zákonom.
11. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný postupoval pri vypracovaní požiadaviek na predmet zákazky v rozpore so zákonom, pretože požiadavka na papierovú formu stravovacích poukážok nie je analogicky požiadavkou na funkciu alebo výkon, ale požiadavkou na formu/spôsob plnenia. Navrhovateľ považuje takúto podmienku za bezdôvodne obmedzujúcu hospodársku súťaž, a teda diskriminačnú, keďže obsah, kvalitu, aj rozsah plnenia dokážu hospodárske subjekty poskytnúť aj inou formou, ako stanovil kontrolovaný.

² Zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce

12. Navrhovateľ uvádza, že v súčasnosti existujú dve formy stravných poukázok, a to papierové stravné lístky a elektronické stravné karty. Umožnenie dosiahnutia účelu predmetnej súťaže len prostredníctvom jedného vybraného riešenia (papierové stravné lístky) má za následok obmedzenie čestnej hospodárskej súťaže a diskrimináciu potenciálnych záujemcov/uchádzačov, pretože takto nastavený opis predmetu zákazky je neoprávnene zvýhodňuje dodávateľov papierových stravných poukázok a mohol odradiť, resp. odradiť od účasti v predmetnej verejnej súťaži potenciálnych záujemcov, ktorí by boli schopní splniť účel verejného obstarávania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok (kariet).

13. Navrhovateľ uvádza, že prehľadom uvedeným v prílohe č. 2 námietok jednoznačne preukazuje, že účel predmetnej súťaže je možné dosiahnuť aj prostredníctvom elektronických stravovacích kariet, keďže

- minimálne 20 zmluvných zariadení sa nachádza v lokalite, ktorú kontrolovaný vymedzil ulicami v centre Košíc - Dominikánske námestie, Mäsiarska, Alžbetina, Poštová po križovatku s Moyzesovou, Hlavná ulica, Mlynská ulica po križovatku Štefániková, Kováčska ulica, Hrnčiarska ulica, Vodná ulica,
- minimálne 5 zmluvných zariadení sa nachádza v lokalite vymedzenej pre zamestnancov objektu Južná trieda 60, Košice (Kontrolovaný vymedzil lokalitu Južná trieda od objektu s číslom 117 (smer z centra) a objektu s číslom 66 (smer do centra) a príslušné ulice po oboch stranách Južnej triedy, pričom táto lokalita je vymedzená hranicami ulíc Rastislavova, pokračujúca cez križovatku na Jantárovú, odbočka na Tranovského, odbočka na Holubyho a späť na Južnú triedu po objekt s číslom 66),
- predmetný zoznam obsahuje minimálne tieto údaje: názov stravovacieho zariadenia, označenie typu prevádzky (reštaurácia, bistro, gril bar, a pod.), adresu (ulica, číslo, obec), podpis poskytovateľa.
- zmluvné zariadenia v zozname uvedené poskytujú teplé jedlo - obedové menu, počas zákonom stanovenej prestávky na obed najmä v čase od 11 00 hod do 14 00 hod. počas pracovných dní,
- zmluvné zariadenia v zozname uvedené sú označené jeho logom tak, aby zamestnanec kontrolovaného a už pri príchode do zariadenia vedel, že jeho predložená stravná poukážka bude v tomto zariadení akceptovaná a touto bude môcť za skonsumované jedlo zaplatiť,
- zmluvné zariadenia v zozname uvedené:
 - budú počas trvania zmluvy uchádzača s kontrolovaným v preukázateľnom zmluvnom vzťahu, na základe ktorého poskytujú požadované služby,
 - akceptujú stravné poukážky (stravné karty),
 - sú označené logom uchádzača,
 - poskytujú stravovanie z ponuky podľa výberu zamestnancov a v cene zodpovedajúcej nominálnej hodnote vyznačenej na stravovacej poukážke (resp. karte),
 - v prípade ceny obeda vyššej ako je nominálna hodnota (4 eur) umožňujú v hotovosti zamestnancovi uhradiť rozdiel medzi nominálnou hodnotou a skutočnou účtovanou cenou,

a súčasne platí, že tak v mestských častiach Staré Mesto a Juh mesta Košice, ako aj v ostatných mestských častiach mesta Košice sa nachádza dostatok stravovacích zariadení poskytujúcich stravovanie zamestnancov podľa § 152 Zákonníka práce, pričom vyššie uvedené zariadenia akceptujú elektronickú formu stravných poukázok navrhovateľa.

14. Podľa navrhovateľa v danom prípade, uprednostnenie papierovej formy stravných poukázok pred elektronickou formou stravných poukázok je znakom diskriminácie záujemcov, keďže navrhovateľ zoznamom akceptačných miest dokázal, že elektronická forma stravných poukázok je uplatniteľná pre zamestnancov kontrolovaného, v dostatočnej miere.

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

15. Navrhovateľ má za to, že uvedené potvrdzuje aj rozhodovacia prax úradu a preto poukazuje na rozhodnutie úradu č. 20527-6000/2015-ON zo dňa 22. 03. 2016.
16. Navrhovateľ uvádza, že týmto dokumentom spolu so zoznamom akceptačných miest jednoznačne preukázal, že je schopný plniť predmet zákazky prostredníctvom elektronických stravovacích kariet v celoslovenskom meradle. Podľa kontrolovaného nie je nijakým spôsobom možné vyvodiť záver, že len papierová forma stravných poukázok je v danom prípade využiteľná.
17. Navrhovateľ poukazuje na smernicu Európskeho parlamentu a Rady o verejnom obstarávaní³, a na rozsudok najvyššieho správneho súdu českej republiky sp. zn. 1 Asf 20/2008 zo dňa 05. 06. 2008.
18. Navrhovateľ tiež uvádza že, v oznámení o vybavení žiadosti o nápravu kontrolovaný v odôvodnení vyslovuje svoj názor, že podľa obsahu žiadosti o nápravu je jej účelom snaha navrhovateľa modifikovať/zmeniť predmet zákazky v jeho opise a v technickej špecifikácii s cieľom prispôsobiť predmet zákazky podnikateľským aktivitám navrhovateľa a možnostiam jeho zmluvných stravovacích zariadení. S uvedenými tvrdeniami navrhovateľ nesúhlasí. Navrhovateľ uvádza, že jeho cieľom je to, aby kontrolovaný v súťažných podkladoch v rámci požiadaviek na predmet zákazky opísal to, čo chce kontrolovaný dosiahnuť (t.j. zabezpečenie stravovania zamestnancov podľa §152 Zákonníka práce), a aby neopisoval len jeden z viacerých spôsobov, akým je možné účel verejného obstarávania dosiahnuť. V takom prípade by boli podmienky súťaže nastavené nediskriminačným spôsobom umožňujúcim liberalizáciou hospodárskej súťaže vo férovom prostredí. Tvrdenie kontrolovaného o tom, že táto zmena by so sebou niesla zvýšené náklady na financovanie tejto zmeny v internom prostredí kontrolovaného nie je podľa navrhovateľa ničím podložené a nemá reálny a logický základ. Práve naopak, so zavedením elektronických poukázok by podľa navrhovateľa odpadla zvýšená administratíva a náklady spojené s manuálnym vydávaním papierových poukázok. Rovnako celé spracovanie elektronických poukázok prebieha prostredníctvom elektronického transakčného systému, ktorý má celý na starosti jeho dodávateľ, nie kontrolovaný. Účtovanie obdobne pri oboch formách zabezpečenie stravovania podlieha na strane kontrolovaného rovnakým pravidlám. Navrhovateľ tiež poukazuje na to, že sú to práve elektronické poukázky, s ktorými sú spojené významné výhody (a úspory) pre kontrolovaného, ktorý hospodári s verejnými prostriedkami v rámci čoho sú na neho kladené zvýšené požiadavky na hospodárnosť a efektívnosť. Kontrolovaným uvádzaný príklad s obstarávaním elektromobilov oproti benzínovým a naftovým motorovým prostriedkom považuje navrhovateľ za účelový a vytrhnutý z kontextu. Navrhovateľ trvá na tom, že podľa § 42 zákona o verejnom obstarávaní je nutné opísať účel, ktorý chce verejný obstarávateľ či obstarávateľ dosiahnuť, a nie konkrétny spôsob, akým sa má účel verejného obstarávania dosiahnuť. Je zrejmé, že jednotlivé druhy motorových prostriedkov majú veľa špecifik, ktoré sú navzájom odlišné, a verejný obstarávateľ musí v rámci svojich požiadaviek špecifikovať tie z nich, ktoré sú preňho podstatné a sú určujúce pre dosiahnutie účelu verejného obstarávania, ktorý sa má dosiahnuť (napr. dieselové motorové vozidlá sú svojou povahou viac určené na dlhšie trasy oproti benzínovým, elektromobily majú v porovnaní s dieselovými či benzínovými motorovými vozidlami výrazne kratší dojazd, čas potrebný na nabitie elektromobilu je v porovnaní s časom tankovania benzínu či nafty do motorového vozidla výrazne dlhší a pod.). Navrhovateľ sa ani nemôže stotožniť s tvrdením kontrolovaného, kde uvádza, že predpokladaná hodnota zákazky stanovená pri obstarávaní elektronických kariet je vyššia ako pri stravných poukážkach v papierovej forme, a teda

³ Bod 74 preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. 02. 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

úspešná ponuka bude vo vyššej hodnote. Navrhovateľ uvádza, že práve s obstarávaním papierových foriem poukážok súvisí množstvo externých nákladov, ktoré pri elektronickej forme nie sú uplatniteľné (napr. zabezpečenie pravidelného doručenia papierových poukážok do sídla kontrolovaného v porovnaní s jedným dorúčením elektronických kariet a ich pravidelného nabíjania na diaľku a pod.). Práve to sú dôvody, pre ktoré je vysúťažená cena v prípade elektronických stravovacích kariet výrazne nižšia v porovnaní s papierovými poukážkami (napr. podľa zápisnice z otvárania ponúk aj viac ako 2% výška zľavy ponúkanej uchádzačmi v prípade zákazky vyhlásenej verejným obstarávateľom Okresný súd Prešov zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo vestníku Úradu pre verejné obstarávanie č. 79/2020 zo dňa 14.04.2020 pod značkou 13423 -MSS).

19. Navrhovateľ si je vedomý toho, že ľudia sa vo všeobecnosti boja vecí neznámych, avšak v dnešnej pokročilej dobe komunikačných technológií a rastúcej požiadavky na environmentálne verejné obstarávanie nie je adekvátne, aby kontrolovaný bránil zabezpečeniu stravovacích služieb technologicky a environmentálne vyspelým spôsobom, a výslovne požadoval iba papierovú formu stravovacích poukážok.
20. Navrhovateľ má za to, že ak by kontrolovaný umožnil realizáciu predmetu zákazky aj prostredníctvom elektronických stravovacích kariet, tak zamestnanci kontrolovaného sú tak v meste Košice ako aj v celoslovenskom meradle bez akýchkoľvek pochybností schopní tieto v dostatočnej miere využiť. Aj v prípade použitia elektronických stravovacích kariet by tieto boli uplatniteľné pre všetkých zamestnancov kontrolovaného, a teda kontrolovaný by bol schopný splniť svoju povinnosť poskytnúť svojim zamestnancom stravovanie tak, ako to vyžaduje ustanovenie § 152 ods. 1 Zákonníka práce, čím by teda došlo k naplneniu účelu verejného obstarávania, ktorým je zabezpečenie stravovania pre zamestnancov kontrolovaného. V neposlednej rade - v súvislosti so šírením vírusu COVID-19 je práve obsluha zákazníkov „bezkontaktnou“ formou tá najbezpečnejšia forma stravovania. Preto všetky donáškové služby, a mnohé reštaurácie či jedálne v záujme klientov zavádzali pravidlo, že budú prijímať iba online platby - čiže hotovostná forma platby či forma platby prostredníctvom papierových stravovacích poukážok je v takomto prípade nepoužiteľná.
21. Navrhovateľ má za to, že ak by kontrolovaný umožnil realizáciu predmetu zákazky aj prostredníctvom elektronických stravovacích kariet, tak zamestnanci kontrolovaného sú bez akýchkoľvek pochybností schopní tieto v dostatočnej miere využiť tak v súlade so špecifickými požiadavkami kontrolovaného, ako aj v celoslovenskom meradle. Aj v prípade použitia elektronických stravovacích kariet by tieto boli uplatniteľné pre všetkých zamestnancov kontrolovaného, a teda kontrolovaný by bol schopný splniť svoju povinnosť poskytnúť svojim zamestnancom stravovanie tak, ako to vyžaduje ustanovenie § 152 ods. 1 Zákonníka práce, čím by teda došlo k naplneniu účelu verejného obstarávania, ktorým je zabezpečenie stravovania pre zamestnancov kontrolovaného.
22. Navrhovateľ **v druhom bode** namieta, že vo vzorovej zmluve absentuje povinnosť vydávať a zároveň prijímať zaručené elektronické faktúry. Navrhovateľ uviedol, že dňa 01. 08. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 215/2019 Z. z. o zaručenej elektronickej fakturácii a centrálnom ekonomickom systéme a o doplnení niektorých zákonov (ďalej len ako „Zákon o ZEF“), ktorým došlo k zavedeniu povinnosti prijať a spracúvať zaručené elektronické faktúry v procese verejného obstarávania. Navrhovateľ uviedol, že po nadobudnutí účinnosti Zákona o ZEF vydal úrad i všeobecné metodické usmernenie č. 9-2019 „Elektronická fakturácia vo verejnom obstarávaní“, ktoré je dostupné na webovom sídle úradu. Podstata povinnosti podľa Zákona o ZEE spočíva v tom, že:
 - i. pokiaľ niektorý zo subjektov, na ktorých sa povinnosť zaručenej elektronickej fakturácie vzťahuje (dodávateľ) dohodne obchod s niektorým zo subjektov verejnej správy (resp. v našom prípade sa stane úspešným uchádzačom podľa Zákona), je povinný:

-bezodkladne po uzavretí zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, registrovať sa vo fakturačnom systéme, ak ešte registrovaný nie je,

-v prípade plnenia zmluvy vyhotoviť zaručenú elektronickú faktúru podľa Zákona o ZEF v rámci rovnakej lehoty, akú mu prikazuje zákon o DPH (pokiaľ dodávateľovi povinnosť vystaviť faktúru zo zákona o DPH nevyplýva, vyhotoví zaručenú elektronickú faktúru podľa Zákona o ZEF do 15 dní odo dňa, kedy dodanie uskutočnil alebo zaň prijal platbu).

ii. odberateľ plnenia (t.j. kontrolovaný) prijme zaručenú elektronickú faktúru prostredníctvom fakturačného systému, v ktorom musí byť registrovaný. Prijatím zaručenej elektronickej faktúry sa rozumie prevzatie zaručenej elektronickej faktúry odberateľom po jej sprístupnení (zaručené elektronické faktúry bude možné doručovať aj do elektronickej schránky).

23. Navrhovateľ uvádza, že v časti B2 Obchodné podmienky poskytnutia služieb súťažných podkladov ako aj vo vzorovej zmluve kontrolovaný uvádza obchodné podmienky pre poskytnutie služieb obstarávaných Verejnou súťažou (ďalej len „rámcová dohoda“). Po preštudovaní obsahu rámcovej dohody je navrhovateľ nútený konštatovať, že kontrolovaný sa povinnosťami vyplývajúcimi zo Zákona o ZEF vôbec nezaoberal, a to bez ohľadu na to, že:

- rámcová dohoda, ktorá má byť výsledkom predmetného verejného obstarávania má byť uzatvorená na 48 mesiacov,

- z ustanovenia § 187f zákona o verejnom obstarávaní je zrejmé, že právnické osoby zapísané do 31. decembra 2020 do registra právnických osôb alebo do zoznamu hospodárskych subjektov by mali mať prístup do informačného systému elektronickej fakturácie zabezpečený do 28. februára 2021,

a teda už v čase plnenia rámcovej dohody bude mať úspešný uchádzač v predmetnom verejnom obstarávaní povinnosť vyhotoviť zaručenú elektronickú faktúru v súlade so Zákonom o ZEF.

24. Navrhovateľ sa nemôže stotožniť s argumentami kontrolovaného uvedenými v Oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu. Proces verejného obstarávania je procesom veľmi špecifickým, a musí prebiehať transparentným a vopred predvídateľným spôsobom. Pokiaľ verejný obstarávateľ či obstarávateľ už v čase vyhlásenia súťaže vie, že počas plnenia zmluvy dôjde k zmene vyplývajúcej zo súčasne platných právnych predpisov, musí tieto informácie uviesť do súťažných podkladov a zároveň aj do vzorovej zmluvy, ktorá bude uzatvorená ako výsledok verejného obstarávania. Len v takom prípade majú uchádzači dostatok informácií na to, aby vedeli predložiť relevantnú ponuku. Nie je vôbec vylúčené, že povinnosti vyplývajúce zo Zákona o ZEF vzťahujúce sa na úspešného uchádzača majú aj vplyv na stanovenie ceny uchádzačmi v rámci súťaže.

25. Navrhovateľ v **tretom bode** námietok namieta, že vo vzorovej zmluve absentujú požiadavky kontrolovaného uvedené v opise predmetu zákazky. Navrhovateľ uviedol, že kontrolovaný v bode 6.1.2 časti B1 Opis predmetu zákazky stanovil pomerne prísne požiadavky, ktoré musia stravovacie zariadenia zazmluvnené uchádzačom spĺňať za účelom kladného vyhodnotenia splnenie požiadaviek na predmet zákazky. Navrhovateľ následne citoval, z uvedenej časti súťažných podkladov. Po preštudovaní obsahu rámcovej dohody navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný žiadne z nich nepremietol do podmienok rámcovej dohody, a teda ad absurdum by sa mohlo stať, že do času uzatvorenia zmluvy by úspešný uchádzač uvedené požiadavky kontrolovaného spĺňal, avšak v čase plnenia rámcovej dohody by už úspešný uchádzač žiadnu z požiadaviek uvedených v bode 6.1.2 časti B1 súťažných podkladov spĺňať nemusel, keďže:

- tieto požiadavky v texte rámcovej dohody absentujú,
- jedinými prílohami rámcovej dohody súvisiacimi s preukázaním splnenia požiadaviek na predmet zákazky sú (i) vzorová stravná poukážka s opisom a označením ochranných prvkov a (ii) aktuálny zoznam zmluvných stravovacích zariadení.

26. Navrhovateľ sa nemôže stotožniť s argumentami kontrolovaného uvedenými v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu. Zo žiadneho zmluvného ustanovenia, na ktoré poukazuje kontrolovaný nevyplýva, aby zmluvné zariadenia počas platnosti a účinnosti zmluvy uzatvorenej medzi kontrolovaným a úspešným uchádzačom splňali pomerne prísne požiadavky kontrolovaného na zmluvné zariadenia stanovené v bode 6.1.2 časti B1 Opis predmetu zákazky súťažných podkladov (min. počet zmluvných zariadení v konkrétne vymedzených lokalitách a pod.).
27. Bez takto stanovenej povinnosti považuje navrhovateľ stanovené požiadavky na predmet zákazky vo vzťahu k podmienkam zmluvného plnenia za rozporné so zákonom o verejnom obstarávaní a princípmi platnými vo verejnom obstarávaní. Kontrolovaným stanovené požiadavky na predmet zákazky, ktoré požaduje a hodnotí v čase vyhodnotenia ponúk musia byť preukázateľne splnené počas celej doby trvania zmluvného vzťahu, čo však zmluvné podmienky nezabezpečujú. Argument kontrolovaného, že podľa jeho skúseností z minulých obstarávaní žiadny z poskytovateľov nevyužil možnosť, aby v čase uzatvorenia zmluvy už stravovacie zariadenia nespĺňali požiadavky hoci by ich mohli nespĺňať je irelevantný a rozhodne neobstojí.
28. Navrhovateľ navrhuje úradu, aby rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) alebo písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a teda nariadil vo vzťahu k zákazke odstrániť protiprávny stav v súlade s požiadavkami uvedenými v žiadosti o nápravu alebo nariadil zrušiť použitý postup zadávania zákazky.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

29. 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 **18. 05. 2020**.
30. 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 neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.
31. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, 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.
32. Dňa 25. 05. 2020 doručil kontrolovaný dokumentáciu a vyjadrenie k podaným námietkam a toho istého dňa zriadil v prospech úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu k predmetnej verejnej súťaži. t. j. eZákazky.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

33. Kontrolovaný uvádza vo vzťahu **k prvému bodu**, že definovanie predmetu zákazky je v kompetencii kontrolovaného v závislosti od jeho individuálnych potrieb a pri dodržaní princípov verejného obstarávania zakotvených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti je možné konštatovať, že kontrolovaný disponuje kompetenciou definovať predmet zákazky na zabezpečenie stravovania prostredníctvom stravovacích poukážok. Kontrolovaný si vymedzil predmet zákazky tak, aby spĺňal ním určený účel. Zákon o verejnom obstarávaní nekonkretizuje predmet zákazky, čo do obsahu a rozsahu, toto ponecháva v kompetencii kontrolovaného, ktorý pri tom musí postupovať v zmysle ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný stanovil predmet zákazky plne v súlade s ustanovením § 42 zákona o verejnom obstarávaní. Predmet zákazky stanovil jednoznačne, zrozumiteľne, úplne, nestranne a nespôsobil neistotu uchádzačovi pri príprave ponuky. Je v záujme kontrolovaného, aby svoje požiadavky na predmet zákazky stanovil jednoznačne a určil špecifikácie predmetu zákazky podľa svojich potrieb a účelu jeho využitia tak, aby v lehote na predkladanie ponúk boli predložené ponuky, ktoré spĺňajú požiadavky kontrolovaného. Podrobné vymedzenie predmetu zákazky určené v opise predmetu zákazky, v súťažných podkladoch je stanovené s ohľadom na základné princípy verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uvádza, že vo všetkých zverejnených dokumentoch jednoznačne deklaruje, že predmetom obstarávania je zabezpečenie sprostredkovaného stravovania formou stravných poukážok v papierovej forme.
34. Kontrolovaný uvádza, že zabezpečuje dlhodobu stravovanie pre svojich zamestnancov formou stravných poukážok v papierovej forme a svoje systémy má nastavené na túto formu stravných poukážok. Vzhľadom na to, že v súčasnosti existujú dve formy stravných poukážok - papierová a elektronická - kontrolovaný v kontexte svojich nastavených systémov a požiadaviek svojich zamestnancov jednoznačne špecifikoval formu, ktorú chce obstaráť t.i. stravné poukážky v papierovej forme. Požiadavky kontrolovaného sú stanovené po dôkladnom zvážení potrieb na zabezpečenie tejto povinnosti, ktorá mu vyplýva zo Zákonníka práce, čo súvisí predovšetkým s akceptáciou požiadaviek zamestnancov, výsledkom čoho je aj vzájomná dohoda vyjadrená v platnej kolektívnej zmluve. V neposlednom rade má kontrolovaný za to, že zmena zavedeného systému pridelovania stravných poukážok, evidencie a spracovania v rámci nastaveného systému spracovania miezd zamestnancov a účtovníctva verejného obstarávateľa, vzhľadom na určený systém príspevkov z nákladov verejného obstarávateľa a určený systém príspevkov zo sociálneho fondu a aj vo vzťahu k platnej kolektívnej zmluve, by vyvolala zvýšené náklady financovania kontrolovaného a zmenu dohody zamestnancov so zamestnávateľom, pričom ani nie je zaručené, že zástupcovia zamestnancov by vyjadrili súhlas so zmenou v kolektívnej zmluve, týkajúcou sa formy poskytnutia finančného príspevku zamestnávateľa na stravovanie. Navyše, keďže v čase zverejnenia verejnej súťaže, ktorej sa námietka týka platila a stále aj platí súčasná kolektívna zmluva, kontrolovaný ani nemal inú možnosť, ako riadiť sa jej znením, keďže kolektívna zmluva je záväzná pre zmluvné strany, ktoré ju dohodli. Kontrolovaný uvádza, že, ako štátna príspevková organizácia, má, v zmysle § 19 ods. 3 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov, povinnosť pri vynakladaní verejných prostriedkov zachovávať najmä hospodárnosť a efektívnosť.
35. Kontrolovaný následne poukázal na výkladové stanovisko 2/2019 úradu, z ktorého podľa kontrolovaného jednoznačne vyplýva, že predpokladaná hodnota zákazky stanovená pri obstarávaní elektronických kariet je vyššia ako pri stravných poukážkach v papierovej forme. Navrhovateľ vo svojej námietke tvrdí, že vysúťažená cena v prípade elektronických kariet je výrazne nižšia v porovnaní s papierovými poukážkami. Kontrolovaný s týmto tvrdením nesúhlasí, pretože z vlastnej skúsenosti vie preukázať, že náklady na obstaranie stravných poukážok v papierovej forme sú nižšie. Kontrolovaný musí dodržiavať princípy uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Jedným z princípov verejného

obstarávania je hospodárnosť a efektívnosť, potom v kontexte vyššie uvedeného odôvodnenia sa kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní hospodárne a efektívne správa. Súčasne má za to, že dodržiava princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov.

36. V ďalšej časti námietky navrhovateľ uvádza, že v súčasnosti existujú dve formy stravných poukázok, a to papierové stravné lístky a elektronické karty. Umožnenie dosiahnutia účelu predmetnej verejnej súťaže len prostredníctvom jedného vybraného riešenia (papierové stravné poukážky) má za následok obmedzenie čestnej súťaže a diskrimináciu potenciálnych záujemcov/uchádzačov, čím podľa navrhovateľa kontrolovaný porušil zákon o verejnom obstarávaní. V prílohe č. 2 k námietkam s názvom Zoznam stravovacích zariadení (2A-Košice, mestské časti Staré mesto a Juh, 2B-Košice komplet) navrhovateľ uvádza stravovacie zariadenia, čo má podľa neho dokázať, že v danej lokalite sa nachádza dostatok zariadení akceptujúcich elektronickú formu stravných poukázok. Podľa § 47 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže uchádzačom povoliť predloženie variantných riešení. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú, či povoľujú predloženie variantných riešení. Na variantné riešenia, ktoré neboli povolené, sa neprihliada. Variantné riešenia musia súvisieť s predmetom zákazky. Už z dikcie tohto ustanovenia má kontrolovaný za to, že je mu daná možnosť, nie povinnosť povoliť predloženie variantných riešení. Je na rozhodnutí kontrolovaného, či toto ustanovenia zákona využije a variantné riešenia povolí. Ak zákonodarca v ustanovení § 47 ods. 1 uvádza slovo „môže“ kontrolovaný má za to, že nie je povinný povoliť predloženie variantných riešení. V tejto verejnej súťaži kontrolovaný s možnosťou predloženia variantných riešení neuvažoval, čo deklaroval v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a vo zverejnených dokumentoch.

37. Navrhovateľ vo svojej námietke poukazuje na to, že kontrolovaný pripustil len jedno vybrané riešenie na dosiahnutie účelu predmetného verejného obstarávania a variantné riešenie neumožnil. Kontrolovaný v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uviedol, že variantné riešenie neakceptuje, vo zverejnených dokumentoch uviedol, že variantné riešenie nepovoľuje. Z uvedeného vyplýva, že sám navrhovateľ si je vedomý toho, že pripustenie zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických kariet, by bolo pripustenie iného, teda variantného riešenia. Kontrolovaný má za to, že inštitút variantného riešenia v procese verejného obstarávania umožňuje kontrolovanému akceptovať vo vzťahu k požadovanému tovaru, službe alebo stavebnej práci aj také riešenie, ktoré nemusí byť v súlade so všetkými požiadavkami vymedzenými pre primárne obstarávaný predmet zákazky. Kontrolovaný však podotýka, že inštitút variantných riešení je fakultatívny, a teda ho nebol povinný aplikovať. Kontrolovaný má za to, že ak nepovolil predloženie variantných riešení a teda nepripustil zabezpečenie stravovania iným riešením ako prostredníctvom stravovacích poukázok v papierovej forme, napr. prostredníctvom elektronických kariet neporušil zákon o verejnom obstarávaní.

38. Kontrolovaný pri príprave verejného obstarávania veľmi precízne zmapoval možnosti trhu, možnosti jednotlivých dodávateľov, možnosti získania kompletnej dodávky a zistil, že na trhu pôsobí dostatočný počet hospodárskych subjektov, ktoré sú schopné plniť predmet zákazky. Väčšina z nich je schopná zabezpečiť stravovanie tak prostredníctvom stravovacích poukázok ako aj prostredníctvom elektronických kariet a preto navrhovateľ nemôže tvrdiť, že by kontrolovaný pripustením len jedného riešenia (stravovacích poukázok v papierovej forme) zúžil hospodársku súťaž a bezdôvodne diskriminoval potenciálnych uchádzačov. Tvrdenia navrhovateľa, že kontrolovaný postupoval pri vypracovaní požiadaviek na predmet zákazky v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní tým, že stanovil požiadavku na papierovú formu stravovacích poukázok, že podmienka je diskriminačná a bezdôvodne obmedzujúca hospodársku súťaž, sú nepodložené a bez akýchkoľvek dôkazov. Kontrolovaný sa domnieva,

že navrhovateľ ako hospodársky subjekt má právo slobodne sa rozhodnúť, aký bude jeho predmet podnikania a aké služby sa rozhodne na trhu ponúkať. Nemôže dávať za vinu kontrolovanému, že obstaráva predmet zákazky, ktorý nie je schopný realizovať, nakoľko kontrolovaný nie je subjekt, ktorý rozhodoval o tom, v akej oblasti bude navrhovateľ podnikáť. Navrhovateľ na viacerých miestach vo svojej námietke uvádza, že kontrolovaný ho diskriminuje tým, že jednoznačne špecifikoval stravné poukážky v papierovej forme. Kontrolovaný nesúhlasí s výhradami navrhovateľa.

39. Na ilustráciu ako príklad nediskriminácie kontrolovaný uvádza analógiu: Na trhu existujú dva typy osobných motorových vozidiel - s klasickým motorom (nafta, benzín) a elektromobily. Obidva typy slúžia rovnakému účelu - preprava osôb. Avšak pre obstarávateľa je podľa technických špecifikácií, podľa životných nákladov, prevádzkového režimu a nákladov súvisiacich s prevádzkou motorového vozidla podstatné to, aby hospodárne vynaložil svoje finančné prostriedky a obstaral motorové vozidlo, ktoré mu najviac vyhovuje a spĺňa predpokladaný účel. V tomto prípade sa verejný obstarávateľ rozhodol pre obstaranie motorového vozidla s klasickým motorom, preto v opise predmetu zákazky stanoví svoje požiadavky pre motorové vozidlo s klasickým motorom. Nie je jeho zámerom obstarávať elektromobil. Neumožnil variantné riešenia. Kontrolovaný neznamenal prípad vo verejnom obstarávaní, kedy by hospodársky subjekt, ktorý dodáva len elektromobily toto považoval za diskrimináciu a porušenie jeho práv alebo právom chránené záujmy. Táto analógia sa dá podľa kontrolovaného uplatniť v prípade papierových a elektronických stravných poukážok.
40. Z obsahu doručenej námietky vyplýva podľa kontrolovaného snaha navrhovateľa zmeniť predmet zákazky v jeho opise a technickej špecifikácii. Cieľom navrhovateľa je prispôbiť predmet zákazky podnikateľským aktivitám navrhovateľa a možnostiam navrhovateľových zmluvných zariadení. Navrhovateľ s týmito tvrdeniami nesúhlasí a uvádza, že ak by sa kontrolovaný zodpovedne zaoberal argumentmi uvedenými v žiadosti o nápravu, zistil by čo je cieľom navrhovateľa. Kontrolovaný rozumie snahe navrhovateľa o zaistenie si výhod vo svoj prospech dosiahnutím zmeny definície predmetu zákazky alebo zrušením súťaže, avšak kontrolovaný nerozumie, prečo sa navrhovateľ snaží prinútiť kontrolovaného, aby obstarával predmet zákazky, ktorý vo svojich dokumentoch nedefinoval. Kontrolovaný nemal zámer obstarávať elektronickú formu stravovacích poukážok. Predmetom zákazky sú papierové stravné poukážky, čo je jednoznačne definované v zverejnených dokumentoch. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukazuje na rozhodnutie úradu č.16663-6000-2019-OD zo dňa 21.01.2020 a rozhodnutie Rady úradu č. 3678-9000/2020, v ktorom rozhodoval úrad v rovnakom merite veci, aká vyplýva aj z predmetnej námietky navrhovateľa.
41. Kontrolovaný nerozumie rozhodnutiu navrhovateľa podať námietky v predmete zákazky napriek tomu, že má vedomosť o tom, že v rovnakom merite veci úrad vydal hore uvedené rozhodnutie a Rada úradu jeho rozhodnutie potvrdila. Teda, že verejný obstarávateľ má kompetenciu rozhodnúť o predmete zákazky podľa svojich individuálnych potrieb a stanoviť jeho parametre a špecifikácie. Napriek tomu, že rozhodnutí v merite veci bolo vydaných a zverejnených viacero, len v roku 2020 navrhovateľ podáva námietky aj iným verejným obstarávateľom v obdobných prípadoch pri obstarávaní stravných poukážok v papierovej forme. Kontrolovaný nespochybňuje inštitút námietok v prípade, že práva alebo právom chránené záujmy záujemcu boli alebo mohli byť dotknuté jeho postupom, čo však podľa názoru kontrolovaného nie je tento prípad.
42. Na základe vyššie uvedeného má kontrolovaný dôvod domnievať sa, že snahou navrhovateľa je špekulatívne jednanie, ktorého výsledkom by mohlo byť zdržanie alebo predĺženie verejnej súťaže. Výsledkom v konečnom dôsledku môže byť neskoré ukončenie procesu verejného obstarávania. Tým sa kontrolovaný môže ocitnúť v situácii, že napriek včasnému zahájeniu procesu verejného obstarávania neuzavrie včas rámcovú dohodu a tým nezabezpečí

stravovanie pre svojich zamestnancov prostredníctvom stravných poukázok v papierovej forme. Kontrolovaný sa ohradzuje voči formulácii, že bráni zabezpečeniu stravovacích služieb technologicky a environmentálne vyspelým spôsobom a výslovne požadoval iba papierovú formu stravovacích poukázok. Toto posúdenie je z pohľadu navrhovateľa výrazne subjektívne. Kontrolovaný zavádza vo svojich postupoch pri vykonávaní predmetu činnosti, na ktorý bol zriadený nové komunikačné technológie a nebráni sa ich používaniu a rovnako pri verejnom obstarávaní využíva environmentálne charakteristiky v prípadoch, v ktorých je to možné, a v ktorých je to najmä účelné a hospodárne. V opačnom prípade sa môže vystaviť hrozbe uloženia sankcií zo strany kontrolných orgánov. Vzhľadom na vyššie uvedené, najmä na rozhodnutie úradu a Rady úradu, že definovanie predmetu zákazky je v kompetencii kontrolovaného v závislosti od jeho individuálnych potrieb, ako aj na hospodárnosť, ktorou sa kontrolovaný riadil pri vyhlásení verejnej súťaže a na viazanosť platnou kolektívnou zmluvou, naplnenie účelu verejného obstarávania - zabezpečenie stravovania zamestnancov kontrolovaného, bolo možné v konkrétnom prípade kontrolovaného len definovaním predmetu zákazky tak ako, ho definoval kontrolovaný v súťažných podkladoch k verejnej súťaži.

43. Kontrolovaný uvádza vo vzťahu k **druhému bodu** námietok, že je pri plnení rámcovej dohody (ďalej len „RD“) povinný postupovať v súlade s platnou legislatívou SR vždy, aj keď niektoré ustanovenia nie sú v RD explicitne uvedené. Kontrolovaný všeobecne pri plnení zmlúv plní rôzne povinnosti vyplývajúce z platnej legislatívy SR napriek tomu, že v zmluve nie sú uvedené a že sa na nich v zmluve neodvoláva. Nie je tomu inak ani pri povinnostiach vyplývajúcich zo zákona č.215/2019 Z.z. To, že v RD nie je ustanovenie vzťahujúce sa na povinnosti uvedené v zákone o ZEF kontrolovaný nepovažuje za nesúlad so zákonom a neznamena to, že kontrolovaný svoje povinnosti vyplývajúce z tohto zákona si nebude plniť. Kontrolovaný si s veľkou starostlivosťou preštudoval zákon o ZEF a uvedené všeobecné metodické usmernenie, ale nenašiel v nich zmienku o povinnosti uvádzať v RD ustanovenia z tohto zákona. Ako správne navrhovateľ uvádza a cituje ust. §187f zákona o verejnom obstarávaní, úrad má zákonom určenú lehotu do 31.01.2021 na splnenie povinnosti vyplývajúci mu z tohto ustanovenia. Ak úspešný uchádzač (zmluvný partner) bude mať povinnosť vyhotoviť zaručenú elektronickú faktúru od určitého termínu, ktorý bude v čase plnenia rámcovej dohody a zároveň kontrolovaný bude môcť elektronickú faktúru prijímať, kontrolovaný túto povinnosť zabezpečí dodatkom k RD.
44. Navrhovateľ vo svojej námietke uvádza cit. „Nie je vôbec vylúčené, že povinnosti vyplývajúce zo Zákona o ZEF vzťahujúce sa na úspešného uchádzača majú aj vplyv na stanovenie ceny uchádzačmi v rámci súťaže.“ Navrhovateľ však podľa kontrolovaného pre toto svoje tvrdenie neuviedol žiadny dôkaz, akým spôsobom neuvedenie povinnosti vydávať a prijímať zaručenú elektronickú faktúru, v budúcnosti, ak začne fungovať IS EFA, ovplyvnilo stanovenie ceny v rámci súťaže. Hospodárske subjekty zapísané k 31. 12. 2020 v Zozname hospodárskych subjektov rieši úrad a ostatné osoby podľa § 6 ods. 4 zákona o ZEF si vytvárajú a aktivujú profil bezodplatne. Kontrolovaný v súčasnej dobe nemá zriadený osobný profil v informačnom systéme elektronickej fakturácie, pretože systém nie je funkčný.
45. Vo svojej námietke navrhovateľ podľa kontrolovaného nedefinoval, v ktorom ustanovení zákona o ZEF kontrolovaný nekonal v súlade so zákonom. Podľa všeobecného metodického usmernenia na ktoré poukázal navrhovateľ vyplýva, že Ministerstvo financií ako gestor fakturačného systému bude postupne zapájať do systému jednotlivé organizácie a bude v publikačnom orgáne informovať, odkedy budú jednotlivé subjekty povinné systém používať a v akom rozsahu. Kontrolovaný uvádza, že na stránke Ministerstva financií SR je uverejnená informácia o postupe vývoja IS EFA. MF SR plánuje v máji 2020 spustiť verejné obstarávanie IS EFA. Kontrolovaný má za to, že ak v aktuálne prebiehajúcim procese

verejného obstarávania uviedol v návrhu RD platobné podmienky, ktorými zabezpečí plnenie zmluvy neporušil žiadne z ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Napriek tomu, že neuviedol informáciu o elektronickej fakturácii v návrhu RD, kontrolovaný je povinný v čase, kedy bude registrovaný v IS EFA túto povinnosť plniť. Kontrolovaný sa domnieva, že ak by v návrhu rámcovej dohody uviedol, že fakturácia sa bude realizovať ako zaručená elektronická fakturácia, uviedol by uchádzačov do omylu, pretože aktuálne tento spôsob fakturácie nie je možné používať. Dôvodom je nefunkčný IS EFA, v ktorom sa povinné osoby musia registrovať. Kontrolovaný by tak v návrhu RD uviedol informácie, ktoré by uchádzači mohli považovať za zmätočné, čo by mohlo viesť k prípadným revíznym postupom. Podmienky registrácie vo fakturačnom systéme sú uvedené v § 6 zákona č. 215/2019 Z.z. Zákon o zaručenej elektronickej fakturácii a centrálnom ekonomickom systéme a o doplnení niektorých zákonov. Ak bude IS EFA funkčný a osoby povinné, teda hospodársky subjekt a kontrolovaný, budú registrované v IS EFA, bude kontrolovaný postupovať v súlade s ustanoveniami tohto zákona a plniť si svoje povinnosti vyplývajúce zo zmluvy spôsobom určeným v tomto zákone. Tieto povinnosti kontrolovaný upraví v rámcovej dohode dodatkom. Podľa bodu 5. Nepodstatné zmeny zmluvy Všeobecného metodického usmernenia č. 10-2019, v kontexte § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, zmena formy fakturácie nie je podľa kontrolovaného podstatnou zmenou rámcovej dohody.

46. Kontrolovaný vo vzťahu k **tretiemu bodu** námietok uvádza, že ak súčasťou ponuky uchádzača predloženej v lehote na predloženie ponúk je RD vrátane príloh, potom Aktuálny zoznam zariadení musí byť v súlade s požiadavkou kontrolovaného uvedenou v bode 6.1.2 časti B Opisu predmetu zákazky, inak by uchádzač nesplnil požiadavky verejného obstarávateľa a bol zo súťaže vylúčený. Požiadavka kontrolovaného na min. 5 a min. 20 stravovacích zariadení v uvedených mestských častiach Košíc sa odvíja od miest prevádzok Štátneho divadla Košice. Táto požiadavka kontrolovaného je legitímna a dokonca nevyhnutná, pretože akcentuje miesta výkonu zamestnancov divadla a časový limit na obedovú prestávku 30 minút. Aktuálny zoznam zmluvných stravovacích zariadení tvorí prílohu rámcovej dohody a je súčasťou ponuky predloženou uchádzačom vo verejnej súťaži. Zoznam obsahuje zariadenia, s ktorými má uchádzač zmluvný vzťah na poskytovanie stravovania prostredníctvom stravných poukázok, ktoré emituje uchádzač. Týmto zoznamom uchádzač preukazuje splnenie požiadaviek kontrolovaného podľa bodu 6.1.2 časti B1 Opis predmetu zákazky. Pri hodnotení požiadaviek podľa tohto bodu, ak uchádzač nesplní túto požiadavku je zo súťaže vylúčený. Ak požiadavku splní, teda jeho zoznam obsahuje minimálny požadovaný počet zariadení, a je v súťaži vyhodnotený ako úspešný uchádzač, tento hodnotený zoznam aktuálnych stravných zariadení sa stáva súčasťou rámcovej dohody.

47. Navrhovateľ vo svojej námietke na str. 10 , piaty odsek uvádza cit: *„Po preštudovaní rámcovej dohody je Navrhovateľ nútený konštatovať, že kontrolovaný žiadne z nich nepremietol do podmienok rámcovej dohody, a teda ad absurdum by sa mohlo stať, že do času uzatvorenia zmluvy by úspešný uchádzač uvedené požiadavky kontrolovaného splňal, avšak v čase plnenia rámcovej dohody by už úspešný uchádzač žiadnu z požiadaviek uvedených v bode 6.1.2 časti B2 súťažných podkladov splňať nemusel, keďže:*

- *tieto požiadavky v texte rámcovej dohody absentujú,*
- *jedinými prílohami rámcovej dohody súvisiacimi s preukázaním splnenia požiadaviek na predmet zákazky sú (i) vzorová stravná poukážka s opisom a označením ochranných prvkov a (ii) aktuálny zoznam zmluvných stravovacích zariadení. „*

48. Kontrolovaný má za to, že dostatočným spôsobom premietol v návrhu rámcovej dohody namietané tak, aby situácia, ktorú navrhovateľ vo svojej námietke popisuje ako „ad absurdum“, že teda úspešný uchádzač by v čase plnenia rámcovej dohody žiadnu z požiadaviek uvedených v bode 6.1.2 nesplňal, nenastala. Kontrolovaný následne cituje niektoré články RD.

49. Kontrolovaný nesúhlasí s názorom navrhovateľa, že kontrolovaný stanovil požiadavky na predmet zákazky vo vzťahu k podmienkam zmluvného plnenia za rozporné so zákonom o verejnom obstarávaní a princípmi platnými vo verejnom obstarávaní. Kontrolovaný má za to, že v RD je dostatočne definovaná povinnosť poskytovateľa, aby stravovacie zariadenia uvedené v tejto prílohe boli v preukázateľnom zmluvnom vzťahu s poskytovateľom počas platnosti tejto rámcovej dohody. Rámcová dohoda obsahuje ďalšie ustanovenia v článku XIII, ktoré si kontrolovaný uplatní, ak bude použité jednanie na aké vo svojej námietke navrhovateľ poukazuje. Kontrolovaný uvádza, že pri vypracovaní súťažných podkladov vrátane príloh k súťažným podkladom postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pri stanovení požiadaviek na predmet zákazky a v rámci stanovenia iných podmienok verejnej súťaže postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, v súlade s rozhodovacou praxou úradu, súdov a smernicou Európskej únie o verejnom obstarávaní. Podmienky stanovené v súťažných podkladoch sú podľa neho plne v súlade s ustanoveniami § 10 zákona o verejnom obstarávaní a nevykazujú známky porušenia týchto zásad. Kontrolovaný má za to, že žiadnym spôsobom neporušil zákon o verejnom obstarávaní tak, aby toto porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
50. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti kontrolovaný navrhuje, aby úrad námietky navrhovateľa zamietol podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Zistenia úradu

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

51. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet nadlimitnej zákazky „Zabezpečenie sprostredkovaného stravovania pre zamestnancov divadla formou stravných poukázok“ v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2020/S 071 – 168966 dňa 9. 4. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 79/2020 dňa 14. 04. 2020 pod značkou 13373–MSS V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 360 800,00 Eur bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.
52. Dňa 29. 04. 2020 doručil navrhovateľ kontrolovanému žiadosť o nápravu, ktorá bola kontrolovaným zamietnutá v celom rozsahu, o čom kontrolovaný upovedomil navrhovateľa dňa 06. 05. 2020. Následne dňa 18. 05. 2020 navrhovateľ doručil kontrolovanému a úradu námietky proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným.
53. V časti B1 súťažných podkladov „OPIS PREDEMTU ZÁKAZKY“ v bode 4 „Variantné riešenie“ v podbode 4.1 je uvedené, cit.: „*Verejný obstarávateľ nepovoľuje predložiť variantné riešenie vo vzťahu k požadovanému predmetu zákazky.*“
54. V časti B1 súťažných podkladov „OPIS PREDEMTU ZÁKAZKY“ v bode 4 „Variantné riešenie“ v podbode 4.2 je uvedené, cit.: „*Ak súčasťou ponuky bude aj variantné riešenie, variantné riešenie nebude zaradené do vyhodnotenia a bude sa naň hľadieť akoby nebolo predložené.*“
55. V súťažných podkladoch v podbode 1.1.1, bodu 1 „Predmet zákazky“, časti B1 „Opis predmetu zákazky“, je uvedené cit.: „*Predmetom zákazky je zabezpečenie sprostredkovaného poskytovania stravovania pre zamestnancov Štátneho divadla Košice, v súlade s aktuálne platnými ustanoveniami zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákonník práce „) formou **stravných poukázok v papierovej forme**,*

v stravovacích zariadeniach poskytujúcich obedové menu s celoročnou prevádzkou počas pracovných dní v čase najmä od 11 00 hod. do 14 00 hod., nachádzajúcich sa v lokalite odberných miest určených verejným obstarávateľom v čase určenom pre obedňajšiu prestávku 30 minút, na obdobie 48 mesiacov odo dňa nadobudnutia účinnosti rámcovej dohody.(...)“

56. V súťažných podkladoch v podbode 1.1.2, bodu 1 „Predmet zákazky“, časti B1 „Opis predmetu zákazky“, je uvedené cit.: „Predmet zákazky“, je uvedené, cit.: „*Verejný obstarávateľ požaduje poskytovanie služieb súvisiacich so zabezpečením stravovania pre zamestnancov na základe akceptovania stravných poukážok uchádzača v papierovej forme, v nominálnej hodnote 4,00 EUR. (...)“*

57. V súťažných podkladoch v podbode 1.1.3, bodu 1 „Predmet zákazky“, časti B1 „Opis predmetu zákazky“, je uvedené cit.: „*Zabezpečením poskytovania stravovania verejný obstarávateľ rozumie najmä odplatné zabezpečenie podávania obedového menu alebo vybraných jedál (teplého hlavného jedla vrátane polievky) a vhodného nealkoholického nápoja z jedálneho lístka zamestnancovi verejného obstarávateľa v priebehu pracovnej zmeny najmä v čase od 11 00 hod. do 14 00 hod. počas pracovných dní , prostredníctvom platby stravnou poukážkou v papierovej forme vo vybraných zmluvných stravovacích zariadeniach, ktoré sú označené logom uchádzača, resp. nápisom , ktorý informuje o možnosti platby za konzumované jedlá a nápoje stravnou poukážkou. Stravovacím zariadením sa rozumie zariadenie s obsluhou, alebo bez obsluhy s možnosťou stolovania. “*

58. V súťažných podkladoch v podbode 1.1.5, bodu 1 „Predmet zákazky“, časti B1 „Opis predmetu zákazky“, je uvedené cit.: „*Stravná poukážka v papierovej forme musí obsahovať ceninový papier a musí byť dostatočne chránená proti zneužitiu a falšovaniu. Stravná poukážka musí byť zreteľne označená a obsahuje :*

- *nominálnu hodnotu stravnej poukážky v EUR,*
- *kalendárny rok s vyznačením doby platnosti,*
- *názov a logo poskytovateľa,*
- *čiarový kód,*
- *poučenie pre spotrebiteľa,*
- *najmenej 4 ochranné prvky proti falšovaniu (súbor prvkov, ktoré chránia stravnú poukážku pred zneužitím). “*

59. V súťažných podkladoch v podbode 6.1.2, bodu 6 „Doklady preukazujúce splnenie požiadaviek verejného obstarávateľa“, časti B1 „Opis predmetu zákazky“, je uvedené cit.: „*Zoznam zmluvných zariadení, v ktorých na základe predloženia stravnej poukážky uchádzača bude zamestnancovi podané obedové menu, **Príloha č. 3 k RD.** Verejný obstarávateľ požaduje, aby uchádzač predložil minimálne 20 zmluvných zariadení v lokalite, ktorú verejný obstarávateľ vymedzuje ulicami v centre Košíc - Dominikánske námestie, Mäsiarska, Alžbetina, Poštová po križovatku s Moyzesovou, Hlavná ulica, Mlynská ulica po križovatku Štefániková, Kováčska ulica, Hrnčiarska ulica, Vodná ulica .*

Verejný obstarávateľ požaduje, aby uchádzač predložil minimálne 5 zmluvných zariadení v lokalite vymedzenej pre zamestnancov objektu Južná trieda 60, Košice. Verejný obstarávateľ vymedzuje lokalitu Južná trieda od objektu s číslom 117 (smer z centra) a objektu s číslom 66 (smer do centra) a prilahlé ulice po oboch stranách Južnej triedy. Táto lokalita je vymedzená hranicami ulíc Rastislavova , pokračujúca cez križovatku na Jantárovú, odbočka na Tranovského , odbočka na Holubyho a späť na Južnú triedu po objekt s číslom 66. Predmetný zoznam obsahuje minimálne tieto údaje: názov stravovacieho zariadenia, označenie typu prevádzky (reštaurácia, bistro, gril bar, a pod), adresu (ulica, číslo, obec), podpis poskytovateľa. Tieto vymedzené lokality sú určené v kontexte so sídlom verejného obstarávateľa, ktorý sídli v centre Košíc na pešej zóne, s pracoviskom zamestnancov aj na

Južnej triede č. 60. Táto požiadavka verejného obstarávateľa je opodstatnená z dôvodu 30 minútového prerušenia pracovnej doby na tzv. obedňajšiu prestávku zamestnanca. Počas tejto prestávky sa zamestnanec musí do zariadenia, v ktorom mu po predložení stravnej poukážky poskytnú na základe jeho objednávky teplé jedlo (obedové menu), dostaviť, objednať si obedové menu, podané jedlo skonzumovať a vrátiť sa na miesto svojho výkonu práce.“

60. V písmene a), bodu 4.4, článku IV Rámcovej dohody je uvedené, cit.: „Stravovacie zariadenia uvedené v Prílohe č. 3 musia: byť počas platnosti tejto rámcovej dohody v preukázateľnom zmluvnom vzťahu s poskytovateľom“

61. V článku VII „**Cena a platobné podmienky**“ rámcovej dohody je uvedené, cit.: „7.1 Cena za predmet rámcovej dohody je stanovená v súlade so zákonom NR SR č. 18/1996 Z.z. o cenách v znení neskorších predpisov, vyhláškou MF SR č. 87/1996 Z.z., ktorou sa zákon o cenách vykonáva a podľa zákona č. 311/2001 Z.z. Zákonníka práce v platnom znení na základe ceny uvedenej v ponuke, ktorú predložil poskytovateľ ako uchádzač v procese verejného obstarávania.

7.2 Dohodnuté obstarávacie náklady alebo výška zľavy (čo bude relevantné) na jednu stravovaciou poukážku sú vyjadrené percentom (%) z nominálnej hodnoty stravnej poukážky a obsahujú všetky náklady spojené s poskytnutím služby, vrátane dopravných nákladov, balného, poistného a iných nákladov poskytovateľa súvisiacich s poskytovaním služby a sú konečné vo výške% . Tieto náklady vyjadrené % sa počas platnosti rámcovej dohody nebudú meniť. V prípade, že poskytovateľ je platcom DPH k obstarávacím nákladom si pripočíta DPH vo výške sadzby ustanovenej platným zákonom v čase vzniku daňovej povinnosti.

7.3 Cena 1 ks stravnej poukážky vyjadrená v EUR je zložená z nominálnej hodnoty stravnej poukážky stanovenej objednávateľom, všetkých ostatných obstarávacích nákladov súvisiacich s jej dodávkou do miesta dodania alebo výškou zľavy a je stanovená vo výške :

a) cena za 1 ks stravnej poukážky v EUR bez DPH

b) cena za 1 ks stravnej poukážky v EUR s DPH

7.4 Nominálna hodnota stravnej poukážky podľa bodu 7.3 tohto článku je v čase obojstranného podpísania rámcovej dohody určená objednávateľom vo výške 4,00 EUR, pričom si objednávateľ vyhradzuje právo upravovať požadovanú nominálnu hodnotu stravnej poukážky v závislosti od zmien platnej legislatívy, najmä Zákonníka práce, zákona č. 283/2002 Z.z. o cestovných náhradách v znení neskorších predpisov a zákona č. 152/1994 Z.z. o sociálnom fonde a o zmene a doplnení zákona č. 286/1992 Zb. Nominálna hodnota stravnej poukážky nepodlieha dani z pridanej hodnoty.

7.5 Objednávateľ preddavky poskytovateľovi neposkytuje.

7.6 Celková cena vo faktúre bude zaokrúhlená na 4 desatinné miesta.

7.7 Preberanie stravných poukážok sa bude realizovať na základe záznamu o prevzatí - výdajka/dodací list. Záznam musí obsahovať dátum odovzdania a prevzatia stravných poukážok, počet odovzdaných a prevzatých stravných poukážok, ich nominálnu hodnotu, podpisy odovzdávajúcej a preberajúcej osoby, pečiatku dodávateľa.

7.8 Právo na úhradu vzniká poskytovateľovi riadnym splnením záväzku v lehote, mieste a spôsobom uvedeným v Článku VIII tejto rámcovej dohody, bankovým prevodom na účet poskytovateľa.

7.9 Poskytovateľ doručí faktúru objednávateľovi na adresu uvedenú v Článku I. Každá faktúra vystavená poskytovateľom musí obsahovať náležitosti podľa zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov. K faktúre musí byť priložený podpísaný záznam o prevzatí - výdajka/dodací list. Ak faktúra nebude obsahovať všetky náležitosti podľa prvej a druhej vety alebo nebude po obsahovej stránke úplná, objednávateľ si vyhradzuje právo faktúru vrátiť na prepracovanie poskytovateľovi. Poskytovateľ v novej (opravenej) faktúre vyznačí novú lehotu splatnosti a doručí ju objednávateľovi.

Minimálne obsahové náležitosti faktúry:

6.6.1 označenie „faktúra“ a jej číslo,

6.6.2 obchodné meno, sídlo, IČO a DIČ kupujúceho a predávajúceho,

6.6.3 deň vystavenia faktúry,

6.6.4 lehota splatnosti faktúry,

6.6.5 číslo a názov tejto zmluvy,

6.6.6 názov, adresa banky a číslo účtu predávajúceho,

6.6.7 fakturovaná suma,

6.6.8 náležitosti pre účely DPH,

6.6.9 podpis zodpovednej osoby predávajúceho,

6.6.10 prílohy k faktúre.

7.10 Úhrada faktúry za dodaný predmet rámcovej dohody sa uskutoční bezhotovostne, lehota splatnosti faktúr je 30 dní od jej doručenia objednávateľovi.

7.11 Cenu je možné meniť iba na základe písomného Dodatku k tejto zmluve, uzatvoreného medzi zmluvnými stranami a to pri zmene zákonnej sadzby DPH a v dôsledku legislatívnych zmien, ktoré majú dopad na tvorbu ceny.“

62. V písmenách e) a f)), bodu 10.2, článku X Rámcovej dohody je uvedené, cit.: „Poskytovateľ: e) je povinný aktualizovať zoznam zmluvných zariadení a doručiť ho objednávateľovi na prenosnom pamäťovom médiu, vždy k poslednému dňu príslušného kalendárneho polroka, alebo na vyžiadanie objednávateľa,

f) je povinný zabezpečiť, aby zariadenia spoločného stravovania uvedené v Prílohe č. 3 boli v preukázateľnom zmluvnom vzťahu počas platnosti tejto rámcovej dohody s poskytovateľom a boli označené logom poskytovateľa“

63. V podbodoch 13.2.1, 13.2.5 a 13.2.6, bodu 13.2, článku XIII Rámcovej dohody je uvedené, cit.: „Objednávateľ a poskytovateľ sú oprávnení písomne odstúpiť od tejto rámcovej dohody ako celku, a to podľa § 344 a nasl. Obchodného zákonníka. Na tento účel sa za podstatné porušenie zmluvných povinností považuje najmä:

akékoľvek omeškanie poskytovateľa s riadnym plnením predmetu rámcovej dohody, podľa podmienok dohodnutých v tejto rámcovej dohode,

ak na strane jednej zmluvnej strany vzniknú nepredvídané okolnosti, ktoré zásadne zmenia podmienky plnenia predmetu zmluvy a súčasne nejde o okolnosti vylučujúce zodpovednosť tejto zmluvnej strany,

ak poskytne poskytovateľ objednávateľovi nepravdivé a zavádzajúce informácie týkajúce sa predmetu zmluvy.“

64. Vo výkladovom stanovisku úradu č. 2/2019 „Elektronická fakturácia vo verejnom obstarávaní“ je uvedené, cit.: „Od 1. 8. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 215/2019 Z. z. o zaručenej elektronickej fakturácii a centrálnom ekonomickom systéme a o doplnení niektorých zákonov (ďalej len ako „zákon“), ktorým dochádza k zavedeniu povinnosti prijať a spracúvať zaručené elektronické faktúry v procese verejného obstarávania. Predmetný zákon predstavuje transpozíciu Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/55/EÚ zo 16. apríla 2014 o elektronickej fakturácii vo verejnom obstarávaní, predovšetkým čl. 7, podľa ktorého členské štáty majú zabezpečiť, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia prijímali a spracúvali elektronické faktúry. Hlavným gestorom zákona je Ministerstvo financií Slovenskej republiky (ďalej len ako „Ministerstvo financií“) a spolugestorom Úrad pre verejné obstarávanie.

Cieľom zákona je upraviť náležitosti elektronickej fakturácie, postup pri zaručenej elektronickej fakturácii, zriadenie informačného systému elektronickej fakturácie a stanoviť podmienky jeho používania a upraviť centrálny ekonomický systém a podmienky jeho fungovania.

V § 3 zákona sa stanovuje rozsah dotknutých subjektov, ktoré majú povinnosť vydávať a zároveň prijímať zaručené elektronické faktúry.

Vydávať zaručené elektronické faktúry majú povinnosť:

- ☐ *dodávateľa (úspešní uchádzači z verejného obstarávania)*
- ☐ *verejný obstarávateľ, obstarávateľ*
- ☐ *rozpočtová a príspevková organizácia napojená na štátny rozpočet*

Prijímať zaručené elektronické faktúry majú povinnosť:

- ☐ *verejný obstarávateľ, obstarávateľ*
- ☐ *osoby, ktoré sú povinné postupovať podľa zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní ako verejní obstarávateľa (tzv. dotované osoby podľa § 8 ods. 1 písm. a) zákona)*
- ☐ *rozpočtová a príspevková organizácia napojená na štátny rozpočet*
- ☐ *odberatelia plnenia od verejného obstarávateľa, resp. od rozpočtovej alebo príspevkovej organizácie, ktorá je napojená na štátny rozpočet*

Povinnosť vydávať zaručenú elektronickú faktúru sa bude vzťahovať aj na hospodárske subjekty, ktoré budú v postavení subdodávateľov v prípade, ak bude finančné plnenie poskytnuté subdodávateľovi priamo zo strany verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa.

Zaručená elektronická fakturácia bude prebiehať prostredníctvom fakturačného systému, ktorý zriadi a bude spravovať Ministerstvo financií. Hospodárskemu subjektu, ktorý bude využívať fakturačný systém bude zriadený profil, pod ktorým bude v procese fakturácie vystupovať. Úrad pre verejné obstarávanie je povinný spolupracovať s Ministerstvom financií a v súvislosti so zápisom subjektov do zoznamu hospodárskych subjektov je povinný poskytnúť mu údaje potrebné pre zriadenie profilu.

Zo spoločných ustanovení zákona vyplýva, že fakturačný systém Ministerstvo financií sprístupní postupne z pohľadu zapojených subjektov ako aj z pohľadu štádií fakturácie.

Primárne by mali byť zapojené ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy a následne súkromný sektor. Za účelom informovania verejnosti a štátnych orgánov bude Ministerstvo financií oznamovať vo svojom publikačnom orgáne dátum, odkedy budú jednotlivé subjekty povinné systém používať a v akom rozsahu.“

Právny rámec

65. 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.
66. 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.
67. Podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady sú písomné, grafické alebo iné podklady obsahujúce podrobné vymedzenie predmetu zákazky. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Opis predmetu zákazky môže odkazovať aj na osobitný postup alebo metódu výroby alebo poskytovania požadovaných tovarov, stavebných prác alebo služieb, ako aj na osobitný postup inej fázy ich životného cyklu, a to aj vtedy, ak tieto faktory netvoria súčasť ich hmotnej podstaty, musia však súvisieť s predmetom zákazky a byť primerané jej hodnote a cieľom. Predmet zákazky musí verejný obstarávateľ a obstarávateľ opísať jednoznačne, úplne a nestranné na základe technických požiadaviek podľa prílohy č. 3. Technické požiadavky
- a) zohľadnia požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím a riešenia vhodné pre všetkých užívateľov okrem náležite odôvodnených prípadov; ak právne záväzné akty Európskej únie ustanovujú záväzné požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím alebo riešenia vhodné pre všetkých užívateľov, v technických požiadavkách

verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú odkaz na príslušné právne záväzné akty Európskej únie,

b) musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená hospodárska súťaž.

68. Podľa § 42 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní Verejný obstarávateľ a obstarávateľ vypracujú opis predmetu zákazky na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek, ktoré môžu zahŕňať environmentálne charakteristiky; technické požiadavky sa musia určiť tak, aby boli zrejmé všetky podmienky a okolnosti dôležité na vypracovanie ponuky.

69. Podľa § 42 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady obsahujú dokumentáciu, plány, modely alebo fotografie, ak sú potrebné na vypracovanie ponuky, kritériá na vyhodnotenie ponúk, pravidlá ich uplatnenia a pokyny na vypracovanie a predkladanie ponúk. Súťažné podklady obsahujú aj návrh zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorých časť obsahu možno určiť odkazom na všeobecné obchodné podmienky; ak sa odkazuje na všeobecné obchodné podmienky, musia byť súčasťou súťažných podkladov. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú, ktoré časti súťažných podkladov musia byť súčasťou zmluvy alebo rámcovej dohody; návrhy na plnenie kritérií predložené uchádzačom alebo uchádzačmi, s ktorými sa uzatvára zmluva alebo rámcová dohoda, sú náležitosťami zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá je výsledkom verejného obstarávania. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú požiadavku na prevod práv duševného vlastníctva, ak sa vyžaduje.

70. Podľa § 47 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže uchádzačom povoliť predloženie variantných riešení. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú, či povoľujú predloženie variantných riešení. Na variantné riešenia, ktoré neboli povolené, sa neprihliada. Variantné riešenia musia súvisieť s predmetom zákazky.

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:

71. Úrad uvádza, že navrhovateľ **v prvom bode námietok** namieta, kontrolovaným stanovenú formu stravnej poukážky. Navrhovateľ tiež uviedol, že kontrolovaný v opise predmetu zákazky vylúčil jeden z relevantných a plnohodnotných spôsobov, ktorým možno dosiahnuť účel predmetnej zákazky, čím bezdôvodne a protizákonne obmedzil hospodársku súťaž. Úrad teda skúmal, či takto stanovenú formu stravnej poukážky možno považovať za diskriminačnú voči hospodárskym subjektom, ktoré poskytujú alternatívnu formu zabezpečenia stravovania zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet tak, ako tvrdí navrhovateľ.

72. Úrad uvádza, že v danom prípade ide o špecifický predmet zákazky – zabezpečenie stravovania zamestnancov, na ktorý má vplyv viacero faktorov, ako napr. skutočnosť, že časť stravovacej poukážky je hradená samotnými zamestnancami, ktorí prostredníctvom kolektívnych orgánov prezentujú svoje požiadavky voči zamestnávateľovi a výsledkom ktorých je kolektívna zmluva, ďalej treba brať do úvahy aj pokrytie stravovacích prevádzok, ktoré akceptujú elektronické karty a pod. Úrad ďalej uvádza, že **požiadavky kontrolovaného na zabezpečenie stravovania, z ktorých vyplýva, že požaduje zabezpečenie stravovania**

prostredníctvom papierových stravných lístkov, predstavujú požiadavky na predmet zákazky, ktorými kontrolovaný zabezpečuje svoju povinnosť vyplývajúcu z § 152 ods. 1 Zákonníka práce. Úrad má v nadväznosti na vyššie uvedené za to, že jeho rozhodnutie o výbere formy stravných poukážok, ktorými chce zabezpečiť stravovanie zamestnancov je v súlade s právomocou kontrolovaného určiť vzhľadom na svoje potreby opis predmetu zákazky vrátane samotných požiadaviek naň.

73. Úrad v zmysle vyššie uvedeného poukazuje na rozhodnutia Rady č. 5590-9000/2020 zo dňa 22.04.2020 a č. 3678-9000/2020 zo dňa 19.03.2020 k problematike formy stravovacích poukážok, v ktorých Rada uviedla, že **v prípade poskytovania papierových stravných lístkov a elektronických kariet ide o odlišné segmenty trhu, ktoré vyplývajú z odlišností v spôsobe zavedenia, „sprocesovania“, evidovania, spôsobu sprostredkovania zamestnancom a následného používania samotnými zamestnancami.** Úrad sa stotožňuje s názorom Rady, podľa ktorého z uvedeného vyplýva **objektívna existencia určitých výhod a nevýhod** plynúcich z používania oboch typov prostriedkov na zabezpečenie stravovania, **pričom závisí len od preferencií verejného obstarávateľa, pre aký typ prostriedku na zabezpečenie stravovania pre svojich zamestnancov sa rozhodne.**⁴
74. Uvedený záver potvrdzuje aj rozhodovacia prax úradu, vyplývajúca aj z rozhodnutia č. 20527-6000/2015-ON/284 zo dňa 22.03.2016, na ktoré poukazuje aj navrhovateľ vo svojich námietkach, podľa ktorej **uprednostnenie jednej formy predmetu zákazky pred inou nemusí byť nutne znakom diskriminácie záujemcov**, pretože je potrebné posudzovať uplatniteľnosť a využiteľnosť tej ktorej formy na zabezpečenie účelu verejného obstarávania, ktorým v tomto prípade je zabezpečenie stravovania zamestnancov kontrolovaného a zamestnancov jeho rozpočtových a príspevkových organizácií.
75. Pokiaľ ide o bod 74 preambuly smernice EÚ o verejnom obstarávaní, na ktorý navrhovateľ poukazuje vo svojich námietkach, úrad už viackrát konštatoval vo svojich rozhodnutiach, ktoré následne potvrdila aj Rada, že na trhu pôsobí dostatočný počet hospodárskych subjektov, ktoré sú schopné plniť daný predmet zákazky, pričom väčšina hospodárskych subjektov na trhu je schopná zabezpečiť stravovanie tak prostredníctvom stravovacích poukážok, ako aj prostredníctvom elektronických stravovacích kariet, a taktiež, že **hospodársky subjekt má právo slobodne sa rozhodnúť, aký bude jeho predmet podnikania a aké služby sa rozhodne na trhu ponúkať**, a teda **nemôže byť dané za vinu kontrolovanému, že obstaráva predmet zákazky, ktorý navrhovateľ neposkytuje.** Úrad ďalej konštatuje, že nemôže byť dané za vinu kontrolovanému, že obstaráva predmet zákazky, ktorý navrhovateľ na základe svojho vlastného podnikateľského rozhodnutia neposkytuje, pričom na trhu pôsobí dostatočné množstvo subjektov schopných realizovať predmet zákazky, a teda nemožno dospieť k záveru, že by opis predmetu zákazky zvýhodňoval konkrétneho dodávateľa na relevantnom trhu. Skutočnosť, že práve požiadavka na papierové stravné poukážky navrhovateľa vylučuje z potenciálnych poskytovateľov služieb daného predmetu zákazky, nemožno klásť za vinu kontrolovanému. **V zásade každá jedna požiadavka na akýkoľvek predmet zákazky je spôsobilá „vylúčiť“ nejaké hospodárske subjekty z okruhu potenciálnych dodávateľov alebo poskytovateľov, nemožno však automaticky hovoriť o diskriminácii, či už o otvorenej alebo skrytej.**⁵
76. V zmysle vyššie uvedeného bodu úrad ďalej poukazuje na to, že navrhovateľ vo svojich námietkach poukazuje na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 1

⁴ Rozhodnutie Rady č. 5590-9000/2020 zo dňa 22.04.2020, ktorým potvrdila rozhodnutie úradu č. 2872-6000/2020-OD zo dňa 27.02.2020
a rozhodnutie Rady č. 3678-9000/2020 zo dňa 19.03.2020, ktorým potvrdila rozhodnutie úradu č. 16663-6000/2019-OD zo dňa 21.01.2020

⁵ Bod 58 rozhodnutia Rady č. 5590-9000/2020 zo dňa 22.04.2020

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

Asf 20/2008 zo dňa 05.06.2008. Úrad konštatuje, že podľa názoru Rady sa uvedený rozsudok na danú situáciu nevzťahuje, keďže v danom prípade nejde o priamu ani o nepriamu diskrimináciu, pretože sa nepreukázalo nerovnaké zaobchádzanie s jednotlivými záujemcami a uchádzačmi, a zároveň sa nepreukázalo poškodenie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi hospodárskymi subjektmi. V tomto prípade ide podľa Rady o situáciu, kedy je predmet zákazky odlišný od predmetu podnikania navrhovateľa.⁶

77. Úrad považuje za potrebné sa vyjadriť aj k tvrdeniu navrhovateľa týkajúceho sa využitia analógie v prípade ust. § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v predmetnej verejnej súťaži. Úrad uvádza, že v správnom práve, ktoré je odvetvím verejného práva, je možnosť analógie ojedinelá a iba vtedy, ak to zákon výslovne pripúšťa. Podstatou analógie totiž je, aby sa normatívny právny akt aplikoval na prípad, ktorý nie je výslovne upravený právnou normou, čo v tomto prípade naplnené nebolo. Úrad poukazuje na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 10Sžso/28/2014 zo dňa 15. 04. 2015, v ktorom Najvyšší súd Slovenskej republiky skonštatoval, že analógia je označená za interpretačný postup, ku ktorému má teória správneho práva skôr negatívny prístup, pričom analógia je jedným z interpretačných postupov v tých prípadoch, kedy zákonná úprava neposkytuje návod na riešenie daného právneho problému. Úrad tiež poukazuje na odbornú literatúru, podľa ktorej „v odvetví správneho práva sa zásadne analógia nepripúšťa“. Na základe uvedeného má úrad za to, že v danom prípade nie je možné využitie analógie tak, ako to v námietkach tvrdí navrhovateľ.
78. Úrad, rovnako ako Rada, konštatuje, že v nadväznosti na vyššie uvedené sa **nemožno zamerať iba na účel predmetu zákazky** tak, ako tvrdí navrhovateľ, ale **aj na ďalšie aspekty predmetu zákazky** (zvolenej formy predmetu zákazky), ktorým je nepochybne aj **uplatniteľnosť a využiteľnosť**⁷. V tejto súvislosti nemožno opomenúť argumentáciu kontrolovaného či už vo vyjadrení k námietkam alebo vo vybavení žiadosti o nápravu, v zmysle ktorej kontrolovaný nemal zámer obstarávať elektronické stravovacie karty vzhľadom na zavedený systém prideľovania, evidencie a spracovania papierových stravných poukážok v rámci nastaveného systému miezd zamestnancov a účtovníctva, vzhľadom na určený systém príspevkov z nákladov verejného obstarávateľa, príspevku zo sociálneho fondu, taktiež vychádza z nastaveného systému stravovania zamestnancov a v neposlednom rade aj vo vzťahu k platnej kolektívnej zmluve. Úrad zároveň poukazuje na účel zákona o verejnom obstarávaní, ktorým nie je prinútiť verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa obstaráť taký predmet plnenia, ktorý nespĺňa jeho potreby a požiadavky, ktoré sú najlepšie známe jemu samotnému.
79. Navrhovateľ v námietkach poukazuje na to, že kontrolovaný pripustil len jedno vybrané riešenie na dosiahnutie účelu predmetného verejného obstarávania. Z uvedeného vyplýva, že sám navrhovateľ si je vedomý toho, že pripustenie zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických kariet, by bolo pripustenie iného, teda variantného riešenia.
80. Úrad uvádza, že inštitút variantného riešenia v procese verejného obstarávania umožňuje verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi akceptovať vo vzťahu k požadovanému tovaru, službe alebo stavebnej práci aj také riešenie, ktoré nemusí byť v súlade so všetkými požiadavkami vymedzenými pre primárne obstarávaný predmet zákazky, napríklad v rámci trhu môže existovať inovatívnejšie riešenie realizácie konkrétneho predmetu zákazky v porovnaní s riešením vymedzeným verejným obstarávateľom, resp. obstarávateľom. Inštitút variantných riešení by tak mal byť využívaný najmä v postupe zadávania zákazky inovatívnym partnerstvom. Aj keď inštitút variantných riešení má svoje opodstatnenie

⁶ Bod 59 rozhodnutia Rady č. 5590-9000/2020 zo dňa 22.04.2020

⁷ Bod 55 rozhodnutia Rady č. 5590-9000/2020 zo dňa 22.04.2020

v procese zadávania zákazky, najmä pokiaľ ide o zintenzívnenie hospodárskej súťaže, treba podotknúť, že **inštitút variantných riešení je fakultatívny, a teda kontrolovaný ho nebol povinný aplikovať**. Úrad má za to, že kontrolovaný tým, že nepripustil variantné riešenie a teda nepripustil zabezpečenie stravovania zamestnancov iným riešením ako prostredníctvom stravovacích poukázok, napr. prostredníctvom elektronických stravovacích kariet neporušil zákon o verejnom obstarávaní.

81. Pokiaľ ide o tvrdenia navrhovateľa, že v súvislosti so šírením vírusu COVID-19, bude v najbližšej dobe práve obsluha zákazníkov „bezkontaktnou“ formou tá najbezpečnejšia forma stravovania, **úrad opätovne uvádza, že je práve v kompetencii samotného verejného obstarávateľa, aby pri definovaní svojich potrieb a následne pri opise predmetu zákazky zvážil napr. aj tieto navrhovateľom uvádzané skutočnosti tak, aby obstarávaný predmet plnenia zodpovedal jeho potrebám.**
82. Úrad na základe vyššie uvedeného považuje námietky navrhovateľa **v prvom bode za neopodstatnené.**
83. Úrad v súvislosti **s druhým bodom námietok** navrhovateľa, a teda absencie vydávania a zároveň prijímania zaručených elektronických faktúr v rámcovej dohode poukazuje na výkladové stanovisko úradu č. 3/2016 k § 42 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. Preskúmvacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ/obstarávateľ/osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania. Skúmanie súladu zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi spadá pod ochranu iných špecializovaných štátnych orgánov, preto úrad do zmluvnej slobody a kontraktačnej voľnosti verejného obstarávateľa/obstarávateľa/osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní zasahuje v obmedzenej miere len v rozsahu preskúmvania súladu stanovených zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípmi. Vzhľadom na uvedené úrad uvádza, že sa bude zaoberať len skutočnosťou, či kontrolovaný tým, že vo vzorovej zmluve neupravil povinnosť vydávať a zároveň prijímať zaručené elektronické faktúry **postupoval v súlade s princípmi verejného obstarávania upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**. Teda, či kontrolovaný postupoval v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania, princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípom transparentnosti, princípom proporcionality a princípom hospodárnosti a efektívnosti.
84. Úrad uvádza, že verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch definuje obchodné (prípadne zmluvné) podmienky, ktorými určuje svoje potreby a podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať. Obchodné podmienky musia byť súčasťou súťažných podkladov a verejný obstarávateľ nimi v súlade s princípom transparentnosti vopred informuje uchádzačov o podmienkach plnenia zmluvného záväzku. Verejný obstarávateľ je ten, ktorý určuje podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať pri dodržaní základných princípov verejného obstarávania. **V procese verejného obstarávania teda nie je možné hovoriť o zmluvnej slobode zmluvných strán**. Uchádzači teda nemajú možnosť dohodnúť si s verejným obstarávateľom ustanovenia zmluvy, naopak tieto buď akceptujú alebo ich namietajú cez žiadosť o nápravu a následne námietky. Z uvedeného dôvodu nemôže byť ponechaná úplná svojvôľa verejným obstarávateľom pri vypracovaní zmluvných podmienok. **Ako vyplýva aj z vyššie spomínaného výkladového stanoviska zmluvné podmienky si definuje verejný obstarávateľ vychádzajú z jeho potrieb, z charakteru predmetu**

zmluvy, vrátane jeho kvalitatívnych požiadaviek a zostavujú sa podľa osobitných právnych predpisov, najmä podľa Obchodného zákonníka a najmä musia podporovať čestnú hospodársku súťaž. Z tohto dôvodu disponuje úrad vyššie uvádzanou preskúmvacou právomocou pri skúmaní súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi. Účelom základných princípov verejného obstarávania je totiž zabezpečenie hospodárneho, efektívneho a transparentného nakladania s verejnými finančnými prostriedkami, inými slovami aj zabezpečenie voľnej, hospodárskej a efektívnej súťaže medzi hospodárskymi subjektmi pôsobiacimi na trhu.

85. Úrad uvádza, že kontrolovaný upravil fakturačné a platobné podmienky v článku VII „Cena a platobné podmienky“ Rámcovej dohody (bod 61 rozhodnutia). Z nastavenia fakturačných a platobných podmienok v článku VII Rámcovej dohody vyplýva, že v nej kontrolovaný **neupravil** vydávanie a prijímanie **zaručených elektronických faktúr**. Úrad má po preskúmaní zmluvy, konkrétne platobných a fakturačných podmienok uvedených v zmluve za to, že skutočnosť, že kontrolovaný v nich neupravil vydávanie a prijímanie zaručených elektronických faktúr mu nemožno vytknúť. Je tomu tak vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný má dispozičnú právomoc stanoviť zmluvné podmienky v súlade s jeho potrebami a zaužívanou praxou popri prípade skúsenosťami. Uvedené súvisí aj s kontraktácnou voľnosťou verejných obstarávateľov, do ktorej má úrad právomoc zasahovať len v obmedzenej miere a to z pohľadu zásad upravených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
86. V intenciách vyššie uvedeného výkladového stanoviska má úrad za to, že skutočnosť, že vo vzorovej zmluve kontrolovaný neupravil vydávanie a prijímanie zaručených elektronických faktúr neporušuje základné princípy verejného obstarávania zakotvené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Zmluvné podmienky v súťažných podkladoch sú stanovené pre všetkých záujemcov a uchádzačov rovnakým spôsobom, za rovnakých okolností, a teda v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania. Úrad má za to, že kontrolovaný žiadneho záujemcu/uchádzača priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome neuvedením predmetnej zmluvnej podmienky nezvýhodňoval oproti iným záujemcom/uchádzačom. V súvislosti s princípom nediskriminácie, úrad uvádza, že tento princíp zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa prejavuje v zákaze akéhokoľvek zvýhodňovania určitého uchádzača alebo záujemcu. Podľa názoru úradu zo strany kontrolovaného nedošlo nezakotvením predmetnej zmluvnej podmienky k porušeniu princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, nakoľko predmetná zmluva platí pre všetkých uchádzačov rovnako a teda nezvýhodňuje konkrétneho uchádzača. Úrad má za to, že neupravením vydávania a zároveň prijímania zaručených elektronických faktúr, rovnako kontrolovaný nepostupoval v rozpore so zásadou transparentnosti. Úrad súhlasí s tvrdením kontrolovaného, že kontrolovaný je povinný postupovať v súlade s platnou legislatívou vždy, aj keď niektoré ustanovenia v zmluve nie sú explicitne uvedené a že z metodického usmernenia 9/2019 a ani Zákona o ZEF nevyplýva v súčasnej dobe povinnosť uvádzať v rámcovej dohode ustanovenia týkajúce sa vydávania a prijímania elektronických faktúr. Rovnako táto povinnosť nie je upravená ani v zákone o verejnom obstarávaní a tiež nie je v zákone o verejnom obstarávaní nejakým spôsobom sankcionovaná. Úrad poukazuje aj na skutočnosť, že z údajov zverejnených na internetovej stránke Ministerstva financií SR vyplýva, že v súčasnej dobe informačný systém EFA ešte nie je funkčný a teda má úrad za to, že v tomto čase nemohlo dôjsť k porušeniu § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, predovšetkým princípu transparentnosti. Úrad nevylučuje, že kontrolovanému v priebehu plnenia zmluvy môže táto povinnosť v zmysle osobitného zákona (Zákona o ZEF) vzniknúť, avšak kontrolovaný bude mať možnosť, upraviť vydávanie a prijímanie zaručených elektronických faktúr formou dodatku k zmluve.

87. Úrad ďalej uvádza, že navrhovateľ v podaných námietkach uviedol, že nie je vylúčené, že povinnosti vyplývajúce zo Zákona o ZEF majú aj vplyv na stanovenie ceny uchádzačmi v rámci súťaže. V nadväznosti na to úrad poznamenáva, že navrhovateľ svoje tvrdenie, že: *„Nie je vôbec vylúčené, že povinnosti vyplývajúce zo Zákona o ZEF vzťahujúce sa na úspešného uchádzača majú aj vplyv na stanovenie ceny uchádzačmi v rámci súťaže.“*, žiadnym spôsobom v podaných námietkach **nezdôvodnil a nepodložil žiadnymi dôkazmi**, zhodnotením ktorých by mohol úrad následne konštatovať súlad alebo rozpor postupu kontrolovaného s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti úrad poznamenáva, že navrhovateľ, ako subjekt fungujúci na trhu (rovnako ako uchádzači, ktorí predložili v predmetnej verejnej súťaži ponuku), sa považuje za subjekt, znalý predpisov, ktoré sa ho môžu týkať a pri príprave ponuky (ak by sa rozhodol ju predložiť), mal znalosť o osobitnom predpise na ktorý poukazuje a mohol túto skutočnosť pri príprave zohľadniť (ak by sa domnieval, že táto skutočnosť je spôsobilá ovplyvniť cenotvorbu ponuky).
88. Úrad postupujúc v zmysle Výkladového stanoviska č. 3/2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody neidentifikoval v súvislosti druhým bodom námietok porušenie princípov verejného obstarávania, resp. ustanovenia § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a preto považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za **neopodstatnené**.
89. Keďže úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe druhého bodu námietok navrhovateľa neidentifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok predmetnej verejnej súťaže, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovvej časti tohto rozhodnutia.
90. Úrad v súvislosti s **tretím bodom** námietok navrhovateľa ohľadom absencie požiadaviek kontrolovaného uvedených v opise predmetu zákazky v zmluve úrad poukazuje na odôvodnenie k druhému bodu námietok, kde uviedol, že úrad posudzuje súlad zmluvných podmienok, so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ/obstarávateľ/osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s jeho princípmi vymedzenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
91. Navrhovateľ v podaných námietkach poukázal na bod 6.1.2 časti B1 Opisu predmetu zákazky, kde sú podľa neho stanovené prísne požiadavky, ktoré musia stravovacie zariadenia zazmluvnené uchádzačom spĺňať, za účelom kladného vyhodnotenia splnenia požiadaviek na predmet zákazky. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný tieto požiadavky nepremietol do podmienok rámcovej dohody a mohlo by sa podľa stať, že do: *„času uzatvorenia zmluvy by úspešný uchádzač uvedené požiadavky kontrolovaného spĺňal, avšak v čase plnenia rámcovej dohody by už úspešný uchádzač žiadnu z požiadaviek uvedených v bode 6.1.2 časti B2⁸ súťažných podkladov spĺňať nemusel“*.
92. Úrad po preskúmaní napádaných skutočností v treťom bode námietok opätovne uvádza, že **verejný obstarávateľ je ten, ktorý určuje podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať pri dodržaní základných princípov verejného obstarávania**. Úrad súhlasí s tvrdením kontrolovaného, že z ustanovení zmluvy, na ktoré poukazuje kontrolovaný vo svojom vyjadrení (písmeno a), bodu 4.4, článku IV Rámcovej dohody, cit.: *„Stravovacie zariadenia uvedené v Prílohe č. 3 musia: byť počas platnosti tejto rámcovej dohody v preukázateľnom zmluvnom vzťahu s poskytovateľom“*, písmená e) a f), bodu 10.2, článku X Rámcovej dohody, cit.: *„Poskytovateľ“*:

⁸ Ide o zrejmu chybu v písaní a správne malo byť uvedené časť B1 súťažných podkladov. Časť B2 súťažných podkladov neobsahuje

e) je povinný aktualizovať zoznam zmluvných zariadení a doručiť ho objednávateľovi na prenosnom pamäťovom médiu, vždy k poslednému dňu príslušného kalendárneho polroka, alebo na vyžiadanie objednávateľa,

f) je povinný zabezpečiť, aby zariadenia spoločného stravovania uvedené v **Prílohe č. 3 boli v preukázateľnom zmluvnom vzťahu počas platnosti tejto rámcovej dohody s poskytovateľom a boli označené logom poskytovateľa**“ a podbody 13.2.1, 13.2.5 a 13.2.6, bodu 13.2, článku XIII Rámcovej dohody, cit.: „Objednávateľ a poskytovateľ sú oprávnení písomne odstúpiť od tejto rámcovej dohody ako celku, a to podľa § 344 a nasl. Obchodného zákonníka. Na tento účel sa za podstatné porušenie zmluvných povinností považuje najmä: akékoľvek omeškanie poskytovateľa s riadnym plnením predmetu rámcovej dohody, podľa podmienok dohodnutých v tejto rámcovej dohode, ak na strane jednej zmluvnej strany vzniknú nepredvídané okolnosti, ktoré zásadne zmenia podmienky plnenia predmetu zmluvy a súčasne nejde o okolnosti vylučujúce zodpovednosť tejto zmluvnej strany, ak poskytne poskytovateľ objednávateľovi nepravdivé a zavádzajúce informácie týkajúce sa predmetu zmluvy.“) ako aj zo skutočnosti, že prílohu č. 3 rámcovej dohody tvorí **Aktuálny zoznam zmluvných stravovacích zariadení**, vyplýva, že kontrolovaný do rámcovej dohody premietol povinnosť poskytovateľa, aby zariadenia uvedené v prílohe č. 3 zmluvy boli **v preukázateľnom zmluvnom vzťahu s poskytovateľom počas platnosti rámcovej dohody**.

93. Úrad rovnako ako v odôvodnení ku predchádzajúcemu bodu námietok poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľ svoje tvrdenia **nezdôvodnil a nepodložil žiadnymi dôkazmi**, zhodnotením ktorých by mohol úrad následne konštatovať súlad alebo rozpor postupu kontrolovaného s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ síce uviedol, že „považuje stanovené požiadavky na predmet zákazky vo vzťahu k podmienkam zmluvného plnenia za rozporné so zákonom a princípmi platnými vo verejnom obstarávaní.“ a, že „Kontrolovaným stanovené požiadavky na predmet zákazky, ktoré požaduje a hodnotí v čase vyhodnotenia ponúk musia byť preukázateľne splnené počas celej doby trvania zmluvného vzťahu, čo však zmluvné podmienky nezabezpečujú“, nikde v podaných námietkach nešpecifikoval a nepreukázal, prečo má za to, že stanovenie zmluvných podmienok je v rozpore s princípmi platnými vo verejnom obstarávaní a prečo ustanovenia zmluvy na, ktoré poukazuje kontrolovaný považuje za nedostatočné. V prípade podávania námietok, je potrebné aby navrhovateľ jasne vymedzil rozpor, ktorý identifikoval v postupe kontrolovaného, pričom nepostačujú všeobecné tvrdenia. Úrad na základe uvedeného neidentifikoval v postupe kontrolovaného rozpor so zákonom o verejnom obstarávaní.
94. Úrad postupujúc v zmysle Výkladového stanoviska č. 3/2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody neidentifikoval v súvislosti tretím bodom námietok porušenie princípov verejného obstarávania, resp. ustanovenia § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a preto považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za **neopodstatnené**.
95. 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.
96. Keďže úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe tretieho bodu námietok navrhovateľa nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok predmetnej verejnej súťaže, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.
97. **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 ods. 2, námietky zamietne.

98. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

99. 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.
100. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.
101. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e:

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. xx – navrhovateľ
2. Štátne divadlo Košice, Hlavná 58, 042 77 Košice, IČO: 31299512 – kontrolovaný