

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 109 a orgán príslušný podľa § 137 ods. 2 písm. a) a písm. b) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XX** (ďalej len „navrhovateľ“) označených navrhovateľom ako námietky smerujúce proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Výstavba protipovodňovej infraštruktúry v obciach Rajcza a Oščadnica“, vyhlásenom verejným obstarávateľom **Obec Oščadnica**, Nám. M. Bernáta 745, 023 01 Oščadnica, IČO: 00314170 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 130/2014 dňa 7. 7. 2014 pod značkou 13510 – WYP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 186a zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov uvádza, že **kontrolovaný** svojím konaním **porušil** nasledovné ustanovenia zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov:

§ 9 ods. 3 pri stanovení osobitnej podmienky na plnenie zmluvy; a

§ 9 ods. 3 a § 32 ods. 6 pri stanovení podmienky účasti týkajúcej sa preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti.

O d ô v o d n e n i e :

1. Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) uvádza, že 18. 04. 2016 nadobudol účinnosť zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
2. Podľa § 186a zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak súd po uzavretí zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody právoplatným rozsudkom zruší rozhodnutie úradu vydané podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016 v konaní začatom pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody v rámci výkonu dohľadu nad verejným obstarávaním a vráti vec úradu na ďalšie konanie a úrad v ďalšom konaní zistí, že konaním kontrolovaného boli porušené predpisy účinné do 17. apríla 2016 a toto porušenie malo alebo mohlo mať vplyv

na výsledok verejného obstarávania, úrad vydá rozhodnutie, v ktorom uvedie taxatívny výpočet takýchto porušení; ak ide o konanie, v ktorom úrad rozhoduje o námietkach podaných do 17. apríla 2016, úrad v rozhodnutí uvedie porušenia predpisov účinných do 17. apríla 2016 len v rozsahu namietaných skutočností.

3. Podľa § 187 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov postup zadávania zákazky, pri ktorom bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania odoslané na uverejnenie do 17. apríla 2016, sa dokončia podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016. Podľa § 187 ods. 3 predmetného zákona v konaní, ktoré začal úrad do 17. apríla 2016, sa postupuje podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016. Vzhľadom na skutočnosť, že konanie o námietkach začalo 8. 12. 2014 (bod 23 tohto rozhodnutia) a výzva na predkladanie ponúk v predmetnom verejnom obstarávaní bola odoslaná na uverejnenie do Vestníka verejného obstarávania 3. 7. 2014, t. j. pred 17. aprílom 2016, úrad uvádza, že na predmetné konanie o námietkach sa aplikuje právny predpis účinný do 17. apríla 2016, t. j. zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

Námietky navrhovateľa

4. Navrhovateľ listom z 31. 7. 2014, doručeným úradu osobne dňa 1. 8. 2014, podal námietky v listinnej podobe, ktoré označil ako námietky podľa § 138 ods. 2 písm. b) zákona č. 25/2006 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 súťažných podkladoch. Z obsahu námietok navrhovateľa však úrad zistil, že tieto námietky smerujú proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk podľa § 138 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Námietky navrhovateľa boli úradu a kontrolovanému doručené pred otvorením častí ponúk označených ako „Kritériá“.
5. Navrhovateľ v úvode svojich námietok poukazuje na obsahové znenie podmienky účasti uvedenej v Oddiele III. „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“, kapitola III.1. „Podmienky účasti“ článok 1.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“, bod 2.2 výzvy na predkladanie ponúk (bod 47 tohto rozhodnutia), a tiež na obsahové znenie osobitnej podmienky plnenia zmluvy uvedenej v Oddiele VI. „Doplňujúce informácie“, kapitola VI.2. „Ďalšie doplňujúce informácie“, bod VI.2.5 výzvy na predkladanie ponúk (bod 48 tohto rozhodnutia).
6. V nadväznosti na dotknutú podmienku účasti uvedenú v bode 2.2 výzvy na predkladanie ponúk, navrhovateľ vo svojich námietkach poukazuje na predmet verejného obstarávania vymedzený v článku II.1.3 výzvy na predkladanie ponúk, z ktorého vyplýva, že predmetom zákazky sú stavebné práce, pričom cieľom postupu zadávania zákazky je výber zhotoviteľa stavebných prác súvisiacich s protipovodňovou ochranou priľahlej časti intravilánu i extravilánu na normové prietoky s podpornými opatreniami v širšom povodí lokálnou sanáciou konkrétnych

zdrojov splavenia, stabilizáciou dlhých úsekov koryta a hlbokých rýh prítokov s výrazným posilnením environmentálneho pôsobenia toku. Bližšie požiadavky sú rozpracované v projektovej dokumentácii, ktorá je súčasťou súťažných podkladov.

7. Ďalej navrhovateľ vo svojich námietkach poukazuje na ustanovenie § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.
8. Navrhovateľ tiež vo svojich námietkach poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 1409-5000/2014, z ktorého cituje nasledovné, cit.: „(...) Keďže jedným z cieľov uplatňovania zákona o verejnom obstarávaní je zabezpečiť rozvoj účinnej hospodárskej súťaže pri verejnom obstarávaní, verejný obstarávateľ by mal prihliadať na to, aby ním stanovené podmienky účasti vytvárali predpoklady na účasť vo verejnom obstarávaní dostatočného počtu záujemcov, aby mohla byť uskutočnená riadna a čestná hospodárska súťaž. Z hľadiska dodržiavania základných princípov vo verejnom obstarávaní by malo ísť o podmienky účasti splniteľné a nediskriminačné, ktoré musia súvisieť so zadávanou zákazkou. (...).“.
9. S poukazom na vyššie uvedené skutočnosti navrhovateľ uvádza, že požiadavky na technickú spôsobilosť nesmie verejný obstarávateľ nastaviť na základe svojej ľubovôle. Navrhovateľ je presvedčený, že napádaná podmienka radikálne obmedzuje hospodársku súťaž, nesúvisí s predmetom zákazky (dokonca je pre predmet zákazky absolútne nevhodná) a ani nezohľadňuje množstvo subjektov schopných podať ponuku.
10. Podľa slov navrhovateľa kontrolovaný vyžaduje v rámci spomenutej podmienky účasti osobu, ktorá musí mať skúsenosti s **odbornou starostlivosťou a zároveň so stavebníctvom. Navrhovateľ ďalej uvádza, že podľa jeho zistení sú také osoby na slovenskom trhu maximálne dve. Navrhovateľ má za to, že je odbornou povinnosťou verejného obstarávateľa aby si zistil, koľko subjektov spĺňa ním požadované kvalifikačné a ďalšie požiadavky, čo navrhovateľ podporuje aj odkazom na rozhodnutie českého Úradu pro ochranu hospodárské soutěže, čj. R135,151/2008/02-1007/2009/310/JHa, z ktorého má vyplývať uvedené, cit: „Nelze proto paušálně souhlasit stvrzením zadavatele, že nemá povinnost zkoumat, kolik potenciálních uchazečů je schopno splnit zadávací podmínky, neboť podobné tvrzení by umožňovalo v takto výjimečných případech volit výrazně diskriminační podmínky.“** Podľa slov navrhovateľa, nikde v technickej špecifikácii diela nie je jediná zmienka o prácach, ktoré by vyžadovali odbornú osobu pre invalidov. Navrhovateľ tak zastáva názor, že **kvalifikačný predpoklad teda nezodpovedá druhu, rozsahu a predmetu zákazky.**

11. Ďalej navrhovateľ vo svojich námietkach uvádza, že odhliadnuc od ďalej popísanej nezákonnosti požiadavky na vytvorenie pracovných miest pre invalidov, kontrolovaný podľa jeho slov nastavil napadnutou podmienkou kvalifikačné predpoklady tak, že radikálne obmedzujú počet subjektov schopných podať ponuku a nahrávajú kartelu. O súťaži nebudú podľa názoru navrhovateľa rozhodovať stavebné schopnosti, ale to, kto je ochotný sa „dohovoriť“ a pristúpiť na nevýhodné podmienky monopolného sprostredkovateľa.
12. Vo vzťahu k osobitnej podmienke na plnenie zmluvy uvedenej v Oddiele VI. „Doplňujúce informácie“, kapitola VI.2. „Ďalšie doplňujúce informácie“, bod VI.2.5 výzvy na predkladanie ponúk (bod 48 tohto rozhodnutia) navrhovateľ vo svojich námietkach prezentuje názor, že kontrolovaný v rozpore so zákonom určuje uchádzačom, aké vlastnosti majú mať jeho zamestnanci alebo subdodávatelia. Podľa navrhovateľa žiadne ustanovenie zákona neoprávňuje verejného obstarávateľa uložiť uchádzačovi povinnosť, aby zamestnal stanovený počet zamestnancov s určitými vlastnosťami. Navrhovateľ s poukazom na ustanovenie § 28 ods. 2 a 34 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že rovnako ani právna úprava týkajúca sa subdodávateľov nič nehovorí o tom, že by mohol verejný obstarávateľ určovať vlastnosti subdodávateľa. Navrhovateľ má za to, že je právom uchádzača, aby realizoval zákazku zamestnancami alebo subdodávateľmi podľa svojho uváženia. Výnimkou je podľa slov navrhovateľa stanovenie nominovaného subdodávateľa, ktorý ale musí vzniknúť zo separátneho verejného obstarávania. Navrhovateľ dodáva, že verejný obstarávateľ má v primeraných prípadoch právo vyhradiť zákazku výhradne pre chránené dielne, nie však nadiktovať zamestnanie invalidov, pričom túto svoju argumentáciu navrhovateľ opiera aj o rozhodnutie úradu č. 6622-6000/2013-ON/110 bod 30. Navrhovateľ má za to, že účelom verejného obstarávania je efektívne vynakladanie verejných prostriedkov a dosiahnutie tržného prostredia, nie zabezpečenie príjmov pre ZTP, resp. agentúru sprostredkujúcu fiktívne potvrdenie o zamestnaní týchto ZTP.
13. Navrhovateľ ďalej vo svojich námietkach uvádza, že kontrolovaný v rozpore s myšlienkami uvedenými vo Výkladovom stanovisku úradu č. 2/2014 k zákazkám vyhradeným pre chránené dielne alebo chránené pracoviská vyžaduje pozitívnu diskrimináciu u zákazky, ktorá nie je svojím predmetom pre zamestnanie ZTP vhodná, a ešte k tomu v rozpore s podmienkou, ktorá pozitívnu diskrimináciu upravuje. Navrhovateľ poukazuje aj na obsah predmetného stanoviska úradu, z ktorého má okrem iného vyplývať, že cit.: „(...) Upozorňujeme verejných obstarávateľov, že **nie každá zákazka je vhodná pre chránené dielne alebo chránené pracoviská**, najmä pokiaľ ide o zákazky na uskutočnenie stavebných prác (...) Pre naplnenie účelu efektívneho začlenenia osôb so zdravotným postihnutím na trh práce musí byť teda činnosť, ktorá je predmetom zákazky, **vykonaná len zamestnancami chránenej dielne alebo chráneného pracoviska**. Pokiaľ by predmet takejto zákazky realizovali zamestnanci úspešného uchádzača, ktorí však **nie sú zamestnaní v chránenej dielni** lebo v chránenom pracovisku, alebo by daný predmet zákazky realizoval subdodávateľ tohto úspešného uchádzača, avšak nie zamestnancami chránenej dielne alebo chráneného pracoviska, išlo by o obídienie zmyslu a

účelu zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň by išlo o konanie, ktoré je v rozpore s čestnou hospodárskou súťažou, keďže záujemcovia, ktorí nemali štatút chránenej dielne alebo chráneného pracoviska, sa takéhoto verejného obstarávania nemohli zúčastniť, a to aj napriek skutočnosti, že daný predmet zákazky nebol v konečnom dôsledku realizovaný zamestnancami chránenej dielne alebo chráneného pracoviska.(...).“.

14. Navrhovateľ tak v nadväznosti na vyššie uvedené konštatuje, že podmienkou pre pozitívnu diskrimináciu je teda vhodný predmet (t. j. podľa názoru navrhovateľa nie stavebné práce) a podmienka, že celý predmet je realizovaný výhradne chránenou dielňou (teda nie len časť, alebo čiastočne len ZTP zamestnancami).
15. Navrhovateľ má za to, že ak kontrolovaný argumentuje sociálnymi hľadiskami, je nevyhnutné podľa jeho názoru toto jeho tvrdenie označiť za neprístojné a zneužívajúce tento inštitút. Predmetom zákazky je protipovodňové opatrenie. Podľa navrhovateľa je absurdné, aby ZTP zamestnanec s viac ako 40% obmedzením pracoval na stavenisku a aby jeho činnosti súviseli so stavebnou činnosťou. Navrhovateľ ďalej uvádza, že v poslednej dobe je možné v praxi pozorovať snahu vkladať do súťažných podkladov diskriminačné podmienky obmedzujúce súťaž pod zámienkou začleňovania ZTP do pracovného procesu, a to podľa slov navrhovateľa spôsobom, že buď je celkom nevyhovujúca zákazka vyhradená pre chránené dielne alebo je vyžadované vytvorenie špecifických pracovných miest pre špecifických ZTP zamestnancov, čo navrhovateľ považuje za spôsob, ako ovplyvňovať výsledky verejného obstarávania. Navrhovateľ dopĺňa, že na trhu operuje sprostredkovateľ, ktorí formálne splnenie týchto podmienok za nemalú úplatu zabezpečuje, pričom stavebný dodávateľ, ktorý nepristúpi na nevýhodné podmienky sprostredkovateľa, sa tým pádom nemôže súťaže zúčastniť.
16. Navrhovateľ ďalej vo svojich námietkach poukazuje na odôvodnenie zamietnutia jeho žiadosti o nápravu (bod 26 tohto rozhodnutia), pričom k jednotlivým bodom odôvodnenia uvádza svoje protiargumenty. Vo vzťahu k ustanoveniu § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní, na ktoré poukázal kontrolovaný, navrhovateľ uvádza, že predmetné ustanovenie je veľmi neurčité a nie je podľa jeho názoru takmer vôbec prakticky aplikovateľné, nakoľko navrhovateľovi nie je jasné, čo sa myslí pod pojmom „sociálne hľadisko“ a aké sú ďalšie podmienky pre aplikáciu daného ustanovenia. Podľa názoru navrhovateľa je preto potrebné v tomto prípade vychádzať z obecných zásad vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní a tiež zo zmluvy o EÚ, konkrétne z princípu nediskriminácie a proporcionality.
17. Navrhovateľ dôvodí, že na to, aby bola požiadavka nediskriminačná, musela by mať možnosť ju splniť ktorákoľvek stavebná firma schopná realizovať zákazku. Podľa názoru navrhovateľa zamestnať na stavbu osobu ZTP, odhliadnuc od efektivity a racionality takého kroku, nie je až takou prekážkou. **Diskriminačnou sa ale podľa navrhovateľa podmienka stáva tým, že verejný obstarávateľ diktuje mieru postihnutia (najmenej 40%), ďalej podmienkou, že práca má byť situovaná priamo na stavenisku a súvisiaca priamo so stavebnou činnosťou, s čím súvisí nastavený technický (kvalifikačný) predpoklad osoby s odbornou**

spôsobilosťou a praxou pre invalidov (a minimálne ročnou praxou v stavebníctve), čo podľa názoru navrhovateľa budí oprávnený dojem, že je táto podmienka nachystaná pre konkrétnu osobu. Na základe uvedeného navrhovateľ zastáva názor, že stavebné práce nie sú vhodné pre pozitívnu diskrimináciu osôb ZTP, a nie je v súlade s princípom proporcionality, ak je uchádzač nútený v takýchto nepriaznivých podmienkach pozitívne diskriminovať osoby ZTP. Navrhovateľ dodáva, že danú požiadavku je nutné vnímať v kontexte nadväzujúcej požiadavky na odbornú osobu (t. j. osobu, ktorá má dohliadať na invalidov pri výkone stavebnej činnosti), ktorú navrhovateľ považuje za diskriminačnú a obmedzujúcu hospodársku súťaž.

18. Navrhovateľ sa ďalej vo svojich námietkach vyjadruje k argumentu kontrolovaného, ktorý v zamietnutí žiadosti o nápravu podľa slov navrhovateľa uviedol, že požiadavka na zamestnanie osôb ZTP nepredstavuje súťažné podmienky, ale zmluvné podmienky, ktoré nepodliehajú kontrole. Podľa názoru navrhovateľa, ktorákoľvek podmienka súťaže musí byť kontrolovateľná z pohľadu dodržania pravidiel a zásad zákona o verejnom obstarávaní (okrem striktne obchodných otázok), či už uvedená v súťažných podkladoch, oznámení alebo záväznom návrhu zmluvy, pričom opačný výklad by bol podľa navrhovateľa v rozpore so smernicou ES č. 89/665/EHS o koordinácii právnych a správnych predpisov týkajúcich sa kontroly pri zadávaní verejných zákaziek, podľa ktorého musí byť kontrolovateľný akýkoľvek úkon alebo rozhodnutie verejného obstarávateľa. Okrem toho navrhovateľ dopĺňa, že požiadavka na odbornú osobu (bod 47 tohto rozhodnutia) je priamo uvedená ako kvalifikačný predpoklad, ktorý jednoznačne kontrole podlieha.
19. Ďalej sa navrhovateľ vo svojich námietkach vyjadruje k argumentu kontrolovaného, ktorý v zamietnutí žiadosti o nápravu podľa slov navrhovateľa uviedol, že stanovené požiadavky (bod 48 tohto rozhodnutia) odvodzuje z čl. 8 a z § 13 ods. 1 a ods. 2 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce, v znení účinnom k 21. 7. 2014. V tejto súvislosti navrhovateľ ozrejmuje, že Zákonník práce upravuje pracovnoprávne vzťahy, preto navrhovateľ nerozumie, prečo verejný obstarávateľ argumentuje týmto predpisom pre ospravedlnenie svojho pochybenia vo verejnom obstarávaní. Vo vzťahu k čl. 8 Zákonníka práce navrhovateľ uvádza, že nie je zamestnávateľom ZTP, a z toho dôvodu teda nevie, prečo by sa na neho čl. 8 mal vzťahovať. Navrhovateľ dopĺňa, že ak by osoby ZTP zamestnával, určite by pre takýchto zamestnancov vytvoril príjemné podmienky. Zo spomenutého čl. 8 však navrhovateľ podľa jeho slov ale nijako nemôže vyčítať povinnosť takéto osoby angažovať pri realizácii verejnej zákazky. Vo vzťahu k § 13 Zákonníka práce navrhovateľ uvádza, že toto ustanovenie sa vzťahuje až na existujúce pracovnoprávne vzťahy, a teda neukladá povinnosť angažovať ZTP.
20. V závere svojich námietok navrhovateľ zhrnul v troch bodoch dôvody, pre ktoré napáda podmienky uvedené vo výzve na predkladanie ponúk, pričom uviedol, že žiadať v rámci technickej kvalifikácie odborného pedagóga pre invalidov s ročnou praxou v stavebníctve je diskriminačné, a táto podmienka nesúvisí s predmetom zákazky a obmedzuje súťaž. Ďalej má navrhovateľ za to, že žiadať zamestnanie invalidov na stavebnú zákazku je neproporcionálne,

a tiež, že žiadať zamestnanie invalidov za konkrétnych podmienok (miera zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40%, výkon práce na stavenisku) je diskriminačné.

21. Na základe uvedených skutočností navrhovateľ v závere námietok dodáva, že nie je schopný sa uchádzať o zákazku, nakoľko nedisponuje napádanou neprimeranou technickou spôsobilosťou a ani nemá v úmysle pristúpiť na nevýhodné podmienky sprostredkovateľa, ktorý mu splnenie tejto súťažnej podmienky môže zabezpečiť.
22. Na základe uvedeného navrhovateľ žiada, aby úrad vyhovel jeho námietkam a zrušil predmetné verejné obstarávanie.

Začiatok konania o námietkach

23. Úrad uvádza, že dňa 25. 11. 2014 bola úradu od kontrolovaného doručená informácia podľa § 136 ods. 9 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že podľa § 138 ods. 3 písm. a) v spojení s § 19 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní konanie o námietkach začalo dňa 8. 12. 2014.
24. V súlade s § 138 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní úrad bezodkladne po začatí konania o námietkach listom č. 8697-6000/2014-ON/251-V zo dňa 11. 12. 2014 vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnej dokumentácie v origináli. Dňa 29. 12. 2014 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a dokumentáciu týkajúcu sa predmetného postupu zadávania zákazky v origináli.
25. Vzhľadom na skutočnosť, že doručená dokumentácia nebola kompletná, úrad prerušil konanie o námietkach rozhodnutím č. 8697-6000/2014-ON/251-P zo dňa 12. 1. 2015 a nariadil kontrolovanému doručiť kompletnú dokumentáciu v dodatočnej lehote 10 pracovných dní od doručenia rozhodnutia č. 8697-6000/2014-ON/251-P. Predmetné rozhodnutie bolo kontrolovanému doručené dňa 16. 1. 2015. Kontrolovaný následne dňa 23. 1. 2015 doručil úradu kompletnú dokumentáciu v origináli k predmetnému verejnemu obstarávaniu.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

26. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia k bodom označeným v námietkach navrhovateľa ako bod III. („Nezákonnosť zadávacej podmienky – odborná osoba pre invalidov“) a bod IV. („Nezákonnosť podmienky – zamestnanie invalidov“) uvádza, že ako vyhlasovateľ predmetného postupu zadávania zákazky má za to, že postupoval v súlade s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, pričom už v Oznámení o vybavení žiadosti o nápravu uviedol, že pri určení stratégie verejného obstarávania vychádzal z legislatívneho rámca zákona o verejnom obstarávaní a zákona č. 311/2011 Z.z. (Zákonník práce) v znení neskorších predpisov. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ nevhodne používa problematiku chránených dielní alebo chránených pracovísk pri argumentácii v spojitosti so stanovenými kvalifikačnými

podmienkami v predmetnom postupe zadávania zákazky. Predmetný postup zadávania zákazky podľa kontrolovaného neobsahuje špecifickú podmienku účasti len pre subjekty v postavení chránenej dielne, resp. chráneného pracoviska. V nadväznosti na toto tvrdenie kontrolovaný poukazuje na ustanovenie § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní (bod 38 tohto rozhodnutia), z ktorého podľa slov kontrolovaného vyplýva, že je vo výlučnej kompetencii verejného obstarávateľa rozhodnúť o použití osobitných podmienok plnenia zmluvy. Podľa názoru kontrolovaného platí, že verejný obstarávateľ zmluvnými podmienkami určuje podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať a nie je možné zasahovať do zmluvnej slobody a kontraktnej voľnosti verejného obstarávateľa. Kontrolovaný ďalej uvádza, že nestanovil podmienky „sui generis“ (ako osobitné podmienky účasti), ale ako osobitné podmienky plnenia zmluvy. Kontrolovaný tak podľa jeho slov vyžadoval od úspešného uchádzača (v zmluvných podmienkach, ktoré uchádzač nemôže meniť a teda ani požadovať nápravu tak, ako to nie je možné ani pri iných podmienkach zmluvy, ktoré stanovil verejný obstarávateľ), aby úspešný uchádzač ako zmluvný partner vytvoril pracovné pozície pre zdravotne postihnutých občanov, následne ich aj skutočne obsadil a najmä udržal počas realizácie diela. Kontrolovaný ďalej uvádza, že už v Oznámení o vybavení žiadosti o nápravu pripojil pre podporu svojho rozhodnutia aj príslušné ustanovenia Zákonníka práce, čím zdôrazňuje skutočnosť, že problematika aktívneho zapájania hendikepovaných občanov je pre spoločnosť nielen výzvou, ale i povinnosťou a názor navrhovateľa „o bezpredmetnej právnej argumentácii zákonníkom práce“ vníma výlučne ako individuálny názor tvorca žiadosti o nápravu, ktorý je neakceptovateľný.

27. Kontrolovaný ďalej vo svojom vyjadrení s poukazom na obsahové znenie čl. 8 a § 13 ods. 1 a ods. 2 Zákonníka práce uvádza, že naďalej zastáva názor, ktorý korešponduje s legitímnymi požiadavkami a potrebami začleňovania invalidných občanov do pracovného procesu a to najmä vtedy, ak sa zákazka financuje z verejných zdrojov. Takáto podpora zdravotne hendikepovaných občanov je preto podľa názoru kontrolovaného vo verejnom záujme.
28. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k bodu označeného v námietkach navrhovateľa ako bod VI. („Vysporiadanie sa s odôvodnením odmietnutia“) uvádza, že v konštatovaní navrhovateľa, že „keď nevyšiel postup s chránenou dielňou, bolo nevyhnutné nájsť inú legálnu barlu pre zneužitie statusu ZTP“ nevidí kontrolovaný súvislosť s predmetným postupom zadávania zákazky, nakoľko od začiatku prípravy podmienok sa podľa jeho slov neuvažovalo s otvorením súťaže len pre chránené dielne, a to práve z dôvodov, o ktoré sa navrhovateľ neustále opiera, teda jednak pre zachovanie dostatočnej konkurencieschopnosti dodávateľského prostredia a taktiež pre charakter samotných stavebných prác, ktoré sú predmetom obstarávania. Požiadavku zaväzujúcu budúceho zhotoviteľa stavebných prác k vytvoreniu pracovných miest pre hendikepovaných pracovníkov považuje kontrolovaný za akceptovateľný kompromis.
29. Kontrolovaný ďalej k bodu označeného v námietkach navrhovateľa ako bod VIII. („Dotknuté práva“) uvádza, že navrhovateľovu žiadosť o nápravu zamietol z dôvodov, že kontrolovaný postupoval v súlade s ustanovením § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní pri stanovení

osobitných podmienok plnenia zmluvy týkajúcich sa najmä sociálnych a environmentálnych hľadísk, a zároveň z dôvodu, že žiadateľ nepreukázal nezákonnosť, resp. neuviedol žiadne konkrétne dôvody, kvôli ktorým „nie je schopný vytvoriť požadované pracovné miesta pre ZTP. Na základe uvedeného kontrolovaný konštatuje, že komentárom v citovanom odseku navrhovateľ len potvrdil neochotu zabezpečiť splnenie podmienok a orientuje sa len na samotné spochybňovanie konania kontrolovaného.

Zistenia úradu

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

30. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 130/2014 dňa 7. 7. 2014 pod značkou 13510 – WYP verejné obstarávanie na predmet zákazky „Výstavba protipovodňovej infraštruktúry v obciach Rajcza a Oščadnica“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 728 535,32 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Kontrolovaný poskytol súťažné podklady 14 záujemcom, vrátane navrhovateľa. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 28. 7. 2014 do 09:00 hod., predložili ponuku 4 uchádzači. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 28. 7. 2014 o 10:00 hod.. Následne dňa 1. 8. 2014 doručil navrhovateľ kontrolovanému, ako aj úradu námietky v listinnej podobe označené ako námietky smerujúce podľa § 138 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch.
31. Úrad vo veci predmetných námietok vydal rozhodnutie č. 8697-6000/2014-ON/251 zo dňa 10. 2. 2015, ktorým podľa § 139 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní **zastavil konanie o námietkach navrhovateľa**, nakoľko navrhovateľ nepredložil ako prílohu svojich námietok doklad preukazujúci oprávnenie podpisovať námietky podľa § 138 ods. 6 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pričom tento nebol predložený ani kontrolovanému, čím nebol naplnený účel ustanovenia § 138 ods. 7 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.
32. Proti rozhodnutiu úradu podal navrhovateľ žalobu na Krajskom súde v Bratislave, ktorou sa domáhal, aby súd preskúmal zákonnosť rozhodnutia úradu a následne, aby uvedené rozhodnutie úradu zrušil. **Krajský súd v Bratislave rozsudkom č. 6S/50/2015-63 zo dňa 29. 3. 2018 rozhodnutie úradu zrušil a vec vrátil úradu na ďalšie konanie.** V predmetnom rozsudku súd uviedol, že požadovanie predloženia originálu alebo overenej kópie výpisu z obchodného registra preukazujúceho oprávnenie štatutárneho orgánu konať v mene navrhovateľa, v prípade ak tento udelil splnomocnenie pre svojho zamestnanca na podanie námietok, nemá oporu v zákone o verejnom obstarávaní a nemá ani logické odôvodnenie. Podľa súdu predložením príloh podľa § 138 ods. 7 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní (prílohy slúžia na to, aby žalovaný mal informácie, ktoré potrebuje pre spracovanie námietky) nejde o právny úkon na základe ktorého žalobca nadobúda práva a povinnosti, ale ide len o osvedčenie osoby oprávnenej podať námietky, keďže predloženie námietok podľa § 138 ods. 2

písm. f) zákona o verejnom obstarávaní je úkon zakladajúci práva a povinnosti. Vzhľadom na to, že § 138 ods. 7 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní nešpecifikuje typ dokladu, ktorým sa má preukazovať oprávnenie na podpisovanie námietok, súd tak mal za to, že poverenie pre zamestnanca navrhovateľa nepochybne takýmto dokladom je. Preto v závere rozsudku Krajský súd v Bratislave skonštatoval, že nebol potrebný originál, resp. overená kópia výpisu z obchodného registra, ktorým by žalobca mal preukázať oprávnenie na udelenie poverenia pre svojho zamestnanca, ktorý v mene navrhovateľa podpísal a podal námietky.

33. Podľa § 191 ods. 6 Správneho súdneho poriadku právnym názorom, ktorý vyslovil správny súd v zrušujúcom rozsudku, je orgán verejnej správy v ďalšom konaní viazaný.

Právny rámec

34. Podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní sa pri zadávaní zákaziek musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

35. Podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác alebo za poskytnutie služby.

36. Podľa § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.

37. Podľa § 32 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní akiaľ nie je preukázaný opak, podmienka účasti, ktorá je primeraná a súvisí s predmetom zákazky, sa nepovažuje za diskriminačnú, ak ju v čase vyhlásenia postupu zadávania zákazky vie splniť najmenej päť uchádzačov, ktorých ponuky spĺňajú ostatné podmienky účasti alebo záujemcov, ktorí predložili žiadosť o účasť.

38. Podľa § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže určiť osobitné podmienky plnenia zmluvy za predpokladu, že tieto podmienky sú uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu týkať najmä sociálnych a environmentálnych hľadísk; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu

týkať aj subdodávateľov, bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností alebo bezpečnosti dodávok.

39. Podľa § 100 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní podlimitných zákaziek verejný obstarávateľ postupuje podľa prvej časti a vyžaduje na preukázanie splnenia podmienok účasti doklady podľa § 26 ods. 2, prípadne ďalšie doklady, ktorými sa preukazuje finančné a ekonomické postavenie a technická alebo odborná spôsobilosť podľa § 27 až 30, a určí ich v súlade s § 32 ods. 6; § 32 ods. 10 a 11 sa použije primerane.
40. Podľa § 100 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní podlimitných zákaziek verejný obstarávateľ postupuje podľa prvej časti a posudzuje splnenie podmienok účasti podľa § 33 a v súlade s výzvou na predkladanie ponúk; v prípade skupiny dodávateľov sa použije § 31.
41. Podľa § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky alebo jej časti bol porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk alebo výberom záujemcov alebo uchádzačov je priama príčinná súvislosť, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo jej časti
- a) zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo jej časti alebo súťaž návrhov, ak došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore s týmto zákonom už v spojení s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, oznámením použitým ako výzva na súťaž alebo oznámením o vyhlásení súťaže návrhov, so súťažnými podkladmi alebo súťažnými podmienkami, alebo
 - b) odstrániť protiprávny stav a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vykonaním toho úkonu kontrolovaného, ktorý bol postihnutý rozporom s týmto zákonom.
42. Podľa § 186a zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak súd po uzavretí zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody právoplatným rozsudkom zruší rozhodnutie úradu vydané podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016 v konaní začatom pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody v rámci výkonu dohľadu nad verejným obstarávaním a vráti vec úradu na ďalšie konanie a úrad v ďalšom konaní zistí, že konaním kontrolovaného boli porušené predpisy účinné do 17. apríla 2016 a toto porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, úrad vydá rozhodnutie, v ktorom uvedie taxatívny výpočet takýchto porušení; ak ide o konanie, v ktorom úrad rozhoduje o námietkach podaných do 17. apríla 2016, úrad v rozhodnutí uvedie porušenia predpisov účinných do 17. apríla 2016 len v rozsahu namietaných skutočností.
43. Podľa § 9 ods. 1 zákona č. 5/2004 Z. z. o službách zamestnanosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, platného a účinného do 31. 12. 2014 (ďalej

len „zákon o službách zamestnanosti“) občan so zdravotným postihnutím na účely tohto zákona je občan uznaný za invalidného podľa osobitného predpisu.¹

44. Podľa § 9 ods. 2 zákona o službách zamestnanosti občan so zdravotným postihnutím preukazuje invaliditu a percentuálnu mieru poklesu jeho schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť z dôvodu telesnej poruchy, duševnej poruchy alebo poruchy správania rozhodnutím alebo oznámením Sociálnej poisťovne alebo posudkom útvaru sociálneho zabezpečenia podľa osobitného predpisu.²
45. Podľa § 71 ods. 1 zákona o sociálnom poistení poistenec je invalidný, ak pre dlhodobu nepriaznivý zdravotný stav má pokles schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť o viac ako 40 % v porovnaní so zdravou fyzickou osobou.

Zistenia úradu

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

46. V zmysle oddielu II. „Predmet zákazky“, časť II. „Opis“, bod II.1.3. „Stručný opis zákazky alebo nákupu (nákupov)“ výzvy na predkladanie ponúk je uvedené, že cit.: „Cieľom postupu zadávania zákazky je výber zhotoviteľa stavebných prác súvisiacich s protipovodňovou ochranou príľahlej časti intravilánu i extravilánu na normové prietoky o podpornými opatreniami v širšom povodí lokálnou sanáciou konkrétnych zdrojov splavenia, stabilizáciou dlhých úsekov koryta a hlbokých rýh prítokov s výrazným posilnením environmentálneho pôsobenia toku. Bližšie požiadavky sú rozpracované v projektovej dokumentácii, ktorá je súčasťou súťažných podkladov.“
47. V zmysle oddielu III. „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“, časť III.1. „Podmienky účasti“, bod III.1.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk je uvedené, že cit.: „(...) Informácie a formálne náležitosti nevyhnutné na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti: Požadované doklady - dôkazné prostriedky v zmysle § 28 ods. 1 písm. b), g), j): (...) 2. údaje o vzdelaní a praxi riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác.

K požiadavke 2)

2.1 Uchádzač predloží údaje o odbornej kvalifikácii stavbyvedúceho prostredníctvom dokladu o odbornej spôsobilosti na vybrané činnosti vo výstavbe v zmysle zákona č.138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov a to predložením osvedčenia vydaného Slovenskou komorou stavebných inžinierov (SKSI) pre

¹ § 71 zákona č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o sociálnom poistení“), zákon č. 328/2002 Z. z. o sociálnom zabezpečení policajtov a vojakov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

² zákon č. 328/2002 Z. z. o sociálnom zabezpečení policajtov a vojakov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

výkon stavbyvedúceho s odborným zameraním inžinierske stavby, kategória vodohospodárske stavby, resp. rovnocenný doklad o odbornej spôsobilosti osôb podľa predpisov štátu ich pôvodu.

2.2 Uchádzač predloží doklad o najvyššom dosiahnutom vzdelaní v obore prislúchajúcom k odbornej starostlivosti o invalidných občanov - špeciálna pedagogika alebo telesná výchova pre zdravotne oslabených (postihnutých) alebo ekvivalent s tým, že uchádzač predloží podpísaný životopis osoby zodpovednej za odbornú starostlivosť o invalidných občanov. Táto osoba musí preukázať minimálnu prax jeden rok v obore odbornej starostlivosti a zároveň v obore stavebníctvo s uvedením kontaktných údajov na osoby/subjekty, ktoré potvrdia zapojenie osoby spôsobilej pre odbornú starostlivosť o invalidných občanov do pracovného procesu pri výkone stavebných činností. (...) Údajmi o vzdelaní a praxi riadiacich zamestnancov uchádzač preukazuje potrebné personálne zabezpečenie kvalifikovanými riadiacimi zamestnancami - osobami zodpovednými za riadenie stavebných prác, ktorí budú odborne a technicky spôsobilý zrealizovať predmet zákazky v požadovanom rozsahu a čase a osobami zodpovednými za zapojenie invalidných občanov do pracovného procesu v súlade s príslušnou legislatívou. (...) Vyhradené zákazky pre chránené dielne alebo chránené pracoviská: Nie (...).“.

48. V zmysle oddielu VI. „Doplňujúce informácie“, časť VI.2. „Ďalšie doplňujúce informácie“, bod VI.2.5 výzvy na predkladanie ponúk je uvedené, že cit.: „(...) Verejný obstarávateľ v súlade s § 34 ods. 17 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní v platnom znení určuje osobitnú podmienku plnenia zmluvy, týkajúcu sa sociálnych aspektov: Úspešný uchádzač sa zaviazá vytvoriť, obsadiť a udržať počas realizácie stavby minimálne 2 pracovné miesta pre invalidných občanov s priznanou mierou zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40 %, pričom miesto výkonu práce bude na stavenisku a pracovná náplň bude priamo súvisieť s výkonom stavebných činností. (...)“.
49. V časti A2 „Návrh záväzných zmluvných podmienok“, článku II. „Predmet zmluvy“, bod 2.11 súťažných podkladov kontrolovaného je uvedené nasledovné, cit.: „(...) V súlade s osobitnými podmienkami týkajúcimi sa sociálnych aspektov, ktoré objednávatel' určil vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch sa zhotoviteľ zaväzuje vytvoriť 2 pracovné miesta pre invalidných občanov s priznanou mierou zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40%, pričom miesto výkonu práce bude na stavenisku a pracovná náplň bude priamo súvisieť s výkonom stavebných činností. (...)“.
50. V časti A2 „Návrh záväzných zmluvných podmienok“, článku II. „Predmet zmluvy“, bod 2.12 súťažných podkladov kontrolovaného je uvedené nasledovné, cit.: „(...) V nadväznosti na povinnosti zhotoviteľa uvedené v čl. II., v bode 2.11 tejto zmluvy sa zhotoviteľ zaväzuje zapojiť do procesu realizácie diela osobu spôsobilú pre odbornú starostlivosť o invalidných občanov, ktorá spĺňa podmienky stanovené objednávatel'om vo výzve na predkladanie ponúk a ktorá bude počas realizácie stavby zabezpečovať a dohliadať na bezpečnosť invalidných pracovníkov, na súlad pridelených prác s možnosťami a obmedzeniami týchto pracovníkov. (...)“.

51. V časti A2 „Návrh záväzných zmluvných podmienok“, článku VIII. „Výkonanie diela“, bod 8.4 súťažných podkladov kontrolovaného je uvedené nasledovné, cit.: „(...) Zhotoviteľ sa zaväzuje v zmysle Čl. II, bodov 2.11 a 2.12 tejto zmluvy vytvoriť, obsadiť a udržať počas realizácie stavby minimálne 2 pracovné miesta pre invalidných občanov s priznanou mierou zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40%, pričom miesto výkonu práce bude na stavenisku a pracovná náplň bude priamo súvisieť s výkonom stavebných činností. Zhotoviteľ vo väzbe na uvedený záväzok preukáže, že má k dispozícii pracovníka kompetentného zabezpečovať a dohliadať na bezpečnosť invalidných pracovníkov, predložením fotokópie dokladu v obore prislúchajúcom k odbornej starostlivosti o invalidných občanov, preukazujúceho odbornú spôsobilosť uvedeného pracovníka. (...)“.

Právne posúdenie úradom

52. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní vo vzájomných súvislostiach a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného a navrhovateľom namietaných skutočností, stotožňujúc sa s právnym názorom KS BA konštatuje nasledovné:

53. Z obsahu námietok navrhovateľa vyplýva, že tieto smerujú proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk, a to konkrétne proti:

- 1) osobitnej podmienke na plnenie zmluvy (bod 48 tohto rozhodnutia), a
- 2) podmienke účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti (bod 47 tohto rozhodnutia).

Ad 1) K osobitnej podmienke na plnenie zmluvy

54. Úrad s poukazom na § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že na základe tohto ustanovenia má verejný obstarávateľ možnosť určiť osobitné podmienky plnenia zmluvy, ktoré sa môžu týkať najmä sociálnych a environmentálnych hľadísk. Vzhľadom na to, že zákon o verejnom obstarávaní bližšie nedefinuje, čo sa má na účel predmetného ustanovenia rozumieť pod pojmom „sociálne hľadisko“, úrad v tejto súvislosti poukazuje na výklad tohto pojmu poskytnutý úradom napr. v rámci metodického usmernenia úradu č. 133-500/2013 zo 4. 2. 2013, v zmysle ktorého požiadavkami, ktorými je sledované sociálne hľadisko môžu byť napr. požiadavky platné počas plnenia zmluvy na nábor dlhodobo nezamestnaných, na vykonanie opatrení odbornej prípravy pre nezamestnaných alebo mladé osoby, alebo na nábor viacerých postihnutých osôb. **Takéto požiadavky, resp. podmienky však nesmú byť priamo alebo nepriamo diskriminačné** a musia byť uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Môžu byť určené najmä v prospech odborného vzdelávania priamo na mieste výkonu práce, zamestnávania osôb, ktoré majú problémy so začlenením do spoločnosti, boja proti nezamestnanosti alebo ochrany životného prostredia.

55. Na základe uvedeného tak možno povedať, že v prípade osobitných podmienok plnenia zmluvy ide o prístup, ktorý sa zameriava na štádium po zadaní zákazky kedy sa vyžaduje, aby po zadaní zákazky subjekt, ktorému bola zákazka zadaná, dodržiaval pri jej plnení konkrétne osobitné požiadavky obsiahnuté v zmluvných podmienkach, ktoré mu boli vopred známe. V tejto súvislosti úrad považuje za potrebné poukázať na metodické usmernenie úradu č. 5149-5000/2013 zo 17. 5. 2013, v zmysle ktorého je verejný obstarávateľ ten, ktorý určuje podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať pri dodržaní základných princípov verejného obstarávania, pričom najmä obchodnoprávne a občianskoprávne predpisy umožňujú v rámci obchodných podmienok vytvoriť výhodnejšiu situáciu v prospech verejného obstarávateľa ako objednávateľa služieb / tovarov / stavebných prác. Úrad však upozorňuje, že pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi a nezasahuje do zmluvnej slobody a kontraktnej voľnosti verejného obstarávateľa, jeho preskúmvacia právomoc sa obmedzuje na skúmanie ich súladu so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípov, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania.
56. Úrad tiež ďalej vo vzťahu k osobitným podmienkam plnenia zmluvy podľa § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 7970-5000/2014 zo 6. 8. 2014, v zmysle ktorého tieto osobitné podmienky nesúvisia s povinnosťou preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť, resp. ekonomické postavenie uchádzača alebo záujemcu pre realizáciu predmetu zákazky, nakoľko sa jedná o dodatočné podmienky. V tejto súvislosti je potrebné dodať, že hlavným cieľom verejného obstarávania je cieľ ekonomický. Zavedenie, resp. uprednostnenie iných cieľov môže skomplikovať postup zadávania zákazky, zvýšiť náklady verejného obstarávania, obmedziť hospodársku súťaž. **Preto je neprípustné, aby sa uplatnením osobitných podmienok plnenia zmluvy zavádzali skryté diskriminačné mechanizmy.**
57. V nadväznosti na vyššie uvedené skutočnosti úrad s poukazom na osobitnú podmienku plnenia zmluvy, ktorú kontrolovaný určil vo výzve na predkladanie ponúk (bod 48 tohto rozhodnutia), a ktorú kontrolovaný premietol aj do obsahu zmluvných podmienok (bod 49 tohto rozhodnutia) uvádza, že v tomto konaní o námietkach je potrebné zodpovedať, či požadovanie tejto podmienky zo strany kontrolovaného nachádza oporu v zákone o verejnom obstarávaní, čím bude zodpovedaná aj otázka opodstatnenosti podaných námietok.
58. Úrad na úvod považuje za potrebné objasniť definíciu niektorých pojmov použitých kontrolovaným v rámci osobitnej podmienky na plnenie zmluvy. Vo vzťahu k pojmu „invalidný občan“ úrad poukazuje na § 9 ods. 1 zákona o službách zamestnanosti, v zmysle ktorého občan so zdravotným postihnutím na účely tohto zákona je občan uznaný za invalidného podľa osobitného predpisu, ktorým je zákon o sociálnom poistení. Citovaný právny predpis v § 71 ods. 1 ustanovuje, že **poistenec je invalidný, ak pre dlhodobu nepriaznivý zdravotný stav má pokles schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť o viac ako 40 % v porovnaní so zdravou fyzickou osobou.** V tejto súvislosti tiež úrad poukazuje

na § 9 ods. 2 zákona o službách zamestnanosti, v zmysle ktorého občan so zdravotným postihnutím preukazuje invaliditu a percentuálnu mieru poklesu jeho schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť z dôvodu telesnej poruchy, duševnej poruchy alebo poruchy správania rozhodnutím alebo oznámením Sociálnej poisťovne alebo posudkom útvary sociálneho zabezpečenia podľa osobitného predpisu.

59. Z vyššie uvedeného tak vyplýva, že kontrolovaný vo svojej podstate v rámci osobitnej podmienky na plnenie zmluvy požadoval, aby úspešný uchádzač vytvoril, obsadil a udržal počas realizácie stavby minimálne 2 pracovné miesta pre invalidných občanov podľa § 71 ods. 1 zákona o sociálnom poistení, ktorým bolo toto postavenie priznané rozhodnutím Sociálnej poisťovne.
60. Napriek tomu, že kontrolovaný nevyhradil účasť v predmetnej zákazke pre chránené dielne alebo pracoviská, úrad rovnako ako navrhovateľ vo svojich námietkach považuje za potrebné poukázať na podstatu a význam inštitútu chránenej dielne alebo pracoviska podľa § 100 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedený inštitút má pôvod v osobitnom predpise, ktorým je zákon o službách zamestnanosti. Uvedený právny predpis v ustanovení § 55 ods. 1 definuje, že **chránenou dielňou a chráneným pracoviskom sú v skratke pracoviská, na ktorých sú zamestnaní občania so zdravotným postihnutím v pracovnom pomere, a na ktorých sú pracovné podmienky vrátane nárokov na pracovný výkon prispôsobené zdravotnému stavu občanov so zdravotným postihnutím.** V zmysle ods. 2 predmetného ustanovenia, postavenie chránenej dielne alebo pracoviska priznáva miestne príslušný úrad práce, sociálnych vecí a rodiny.
61. Na základe uvedeného tak možno povedať, že kontrolovaný v rámci osobitnej podmienky na plnenie zmluvy požaduje od úspešného uchádzača, aby zamestnal osoby s rovnakým % podielom zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť v porovnaní so zdravou osobou ako vyžaduje zákon o službách zamestnanosti pre zamestnancov (so zdravotným postihnutím) chránenej dielne alebo pracoviska. Z uvedeného je tak zrejmé, že osobitná podmienka na plnenie zmluvy stanovená kontrolovaným sa tak v určitých znakoch prelína s inštitútom chránenej dielne alebo pracoviska, avšak podstatným rozdielom je skutočnosť, že v zmysle osobitnej podmienky na plnenie zmluvy sa na plnení predmetu zákazky budú invalidní občania podieľať nepochybne v menšom rozsahu [t. j. v min. počte 2 pracovných miest, pričom v zmysle časti A2 „Návrh záväzných zmluvných podmienok“, článku II. „Predmet zmluvy bodu 2.11 súťažných podkladov (bod 49 tohto rozhodnutia) má úspešný uchádzač dokonca povinnosť vytvoriť len 2 pracovné miesta pre invalidov] ako by tomu bolo v prípade vyhradenia zákazky pre chránené dielne alebo pracoviská, kde sa vyžaduje, aby plnenie predmetu zákazky bolo poskytnuté chránenou dielňou alebo pracoviskom v celom rozsahu (t. j. pre splnenie povinnosti na účely zákona o službách zamestnanosti musí byť činnosť realizovaná zamestnancom chránenej dielne, ktorý je občanom so zdravotným postihnutím, ak sa takáto činnosť vyslovene požaduje od chránenej dielne). Ďalším významným rozdielom medzi osobitnou podmienkou na plnenie zmluvy stanovenou kontrolovaným a inštitútom chránenej dielne alebo pracoviska je skutočnosť, že v prípade chránenej dielne alebo pracoviska je

vhodnosť pracoviska, resp. priestorov z hľadiska zamestnania osôb so zdravotným postihnutím posudzovaná v rámci rozhodovania miestne príslušného orgánu verejného zdravotníctva (t. j. Úradom verejného zdravotníctva alebo regionálneho úradu verejného zdravotníctva) o uvedení daných priestorov, ktoré majú slúžiť ako chránená dielňa alebo pracovisko do prevádzky. To znamená, že priznaniu postavenia chránenej dielne alebo pracoviska, so zameraním na výkon konkrétnych činností (napr. aj stavebných činností) zo strany miestne príslušného úradu práce, sociálnych vecí a rodiny, predchádza posudzovanie vhodnosti zamestnania osôb so zdravotným postihnutím na danom pracovisku z hľadiska činností, ktoré majú tieto osoby vykonávať. Na základe uvedeného tak možno povedať, že samotné rozhodnutie o priznaní postavenia chránenej dielne alebo pracoviska deklaruje, resp. predstavuje akési osvedčenie, že určitý priestor je vhodný pre výkon určitých činností zo strany osôb s určitým konkrétnym zdravotným postihnutím. **Na rozdiel od uvedeného, úrad vo vzťahu k osobitnej podmienke na plnenie zmluvy uvádza, že z toho ako kontrolovaný túto požiadavku nastavil, nie je zrejmé, ako bola zo strany kontrolovaného overená skutočnosť, či je výkon práce na stavenisku a pracovná náplň priamo súvisiaca s výkonom stavebných činností vhodná pre invalidných občanov.**

62. V nadväznosti na uvedené úrad uvádza, že sa otázkou vhodnosti zamestnávania občanov so zdravotným postihnutím na stavenisku, resp. vhodnosťou zaradenia týchto osôb na práce súvisiace so stavebnou činnosťou zaoberal už aj v minulosti, a to napr. v konaní č. 5314-6000/2013-ON/95, č. 7545-6000/2013-ON/133 alebo v konaní č. 7594-6000/2013-ON/135. Na účel zodpovedania vyššie uvedenej otázky bolo úradu v spomenutých konaniach poskytnuté odborné stanovisko zo strany Úradu verejného zdravotníctva Slovenskej republiky (sp. zn. OPPL/5973/2013-Oj) zo 16. 7. 2013, ktoré sa síce týkalo posudzovania vhodnosti zamestnávania zdravotne postihnutých osôb v chránenej dielni alebo pracovisku, avšak závery z neho vyplývajúce sú aplikovateľné aj na predmetný prípad. V predmetnom stanovisku sa okrem iného uvádza, že cit.: „(...) Uvedenie pracovných priestorov do prevádzky, ktoré budú slúžiť ako chránená dielňa alebo chránené pracovisko, posudzuje miestne príslušný orgán verejného zdravotníctva na základe minimálnych zdravotných požiadaviek na pracovisko uvedených v nariadení vlády SR č. 391/2006 Z. z. a ďalších vyššie uvedených legislatívnych úprav, ak budú zamestnanci na pracovisku exponovaní niektorým z uvedených faktorov práce a pracovného prostredia. Účelom posúdenia je, či samotné pracovisko spĺňa všeobecné požiadavky na pracovisko so zohľadnením zdravotného postihnutia osôb, budúcich zamestnancov, resp. ich zdravotného obmedzenia (napr. choroby zmyslových orgánov - zraku, sluchu, choroby podporného a pohybového systému, choroby nervového systému, atď.) a či pracovné a technologické postupy nepredstavujú možné **riziko nežiaducich expozícií zdraviu škodlivým faktorom práce a pracovného prostredia. Orgán verejného zdravotníctva neposudzuje pracovné podmienky osôb z hľadiska ich individuálnej diagnózy, to je úloha posudkového lekára.** Orgán verejného zdravotníctva schvaľuje prevádzku, resp. konkrétny pracovný priestor podľa § 13 ods. 4 písm. a) zákona č. 355/2007 Z. z. rozhodnutím. V odôvodnení rozhodnutia uvedie, že na tomto pracovisku bude pracovať osoba, resp. osoby so zdravotným postihnutím, druh zdravotného postihnutia sa neuvádza. Postavenie chránenej dielne alebo chráneného pracoviska priznáva až následne miestne príslušný úrad práce,

sociálnych vecí a rodiny. (...) Požiadavky na stavenisko upravuje osobitná legislatívna úprava a to nariadenie vlády SR č. 396/2006 Z. z. o minimálnych bezpečnostných a zdravotných požiadavkách na stavenisko. (...) Posudzovanie zdravotnej spôsobilosti na prácu u osoby, budúceho zamestnanca chránenej dielne alebo chráneného pracoviska vykonáva posudkový lekár na základe posúdenia jej zdravotného stavu a konkrétnych podmienok práce a pracovného prostredia. (...).“.

63. Úrad vo vzťahu k osobitným podmienkam plnenia zmluvy uvádza, že verejný obstarávateľ je pri ich stanovení povinný zohľadniť predmet zákazky, ako aj charakter plnení, ktoré sa budú vyžadovať počas jej realizácie. To znamená, že ak kontrolovaný v tomto prípade stanovil, že úspešný uchádzač má vytvoriť, obsadiť a udržať počas realizácie stavby minimálne 2 pracovné miesta pre invalidných občanov s priznanou mierou zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40 %, pričom miesto výkonu práce bude na stavenisku a pracovná náplň bude priamo súvisieť s výkonom stavebných činností, kontrolovaný mal vo vzťahu k tejto podmienke povinnosť skúmať, či daný predmet zákazky, t. j. stavebné práce (bod 46 tohto rozhodnutia) budú občania so zdravotným postihnutím (občania so zdravotným postihnutím uznaní za invalidných) v zodpovedajúcej kvalite schopní vykonávať. V tejto súvislosti preto úrad súhlasí s názorom navrhovateľa, prezentovaným v jeho námietkach, a to v tom zmysle, že **kontrolovaný mal v tomto prípade ešte pred vyhlásením verejného obstarávania povinnosť skúmať, či splnenie takejto podmienky zo strany potenciálne úspešného uchádzača je objektívne možné.**

64. Vyššie uvedený názor potvrdzuje aj rozhodovacia prax Rady úradu (ďalej len „Rada“), ktorá napr. v rozhodnutí č. 11026-9000/2014-KR/42 z 1. 12. 2014 okrem iného vo vzťahu k otázke posúdenia vhodnosti plnenia predmetu zákazky (stavebných prác) zamestnancami chránenej dielne alebo pracoviska konštatovala, že ak sa má dosiahnuť účel ustanovenia § 100 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. ak sa má uľahčiť prístup na trh práce osobám so zdravotným postihnutím zamestnaným v chránených dielnach/pracoviskách, tak sa to musí diať prostredníctvom zadania zákazky, ktorú sú chránené dielne/pracoviská schopné realizovať alebo, inými slovami, prostredníctvom zákazky, ktorá je pre chránené dielne/pracoviská vhodná. Rada ďalej v predmetnom rozhodnutí uviedla, že ak má platiť záver uvedený v predchádzajúcej vete, tak **jediným subjektom, ktorý môže spomínanú vhodnosť predmetu zákazky posúdiť, je subjekt, ktorý verejné obstarávanie vyhlasuje.** Práve tento subjekt má ešte pred vyhlásením verejného obstarávania a vyhradením účasti v ňom záujemcom so štatútom chránenej dielne/pracoviska podľa Rady úradu posúdiť, či predmet zákazky budú vôbec chránené dielne/pracoviská schopné realizovať, inak by predsa vyhradenie účasti pre tieto subjekty stratilo svoj účel. Rada tiež konštatovala, že **zákonná možnosť vymedzenia zákaziek iba pre subjekty, ktoré majú štatút chránenej dielne/pracoviska, nie je možnosťou samou pre seba, naopak, má svoj účel, t. j. vytvoriť predpoklady, resp. efektívne prispieť k začleneniu alebo opätovnému začleneniu osôb so zdravotným postihnutím na trh práce.** Preto mala Rada za to, že by nebolo žiadnou pomocou pre zdravotne postihnutých občanov, ak by chránená dielňa/pracovisko, v ktorých pracujú, slúžila iba na účasť

vo verejnom obstarávaní, no v konečnom dôsledku by zákazku daná chránená dielňa/pracovisko nerealizovala. Podľa Rady by tak v takomto prípade, ak by účasť vo verejnom obstarávaní bola vyhradená len subjektom so štatútom chránenej dielne/pracoviska, a teda by o daný predmet zákazky nemohli súťažiť všetky „štandardné podnikateľské subjekty“ (aj keď by v konečnom dôsledku predmet zákazky realizoval „štandardný podnikateľský subjekt“) bola neodôvodnene zmarená čestná hospodárska súťaž.

65. Vo vyššie spomenutom rozhodnutí tiež Rada vyslovila názor, že s ohľadom na systematické umiestnenie ustanovenia § 100 ods. 4 v zákone o verejnom obstarávaní z tohto vyplýva, že **možnosť vyhradenia zákazky pre chránené dielne/pracoviská sa nevzťahuje na žiaden konkrétny druh zákazky, tzn. že táto možnosť sa týka všetkých druhov zákaziek, vrátane zákaziek na stavebné práce.** V tejto súvislosti tiež Rada úradu uviedla, že v rozpore s vyššie uvedeným záverom nie je ani výkladové stanovisko úradu č. 2/2014 zo dňa 06. 06. 2014, podľa ktorého nie každá zákazka je vhodná pre chránené dielne/pracoviská, **najmä** pokiaľ ide o zákazky na uskutočnenie stavebných prác. Podľa názoru Rady teda ani predmetné **výkladové stanovisko úradu nevyklučuje možnosť vyhradiť právo účasti pre chránené dielne/pracoviská a priori pre všetky zákazky na stavebné práce, iba pripúšťa tú skutočnosť, že niektoré zákazky na stavebné práce nemusia byť vhodné pre chránené dielne/pracoviská.**

66. S poukazom na vyššie uvedené skutočnosti má úrad za to, že závery vyplývajúce zo spomenutého rozhodnutia Rady úradu sú aplikovateľné aj na predmetné konanie o námietkach. Na základe uvedeného tak je potrebné v tomto konaní zodpovedať otázku:

- a) či stavebné práce, resp. práce súvisiace so stavebnou činnosťou sú vhodné alebo nevhodné pre invalidných občanov vzhľadom na charakter týchto stavebných prác a priestor, resp. pracovisko, na ktorom majú byť tieto práce vykonávané, a tiež
- b) či osobitná podmienka na plnenie zmluvy napĺňa sociálny aspekt v zmysle § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či efektívne táto podmienka prispieva k začleneniu osôb so zdravotným postihnutím na trh práce.

Ad a)

67. Ako už úrad vyššie uviedol v bode 61 a 63 tohto rozhodnutia, z predloženej dokumentácie kontrolovaného úrad nezistil, že by kontrolovaný pred vyhlásením predmetného verejného obstarávania overoval, resp. skúmal, či je výkon práce na stavenisku a pracovná náplň priamo súvisiaca s výkonom stavebných činností vhodná pre invalidných občanov. Vzhľadom na uvedené sa úrad na účel komplexného posúdenia otázky „vhodnosti“ zameral na skúmanie charakteru stavebných prác v kontexte s predmetom zákazky. Z opisu predmetu zákazky vyplýva (bod 46 tohto rozhodnutia), že cieľom výstavby má byť vybudovanie protipovodňovej ochrany územia, resp. protipovodňová úprava toku Dedovka. Z projektovej dokumentácie k predmetnej zákazke vyplýva, že stavebno-technické riešenie stavby spočíva v protipovodňovej ochrane priľahlej časti intravilánu i extravilánu na normové prietoky rozšírenej o podporné opatrenia v širšom povodí – lokálnu sanáciu konkrétnych zdrojov

splavenia, stabilizáciu dlhých úsekov koryta a hlbokých rýh prítokov s výrazným posilnením environmentálneho pôsobenia toku. Z uvedeného je tak zrejmé, že väčšina stavebných prác bude vykonávaná v samotnom koryte potoka a jeho príľahlých častiach. **Vzhľadom na charakter týchto stavebných prác a priestor, resp. pracovisko, na ktorom majú byť tieto práce vykonávané, má úrad za to, že na takomto pracovisku je obtiažne zabezpečiť podmienky bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci pre zdravých občanov, nie to ešte pre občanov so zdravotným postihnutím.**

68. Úrad ďalej skúmaním obsahu výkazu výmer k jednotlivým stavebným objektom stavby zistil, že v týchto sa nachádzajú položky spočívajúce v prácach, ktoré možno charakterizovať ako „ľahšie práce nestavebného charakteru“, a to napr. „výsadba kolíkovanej sadenice v pôde nesúdržnej“ (SO2 – položka č. 20), „štiepkovanie“ (SO2 – položka č. 22). Úrad tiež skúmaním obsahu zmluvných podmienok zistil, že tieto obsahujú povinnosť zhotoviteľa (bod 15.5 Návrhu záväzných zmluvných podmienok) udržiavať vjazdy na stavenisko, zabezpečiť na svoj náklad umiestnenie a udržiavanie dočasných dopravných značiek v priebehu zhotovovania diela. Z povahy tejto povinnosti vyplýva, že práce spočívajúce v udržiavaní vjazdov na stavenisko alebo v umiestňovaní dopravných značiek možno takisto považovať za ľahší druh prác, vo vzťahu ku ktorým nemožno absolútne vylúčiť, že by ich za určitých okolností mohli vykonávať aj invalidné osoby. Vzhľadom na to, že kontrolovaný vo vzťahu k osobitnej podmienke na plnenie zmluvy nešpecifikoval, aké práce považuje za práce priamo súvisiace s výkonom stavebných činností, zostáva tak pochybné, či by za takéto práce považoval aj práce „ľahšieho druhu“ ako sú príkladmo uvedené vyššie.
69. Ako vyplýva z osobitnej podmienky na plnenie zmluvy, kontrolovaný v rámci tejto požadoval participáciu invalidných občanov s priznanou mierou zníženej schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť viac ako 40 % v porovnaní so zdravou fyzickou osobou, t. j. táto požadovaná miera poklesu schopnosti vykonávať zárobkovú činnosť predstavuje rozmedzie 41% až 100%. Úrad v tejto súvislosti pre ilustráciu dáva do pozornosti prílohu č. 4 k zákonu o sociálnom poistení, ktorá obsahuje zoznam druhov zdravotného postihnutia s presným určením miery poklesu zárobkovej činnosti. Z tohto dokumentu je možné zistiť, že choroby spadajúce do rozmedzia 41% až 100% miery poklesu schopnosti zárobkovej činnosti poväčšine spadajú do kategórie stredne ťažkých a ťažkých porúch zdravia. Na základe uvedeného má úrad za to, že možnosť (resp. reálna schopnosť) výkonu určitého druhu práce je závislá jednak od konkrétneho druhu zdravotného postihnutia danej fyzickej osoby, ako aj od príslušného % podielu miery poklesu výkonu zárobkovej činnosti. To znamená, že v praxi môže nastať situácia, že určitý druh práce je vhodný pre osobu s určitým druhom zdravotného postihnutia (pričom miera poklesu výkonu zárobkovej činnosti môže predstavovať napr. 80%), avšak taký istý druh práce nemusí byť vhodný pre osobu s iným druhom zdravotného postihnutia (a to napriek tomu, že pokles výkonu zárobkovej činnosti môže pri danom druhu postihnutia predstavovať „len“ 50%). **Bez znalosti zdravotného postihnutia, resp. diagnózy konkrétneho invalidného občana, a tiež bez znalosti konkrétnej činnosti (súvisiacej so stavebnými prácami), na výkon ktorej by mal byť takýto občan zaradený, tak ani nie je**

možné objektívne preskúmať a posúdiť, či určitá činnosť je alebo nie je vhodná pre takéhoto invalidného občana.

70. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené zistenia opätovne poukazuje na odborné stanovisko Úradu verejného zdravotníctva (bod 62 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorého pracovné podmienky osôb (vzhľadom na nežiadúce faktory práce a pracovného prostredia) z hľadiska ich individuálnej diagnózy posudzuje posudkový lekár. To znamená, že **úrad nemá v kompetencii posudzovať a ani prijať záver o tom, či určitý druh prác (t. j. či už by sa jednalo o stavebné práce, práce súvisiace so stavebnou činnosťou alebo „ľahšie práce“ nestavebného charakteru) je alebo nie je vhodný pre konkrétneho invalidného občana.** Úradu však prináleží posúdiť a vyhodnotiť, či nastavenie takejto osobitnej podmienky na plnenie zmluvy je v intenciách zákona o verejnom obstarávaní, a či reflektuje princípy, na ktorých je založená hospodárska súťaž.
71. Ako už úrad uviedol v bode 64 tohto rozhodnutia, jediným subjektom, ktorý môže spomínanú vhodnosť predmetu zákazky vo vzťahu k stanoveniu osobitnej podmienky na plnenie zmluvy posúdiť, je subjekt, ktorý verejné obstarávanie vyhlasuje. Keďže z predloženej dokumentácie kontrolovaného nevyplýva, že by sa kontrolovaný danou otázkou „vhodnosti“ zaoberal, a zároveň, z dôvodu, že kontrolovaný nešpecifikoval konkrétnu pracovnú činnosť, na výkon ktorej mala byť invalidná osoba zaradená so zohľadnením náročnosti danej činnosti a zdravotných a bezpečnostných rizík, ktorým by mohla byť táto osoba vystavená, **úrad má za to, že osobitná podmienka na plnenie zmluvy (tak ako bola kontrolovaným určená v oddiele VI. „Doplňujúce informácie“, časť VI.2. „Ďalšie doplňujúce informácie“, bod VI.2.5 výzvy na predkladanie ponúk) je nepreskúmateľná.** Vzhľadom na načrtnutú absenciu skutočností, ktoré by bližšie špecifikovali podmienky, za ktorých by malo dôjsť k plneniu osobitnej podmienky zo strany úspešného uchádzača, má úrad za to, že kontrolovaný nemôže od uchádzača legitímne požadovať a ani očakávať, aby takúto osobitnú podmienku na plnenie zmluvy splnil, najmä ak sám kontrolovaný reálnosť splnenia takejto požiadavky nepreukázal. Úrad v tejto súvislosti poukazuje aj na rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie z 29. apríla 2004, vo veci Komisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99, z ktorého vyplýva, že cieľom zásady transparentnosti je v zásade zaručiť absenciu rizika uprednostňovania a svojvoľného konania zo strany obstarávateľa. Vyžaduje sa, aby boli všetky podmienky a pravidlá verejného obstarávania vyjadrené jasne, presne a jednoznačne v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch a nie tak, aby bol poskytnutý priestor k diskusii a odlišným názorom.
72. **Na základe uvedených skutočností úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval v rozpore s princípom transparentnosti podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že neskúmal, či ním stanovená osobitná podmienka na plnenie predmetu zákazky je reálne splniteľná, a teda nepreukázal opodstatnenosť tejto požiadavky.**

Ad b)

73. S poukazom na samotnú podstatu osobitnej podmienky na plnenie zmluvy možno povedať, že jej stanovením kontrolovaný nepochybne mal v úmysle zohľadniť sociálny aspekt v zmysle § 34 ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní, a to najmä s poukazom na zamýšľaný výsledok (t. j. zapojenie invalidných občanov do pracovného režimu), ktorý sa splnením tejto požiadavky mal dosiahnuť. O naplnení sociálneho aspektu však v takomto prípade možno hovoriť len vtedy, ak kontrolovaným nastavená osobitná podmienka na plnenie zmluvy efektívne prispieva k začleneniu osôb so zdravotným postihnutím na trh práce. Zároveň takáto požiadavka musí byť v súlade s princípmi verejného obstarávania a musí byť reálne splniteľná. Vzhľadom na závery úradu uvedené v bodoch 69 až 72 tohto rozhodnutia **úrad uvádza, že skúmanie znaku „efektívnosti“ je tak v tomto prípade bezpredmetné, keďže kontrolovaný nepreukázal splniteľnosť predmetnej požiadavky na plnenie zmluvy.**
74. Úrad s odkazom na predchádzajúce body tohto rozhodnutia (bod 69 až 72) uvádza, že napriek tomu, že kontrolovaný nepreukázal splniteľnosť ním stanovenej osobitnej podmienky na plnenie zmluvy, úrad však nepopiera, že takáto požiadavka môže byť za určitých primeraných okolností splniteľná, t. j. napr. v prípade, ak by bola vo vzťahu k danej požiadavke preskúmaná a preukázaná vhodnosť zaradenia invalidných osôb na určitý druh práce, so zohľadnením ich individuálnej diagnózy, či určitých skupín diagnóz.
75. Úrad v nadväznosti na uvedené poznamenáva, že na to, aby bol proklamovaný účel dosiahnutý, t. j. aby mohli byť zdravotne postihnutí občania pozitívne diskriminovaní a začlenení na trh práce, tak je nevyhnutné, aby bol predmet zákazky realizovaný práve týmito osobami. Nastavením požiadaviek na plnenie zmluvy, zohľadňujúc pozitívnu diskrimináciu zdravotne postihnutých občanov, však nemožno obmedziť hospodársku súťaž v tom zmysle, že sa v dôsledku takýchto osobitných podmienok na plnenie zmluvy uchádzačom sťaží možnosť riadneho plnenia predmetu zákazky. To znamená, že uchádzača nemožno nútiť, aby zamestnal invalidných občanov na pracovnej pozícii (súvisiacej so stavebnou činnosťou), ktorá môže pre takýchto invalidných občanov predstavovať zvýšené riziko z hľadiska bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci. V tejto súvislosti treba povedať, že zamestnávanie invalidných občanov na rozdiel od zamestnávania zdravých občanov, so sebou prináša zvýšené nároky týkajúce sa zabezpečenia bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci a vhodných pracovných podmienok na pracovisku, čo napríklad vyplýva z nariadenia Vlády SR č. 391/2006 Z. z. o minimálnych bezpečnostných a zdravotných požiadavkách na pracovisko, ako aj z nariadenia Vlády SR č. 396/2006 Z. z. o minimálnych bezpečnostných a zdravotných požiadavkách na stavenisko.³ Úrad tak zastáva názor, že stanovením požiadavky na zamestnanie invalidných občanov nemožno úspešnému uchádzačovi pridávať povinnosti, ktoré uchádzača neprimeraným spôsobom zaťažujú v porovnaní so situáciou, ak by sa takáto požiadavka nevyžadovala.

³ V zmysle prílohy č. 3 k nariadeniu Vlády SR č. 396/2006 Z. z., bod A. „Všeobecné požiadavky“, podbod 17. „Zamestnanci so zdravotným postihnutím“ platí, že cit.: „Ak je to potrebné, pracoviská, na ktorých pracujú zamestnanci so zdravotným postihnutím, musia byť usporiadané tak, aby boli vhodné pre zamestnancov so zdravotným postihnutím; to sa vzťahuje najmä na dvere, chodby, schodiská, sprchy, umývadlá a záchody, ktoré takí zamestnanci používajú.“

Takýmito povinnosťami má úrad na mysli napríklad povinnosť prispôbiť pracovné podmienky na pracovisku s ohľadom na individuálnu diagnózu invalidného zamestnanca, s čím súvisí napr. povinnosť prizvania posudkového lekára, ktorý zhodnotí vhodnosť danej práce pre takéhoto zamestnanca, a tiež povinnosti zamestnávateľa vyplývajúce z § 63 zákona o službách zamestnanosti.⁴

76. Úrad v tejto súvislosti s poukazom na bod 61 tohto rozhodnutia opätovne dáva do pozornosti inštitút chránených dielní a chránených pracovísk, a komparáciu znakov tohto inštitútu so znakmi osobitnej podmienky plnenia zmluvy určenej kontrolovaným. Je potrebné povedať, že ak je zákazka vyhradená pre chránené dielne a pracoviská, pozitívna diskriminácia sa v takom prípade prejavuje v tom, že sa do verejného obstarávania prihlásia výlučne subjekty, ktoré takýto status chránenej dielne alebo pracoviska majú pridelený (t. j. iné subjekty, ktoré takýto status nemajú pridelený, možnosť účasti vo verejnom obstarávaní nemajú). V tom prípade teda možno povedať, že je sociálny aspekt zohľadnený v plnej miere. Vzhľadom na to, že predmetné verejné obstarávanie, ktoré je predmetom tohto konania o námietkach, nie je vyhradené pre chránené dielne alebo pracoviská, možno dôvodne predpokladať, že do tohto verejného obstarávania budú mať záujem prihlásiť sa primárne subjekty, ktoré vykonávajú stavebnú činnosť prostredníctvom „neinvalidných“ zamestnancov, t. j. nie subjekty, ktoré sú chránenými dielnami alebo pracoviskami zamestnávajúcimi občanov so zdravotným postihnutím. Úrad sa tak v tomto smere stotožňuje s názorom navrhovateľa, že v danom prípade nemôže pri výbere zhotoviteľa stavebných prác prevážiť schopnosť hospodárskeho subjektu zamestnať 2 invalidných zamestnancov nad schopnosťou hospodárskeho subjektu riadne plniť predmet zákazky, t. j. zrealizovať stavebné práce. To znamená, že osobitná podmienka plnenia zmluvy nemôže predstavovať akýsi „eliminačný prostriedok“, na základe ktorého sa znemožní účasť vo verejnom obstarávaní tým hospodárskym subjektom, ktoré sú síce schopné riadne plniť predmet zákazky, t. j. majú na to všetky predpoklady súvisiace s výkonom stavebnej činnosti, avšak nedokážu splniť verejným obstarávateľom určenú osobitnú podmienku plnenia zmluvy, ktorá navyše svojim charakterom ani nemá nič spoločné s predpokladmi, ktoré sú potrebné na uskutočnenie stavebných prác. **V prípade takejto osobitnej podmienky plnenia zmluvy tak podľa úradu možno mať dôvodné pochybnosti o tom, či takáto podmienka efektívne prispieva k začleneniu osôb so zdravotným postihnutím na trh práce, a to najmä ak sa takáto podmienka javí ako účelová.**

⁴ V zmysle § 63 ods. 1 zákona o službách zamestnanosti je zamestnávateľ povinný:

- a) zabezpečovať pre občanov so zdravotným postihnutím, ktorých zamestnáva, vhodné podmienky na výkon práce,
- b) vykonávať zaškoľovanie a prípravu na prácu občanov so zdravotným postihnutím a venovať osobitnú starostlivosť zvyšovaniu kvalifikácie počas ich zamestnávania,
- c) viesť evidenciu občanov so zdravotným postihnutím,
- d) zamestnávať občanov so zdravotným postihnutím, ak zamestnáva najmenej 20 zamestnancov a ak úrad v evidencii uchádzačov o zamestnanie vedie občanov so zdravotným postihnutím, v počte, ktorý predstavuje 3,2 % z celkového počtu jeho zamestnancov.

77. Vo vzťahu k vyššie uvedenému úrad poukazuje na princíp proporcionality podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a príslušnú judikaturu Súdneho dvora Európske únie (C-157/96, C-21/03 a C-34/03, C-210/03) z ktorej vyplýva, že princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tzn., že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné sa prikloniť k tomu najmenej obmedzujúcemu. Spôsobené ťažkosti pritom nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. **Na základe uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný pri stanovení osobitnej podmienky na plnenie zmluvy, ktorej cieľom malo byť zohľadnenie sociálneho aspektu zapojením invalidných osôb na trh práce, nepostupoval v súlade s princípom proporcionality podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko na dosiahnutie sledovaného cieľa (sociálneho aspektu) stanovil požiadavku, so splnením ktorej by boli pre úspešného uchádzača spojené neprimerané ťažkosti (vid' bod 75 tohto rozhodnutia).**

78. Na základe vyššie uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný pri stanovení osobitnej podmienky na plnenie zmluvy postupoval v rozpore s § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý zakotvuje princíp transparentnosti a princíp proporcionality, a preto úrad považuje tento bod námietok navrhovateľa za **opodstatnený**.

Ad 2) K podmienke účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti

79. Z obsahu podmienky účasti stanovenej kontrolovaným (bod 47 tohto rozhodnutia) vyplýva, že kontrolovaný od uchádzačov požadoval, aby vo svojej ponuke na účel preukázania, že disponujú odborne spôsobilou osobou:

- 1) predložili doklad o najvyššom dosiahnutom vzdelaní v obore prislúchajúcom k odbornej starostlivosti o invalidných občanov - špeciálna pedagogika alebo telesná výchova pre zdravotne oslabených (postihnutých) alebo ekvivalent, a
- 2) predložili podpísaný životopis osoby zodpovednej za odbornú starostlivosť o invalidných občanov, pričom
- 3) táto osoba musí preukázať minimálnu prax jeden rok v obore odbornej starostlivosti a zároveň v obore stavebníctvo s uvedením kontaktných údajov na osoby / subjekty, ktoré potvrdia zapojenie osoby spôsobilej pre odbornú starostlivosť o invalidných občanov do pracovného procesu pri výkone stavebných činností.

80. Vzhľadom na to, že z obsahu samotnej podmienky účasti (tak ako je kontrolovaným uvedená vo výzve na predkladanie ponúk) nevyplýva, aký význam má predstavovať participácia danej osoby na predmete zákazky, s poukazom na bod 2.12 Návrhu záväzných zmluvných podmienok, ktorý je súčasťou súťažných podkladov kontrolovaného (bod 50 tohto rozhodnutia) je možné zistiť, že daná osoba má počas realizácie stavby zabezpečovať a dohliadať na bezpečnosť invalidných pracovníkov, a na súlad pridelených prác s možnosťami a obmedzeniami týchto pracovníkov.

81. Úrad vo vzťahu k vyššie uvedenej podmienke účasti poukazuje na § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, **musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky**. Z predmetného ustanovenia tiež vyplýva, že verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, resp. vo výzve na predkladanie ponúk **odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti**.
82. V rámci odôvodnenia stanovenia vyššie uvedenej podmienky účasti kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk uviedol, že údajmi o vzdelaní a praxi riadiacich zamestnancov uchádzač preukazuje potrebné personálne zabezpečenie kvalifikovanými riadiacimi zamestnancami, t. j. osobami zodpovednými za zapojenie invalidných občanov do pracovného procesu v súlade s príslušnou legislatívou. S poukazom na obsah spomenutého odôvodnenia, a na opis predmetu zákazky (bod 46 tohto rozhodnutia) z ktorého vyplýva, že predmetom zákazky sú stavebné práce, úrad uvádza, že mu vôbec nie je zrejmé, z akého titulu predmetná podmienka účasti kontrolovaného vychádza. Napriek tomu, že kontrolovaný v spomenutom odôvodnení uvádza, že má ísť o osoby zodpovedné za zapojenie invalidných občanov do pracovného procesu v súlade s príslušnou legislatívou, kontrolovaný ďalej nešpecifikoval, o akú „príslušnú legislatívu“ má v tomto prípade ísť. Táto informácia sa pritom nenachádza ani v ostatnej časti dokumentácie kontrolovaného. Úrad navyše z obsahu Oznámenia o vybavení žiadosti o nápravu (ktorým navrhovateľovu žiadosť o nápravu kontrolovaný zamietol), ako aj z obsahu vyjadrenia kontrolovaného k námietkam zistil, že kontrolovaný sa v týchto dokumentoch žiadnym spôsobom s namietaním predmetnej podmienky účasti zo strany navrhovateľa nevysporiadal, resp. kontrolovaný sa absolútne k namietaniu predmetnej podmienky účasti nevyjadril. **Na základe uvedeného tak úradu nie je zrejmé, na základe akých (právných) skutočností kontrolovaný stanovil uvedenú kombináciu kvalifikačných kritérií vo vzťahu k osobe zodpovednej za zapojenie invalidných občanov do pracovného procesu, t. j. nie je zrejmé, prečo má takáto osoba disponovať práve vzdelaním v obore prislúchajúcom k odbornej starostlivosti o invalidných občanov - špeciálna pedagogika alebo telesná výchova pre zdravotne oslabených (postihnutých).**
83. Úrad odhliadnuc od vyššie uvedených skutočností vlastnou činnosťou zistil, že zákon o službách zamestnanosti pozná inštitút tzv. pracovného asistenta. Pracovný asistent je v zmysle § 59 ods. 2 písm. a) predmetného predpisu zamestnanec, ktorý poskytuje pomoc zamestnancovi alebo zamestnancom, ktorí sú občanmi so zdravotným postihnutím, pri vykonávaní zamestnania a osobných potrieb počas pracovného času. Z ods. 1 predmetného ustanovenia pritom vyplýva, že sa jedná o fakultatívny inštitút, t. j. zapojenie tejto osoby do pracovnej asistencie nie je zo strany zamestnávateľa (zamestnávajúceho osoby so zdravotným postihnutím) povinné. Jedinou podmienkou, ktorú musí pracovný asistent v zmysle § 59 ods. 3 zákona o službách zamestnanosti spĺňať, je vek 18 rokov a spôsobilosť na právne úkony. To znamená, že predmetný zákon nevyžaduje pre výkon činnosti pracovného asistenta žiadne špeciálne vzdelanie (či už stredoškolské alebo vysokoškolské). Na základe uvedeného úrad

poznamenáva, že ak by aj kontrolovaný mal „odborne spôsobilou osobou“ na mysli pracovného asistenta, nebola by požiadavka na preukazovanie odborného vzdelania opodstatnená. Úrad navyše vo vzťahu k činnosti, ktorú mala táto „odborne spôsobilá osoba“ podľa zmluvných podmienok vykonávať (zabezpečovať a dohliadať počas realizácie stavby na bezpečnosť invalidných pracovníkov, a na súlad pridelených prác s možnosťami a obmedzeniami týchto pracovníkov) uvádza, že s poukazom na bod 62 tohto rozhodnutia má dôvodné pochybnosti, či táto „odborne spôsobilá osoba“, pokiaľ nie je zároveň aj posudkovým lekárom, je oprávnená posudzovať vhodnosť pridelených prác s možnosťami a obmedzeniami invalidných pracovníkov. **Na základe uvedeného tak možno požiadavku kontrolovaného spočívajúcu v účasti danej osoby počas realizácie stavby považovať za nadbytočnú, a teda neprimeranú.**

84. Úrad obdobne ako v prípade právneho posúdenia osobitnej podmienky na plnenie zmluvy (bod 56 tohto rozhodnutia) uvádza, že kontrolovaný je pri nastavení podmienok účasti povinný dbať na to, aby podmienky účasti boli stanovené tak, aby nedošlo k diskriminácii potenciálnych záujemcov a uchádzačov a aby bolo verejné obstarávanie liberalizované a bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Uvedené vychádza z princípu nediskriminácie uchádzačov a záujemcov, ktorý zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielneho zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie v podstate k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo uchádzačmi).
85. Úrad uvádza, že stanovením a hodnotením podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti vo verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ preveruje, či uchádzač je schopný a spôsobilý plniť predmet zákazky, tzn. či sú u neho predpoklady na úspešné realizovanie predmetu zákazky. Z hľadiska základných princípov verejného obstarávania uvedených v § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v súlade s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní musia byť podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Posudzovať primeranosť úrovne stanovených podmienok účasti kontrolovaným je vždy potrebné vo vzťahu ku charakteru, náročnosti, významu a účelu predmetu zákazky so zreteľom na všetky uvedené okolnosti. Stanovovať úroveň podmienok účasti je preto vždy potrebné s ohľadom na uvedené skutočnosti.
86. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na to, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je predovšetkým získať dodávateľa, ktorý je spôsobilý realizovať zákazku, pričom stanovením týchto podmienok môže verejný obstarávateľ podstatným spôsobom ovplyvniť okruh možných dodávateľov, preto je tiež potrebné odôvodniť primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.

87. Úrad s poukazom na skutočnosti uvedené v bode 81 a 82 tohto rozhodnutia uvádza, že podmienka účasti, v rámci ktorej má uchádzač preukázať, že disponuje „odborne spôsobilou osobou“, t. j. osobou zodpovednou za zapojenie invalidných občanov do pracovného procesu, žiadnym spôsobom neprispieva k preukázaniu schopnosti a spôsobilosti uchádzača realizovať predmet zákazky, ktorým sú stavebné práce. Naopak, úrad má za to, že takáto podmienka účasti je spôsobilá odradiť potenciálnych uchádzačov od účasti v predmetnom verejnom obstarávaní. Uvedenú skutočnosť môže indikovať aj fakt, že v predmetnom verejnom obstarávaní si vyžiadalo súťažné podklady 14 hospodárskych subjektov, pričom napokon len 4 uchádzači predložili svoju ponuku do predmetného verejného obstarávania. Vzhľadom na uvedené zistenia úradu, ako aj na absenciu skutočností, ktorými by v predloženej dokumentácii kontrolovaný preukázal opodstatnenosť zahrnutia tejto spornej podmienky medzi podmienky účasti, **má úrad za to, že kontrolovaný nepreukázal primeranosť danej podmienky účasti (uvedenej v bode 47 tohto rozhodnutia) a tiež dostatočne nepreukázal ani súvis tejto podmienky účasti s predmetom zákazky, čím postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.**
88. Úrad v nadväznosti na uvedené podporne poukazuje aj na ustanovenie § 32 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého platí, že dokiaľ nie je preukázaný opak, podmienka účasti, ktorá je primeraná a súvisí s predmetom zákazky, sa nepovažuje za diskriminačnú, ak ju v čase vyhlásenia postupu zadávania zákazky vie splniť najmenej päť uchádzačov, ktorých ponuky spĺňajú ostatné podmienky účasti alebo záujemcov, ktorí predložili žiadosť o účasť. V tejto súvislosti úrad z dokumentácie kontrolovaného zistil, že v predmetnom verejnom obstarávaní boli predložené 4 ponuky uchádzačov. V čase vyhodnocovania podmienok účasti, preukazovali spornú podmienku účasti (t. j. podmienku účasti v zmysle oddielu III. „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“, časť III.1. „Podmienky účasti“, bod III.1.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ bod 2.2 výzvy na predkladanie ponúk) 2 uchádzači prostredníctvom čestného vyhlásenia podľa § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, a 2 uchádzači príslušnými dokladmi ku konkrétnej odborne spôsobilej osobe (t. j. diplomom a životopisom). Vyhodnocovanie ponúk podľa § 42 zákona o verejnom obstarávaní, bolo uskutočnené vo vzťahu k 3 ponukám uchádzačov, ktorí splnili podmienky účasti, nakoľko 1 uchádzač (ktorý preukazoval spornú podmienku účasti čestným vyhlásením) bol vylúčený z dôvodu mimoriadne nízkej ponuky. Z obsahu ponúk uchádzača č. 1 a č. 2 úrad zistil, že títo preukazovali spornú podmienku účasti jednou a tou istou osobou. Z obsahu ponuky uchádzača č. 3 úrad zistil, že tento uchádzač preukazoval spornú podmienku účasti prostredníctvom osoby (inej ako v ponuke uchádzača č. 1 a č. 2), ku ktorej daný uchádzač na účel preukázania minimálnej jednoročnej praxe v obore odbornej starostlivosti a zároveň v obore stavebníctvo čestným vyhlásením uviedol, že daná osoba vykonáva pre uchádzača koordináciu prác v stavebnej činnosti pre invalidných zamestnancov. Na základe uvedeného má úrad za to, že ak v čase predkladania ponúk vedeli splniť spornú podmienku iba dvaja uchádzači, tak v čase vyhlásenia postupu zadávania zákazky boli spôsobilí splniť spornú podmienku takisto iba títo dvaja uchádzači. To znamená, že v tomto prípade je popretá prezumpcia o nediskriminácii podmienky účasti v zmysle § 32 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko je zrejmé, že spornú podmienku účasti v čase vyhlásenia predmetného verejného obstarávania spĺňalo menej

ako 5 uchádzačov. Informácie vyplývajúce z predložených ponúk uchádzačov (kedy dvaja uchádzači preukazovali spornú podmienku účasti dokladmi jednej a tej istej osoby) tiež môžu nasvedčovať tomu, že na trhu neexistuje dostatok subjektov, resp. osôb, ktoré by kumulatívne spĺňali kombináciu podmienky týkajúcej sa príslušného vzdelania (v obore prislúchajúcom k odbornej starostlivosti o invalidných občanov - špeciálna pedagogika alebo telesná výchova pre zdravotne oslabených (postihnutých)) a podmienky praxe v oblasti stavebníctva.

89. Vyššie uvedené zistenia tak podľa úradu nasvedčujú tomu, že kontrolovaným určenú podmienku účasti (uvedená v oddiele III. „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“, časť III.1. „Podmienky účasti“, bod III.1.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ podbod 2.2 výzvy na predkladanie ponúk) s odkazom na § 32 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní možno charakterizovať ako diskriminačnú, t. j. v rozpore s princípom nediskriminácie podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
90. Na základe zhrnutia zistených skutočností má úrad za to, že kontrolovaný (aj vzhľadom na opis predmetu zákazky, z ktorého vyplýva, že predmetom zákazky je uskutočnenie stavebných prác) dostatočne nepreukázal súvis predmetnej podmienky účasti (uvedenej v oddiele III. „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“, časť III.1. „Podmienky účasti“, bod III.1.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ podbod 2.2 výzvy na predkladanie ponúk) s predmetom zákazky v súlade s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. V súlade s týmto ustanovením tiež kontrolovaný podľa úradu nepreukázal primeranosť danej podmienky účasti a ani potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.
91. Na základe vyššie uvedeného má úrad za to, že kontrolovaným určená podmienka účasti týkajúca sa technickej alebo odbornej spôsobilosti je v rozpore s § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zakotvujúcim princíp nediskriminácie. Kontrolovaný tiež pri určení predmetnej podmienky účasti postupoval aj v rozpore s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.
92. Úrad na základe vyššie uvedeného **považuje námietky navrhovateľa aj v tejto časti za opodstatnené a teda námietky navrhovateľa považuje za opodstatnené v celom rozsahu.**
93. Úrad vo vzťahu k výrokovej časti tohto rozhodnutia poukazuje na ustanovenie § 186a zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a dôvodovú správu k uvedenému ustanoveniu, kde je uvedené, cit.: „Navrhovaná úprava reaguje na aplikačnú prax. Úrad totiž v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok rozhoduje o námietkach, ktoré podal uchádzač, resp. záujemca vo verejnom obstarávaní pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody (ďalej len „zmluvy“). Úrad námietky zamietne, ak nezistí porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré navrhovateľ napadol vo svojich námietkach a ktoré mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, inak nariadi odstrániť protiprávny stav, ku ktorému došlo v procese verejného obstarávania. Nariadenie odstránenia protiprávneho stavu v rozhodnutí úradu spočíva napr. v nariadení odstrániť diskriminačné podmienky

a požiadavky uvedené v súťažných podkladoch, v nariadení zrušiť rozhodnutie o vylúčení uchádzača, resp. záujemcu a znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti, prípadne v nariadení znovu vyhodnotiť ponuky uchádzačov a pod. Proti rozhodnutiu úradu je možné podať odvolanie, o ktorom rozhoduje Rada úradu a následne možno podať žalobu, o ktorej rozhoduje súd. Zatiaľ čo však o námietkach, ako aj o odvolaní, rozhoduje úrad, resp. Rada úradu pred uzavretím zmluvy, rozhodnutie súdu o žalobe je vo väčšine prípadov vydané až po uzavretí zmluvy. V praxi preto opakovane dochádza k situácii, keď súd svojím rozsudkom zruší rozhodnutie úradu, resp. Rady a vráti vec týmto orgánom na ďalšie konanie o rozhodnutie, pričom úrad, resp. Rada sú v tomto ďalšom konaní viazaní právnym názorom súdu. Avšak v prípadoch, keď súd rozhodne až po tom, ako bola uzavretá zmluva a úrad svojím rozhodnutím vydaným v ďalšom konaní nariadi odstrániť porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ku ktorému došlo v procese verejného obstarávania, je takéto rozhodnutie úradu (Rady) v praxi nevykonateľné. Navrhuje sa preto, aby v prípadoch, ak súd po uzavretí zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, zruší rozhodnutie úradu vydané podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016, úrad vydal rozhodnutie s deklaratórnym výrokom, v ktorom skonštatuje porušenia zákona o verejnom obstarávaní, ktoré zistil v tomto konaní (tak ako tomu podľa aktuálneho právneho stavu je v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného začatom po uzavretí zmluvy), a teda aby po uzavretí zmluvy úrad nenariad'oval odstrániť protiprávny stav v procese verejného obstarávania, ktorý už bol ukončený uzavretím zmluvy.“.

94. V predmetnom verejnom obstarávaní kontrolovaný dňa 18. 6. 2015 uzatvoril zmluvu so spoločnosťou XY a preto rozhodnutie úradu podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktorým by nariadil zrušenie použitého postupu zadávania zákazky, by bolo toho času v praxi nevykonateľné.
95. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

96. Podľa § 138 ods. 20 zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky navrhovateľa zamietnuté. Kaucia sa v 35 % z uhradenej sumy stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania o námietkach podľa § 139 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktoré sa nestali príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

P o u č e n i e :

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o námietkach podľa § 142 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné

obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 143 ods. 2 a ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu o námietkach je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 142 ods. 7 o odvolaní účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa účastník konania vzdá odvolania alebo vezme svoje odvolanie späť, rozhodnutie o námietkach nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. XX – navrhovateľ
2. Obec Oščadnica, Nám. M. Bernáta 745, 023 01 Oščadnica – kontrolovaný