

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. c) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača – združenia zloženého z členov: vedúci člen združenia **XX** a člen **YY**, v mene ktorého je na základe plnej moci zo dňa 12. 09. 2023 oprávnený konať vo veci predmetných námietok vedúci člen združenia **XX** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov smerujúcich proti vylúčeniu vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „R1 Banská Bystrica - Slovenská Ľupča, 1. etapa, stavebné práce“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 04. 04. 2023 pod značkou 2023/S 067-198603 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 70/2023 dňa 05. 04. 2023 pod značkou 13367 - MSP (ďalej len „verejná súťaž“), vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „R1 Banská Bystrica - Slovenská Ľupča, 1. etapa, stavebné práce“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 04. 04. 2023 pod značkou 2023/S 067-198603 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 70/2023 dňa 05. 04. 2023 pod značkou 13367 – MSP **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne **zrušiť** rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa označené ako „OZNÁMENIE O VYLÚČENÍ UCHÁDZAČA Z VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA“ zo dňa 08. 09. 2023 doručené navrhovateľovi prostredníctvom informačného systému JOSEPHINE toho istého dňa, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a **opätovne vyhodnotiť** splnenie podmienok účasti u navrhovateľa, a to **do 60 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Odôvodnenie:

1. Navrhovateľ dňa 14. 09. 2023 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti vylúčeniu (ďalej len „námietky“). Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa toho istého dňa, a to v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému JOSEPHINE, prostredníctvom ktorého sa verejná súťaž realizuje (ďalej len „IS JOSEPHINE“). Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote** podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, **v podobe** podľa § 170 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní a **obsahujú všetky náležitosti** podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.

2. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako **uchádzač**. Podľa § 2 ods. 5 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku. Navrhovateľ v predmetnej verejnej súťaži predložil ponuku v elektronickej podobe prostredníctvom IS JOSEPHINE dňa 20. 06. 2023 o 09:14:37 hod. V danom prípade má úrad za to, že navrhovateľ preukázal aktívnu vecnú legitimáciu na podanie námietok.
3. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr na druhý pracovný deň nasledujúci po doručení námietok v lehote podľa § 170 ods. 4. Za každú skutočnosť, proti ktorej námietky podľa § 170 ods. 3 smerujú, sa skladá samostatná kaucia.
4. Podľa ustanovenia § 172 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní je výška kaucie pri podaní námietok 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2000 eur a najviac 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a) tohto zákona. V danom prípade 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky 89 320 000,- Eur bez DPH činí sumu 89 320,- EUR po zaokrúhlení na dve desatinné miesta. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa **13. 09. 2023** kauciu vo výške **50 000,- EUR**, t. z. v zákonom stanovenej maximálnej výške.
5. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

6. Úvodom námietok navrhovateľ uvádza, že dňa 08. 09. 2023 mu bolo prostredníctvom IS JOSEPHINE doručené Oznámenie o vylúčení. Navrhovateľ považuje svoje vylúčenie za nezákonné z dôvodov, že (i) kontrolovaný nesprávne zistil a vyhodnotil skutkový stav, keď navrhovateľa vylúčil z verejného obstarávania pre nesplnenie podmienok osobného postavenia jedným zo subdodávateľov navrhovateľa, a to napriek tomu, že navrhovateľ preukázal splnenie týchto podmienok zápisom subdodávateľa do Zoznamu hospodárskych subjektov a túto skutočnosť uviedol aj v odpovediach na žiadosti kontrolovaného, (ii) kontrolovaný porušil zákon o verejnom obstarávaní, keď pri pochybnostiach o splnení podmienok účasti subdodávateľa vylúčil ponuku navrhovateľa bez toho, aby navrhovateľa požiadal o nahradenie subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a (iii) kontrolovaný konal v zjavnom rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania. Uvedené malo podľa navrhovateľa zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže následkom je nezákonné vylúčenie najvýhodnejšej ponuky.
7. Navrhovateľ v rámci stručného opisu skutkového stavu poukazuje na odôvodnenie Oznámenia o vylúčení kde kontrolovaný uviedol, že dňa 14. 07. 2023 komisia vyhodnotila ponuku navrhovateľa z hľadiska preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní pre subdodávateľov, ktorých navrhovateľ uviedol v Prílohe B2B Zväzku 1 súťažných podkladov v súlade s bodom 28 časti A1 Zväzku 1 súťažných podkladov, pričom komisia zistila nezrovnalosti a požiadala navrhovateľa okrem iného aj o vysvetlenie (ďalej len „žiadosť o vysvetlenie č. 1“), akým spôsobom navrhovateľ preukazuje splnenie podmienok účasti subdodávateľa A. (ďalej len „A“). Následne navrhovateľ poukazuje na svoju odpoveď zo dňa 21. 07. 2023 (ďalej len „odpoveď č. 1“), cit.: „*Uchádzač k Podzhotoviteľovi A uvádza, že bol*

Podzhotoviteľom informovaný, že nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, avšak podľa § 2 ods. (1) písm. a) zákona 315/2016 partnerom verejného sektora je fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá nie je subjektom verejnej správy. V zmysle § 3 ods. 1 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov subjektami verejnej správy sú právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky. A je zapísaná ako rozpočtová organizácia v databáze subjektov verejnej správy štatistického úradu. Z vyššie uvedených dôvodov nie je zápis do registra partnerov verejného sektora potrebný. Uchádzač pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností predkladá Prílohu č. 2 - formulár B2B „10_Zoznam subdodavateľov príloha B2B“, v ktorom uvádza aj náhradu za Podzhotoviteľa A a to Podzhotoviteľa B“

8. Ďalej navrhovateľ uvádza, že mu kontrolovaný následne doručil Informáciu o výsledku vyhodnotenia ponúk zo dňa 25. 07. 2023 (ďalej len „Oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk“). Následne navrhovateľ uvádza, že mu kontrolovaný zaslal Oznámenie o zrušení výsledku vyhodnotenia ponúk zo dňa 21. 08. 2023, v ktorom informoval navrhovateľa, že kontrolovaný opätovne vyhodnotí ponuky predložené na predmet verejného obstarávania.
9. V kontexte uvedeného navrhovateľ poukazuje na „Žiadosť o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov“ zo dňa 22. 08. 2023 (ďalej len „Žiadosť o vysvetlenie č. 2“), ktorou kontrolovaný opätovne požiadal navrhovateľa o vysvetlenie, kde v ponuke sa nachádzajú dokumenty, preukazujúce splnenie podmienok účasti podzhotoviteľom A. Následne navrhovateľ poukazuje na svoju odpoveď zo dňa 25. 08. 2023 (ďalej len „odpoveď č. 2“), cit.: „V prípade, že verejný obstarávateľ už dňa 14.07.2023 mal za jednoznačne preukázané, že doklady podľa § 32 ods. 2 ZVO alebo Jednotný európsky dokument podľa § 39 ods. 1 ZVO v ponuke Uchádzača absentujú, bol povinný ďalej postupovať podľa § 41 ods. 2 ZVO, v zmysle ktorého „Ak navrhovaný subdodávateľ nesplňa podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie. (...)“, resp. v zmysle bodu 28.2 časti Zväzok I, Časť V. súťažných podkladov. Pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností Uchádzač v prílohe odpovede na žiadosť zo dňa 21.07.2023 predložil aktualizovanú Prílohu B2B súťažných podkladov, kde pre predmet subdodávky „Archeologický výskum“ bola uvedená okrem spol. A aj spol. B. V záujme zrýchliť proces vyhodnocovania ponúk Uchádzač z vlastnej iniciatívy takýmto spôsobom reflektoval na povinnosť verejného obstarávateľa vyplývajúcu z vyššie citovaného ustanovenia § 41 ods. 2 ZVO.“ V Odpovedi č. 2 zároveň navrhovateľ uviedol, že podzhotoviteľ A splňa podmienky účasti z dôvodu zápisu do Zoznamu hospodárskych subjektov.
10. Následne navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný v Oznámení o vylúčení uviedol, že navrhovateľ vo svojej ponuke predložil údaje o subdodávateľoch v zmysle § 41 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, avšak v ponuke navrhovateľa, cit.: „absentujú doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti v zmysle § 41 ods. 1 písm. b) ZVO, subdodávateľ nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a nepredložili ste Jednotný európsky dokument JED), ktorý pre verejné obstarávanie predstavuje na účely zákona o verejnom obstarávaní dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.“ Podľa tvrdení kontrolovaného navrhovateľa „nepoužil JED“, a kontrolovaný tak nemohol na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania kedykoľvek v jeho priebehu navrhovateľa písomne požiadať o predloženie dokladov nahradených JED-om a keďže komisia nemala k dispozícii doklady, tak podľa názoru

kontrolovaného „nemala a ani nemohla postupovať podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. ak navrhovaný subdodávateľ nespĺňal podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie, keďže bez dokladov nemohla vyhodnotiť, či subdodávateľ spĺňa alebo nespĺňa podmienky účasti a v prípade, že nespĺňa požiadať o jeho nahradenie.“ Navrhovateľ taktiež poukazuje na tvrdenie kontrolovaného, že v ponuke navrhovateľa cit.: „úplne absentujú doklady a nedošlo k ich predbežnému nahradeniu JED-om, a preto máme za to, že nie je možné chýbajúce doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti doplniť v rámci inštitútu vysvetlenia. Dôvodom je, že by nešlo o doklady, ktoré slúžia na vysvetlenie (t.j. ďalšie doplnenie) dokladov už obsiahnutých v ponuke ale išlo by o predloženie „nových“ dokladov preukazujúcich skutočnosti, ktoré netvoria obsah predloženej ponuky“ a z tohto dôvodu komisia kontrolovaného rozhodla o vylúčení ponuky navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

11. **K nesprávnemu zisteniu a vyhodnoteniu skutkového stavu** navrhovateľ poukazuje na žiadosť o vysvetlenie č. 1, kde kontrolovaný uviedol, že v prípade navrhovateľom uvedeného podzhotoviteľa A sa za tohto podzhotoviteľa v ponuke navrhovateľa k preukázaniu splnenia podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní nenachádza JED podľa § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a ani samotné doklady podľa § 32 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný zároveň uviedol, že komisia nahliadnutím do zoznamu hospodárskych subjektov zistila, že daný podzhotoviteľ v ňom nie je zapísaný.
12. Navrhovateľ uvádza, že v súvislosti s navrhovaným subdodávateľom A uvedenom v Prílohe B2B „Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok“ v jeho odpovedi č. 1 vychádzal z vyjadrenia A, v zmysle ktorého táto spoločnosť nie je zapísaná v zozname hospodárskych subjektov a dôvodoch, prečo túto povinnosť (podľa názoru tohto navrhovaného subdodávateľa) ani nemá. Zároveň navrhovateľ dodáva, že pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností v rámci odpovede č. 1 predložil aktualizáciu Prílohy B2B, v ktorej okrem spoločnosti A bol na predmet subdodávky „Archeologický prieskum“ doplnený ďalší hospodársky subjekt/ podzhotoviteľ - spol. B, ktorý mal v čase doručenia odpovede č. 1 platný zápis v Zozname hospodárskych subjektov. Navrhovateľ je presvedčený, že daný postup bol v súlade s ustanovením § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a bodom 28.2 časti Zväzok 1, časť V. súťažných podkladov a z tohto dôvodu ho ani kontrolovaný v danom čase nijakým spôsobom nespochybnil a nerozporoval. Podľa navrhovateľa je podstatnou skutočnosťou, že podzhotoviteľ A bol dňa 21. 07. 2023 (tzn. v ten istý deň, ako navrhovateľ doručil kontrolovanému odpoveď č. 1) zapísaný do Zoznamu hospodárskych subjektov, čím tento podzhotoviteľ nespochybniteľným spôsobom preukázal splnenie podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa navrhovateľa odpoveď č. 1 odstránila pochybnosti kontrolovaného o splnení podmienok osobného postavenia podzhotoviteľom A, a to najmä z dôvodu, že aj na základe týchto skutočností kontrolovaný dňa 25. 07. 2023 navrhovateľovi doručil Oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk a dňa 26. 07. 2023 dokument „Výzva na predloženie dokladov, súčinnosť úspešného uchádzača“. Navrhovateľ ďalej konštatuje, že v lehote stanovenej kontrolovaným dňa 16. 08. 2023 doručil kontrolovanému všetky doklady v zmysle § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, súčasťou ktorých bola aj Príloha č. 1 Zmluvy o dielo - Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok (príloha B2B Zväzku 1 súťažných podkladov). Navrhovateľ je presvedčený, že v čase doručenia dokumentov v rámci poskytnutia riadnej súčinnosti v súlade s ustanovením § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a bodom 32.9.1 písm. a) časti A1 Pokyny pre uchádzačov súťažných podkladov všetci subdodávatelia uvedení v

aktualizovanej Prílohe B2B spĺňali podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia v zmysle § 32 zákona o verejnom obstarávaní, s ohľadom na vyššie uvedené nespochybniteľne aj A.

13. Navrhovateľ pre úplnosť poukazuje na definíciu pojmu „subdodávateľ“ uvedenú v § 2 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorej vyplýva, že až vo fáze poskytnutia riadnej súčinnosti (tak ako to vyplýva napr. z požiadaviek kontrolovaného uvedených v časti Zväzok 1, časť A1, bodu 32.9.1 písm. a) súťažných podkladov alebo časti Zväzok 1, Príloha 828 súťažných podkladov) dochádza zo strany uchádzača k aktualizácii údajov o navrhovaných subdodávateľov a podielu subdodávok s povinnosťou úspešného uchádzača preveriť, akým spôsobom ním navrhovaní subdodávatelia spĺňajú podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia v zmysle § 32 zákona o verejnom obstarávaní. Rovnako je podľa navrhovateľa možné tvrdiť, že ak by v predloženej aktualizovanej Prílohe B2B nebol pre predmet subdodávky „Archeologický prieskum“ uvedený žiaden subdodávateľ, nešlo by ani v takomto prípade zo strany úspešného uchádzača o porušenie akéhokoľvek ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, resp. podmienok uvedených v súťažných podkladoch. Podľa navrhovateľa by išlo len o skutočnosť, že vo fáze poskytnutia riadnej súčinnosti potrebnej na uzatvorenie zmluvy podľa § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úspešnému uchádzačovi tento subdodávateľ nebol známy tak, ako je to uvedené v ustanovení § 41 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
14. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný následne z neznámych dôvodov listom zo dňa 21. 08. 2023 oznámil navrhovateľovi zrušenie výsledku vyhodnotenia ponúk a uviedol, že je potrebné ponuky opätovne vyhodnotiť, a žiadosťou o vysvetlenie č. 2 opätovne požiadal navrhovateľa o vysvetlenie, kde v ponuke sa nachádzajú dokumenty preukazujúce splnenie podmienok účasti podzhotoviteľom A. Navrhovateľ konštatuje, že doručil kontrolovanému Odpoveď č. 2, v ktorej okrem iného uviedol, že podzhotoviteľ A je zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov. Podľa navrhovateľa kontrolovaný však túto skutočnosť odignoroval, a v rozpore so zákonom vylúčil navrhovateľa z verejného obstarávania pre nesplnenie podmienok účasti zo strany A bez náležitého odôvodnenia a aj napriek tomu, že navrhovateľ poskytol kontrolovanému požadovanú súčinnosť, vysvetlenia a preukázal splnenie podmienok účasti podzhotoviteľom A.
15. Navrhovateľ následne poukazuje na § 152 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že zápis do Zoznamu hospodárskych subjektov je účinný voči každému verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi, a údaje v ňom uvedené nie je potrebné v postupoch verejného obstarávania overovať. Zároveň navrhovateľ poukazuje aj na § 56 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v zmysle ktorého bolo povinnosťou kontrolovaného zabezpečiť, aby uzavretá zmluva nebola v rozpore so súťažnými podkladmi a s ponukou predloženou úspešným uchádzačom alebo uchádzačmi. Vo vzťahu k údajom uvedeným v aktualizovanej Prílohe B2B je navrhovateľ presvedčený, že kontrolovaný si povinnosť uvedenú v ustanovení § 56 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní nesplnil a opätovne nepreveril, či všetci navrhovateľom uvedení subdodávatelia spĺňajú podmienky účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní (sú zapísaní v Zozname hospodárskych subjektov), pričom túto povinnosť má verejný obstarávateľ až do momentu uzatvorenia zmluvy. V kontexte uvedeného má navrhovateľ za to, že kontrolovaný bol povinný skontrolovať zápis A v Zozname hospodárskych subjektov skôr, ako rozhodol o vylúčení navrhovateľa.
16. Navrhovateľ má za to, že subdodávateľ A splnil podmienky účasti vyžadované podľa § 41 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a ak mal kontrolovaný za to, že navrhovateľ, resp.

ním označení subdodávateľa nesplnili iné podmienky, než podmienky účasti (s čím sa navrhovateľ nestotožňuje), tak mal navrhovateľovi adresovať jasnú a zrozumiteľne formulovanú žiadosť o vysvetlenie smerujúcu k odstráneniu prípadných nedostatkov, čo však kontrolovaný neurobil.

17. Nesprávne vyhodnotenie skutkového stavu kontrolovaným malo podľa navrhovateľa zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže kontrolovaný nesprávne vyhodnotil, že subdodávateľ A nespĺňa podmienky účasti, hoci bol zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov, v dôsledku čoho došlo k protiprávnemu vylúčeniu navrhovateľa z verejného obstarávania, a to napriek tomu, že jeho ponuka sa po prvotnom posúdení ponúk kontrolovaným/komisiou umiestnila na prvom mieste.
18. Navrhovateľ ďalej namietá porušenie procesného postupu podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (absencia výzvy na nahradenie subdodávateľa). Navrhovateľ poukazuje na § 41 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa týka využívania subdodávateľov v rámci verejného obstarávania. Zároveň navrhovateľ poukazuje, že kontrolovaný si v zmysle tohto ustanovenia vymienil, aby podmienky osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní spĺňali aj subdodávateľa uchádzača, a rovnako tak u nich neexistovali dôvody pre vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.
19. Podľa navrhovateľa ak mal kontrolovaný za to, že A nespĺňa podmienky účasti, mal vyzvať navrhovateľa na nahradenie tohto subdodávateľa, čo však neurobil a v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní vylúčil ponuku navrhovateľa z verejného obstarávania. Navrhovateľ sa nestotožňuje s argumentmi kontrolovaného, že ponuka neobsahovala doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti subdodávateľom A, a preto nemohol vyhodnotiť, či A spĺňa podmienky účasti alebo nie; a chýbajúce doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti subdodávateľom A nemožno doplniť v rámci inštitútu vysvetlenia ponuky, pretože by išlo o predloženie nových dokladov.
20. V kontexte uvedeného navrhovateľ ďalej poukazuje na rozhodovaciu prax úradu. Z rozhodnutia úradu č. 10509-6000/2018-OD/4 (bod 40) zo dňa 23. 11. 2018 cit.: „Úrad uvádza, že pre uvedenú situáciu (pozn. navrhovateľa: ide o preukazovanie splnenia podmienok účasti subdodávateľom) neplatí rovnaký mechanizmus, ako pri skúmaní splnenia podmienok účasti samotným uchádzačom, nakoľko § 41 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní explicitne neuvádza, že doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti osobného postavenia subdodávateľa a neexistenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní musia byť súčasťou ponuky. Zákon o verejnom obstarávaní v § 41 ods. 1 písm. b) stanovuje len povinnosť subdodávateľa spĺňať tieto podmienky. Z uvedeného dôvodu sa preto doklady dodatočne predložené za účelom preukázania splnenia podmienky podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nebudú považovať za nové doklady a nebudú zakladať dôvod pre vylúčenie ponuky.“ Taktiež v bode 38, cit.: „Pokiaľ kontrolovaný stanoví požiadavku podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, je povinný skúmať, či navrhovaný subdodávateľ tieto podmienky skutočne spĺňa. Pokiaľ sa v ponuke uchádzača nenachádzajú doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti osobného postavenia subdodávateľa a neexistenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný požiadava uchádzača o doplnenie takýchto dokladov. Pokiaľ uchádzač doručí (aj dodatočne na základe žiadosti o vysvetlenie) doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti subdodávateľom, úrad má za to, že subdodávateľ

splňa podmienky účasti osobného postavenia a nie je to dôvodom na jeho nahradenie, napriek tomu, že doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti osobného postavenia subdodávateľa neboli už súčasťou ponuky. V súvislosti s uvedeným úrad dáva do pozornosti aj princíp proporcionality, ktorý medzi dvomi možnými riešeniami (napr. žiadosť o vysvetlenie ponuky alebo vylúčenie uchádzača) preferuje to menej obmedzujúce. Princíp proporcionality kladie verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi povinnosť požiadať uchádzača o vysvetlenie jeho ponuky, ak sa v ponuke objaví istá nejasnosť a táto nejasnosť sa pravdepodobne môže jednoducho vysvetliť a odstrániť, a nie hneď pristúpiť k prísnejšiemu opatreniu (napr. nahradenie subdodávateľa/vylúčenie uchádzača ...).“

21. Navrhovateľ taktiež poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 15167-5000/2016 zo dňa 08. 09. 2016, cit.: „*V prípade, že navrhovaný subdodávateľ nespĺňa podmienky účasti (ak ich verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní), verejný obstarávateľ/obstarávateľ postupuje podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, t j. písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie. Uchádzač doručí návrh nového subdodávateľa do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti podľa prvej vety, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu. V prípade, že ani tento nový subdodávateľ nepreukáže splnenie podmienok účasti alebo bude existovať dôvod na vylúčenie, verejný obstarávateľ a obstarávateľ bude postupovať podľa § 40 ods. 6 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní (pozn. navrhovateľa: dnešný § 40 ods. 6 písm. k) ZVO).*“
22. Navrhovateľ taktiež poukazuje na rozhodnutie úradu č. 8029-6000/2018-OD/7 (body 67 a 68) zo dňa 08. 10. 2018, cit.: „*Úrad opätovne uvádza, že kontrolovaný je pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti uchádzačmi povinný postupovať podľa ustanovenia § 114 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní a v prípade, ak z predložených dokladov nie je možné jednoznačne posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, resp. ak existujú určité pochybnosti o tom, či sa dokladmi obsiahnutými v ponuke uchádzača, predloženými za účelom preukázania splnenia podmienok účasti, dá plnohodnotne preukázať splnenie požadovaných skutočností, je aj z hľadiska dodržania základných princípov verejného obstarávania povinný aplikovať inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov predložených na účely preukázania splnenia podmienok účasti. Zároveň úrad dodáva, že zákon o verejnom obstarávaní vychádza z koncepcie hodnotenia splnenia požiadavky uvedenej v § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v čase vyhodnocovania podmienok účasti samotného uchádzača, pričom pri subdodávateľovi je zároveň daná možnosť jeho nahradenia, a to podľa § 41 ods. 2 zákon o verejnom obstarávaní v prípade, ak stanovené požiadavky nespĺňa. Zároveň však platí, že ak túto možnosť uchádzač nevyužije, teda ak nenahradí subdodávateľa novým, resp. ani tento nebude splňať predmetnú podmienku, je to obligatórny dôvod na vylúčenie samotného uchádzača v zmysle § 40 ods. 6 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní (pozn. navrhovateľa: dnešný § 40 ods. 6 písm. k) ZVO).*“
23. Z citovaných rozhodnutí a metodických usmernení Úradu pre verejné obstarávanie vyplýva, že kontrolovaný bol povinný požiadať navrhovateľa o predloženie podkladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti subdodávateľom A, ak mal pochybnosti o ich splnení. Samotný fakt, že tieto doklady neboli súčasťou ponuky nie je dôvodom pre vylúčenie ponuky navrhovateľa z verejného obstarávania. Kontrolovaný bol povinný požiadať navrhovateľa o vysvetlenie, a to jasnou a zrozumiteľne formulovanou žiadosťou.

24. Navrhovateľ ďalej konštatuje, že ak kontrolovaný ani po vysvetlení (odpovede č. 1 a 2) nepovažoval preukázanie splnenia podmienok účasti subdodávateľa A za dostatočné (čo navrhovateľ popiera), mal aplikovať postup podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a požiadať navrhovateľa o jeho nahradenie. Zároveň navrhovateľ dodáva, že ak by aj úrad dospel k záveru, že kontrolovaný nebol povinný a ani oprávnený vyžadovať od navrhovateľa vysvetlenie na preukázanie podmienok účasti subdodávateľa A (s čím sa navrhovateľ nestotožňuje), aj v takom prípade mal kontrolovaný požiadať navrhovateľa o nahradenie tohto subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, čo by bolo v súlade so zásadou proporcionality verejného obstarávania.
25. Navrhovateľ má za to, že ak by kontrolovaný postupoval v súlade so zákonom a dodržal postup podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pri pretrvávajúcich pochybnostiach kontrolovaného o splnení podmienok účasti mohol navrhovateľ subdodávateľa A jednoducho nahradiť, avšak kontrolovaný svojím nezákonným postupom túto možnosť navrhovateľovi odoprel, dôsledkom čoho bolo nezákonné vylúčenie ponuky navrhovateľa z verejného obstarávania (a to nie len z dôvodu porušenia postupu podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, ale aj z dôvodu, že navrhovateľ jednoznačne preukázal, že subdodávateľ A bol zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov, a preto o splnení podmienok účasti A nemohli byť žiadne pochybnosti). Navrhovateľ zároveň považuje toto konanie kontrolovaného v rozpore s princípom hospodárnosti verejného obstarávania.
26. Pre úplnosť navrhovateľ dodáva, že v rámci reverznej verejnej súťaže, akou je aj predmetná zákazka, sa podmienky účasti vyhodnocujú až po vyhodnotení ponúk na základe kritérií na vyhodnotenie ponúk v súlade s § 66 ods. 7 písm. b) v spojitosti s § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň podľa § 41 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní musí úspešný uchádzač uviesť všetkých známych subdodávateľov najneskôr pri podpise zmluvy. Samotný zákon tak predpokladá, že uchádzač môže v rámci prebiehajúceho verejného obstarávania dopĺňať zoznam známych subdodávateľov až do momentu podpisu zmluvy, a súčasne preukázať splnenie podmienok účasti týchto subdodávateľov. V kontexte uvedeného sa navrhovateľ domnieva, že ak subdodávateľ spĺňa podmienky účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní neexistujú dôvody na vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania, resp. na nahradenie subdodávateľa.
27. Navrhovateľ zároveň poukazuje na tvrdenie kontrolovaného v Oznámení o zrušení výsledku vyhodnocovania ponúk cit.: „*Verejný obstarávateľ opätovne vyhodnotí ponuky predložené na vyššie uvedený predmet zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní*“ Podľa rozhodnutia úradu č. 8029-6000/2018-OD/7 (pozri bod 22 tohto rozhodnutia) sa hodnotenie splnenia požiadavky uvedenej v § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní vykonáva v čase vyhodnocovania podmienok účasti samotného uchádzača. Navrhovateľ sa domnieva, že ak zohľadníme, že v prípade reverznej verejnej súťaže sa splnenie podmienok účasti posudzuje až po vyhodnotení ponúk (viď predchádzajúci odsek), potom v čase opätovného vyhodnocovania ponúk v auguste 2023 (a po ňom) subdodávateľ A spĺňal podmienky účasti v čase ich hodnotenia kontrolovaným (august 2023), pretože bol zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov. Túto skutočnosť si mohol kontrolovaný jednoducho overiť nahliadnutím do tohto zoznamu, čo však podľa navrhovateľa neurobil.
28. Navrhovateľ ďalej v námietkach konštatuje, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu základných princípov verejného obstarávania, a to konkrétne princípu proporcionality,

transparentnosti ako aj hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania. Zároveň navrhovateľ konštatuje, že zjavné porušenie princípov verejného obstarávania vedie aj v prípade pochybností k jednoznačnému výkladu v prospech navrhovateľa, keďže princípy sú totiž interpretačnými pravidlami, prostredníctvom ktorých je potrebné vykladať všetky ostatné ustanovenia zákona.

29. K princípu proporcionality navrhovateľ konštatuje, že tento princíp zahŕňa dva definičné elementy, a to vhodnosť a potrebnosť. Podľa navrhovateľa kontrolovaný zvolil jednoznačne najtvrdší zásah, ktorým je vylúčenie navrhovateľa. Podľa navrhovateľa kontrolovaný takto konal v situácii kedy (i) vedel, že vylúči preukázateľne najvýhodnejšiu ponuku vo verejnom obstarávaní a (ii) mohol a bol povinný využiť miernejší prostriedok v podobe žiadosti o nahradenie subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
30. Podľa navrhovateľa kontrolovanému nič nebránilo akceptovať nahradenie subdodávateľa alebo sledujúc celú škálu svojich povinností podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní požiadať navrhovateľa o nahradenie A. Navrhovateľ má za to, že ak by kontrolovaný požiadal navrhovateľa o nahradenie subdodávateľa, neexistuje logický dôvod prečo by navrhovateľ konal v rozpore s touto žiadosťou. Obzvlášť ak navrhovateľ iniciatívne sledoval špeciálnu úpravu zákona o verejnom obstarávaní aj napriek zjavnému pochybeniu kontrolovaného.
31. Navrhovateľ sa domnieva, že pokiaľ účel hodnotiaceho procesu kontrolovaného smeroval k odstráneniu prípadných pochybností o splnení vyhodnocovaných podmienok účasti, tak navrhovateľ poukazuje na Metodické usmernenie č. 2449-5000/2017 cit.: „*podľa rozhodovacej činnosti úradu verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ má pristúpiť k vylúčeniu uchádzača, resp. záujemcu z procesu verejného obstarávania až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých relevantných skutočností, nakoľko vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práva uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania. Verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ by mal preto využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač, resp. zájemca určenú podmienku alebo požiadavky splnil a nevylúčiť ho z procesu verejného obstarávania bez preverenia tejto skutočnosti.*“
32. Navrhovateľ je presvedčený, že kontrolovaný mohol a bol povinný využiť inštitút žiadosti o nahradenie subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. V danom prípade je podľa navrhovateľa zjavné, že tento postup by neviedol k najradikálnejšiemu dostupnému kroku. V danom prípade podľa navrhovateľa konanie kontrolovaného neposkytuje priestor na úvahu o primeranosti medzi cieľom a príslušným opatrením ale kontrolovaný de facto vyhodnotil vylúčenie navrhovateľa ako menej obmedzujúce v porovnaní so žiadosťou o nahradenie subdodávateľa podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, s čím navrhovateľ nesúhlasí.
33. K princípu transparentnosti navrhovateľ konštatuje, že tento princíp zahŕňa predvídateľnosť úkonov verejného obstarávateľa, ktorý musí konať čitateľne a konzistentne, spôsobom, ktorý nepochybne a odôvodnene vyplýva zo stavu veci a zákona. Verejný obstarávateľ je povinný zdržať sa takého konania, ktoré by mohlo byť charakterizované ako svojvoľné alebo o ktorého pravých dôvodoch by mohli byť pochybnosti. Podľa navrhovateľa Oznámenie o vylúčení a postup kontrolovaného je tautológiou a zjavným porušením princípu transparentnosti, keďže nepredloženie dokladov vo vzťahu k subdodávateľovi má byť príčinou, prekážkou, dôvodom a následkom zároveň.

34. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný na jednej strane tvrdí, že nepredloženie dokladov bráni postupu podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pretože bez dokladov nedokáže vyhodnotiť splnenie podmienok účasti, avšak na druhej strane kontrolovaný tvrdí, že nepredloženie dokladov vyhodnotil ako nesplnenie podmienok účasti v súťaži a dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Inými slovami, tá istá skutočnosť kontrolovanému bráni a zároveň umožňuje vykonať rovnakú logickú úvahu pre aplikáciu právnej normy. Takýto postup je podľa navrhovateľa nekonzistentný, formalistický, izolovaný od skutkových okolností, tzn. od nahradenia subdodávateľa.
35. Zároveň navrhovateľ uvádza, že princíp transparentnosti nebol naplnený ani v rovine jednoznačného a riadneho odôvodnenia Oznámenia o vylúčení, ktoré navrhovateľ považuje za arbitrárne. Dôvod vylúčenia navrhovateľa nad rámec poukazu na všeobecné ustanovenie § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní neoznačuje ani jednu podmienku účasti, ktorú by navrhovateľ nespĺňal. Podľa navrhovateľa kontrolovaný nebol oprávnený aplikovať dôvod na vylúčenie navrhovateľa v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko podmienky účasti boli zo strany navrhovateľa v celom rozsahu splnené. Navrhovateľ má v tejto súvislosti za to, že kontrolovaným uvedený dôvod na vylúčenie sa vzťahuje výlučne na navrhovateľa, a teda nevzťahuje sa na uchádzačom navrhovaného subdodávateľa. V prípade, že mal kontrolovaný pochybnosti o splnení podmienok účasti zo strany navrhovaného subdodávateľa mal podľa navrhovateľa pristúpiť k žiadosti o doplnenie dokladov, ktorými by bolo preukázané splnenie podmienok účasti. Ak by následne navrhovateľ nepreukázal splnenie podmienok účasti navrhovaného subdodávateľa, kontrolovaný bol následne povinný aplikovať § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, t j. požiadať navrhovateľa o nahradenie tohto subdodávateľa. Podľa navrhovateľa sa oznámenie o vylúčení žiadnym spôsobom nevysporiadava s možnosťou a ani s reálnym nahradením subdodávateľa. Tým, že ide o konkrétnu právnu a skutkovú okolnosť, ktorá má priamy vplyv na rozhodnutie o vylúčení alebo nevylúčení navrhovateľa je tento stav podľa navrhovateľa neprípustný. Navrhovateľ konštatuje, že povinnosť odôvodnenia všetkých úkonov je manifestáciou všeobecného princípu dobrej správy, ktorý vyplýva z primárneho práva.
36. Následne navrhovateľ poukazuje na nález Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 311/07, v ktorom posudzoval rozhodnutie Najvyššieho súdu SR a uviedol, cit.: „*rozsudok najvyššieho súdu podrobil prísnej konfrontácii s argumentmi sťažovateľa obsiahnutými v dovolaní majúci na pamäti, že ... účastníkovi konania musí dať odpoveď na podstatné otázky a námietky spochybňujúce závery namietaného rozhodnutia v závažných a samotné rozhodnutie ovplyvňujúcich súvislostiach.*“ Taktiež v rozhodnutí sp. Zn. II. ÚS 200/09 Ústavný súd SR obdobne uviedol, cit.: „*Z uvedeného preto možno vyvodiť záver, že odôvodnenie rozhodnutia nemusí dať odpoveď na každú poznámku či pripomienku účastníka konania, ktorý ju nastolil. Je však nevyhnutné, aby spravodlivé súdne rozhodnutie reagovalo na podstatné a relevantné argumenty účastníka konania a aby mu dalo jasnú a zreteľnú odpoveď na riešenie konkrétného právneho problému (obdobne napr. II. ÚS 193/06, III. ÚS 198/07).*“ Ústavný súd SR dodáva: „*Ak však ide o argument, ktorý je pre rozhodnutie rozhodujúci, vyžaduje sa špecifická odpoveď práve na tento argument*“ (napr. II. ÚS 410/06).
37. Navrhovateľ taktiež poukazuje na rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 366/10-352, z ktorého vyplýva, že v rozpore s princípom transparentnosti, a teda aj v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, je akékoľvek konanie kontrolovaného, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné.

Nevyhnutnou súčasťou riadneho uplatnenia princípu transparentnosti je teda taký postup kontrolovaného, ktorým je zabezpečená náležitá preskúmateľnosť každého úkonu kontrolovaného vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky. Obdobne podľa rozsudku Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 123/11-136 pokiaľ sa má postupom verejného obstarávateľa zabezpečiť čestná hospodárska súťaž, nie je prípustné, aby sa umožnilo akékoľvek nepreskúmateľné či nekontrolovateľné konanie verejného obstarávateľa, ktoré môže ovplyvniť výsledok verejného obstarávania.

38. K princípu hospodárnosti a efektívnosti navrhovateľ konštatuje, že jeho účelom je zabezpečiť výber takého uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky poskytne najlepšie plnenie. Naplnenie tohto princípu teda vyžaduje zabezpečenie čo najhospodárnejšieho využívania verejných prostriedkov, ktoré predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.
39. Podľa navrhovateľa postup kontrolovaného, keď neproporcionálne (uprednostňujúc najtvrdší možný zásah) a netransparentne (bez odôvodnenia a na základe svojvôle) vylúčil navrhovateľa, má priamy dosah na výber uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky neposkytne najvýhodnejšie plnenie. Podľa navrhovateľa je možné konkrétny dopad vyčíslieť na základe rozdielu v navrhovanej cene medzi vylúčeným navrhovateľom a druhým uchádzačom v poradí na sumu 9 615 521,47 EUR. Pri tak značnom rozdieli je podľa navrhovateľa minimálne dôvodné, aby kontrolovaný riadne využil všetky zákonné možnosti a neobmedzil sa na čisto formálnu snahu o získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.
40. Navrhovateľ ďalej v námietkach poukazuje na podľa jeho názoru kontroverzný postup kontrolovaného pri zverejnení informácie o prehodnotení výsledku verejného obstarávania, keď dňa 21. 08. 2023 kontrolovaný prostredníctvom médií informoval, že cit.: *„Národná diaľničná spoločnosť nepodpíše zmluvu s XX a YY na predĺženie rýchlostnej cesty z Banskej Bystrice. Diaľničiar o tom informovali bez spresnenia dôvodu, uviedli len, že súťaž musia opätovne prehodnotiť.“*. Uvedený spôsob komunikácie kontrolovaného v danom postupe verejného obstarávania navrhovateľ považuje za neštandardný a neprípustný, a to najmä s ohľadom na fakt, že zo strany navrhovateľa bola poskytnutá riadna súčinnosť a s ňou spojené navrhovateľom vynaložené náklady. Navrhovateľ je zároveň presvedčený, že prioritným cieľom takéhoto spôsobu komunikácie bolo poškodenie dobrého mena navrhovateľa. Zároveň navrhovateľ nedokáže identifikovať zákonný proces/impulz vo verejnom obstarávaní (zasadnutie komisie, usmernenie ÚVO), ktorý kontrolovanému znemožnil prístup k podpisu zmluvy, pričom v jednom momente akceptuje vysvetlenie navrhovateľa a prijme jeho ponuku a v druhom kroku vyhodnotí jeho ponuku ako neúplnú a navrhovateľa vylúči. Navrhovateľ uvádza, že až po zverejnení tejto informácie v médiách bolo navrhovateľovi dňa 21. 08. 2023 doručené „Oznámenie o zrušení výsledku vyhodnotenia ponúk“, v ktorom kontrolovaný navrhovateľovi oznámil zrušenie Oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk zo dňa 25. 07. 2023 so stručnou informáciou, že kontrolovaný opätovne vyhodnotí ponuky predložené na vyššie uvedený predmet zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
41. Ďalej navrhovateľ poukazuje na kontrolovaného žiadosť o vysvetlenie č. 2 a jeho nezrozumiteľnú požiadavku na predloženie JED navrhovateľom, cit.: *„Za účelom jednoznačného vyhodnotenia požiadaviek na predmet zákazky, Vás komisia opakovane žiada o vysvetlenie kde v ponuke sa nachádzajú dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia pre Podzhotoviteľa A., keďže ste ich v ponuke*

nepredložil a tieto neboli ani predbežne nahradené predložením Jednotného európskeho dokumentu.“

42. Následne navrhovateľ poukazuje na odpoveď č. 2, okrem iného uviedol, že v čase spracovania odpovede č. 2 majú obe spoločnosti (okrem A aj spol. B, IČO: 366 429 91), pričom v prípade A je platnosť zápisu od 21. 07. 2023 do 21.07.2026. Navrhovateľ zároveň vyslovil názor, že *„preverenie týchto skutočností v Registri hospodárskych subjektov mohla vykonať aj komisia tak, ako postupovala a uviedla v žiadosti zo dňa 14. 07. 2023.“* S ohľadom na uvedené navrhovateľ nerozumie úkonom a požiadavkám kontrolovaného, resp. komisie, keď vyžadovala predloženia JED-u podzhotoviteľom A napriek skutočnosti, že od 21. 07. 2023 je táto spoločnosť zapísaná v Zozname hospodárskych subjektov, takže aj v čase predloženia týchto námietok naďalej spĺňa podmienky účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní.
43. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný vylúčenie navrhovateľa prioritne založil na citácii z vybranej časti súťažných podkladov, konkrétne bodu 19.1.12.3 časti A1 Pokyny pre uchádzačov časti Zväzok 1 súťažných podkladov cit.: *„Ak uchádzač využíva na plnenie zákazky subdodávateľa, ktorého finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity nevyužíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, uchádzač je povinný vyplniť v JED-e časť II. oddiel D a zároveň predložiť JED aj za každého subdodávateľa, v ktorom subdodávateľ vyplní časť I, časť II. oddiel A,B a časť III.“* K uvedenému navrhovateľ dodáva, že celé znenie bodu 19.1.12 časti Zväzok 1, časť A1 súťažných podkladov vrátane citovaného podbodu rieši situáciu a dáva jasné pokyny uchádzačovi, ktorý sa rozhodne doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti predbežne nahradiť JED-om. Nakoľko navrhovateľ vo svojej ponuke nenahradil doklady na preukázanie podmienok účasti JED-om, je podľa navrhovateľa aplikácia podbodu 19.1.12.3 zo strany kontrolovaného, najmä ako dôvodu na vylúčenia jeho ponuky z procesu verejného obstarávania, absurdná a irelevantná. Citovaná časť z podbodu 19.1.12.3 takúto situáciu podľa navrhovateľa doslova vylučuje, nakoľko uchádzačovi stanovuje *„vyplniť v JED-e časť II. oddiel D a zároveň predložiť JED aj za každého subdodávateľa“*.
44. Navrhovateľ ďalej v námietkach uvádza, že v závere Oznámenia o vylúčení kontrolovaný uviedol, že ponuku navrhovateľa vylúčil *„podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona“*, tzn. pre nesplnenie podmienok účasti uchádzačom. K danému označeniu dôvodu vylúčenia navrhovateľ uvádza, že v celom texte Oznámenia o vylúčení absentuje informácia, akú konkrétnu podmienku účasti stanovenú kontrolovaným v časti Zväzok 1, Príloha B7 súťažných podkladov nesplnil.
45. V danom kontexte navrhovateľ uvádza, že vo vzťahu k navrhovaným subdodávateľom bolo jeho povinnosťou v ponuke predložiť doklady podľa, cit.: „
- bodu 19.1.9 v časti Zväzok 1, časti A1 súťažných podkladov, tzn. *„Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok vypracovaný v súlade s Prílohou B2B Zväzku 1 týchto SP. Dokumenty/ doklady požadované v bode 28. Využitie subdodávateľov časti A1 Zväzku 1 týchto SP.“*,
 - bodu 28. *Využitie subdodávateľov v časti Zväzok 1, časti A1 súťažných podkladov, ktoré sú transpozíciou ustanovení § 41 ZVO vrátane povinnosti nahradiť subdodávateľa v prípade výzvy kontrolovaného na nahradenie, ak navrhovaný subdodávateľ nesplňa podmienky účasti.“*

46. Navrhovateľ konštatuje, že až v prípade nenahradenia subdodávateľa novým subdodávateľom spĺňajúcim podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia v zmysle § 32 zákona o verejnom obstarávaní bolo možné vylúčiť ponuku navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní.
47. S odvolaním sa na dôvody vylúčenia uvedené v Oznámení o vylúčení navrhovateľ ďalej uvádza, že v rámci stanovených podmienok účasti uvedených kontrolovaným v časti Zväzok 1, Príloha B7 súťažných podkladov sa medzi nimi nenachádza podmienka účasti stanovená podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorej k preukázaniu splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti môže verejný obstarávateľ vyžadovať predloženie dokladov, cit: „uvedením podielu plnenia zo zmluvy alebo koncesnej zmluvy, ktorý má uchádzač alebo záujemca v úmysle zabezpečiť subdodávateľom“. Z uvedeného podľa navrhovateľa vyplýva, že dôvod vylúčenia pre nesplnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. l) zákona o verejnom obstarávaní je v danom prípade neaplikovateľný.
48. S ohľadom na vyššie uvedené navrhovateľ považuje dôvody jeho vylúčenia z procesu verejného obstarávania tak, ako ich kontrolovaný prezentoval v Oznámení o vylúčení, za nedôvodné, účelové a v rozpore s vyššie citovanými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. Prípadné pochybenia kontrolovaného, resp. komisie v procese vyhodnocovania ponúk, v žiadnom prípade nemôžu ísť na ťarchu uchádzača/navrhovateľa. Navrhovateľ preto považuje Oznámenie o vylúčení za arbitrárne, v rozpore s podmienkami pre náležité odôvodnenie rozhodnutia, a trpiace takými závažnými vadami, ktoré ho robia nepreskúmateľným.
49. Navrhovateľ prostredníctvom týchto námietok namieta nezákonný postup kontrolovaného pri jeho vylúčení, nakoľko podľa názoru navrhovateľa relevantný dôvod vylúčenia v danom prípade neexistuje. Navrhovateľ má za to, že riadne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní preukázal splnenie podmienky účasti osobného postavenia na strane svojich subdodávateľov, a to informáciou uvedenou v Odpovedi č. 2 s odkazom na platný zápis spoločnosti A v Zozname hospodárskych subjektov podľa § 152 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ je presvedčený, že povinnosťou kontrolovaného bolo posudzovať splnenie podmienok účasti, resp. požiadaviek na predmet zákazky počas celého priebehu procesu verejného obstarávania, nie len retrospektívne, a to najmä z dôvodu, že dňa 21. 08. 2023 navrhovateľovi doručil „Oznámenie o zrušení výsledku vyhodnotenia ponúk“ a k opätovnému vyhodnoteniu prostredníctvom Žiadosti č. 2 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov, aj keď na to podľa navrhovateľa neexistoval žiaden zákonný dôvod. Navrhovateľ považuje samotný zákonný dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní za zmätočný, nakoľko k zákonnému dôvodu vylúčenia nie je v Oznámení o vylúčení konkretizovaná ani jedna podmienka účasti, ktorú by samotný navrhovateľ nespĺňal. Navrhovateľ trvá na tom, že ak by aj kontrolovaný skutočne nemohol posúdiť splnenie podmienky účasti osobného postavenia u subdodávateľa A, tak v zmysle ustanovenia § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, resp. v zmysle bodu 28.2 časti Zväzok 1, Časť V. súťažných podkladov bol povinný písomne požiadať uchádzača o jeho nahradenie, čo však neurobil, a to bez akejkoľvek legitímnej opory vo všeobecne záväzných právnych predpisoch. Súčasne, kontrolovaný absolútne ignoroval nahradenie subdodávateľa navrhovateľom. So zjavnou oporou v princípoch verejného obstarávania kontrolovanému nič nebránilo akceptovať nahradenie subdodávateľa navrhovateľom.

50. V petite navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodnutím podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného označené ako „Oznámenie o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania“ zo dňa 08. 09. 2023, zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti navrhovateľa podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní, resp. požiadaviek kontrolovaného na predmet zákazky podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ak na tento úkon existuje relevantný dôvod.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

51. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **predmetné konanie** o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa **začalo dňa 14. 09. 2023.**
52. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty.
53. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Ak kontrolovaný predkladá dokumentáciu alebo jej časť v listinnej podobe, môže úradu predložiť fotokópiu tejto dokumentácie, ak zároveň písomne potvrdí, že táto dokumentácia súhlasí s originálnym vyhotovením dokumentácie. Kontrolovaný môže nahliadať do dokumentácie ním doručenej úradu. V prípadoch, keď sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred úradom nezačne, úrad bez zbytočného odkladu poskytnutú dokumentáciu vráti.
54. Kontrolovaný dňa 21. 09. 2023 doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam spolu s listinnou dokumentáciou a zároveň s prístupovými údajmi do elektronického systému JOSEPHINE, prostredníctvom ktorého sa predmetná verejná súťaž realizuje, čím úradu sprístupnil elektronickú podobu dokumentácie postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad preskúmaním sprístupnenej elektronickej a doručenej listinnej dokumentácie kontrolovaného konštatuje, že kontrolovaným predloženú dokumentáciu v origináli k predmetnej verejnej súťaži považuje za kompletnú odo dňa **21. 09. 2023.**

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

55. Kontrolovaný na úvod uvádza, že dňa 14. 09. 2023 mu boli v predmetnej verejnej súťaži doručené námietky navrhovateľa smerujúce proti vylúčeniu. Následne kontrolovaný uvádza, že dňa 14. 07. 2023 komisia vyhodnocovala ponuku navrhovateľa z hľadiska preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní pre subdodávateľov, ktorých navrhovateľ uviedol v Prílohe

B2B Zväzku 1 súťažných podkladov v súlade s bodom 28 časti A1 Zväzku 1 súťažných podkladov a zistila nezrovnalosti, ktoré požiadala navrhovateľa vysvetliť, cit.: „ ... vysvetlenie ako preukazuje splnenie podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní pre Podzhotoviteľa spoločnosť A, v. v. i. z dôvodu, že na ich preukázanie nepredložil v ponuke Jednotný európsky dokument podľa § 39 ods. 6 ZVO ani samotné doklady a komisia nahliadnutím do Registra hospodárskych subjektov zistila, že v ňom nie je zapísaný;“

56. Následne kontrolovaný poukazuje na odpoveď navrhovateľa zo dňa 21. 07. 2023, cit.: „Uchádzač k Podzhotoviteľovi A uvádza, že bol Podzhotoviteľom informovaný, že nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, avšak podľa § 2 ods. (1) písm. a) zákona 315/2016 partnerom verejného sektora je fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá nie je subjektom verejnej správy. V zmysle § 3 ods. 1 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov subjektami verejnej správy sú právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky. A je zapísaná ako rozpočtová organizácia v databáze subjektov verejnej správy Štatistického úradu. Z vyššie uvedených dôvodov nie je zápis do registra partnerov verejného sektora potrebný. Uchádzač pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností predkladá Prílohu č. 2 - formulár B2B 10_Zoznam subdodávateľov_príloha B2B“, v ktorom uvádza aj náhradu za Podzhotoviteľa A a to Podzhotoviteľa B.“
57. Následne kontrolovaný konštatuje, že dňa 24. 07. 2023 komisia akceptovala túto odpoveď z dôvodu, že vychádzala z toho, že navrhovateľ pozná svoje práva a rovnako si je vedomý aj dôsledkov podľa § 40 ods. 6 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. možného vylúčenia ak poskytne nepravdivé informácie, ktoré nezodpovedajú skutočnosti a majú vplyv na vyhodnotenie splnenia požiadaviek na predmet zákazky ako aj následne na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a teda, že postačuje, že je subdodávateľ zapísaný ako rozpočtová organizácia v databáze subjektov verejnej správy Štatistického úradu.
58. Ďalej kontrolovaný uvádza, že dňa 25. 07. 2023 zaslal všetkým uchádzačom Oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk. Následne kontrolovaný uvádza, že dňa 26. 07. 2023 vyzval navrhovateľa na poskytnutie riadnej súčinnosti podľa § 56 zákona o verejnom obstarávaní, na ktorú navrhovateľ dňa 16. 08. 2023 doručil Zmluvy o dielo, ktorých Prílohou č. 1 je Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok aktualizovaný v súlade s bodom 32.9.1 časti A.1 pokyny pre uchádzačov súťažných podkladov. Kontrolovaný ďalej uvádza, že kontrolou Zmluvy o dielo pred jej schvaľovaním v internom schvaľovacom procese pred jej podpisom štatutármi zistil, že Príloha č. 1 Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok obsahuje aj subdodávateľa A. Kontrolovaný kontrolou, či uvedení subdodávateľa spĺňajú podmienky účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, tak ako to určil v bode 28.1.2 časti A.1 Pokyny pre uchádzačov súťažných podkladov zistil, že tento subdodávateľ je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, čo bolo v nesúlade s tvrdením navrhovateľa v odpovedi zo dňa 21. 07. 2023. K uvedenému kontrolovaný ďalej uvádza, že dňa 22. 08. 2023 bola zvolaná komisia, ktorá po oboznámení sa s novými skutočnosťami, a to že subdodávateľ, pri ktorom komisia v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti dňa 24. 07. 2023 akceptovala vysvetlenie uchádzača zo dňa 21. 07. 2023, v ktorom uviedol, že nemusí byť zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, resp. sa na neho nevzťahuje preukazovanie splnenia podmienok účasti je zrazu k dátumu poskytnutia súčinnosti zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a navyše, sám člen združenia uchádzača požiadala o metodické usmernenie č. 12156-5000/2023 zo dňa 01. 08. 2023, z ktorého, vyplýva, že povinnosť preukazovania podmienok účasti podľa § 41 ods. 1 písm.

b) zákona o verejnom obstarávaní sa vzťahuje aj na A, rozhodla, že za účelom odstránenia prípadného protiprávneho stavu vyplývajúceho z nesprávneho vyhodnotenia splnenia podmienok účasti s vplyvom na vyhodnotenie ponúk a poradie uchádzačov zruší výsledok vyhodnotenia ponúk (odoslané všetkým uchádzačom dňa 22. 08. 2023), a že za účelom jednoznačného vyhodnotenia, či uchádzač splnil alebo nespĺnil podmienky účasti, opakovane vyhodnotí ponuku uchádzača a požiada ho o vysvetlenie, cit.: „*kde v ponuke sa nachádzajú dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia pre Podzhotoviteľa A., keďže ste ich v ponuke nepredložil, a tieto neboli ani predbežne nahradené predložením Jednotného európskeho dokumentu.*“.

59. Následne kontrolovaný poukazuje na odpoveď navrhovateľa zo dňa 25. 08. 2023, z ktorej cit.: „*V prípade, že verejný obstarávateľ už dňa 14. 07. 2023 mal za jednoznačné preukázané, že doklady podľa § 32 ods. 2 ZVO alebo Jednotný európsky dokument podľa § 39 ods. 1 ZVO v ponuke Uchádzača absentujú, bol povinný ďalej postupovať podľa § 41 ods. 2 ZVO, v zmysle ktorého „Ak navrhovaný subdodávateľ nespĺňa podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne dožiada uchádzača o jeho nahradenie. resp. v zmysle bodu 28.2 časti Zväzok 1, Časť V. súťažných podkladov. Pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností Uchádzač v prílohe odpovede na žiadosť zo dna 21.07.2023 predložil aktualizovanú Prílohu B2B súťažných podkladov, kde pre predmet subdodávky „Archeologický výskum“ bola uvedená okrem spol. A aj spol. B V záujme zrýchliť proces vyhodnocovania ponúk Uchádzač z vlastnej iniciatívy takýmto spôsobom reflektoval na povinnosť verejného obstarávateľa vyplývajúcu z vyššie citovaného ustanovenia § 41 ods. 2 ZVO.*“

60. Následne kontrolovaný uvádza, že dňa 05. 09. 2023 komisia rozhodla o vylúčení navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. K odôvodneniu vylúčenia kontrolovaný cituje nasledovné body súťažných podkladov 19.1.9, 19.1.12.3, 28.1 a 32.9.1 časti A.1 Pokyny pre uchádzačov Zväzku 1 súťažných podkladov.

61. Kontrolovaný ďalej uvádza, že v ponuke navrhovateľa v lehote na predkladanie ponúk úplne absentujú doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní pre subdodávateľa A, taktiež tento subdodávateľ v lehote na predkladanie ponúk, t. j. 20. 06. 2023, nebol zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a ani za neho nie je v ponuke navrhovateľa predložený JED. Z dôvodu, že navrhovateľ nepoužil JED má kontrolovaný za to, že nemohol na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania kedykoľvek v jeho priebehu, písomne požiadať o predloženie dokladov týkajúcich sa podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní subdodávateľa A nahradených JED-om v súlade s § 39 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň kontrolovaný má za to, že keďže komisia nemala k dispozícii doklady nemala a ani nemohla postupovať podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže bez dokladov nemohla vyhodnotiť, či subdodávateľ A spĺňa alebo nespĺňa podmienky účasti. Kontrolovaný ďalej konštatuje, že JED alebo doklady mal predložiť v lehote na predkladanie ponúk navrhovateľ, nie subdodávateľ, a dôvodom pre nahradenie je existencia dôvodov na vylúčenie (nesplnenie podmienok účasti) na strane subdodávateľa, nie na strane navrhovateľa. V kontexte uvedeného sa kontrolovaný nestotožňuje s názorom navrhovateľa, že mal akceptovať jeho nahradenie iným subdodávateľom B, tak ako to uvádza vo svojej odpovedi zo dňa 21. 07. 2023 a opakovane aj v odpovedi zo dňa 25. 08. 2023 ako aj v samotnej námietke, pričom podľa tvrdenia navrhovateľa „akože len“ procesne predbehol postup kontrolovaného, pretože z uvedených dôvodov (neexistencie dokladov a JED), by takáto skutočnosť de facto nikdy nenastala. Z dôvodu, že navrhovateľ nepredložil

v lehote na predkladanie ponúk doklady a ani tieto neboli nahradené JED-om a subdodávateľ nebol k lehote na predkladanie ponúk zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, t. j. navrhovateľ jednoznačne nepreukázal splnenie podmienky účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní za subdodávateľa A, je podľa kontrolovaného nespochybniteľné, že dôvod vylúčenia existoval priamo na strane navrhovateľa. Zároveň je kontrolovaný toho názoru, že nie je možné chýbajúce doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti doplniť v rámci inštitútu vysvetlenia, nakoľko by nešlo o doklady, ktoré slúžia na vysvetlenie (t. j. ďalšie doplnenie) dokladov už obsiahnutých v ponuke ale išlo by o predloženie „nových“ dokladov preukazujúcich skutočnosti, ktoré netvoria obsah predloženej ponuky. V kontexte uvedeného kontrolovaný poukazuje na Metodické usmernenia č. 4010, 4014, 4019-5000/2021 zo dňa 31. 03. 2021.

62. Zároveň má kontrolovaný za to, že by akceptovaním takéhoto spôsobu preukazovania danej podmienky účasti postupoval diskriminačne vo vzťahu k ostatným uchádzačom, ktorí spôsob preukazovania danej podmienky účasti uviedli v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní v lehote na predkladanie ponúk, ktorá uplynula 20. 06. 2023. Kontrolovaný poukazuje, že subdodávateľ bol do zoznamu hospodárskych subjektov zapísaný až dňa 21. 07. 2023, čím si podľa kontrolovaného navrhovateľ nedovoleným spôsobom predĺžil lehotu na predkladanie ponúk o 30 dní a nič mu nebránilo predložiť JED v ponuke.
63. V kontexte uvedeného kontrolovaný poukazuje na rozhodnutie č. 10293-9000/2018, 10344-9000/2018 zo dňa 27. 09. 2018 kde rada poukazuje na skutočnosť, že aj na uchádzačov je potrebné klásť istú mieru zodpovednosti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov v ponuke, resp. za úplnosť a správnosť predloženej ponuky. Požiadavka na uchádzača, aby už v lehote na predkladanie ponúk vedel minimálne to, kým a ako bude preukazovať jednotlivé podmienky účasti, nie je neprimeraná. Uchádzač by pri predkladaní ponuky nemal len predpokladať, kým bude preukazovať jednotlivé podmienky účasti (na základe predchádzajúcej spolupráce s jednotlivými spoločnosťami), ale mal by to presne vedieť a v ponuke predložiť za tieto osoby príslušné doklady, prípadne tieto doklady nahradiť predložením JED-ov. Rada preto na tomto mieste zároveň apeluje na uchádzačov/záujemcov, aby venovali náležitú pozornosť príprave svojich ponúk, ako aj dokladom, ktoré v ponukách predkladajú na preukázanie podmienok účasti, nakoľko uchádzači zodpovedajú za obsah nimi predložených dokladov v ponuke, resp. za úplnosť a správnosť predloženej ponuky. V prípade, ak ponuka uchádzača nie je predložená v súlade s podmienkami daného verejného obstarávania, vystavuje sa takýto uchádzač riziku vylúčenia z verejného obstarávania. Rada považuje v tejto súvislosti za potrebné podotknúť, že nejde o nový prístup rady, nakoľko rovnako už na uchádzačov apelovala napr. vo svojich rozhodnutiach č. 2120-9000/2018 zo dňa 21. 02. 2018, č. 4483-9000/2018 zo dňa 16. 04. 2018. Vo vzťahu k princípu proporcionality, na ktorý poukázal úrad vo svojom rozhodnutí (bod 12 Rozhodnutia), rada uvádza, že plne podporuje uplatňovanie tohto princípu vo verejných obstarávaniach, pričom vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti zo strany verejných obstarávateľov by nemalo byť len formálne, ale objektívne preskúmané. Na druhej strane je však podľa rady potrebné dodať, že uplatnenie uvedeného princípu vo verejnom obstarávaní musí byť zároveň v rovnováhe s ostatnými princípmi verejného obstarávania, pričom jeho uplatnením nemôže dôjsť k zvýhodňovaniu niektorých uchádzačov, a naopak diskriminácii iných uchádzačov. Aj pri uplatnení tohto princípu totiž musí byť zachovaná čestná hospodárska súťaž. Rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že tento princíp v sebe o. i. zahŕňa požiadavku, aby v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, sa verejný obstarávateľ priklonil k tomu najmenej obmedzujúcemu.

64. V tomto prípade však kontrolovaný má za to, že nemal na výber medzi viacerými možnými (primeranými) riešeniami, nakoľko, ako už bolo uvedené, bol povinný vylúčiť navrhovateľa z dôvodu, že tento nepredložil v lehote na predkladanie ponúk doklady a ani tieto neboli nahradené JED-om a subdodávateľ nebol zapísaný v zozname hospodárskych subjektov. Kontrolovaný sa domnieva, že ak by postupoval inak, konal by v rozpore nielen s § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, ale aj princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, a v neposlednom rade aj spôsobom odporujúcim pravidlám čestnej hospodárskej súťaže. Kontrolovaný má za to, že dostatočne a pomerne obsímne odôvodnil spôsob vyhodnotenia ponuky a interpretoval úvahy komisie vo vzťahu k namietaným skutočnostiam, týkajúcich sa vyhodnotenia splnenia podmienok účasti subdodávateľa, aj s dôrazom na skutočnosť, že navrhovateľ sa neopodstatnene snaží preniesť zodpovednosť na kontrolovaného a namietat jeho postup, pričom v celom odôvodnení námietky nie je zmienka vysvetlenia, prečo absentujú doklady v ponuke. V kontexte uvedeného kontrolovaný žiada, aby úrad námietky zamietol v súlade s § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Právny rámec

65. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.

66. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

67. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú desať rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, ak osobitný predpis neustanovuje inak; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania. Ak trvanie zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy presiahne desať rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania, verejný obstarávateľ a obstarávateľ uchovávajú kompletnú dokumentáciu do uplynutia troch rokov odo dňa skončenia alebo zániku zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody. Dokumentáciu vyhotovovanú v jednotlivých fázach verejného obstarávania, ktorá nie je súčasťou elektronickej komunikácie podľa § 20, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu viesť aj prostredníctvom elektronického prostriedku, ktorého prostredníctvom sa komunikácia a výmena informácií vo verejnom obstarávaní uskutočňuje.

68. Podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia:

- a) nebol on, ani jeho štatutárny orgán, ani člen štatutárneho orgánu, ani člen dozorného orgánu, ani prokurista právoplatne odsúdený za trestný čin korupcie, trestný čin poškodzovania finančných záujmov Európskych spoločenstiev, trestný čin legalizácie príjmu z trestnej činnosti, trestný čin založenia, zosnovania a podporovania zločineckej

skupiny, trestný čin založenia, zosnovania alebo podporovania teroristickej skupiny, trestný čin terorizmu a niektorých foriem účasti na terorizme, trestný čin obchodovania s ľuďmi, trestný čin, ktorého skutková podstata súvisí s podnikaním alebo trestný čin machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe,

- b) nemá evidované nedoplatky na poistnom na sociálne poistenie a zdravotná poisťovňa neeviduje voči nemu pohľadávky po splatnosti podľa osobitných predpisov v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu,
- c) nemá evidované daňové nedoplatky voči daňovému úradu a colnému úradu podľa osobitných predpisov v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu,
- d) nebol na jeho majetok vyhlásený konkurz, nie je v reštrukturalizácii, nie je v likvidácii, ani nebolo proti nemu zastavené konkurzné konanie pre nedostatok majetku alebo zrušený konkurz pre nedostatok majetku,
- e) je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu,
- f) nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím v Slovenskej republike a v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu.

69. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s dokumentmi potrebnými na vypracovanie ponuky, návrhu alebo na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak sú podmienky účasti uvedené vo viacerých dokumentoch podľa prvej vety, nesmú byť ustanovené vo vzájomnom rozpore.

70. Podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia kedykoľvek počas verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nesplnil podmienky účasti.

71. Podľa § 41 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu v súťažných podkladoch alebo v koncesnej dokumentácii vyžadovať, aby

- a) uchádzač v ponuke uviedol podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať subdodávateľom, navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok,
- b) navrhovaný subdodávateľ spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistovali u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 a 8; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu sa preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, ktorý má subdodávateľ plniť.

72. Podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak navrhovaný subdodávateľ nespĺňa podmienky účasti podľa odseku 1 písm. b), verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže písomne požiadať uchádzača o nahradenie subdodávateľa, ktorý má sídlo v treťom štáte, s ktorým nemá Slovenská republika alebo Európska únia uzavretú medzinárodnú zmluvu zaručujúcu rovnaký a účinný prístup k verejnému obstarávaniu v tomto treťom štáte pre hospodárske subjekty so sídlom v Slovenskej republike; verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ musí písomne požiadať uchádzača, ak má subdodávateľ sídlo v treťom štáte, alebo ak ide o zákazku, o ktorých to ustanoví vláda nariadením. Uchádzač doručí návrh nového subdodávateľa do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti podľa prvej vety alebo druhej vety, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.

73. Podľa § 41 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ v súťažných podkladoch alebo v koncesnej dokumentácii vyžadujú, aby úspešný uchádzač v zmluve, rámcovej dohode alebo koncesnej zmluve najneskôr v čase jej uzavretia uviedol údaje o všetkých známych subdodávateľoch, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia.
74. Podľa § 152 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zápis do zoznamu hospodárskych subjektov je účinný voči každému verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi a údaje v ňom uvedené nie je potrebné v postupoch verejného obstarávania overovať. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti osobného postavenia overia zapísanie hospodárskeho subjektu v zozname hospodárskych subjektov, ak uchádzač alebo záujemca nepredložil doklady podľa § 32 ods. 2, 4 a 5 alebo iný rovnocenný zápis alebo potvrdenie o zápise podľa odseku 3.
75. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav.
76. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnej verejnej súťaži v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých relevantných podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa a navrhovateľom namietaných skutočností v námietkach konštatuje nasledovné:

77. Úvodom právneho posúdenia úrad uvádza, že v závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 89 320 000,- EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, ktorá nie je financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný zverejnil súťažné podklady k predmetnej zákazke priamo a bez obmedzení vo svojom profile v IS JOSEPHINE¹, ktorý si v zmysle § 20 zákona o verejnom obstarávaní stanovil na komunikáciu s uchádzačmi, resp. záujemcami. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. 20. 06. 2023 do 10:00 hod.² predložili svoje ponuky šiesti uchádzači, vrátane navrhovateľa. Za kritérium na vyhodnotenie ponúk si kontrolovaný stanovil najnižšiu cenu³. Nakoľko sa predmetná verejná súťaž realizuje **tzv.**

¹ <https://josephine.proebiz.com/sk/promoter/tender/39141/summary>

² V znení Oznámenia o dodatočných informáciách, informáciách o neukončenom konaní alebo korigende zverejnenom vo VVO č. 104/2023 dňa 29. 05. 2023 pod značkou 18917 - IOX

³ V znení Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania zverejnenom vo VVO č. 70/2023 dňa 05. 04. 2023 pod značkou 13367 - MSP

superrevertným postupom podľa § 66 ods. 7 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako vyplýva zo súťažných podkladov, kontrolovaným zriadená komisia vyhodnocovala splnenie podmienok účasti uchádzačov podľa § 40 tohto zákona po vyhodnotení ponúk podľa § 53 tohto zákona. Nakoľko kontrolovaný postupuje podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, po otvorení ponúk, ktoré sa uskutočnilo dňa 20. 06. 2023 o 11:00 hod. a ich následnom vyhodnotení, **vyhodnocoval splnenie určených podmienok účasti u navrhovateľa, ktorý sa umiestnil na prvom mieste v poradí, a teda u uchádzača, ktorý v návrhu na plnenie stanoveného kritéria na vyhodnotenie ponúk navrhol najnižšiu cenu. Kontrolovaný Oznámením o výsledku zo dňa 25. 07. 2023 oznámil navrhovateľovi prijatie jeho ponuky. Následne dňa 26. 07. 2023 kontrolovaný vyzval navrhovateľa na poskytnutie súčinnosti. Dňa 22. 08. 2023 kontrolovaný oznámil zrušenie výsledku vyhodnotenia ponúk. Dňa 08. 09. 2023 kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS JOSEPHINE Oznámenie o vylúčení uchádzača z verejného obstarávania. Navrhovateľ v reakcii na uvedené dňa 14. 09. 2023 doručil úradu a kontrolovanému námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu. **Predmetná verejná súťaž sa tak v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze opätovného vyhodnocovania splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní.****

78. Úrad vo všeobecnosti konštatuje, že v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, tak ako ostatne v celom procese verejného obstarávania, sú verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ povinní konať v súlade princípmi verejného obstarávania upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Jedným z hlavných princípov celého verejného obstarávania je **princíp transparentnosti**. Dodržanie princípu transparentnosti vyžaduje, aby všetky úkony a postupy verejných obstarávateľov vykonávané v procese verejného obstarávania mohli podliehať kontrole, a to tak samotnými záujemcami a uchádzačmi, ako aj nestranným orgánom disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržiavaním povinností kontrolovaného. Krajský súd v Bratislave v rozsudku č. 2S 366/10-352 zo dňa 28.09.2011 judikoval, že vyššie uvedená kontrola má právnu oporu v zakotvení zásady transparentnosti, ktorá zabezpečuje, „aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom“, pretože „transparentnosť procesu zadávania zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov“. Dodržiavanie zásady transparentnosti verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom je teda jedným zo základných predpokladov dosiahnutia účelu verejného obstarávania a jej nedodržaním dochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní.

79. Úrad vo všeobecnosti uvádza, že **vyhodnocovanie ponúk, vrátane vyhodnocovania splnenia podmienok účasti je výlučne v diskrečnej právomoci kontrolovaného (resp. ním zriadenej komisie), tzn. že úrad nemá právomoc vyhodnocovať ponuky, resp. splnenie podmienok účasti**, teda v danom prípade nemá právomoc rozhodnúť, či navrhovateľ spĺňa všetky podmienky účasti, ktoré stanovil kontrolovaný v rámci súťažných podkladov. Úrad preto v rámci právneho posúdenia podrobí postup kontrolovaného skúmaniu len v takom rozsahu, či kontrolovaný pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti postupoval v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či úkony kontrolovaného vykonané v procese vyhodnocovania podmienok účasti, ako aj úkonov, ktoré mu predchádzali boli v súlade s týmto zákonom a či kontrolovaný neopomenul vykonať úkony, ktoré mu vyplývajú z tohto zákona alebo stanovených súťažných podkladov.

80. Z **Oznámenia o vylúčení** zo dňa 08. 09. 2023 vyplýva, že kontrolovaný založil dôvod vylúčenia navrhovateľa na ust. **§ 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**.

Kontrolovaný v Oznámení o vylúčení okrem popisu skutkového stavu skonštatoval, že **navrhovateľ v ponuke predložil údaje o subdodávateľoch v zmysle § 41 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, avšak v ponuke absentujú doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti v zmysle § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň subdodávateľ nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a navrhovateľ za neho nepredložil JED**, ktorým mohol predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené kontrolovaným. Keďže navrhovateľ nepoužil JED kontrolovaný tak nemohol na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania kedykoľvek v jeho priebehu, navrhovateľa písomne požiadať o predloženie dokladov nahradených JED-om. **Keďže komisia nemala k dispozícii doklady, tak podľa kontrolovaného nemohla postupovať podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže bez dokladov nemohla vyhodnotiť, či subdodávateľ spĺňa alebo nespĺňa podmienky účasti a v prípade, že nespĺňa požiadať o jeho nahradenie.** V kontexte uvedeného kontrolovaný skonštatoval, že **nie je možné chýbajúce doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti doplniť v rámci inštitútu vysvetlenia, keďže by nešlo o doklady, ktoré slúžia na vysvetlenie (t. j. ďalšie doplnenie) dokladov už obsiahnutých v ponuke ale išlo by o predloženie „nových“ dokladov preukazujúcich skutočnosti, ktoré netvoria obsah predloženej ponuky.**

81. Navrhovateľ prostredníctvom týchto námietok namieta nezákonný postup kontrolovaného pri jeho vylúčení. **Navrhovateľ má za to, že riadne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní preukázal splnenie podmienky účasti osobného postavenia na strane svojich subdodávateľov, a to informáciou uvedenou v Odpovedi č. 2 s odkazom na platný zápis spoločnosti A v Zozname hospodárskych subjektov podľa § 152 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ je presvedčený, že povinnosťou kontrolovaného bolo posudzovať splnenie podmienok účasti, resp. požiadaviek na predmet zákazky počas celého priebehu procesu verejného obstarávania, nie len retrospektívne, a to najmä z dôvodu, že dňa 21. 08. 2023 navrhovateľovi doručil „Oznámenie o zrušení výsledku vyhodnotenia ponúk“ a k opätovnému vyhodnoteniu prostredníctvom Žiadosti č. 2 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov, aj keď na to podľa navrhovateľa neexistoval žiaden zákonný dôvod. Navrhovateľ považuje samotný zákonný dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní za zmatečný, nakoľko k zákonnému dôvodu vylúčenia nie je v Oznámení o vylúčení konkretizovaná ani jedna podmienka účasti, ktorú by samotný navrhovateľ nespĺňal.** Navrhovateľ trvá na tom, že ak by aj kontrolovaný skutočne nemohol posúdiť splnenie podmienky účasti osobného postavenia u subdodávateľa A, tak v zmysle ustanovenia § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný absolútne ignoroval nahradenie subdodávateľa navrhovateľom. Zároveň navrhovateľ dôvodí, že zákon o verejnom obstarávaní predpokladá, že uchádzač môže v rámci prebiehajúceho verejného obstarávania dopĺňať zoznam známych subdodávateľov až do podpisu zmluvy a súčasne preukázať splnenie podmienok účasti týchto subdodávateľov.

82. Kontrolovaný si v bode 28 súťažných podkladov Zväzok 1, časť A1 k využitiu subdodávateľov určil nasledovné, cit.: *„Využitie subdodávateľov
28.1 Verejný obstarávateľ v súlade s § 41 ods. 1 Zákona požaduje, aby
28.1.1 uchádzač v ponuke uviedol podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať subdodávateľom, navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok; za týmto účelom uchádzač predloží v ponuke vyplnenú Prílohu č. B2B Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok Zväzku 1 týchto SP (údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia budú doplnené úspešným*

uchádzačom v rámci poskytnutia riadnej súčinnosti v súlade s bodom 32.9 časti A1 Zväzku 1 týchto SP),

28.1.2 navrhovaný subdodávateľ spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a neexistovali u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 a 8 Zákona,

28.1.3 navrhovaný subdodávateľ preukázal oprávnenie poskytovať/vykonávať práce/službu vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorý má subdodávateľ plniť.

Uvedeným ustanovením nie je dotknutá zodpovednosť úspešného uchádzača za plnenie zmluvy.

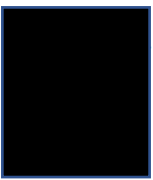
28.2 Ak navrhovaný subdodávateľ nespĺňa podmienky účasti podľa bodu 28.1.2, verejný obstarávateľ písomne požiada uchádzača o jeho nahradenie. Verejný obstarávateľ môže písomne požiadať uchádzača o nahradenie subdodávateľa, ktorý má sídlo v treťom štáte, s ktorým nemá Slovenská republika alebo Európska únia uzavretú medzinárodnú zmluvu zaručujúci rovnaký a účinný prístup k verejnému obstarávaniu v tomto treťom štáte pre hospodárske subjekty so sídlom v Slovenskej republike. Uchádzač doručí návrh nového subdodávateľa do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti podľa prvej vety alebo druhej vety, ak verejný obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu.“

83. Kontrolovaný si v bode 32 súťažných podkladov Zväzok 1, časť A1 pri uzatvorení zmluvy o dielo určil nasledovné, cit.: „(...) 32.9 Verejný obstarávateľ požaduje nasledovnú súčinnosť:

32.9.1 Úspešný uchádzač je povinný predložiť najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie riadnej súčinnosti podpísanú Zmluvu vrátane všetkých jej príloh. Pri predkladaní Zmluvy v listinnej podobe je uchádzač povinný predložiť štyri (4) rovnopisy Zmluvy.

a) Úspešný uchádzač je povinný predložiť najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie riadnej súčinnosti Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia (Príloha č. 1 k zmluve). Úspešný uchádzač je oprávnený aktualizovať Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok, ktorý uviedol v ponuke, pričom v prípade, ak dôjde k doplneniu nového subdodávateľa, ktorý nebol uvedený v ponuke, na nového subdodávateľa sa vzťahuje povinnosť spĺňať podmienky účasti podľa § 41 ods.1 písm. b) Zákona (viď. Bod 28.1.2 tejto časti týchto SP), ako aj povinnosť podľa bodu 32.12 tejto časti týchto SP.(...)“

84. Úrad uvádza, že v ponuke navrhovateľa sa nachádza dokument PRÍLOHA B2B ZOZNAM SUBDODÁVATEĽOV A PODIEL SUBDODÁVOK, z ktorého vyplýva, že navrhovateľ v ponuke navrhuje na predmet **archeologický prieskum, ktorý má tvoriť podiel 0,14 % z predmetu zákazky, využiť subdodávateľa A.**

3.			Archeologický prieskum	0,14 %
----	---	--	------------------------	--------

85. Úrad ďalej zistil, že samotnému vylúčeniu navrhovateľa predchádzala kontrolovaného **Žiadosť o vysvetlenie č. 1** zo dňa 14. 07. 2023. Z uvedenej žiadosti okrem iného vyplýva, že kontrolovaný, resp. komisia na vyhodnotenie ponúk, požiadal/a o nasledovné

vysvetlenie, cit.: „(...) ako preukazuje splnenie podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní pre Podzhotoviteľa spoločnosť A, v. v. i. z dôvodu, že na ich preukázanie nepredložil v ponuke Jednotný európsky dokument podľa § 39 ods. 6 ZVO ani samotné doklady a komisia nahliadnutím do Registra hospodárskych subjektov zistila, že v ňom nie je zapísaný;“

86. Z predloženej dokumentácie vyplýva, že navrhovateľ vo svojej **odpovedi č. 1** zo dňa 21. 07. 2023 uviedol nasledovné, cit.: „Uchádzač k Podzhotoviteľovi A uvádza, že **bol Podzhotoviteľom informovaný, že nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov**, avšak podľa § 2 ods. (1) písm. a) zákona 315/2016 partnerom verejného sektora je fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá nie je subjektom verejnej správy. V zmysle § 3 ods. 1 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov subjektami verejnej správy sú právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky. **A je zapísaná ako rozpočtová organizácia v databáze subjektov verejnej správy štatistického úradu. Z vyššie uvedených dôvodov nie je zápis do registra partnerov verejného sektora potrebný.** Uchádzač pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností predkladá Prílohu č. 2 - formulár B2B „10_Zoznam subdodavateľov príloha B2B“, v ktorom uvádza aj náhradu za Podzhotoviteľa A a to Podzhotoviteľa B“

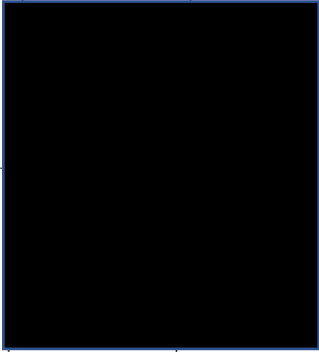
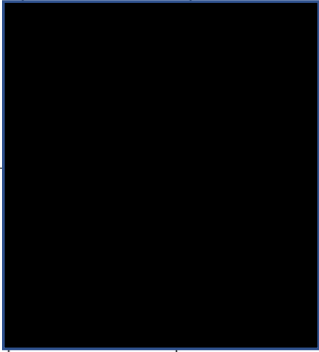
1.			
2.		Archeologický prieskum	0,14 %

87. Zo **Zápisnice z vyhodnotenia ponúk zo dňa 24. 07. 2023** úrad zistil, že komisia na vyhodnotenie ponúk skonštatovala, že z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky ponuka navrhovateľa splnila požiadavky na predmet zákazky požadované kontrolovaným v súťažných podkladoch a oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. Rovnako komisia skonštatovala, že z hľadiska splnenia podmienok účasti navrhovateľ splnil podmienky účasti požadované kontrolovaným v súťažných podkladoch a oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. V kontexte uvedeného komisia odporučila kontrolovanému uzavrieť zmluvu s navrhovateľom.
88. Z predloženej dokumentácie ďalej úrad zistil, že kontrolovaný, resp. komisia na vyhodnotenie ponúk dňa 25. 07. 2023 prostredníctvom IS JOSEPHINE doručil/a navrhovateľovi dokument označený ako „Oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk a o prijatí ponuky“. Následne kontrolovaný dňa 26. 07. 2023 vyzval navrhovateľa na poskytnutie súčinnosti⁴. Navrhovateľ dňa 16. 08. 2023 predložil doklady v zmysle § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní spolu s podpísanými zmluvami o dielo⁵.

⁴ resp. dňa 08. 08. 2023 kontrolovaný Výzvu doplnil

⁵ Uvedené vyplýva z Odovzdávacieho protokolu zo dňa 16. 08. 2023, ktorý je súčasťou predloženej dokumentácie. Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

89. Úrad ďalej zistil, že kontrolovaný kontrolou zmluvy o dielo pred jej schválením v internom schvaľovacom procese pred jej podpisom zistil, že Príloha B2B ZOZNAM SUBDODÁVATEĽOV A PODIEL SUBDODÁVOK obsahuje aj subdodávateľa A.

p.č.	Podzhotoviteľia (s výnimkou Priamych Podzhotoviteľov)	Údaje o osobe oprávnenaj konať za subdodávateľa	Predmet subdodávky	% podiel subdodávok
1.			Archeologický prieskum	0,14 %
2.				

K uvedenému si úrad dovoľuje podotknúť, že takto predložený zoznam subdodávateľov, sa javí ako keby navrhovateľ predmet subdodávky „archeologický prieskum“ s podielom 0,14 % z predmetu zákazky mal zabezpečovať prostredníctvom oboch subdodávateľov a to A a B

90. V kontexte vyššie uvedeného v bodoch 87 až 89 tohto rozhodnutia úrad konštatuje, že predmetná zákazka sa v jednom momente nachádzala už v štádiu pred podpisom zmluvy.
91. Z predloženej dokumentácie úrad zistil, že kontrolovaný kontrolou, či uvedení subdodávateľia spĺňajú podmienky účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní tak ako si určil v bode 28.1.2 časti A.1 Pokyny pre uchádzačov v súťažných podkladoch **zistil, že subdodávateľ A je zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov, čo bolo v nesúlade s tvrdením navrhovateľa v odpovedi č. 1** (pozri bod 86 tohto rozhodnutia). V dokumentácii kontrolovaného sa nachádzajú vytlačené hárky jednotlivých subdodávateľov zo Zoznamu hospodárskych subjektov. Úrad však dodáva, že sa medzi nimi nenachádza spoločnosť B Z uvedeného má úrad za to, že kontrolovaný splnenie podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní u spoločnosti B nevyhodnocoval, hoci ju navrhovateľ uviedol, resp. doplnil do zoznamu subdodávateľov v rámci odpovede č. 1 a zároveň aj v rámci uplatnenia inštitútu súčinnosti, na ktorú bol vyzvaný zo strany kontrolovaného dňa 26. 07. 2023.
92. V kontexte vyššie uvedeného kontrolovaný dňa 22. 08. 2023 zrušil Oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk a **žiadosťou o vysvetlenie č. 2** požiadal navrhovateľa o vysvetlenie podľa § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorej kontrolovaný, resp. komisia na vyhodnotenie ponúk, poukázal/a na žiadosť o vysvetlenie č. 1 (pozri bod 85 tohto rozhodnutia) a následnú odpoveď č. 1 navrhovateľa (pozri bod 86 tohto rozhodnutia) a následne cit.: „*Za účelom jednoznačného vyhodnotenia požiadaviek na predmet zákazky, Vás komisia opakovane žiada o vysvetlenie kde v ponuke sa nachádzajú dokumenty na preukázanie splnenia podmienok účasti osobného postavenia pre Podzhotoviteľa A, v. v. i., keďže ste ich v ponuke nepredložil, a tieto neboli ani predbežne nahradené predložením Jednotného európskeho dokumentu*“.

93. Z predloženej dokumentácie vyplýva, že navrhovateľ odpovedal kontrolovanému dňa 25. 08. 2023. Z **odpovede č. 2** navrhovateľa vyplýva, že navrhovateľ v nej okrem iného poukázal na skutočnosť, že v jeho ponuke absentujúce doklady týkajúce sa preukázania splnenia podmienok účasti podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní subdodávateľa A komisia identifikovala už v žiadosti o vysvetlenie č. 1. V kontexte toho navrhovateľ uvádza, že **ak mal kontrolovaný už v čase žiadosti o vysvetlenie č. 1 za jednoznačne preukázané, že doklady podľa § 32 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní alebo JED podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v ponuke navrhovateľa absentujú bol podľa navrhovateľa povinný ďalej postupovať podľa § 41 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, resp. v zmysle bodu 28.2 časti Zväzok 1, časť V. súťažných podkladov.** Následne navrhovateľ poukazuje, že pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností v odpovedi č. 1 predložil aktualizovanú Prílohu B2B ZOZNAM SUBDODÁVATEĽOV A PODIEL SUBDODÁVOK, kde pre predmet subdodávky „Archeologický výskum“ bola uvedená okrem spoločnosti A aj spoločnosť B (pozri bod 86 tohto rozhodnutia). Ako uvádza navrhovateľ, cit.: „v záujme zrýchliť proces vyhodnocovania ponúk uchádzač z vlastnej iniciatívy takýmto spôsobom reflektoval na povinnosť verejného obstarávateľa vyplývajúcu z vyššie citovaného ustanovenia § 41 ods. 2 ZVO“. V odpovedi č. 2 navrhovateľ zároveň poukazuje na skutočnosť, že **obe spoločnosti A aj B majú t.č. platný zápis v Registri hospodárskych subjektov**, pričom v prípade A je platnosť zápisu od 21. 07. 2023 do 21. 07. 2026. Záverom navrhovateľ vo svojej odpovedi uviedol, cit.: „V zmysle bodu 32.9 písm. a) časti Zväzok 1, časť VII. Súťažných podkladov Uchádzač dňa 16. 08. 2023 doručil verejnému obstarávateľovi aktualizovanú prílohu B2B, kde každý z vyššie uvedených navrhovaných subdodávateľov mal a t.č. stále má platný zápis v Registri hospodárskych subjektov. S ohľadom na povinnosť verejného obstarávateľa zabezpečiť podľa § 56 ods. 1 ZVO, aby uzavretá zmluva nebola v rozpore so súťažnými podkladmi a s ponukou predloženou úspešným uchádzačom, je Uchádzač názoru, že kontrolu súladu údajov uvedených v Prílohe B2B mal vykonať aj verejný obstarávateľ, pričom záverom tohto preskúmania mohli byť len informácie uvedené v tejto odpovedi na Žiadosť“.
94. V danom prípade si úrad dovoľí poukázať aj na **princíp proporcionality**, ktorý zahŕňa dva definíčné elementy, a to vhodnosť a potrebnosť. Vo svojej podstate tak vyžaduje, aby akékoľvek opatrenie verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa bolo vhodné na dosiahnutie sledovaných cieľov a zároveň, aby neprekračovalo mieru toho, čo je na dosiahnutie príslušného cieľa potrebné. Úrad si dovoľuje tiež poukázať na Smernicu Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“), kde sa v bode 101 okrem iného uvádza nasledovné cit.: „(...)Pri uplatnení nepovinných dôvodov vylúčenia by mali verejní obstarávatelia venovať osobitnú pozornosť zásade proporcionality. Menšie nedostatky by mali len za výnimočných okolností viesť k vylúčeniu hospodárskeho subjektu.(...)“. Z uvedeného možno konštatovať, že aj Smernica kladie dôraz na princíp proporcionality a v prípade menej závažných nedostatkov v ponuke uchádzačov odporúča zvážiť vylúčenie uchádzačov.
95. Úrad v prvom rade poukazuje, že z obsahu súťažných podkladov vyplýva, že uchádzači mali predkladať v ponuke „navrhovaných subdodávateľov“. Ďalej z obsahu súťažných podkladov, konkrétne z bodu 28.1.2 (pozri bod 82 tohto rozhodnutia) vyplýva, že navrhovaný subdodávateľ má spĺňať podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a podmienku neexistencie dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 a 8 zákona o verejnom obstarávaní, avšak z predmetného bodu súťažných podkladov

nevyplýva, že uvedené majú uchádzači preukazovať už v ponuke. Úrad si v tejto súvislosti dovoľuje poukázať aj na komentár k zákonu o verejnom obstarávaní, ktorý k predmetnej problematike uvádza, cit.: „Povinnosť uchádzača uviesť požadované údaje sa môže viazať iba na subdodávateľov, ktorí sú uchádzačovi známi v čase predkladania ponuky. Nie je vylúčené, aby úspešný uchádzač v čase uzatvorenia zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody identifikoval aj iných subdodávateľov, ako uviedol v ponuke. (...) V prípade subdodávateľov však na rozdiel od osôb poskytujúcich zdroje alebo kapacity zákonodarca nevyžaduje, aby splnenie predmetných podmienok a požiadaviek subdodávateľ preukázal. Z dikcie odseku 1 vyplýva iba požiadavka, „aby spĺňal“ stanovené podmienky (...). Požiadavka na „preukázanie“ splnenia požiadaviek sa v zmysle komentovaného ustanovenia explicitne viaže iba na oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu, ktoré sa má preukazovať vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, ktorú má subdodávateľ plniť“.⁶

96. V nadväznosti na uvedené úrad ďalej upriamuje pozornosť na bod 32.9.1 súťažných podkladov (pozri bod 83 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorého je **úspešný uchádzač povinný predložiť najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie riadnej súčinnosti Zoznam subdodávateľov** a podiel subdodávok v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia, pričom z neho jednoznačne vyplýva, že **úspešný uchádzač je oprávnený aktualizovať Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok, ktorý uviedol v ponuke**. Zároveň z predmetného bodu súťažných podkladov vyplýva, že **ak dôjde k doplneniu nového subdodávateľa, ktorý nebol uvedený v ponuke, na nového subdodávateľa sa vzťahuje povinnosť spĺňať podmienky účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní**, ako aj povinnosť podľa bodu 32.12 časti súťažných podkladov. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na ust. § 41 ods. 1 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a uvádza, že ide o rozdielne ustanovenia, ktoré spôsobujú rozdielne právne účinky. V predmetnom posudzovanom prípade si kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovil jednak povinnosť už v rámci ponuky uviesť zoznam známych resp. navrhovaných subdodávateľov s požiadavkou, aby spĺňali podmienky účasti osobného postavenia, neexistovali u nich špecifikované dôvody vylúčenia a preukázali v ponuke oprávnenie poskytovať (vykonávať) práce/službu vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má subdodávateľ plniť, a na druhej strane kontrolovaný súčasne v súťažných podkladoch stanovil povinnosť najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie súčinnosti predložiť zoznam subdodávateľov, ktorý je uchádzač dokonca oprávnený aktualizovať, t.j. doplniť o nového subdodávateľa, ktorý nebol v ponuke uvedený, za predpokladu, že bude spĺňať podmienky účasti podľa § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že si uvedomuje, že kontrolovaný v súťažných podkladoch žiadal, aby navrhovaní subdodávateľia spĺňali podmienky účasti, avšak vzhľadom na skutočnosť, že zároveň v súťažných podkladoch pripustil, že je úspešný uchádzač povinný v rámci súčinnosti predložiť aktualizovaný zoznam subdodávateľov, t.j. aj taký, v ktorom nahradí pôvodných subdodávateľov uvedených v ponuke novými, nemožno akceptovať postup kontrolovaného v predmetnom posudzovanom prípade ako súladný s princípom transparentnosti a proporcionality. Súťažné podklady v predmetnej zákazke, ako aj zákon o verejnom obstarávaní neustanovujú povinnosť uchádzačov preukazovať už v rámci ponuky splnenie podmienok účasti, súčasne ak platí, že zoznam subdodávateľov je možné aktualizovať, bolo by nelogické a v rozpore s princípom proporcionality vylúčiť úspešného uchádzača, ktorý v rámci lehoty na poskytnutie súčinnosti doručil kontrolovanému doplnený zoznam

⁶ Azud, J., Plaváková, L., Bartoš, P. Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s 756-757.

subdodávateľov, ktorý súťažné podklady umožňujú, ak by subdodávateľ, ktorý bol uvedený v zozname subdodávateľov v rámci súčinnosti splňal podmienky účasti a neexistovali by u neho dôvody na vylúčenie v zmysle § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Ak totiž samotný kontrolovaný pripustil, že je možné v rámci lehoty na poskytnutie súčinnosti pred uzavretím zmluvy, aby úspešný uchádzač aktualizoval zoznam subdodávateľov, a zároveň ho doplniť o nového subdodávateľa, bolo by v rozpore s účelom využívania subdodávateľov, vylúčiť navrhovateľa pre nesplnenie podmienok účasti, nakoľko z obsahu súťažných podkladov vyplýva, že ak úspešný uchádzač doplní subdodávateľa o takého, ktorého v ponuke neuvádzal, mal by ho akceptovať resp. v rámci súčinnosti pristúpiť k preskúmaniu, či doplnený subdodávateľ resp. subdodávateľa uvedení v rámci poskytnutia súčinnosti pred uzavretím zmluvy splňajú podmienky stanovené kontrolovaným v súťažných podkladoch, nevynímajúc preskúmať, či nový subdodávateľ splňa podmienky uvedené v § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

97. So zreteľom na uvedené dáva úrad do pozornosti účel využitia inštitútu subdodávateľov, ktorým dochádza k plneniu zákazky prostredníctvom iných kapacít, ako sú vlastné kapacity uchádzača alebo záujemcu. Účelom ustanovení týkajúcich sa subdodávateľov je, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vedel sledovať a kontrolovať plnenie zmluvy, to znamená, či je reálne plnená úspešným uchádzačom prostredníctvom tých subdodávateľov, ktorých navrhoval bez toho, aby bola dotknutá možnosť zmeny subdodávateľa.
98. Vzhľadom na vyššie uvedené, t. j. vzhľadom na skutočnosť, že úspešný uchádzač (v danom prípade navrhovateľ) je v zmysle bodu 32.9.1 písm. a) súťažných podkladov (pozri bod 83 tohto rozhodnutia) povinný predložiť najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie riadnej súčinnosti Zoznam subdodávateľov a podiel subdodávok v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia a ktorý je zároveň oprávnený aktualizovať zoznam subdodávateľov oproti tomu, ktorý uviedol v ponuke je zrejmé, že subdodávateľ A má t. č. platný zápis v Zozname hospodárskych subjektov (platnosť zápisu od 21. 07. 2023 do 21. 07. 2026), t. z., že **pri poskytnutí súčinnosti, t.j. dňa 16. 08. 2023 mal subdodávateľ A platný zápis v Zozname hospodárskych subjektov.**
99. Ak by aj kontrolovaný vyhodnotil, že uvedený subdodávateľ nespĺňal podmienky účasti požadované v rámci súťažných podkladov od subdodávateľa, je potrebné zdôrazniť, že v lehote na poskytnutie súčinnosti predložil navrhovateľ kontrolovanému v aktualizovanom zozname subdodávateľov aj spoločnosť B ako nového subdodávateľa (resp. uvedenú spoločnosť uviedol už v odpovedi č. 1 ako náhradu). Za týchto okolností má úrad za to, že kontrolovaný bol povinný v čase doručenia dokladov v rámci výzvy na poskytnutie súčinnosti preskúmať obsah navrhovateľom doložených dokladov vrátane aktualizovaného zoznamu subdodávateľov a podrobiť ho preskúmaniu z hľadiska toho, či nový, aktualizovaný zoznam subdodávateľov, obsahuje takých subdodávateľov, ktorí splňajú podmienky účasti uvedené v § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (bod 28.1.2 súťažných podkladov) ako aj povinnosť podľa bodu 32.12.⁷ súťažných podkladov. Úrad v neposlednom rade opätovne poukazuje na skutočnosť, že povinnosť uchádzača uviesť požadované údaje o subdodávateľoch v ponuke sa môže viazať iba na subdodávateľov, ktorí sú uchádzačovi **známi v čase predkladania ponuky.**

⁷ Cit. zo súťažných podkladov: „Povinnosť podľa bodu 32.9.1 písm. a) tejto časti súťažných podkladov sa vzťahuje na subdodávateľa po celú dobu trvania zmluvy, ktorá je výsledkom postupu verejného obstarávania.“

S ohľadom na uvedené, nie je vylúčené (nevyplýva to ani zo zákona o verejnom obstarávaní, ani zo súťažných podkladoch k predmetnej verejnej súťaži), aby úspešný uchádzač v čase uzatvorenia zmluvy, resp. v rámci poskytnutia súčinnosti pred uzavretím zmluvy identifikoval aj iných subdodávateľov, ako uviedol v ponuke. Vzhľadom na uvedené, považuje úrad posudzovanie splnenia podmienok účasti kontrolovaného vo vzťahu k subdodávateľom v čase vyhodnocovania podmienok účasti za neprimerané resp. predčasné, nakoľko požiadavka kontrolovaného znela, aby subdodávatelia spĺňali podmienky účasti a nakoľko je uchádzač povinný zoznam subdodávateľov aktualizovať v rámci poskytnutia súčinnosti pred uzavretím zmluvy, najneskôr v lehote stanovenej vo výzve na poskytnutie riadnej súčinnosti, nie je účelné a proporcionálne skúmať splnenie podmienok účasti v čase, kedy ešte zoznam subdodávateľov nie je ustálený, resp. môže byť zmenený. Ako bolo už vyššie uvedené, kontrolovaný v súťažných podkladoch pripustil, že najneskôr v lehote stanovenej vo výzve úspešný uchádzač predloží zoznam subdodávateľov. Úrad vo väzbe na uvedené má za to, že výklad jednotlivých ustanovení o subdodávateľoch je potrebné skúmať jednotlivo, ale aj vo vzájomnej súvislosti, pričom podľa názoru úradu bod 32.1.9 súťažných podkladov nemožno posudzovať separátne bez súvzťažnosti s bodom 28 súťažných podkladov a naopak.

100. Úrad k dôvodu kontrolovaného uvedenému v oznámení o vylúčení, cit. : „vo svojej ponuke ste predložili údaje o subdodávateľoch v zmysle § 41 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, avšak v ponuke absentujú **doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti** v zmysle § 41 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, subdodávateľ nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a nepredložili ste Jednotný európsky dokument (JED)“, uvádza, že sa s uvedeným dôvodom nestotožňuje, nakoľko tak ako bolo vyššie uvedené, kontrolovaný v súťažných podkladoch, a ani samotný zákon o verejnom obstarávaní v ust. § 41 ods. 1 písm. b) neustanovuje povinnosť uchádzačov v ponuke preukazovať dokladmi splnenie podmienok účasti, ale majú ich spĺňať a kontrolovaný zároveň pripustil, aby najneskôr v rámci poskytnutia súčinnosti aktualizovali uchádzači zoznam subdodávateľov, a teda najneskôr v tomto čase sa z navrhovaných subdodávateľov, resp. uchádzačovi známi subdodávatelia stávajú subdodávatelia, s ktorými reálne plánuje úspešný uchádzač plniť predmet zákazky. Ak teda kontrolovaný pripustil, že je možné zoznam subdodávateľov aktualizovať, tak by mal splnenie podmienky stanovenej v bode 28.1.2 súťažných podkladov vo vzťahu k podmienkam účasti skúmať v tomto čase, t. j. vo fáze poskytnutia súčinnosti pred uzavretím zmluvy, pretože je logické, že zoznam subdodávateľov sa vo fáze poskytnutia súčinnosti môže zmeniť, a až v tomto čase má kontrolovaný ustálený zoznam subdodávateľov.

101. V danom prípade má úrad za to, že kontrolovaný pristúpil k najradikálnejšiemu riešeniu, t. j. k vylúčeniu navrhovateľa na základe nedostatočne zisteného skutkového a právneho stavu a neoprávnene vylúčil navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže. Úrad má za to, že kontrolovaný nepostupoval v súlade s § 40 ods. 1 v spojení s § 41 ods. 1 a 3 zákona o verejnom obstarávaní a nevyhodnocoval splnenie podmienok účasti u subdodávateľov v súlade s bodom 32.9.1 písm. a) súťažných podkladov. Úrad opätovne poukazuje na princíp proporcionality, ktorý sa aplikuje vždy s prihliadnutím na konkrétnu skutkovú podstatu, pričom jeho podstatou je, aby verejný obstarávateľ/obstarávateľ neprekračoval hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie cieľov.

102. K postupu kontrolovaného pri zverejnení informácie o prehodnotení výsledku verejného obstarávania, keď dňa 21. 08. 2023 kontrolovaný prostredníctvom médií informoval o tom,

že s navrhovateľom nepodpíše zmluvu, čo považuje navrhovateľ za neštandardné a neprípustné (pozri bod 40 tohto rozhodnutia) úrad uvádza, že takýto postup kontrolovaného možno považovať za rozporný s princípmi verejného obstarávania, nakoľko kontrolovaný predčasne konštatuje závery o nepodpísaní zmluvy s navrhovateľom, pričom mohol a mal predvídať, že po tom, čo doručil navrhovateľovi oznámenie o vylúčení, môže navrhovateľ uplatniť revízne postupy v podobe doručenia námietok, čo navrhovateľ aj využil.

103. Vzhľadom na skutočnosti uvedené v tomto právnom posúdení považuje úrad námietky navrhovateľa v celom rozsahu za **opodstatnené**.

104. Úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný v predmetnej verejnej súťaži **postupoval v rozpore s § 40 ods. 1, ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a proporcionality, keď nesprávne posúdil skutkový, ako aj právny stav, čo malo za následok vylúčenie navrhovateľa**. Pre úplnosť úrad dodáva, že z príslušnej dokumentácie kontrolovaného nevyplýva, že by bolo možné skonštatovať, že navrhovateľ nesplnil podmienky účasti. Podľa úradu kontrolovaný nemal v danom prípade dostatočne zistený skutkový stav. Uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní podľa úradu mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko navrhovateľ, ktorého kontrolovaný vylúčil v predmetnom verejnom obstarávaní v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, sa po vyhodnotení ponúk umiestnil ako prvý v poradí a kontrolovaný sa tým ukrátil o možnosť získať ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pretože s poukázaním na úradom konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetné verejné obstarávanie smerovalo k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. zo zákazky, ktorej priebeh nevykazuje znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.

105. Ako návod pre kontrolovaného ako v budúcnosti predísť uvedeným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súlade s § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný by pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti mal postupovať podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, a teda posudzovať splnenie podmienok účasti v súlade so súťažnými podkladmi. Kontrolovaný by nemal pristúpiť k vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania predčasne, bez náležitého zistenia skutkového a právneho stavu a v prípade, ak nebude mať za jednoznačne preukázané podmienky pre aplikovanie dôvodu na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, mal by kontrolovaný využiť všetky možné prostriedky vyplývajúce zo zákona o verejnom obstarávaní, a to s cieľom prijať riadne odôvodnený, skutkovo a dôkazne potvrdený záver. Úrad ďalej odporúča kontrolovanému, aby k vylúčeniu uchádzačov na základe rozhodnutia o nesplnení podmienok účasti pristúpil až na základe riadne preskúmaného skutkového stavu za použitia nesporných dôkazných prostriedkov, tak aby vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania predstavovalo prostriedok ultima ratio. Kontrolovaný by mal v neposlednom rade v budúcnosti dbať na dodržiavanie princípov verejného obstarávania, najmä princípov proporcionality a transparentnosti, a to v celom postupe zadávania zákazky.

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

Kaucia

107. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

108. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú za podanie námietok v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Podľa § 175 ods. 12 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať opravný prostriedok. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a uchádzačom a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 175 ods. 12 druhá veta zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu je preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia.

(elektronický podpis)
riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:⁸

1. **XX** – navrhovateľ,

2. **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 – kontrolovaný.

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka

⁸ Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom a účastníkom.

