

Bratislava: 06. 05. 2024
Číslo: 8791-6000/2024

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 **skupiny dodávateľov** zloženej z vedúceho člena **XX** a **YY**, v mene ktorej je oprávnený konať vedúci člen skupiny dodávateľov na základe Plnomocenstva zo dňa 31. 01. 2024 (ďalej len „navrhovateľ“)¹, smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti vylúčeniu vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky zadávanej postupom verejnej súťaže s názvom „Rekonštrukcia a nadstavba pavilónu M“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Národný onkologický ústav**, Klenová 1, 833 10 Bratislava, IČO: 00 165 336 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 04. 01. 2024 pod značkou 00004851-2024 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 4/2024 dňa 05. 01. 2024 pod značkou 217 – MSP, vydáva toto

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

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

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 27. 03. 2024 doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu² 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“) a následne dňa 28. 03. 2024 (v lehote na doručenie námietok) navrhovateľ doručil úradu doplnenie k námietke. Kontrolovanému boli doručené námietky, aj doplnenie námietky navrhovateľa v tie isté dni ako úradu, a to v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému elektronickej platformy verejného obstarávania (ďalej len „IS EPVO“), prostredníctvom ktorého sa verejné obstarávanie realizuje.
2. 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. 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

¹Spoločnosť XX bola zároveň dňa 26. 03. 2024 splnomocnená na podanie námietok v mene skupiny dodávateľov v rámci predmetnej zákazky.

² Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente) v znení neskorších predpisov.

verejnej súťaži predložil ponuku v elektronickej podobe prostredníctvom IS EPVO dňa 20. 02. 2024 o 20:27 hod. Navrhovateľ bol na základe oznámenia o vylúčení doručeného prostredníctvom IS EPVO dňa 18. 03. 2024 vylúčený z predmetnej verejnej súťaže. Na základe uvedeného má úrad za preukázané, 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) zákona o verejnom obstarávaní. Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr na druhý pracovný deň nasledujúci po doručení námietok v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Za každú skutočnosť, proti ktorej námietky podľa § 170 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní smerujú, sa skladá samostatná kaucia.
4. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 EUR a najviac
 - a) 10 000 EUR, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 EUR, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).**
5. Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že je povinnosťou navrhovateľa, ktorý nie je orgánom štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu, a to v lehote a vo výške podľa § 172 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že v danom prípade 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky 4 794 767,52 EUR bez DPH činí sumu 4 794,76 EUR.
6. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 26. 03. 2024 kauciu vo výške 4 795 EUR, teda o 24 eurocentov vyššiu, ako mal navrhovateľ zložiť, a teda pri zložení kaucie na účet úradu postupoval v súlade s § 172 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
7. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v úvode svojich námietok uvádza, že dňa 18. 03. 2024 mu bolo doručené oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania s názvom: „*Rekonštrukcia a nadstavba pavilónu M – oznámenie o vylúčení zo dňa 18. 03. 2024*“ (ďalej len „Oznámenie o vylúčení“).
9. V zmysle predmetného Oznámenia o vylúčení bol navrhovateľ z vyššie uvedenej zákazky vylúčený z dôvodu, že cit.: „*v prípade využitia kapacít inej osoby – spoločnosti ZZ ide len o formálne preukázanie splnenia podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia v zmysle § 33 ods. 1 písm. d) zákona a o formálne preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona a spoločnosť ZZ sa fakticky nebude podieľať na realizácii plnenia zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto zadávania zákazky, Vaša spoločnosť ako uchádzač v predmetnej zákazke verejnému obstarávateľovi nepreukázala splnenie podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona a podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona a z uvedeného dôvodu ste vylúčení v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) zákona*“. Ako navrhovateľ ďalej uvádza, z Oznámenia o vylúčení vyplýva, že navrhovateľ bol

kontrolovaným opakovane žiadaný o vysvetlenie ponuky, pretože zo Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy o spolupráci zo dňa 31. 01. 2024 (ďalej len „Zmluva o budúcej zmluve“) „nevyplyvalo, akým spôsobom bude spoločnosť ZZ spolupracovať s Vašou spoločnosťou pri plnení zmluvy o dielo, ktorá bude výsledkom zadávania tejto zákazky („Zmluva o dielo“), v prípade úspešnosti Vašej ponuky, v Žiadosti o vysvetlenie č. 1 sme Vás požiadali o jednoznačné uvedenie, akým spôsobom sa bude spoločnosť ZZ zapájať / podieľať na plnení Zmluvy o dielo.“ (vo vzťahu k žiadosti o vysvetlenie č. 1). Vo vzťahu k žiadosti o vysvetlenie č. 2 sme boli opätovne požiadaní o „uvedenie/ o jednoznačný popis činností, ktoré bude pre Vás zabezpečovať hospodársky subjekt v postavení inej osoby v tejto zákazke – spoločnosť ZZ pri plnení predmetu zákazky.“ Zároveň podľa slov navrhovateľa kontrolovaný ďalej v Oznámení o vylúčení uvádza: „každá iná osoba je automaticky aj subdodávateľom – existujú ojedinelé prípady, kedy sa hospodársky subjekt, ktorý bol vo verejnom obstarávaní v postavení inej osoby, nestane „subdodávateľom“ úspešného uchádzača, ale len vtedy, ak sa pri samotnom plnení predmetu zákazky podieľa bezodplatne. Každopádne každá takáto iná osoba sa musí na plnení predmetu zákazky riadne podieľať (či už odplatne alebo bezodplatne), t.j. musí vykonávať isté činnosti pre úspešného uchádzača, ktorý realizuje predmet zákazky.“ „Verejný obstarávateľ nespochybňuje, že ste správne postupovali pri príprave ponuky v súvislosti s preukázaním splnenia podmienok účasti prostredníctvom kapacít inej osoby, ... avšak verejný obstarávateľ má právo si spôsob podieľania sa/zapojenia inej osoby pri samotnej realizácii predmetu zákazky overovať v procese vyhodnotenia zákazky.“³

10. Následne navrhovateľ vo svojej námietke upozorňuje na znenie čl. 63 ods. 1 Smernice Európskeho parlamentu a rady č. 2024/14/EÚ o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“), cit.: „Hospodársky subjekt sa môže vzhľadom na kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia stanovené podľa článku 58 ods. 3 a kritériá týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti stanovené podľa článku 58 ods. 4, keď to prichádza do úvahy a pokiaľ ide o konkrétnu zákazku, spoliehať na kapacity iných subjektov nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s nimi má. Pokiaľ však ide o kritériá súvisiace so vzdelaním a odbornou kvalifikáciou, ako sa stanovuje v prílohe XII časti II písm. f), alebo relevantnými odbornými skúsenosťami, hospodárske subjekty sa môžu spoliehať na kapacity iných subjektov len v prípade, keď tieto iné subjekty budú vykonávať práce alebo poskytovať služby, pre ktoré sa tieto kapacity vyžadujú. Ak sa chce hospodársky subjekt spoliehať na kapacity iných subjektov, verejnému obstarávateľovi preukáže, že bude mať k dispozícii potrebné zdroje, napríklad predložením záväzku týchto subjektov v uvedenom zmysle.

Verejný obstarávateľ v súlade s článkami 59, 60 a 61 overí, či subjekty, na ktorých kapacitu sa má hospodársky subjekt v úmysle spoliehať, spĺňajú príslušné podmienky účasti a či existujú dôvody na vylúčenie podľa článku 57. Verejný obstarávateľ požaduje, aby hospodársky subjekt nahradil subjekt, ktorý nespĺňa relevantnú podmienku účasti, alebo v súvislosti s ktorým existujú dôvody na povinné vylúčenie. Verejný obstarávateľ môže požadovať, alebo členský štát môže od verejného obstarávateľa požadovať, aby hospodársky subjekt nahradil subjekt, v súvislosti s ktorým existujú dôvody na nepovinné vylúčenie.

Ak sa hospodársky subjekt spolieha na kapacity iných subjektov, pokiaľ ide o kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia, verejný obstarávateľ môže požadovať, aby hospodársky subjekt a dané subjekty spoločne zodpovedali za plnenie zákazky.

³ Navrhovateľ vzhľadom na namietané skutočnosti poukazuje na ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní: § 10 ods. 2, § 33 ods. 1 písm. d), § 33 ods. 2, 3 § 34 ods. 1 písm. b), ods.3, § 38 ods. 1, 5, § 40 ods. 1, 4, 5, 6 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú v celom znení uvádzané v časti rozhodnutia – Právny rámec.

Skupiny hospodárskych subjektov podľa článku 19 ods. 2 sa môžu spoliehať na využitie kapacít účastníkov skupiny alebo iných subjektov za rovnakých podmienok.“

11. Navrhovateľ v námietkach zároveň cituje čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, cit.: „*Štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.*“
12. Navrhovateľ následne poukázal na prílohu č. 6 súťažných podkladov „Podmienky účasti“, kde kontrolovaný určil, že podmienky účasti podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní sa budú posudzovať, cit.: „*Všeobecné informácie k preukázaniu splnenia podmienok účasti podľa § 33 zákona:*
V prípade, že uchádzač využije na preukázanie finančného a ekonomického postavenia finančné zdroje inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah v čase podania ponuky, je uchádzač povinný verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Túto skutočnosť preukáže uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou, obsahujúcou záväzok osoby, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia musí preukázať splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) zákona a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona. Verejný obstarávateľ u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, môže hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona.“
13. Námietky sú argumentačne rozčlenené do dvoch celkov, a to vo vzťahu k vylúčeniu z dôvodu nepreukázania splnenia podmienok účasti súvisiacich s finančným a ekonomickým postavením podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a z dôvodu nepreukázania splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. K preukázaniu splnenia podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ podľa vlastných slov postupoval v súlade s pravidlami stanovenými kontrolovaným, keď mu v rámci ponuky predložil Zmluvu o budúcej zmluve, z ktorej je podľa navrhovateľa zrejmé, že bude využívať kapacity osoby, ktorej zdroje využíva na preukázanie splnenia požiadaviek týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia⁴. Podľa navrhovateľa zo Zmluvy o budúcej zmluve jasne vyplýva, že spoločnosť ZZ poskytne navrhovateľovi plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi kontrolovaným a navrhovateľom. Zároveň navrhovateľ predložil všetky podklady, ktoré kontrolovaný v rámci preukázania podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní požadoval, t. j. čestné vyhlásenie a informáciu o tom, že požadované účtovné závierky boli zverejnené v Registri účtovných závierok.
14. Navrhovateľ má za to, že splnil všetky požiadavky kontrolovaného súvisiace s preukázaním finančného a ekonomického postavenia a podľa názoru navrhovateľa je záver kontrolovaného, ktorý vyplýva z jeho vylúčenia neudržateľný, nesprávny a v rozpore s pravidlami posudzovania podmienok účasti, ktoré si kontrolovaný stanovil v súťažných podkladoch.

⁴ Ďalej v rozhodnutí úrad označuje osobu, prostredníctvom ktorej záujemca/uchádzač, v tomto prípade navrhovateľ, preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti ako „inú osobu“.

15. Navrhovateľ v rámci námietok vyjadruje názor, že zákon o verejnom obstarávaní v § 33, rovnako ani Smernica v čl. 63 ods. 1 nestanovujú povinnosť inej osoby, prostredníctvom ktorej uchádzač preukazuje finančné a ekonomické postavenie, aby v pozícii subdodávateľa plnila akúkoľvek časť zákazky. V tejto súvislosti má podľa vyjadrenia navrhovateľa verejný obstarávateľ možnosť v spojitosti s touto inou osobou požadovať, aby zodpovedala za plnenie zmluvy spoločne s uchádzačom, ktorý ju využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti súvisiacich s ekonomickým a finančným postavením.
16. Navrhovateľ však považuje dôvod vylúčenia navrhovateľa a to ten, že iná osoba v zmysle § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nebude vystupovať ako subdodávateľ, za dôvod bez právneho základu, ktorý je nesprávny a nezákonný.
17. Vo vzťahu k vylúčeniu navrhovateľa z dôvodu nepreukázania splnenia podmienok účasti súvisiacich s technickou spôsobilosťou alebo odbornou spôsobilosťou podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ vo svojich námietkach poukazuje na prílohu č. 6 súťažných podkladov „Podmienky účasti“, v ktorej kontrolovaný určil, že overovanie predmetnej podmienky účasti bude posudzovať nasledovným spôsobom, cit.: *„Všeobecné informácie k preukázaniu splnenia podmienok účasti podľa § 34 zákona: Uchádzač môže na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť technické alebo odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takom prípade musí uchádzač verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť preukáže uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými alebo odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté. Verejný obstarávateľ u osoby, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, môže hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona.“*
18. Navrhovateľ si vyššie uvedené ustanovenie súťažných podkladov vykladá tým spôsobom, že ak sa uchádzači rozhodnú preukazovať splnenie podmienok účasti súvisiacich s technickou spôsobilosťou alebo odbornou spôsobilosťou prostredníctvom inej osoby, kontrolovaný bude vyžadovať, aby následne uchádzači preukázali, že pri plnení budú skutočne využívať kapacity osoby, prostredníctvom ktorej preukazovali splnenie vyššie uvedených podmienok účasti a to prostredníctvom písomnej zmluvy, z ktorej by mal vyplývať záväzok inej osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu.
19. Navrhovateľ vo svojich námietkach poukazuje na to, že z uvedených inštrukcií kontrolovaného nevyplýva, že by požadoval v rámci zmlúv uzatvorených medzi uchádzačom a inou osobou, prostredníctvom ktorej uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti, predložiť dôkazy akým spôsobom budú iné osoby spolupracovať s uchádzačmi pri plnení zmluvy o dielo ako výsledku zadávania predmetnej zákazky. Zároveň podľa názoru navrhovateľa zo stanovených inštrukcií kontrolovaného nevyplýva potreba v zmluve medzi uchádzačom a inou osobou

uvádzať a popisovať činnosti, ktoré bude iná osoba pre uchádzača počas realizácie zákazky zabezpečovať.

20. Z predložených námietok vyplýva, že navrhovateľ má za to, že predložením Zmluvy o budúcej zmluve, ako aj ďalších dokladov, ktoré kontrolovaný v rámci preukázania splnenia podmienok účasti požadoval (zoznam stavebných prác, príslušná referencia), splnil navrhovateľ všetky požiadavky stanovené kontrolovaným v súťažných podkladoch na preukázanie splnenia požadovaných podmienok účasti. Zároveň navrhovateľ poukazuje na to, že v odpovedi na žiadosť o vysvetlenie doručenej kontrolovanému dňa 14. 03. 2024 navrhovateľ výslovne potvrdil, že spoločnosť ZZ preukazujúca za navrhovateľa časť požiadaviek súvisiacich s preukázaním splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, poskytne navrhovateľovi svoje zdroje a kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu, ak by sa navrhovateľ stal úspešným uchádzačom a s kontrolovaným by podpísal zmluvu, čo podľa navrhovateľa plne zodpovedalo požiadavkám zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené považuje navrhovateľ za dôkaz toho, že nešlo iba o formálne preukázanie splnenia tejto podmienky účasti, ako mu kontrolovaný vytýkal v Oznámení o vylúčení.
21. Kontrolovaný mal podľa názoru navrhovateľa všetky „ďalšie“, resp. akékoľvek iné, dodatočné požiadavky uviesť v súťažných podkladoch. Rovnako tak mohol kontrolovaný podľa navrhovateľa urobiť prostredníctvom opravy, resp. korigenda a upraviť/upresniť podmienky účasti tak, aby boli rovnako aplikovateľné na všetkých uchádzačov.
22. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný sa dopustil porušenia základných zásad verejného obstarávania, keď svoje požiadavky na preukázanie splnenia podmienok účasti neuviedol priamo v súťažných podkladoch, ale doplnil ich až v rámci požiadaviek v žiadostiach o vysvetlenie. Navrhovateľ namieta, že kontrolovaný nikde v súťažných podkladoch neuviedol presné požiadavky vzťahujúce sa k preukázaniu podieľania sa/zapojenia sa inej osoby pri realizácii predmetu zákazky a rovnako tak neuviedol, prečo by mali byť tieto skutočnosti kontrolovaným posudzované a od uchádzačov vyžadované. Podľa názoru navrhovateľa sa kontrolovaný dopustil „dotvárania“ súťažných podkladov neprípustným spôsobom a jeho požiadavky neboli aplikované na všetkých záujemcov a uchádzačov rovnako. Navrhovateľ považuje za neakceptovateľné, aby uchádzači v štádiu prípravy ponuky mali „predvídať“ skutočnosti, ktoré od nich bude verejný obstarávateľ požadovať a ich nesplnenie postihovať vylúčením z verejného obstarávania, pričom tieto požiadavky pred tým verejný obstarávateľ jednoznačne neuviedol v súťažných podkladoch.
23. Rovnako sa navrhovateľ nestotožňuje s názorom kontrolovaného, že iná osoba je vždy aj subdodávateľom, pretože to podľa navrhovateľa nevyplýva zo zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ nesúhlasí s tým, že by uvedenie inej osoby, spoločnosti ZZ, v zozname subdodávateľov malo za následok preukázanie splnenia podmienok účasti v zmysle § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako to podľa navrhovateľa „nanovo“ špecifikoval kontrolovaný. Navrhovateľ sa v rámci námietok nestotožňuje s názorom kontrolovaného, že ak by bola iná osoba uvedená ako subdodávateľ, napr. vo vzťahu k elektroinštaláciám, bolo by z uvedeného zrejmé, že by nešlo už len o „formálne splnenie“ podmienok účasti. Podľa navrhovateľa, mali byť činnosti, ktoré iná osoba mala realizovať stanovené kontrolovaným a mali byť uchádzačom vopred známe. Podľa navrhovateľa mal kontrolovaný riadne stanoviť, kto je v predmetnej zákazke v postavení subdodávateľa a kto je inou osobou a zároveň určiť pravidlá na preukázanie splnenia podmienok účasti inou osobou.

Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že v predmetnej zákazke neboli subdodávateľia nijako limitovaní a kontrolovaný neurčil činnosti, ktoré musí uchádzač vykonať vlastnými kapacitami, teda ktoré nemôžu byť vykonané subdodávateľmi. Rovnako navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že zoznam subdodávateľov nie je v zmysle zákona o verejnom obstarávaní nemenný a môže sa počas realizácie zákazky meniť.

24. Navrhovateľ zdôrazňuje, že ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní na účely preukázania využitia kapacity inej osoby vyžaduje iba predloženie uzavretej zmluvy uchádzača s touto osobou, pričom podľa navrhovateľa, zákon o verejnom obstarávaní na preukázanie predmetnej skutočnosti žiadny iný doklad nepožaduje. Zároveň zákon o verejnom obstarávaní neuvádza požiadavku, aby táto iná osoba bola zároveň subdodávateľom. Vyššie uvedenú požiadavku navrhovateľ podľa vlastných slov preukázal, čo podľa neho nespochybňuje ani kontrolovaný.
25. Výnimkou, kedy je potrebné a prípustné využitie kapacity inej osoby s reálnym plnením predmetu zákazky, je podľa navrhovateľa iba to, ak táto iná osoba bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú a teda v prípade, ak verejný obstarávateľ stanoví podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pričom však takáto požiadavka musí byť uvedená už v súťažných podkladoch a podľa navrhovateľa v tomto prípade nebola predmetná požiadavka v súťažných podkladoch uvedená.
26. Následne navrhovateľ poukazuje na to, že predmetom zákazky sú stavebné práce, pri ktorých nie je potrebné preukázať žiadne špeciálne odborné skúsenosti. Zároveň poukazuje na požiadavky, ktoré si v súvislosti s technickou spôsobilosťou alebo odbornou spôsobilosťou kontrolovaný stanovil v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých kontrolovaný požadoval predložiť, cit. *„zoznam stavebných prác na pozemných stavbách v súhrnnej hodnote minimálne 4 500 000,00 EUR bez DPH, pričom z predloženého zoznamu musí byť min. 1 stavebná práca/zákazka/referencia na realizáciu rekonštrukčných stavebných prác na pozemných stavbách počas plnej prevádzky objektu v minimálnej investičnej hodnote 2 000 000,00 EUR bez DPH.“* Podľa navrhovateľa kontrolovaný v súťažných podkladoch nijako neodôvodňuje prečo by práve pre tieto referencie mali platiť dodatočné pravidlá, ako tie, ktoré už boli uvedené v súťažných podkladoch a neodôvodňuje ani to, prečo by v prípade využitia iných osôb bolo potrebné preukázať, že budú „spolupracovať pri plnení zmluvy o dielo“. Uvedené požiadavky sú podľa názoru navrhovateľa stanovené nad rámec zákona o verejnom obstarávaní a opätovne poukazuje na to, že nebol povinný v rámci preukazovania splnenia podmienok účasti dokázať, že ním určená iná osoba sa bude subdodávateľsky podieľať na realizácii predmetu zákazky. Opačný názor kontrolovaného je podľa navrhovateľa nesprávny.
27. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti sa navrhovateľ domnieva, že splnil všetky požiadavky kontrolovaného stanovené k podmienkam účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a v prípade, ak mal kontrolovaný iné požiadavky na obsah dokladov, ktoré mali byť uchádzačmi predložené, bol povinný ich uviesť v súťažných podkladoch jednoznačným a určitým spôsobom. Podľa navrhovateľa je neprípustné, aby boli nové požiadavky, resp. spresnenie stanovených požiadaviek, vyžadované až v zmysle inštitútu vysvetľovania už predložených ponúk.

28. V ďalšej časti námietok sa navrhovateľ venuje analýze rozhodovacej praxe Rady úradu s poukazom na jej rozhodnutie č. 2065-9000/2021 a rozsudok Súdneho dvora EÚ C-324-14, o ktoré sa kontrolovaný opiera v závere Oznámenia o vylúčení. Navrhovateľ predmetné rozhodnutie Rady úradu spochybňuje a poukazuje na nesprávnosť záverov, ktoré podľa navrhovateľa z predmetného rozhodnutia vyplývajú. Rovnako tiež spochybňuje metodické usmernenie úradu č. 13744-5000/2022, ktoré je podľa názoru navrhovateľa tiež zjavne nesprávne.
29. Zároveň navrhovateľ poukazuje na bod 74 Rozsudku súdneho dvora EÚ C-403/21, z ktorého vyplýva záver, cit.: *„Subdodávka predstavuje len jeden zo spôsobov, prostredníctvom ktorých môže hospodársky subjekt využiť kapacity iných subjektov, a preto by mu ju verejný obstarávateľ nemal ukladať ako povinnosť.“*
30. Navrhovateľ sa domnieva, že v hypotetickom prípade, kedy by kontrolovaný mohol požadovať preukázanie priameho plnenia inou osobou v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá poskytla kapacity na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, by tak mohol urobiť kontrolovaný len vtedy, ak by, cit.: „
- a) *túto okolnosť uviedol či už vo vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch a zároveň*
 - b) *odôvodnil a preukázal, že realizácia požadovaných stavebných prác si skutočne vyžaduje preukázanie relevantných odborných skúseností v zmysle § 34 ods. 3 ZVO.“*
31. Navrhovateľ je toho názoru, že len za splnenia týchto dvoch podmienok uvedených v bode 30 rozhodnutia by postup kontrolovaného bol v súlade s princípmi transparentnosti a rovnakého zaobchádzania.⁵
32. V závere námietok navrhovateľ upozorňuje na skutočnosť, že cenová ponuka navrhovateľa je výhodnejšia ako cenová ponuka ďalšieho uchádzača v poradí a teda navrhovateľ vyslovuje presvedčenie, že vylúčením navrhovateľa sa kontrolovaný dopustil porušenia základných princípov verejného obstarávania, pretože nepoužil vylúčenie ako tzv. prostriedok *ultima ratio*. Podľa navrhovateľa by vylúčeniu malo predchádzať riadne preverenie skutočného stavu veci a verejný obstarávateľ by mal postupovať tak, aby v žiadnom prípade nedochádzalo k neopodstatnenému vylúčeniu uchádzačov z procesu verejného obstarávania.
33. V petite námietok navrhovateľ navrhuje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť Oznámenie o vylúčení ponuky uchádzača a zaradiť navrhovateľa späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť ponuky. Alternatívne navrhovateľ navrhuje, aby úrad zrušil použitý postup zadávania zákazky podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

⁵ V nadväznosti na uvedené princípy sa navrhovateľ odvoláva na rozsudky Súdneho dvora EÚ sp. zn. C-368/10 (bod 10) a C-699/17 (body 61 a 62) citované v rozhodnutí Rady úradu č. 14220-9000/2021 zo dňa 24. 02. 2022 body 106 a 107.

34. 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 **27. 03. 2024**.
35. 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 zákona o verejnom obstarávaní 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.
36. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní dorúčením 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.
37. Dňa 02. 04. 2024 kontrolovaný poskytol úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu, tzn. že sprístupnil úradu elektronickú podobu dokumentácie evidovanú v IS EPVO postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Následne dňa 04. 04. 2024 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k námietkam navrhovateľa v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a zároveň v ten istý deň nahral do IS EPVO ďalšie dokumenty tvoriace dokumentáciu k predmetnej verejnej súťaži, vrátane dokladov z vyhodnotenia ponúk (napr. Zápisnicu z vyhodnotenia ponúk z 03. 04. 2024).
38. Úrad konštatuje, že kontrolovaným dorúčenú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v tomto revíznom konaní považuje za kompletnú odo dňa **04. 04. 2024**.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

39. Kontrolovaný na úvod svojho vyjadrenia uvádza, že v plnom rozsahu trvá na odôvodnení vylúčenia navrhovateľa a vyslovil presvedčenie, že pri vylúčení navrhovateľa postupoval striktne v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, aplikačnou praxou úradu a zároveň v súlade so znením súťažných podkladov.
40. Podľa názoru kontrolovaného si navrhovateľ nesprávne vykladá dôvody jeho vylúčenia a rovnako ide podľa kontrolovaného zo strany navrhovateľa o mylný výklad ustanovenia § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, resp. o výklad čl. 53 ods. 1 Smernice. Podľa kontrolovaného § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zakotvuje, cit.: „

- *možnosť využiť finančné zdroje a kapacity iného hospodárskeho subjektu na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančnej a ekonomickej spôsobilosti, resp. technickej alebo odbornej spôsobilosti vo verejnom obstarávaní - jedná sa o možnosť využitia kapacít tzv. inej osoby a zároveň,*
- *povinnosť (v prípade využitia finančných zdrojov a kapacít inej osoby na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 33, resp. § 34 zákona o verejnom obstarávaní) preukázať verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať zdroje a kapacity tejto inej osoby počas celého trvania zmluvného vzťahu, ktorý bude uzatvorený ako výsledok verejného obstarávania.“*

41. Podľa kontrolovaného je jednoznačné, že iná osoba, prostredníctvom ktorej uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti podľa § 33 alebo § 34 zákona o verejnom obstarávaní, sa musí nejakým spôsobom reálne podieľať na plnení predmetu zákazky, pretože v opačnom prípade by išlo len o formálne preukázanie dispozície s finančnými zdrojmi, resp. kapacitami inej osoby, k čomu by nemalo dochádzať.

42. Kontrolovaný sa po oboznámení s námietkami domnieva, že navrhovateľ nesprávne pochopil dôvod, pre ktorý bol z predmetného procesu verejného obstarávania vylúčený. Kontrolovaný ho totiž nevylúčil z dôvodu, že iná osoba, prostredníctvom ktorej preukazoval splnenie podmienok účasti (spoločnosť ZZ), nebola uvedená ako subdodávateľ. Navrhovateľ bol vylúčený z dôvodu, že nepreukázal akým spôsobom sa táto iná osoba bude reálne podieľať na realizácii plnenia predmetu vyhodnocovanej zákazky. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľom uvedená forma, cit.: „*bude splňať stanovené podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom*“ nie je reálny spôsob zapojenia sa tejto inej osoby na plnení predmetu zákazky, ale ide len o formálne preukázanie dispozície s finančnými zdrojmi a kapacitami tejto inej osoby.

43. Rovnaká argumentácia v tomto prípade platí na možnosť preukazovania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj na preukazovanie splnenia podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní prostredníctvom inej osoby v zmysle § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

44. V súvislosti s tvrdením navrhovateľa o tom, že žiadosťou o vysvetlenie ponuky kontrolovaný „dotváral“ súťažné podklady a zároveň postupoval nad rámec požiadaviek vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní, keď v rámci preukázania splnenia podmienok účasti žiadal, aby sa iná osoba podieľala na plnení zmluvy o dielo, kontrolovaný odmieta. Domnieva sa, že postupoval striktnie v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a rovnako tak v súlade so súťažnými podkladmi a podmienky účasti neboli podľa názoru kontrolovaného v priebehu vyhodnocovania nijako „dotvárané“, pričom spôsob ich aplikácie bol uplatnený rovnako voči všetkým uchádzačom, ktorých ponuky boli pri využití super reverznej verejnej súťaže podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnocované.

45. Kontrolovaný argumentuje, že v rámci vyhodnotenia ponúk je nanajvýš potrebné a primerané využiť v prípade potreby inštitút vysvetľovania podľa § 40 ods. 4 a § 53 ods. 1, resp. ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Ide o legitímny postup, ktorý vedie k odstráneniu nejasností, nezrovnalostí, resp. otázok, ktoré verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi vzniknú počas

vyhodnocovania ponúk. Inštitút vysvetľovania využil v predmetnej zákazke aj kontrolovaný, keď v rámci vyhodnocovania ponuky požiadal navrhovateľa o vysvetlenie nejasností v súvislosti so zapojením inej osoby, spoločnosti ZZ na budúcom plnení predmetu zákazky. Zároveň kontrolovaný nesúhlasí s názorom navrhovateľa, že cit.: „*Navrhovateľ preto nebol povinný preukázať, že ním určená iná osoba (ZZ) sa bude subdodávateľský podieľať na realizácii predmetu zákazky. Opačný záver kontrolovaného nie je správny.*“, pretože uvedené tvrdenie v Oznámení o vylúčení kontrolovaný, podľa vlastných slov, neuviedol. Podľa kontrolovaného nemusí byť každá iná osoba automaticky uvádzaná uchádzačom ako subdodávateľ a to napríklad v prípadoch, kedy sa iná osoba bude podieľať na samotnom plnení predmetu zákazky bezodplatne. Každopádne takáto osoba sa podľa názoru kontrolovaného musí reálne podieľať na plnení predmetu zákazky, t. j. musí vykonávať isté činnosti pre úspešného uchádzača, ktorý realizuje predmet zákazky.

46. To, ako sa v tomto prípade iná osoba bude podieľať na plnení predmetu zákazky, sa pokúšal kontrolovaný ozrejmiť si s navrhovateľom práve prostredníctvom inštitútu vysvetľovania. Podľa kontrolovaného však navrhovateľ neunesol dôkazné bremeno a nepreukázal reálne zapojenie kapacít inej osoby na plnení predmetu zákazky.
47. K spochybneniu rozhodnutí úradu, ktoré vyplývajú z jeho rozhodovacej praxe a ktorých závery navrhovateľ vo svojich námietkach uviedol ako nesprávne, kontrolovaný uvádza, že mu neprináleží akýmkoľvek spôsobom devalvovať rozhodnutia a metodické rozhodnutia úradu a kontrolovaný sa v plnej miere stotožňuje so závermi úradu, ktoré vyplývajú z metodického usmernenia č. [13774-5000/2022](#) zo dňa 31. 10. 2022 a tiež z rozhodnutia Rady úradu č. [2065-9000/2021](#) zo dňa 10. 05. 2021, ktoré boli v rámci Oznámenia o vylúčení citované.
48. Kontrolovaný odmieta, že by sa v predmetnom procese verejného obstarávania dopustil nesprávneho preverenia skutočného stavu veci, čím by sa dopustil porušenia základných princípov verejného obstarávania a preto kontrolovaný nevidí dôvod na aplikáciu inštitútu autoremedúry v zmysle § 171 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
49. V závere svojho vyjadrenia kontrolovaný trvá na svojom závere uvedenom v Oznámení o vylúčení a žiada úrad o zamietnutie námietok navrhovateľa podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní v celom rozsahu.

Právny rámec

50. 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.
51. V zmysle § 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.
52. Podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie sa preukazuje spravidla predložením prehľadu o celkovom obrate a ak je to vhodné, prehľadu o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky alebo koncesie týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.

53. Na základe § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní môže uchádzač alebo záujemca na preukázanie finančného a ekonomického postavenia využiť finančné zdroje inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčení podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčení podľa § 40 ods. 8. V zmysle § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je vyhodnocovanie ponúk komisiou neverejné. Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky alebo koncesie a v prípade pochybností overí správnosť informácií a dôkazov, ktoré poskytnú uchádzači; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, komisia vyhodnotí ponuky aj z hľadiska požiadaviek na bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností a bezpečnosť dodávok. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov zábezpeku, komisia posúdi zloženie zábezpeky. Ak komisia identifikuje nezrovnalosti alebo nejasnosti v informáciách alebo dôkazoch, ktoré uchádzač poskytol, písomne požiada o vysvetlenie ponuky a ak je to potrebné aj o predloženie dôkazov. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.
54. Podľa § 33 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže požadovať, aby uchádzač alebo záujemca a iná osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, zodpovedali za plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy spoločne.
55. Na základe § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:
- b) zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom
 - 1. bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dokladom je referencia; ak referencia nebola vyhotovená podľa § 12, dokladom môže byť aj vyhlásenie uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplnené dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie,
 - 2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené.

56. V zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže u osoby, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8.
57. 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.
58. V zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže v súvislosti s dôvodom na vylúčenie podľa odseku 6 písomne požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca doručí vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov do
- a) dvoch pracovných dní odo dňa odoslania žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje prostredníctvom elektronických prostriedkov,
 - b) piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak sa komunikácia uskutočňuje inak, ako podľa písmena a).
59. 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.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu a na základe podaných námietok a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:

60. Na úvod právneho posúdenia námietok úrad uvádza, že v závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a celkovej predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 4 794 767,52 EUR bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác, zadávanú postupom tzv. super reverznej verejnej súťaže v zmysle § 66 ods. 7 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Zákazka má byť financovaná z fondov Európskej únie, konkrétne z Plánu obnovy a odolnosti. Kontrolovaný uskutočnil zadávanie predmetnej zákazky s využitím elektronických nástrojov IS EPVO. V lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola na základe oznámenia o oprave č. 4485 - IOX zverejnenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 30/2024 dňa 12. 02. 2024 určená do 21. 02. 2024 do 10:00 hod., ponuku predložili deviaty uchádzači, vrátane navrhovateľa. Predmetná verejná súťaž sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze vyhodnocovania ponúk.
61. Úrad vo všeobecnosti uvádza, že vyhodnocovanie ponúk je výlučne v diskrečnej právomoci kontrolovaného (resp. ním zriadenej komisie), tzn. že úrad nemá právomoc vyhodnocovať ponuky, resp. splnenie podmienok účasti. Úrad preto v rámci právneho posúdenia podrobí postup kontrolovaného skúmaniu len v takom rozsahu, či kontrolovaný (resp. ním zriadená komisia) pri vyhodnocovaní ponuky navrhovateľa z hľadiska splnenia podmienok účasti postupoval v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, t. j. či úkony kontrolovaného, vykonané v procese vyhodnocovania ponuky, boli v súlade s týmto zákonom a či kontrolovaný neopomenul vykonať úkony, ktoré mu vyplývajú zo zákona o verejnom obstarávaní.
62. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa je vylúčenie navrhovateľa z verejnej súťaže kontrolovaným podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to z dôvodu, že navrhovateľ nepreukázal splnenie podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Ako vyplýva z obsahu Oznámenia o vylúčení navrhovateľa, ktoré mu bolo doručené prostredníctvom IS EPVO dňa 18. 03. 2024, kontrolovaný dospel k uvedenému záveru z dôvodu, že navrhovateľ ani po doručení dvoch žiadostí o vysvetlenie nedokázal kontrolovanému predložiť relevantný dôkaz o tom, akým spôsobom budú zdroje/kapacity inej osoby, spoločnosti ZZ, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazoval splnenie podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, zapojené do plnenia predmetu zákazky.
63. Úrad v úvode právneho posúdenia uvádza, že **účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je overiť si postavenie záujemcu, resp. uchádzača z hľadiska osobného postavenia, finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, čím sa verejný obstarávateľ ubezpečí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite.** Podľa metodického usmernenia úradu č. 12582-5000/2017 zo dňa 25. 07. 2017 podmienky účasti slúžia na, cit.: „*nastavenie pravidiel, ktoré umožňujú preskúmať spôsobilosť uchádzačov alebo záujemcov s cieľom umožniť súperenie o zákazku iba spôsobilým hospodárskym subjektom, u ktorých existuje predpoklad riadneho plnenia zákazky. Z tohto pohľadu predstavujú podmienky účasti eliminačné kritériá, ktoré v prípade ich nesplnenia zo strany uchádzačov alebo záujemcov rezultujú v ich vylúčení z verejného obstarávania.*”

64. So zreteľom na uvedené a navrhovateľom namietanú skutočnosť týkajúcu sa vylúčenia z procesu verejného obstarávania, ktorá bola podľa navrhovateľa v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní je zrejmé, že úlohou úradu v tomto konaní je vysporiadať sa s otázkou, či kontrolovaný postupoval pri vylúčení navrhovateľa v súlade s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a či navrhovateľ v rámci predložených dokladov skutočne nepreukázal splnenie podmienok účasti v zmysle § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

65. Vo vzťahu k posúdeniu námietok navrhovateľa úrad v prvom rade poukazuje na nastavenie podmienok účasti v predmetnej verejnej súťaži, konkrétne v bode 2 – Finančné a ekonomické postavenie, v odseku č. 2.1 prílohy č. 6 Podmienky účasti [súťažných podkladov](#), kde kontrolovaný k preukazovaniu finančného a ekonomického postavenia na základe § 33 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní stanovil minimálnu požadovanú úroveň štandardov nasledovne, cit: „podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona - prehľad o celkovom obrate za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

Uchádzač predloží čestné vyhlásenie podpísané osobou oprávnenou konať v mene uchádzača, v ktorom uvedie celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti. Uchádzač zároveň predloží z účtovnej závierky kópiu výkazov ziskov a strát, alebo kópiu výkazov príjmov a výdavkov, za požadované roky. Verejný obstarávateľ akceptuje aj predloženie informácie, že dokument bol zverejnený v Registri účtovných závierok na stránke www.registeruz.sk. Minimálny celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začiatku prevádzkovania činnosti musí byť v min. výške 25 000 000,00 EUR súhrne za všetky požadované hospodárske roky.“

Vo všeobecnej informácii k preukazovaniu splnenia podmienok účasti podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní je v prílohe č. 6 súťažných podkladov uvedené, cit.:

„V prípade, že uchádzač využije na preukázanie finančného a ekonomického postavenia finančné zdroje inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah v čase podania ponuky, je uchádzač povinný verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Túto skutočnosť preukáže uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou, obsahujúcou záväzok osoby, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia musí preukázať splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) zákona a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona. Verejný obstarávateľ u osoby, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, môže hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona.“

V bode 3 – Technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť, v odseku č. 3.1 prílohy č. 6 Podmienky účasti [súťažných podkladov](#) k preukazovaniu technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti na základe § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný stanovil minimálnu požadovanú úroveň štandardov nasledovne, cit.: „podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona – verejný obstarávateľ požaduje predložiť zoznam stavebných prác za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania vo vestníku verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác; zoznam musí byť

doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom

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

Splnenie vyššie uvedeného uchádzač preukáže predložením zoznamu stavebných prác za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania vo vestníku verejného obstarávania, potvrdzujúce realizáciu stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky, t.j.:

- zoznam stavebných prác na pozemných stavbách v súhrnnej hodnote minimálne 4 500 000,00 EUR bez DPH, pričom z predloženého zoznamu musí byť min. 1 stavebná práca/zákazka/referencia na realizáciu rekonštrukčných stavebných prác na pozemných stavbách počas plnej prevádzky objektu v minimálnej investičnej hodnote 2 000 000,00 EUR bez DPH.*

Ak sa realizácia stavebnej práce v zozname viaže na dlhšie obdobie ako sa požaduje, uchádzač uvedie aj alikvotné údaje zrealizovanej stavebnej práce za prislúchajúce rozhodné obdobie.“

Vo všeobecnej informácii k preukázaniu splnenia podmienok účasti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní je v prílohe č. 6 súťažných podkladov uvedené, cit.:

„Uchádzač môže na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť technické alebo odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takom prípade musí uchádzač verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť preukáže uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými alebo odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté.

Verejný obstarávateľ u osoby, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, môže hodnotiť existenciu dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 8 zákona.“

66. V bode 13 - Obsah ponuky, odsek 13.2.8 súťažných podkladov, kontrolovaný uvádza požiadavku, aby uchádzači v rámci ponuky predložili: „...vyhlásenie uchádzača o subdodávkach podľa prílohy č. 9 týchto súťažných podkladov. Uchádzač v rámci prílohy č. 9 týchto súťažných podkladov uvedie podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať subdodávateľom, navrhovaných subdodávateľov a predmety subdodávok. Navrhovaný subdodávateľ musí spĺňať podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a nemôžu existovať u neho dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7 a 8 zákona (oprávnenie uskutočňovať stavebné práce, resp. poskytovať službu alebo dodávať tovar preukazuje subdodávateľ vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorý má plniť).“

67. Navrhovateľ v rámci predloženej ponuky v prílohe č. 9 Vyhlásenie uchádzača o subdodávkach zaškrtol nasledujúcu možnosť: „*Dolu podpísaný zástupca uchádzača týmto čestne vyhlasujem, že na realizácii verejného obstarávania na predmet zákazky „Rekonštrukcia a nadstavba pavilónu M“, vyhlásenej verejným obstarávateľom... sa nebudú podieľať subdodávateľia a celý predmet uskutočníme vlastnými kapacitami.*“

68. V súvislosti s preukázaním podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré navrhovateľ preukazoval prostredníctvom inej osoby, podľa § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, predložil Zmluvu o budúcej zmluve uzavretú dňa 31. 01. 2024 medzi navrhovateľom a spoločnosťou ZZ, v ktorej sa o. i. v článku 2 odsek 2 uvádza, cit.:

„ZZ sa zaväzuje, že:

- a. poskytne XX svoje zdroje za účelom preukázania finančného a ekonomického postavenia a to využitím finančných zdrojov ZZ podľa § 33 ods. 1 písm. d) ZVO;
- b. poskytne XX všetky doklady nahradené JED-om za spoločnosť ZZ v rozsahu potrebnom na preukázanie splnenia podmienok finančného a ekonomického postavenia spoločnosti XX podľa § 33 ods. 1 písm. d) ZVO v rozsahu vyžadovanom verejným obstarávateľom;
- c. poskytne zdroje na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi XX a verejným obstarávateľom;
- d. poskytne XX svoje kapacity za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO;
- e. poskytne XX všetky doklady nahradené JED-om za spoločnosť ZZ. v rozsahu potrebnom na preukázanie splnenia podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti spoločnosti XX podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO v rozsahu vyžadovanom verejným obstarávateľom;
- f. poskytne kapacity za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti, počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi XX a verejným obstarávateľom;
- g. sa sťažuje nezúčastní ako samostatný uchádzač;
- h. spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa ustanovenia § 32 zákona o verejnom obstarávaní (okrem § 32 ods. 1 písm. e)) a neexistujú u neho dôvody na vylúčenie podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní;
- i. že odovzdané doklady budú úplné a pravdivé a neuvedie nimi XX do omylu;
- j. nevykoná nič, čo by mohlo zmať alebo podstatne sťažiť uzavretie zmluvy o dielo medzi XX a verejným obstarávateľom.“

69. Ako vyplýva z vyššie uvedených skutočností, navrhovateľ vo svojej ponuke uviedol, že subdodávateľia, ani iná osoba sa nebudú priamo podieľať na plnení predmetu zákazky⁶. Uvedené navrhovateľ deklaroval aj v rámci svojich vysvetlení, keď ho kontrolovaný žiadosťou o vysvetlenie č. 2 zo dňa 11. 03. 2024 žiadal o nasledovné, cit: „*V súvislosti s využitím kapacít inej osoby – spoločnosti ZZ ste zároveň predložili Zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy o spolupráci zo dňa 31.01.2024 (ďalej len „Zmluva“). Nakoľko zo Zmluvy nevyplýva akým spôsobom bude spoločnosť ZZ spolupracovať s Vašou spoločnosťou pri plnení zmluvy o dielo,*

⁶ Uvedenú skutočnosť o subdodávateľoch neskôr navrhovateľ v rámci vysvetlenia č. 2 zo dňa 12. 03. 2024 upravil a to tým spôsobom, že cit.: „*V rámci poskytnutia riadnej súčinnosti verejnému obstarávateľovi potrebnej na uzavretie zmluvy budeme postupovať podľa § 41 ods. 3 ZVO a v zozname subdodávateľov uvedieme subdodávateľov, ktorí nám budú známi ku dňu uzavretia zmluvy a ktorí budú spĺňať požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v súťažných podkladoch. (...) máme v úmysle zadať určitú časť zákazky (celkovo 44,9% zákazky) na realizáciu subdodávateľom, pričom 55,1 % zákazky (cca xx EUR bez DPH z našej ponukovej ceny) plánujeme realizovať vlastnými kapacitami.*“

ktorá bude výsledkom zadávania tejto zákazky (ďalej len „Zmluva o dielo“), v prípade úspešnosti Vašej ponuky, žiadame o jednoznačné uvedenie, akým spôsobom sa bude spoločnosť ZZ zapájať/ podieľať na plnení Zmluvy o dielo. V kontexte vyššie uvedeného Vás zároveň žiadame o vysvetlenie, z akého dôvodu ste vo Vašej ponuke v Prílohe č. 9 – Vyhlásenie uchádzača o subdodávkach (elektronicky podpísaný pdf dokument s názvom „8_Priloha_9_Vyhlásenie_uchadzaca_o_subdodavkach_Nadstavba_a_obnova_pavil...“) uviedli, že neplánujete využiť subdodávateľov na plnenie zákazky a celý predmet zákazky uskutočníme vlastnými kapacitami.“

70. Na uvedenú žiadosť o vysvetlenie navrhovateľ reagoval odpoveďou zo dňa 12. 03. 2024: „Ako vyplýva z nami predložených dokladov, spoločnosť ZZ bude počas plnenia zákazky spolupracovať s našou spoločnosťou v postavení tzv. inej osoby, teda nám spolupráca s touto spoločnosťou bude zabezpečovať preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a to využitím finančných zdrojov ZZ podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov a ako aj podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzačov v zmysle ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) ZVO v zmysle požiadaviek verejného obstarávateľa a to počas celého trvania plnenia podľa zmluvy uzavretej medzi našou spoločnosťou a verejným obstarávateľom.

V zmysle predloženej zmluvy (zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o spolupráci) bude medzi našou spoločnosťou a spoločnosťou ZZ uzavretá do 15 dní od podpisu zmluvy o dielo medzi verejným obstarávateľom a XX, zmluva, v ktorej ZZ poskytne XX a verejným obstarávateľom (pričom ako vyplýva z čl. 3 predloženej zmluvy), obsah zmluvy o dielo bude zodpovedať obsahu, ktorý už bol definovaný zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy o spolupráci. Pri vyplnení danej prílohy zmluvy o dielo sme vychádzali z vyššie uvedeného, t.j. že **spoločnosť ZZ, je v tomto verejnom obstarávaní v postavení tzv. inej osoby a nie je zároveň aj v postavení subdodávateľa**. Ako vyplýva ako aj z názvoslovia používaného podľa ZVO a súčasnej právnej úpravy. Podľa § 2 ods. 5 písm. e) ZVO: „subdodávateľom hospodársky subjekt, ktorý uzavrie alebo uzavrel s úspešným uchádzačom písomnú odplacnú zmluvu na plnenie určitej časti zákazky alebo koncesie,“.

Z ustanovenia § 2 ods. 5 ZVO vyplýva, že zákon nedefinuje dva odlišné hospodárske subjekty ako inú osobu a subdodávateľa, definuje len hospodársky subjekt ako subdodávateľa. Zo samotnej úpravy ZVO vyplýva, že ide o dva subjekty upravené samostatne a plnia samostatný a odlišný účel.

Zásadný rozdiel existuje z hľadiska účelu, na ktorý sa tieto subjekty využívajú, keď inou osobou je hospodársky subjekt, ktorý v prípade, ak je to potrebné, uchádzačovi alebo záujemcovi poskytuje svoje finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity v zmysle § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 ZVO, oproti subdodávateľovi ako hospodárskemu subjektu, ktorý uchádzačovi alebo záujemcovi neposkytuje svoje finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity v zmysle § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 ZVO. Pričom podľa nášho názoru existuje rozdiel aj z hľadiska času, resp. momentu, kedy sa tieto subjekty v procese verejného obstarávania a následne v samotnom plnení uplatňujú. Iná osoba poskytuje svoje finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity uchádzačovi alebo záujemcovi jednak na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa § 33 a § 34 ZVO v procese verejného obstarávania a tieto následne poskytuje na plnenie samotnej zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania. Na druhej strane subdodávateľ sa podieľa iba na samotnom plnení zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania.

Zroveň uvádzame, že sa v procese iných verejných obstarávaní stretávame aj s požiadavkou kedy verejní obstarávatelia uvedú, že do „zoznamu subdodávateľov“ je potrebné uviesť aj tzv. iné osoby, ktoré nebudú splňať definíciu subdodávateľov (t.j. iných osôb, ktoré sa nebudú podieľať na plnení zmluvy). Vzhľadom k tomu, že v tomto prípade tomu tak nebolo, sme boli

toho názoru, že iné osoby, ktoré nebudú zároveň pôsobiť ako subdodávateľa v danej zákazke v danom zozname nemusia byť uvedené a teda, že by v danom zozname mali byť uvedení len subdodávateľa, ktorých kapacity uchádzači nevyužívajú na splnenie podmienok účasti.

Samozrejme, ak z prebiehajúcich procesov vysvetľovania vyplynie požiadavka verejného obstarávateľa, aby aj iné osoby, ktoré však nespĺňajú definíciu subdodávateľa boli v danom zozname uvedené, radi aj túto osobu uvedieme do daného zoznamu v rámci procesu poskytovania riadnej súčinnosti verejnému obstarávateľovi potrebnej na uzavretie zmluvy.

V zmysle metodických usmernení úradu je doplnenie, zmena, použitie nových, či aj nepoužitie avizovaných subdodávateľov akceptovaným postupom v súlade s ustanovením § 41 ZVO. (...)

Záverom by sme radi uviedli, že sme v našej ponuke uviedli aj informáciu o tom, že nám „V čase predkladania ponuky nie sú známi subdodávateľa.“ (daná informácia bola uvedená nakoľko v zozname subdodávateľov poskytnutom verejným obstarávateľom chýbala možnosť vyznačenia takejto skutočnosti, ktorá sa špecificky vzťahuje na časový moment ku ktorému uchádzači ponuku predkladajú a v ktorej majú uviesť im známym subdodávateľov v prípade, ak takýto existujú).

Vo väzbe na ustanovenie § 41 ods. 3 ZVO a v súlade s princípom transparentnosti je úspešný uchádzač ku dňu uzavretia zmluvy povinný uviesť v nej údaje o všetkých známych subdodávateľoch ako aj údaje o osobe oprávnenej za týchto subdodávateľov konať. Jedná sa o kogentné ustanovenie, ktoré sa aplikuje naprieč verejným obstarávaním (uvedené zároveň nevylučuje, že sa v priebehu realizácie zákazky vyskytne potreba uvedenia tzv. nových subdodávateľov, avšak samozrejme je potrebné, aby títo spĺňali požiadavky stanovené verejným obstarávateľom počas procesu verejného obstarávania).

V rámci poskytnutia riadnej súčinnosti verejnému obstarávateľovi potrebnej na uzavretie zmluvy budeme postupovať podľa § 41 ods. 3 ZVO a v zozname subdodávateľov uvedieme subdodávateľov, ktorí nám budú známi ku dňu uzavretia zmluvy a ktorí budú spĺňať požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v súťažných podkladoch.

Ku dnešnému dňu, keďže sa na realizáciu predmetnej zákazky pripravujeme, sú nám známi nasledovní potencionálni subdodávateľa:

- Subdodávateľ spoločnosť AA, % podiel na zákazke 20,88 %, predmet subdodávok: vzduchotechnika, VZT- rekuperácia, Zdravotechnika, Ústredné kúrenie. Daný subdodávateľ disponuje zápisom v ZHS, registračné číslo xx ako aj zápisom v Registri partnerov verejného sektora číslo vložky xx
- Subdodávateľ spoločnosť BB, % podiel na zákazke 24,02 %, predmet subdodávok: Ocelové a zámočnícke konštrukcie. Daný subdodávateľ spĺňa podmienky týkajúce sa osobného postavenia a disponuje zápisom v Registri partnerov verejného sektora číslo vložky xx

(...). “ (pozn.: zvýraznenie textu doplnené úradom)

71. Následne bol navrhovateľ zo strany kontrolovaného opätovne požiadaný o vysvetlenie ponuky navrhovateľa dňa 13. 03. 2024, cit.: „Nakoľko ste odpovedali len vo všeobecnej rovine, opätovne Vás žiadame o uvedenie/o jednoznačný popis činností, ktoré bude pre Vás zabezpečovať hospodársky subjekt v postavení inej osoby v tejto zákazke – ZZ pri plnení predmetu zákazky?“

72. Navrhovateľ na žiadosť o vysvetlenie č. 3 odpovedal dňa 14. 03. 2024: „Spoločnosť ZZ bude počas plnenia zákazky vystupovať v postavení tzv. inej osoby, teda nám spolupráca s touto spoločnosťou bude zabezpečovať preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a to využitím finančných zdrojov ZZ podľa § 33 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov („ZVO“) ako aj splnenie

podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzačov v zmysle ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) ZVO v zmysle požiadaviek verejného obstarávateľa, a to počas celého trvania plnenia podľa zmluvy uzavretej medzi našou spoločnosťou a verejným obstarávateľom.

Máme za to, že spôsob zapojenia/podielania sa iných osôb na plnení zákazky, resp. na plnení zmluvy o dielo vyplýva a je upravený v príslušných ustanoveniach ZVO. Máme za to, že sme postupovali presne v intenciách citovaných zákonných ustanovení (§33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní) a teda sme na splnenie podmienok účasti využili zdroje / kapacity inej osoby, pričom sme presne predložením zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy o spolupráci medzi spoločnosťou XX – lídrom skupiny dodávateľov a spoločnosťou ZZ („Zmluva“) dostatočne preukázali verejnému obstarávateľovi, že počas plnenia zmluvy budeme skutočne používať kapacity / zdroje inej osoby počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom (...) **Z predložených dokladov teda vyplýva, že z nami predloženej Zmluvy vyplýva záväzok spoločnosti ZZ, že plnenie nám bude poskytnuté počas celého trvania zmluvného vzťahu (plnením sa rozumie, že spoločnosť ZZ bude spĺňať stanovené podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) ZVO vyžadované verejným obstarávateľom počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom a že nám tieto zdroje v postavení inej osoby poskytne počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom)(...) Vzhľadom na uvedené máme za to, že v predmetnom prípade je zrejmé, akým spôsobom sa bude spoločnosť ZZ v postavení inej osoby podieľať na realizácii zákazky, t.j. spoločnosť ZZ bude spĺňať stanovené podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) ZVO vyžadované verejným obstarávateľom počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom a že nám tieto zdroje a kapacity v postavení inej osoby poskytne počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom. (...)**

K využitiu kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 ZVO platia rovnaké požiadavky ako uvádzame vyššie k využitiu zdrojov inej osoby podľa § 33 ods. 2 ZVO. Máme za to, že uvedené požiadavky sme rovnako splnili a to predložením Zmluvy, z ktorej vyplýva záväzok spoločnosti ZZ, že plnenie nám bude poskytnuté počas celého trvania zmluvného vzťahu (plnením sa rozumie, že spoločnosť ZZ bude spĺňať stanovené podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO vyžadované verejným obstarávateľom počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom a že nám tieto kapacity v postavení inej osoby poskytne počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom). (...) **Je zrejmé, že nakoľko spoločnosť ZZ nám nebude poskytovať kapacity podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO, ona sama nebude „reálne vykonávať práce alebo služby, na ktoré sa jej kapacity vyžadujú“.** (...) “ (pozn.: zvýraznenie textu doplnené úradom)

73. Z obsahu vyššie uvedených vysvetlení navrhovateľa je zrejmé, že (i) navrhovateľ neplánuje využiť spoločnosť ZZ, t.j. inú osobu ako subdodávateľa, že (ii) v zmysle zmluvy o budúcej zmluve bude iná osoba poskytovať navrhovateľovi plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu spočívajúce v tom, že iná osoba bude spĺňať stanovené podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a že (iii) iná osoba sama nebude reálne vykonávať práce alebo služby, na ktoré sa jej kapacity vyžadujú. V nadväznosti na uvedené kontrolovaný svoje rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa odôvodnil najmä tým, že z jeho strany došlo vo vzťahu k navrhovateľovi k adresovaniu niekoľkých žiadostí o vysvetlenie, viď. body 69 a 71 tohto rozhodnutia, v zmysle ktorých bol navrhovateľ požiadaný najmä o presné uvedenie/popis činností, ktoré pre navrhovateľa bude zabezpečovať hospodársky subjekt v postavení inej osoby, spoločnosť ZZ

pri plnení predmetu zákazky, pričom podľa kontrolovaného navrhovateľa tieto skutočnosti nepreukázal.

74. Ako bolo následne uvedené v Oznámení o vylúčení, kontrolovaný nespochybnil, že navrhovateľ postupoval správne pri príprave ponuky v súvislosti s preukázaním splnenia podmienok účasti prostredníctvom inej osoby, ale **kontrolovaný má** podľa vlastných slov **právo si spôsob podieľania sa/zapojenia sa inej osoby pri samotnej realizácii predmetu zákazky overovať v procese vyhodnotenia ponúk, resp. splnenia podmienok účasti**. Podľa Oznámenia o vylúčení kontrolovaný žiadal o **jednoznačné uvedenie činností, ktoré bude pre navrhovateľa poskytovať počas realizácie predmetu zákazky/plnenia zmluvy iná osoba**. Z vyjadrení navrhovateľa uvedených v rámci vysvetlení zo dňa 12. 03. 2024 a 14. 03. 2024, vid' body 70 a 72 tohto rozhodnutia, podľa kontrolovaného vyplývalo, že navrhovateľ neplánuje reálne využiť kapacity inej osoby, keďže iná osoba sa podľa navrhovateľa na plnení predmetu zákazky mala podieľať tou formou, že počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom bude spĺňať stanovené podmienky účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Takáto forma plnenia podľa kontrolovaného nepredstavuje reálnu formu plnenia/podieľania sa na realizácii predmetu zákazky. Zo záverov kontrolovaného vyplýva, že išlo len o formálne preukázanie splnenia podmienok účasti prostredníctvom kapacít inej osoby, čo je podľa kontrolovaného v zmysle platnej legislatívy neprípustné a takéto preukazovanie splnenia podmienok účasti prostredníctvom inej osoby nie je možné zo strany kontrolovaného akceptovať. V Oznámení o vylúčení kontrolovaný poukazuje aj na metodické usmernenie úradu č. [13774-5000/2022 zo dňa 31. 10. 2022](#)⁷, ako aj na rozhodnutie Rady úradu č. [2065-9000/2021 zo dňa 10. 05. 2021](#), najmä na body 15. a 99 rozhodnutia Rady.

75. V kontexte navrhovateľom namietaných skutočností, ako aj vyjadrení kontrolovaného úrad v prvom rade považuje za potrebné sa vyjadriť k pojmom **iná osoba** a **subdodávateľ**. Pojem **subdodávateľ** je definovaný v § 2 ods. 5 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „*subdodávateľom je hospodársky subjekt, ktorý uzavrie alebo uzavrel s úspešným uchádzačom písomnú odplacnú zmluvu na plnenie určitej časti zákazky alebo koncesie*“. Využitím subdodávateľov dochádza k plneniu zákazky prostredníctvom iných kapacít, ako sú vlastné kapacity záujemcu alebo uchádzača. Účelom § 41 zákona o verejnom obstarávaní je vytvorenie rámca pre vzťahy so subdodávateľmi. Tento právny rámec definuje možnosti a povinnosti verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktorými sa určujú požiadavky vo vzťahu k subdodávateľom v súťažných podkladoch a samotnej zmluve. **Inou osobou** sa rozumie osoba, prostredníctvom ktorej preukazuje záujemca/uchádzač splnenie požadovaných podmienok účasti súvisiacich s finančným a ekonomickým postavením alebo technickou spôsobilosťou

⁷ Kontrolovaný poukazuje v rámci predmetného metodického usmernenia najmä na nasledovnú časť, cit.: „*Úrad zastáva názor, ktorý pravidelne prezentuje vo svojich metodických usmerneniach, a síce, že v prípade ak uchádzač, resp. záujemca preukazuje odbornú a technickú spôsobilosť v zákazke prostredníctvom referencie inej osoby, nemalo by ísť len o formálne dokladovanie splnenia podmienok účasti, ale je nevyhnutné, aby ten, kto sa využitia tretích osôb dovoľáva aj preukázal, že uvedenými kapacitami bude aj reálne disponovať. Rovnako, ako pri iných podmienkach účasti, uvedené znamená, že uchádzač alebo záujemca je povinný verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi jednoznačným a zrozumiteľným spôsobom vedieť vysvetliť a preukázať, akým spôsobom sa bude táto tretia osoba podieľať na plnení zákazky (napr. prostredníctvom uvedenia konkrétneho rozsahu dodávky a vymedzenia jej druhu). Tieto skutočnosti by pritom mali byť zrejme v zásade už z predloženej ponuky alebo žiadosti o účasť (najmä zo zmluvy uzavretej medzi uchádzačom alebo záujemcom a dotknutou tretou osobou). Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je prirodzene oprávnený v prípade potreby požiadať v tejto súvislosti uchádzača alebo záujemcu o bližšie vysvetlenie, na čo je ten povinný pod hrozbou sankcie vylúčenia povinný poskytnúť relevantnú odpoveď.*“

alebo odbornou spôsobilosťou, pričom tento pojem (iná osoba) nemá v zákone o verejnom obstarávaní samostatnú definíciu, ako je to pri subdodávateľovi. Ich porovnaním sa zaoberá napr. aj metodické usmernenie úradu č. 17367-5000/2016, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „Na preukázanie finančného a ekonomického postavenia môže uchádzač alebo záujemca využiť zdroje iných osôb za predpokladu, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude aj reálne používať zdroje tejto osoby, čo preukáže písomnou zmluvou, z ktorej musí vyplývať záväzok, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvy. Zároveň poskytovateľ zdrojov musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia s výnimkou tej, ktorá sa týka oprávnenia dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu a nesmú u neho existovať vymedzené dôvody na vylúčenie (§ 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní).

Takisto aj v prípade technickej alebo odbornej spôsobilosti môžu uchádzači, záujemcovia, resp. ich skupiny na účely preukázania stanovených podmienok účasti využiť kapacity iných osôb. **Rovnako však pritom platí podmienka, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy sa budú skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť sa využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.** Túto skutočnosť preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou, z ktorej musí vyplývať záväzok tretej osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Taktiež platí aj to, že poskytovateľ kapacít musí spĺňať podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia a súčasne nesmú u neho existovať vymedzené dôvody na vylúčenie. V porovnaní s finančným a ekonomickým postavením však poskytovateľ kapacít musí navyše preukázať aj oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu vo vzťahu k tej časti plnenia, na ktorú boli kapacity poskytnuté (§ 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní) (...) Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje aj informácie podľa § 41 ods. 1 písm. b) cit. zákona, uchádzač uvedie v ponuke informácie **len o tých subdodávateľoch, ktorých zdroje alebo kapacity nevyužíva na preukázanie splnenia podmienok účasti**, keďže pri osobe, ktorej zdroje alebo kapacity majú byť použité na plnenie zmluvy a ktorá je zároveň v pozícii subdodávateľa, sa podmienky účasti preukazujú podľa § 33 ods. 2, resp. § 34 ods. 3 zákona, teda v rámci podmienok účasti.“

76. Ďalším rozdielom je ten, že subdodávateľský vzťah je odplatným obchodným vzťahom, kým vzťah medzi uchádzačom a inou osobou nemusí byť nevyhnutne odplatným vzťahom, závisí od dohody medzi záujemcom/uchádzačom a inou osobou, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti. Zároveň však zákon o verejnom obstarávaní nevyklučuje, aby sa iná osoba v nadväznosti na poskytnutie zdrojov/kapacít, prostredníctvom ktorých preukazoval záujemca/uchádzač splnenie podmienok účasti, následne stala subdodávateľom uchádzača.
77. Úrad sa stotožňuje s názorom navrhovateľa, že pojmy „subdodávateľ“ a „iná osoba“ nemožno stotožňovať a rovnako tak požadovať od záujemcov/uchádzačov, aby iné osoby, prostredníctvom ktorých záujemcovia/uchádzači preukazujú splnenie podmienok účasti následne automaticky považovali za subdodávateľov. To, že navrhovateľ neuviedol inú osobu do prílohy č. 9 súťažných podkladov - Vyhlásenie uchádzača o subdodávkach však, ako uvádza kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam, nebol dôvod, prečo bol navrhovateľ z procesu verejného obstarávania vylúčený. Okrem možnosti, ktorú kontrolovaný uviedol vo vyjadrení k námietkam, na využitie inej osoby pri plnení predmetu zákazky, cit.: „Je možné, aby sa hospodársky subjekt, ktorý bol vo verejnom obstarávaní v postavení inej osoby, nestal subdodávateľom úspešného uchádzača, ale len vtedy, ak sa pri samotnom plnení predmetu zákazky bude podieľať bezodplatne. Každopádne takáto iná osoba sa musí napriek tomu na plnení predmetu zákazky reálne podieľať (či už odplatne alebo bezodplatne), t.j. musí

vykonávať isté činnosti pre úspešného uchádzača, ktorý realizuje predmet zákazky.“, má úrad za to, že existujú aj iné možnosti, akými môže dôjsť k uzavretiu odplatného/bezodplatného zmluvného vzťahu medzi uchádzačom a inou osobou.

78. Úrad v nadväznosti na uvedené skutočnosti považuje za potrebné poukázať aj na účel, ktorý je sledovaný právnou úpravou podmienok účasti podľa § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Hoci sú ustanovenia týchto paragrafov upravené mierne odlišne, úrad je toho názoru, že obe ustanovenia sledujú rovnaký cieľ a preto sa argumentácia úradu v ďalšej časti tohto rozhodnutia vzťahuje spoločne k obom menovaným ustanoveniam.

79. Ako uvádza predseda úradu pre verejné obstarávanie v bode 86 rozhodnutia č. 11239-P/2022, 2888-P/2023 (ďalej len „Rozhodnutie predsedu úradu“), cit.: „Predseda úradu v tejto súvislosti na úvod považuje za potrebné uviesť, že **ustanovenie každej podmienky účasti musí sledovať určitý cieľ vo väzbe na predmet zákazky** (inak by podmienka účasti neplnila žiaden účel).⁸ V závislosti od povahy podmienky účasti je potrebné, aby bol jej účel transformovaný aj do samotnej zákazky (jej plnenia). **Verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ je povinný zabezpečiť transformáciu podmienok účasti do plnenia predmetu zákazky** (napr. nastavením obchodných podmienok) **a tiež kontrolovať jej dodržanie**. Týka sa to prirodzene aj vzťahu medzi uchádzačom a poskytovateľom kapacít. Pokiaľ by bol tento vzťah iba formálny (poskytnutie kapacít by nemalo reálny obsah), nebolo by možné naplniť účel použitia podmienok účasti ani účel inštitútu preukazovania splnenia podmienok účasti inou osobou. Reálne by teda dochádzalo k obchádzaniu zákona s rôznymi negatívnymi dopadmi. Vychádzajúc zo znenia a účelu § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní je preto potrebné konštatovať, že uchádzač môže na účely preukázania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť kapacity inej osoby len za predpokladu, že bude skutočne používať kapacity tejto inej osoby, čo je povinný preukázať verejnému obstarávateľovi písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou.“

80. Problematike spoliehania sa na kapacity inej osoby v súvislosti s preukazovaním splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní sa vo svojej rozhodovacej praxi už opakovane venoval aj Súdny dvor Európskej únie. Úrad dáva do pozornosti nasledujúce rozhodnutia:

- [rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-324/14](#) (Partner Apelski)⁹:

„33. Podľa ustálenej judikatúry článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 priznávajú každému hospodárskemu subjektu právo spoliehať sa pri určitej zákazke na využitie spôsobilostí iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má, pokiaľ sa verejnému obstarávateľovi preukáže, že záujemca alebo uchádzač skutočne bude mať k dispozícii zdroje týchto subjektov potrebné na vykonanie tejto zákazky (pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. októbra 2013, *Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, body 29 a 33). (...)“

⁸ Napríklad v rozsudku vo veci C-195/21 Súdny dvor Európskej únie uviedol, cit.: „48. V súlade s článkom 58 ods. 1 druhým pododsekom tejto smernice môže verejný obstarávateľ uložiť hospodárskym subjektom ako podmienky účasti len kritériá uvedené v článku 58 ods. 2, 3 a 4 uvedenej smernice, ktoré sa týkajú spôsobilosti vykonávať odbornú činnosť, ekonomického a finančného postavenia a technickej a odbornej spôsobilosti. Uvedené podmienky musia byť okrem toho obmedzené na podmienky, ktoré sú spôsobilé zaručiť, že záujemca alebo uchádzač má právne a finančné postavenie, ako aj technickú a odbornú spôsobilosť potrebné na vykonanie zadávanej zákazky. Okrem toho všetky tieto požiadavky musia súvisieť s predmetom zákazky a musia mu byť primerané.“

⁹ Na uvedený rozsudok poukázal aj navrhovateľ vo svojich námietkach, pričom sa zameral na bod 49 predmetného rozsudku.

37. Preto treba v prvom rade spresniť, že hoci si uchádzač môže vytvoriť vzťahy so subjektmi, ktorých spôsobilosti chce využiť, a môže si zvoliť právnu povahu týchto vzťahov, musí napriek tomu preukázať, že skutočne disponuje zdrojmi týchto subjektov, ktoré sám nemá a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky (pozri v tomto zmysle rozsudok z 2. decembra 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, bod 29 a citovanú judikatúru).

38. Podľa článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 sa teda uchádzač nemôže spoliehať na schopnosti iných subjektov s cieľom čisto formálne splniť podmienky, ktoré vyžaduje verejný obstarávateľ. (...)

41. Rovnako nemožno vylúčiť, že za osobitných okolností nemožno vzhľadom na povahu a ciele určitej zákazky spôsobilosti, ktoré má tretí subjekt a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky, postúpiť uchádzačovi. Z tohto dôvodu sa uchádzač za takýchto okolností môže spoliehať na uvedené spôsobilosti len vtedy, ak sa tretí subjekt priamo a osobne zúčastňuje na vykonaní predmetnej zákazky. “

- [rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-234/14](#) (Ostas celtnieks):

„25. Pokiaľ spoločnosť na preukázanie svojej ekonomickej a finančnej situácie, ako aj technických a/alebo odborných vedomostí s cieľom zúčastniť sa verejného obstarávania využíva kapacity subjektov alebo podnikov, s ktorými je priamo alebo nepriamo spojená, bez ohľadu na právnu povahu týchto vzťahov, prislúcha jej predložiť dôkaz, že „skutočne“ disponuje zdrojmi týchto subjektov alebo podnikov, ktoré sama nemá a ktoré sú potrebné na vykonanie zákazky (pozri v tomto zmysle rozsudok *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, bod 29 a citovanú judikatúru).

26. V tejto súvislosti treba poznamenať, že podľa článku 44 ods. 1 smernice 2004/18 obstarávateľovi prislúcha vykonať overenie spôsobilosti uchádzača vykonať predmetnú zákazku. Predmetom tohto overenia je najmä poskytnúť obstarávateľovi záruku, že uchádzač bude skutočne počas obdobia, na ktoré sa vzťahuje zákazka, používať zdroje, ktoré uplatňuje (pozri analogicky rozsudok *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, bod 28). “

- [rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-176/98](#) (*Holst Italia*):

„28. Takéto odvolávanie sa na externé referencie však podlieha určitým podmienkam. Ako sa uvádza v článku 23 smernice 92/50, verejný obstarávateľ je povinný overiť vhodnosť poskytovateľov služieb v súlade so stanovenými kritériami. Účelom tohto overenia je najmä umožniť verejnému obstarávateľovi, aby sa ubezpečil, že úspešný uchádzač bude skutočne môcť použiť akékoľvek zdroje, na ktoré sa spolieha, počas celého obdobia, na ktoré sa vzťahuje zmluva.

29. Ak sa teda spoločnosť na účely preukázania svojho finančného, ekonomického a technického postavenia s cieľom zúčastniť sa na verejnom obstarávaní spolieha na zdroje subjektov alebo podnikov, s ktorými je priamo alebo nepriamo prepojená, bez ohľadu na právnu povahu týchto prepojení, musí preukázať, že má skutočne k dispozícii zdroje tých subjektov alebo podnikov, ktoré sám nevlastní a ktoré sú potrebné na plnenie zmluvy.

30. Vnútroštátnemu súdu prináleží posúdiť relevantnosť dôkazov predložených v tomto zmysle. V rámci tohto posúdenia smernica 92/50 neumožňuje bez náležitej analýzy vylúčiť konkrétne druhy dôkazov alebo predpokladať, že poskytovateľ služieb má k dispozícii zdroje patriace tretím osobám len na základe skutočnosti, že je súčasťou rovnakej skupiny podnikov.

31. V dôsledku toho je potrebné na prejudiciálnu otázku odpovedať tak, že smernica 92/50 sa má vykladať v tom zmysle, že umožňuje poskytovateľovi služieb preukázať, že spĺňa ekonomické, finančné a technické kritériá účasti na výberovom konaní na zadanie verejnej zákazky na poskytnutie služieb tým, že sa spolieha na postavenie iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu väzieb, ktoré s nimi má, za predpokladu, že je schopný preukázať, že skutočne

disponuje zdrojmi týchto subjektov, ktoré sú potrebné na plnenie zmluvy. Vnútroštátnemu súdu prináleží posúdiť, či v konaní vo veci samej boli v tejto súvislosti predložené potrebné dôkazy.“

81. Podľa bodu 91 Rozhodnutia predsedu úradu, cit.: „Vychádzajúc z predmetných rozsudkov Súdneho dvora Európskej únie, týkajúcich sa inštitútu využitia kapacít inej osoby na účely preukázania splnenia podmienok účasti, je teda potrebné formulovať nasledovné závery:

- **uchádzač**, ktorý sa na účely preukázania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti spolieha na kapacity inej osoby, ktoré sám nemá (napr. referencie, certifikát kvality, a pod.), **je povinný** verejnému obstarávateľovi, resp. obstarávateľovi **preukázať**, že **skutočne disponuje zdrojmi inej osoby, ktoré sú potrebné na vykonanie danej zákazky**,
- uvedenú skutočnosť (**skutočnú dispozíciu so zdrojmi inej osoby, ktoré sú potrebné na vykonanie danej zákazky**) musí uchádzač preukázať verejnému obstarávateľovi, resp. obstarávateľovi už v čase vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, a teda **už v čase uzavretia písomnej zmluvy uzavretej s inou osobou musí mať uchádzač ustálené, ktoré zdroje inej osoby sú potrebné na vykonanie danej zákazky**,
- pokiaľ teda v zmluve o poskytnutí kapacít, uzavretej medzi uchádzačom a inou osobou, nie je uvedené, ktoré konkrétne kapacity inej osoby bude uchádzač pri plnení danej zákazky potrebovať a mať k dispozícii, **nemožno** dospieť k záveru, že uchádzač preukázal skutočnú dispozíciu so zdrojmi inej osoby, ktoré sú potrebné na vykonanie danej zákazky,
- nemožno vylúčiť, že **za osobitných okolností nie je možné spôsobilosti, ktoré má iná osoba, a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky, postúpiť uchádzačovi**; v takom prípade platí, že uchádzač sa môže spoliehať na spôsobilosti inej osoby len vtedy, ak sa **iná osoba priamo a osobne zúčastňuje na plnení zákazky**,
- verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ by sa pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti mal zaoberať aj tým, **či konkrétne spôsobilosti inej osoby, na ktoré sa uchádzač spolieha, možno na uchádzača postúpiť** (t. j. či to v danom konkrétnom prípade prichádza do úvahy), a pokiaľ to tak nie je, tak preskúmať, či sa predmetná iná osoba bude priamo a osobne podieľať na plnení zákazky,
- takéto posúdenie zo strany verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa je potrebné na účely preverenia toho, či sa uchádzač, resp. záujemca nespolieha na spôsobilosti inej osoby **len s cieľom čisto formálne splniť** podmienky účasti, čo je **neakceptovateľné z hľadiska účelu určovania podmienok účasti vo verejnom obstarávaní ako takom**. “

82. Úrad v tejto súvislosti zároveň poukazuje aj na [Uznesenie súdneho dvora EÚ vo veci C-469/22](#), z ktorého vyplýva nasledovný záver, cit.: „Podľa článku 63 ods. 1 druhého pododseku smernice 2014/24 prináleží verejnému obstarávateľovi, aby v súlade s článkami 59 až 61 tejto smernice po prvé overil, či subjekty, ktorých kapacity chce hospodársky subjekt využiť, spĺňajú relevantné podmienky účasti, a po druhé, či existujú dôvody na vylúčenie uvedené v článku 57 tejto smernice týkajúce sa týchto subjektov. Verejný obstarávateľ musí mať možnosť vykonať takéto overenia pred zadáním predmetnej zákazky. V tejto súvislosti odôvodnenie 84 smernice 2014/24, ktoré objasňuje rozsah pôsobnosti článku 63 tejto smernice, vo svojom druhom a treťom odseku výslovne uvádza, že požadovať predloženie podporných dokumentov pri výbere záujemcov, ktorí majú byť vyzvaní, môže byť odôvodnené, aby sa zabránilo tomu, že verejní obstarávatelia vyzvú záujemcov, pri ktorých sa vo fáze zadávania neskôr ukáže, že nie sú schopní predložiť podporné dokumenty, čím sa inak kvalifikovaným záujemcom zabráni v účasti.“

83. Ako vyplýva z uvedených rozsudkov súdneho dvora EÚ, ako aj zo záverov predsedu úradu uvedených v citovanom rozhodnutí, hlavným účelom podmienok vyplývajúcich z § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní je preukázanie verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi ako subjektu, pre ktorého bude uchádzač plniť predmet zákazky, že v prípade ak záujemca/uchádzač nedisponuje dostatočnými vlastnými zdrojmi/kapacitami/skúsenosťami a verejný obstarávateľ/obstarávateľ ho požiada o ich preukázanie, môže na to záujemca/uchádzač použiť kapacity/zdroje inej osoby. V takom prípade už záujemca/uchádzač musí v čase preukazovania splnenia podmienok účasti verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi dostatočným spôsobom preukázať, že zdroje alebo kapacity, ktorými záujemca/uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti, bude mať v prípade potreby **aj skutočne k dispozícii a to počas celého trvania zmluvného vzťahu**. V písomnej zmluve uzavretej s inou osobou **musí mať uchádzač ustálené, ktoré zdroje inej osoby sú potrebné na vykonanie danej zákazky**. Verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ by sa pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti mal zaoberať aj tým, či konkrétne spôsobilosti inej osoby, na ktoré sa uchádzač spolieha, **možno na uchádzača postúpiť**. V prípade, že by tomu tak nebolo, bolo by to možné považovať iba za formálne preukázanie splnenia podmienok účasti, čo by nemohlo byť akceptovateľné, pretože by fakticky išlo o obchádzanie účelu, ktorý sa viaže k predmetným podmienkam účasti v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.
84. Zodpovedanie otázky, či v namietanej zákazke navrhovateľ dostatočným spôsobom v rámci predložených dokladov preukázal, že **bude mať počas celého trvania zmluvného vzťahu k dispozícii zdroje a kapacity inej osoby a ktoré konkrétne kapacity inej osoby bude uchádzač pri plnení danej zákazky potrebovať a mať k dispozícii** a či preukázanie dispozície so zdrojmi/kapacitami inej osoby **nie je iba formálne preukázanie splnenia podmienok účasti**, je podľa úradu kľúčové pre posúdenie namietaných skutočností.
85. Navrhovateľ sa vo svojich námietkach okrem iného opiera o bod 74 rozsudku Súdneho dvora EÚ C-403-21, v zmysle ktorého, cit.: „*V dôsledku toho je zjavné, že subdodávka predstavuje len jeden zo spôsobov, prostredníctvom ktorých môže hospodársky subjekt využiť kapacity iných subjektov, a preto by mu ju verejný obstarávateľ nemal ukladať ako povinnosť.*“
86. S citovaným záverom rozsudku sa rovnako ako navrhovateľ stotožňuje aj úrad, pretože tak ako už bolo uvedené v bode 77 tohto rozhodnutia, dispozíciu so zdrojmi/kapacitami inej osoby môže uchádzač preukázať aj iným spôsobom ako len uzavretím odplatnej zmluvy, v zmysle ktorej sa iná osoba stane počas trvania zmluvného vzťahu aj subdodávateľom. Avšak úrad uvádza, že v predmetnom prípade nie je spor o tom, či navrhovateľ mal alebo nemal uzavrieť s inou osobou subdodávateľskú zmluvu, ale to, či zo Zmluvy o budúcej zmluve uzavretej s inou osobou vyplýva, ktoré konkrétne kapacity má iná osoba poskytnúť navrhovateľovi na plnenie danej zákazky, a ktorými konkrétnymi činnosťami sa táto iná osoba bude zúčastňovať na vykonaní danej zákazky.
87. Z predložených podkladov má úrad za to, že ani komisia kontrolovaného pri posudzovaní preukazovania splnenia podmienok účasti nepovažovala za jedinú správnu možnosť, ktorou by navrhovateľ mal preukázať splnenie podmienok podľa § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní iba to, aby sa uvedená iná osoba stala subdodávateľom a aby uchádzač inú osobu uviedol vo Vyhlásení uchádzača o subdodávkach. Ako uviedol aj kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam, **navrhovateľ neunesol dôkazné bremeno a nepreukázal reálne zapojenie sa kapacít inej osoby – spoločnosti ZZ na plnení predmetu zákazky/verejnej súťaže**. Podľa názoru úradu to neznamena, že by kontrolovaný trval na tom,

aby bola iná osoba uvedená navrhovateľom vo Vyhlásení uchádzača o subdodávkach, hoci v žiadosti o vysvetlenie zo dňa 12. 03. 2024 kontrolovaný poukázal na fakt, že navrhovateľ v uvedenej prílohe neuviedol žiadneho subdodávateľa.

88. Dôvod vylúčenia však priamo vyplýva z toho, čo bolo obsahom znenia Zmluvy o budúcej zmluve a obsahom odpovedí navrhovateľa na dve žiadosti o vysvetlenie. Zo znenia predmetnej Zmluvy o budúcej zmluve, ani z dvoch odpovedí k žiadostiam o vysvetlenie totiž kontrolovanému nebolo zrejmé, akým spôsobom sa budú kapacity inej osoby, ktorú navrhovateľ využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, využívať, resp. podieľať na plnení predmetu zákazky.
89. Kontrolovaný opakovane navrhovateľa jednoznačne žiadal, cit.: „*o uvedenie/o jednoznačný popis činností, ktoré bude pre Vás zabezpečovať hospodársky subjekt v postavení inej osoby v tejto zákazke – spoločnosť ZZ pri plnení predmetu zákazky?*“ Na čo navrhovateľ opakovane odpovedal nejednoznačným, ba až vágnym spôsobom, z ktorého nebolo možné určiť, či a aké činnosti bude iná osoba pre navrhovateľa v rámci plnenia predmetu zákazky zabezpečovať, pretože navrhovateľ viac krát zopakoval, že iná osoba bude pre neho počas celého plnenia predmetu zákazky preukazovať splnenie podmienok účasti, čo však podľa názoru úradu nie je v súlade s dikciou zákona a uvedené konanie vzbudzuje dojem preukázania splnenia podmienky účasti iba formálnym spôsobom bez toho, aby navrhovateľ reálne preukázal, či a ako budú kapacity inej osoby skutočne využívané pri plnení zmluvy, ktorá bude výsledkom procesu verejného obstarávania.
90. Ako je uvedené v bodoch 93 a 94 Rozhodnutia predseda úradu, cit.: „*uchádzač sa nemôže spoliehať na schopnosti iných subjektov s cieľom čisto formálne preukázať splnenie podmienok účasti, ale, naopak, musí verejnému obstarávateľovi, resp. obstarávateľovi preukázať, že skutočne disponuje konkrétnymi zdrojmi týchto subjektov, ktoré sám nemá a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky.*
Predmetnej povinnosti uchádzača preukázať verejnému obstarávateľovi, resp. obstarávateľovi, že skutočne bude mať k dispozícii konkrétne zdroje (kapacity) inej osoby, na ktorej spôsobilosť sa v súvislosti s podmienkami účasti odvoláva, zodpovedá povinnosť verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa posúdiť uchádzačom deklarovanú skutočnú dispozíciu so zdrojmi (kapacitami) inej osoby. Podľa názoru predsedu úradu k rovnakému záveru dospel aj Súdny dvor Európskej únie napríklad v citovanom rozsudku vo veci C-234/14, v ktorom konštatoval, cit.: „(...) obstarávateľovi prislúcha vykonať overenie spôsobilosti uchádzača vykonať predmetnú zákazku. Predmetom tohto overenia je najmä poskytnúť obstarávateľovi záruku, že uchádzač bude skutočne počas obdobia, na ktoré sa vzťahuje zákazka, používať zdroje, ktoré uplatňuje (...)“, ako aj generálny advokát Niilo Jääskinen vo svojich návrhoch (body 27 a 28) vo veci C-324/14, cit.: „(...) uchádzač, ktorý sa spolieha na využitie spôsobilostí iných subjektov, znáša bremeno preukázania verejnému obstarávateľovi, že ich skutočne má k dispozícii. Z tohto pohľadu možno článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 najlepšie chápať ako článok, ktorý ukladá dôkaznú povinnosť a v ktorom sa posúdenie tohto dôkazu ponecháva verejnému obstarávateľovi. Podľa článku 44 ods. 1 smernice 2004/18 verejnému obstarávateľovi prináleží, aby preveril spôsobilosť záujemcov alebo uchádzačov v súlade s kritériami stanovenými v článkoch 47 až 52 smernice 2004/18. Inými slovami, ako zdôraznil verejný obstarávateľ a Poľsko na pojednávaní, verejný obstarávateľ je viazaný povinnosťou zabezpečiť, aby bol úspešný uchádzač skutočne schopný zákazku riadne vykonať. Cieľom ustanovení smernice 2004/18 týkajúcich sa účasti tretích osôb na realizácii verejných zákaziek

je, aby sa zabránilo situácii, v ktorej by mal podnik právo na prístup k zadaniu zákazky, hoci nemá potrebné prostriedky na jej vykonanie. Článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 teda bráni tomu, aby verejný obstarávateľ vzhľadom na povinnosti, ktorými je viazaný, zastával k dôkazu poskytnutému uchádzačom čisto formálny prístup. Inými slovami, je neprijateľné, aby sa uchádzači odvolávali na spôsobilosti tretej osoby, ak tak konajú len na účely formálneho splnenia minimálnej podmienky spôsobilosti stanovenej v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania.“

91. Úrad rovnako považuje za potrebné poukázať na bod 99 vyššie citovaného Rozhodnutia predsedu úradu, v zmysle ktorého, cit.: „Predseda úradu v nadväznosti na uvedené považuje za potrebné dodať, že v čase uzavretia zmluvy o poskytnutí kapacít musia mať jej zmluvné strany (uchádzač a iná osoba, ktorej spôsobilosť uchádzač využíva) ustálené, ktoré konkrétne kapacity inej osoby, ktoré sú potrebné na plnenie zmluvy uzavretej ako výsledok verejného obstarávania, budú uchádzačovi poskytnuté na plnenie danej zákazky a budú teda uchádzačom pri plnení zákazky využívané. V opačnom prípade by totiž nebolo možné dospieť k záveru, že uchádzač preukázal skutočnú dispozíciu so zdrojmi inej osoby, ktoré sú potrebné na vykonanie danej zákazky.“
92. Z citovaných rozsudkov súdov EÚ, ako aj z Rozhodnutia predsedu úradu jednoznačne vyplýva, že navrhovateľ mal v čase predkladania ponuky viesť a v ponuke (v rámci Zmluvy o budúcej zmluve) aj uviesť, aké zdroje a kapacity mu budú zo strany inej osoby pri plnení danej zákazky poskytnuté a navrhovateľom aj následne využívané pri plnení predmetu zákazky. **Tým, že navrhovateľ v ponuke a následne ani v odpovediach na žiadosti o vysvetlenie neuviedol, akým spôsobom budú zdroje a kapacity poskytnuté inou osobou využívané navrhovateľom pri plnení predmetu zákazky, nepreukázal splnenie podmienok účasti podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.**
93. Navrhovateľ vo svojich námietkach namietal, že požiadavky kontrolovaného k preukázaniu spôsobu, akým sa bude iná osoba podieľať na plnení predmetu zákazky boli stanovené nad rámec požiadaviek uvedených v súťažných podkladoch a týmto spôsobom kontrolovaný súťažné podklady dotváral, čo je podľa názoru navrhovateľa z hľadiska princípov uplatňovaných v procese verejného obstarávania neprípustné. Kontrolovaný mal podľa slov navrhovateľa presne uviesť svoje požiadavky v zadávacej dokumentácii a nie až v žiadostiach o vysvetlenie. Podľa navrhovateľa takýmto postupom kontrolovaného neboli požiadavky aplikované na všetkých záujemcov a uchádzačov rovnako. Ak kontrolovaný žiadal, aby tieto iné osoby poskytovali pre uchádzačov konkrétne činnosti, mali byť podľa navrhovateľa uchádzačom známe a to tým, že ich kontrolovaný mal uviesť v súťažných podkladoch.
94. Navrhovateľ zároveň namieta, že pre stavebné práce, realizáciu ktorých bolo potrebné preukázať referenciami, nebolo v zmysle súťažných podkladov potrebné preukázať žiadnymi špeciálnymi odbornými skúsenosťami. Kontrolovaný mal podľa názoru navrhovateľa v súťažných podkladoch odôvodniť, prečo by práve pre tento charakter prác a pre tieto referencie mali platiť „dodatočné“ pravidlá. Rovnako tak nie je podľa názoru navrhovateľa odôvodnené, prečo je v prípade, ak uchádzači predložia referencie od iných osôb, potrebné, aby tieto iné osoby spolupracovali pri plnení zmluvy o dielo nad rámec požiadaviek vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní.
95. S uvedenou argumentáciou navrhovateľa, že ide o požiadavky nad rámec súťažných podkladov, úrad nemôže súhlasiť. Táto povinnosť totiž priamo vyplýva zo znenia § 33 ods. 2 a

§ 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých platí, že v prípade, ak záujemca/uchádzač použije na preukázanie splnenia podmienok účasti kapacity inej osoby, tak je povinný preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy **bude skutočne používať zdroje/kapacity tejto osoby**, ktorej postavenie využíva na preukázanie finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Túto povinnosť preukáže záujemca/uchádzač uzavretou písomnou zmluvou s inou osobou, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti, pričom **z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok inej osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu**. Za plnenie pritom nemožno v žiadnom prípade považovať len samotné preukázanie splnenia podmienok účasti, ale malo by ísť o záväzok inej osoby sa podieľať poskytovanými kapacitami na plnení predmetu zákazky. Uvedené je podporené argumentáciou úradu uvedenou v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia, v zmysle ktorých je povinnosťou záujemcu/uchádzača, aby už v čase preukazovania splnenia podmienok účasti disponoval informáciami, ktoré konkrétne zdroje/kapacity inej osoby, budú uchádzačovi poskytnuté na plnenie predmetu zákazky a budú uchádzačom pri plnení zákazky využívané.

96. Námietku navrhovateľa, že išlo o rozšírenie požiadaviek oproti súťažným podkladom alebo že ide o dodatočné požiadavky nad rámec zákona o verejnom obstarávaní nemôže brať úrad za relevantnú, nakoľko tieto povinnosti vyplývajú priamo zo zákona o verejnom obstarávaní a nemusia byť explicitne uvádzané v súťažných podkladoch a rovnako tak ich využitie nemusí verejný obstarávateľ osobitne odôvodňovať. Okrem toho úrad poukazuje na to, že takýto postup, kedy sa verejný obstarávateľ/obstarávateľ dopytuje na preukázanie, akým spôsobom bude záujemca/uchádzač používať zdroje/kapacity inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti, je bežnou praxou vo verejnom obstarávaní, tzv. *notorietou* v procese verejného obstarávania a aj z námietok navrhovateľa je zrejmé, že uvedený inštitút mu musí byť známy, vzhľadom na metodické usmernenia a rozhodnutia úradu, ktoré vo svojich námietkach cituje.

97. Ďalej navrhovateľ namietal aj to, že požiadavka na plnenie predmetu zákazky inou osobou, prostredníctvom ktorej záujemca/uchádzač preukazoval splnenie podmienky účasti, by sa malo vzťahovať iba na podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní a teda iba pre prípad, ak verejný obstarávateľ/obstarávateľ požaduje od záujemcov/ uchádzačov preukázať, že pri plnení predmetu zákazky budú mať k dispozícii požadovaných odborníkov. Svoje tvrdenie navrhovateľ opiera o argumentáciu, v zmysle ktorej, cit.: „*Ako už aj vyššie spomíname ustanovenie § 34 ods. 1 ZVO ako aj čl. 63 ods. 1 Smernice predpokladá potrebu priameho plnenia zákazky inou osobou poskytujúcou kapacity iba v prípade, ak ide o požiadavku súvisiacu:*

- a) so vzdelaním,
- b) odbornou kvalifikáciou alebo
- c) relevantnými odbornými skúsenosťami

najmä podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO.

Nakoľko ustanovenie § 34 ods. 3 ZVO odkazuje na ust. § 34 ods. 1 písm. g) ZVO iba demonštratívne, znamená to, že nevylučuje existenciu potreby priameho plnenia zákazky tzv. inou osobou podľa § 34 ods. 3 ZVO ani v iných prípadoch poskytnutia kapacít na účely preukázania splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 ZVO. Podmienkou však je, aby šlo o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami.“

98. Ako je z uvedenej argumentácie navrhovateľa zrejmé, poukazuje na to, že požiadavku priameho plnenia inou osobou poskytujúcou kapacity je možné vyžadovať predovšetkým v prípade, ak ide o požiadavky súvisiace s relevantnými odbornými skúsenosťami, ktoré navrhovateľ v rámci znenia námietok priradil najmä k § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad je však toho názoru, že (ako to naznačil aj sám navrhovateľ v citovanom texte vyššie) relevantné odborné skúsenosti by nemali byť viazané a priradované len k požiadavke, ktorá súvisí s preukázaním dispozície s odborníkmi na účel preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ale napríklad aj k požiadavke na preukázanie predchádzajúcich referenčných skúseností, ktorá súvisí s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) a b) zákona o verejnom obstarávaní, keďže práve prostredníctvom nej preukazujú záujemcovia/uchádzači relevantné odborné skúsenosti s predchádzajúcich zákaziek v rovnakom alebo obdobnom predmete ako je predmet obstarávanej zákazky.
99. Vzhľadom na všetky uvedené skutočnosti **úrad** po podrobnom preštudovaní si námietok **dospel k záveru, že navrhovateľ svojím konaním dostatočným spôsobom nepreukázal splnenie podmienok účasti podľa § 33 ods. 2 a § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**, keď na legitímne žiadosti o vysvetlenie kontrolovaného zo dňa 11. a 13. 03. 2024, v zmysle ktorých kontrolovaný navrhovateľ opakovane žiadal, cit.: „*o uvedenie/o jednoznačný popis činností, ktoré bude pre Vás zabezpečovať hospodársky subjekt v postavení inej osoby v tejto zákazke – spoločnosť ZZ pri plnení predmetu zákazky.*“, neodpovedal požadovaným spôsobom. Ani v jednej odpovedi navrhovateľ na žiadosti o vysvetlenie kontrolovaného neodpovedal jednoznačným spôsobom a obe odpovede obsahovali len všeobecné formulácie, že osoba, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazoval splnenie podmienok účasti, spoločnosť ZZ sa bude podieľať na plnení predmetu zákazky tak, že počas celého plnenia predmetu zákazky bude spĺňať podmienky účasti. **Úrad sa stotožňuje s názorom kontrolovaného, ktorý vo svojom vyjadrení k námietkam uviedol, že cit.: „ide o formálne preukázanie dispozície s finančnými zdrojmi a kapacitami tejto inej osoby, čo je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a tiež v rozpore s aplikačnou a rozhodovacou praxou Úradu.“** V zmysle už vyššie uvedených argumentov nemôže byť takéto konanie navrhovateľa zo strany úradu akceptované ako správne a súladné so zákonom obstarávaní.
100. V prípade, ak by kontrolovaný uznal, že navrhovateľ predmetnou Zmluvou o budúcej zmluve alebo odpoveďami k žiadostiam o vysvetlenie preukázal splnenie požadovaných podmienok, poprel by účel predmetných podmienok účasti, ktoré požadoval preukázať v procese verejného obstarávania podľa § 33 ods. 1 písm. d) a § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Účelom preukázania požadovaných podmienok účasti prostredníctvom iných osôb je, ako už bolo vyššie uvedené totiž to, aby mal verejný obstarávateľ/obstarávateľ za dostatočne preukázané, že **záujemca/uchádzač sa pri plnení zákazky v prípade potreby, bude môcť spolať na zdroje/kapacity inej osoby, pretože táto osoba disponuje zdrojmi alebo kapacitami, ktoré verejný obstarávateľ/obstarávateľ v rámci podmienok účasti požadoval predložiť za účelom preukázania finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti a mala by tak byť záujemcovi/uchádzačovi, ktorému svoje zdroje/kapacity poskytla na preukázanie splnenia podmienok účasti k dispozícií počas celého plnenia predmetu zákazky a to nielen formálne, ako tomu bolo v tomto prípade.**
101. V prípade, ak by úrad umožnil formálne preukazovanie splnenia podmienok účasti prostredníctvom iných osôb, mohlo by to mať neblahý vplyv na plnenie predmetu zákazky, pretože by iné osoby neboli viazané plnením si povinností, ku ktorým sa zaviazali tým, že

poskytli záujemcovi/uchádzačovi svoje zdroje/kapacity na preukázanie splnenia podmienok účasti. Týmto spôsobom by preukazovanie splnenia podmienok účasti stratilo svoj význam, pretože ktorýkoľvek hospodársky subjekt na trhu by mohol poskytnúť za určitú odplatu preukázanie splnenia podmienok účasti s tým, že by nebol viazaný povinnosťami, ktoré z relevantných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní vyplývajú.

102. V kontexte navrhovateľom namietaných skutočností a s ohľadom na vyššie uvedené zistenia, úrad konštatuje, že v posudzovanom konaní sa nepreukázalo, že by v postupe kontrolovaného, ktorý vylúčil navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní došlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní a vzhľadom na to **úrad považuje námietky navrhovateľa za neopodstatnené.**
103. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, námietky zamietne.
104. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť o námietkach navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

105. 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) zákona o verejnom obstarávaní. 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) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
106. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu vo výške určenej podľa § 172 ods. 2 písm. b) tohto zákona (4 794,76 EUR) stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia. Ostatnú časť kaucie, ktorá bola navrhovateľom zložená nad výšku kaucie podľa ustanovenia § 172 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (0,24 EUR), úrad vráti navrhovateľovi 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 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)

generálny riaditeľ sekcie dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XX** – navrhovateľ (splnomocnený člen skupiny dodávateľov)
2. **Národný onkologický ústav**, Klenová 1, 833 10 Bratislava, IČO: 00 165 336 – kontrolovaný