



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Dunajská 68, P. O. BOX 58, 820 04 Bratislava 24
Rada Úradu pre verejné obstarávanie

Bratislava 20. 02. 2014
Číslo: 108-9000/2014-KR/2

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 109 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) a orgán príslušný podľa § 111d ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vo veci odvolania uchádzača skupiny dodávateľov zloženej zo spoločností **XY** ako vedúci člen skupiny, **XX a YY** ako členovia skupiny (ďalej len „navrhovateľ“) proti rozhodnutiu úradu č. 13186-6000/2013-ON/352 zo dňa 20. 12. 2013, vydanom v konaní o námietkach proti vylúčeniu navrhovateľa z verejnej súťaže na predmet zákazky „Strážna služba“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Jadrová a vyrad'ovacia spoločnosť, a. s.**, Tomášikova 22, 821 02 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 25. 06. 2013 pod značkou 2013/S 121-207614 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 123/2013 zo dňa 26. 06. 2013 pod značkou 9985–MSS, vydáva toto

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

Rada Úradu pre verejné obstarávanie **mení** výrok rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie č. 13186-6000/2013-ON/352 zo dňa 20. 12. 2013 podľa § 142 ods. 7 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nasledovne:

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariad'uje** kontrolovanému **Jadrová a vyrad'ovacia spoločnosť, a. s.**, Tomášikova 22, 821 02 Bratislava vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Strážna služba“, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 25. 06. 2013 pod značkou 2013/S 121-207614 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 123/2013 zo dňa 26. 06. 2013 pod značkou 9985–MSS, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení uchádzača skupiny dodávateľov zloženej zo spoločností **XY, XX a YY a pokračovať vo verejnom obstarávaní** zaradením tohto vylúčeného uchádzača do procesu verejného obstarávania a znovu vyhodnotením častí ponúk označených ako „Ostatné“, **do 30 dní** od doručenia tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ doručil úradu dňa 07. 01. 2014 v zákonom stanovenej lehote podľa § 142 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 13186-6000/2013-ON/352 zo dňa 20. 12. 2013 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“).

Prvostupňové rozhodnutie úradu

2. Úrad vo výroku rozhodnutia o námietkach podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zamietol námietky navrhovateľa smerujúce proti jeho vylúčeniu z predmetnej verejnej súťaže.
3. V odôvodnení rozhodnutia o námietkach úrad konštatoval, že kontrolovaný v bode III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania požadoval potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti minimálne na stupeň utajenia dôverné vydané Národným bezpečnostným úradom (ďalej aj „NBÚ“), ktoré by preukazovalo, že uchádzač je schopný zabezpečiť, aby sa jeho zamestnanci mohli oboznamovať s utajovanými skutočnosťami, s ktorými pri výkone predmetu zákazky prídu do kontaktu. Predmetnú podmienku úrad považoval za požiadavku na predmet zákazky, ktorá je predpokladom k riadnemu plneniu zmluvných podmienok.
4. K tvrdeniu navrhovateľa, že predmetnú podmienku ako skupina dodávateľov preukázal spoločne, úrad v odôvodnení rozhodnutia o námietkach uviedol, že zo súťažných podkladov, najmä z predmetu zákazky a zo zmluvy o poskytovaní strážnej služby jednoznačne vyplýva, že predmetná podmienka, napriek tomu, že je uvedená v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v podmienkach účasti, je požiadavkou na predmet zákazky. Úrad poukázal na to, že nakoľko ide o špecifický režim poskytovania danej služby, nie je možné, aby túto zákazku vykonával poskytovateľ, ktorý nie je držiteľom platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti.
5. Úrad pri posudzovaní opodstatnenosti vylúčenia navrhovateľa vychádzal aj z poskytnutého stanoviska NBÚ, ako aj odpovede samotného navrhovateľa, v ktorej uviedol, že zmluva o poskytovaní strážnej služby bude podpísaná so všetkými tromi členmi skupiny, čo úrad označil za podstatné z hľadiska skutočnosti, že jeden člen skupiny nedisponuje oprávnením na poskytovanie služby v rozsahu a podmienkach uvedených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.
6. Úrad v odôvodnení rozhodnutia o námietkach poukázal aj na to, že v prípade úspešnosti navrhovateľa, by v zmluve na strane poskytovateľa figurovali tri subjekty, t. j. všetci členovia skupiny dodávateľov. Na základe toho mal úrad za to, že nie je možné, aby navrhovateľ splnil zmluvnú podmienku, resp. požiadavku na predmet zákazky uvedenú v bode 7.8 čl. VII zmluvy o poskytovaní strážnej služby, podľa ktorej má poskytovateľ vyhlásiť, že ako podnikateľ spĺňa všetky požiadavky zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o ochrane utajovaných skutočností“) týkajúce sa priemyselnej bezpečnosti a všetky požiadavky na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností, keďže jeden z troch členov skupiny dodávateľov nie je držiteľom potvrdenia NBÚ o priemyselnej bezpečnosti. Úrad konštatoval, že ak je poskytovateľ definovaný viacerými subjektmi, musia pre účely splnenia zmluvnej podmienky podľa bodu 7.8 čl. VII zmluvy o poskytovaní strážnej služby spĺňať požiadavky zákona o ochrane utajovaných skutočností všetky subjekty na strane poskytovateľa.
7. Úrad zároveň v odôvodnení rozhodnutia o námietkach poukázal na to, že pokiaľ mal navrhovateľ pochybnosti, ako má preukázať splnenie podmienky účasti uvedenej v bode III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania ako skupina dodávateľov, bolo v jeho záujme využiť inštitút vysvetlenia podmienok uvedených v tomto oznámení.

8. V závere odôvodnenia rozhodnutia o námietkach úrad uviedol, že navrhovateľ bol z predmetnej súťaže vylúčený v súlade s § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nespĺnil požiadavku kontrolovaného na predmet zákazky v súvislosti s preukázaním, že ako potenciálny poskytovateľ predmetnej služby je oprávnený na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami na základe potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti.

Odvolanie podané navrhovateľom

9. Proti predmetnému rozhodnutiu o námietkach navrhovateľ uplatnil na úrade odvolanie, v ktorom uvádza, že vo výroku rozhodnutia o námietkach úrad uviedol len číselné označenie § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní bez konkretizácie – aplikácie jeho obsahu na podanie navrhovateľa.
10. Navrhovateľ následne zhodne s obsahom svojich námietok uvádza, že pri hodnotení podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti pri uchádzačovi, ktorý je tvorený skupinou dodávateľov, kontrolovaný neuviedol v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v prípade tejto skupiny vyžadované podmienky účasti, pričom v tomto oznámení pri podmienkach účasti týkajúcich sa osobného postavenia, ekonomického a finančného postavenia kontrolovaný uviedol, špecifikoval podmienky účasti pre uchádzača, ktorý je tvorený skupinou dodávateľov.
11. Kontrolovaný je podľa navrhovateľa povinný rešpektovať zákonnú úpravu § 31 zákona o verejnom obstarávaní, teda umožniť účasť skupine dodávateľov a umožniť preukazovať podmienky účasti týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti skupine dodávateľov spoločne. Navrhovateľ má za to, že pokiaľ pre skupinu dodávateľov z povahy predmetu zákazky „strážna služba“ vyplynuli pre kontrolovaného osobitné požiadavky na dodanie predmetu zákazky týkajúce sa zákona o ochrane utajovaných skutočností, bol povinný ich v súťažných podkladoch presne vymedziť.
12. Navrhovateľ ďalej vo svojom odvolaní poukazuje na to, že napriek ustanoveniu bodu III.2.3 podbodu 5 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, podľa ktorého doklady, ktoré sa vyžadujú na preukázanie splnenia podmienok účasti, bude kontrolovanému predkladať len uchádzač, ktorý predložil ponuku v lehote na predkladanie ponúk a ktorého ponuka nebola vylúčená a predložil najlepší návrh na plnenie kritéria na vyhodnotenie ponúk, kontrolovaný predmetné doklady vyžadoval už v čase pred otváraním častí ponúk „Kritériá“.
13. Navrhovateľ zároveň poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný nevyužil možnosť v zmysle § 108f ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní poskytnúť v prípade potreby záujemcom, ktorí ešte nevlastnia oprávnenie oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami, dodatočný čas na získanie takéhoto oprávnenia. Na základe uvedeného navrhovateľ vyjadruje svoje presvedčenie, že kontrolovaný porušil princípy verejného obstarávania tým, že nevyhodnocoval splnenie podmienok účasti v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, resp. nepostupoval pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti ku všetkým uchádzačom rovnako.
14. S poukázaním na právnu úpravu § 32 zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ uvádza, že všetky podmienky účasti vo verejnom obstarávaní musia byť uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, ktoré je podkladom pre verejného obstarávateľa pre vyhodnotenie splnenia podmienok účasti. V súlade so zákonom o verejnom obstarávaní

preto podľa navrhovateľa nie je taký postup kontrolovaného, ktorý v oznámení neuvedie úplné znenie všetkých podmienok účasti.

15. K tvrdeniu kontrolovaného a úradu v odôvodnení rozhodnutia o námietkach, že navrhovateľ bol vylúčený pre nesplnenie požiadaviek na predmet zákazky, nie podmienok účasti, navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný, ako aj úrad pri tomto svojom tvrdení prehliadajú, že ustanovenie § 42 zákona o verejnom obstarávaní je ustanovením, ktoré upravuje postup verejného obstarávateľa pri zisťovaní, či sú splnené podmienky účasti, teda upravuje procesnú stránku postupu pri zisťovaní podmienok účasti, ktoré obsahujú okrem iného aj požiadavky na predmet zákazky.
16. V závere svojho odvolania navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný neuviedol rovnaké podmienky účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch, oboznámenie sa s podmienkami účasti viazal na registráciu uchádzača, t. j. na podanie žiadosti a aj napriek tomu, že mu z povahy predmetu zákazky vyplynuli osobitné požiadavky na dodanie predmetu zákazky týkajúce sa zákona o ochrane utajovaných skutočností, touto skutočnosťou sa v súťažných podkladoch kontrolovaný nezaoberal a presne ich nevymedzil, pričom tento nedostatok sa snažil odstrániť na ťarchu navrhovateľa.
17. Na základe uvedených skutočností navrhovateľ žiada, aby rada vydala rozhodnutie, ktorým nariadi odstránenie protiprávneho stavu, konkrétne zruší rozhodnutie kontrolovaného o výsledku vyhodnotenia ponúk a rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a nariadi zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania.

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu navrhovateľa

18. Kontrolovaný doručil úradu dňa 16. 01. 2014 svoje vyjadrenie k podanému odvolaniu, v ktorom uvádza, že navrhovateľ vo svojom odvolaní rozporuje dve skutočnosti, ktorých sa podľa neho dopustil kontrolovaný, a to:
 1. vyžadovanie splnenia podmienok účasti, ktoré neboli v súťaži uvedené,
 2. vyžadovanie stanovísk a vyjadrení k plneniu podmienok, ktoré kontrolovaný neurčil.
19. V nadväznosti na uvedené, kontrolovaný uvádza, že žiadna z týchto skutočností nenastala, nakoľko navrhovateľ nebol vylúčený pre nesplnenie podmienok účasti, ale pre nesplnenie požiadaviek na predmet zákazky a taktiež na navrhovateľa neboli kladené žiadne požiadavky na stanoviská a vyjadrenia k plneniu podmienok, ktoré kontrolovaný neurčil.
20. Kontrolovaný následne poukazuje na to, že pre rozpornosť svojho prvého vysvetlenia navrhovateľ sám popísal vo svojom druhom vysvetlení svoj prístup k podpisu zmluvy, keď uviedol, že v prípade uzatvárania zmluvy túto podpíšu ako zmluvní partneri kontrolovaného všetci traja členovia skupiny, ktorí si zmluvné vzťahy medzi sebou dohodnú na základe zmluvy o združení, pričom v zmluve budú upravené práva a povinnosti členov skupiny dodávateľov tak, aby boli naplnené všetky ustanovenia zákona o ochrane utajovaných skutočností; pre styk s utajovanými skutočnosťami budú poverené výlučne spoločnosti, ktoré majú bezpečnostnú previerku NBÚ.
21. Kontrolovaný ďalej vo svojom vyjadrení k odvolaniu navrhovateľa uvádza, že zmluva je neobíditeľnou súčasťou plnenia požiadaviek predmetu zákazky, pričom následne cituje body 7.8 až 7.11 čl. VII zmluvy o poskytovaní strážnej služby. Nakoľko podľa

kontrolovaného ide o závažné legislatívne súvislosti, komisia kontrolovaného na vyhodnotenie ponúk požiadala o stanoviská NBÚ a právne stanovisko (*pozn. rady: právneho odboru kontrolovaného*), z ktorých vyplynulo:

1. Podľa § 44 ods. 1 zákona o ochrane utajovaných skutočností utajovanú skutočnosť možno postúpiť zo štátneho orgánu na podnikateľa, ktorému bolo vydané potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti, iba na základe zmluvy.
 2. Z uvedeného vyplýva, že bez platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti a bez platnej zmluvy o postúpení utajovanej skutočnosti nie je možné oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou podnikateľa.
 3. Člen skupiny, ktorý nemá potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti, nemôže svojím podpisom pristúpiť k zmluve, ktorá priamo obsahuje alebo predpokladá postupovanie utajovaných skutočností. Takýto záväzok by nemal na seba zobrať s vedomím, že takéto potvrdenie mu nebolo vydané. Nie je rozhodujúce, či si následne túto vec upraví inou zmluvou. V prípade, ak nedisponuje potvrdením o priemyselnej bezpečnosti, tak nie je oprávnený takúto zmluvu podpísať.
22. Na základe uvedeného kontrolovaný uvádza, že pristúpil k vylúčeniu navrhovateľa podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu nesplnenia požiadaviek na predmet zákazky. Kontrolovaný zdôrazňuje, že v predmetnom prípade nejde o podmienky účasti a ani osobitné podmienky účasti pre skupinu dodávateľov. Navrhovateľ mal ako súčasť súťažných podkladov k dispozícii zmluvu, jej ustanovenia nerozporoval, pričom zmluva nie je inštitútom podmienok účasti, ale požiadaviek na predmet zákazky. V závere svojho vyjadrenia kontrolovaný opätovne poukazuje na to, že vo svojom vysvetlení navrhovateľ tvrdil, že zmluvu budú podpisovať všetci traja členovia skupiny, na základe čoho mal za to, že v zmysle ustanovení zmluvy (7.8 až 7.11 čl. VII) jeden z členov skupiny nie je oprávnený podpísať zmluvu, a teda ani uchádzač ako skupina dodávateľov ju podpísať nemôže. Navrhovateľ sa podľa názoru kontrolovaného stal nespôsobilým nie vzhľadom na podmienky účasti, ale na podpis zmluvy, a teda naplnenie požiadaviek na predmet zákazky.

Zistenia rady

23. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž podľa § 50 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Strážna služba“ v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 25. 06. 2013 pod značkou 2013/S 121-207614 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 123/2013 zo dňa 26. 06. 2013 pod značkou 9985–MSS. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky 6 543 793 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. V lehote na prijímanie žiadostí o súťažné podklady podľa bodu IV.3.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, t. j. do 12. 08. 2013 o súťažné podklady požiadalo 17 záujemcov. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 13. 08. 2013 - 10.00 hod. predložili ponuku do predmetnej súťaže 6 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo dňa 13. 08. 2013 o 12:00 hod. Kontrolovaný požiadal o doplnenie predložených dokladov štyroch uchádzačov, vrátane navrhovateľa, následne požiadal o vysvetlenie predložených dokladov ešte dvoch uchádzačov, vrátane navrhovateľa. Z dokumentu „Zápisnica z vyhodnotenia častí ponúk „Ostatné“ vyplýva, že kontrolovaný vylúčil z predmetnej verejnej súťaže dvoch uchádzačov, vrátane navrhovateľa. Kontrolovaný oznámil navrhovateľovi jeho vylúčenie z predmetnej verejnej súťaže listom zo dňa 21. 10. 2013, doručeným navrhovateľovi dňa 24. 10. 2013. Navrhovateľ následne doručil dňa 31. 10. 2013 úradu a kontrolovanému námietky proti vylúčeniu uchádzača z predmetnej verejnej súťaže, o ktorých úrad rozhodnutím

č. 13186-6000/2013-ON/352 zo dňa 20. 12. 2013 rozhodol tak, že ich zamietol. Dňa 07. 01. 2014 doručil navrhovateľ úradu odvolanie proti predmetnému rozhodnutiu o námietkach. Zo zápisnice z vyhodnotenia častí ponúk „Ostatné“ zo dňa 09. 01. 2014 vyplýva, že kontrolovaný vylúčil ďalšieho uchádzača z dôvodu nepredĺženia bankovej záruky do nového termínu lehoty viazanosti ponúk. Na základe výzvy úradu kontrolovaný doručil úradu vyjadrenie k podanému odvolaniu navrhovateľa a kompletnú dokumentáciu k predmetnej súťaži dňa 16. 01. 2014.

24. V bode III.2.3 „**Technická spôsobilosť**“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania kontrolovaný vyžadoval preukázať: „kontrolu technickej spôsobilosti - predložením **platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti minimálne na stupeň utajenia dôverné, vydaného Národným bezpečnostným úradom v súlade s § 50 ods. 1 zákona o ochrane utajovaných skutočností, alebo ekvivalentný doklad.**“
25. V bode 7.8 až 7.11 čl. VII **zmluvy o poskytovaní strážnej služby**, ktorá bola prílohou súťažných podkladov (ďalej aj „zmluva“), kontrolovaný uviedol:
- „**Poskytovateľ vyhlasuje, že ako podnikateľ spĺňa všetky požiadavky zákona o ochrane utajovaných skutočností týkajúce sa priemyselnej bezpečnosti a všetky požiadavky na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností;**
 - Poskytovateľ sa zaväzuje zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností, ktoré sú obsahom tejto zmluvy, aj vo vzťahu ku všetkej komunikácii prebiehajúcej medzi zmluvnými stranami;
 - Poskytovateľ je v súlade s ustanoveniami zákona o ochrane utajovaných skutočností povinný postupovať aj vo vzťahu k svojim zamestnancom a pri zabezpečovaní plnenia akejkoľvek činnosti podľa tejto zmluvy;
 - **Konkrétne práva a povinnosti zmluvných strán vo vzťahu k utajovaným skutočnostiam, ak s týmito bude mať byť v zmysle tejto zmluvy poskytovateľ oboznamovaný, budú obsiahnuté v osobitnej zmluve o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami uzavretej medzi zmluvnými stranami.**“
26. Navrhovateľ predložil vo svojej ponuke v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadované potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti za vedúceho člena XY a za člena skupiny XX . Tretí člen skupiny YY predmetné potvrdenie v ponuke nepredložil.
27. Kontrolovaný listom zo dňa 20. 08. 2013 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie ponuky, konkrétne: „akým spôsobom chce v prípade zmluvného plnenia ako skupina dodávateľov zabezpečiť zákonné povinnosti subjektu disponujúceho potvrdením NBÚ, keď takéto potvrdenie podľa predložených dokladov majú len uchádzači XY a XX a nie aj ďalší člen skupiny dodávateľov YY.“
28. Vo svojom vysvetlení zo dňa 27. 08. 2013 navrhovateľ uviedol, že „skupina dodávateľov určila za team leader-a spoločnosť XY v zmysle potvrdenia NBÚ sú ďalší členovia skupiny dodávateľov poddodávateľia, preto je táto podmienka účasti nielen v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, ale aj z hľadiska požiadaviek NBÚ splnená pre spoločnosť YY prostredníctvom potvrdenia NBÚ spoločnosti XY.“
29. S odvolaním sa na uvedené vysvetlenie kontrolovaný požiadal navrhovateľa listom zo dňa 12. 09. 2013 o ďalšie vysvetlenie, v ktorom ho žiadal vysvetliť, či „jeho vyjadrenie je možné chápať tak, že v prípade podpisu zmluvy bude zmluvným partnerom verejného obstarávateľa len spoločnosť XY.“

30. Vo svojom druhom vysvetlení zo dňa 17. 09. 2013 navrhovateľ uviedol, že „zmluvu podpíšu všetci traja členovia skupiny, ktorí si zmluvné vzťahy medzi sebou upravujú na základe zmluvy o združení tak, aby boli naplnené všetky ustanovenia zákona o ochrane utajovaných skutočností. **Pre styk s utajovanými skutočnosťami budú poverené výlučne spoločnosti XY a XX. Spoločnosť YY sa bude podieľať výlučne na finančnom zabezpečení zákazky a personálnej práce s pracovníkmi vykonávajúcimi fyzickú ochranu (výber, školenie a výcvik).“**
31. Kontrolovaný následne požiadal o stanovisko NBÚ, z ktorého vyplynulo, že „podľa § 43 zákona o ochrane utajovaných skutočností, ak je odôvodnený predpoklad, že štátny orgán požiada podnikateľa o vytvorenie utajovanej skutočnosti alebo ak bude potrebné postúpiť utajovanú skutočnosť zo štátneho orgánu podnikateľovi, je podnikateľ povinný požiadať úrad o vydanie potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti. Podľa § 44 ods. 1 zákona o ochrane utajovaných skutočností utajovanú skutočnosť možno postúpiť zo štátneho orgánu na podnikateľa, ktorému bolo vydané potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti, iba na základe zmluvy. **Základnou zákonnou požiadavkou pre podnikateľa oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami je teda vydanie potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti úradom a uzatvorenie zmluvy o postúpení utajovanej skutočnosti.** Z uvedeného vyplýva, že bez platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti a bez platnej zmluvy o postúpení utajovanej skutočnosti nie je možné oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou podnikateľa.“
32. Kontrolovaný následne požiadal o stanovisko aj svoj právny odbor, z ktorého vyplýva, že „člen skupiny, ktorý nemá potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti nemôže svojím podpisom pristúpiť k zmluve, ktorá priamo obsahuje alebo predpokladá postupovanie utajovaných skutočností. Takýto záväzok by nemal na seba zobrať s vedomím, že takéto potvrdenie mu nebolo vydané. Nie je rozhodujúce, či si následne tieto veci upraví inou zmluvou. V prípade, ak nedisponuje potvrdením o priemyselnej bezpečnosti, tak nie je oprávnený takúto zmluvu podpísať.“
33. Na základe uvedeného kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu uchádzača. V oznámení o vylúčení navrhovateľa zo dňa 21. 10. 2013 kontrolovaný citoval obsah druhého vysvetlenia navrhovateľa, body 7.8 až 7.11 zmluvy a ďalej sa odvolal na stanovisko NBÚ a svojho právneho odboru.

Právny rámec

34. Podľa § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, v znení účinnom v čase vyhlásenia predmetnej súťaže (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní v príslušnom znení“), sa pri zadávaní zákaziek musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
35. Podľa § 28 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v príslušnom znení **technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať** podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb **jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:**
- a) zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; ak odberateľom

1. bol verejný obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí tento verejný obstarávateľ,
 2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak to nie je možné, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich dodaní,
- b) zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom
1. bol verejný obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí tento verejný obstarávateľ,
 2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak to nie je možné, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení,
- c) údajmi o technikoch alebo technických orgánoch, tých, ktorí sú zodpovední za kontrolu kvality bez ohľadu na to, v akom zmluvnom vzťahu sú k uchádzačovi alebo záujemcovi; ak ide o zákazku na stavebné práce, tých, na ktorých sa môže uchádzač alebo záujemca obrátiť so žiadosťou o vykonanie týchto prác,
- d) ak ide o dodanie tovaru alebo poskytnutie služby, opisom technického vybavenia a opatrení použitých uchádzačom alebo záujemcom na zabezpečenie kvality a jeho študijných a výskumných zariadení,
- e) ak ide o zložité výrobky, ktoré sa majú dodať, alebo výrobky určené na osobitné účely, kontrolou výrobných kapacít uchádzača alebo záujemcu vykonanou verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom alebo v jeho mene príslušným orgánom v krajine sídla uchádzača alebo záujemcu a so súhlasom tohto orgánu; ak je to potrebné, kontrolou študijných a výskumných prostriedkov, ktoré sú k dispozícii, a kvality používaných kontrolných opatrení,
- f) ak ide o zložité služby alebo služby určené na osobitné účely, kontrolou technickej spôsobilosti uchádzača alebo záujemcu poskytujúceho služby vykonanou verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom alebo v jeho mene príslušným orgánom v krajine sídla uchádzača alebo záujemcu a so súhlasom tohto orgánu; ak je to potrebné, kontrolou študijných a výskumných prostriedkov, ktoré sú k dispozícii, a kvality používaných kontrolných opatrení,
- g) údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác alebo za poskytnutie služby,
- h) uvedením opatrení environmentálneho manažérstva, ktoré uchádzač alebo záujemca použije pri plnení zmluvy, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služby, ak je to vhodné,
- i) ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky,
- j) údajmi o strojom a technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby,
- k) uvedením podielu plnenia zo zmluvy, ktorý má uchádzač alebo záujemca poskytujúci službu v úmysle zabezpečiť subdodávateľom,

- l) ak ide o tovar, ktorým sú výrobky, ktoré sa majú dodať,
1. vzorkami, opismi alebo fotografiami,
 2. vyhláseniami zhody a doplnujúcimi podkladmi k nim, certifikátmi vydanými autorizovanými osobami alebo notifikovanými osobami, ktoré majú oprávnenie na posudzovanie zhody výrobkov alebo na preukazovanie zhody stavebných výrobkov s technickými špecifikáciami.

36. Podľa čl. 48 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (ďalej len „smernica“) „podľa povahy, množstva alebo dôležitosti, ako aj využitia prác, dodávok tovaru alebo služieb možno technickú spôsobilosť hospodárskych subjektov preukázať **jedným alebo niekoľkými z týchto spôsobov: ...**“
37. Podľa § 31 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní v príslušnom znení **skupina dodávateľov preukazuje** splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúcich sa osobného postavenia za každého člena skupiny osobitne a **splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti preukazuje spoločne**. Splnenie podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) preukazuje člen skupiny len vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má zabezpečiť.
38. Podľa § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v príslušnom znení **verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi**. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania.
39. Podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v príslušnom znení je vyhodnocovanie ponúk komisiou neverejné. **Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky** a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú požiadavky na predmet zákazky uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž a v súťažných podkladoch; 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 a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú určené požiadavky. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadoval od uchádzačov zábezpeku, komisia posúdi zloženie zábezpeky a vylúči ponuku uchádzača, ktorý nezložil zábezpeku podľa určených podmienok. Pri vyhodnocovaní ponuky s variantným riešením postupuje podľa § 37 ods. 3.

Právne posúdenie radou

40. Rada v zmysle § 142 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala napadnuté rozhodnutie úradu, a to predovšetkým v nadväznosti na skutočnosti uvádzané navrhovateľom v odvolaní a kontrolovaným v jeho vyjadrení k odvolaniu.
41. Rada v nadväznosti na uvedený prípad vo všeobecnosti uvádza, že zúčastniť sa verejného obstarávania môže okrem uchádzačov ako samostatných právnych subjektov aj skupina dodávateľov zložená z dvoch alebo viacerých takýchto subjektov. Účelom zapojenia skupiny dodávateľov do verejného obstarávania je umožnenie účasti na plnení verejných zákaziek

aj subjektom, ktorí by inak samostatne neboli schopní realizovať zákazku, avšak po spojení svojich finančných, technických alebo odborných kapacít sa stávajú na to dostatočne spôsobilými. Uvedené podporuje čo najširšiu hospodársku súťaž, ktorá je predpokladom vygenerovania čo najlepšej ponuky z hľadiska nastavených kritérií na vyhodnotenie ponúk. V takomto prípade v súlade s § 31 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, citovanom v bode 37 odôvodnenia tohto rozhodnutia, platí, že skupina dodávateľov preukazuje splnenie ekonomického a finančného postavenia, technickej alebo odbornej spôsobilosti spoločne, čo znamená, že pre účely vyhodnotenia spôsobilosti na plnenie zákazky je postačujúce, ak príslušnú podmienku účasti spĺňa niektorý z členov skupiny dodávateľov.

42. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že je potrebné zo strany verejného obstarávateľa venovať zvýšenú pozornosť stanoveniu podmienok účasti, ako aj dokladov na ich preukázanie, v samotnom oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, príp. aj v súťažných podkladoch, aby napĺňali účel princípu transparentnosti vo verejnom obstarávaní, teda aby bolo jednotlivým záujemcom jasne a zrozumiteľne tlmočené, vyjadrené, čo konkrétne je od nich požadované splniť a preukázať. V súlade s uvedeným princípom je následne kladená požiadavka na verejného obstarávateľa, aby vyžadované podmienky účasti čisto a priehľadne vyhodnotil v súlade s tým, čo bolo v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovené. Teda inak povedané, aby postupoval v súlade s tým, čo si sám stanovil, v žiadnom prípade však už v tejto fáze verejného obstarávania po predložení ponúk nemôže vykladať stanovené podmienky účasti, resp. doklady slúžiace na ich preukázanie, iným spôsobom, meniť ich alebo inak si ich vo svoj prospech alebo v prospech iných hospodárskych subjektov prispôbovať. Tieto jedny zo základných požiadaviek na proces verejného obstarávania je potrebné v každom prípade zo strany verejného obstarávateľa dodržať, nakoľko predstavujú predpoklad na následné dosiahnutie a naplnenie ďalších princípov verejného obstarávania, a to princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie, ktorý by iste nebol dodržaný pri takom postupe verejného obstarávania, ktorý nepostupuje pri vyhodnocovaní v súlade so stanovenými podmienkami účasti pri niektorom záujemcovi alebo uchádzačovi, ako aj princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania, keďže dôsledkom takéhoto postupu verejného obstarávateľa môže byť vylúčenie najvýhodnejšej ponuky alebo ponúk z hľadiska nastavených kritérií.

43. Rada v tejto súvislosti uvádza, že predmetné závery sú podporené nielen početnou rozhodovacou praxou úradu, ale aj slovenskou či európskou judikatúrou. Rada napr. poukazuje na rozsudok zo dňa 07.12.2000 vo veci C-324/98, Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG (Recueil s. 1-10745, bod 62), v ktorom Súdny dvor EÚ vyložil, že princíp transparentnosti spočíva v zárukách poskytovaných všetkým potenciálnym uchádzačom o verejnú zákazku ohľadne zodpovedajúceho stupňa publicity umožňujúceho otvorenie zadávacieho konania konkurencii, rovnako ako kontroly nestrannosti priebehu zadávacieho konania. K zhodným záverom dospel Súdny dvor aj v rozsudku zo dňa 13. 11. 2008 vo veci C-324/07, Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de BruxellesCapitale (Sb. rozh. s. 1-8457, bod 25). Význam zásady transparentnosti v prvom rade smeruje k cieľu samotného práva verejných zákaziek, ktorým je zabezpečenie hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti nakladania s verejnými prostriedkami. (rozsudok NSS ČR zo dňa 05.6.2008, čj. 1 Afs 20/2008 - 152, vo veci Lumius, spol. s r. o., publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, prípadne obdobne stanovisko generálnej advokátky Christine Stix-Hackl zo dňa 12. 04. 2005 vo veci C-231/03, Coname, bod 92, podľa ktorej „transparentnosť má zaručiť nenarušenú hospodársku súťaž a prispieť k otvoreniu vnútroštátnych trhov“). Obdobne v rozsudku Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 35/2013-67 súd konštatoval: „Podľa čl. 1 ods. 1 prvá veta Ústavy SR je Slovenská republika

zvrchovaný, demokratický a právny štát. Základom interpretácie a aplikácie čl. 1 ods. 1 je zabezpečenie materiálneho a nie formálneho právneho štátu. Ústavný súd SR princíp materiálneho právneho štátu vyjadril v právnom názore: „V právnom štáte, v ktorom sú ako neoddeliteľné súčasťou okrem iných stelesnené princípy, ako sú právna istota a spravodlivosť (princíp materiálneho právneho štátu), čo možno spoľahlivo vyvodiť z čl. 1 ústavy, sa osobitný dôraz kladie na ochranu tých práv, ktoré sú predmetom jeho úpravy.“ (I. ÚS 17/1999, nález zo dňa 22.09.1999, Zbierka náleзов a uznesení Ústavného súdu SR 1999, s 365, zhodne I. ÚS 44/1999, nález z 13.10.1999, Zbierka náleзов a uznesení Ústavného súdu SR 1999, s. 382). Z hľadiska princípu právnej istoty podlieha ochrane aj legitímne očakávanie, ktoré je užšou kategóriou ako právna istota (nález Ústavného súdu SR, sp. zn. PLo ÚS 16/06 zo dňa 30.04.2008, nález Ústavného súdu sp. zn. Pl. ÚS 12/05 zo dňa 28.11.2007). Účelom legitímneho očakávania je garancia čitateľnosti správania sa orgánov verejnej moci a ochrana súkromných osôb pred nepredvídateľným mocenským zásahom do ich právnej situácie, na vyústenie ktorej do určitého výsledku sa spoliehali (m.m. nález Ústavného súdu SR sp. zn. Pl. ÚS 16/06 zo dňa 24.06.2009, nález Ústavného súdu SR sp. zn. PLo ÚS 10/04 zo dňa 06.02.2008). Je nesporné, že žalobca spĺňajúci požadované kvalifikačné kritériá mal legitímne očakávanie, že jeho ponuka bude verejným obstarávateľom aj vyhodnotená.“

44. Uplatnenie uvedených základných požiadaviek a zásad vo verejnom obstarávaní, judikovaných úradom, slovenskými, ako aj európskymi súdnymi inštitúciami, na predmetný postup zadávania zákazky znamená, že v predmetnom prípade sporná podmienka účasti, resp. doklad slúžiaci na jej preukázanie – „potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti minimálne na stupeň utajenia dôverné, vydané Národným bezpečnostným úradom, alebo ekvivalentný doklad“, ktoré bolo v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania jasne a zrozumiteľne vyžadované v rámci technickej spôsobilosti, je potrebné zo strany verejného obstarávateľa aj takto vyhodnotiť u jednotlivých uchádzačov. Nestanovenie určitých požiadaviek alebo ich nejasné stanovenie zo strany kontrolovaného nemôže byť v žiadnom prípade na úkor uchádzačov a byť dôvodom ich vylúčenia. **Je potrebné postupovať striktnie v súlade s tými požiadavkami, ktoré si v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch kontrolovaný stanovil, nie je možné dodatočne ich meniť, upravovať, inak vykladať alebo prekvalifikovať. Pokiaľ bol teda sporný doklad stanovený medzi dokladmi slúžiacimi na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, je potrebné takýmto spôsobom ho aj vyhodnotiť.** V prípade navrhovateľa uvedené znamená, že malo byť predloženie tohto dokladu min. jedným z členov skupiny dodávateľov vyhodnotenú za postačujúcu na základe právnej úpravy § 31 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Opačný výklad, teda vyžadovanie predloženia tohto dokladu od každého člena skupiny dodávateľov, rada nepokladá za súladný so základnými princípmi verejného obstarávania popísanými v bode 42 a 43 odôvodnenia tohto rozhodnutia, a to z dôvodu, že v takomto prípade by išlo o v týchto bodoch uvedený prípad iného výkladu, pozmeňovania resp. prispôsobovania si pre vlastné potreby podmienky účasti, ktorá však v takomto znení nebola v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, ani v súťažných podkladoch uvedená.
45. Na základe uvedeného má rada za to, že vzhľadom na to, že predmetný doklad bol vyžadovaný zo strany kontrolovaného medzi dokladmi slúžiacimi na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, pri ktorých je postačujúce ich predloženie niektorým z členov skupiny dodávateľov, je potrebné pokladať tvrdenia navrhovateľa o tom, že ako skupina dodávateľov splnil predmetnú podmienku účasti predložením potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti prostredníctvom vedúceho člena svojej skupiny spoločnosti XY a aj

prostredníctvom ďalšieho člena skupiny spoločnosti XX, za opodstatnené. Rada na základe uvedeného musí súhlasiť aj s ďalším tvrdením navrhovateľa, podľa ktorého kontrolovaný je povinný postupovať pri vyhodnocovaní ponúk v súlade s podmienkami, ktoré si v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovil, pričom v prípade nestanovenia niektorej podmienky účasti, uvedené nemôže byť na ťarchu uchádzača. Z uvedených dôvodov rada zároveň vyhodnotila posúdenie uvedenej podmienky účasti, resp. dokladu slúžiaceho na jej preukázanie, zo strany úradu v rozhodnutí o námietkach, v znení cit.: „predmetná podmienka, napriek tomu, že je uvedená v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v podmienkach účasti, je požiadavkou na predmet zákazky“ (bod 26 rozhodnutia o námietkach) v etape po predložení ponúk za nesúladne s argumentáciou rady uvedenou v bodoch 42 až 44 odôvodnenia tohto rozhodnutia, a preto za nesprávne a neprípustné.

46. Rovnako rada posúdila aj vyjadrenie úradu v rozhodnutí o námietkach, podľa ktorého „pokiaľ mal navrhovateľ pochybnosti, ako má preukázať splnenie podmienky účasti uvedenej v bode III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania ako skupina dodávateľov, bolo v jeho záujme využiť inštitút vysvetlenia podmienok uvedených v tomto oznámení.“ Rada poukazuje na to, že navrhovateľ nemal žiadne pochybnosti, ako má preukázať splnenie tejto podmienky účasti, nakoľko spôsob preukazovania splnenia podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti skupinou dodávateľov určuje priamo zákon o verejnom obstarávaní (podľa § 31 ods. 3 sa uvedené preukazuje spoločne, nie za každého člena skupiny osobitne).
47. V súvislosti s vylúčením navrhovateľa pre nesplnenie požiadavky na predmet zákazky, resp. zmluvnej požiadavky, uvedenej v bode 7.8 čl. VII zmluvy podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, rada uvádza nasledovné:
48. V zmysle bodu 7.8 čl. VII zmluvy kontrolovaný vyžadoval, aby „poskytovateľ vyhlásil, že ako podnikateľ spĺňa všetky požiadavky zákona o ochrane utajovaných skutočností týkajúce sa priemyselnej bezpečnosti a všetky požiadavky na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností“. Podľa bodu 7.11 čl. VII zmluvy „konkrétne práva a povinnosti zmluvných strán vo vzťahu k utajovaným skutočnostiam, ak s týmito bude mať byť v zmysle tejto zmluvy poskytovateľ oboznamovaný, majú byť obsiahnuté v osobitnej zmluve o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami uzavretej medzi zmluvnými stranami.“
49. Po posúdení obsahu predmetných bodov zmluvy má rada za to, že z nich vyplýva, že v zmluve sa má úspešný uchádzač zaviazat', že spĺňa všetky požiadavky zákona o ochrane utajovaných skutočností, pričom na základe tejto zmluvy nedochádza ešte k samotnému postupovaniu utajovaných skutočností, k tomu dochádza až na základe následnej zmluvy o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami uzavretej medzi kontrolovaným a úspešným uchádzačom.
50. Podporne v tejto súvislosti rada poukazuje aj na stanovisko NBÚ poskytnuté kontrolovanému, z ktorého vyplýva, že bez platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti a bez platnej zmluvy o postúpení utajovanej skutočnosti nie je možné oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou, teda že k postúpeniu utajovaných skutočností môže dôjsť až na základe osobitnej zmluvy.
51. V nadväznosti na uvedené rada zdôrazňuje, že vo svojom vysvetlení, citovanom v bode 30 odôvodnenia tohto rozhodnutia, navrhovateľ netvrdí, že oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami budú všetci traja členovia skupiny dodávateľov, ale výslovne uvádza, že oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami budú len tí členovia skupiny dodávateľov,

ktorí majú potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti. Z vysvetlenia navrhovateľa vyplýva, že člen skupiny dodávateľov YY, ktorý nemá potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti, sa nebude oboznamovať s utajovanými skutočnosťami a bude sa podieľať len na takom plnení predmetu tejto zákazky, ktoré si nevyžaduje styk s nimi (finančné zabezpečenie, výber, školenie a výcvik pracovníkov).

52. Rada na základe uvedených skutočností dospela k záveru, že v predmetnom prípade dôjde, v súlade so zákonom o ochrane utajovaných skutočností, stanoviskom NBÚ, ako aj bodom 7.11 čl. VII zmluvy, k určeniu subjektov, oprávnených oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami, až na základe následne uzavretej osobitnej zmluvy o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami.
53. V súvislosti s tvrdením kontrolovaného uvedeným v oznámení o vylúčení, ako aj v jeho vyjadrení k námietkam a k odvolaniu, ktoré vychádza zo stanoviska jeho právneho odboru, že „člen skupiny, ktorý nemá potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti, nemôže svojím podpisom pristúpiť k zmluve, ktorá priamo obsahuje alebo predpokladá postupovanie utajovaných skutočností“, rada pokladá za potrebné zdôrazniť, že na základe samotnej zmluvy o poskytovaní strážnej služby ešte nedochádza k postupovaniu utajovaných skutočností, k tomu príde až pri následnom uzatváraní osobitnej zmluvy o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami, predvídanej v bode 7.11 čl. VII zmluvy. Na základe uvedeného vyjadrenie kontrolovaného, že „jeden z členov skupiny nie je oprávnený zmluvu o poskytovaní strážnej služby podpísať v zmysle ustanovení 7.8 až 7.11 predmetnej zmluvy, a teda ani uchádzač ako skupina dodávateľov ju podpísať nemôže“ je potrebné odmietnuť ako neopodstatnené, nakoľko **k podpísaniu zmluvy o poskytovaní strážnej služby môžu pristúpiť všetci traja členovia skupiny dodávateľov a k podpísaniu osobitnej zmluvy o oboznamovaní sa s utajovanými skutočnosťami len tie subjekty, ktoré majú platné potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami.**
54. Rada pri predmetnom posudzovaní zobrala do úvahy aj skutočnosť, že zmluvné požiadavky, citované v bode 25 odôvodnenia tohto rozhodnutia, neboli jednoznačne formulované, nakoľko kontrolovaný síce vyžadoval od uchádzačov vyhlásiť, že spĺňajú požiadavky zákona o ochrane utajovaných skutočností ohľadom priemyselnej bezpečnosti, na druhej strane však výslovne v tejto zmluve uviedol, že k postúpeniu utajovaných skutočností dôjde až na základe osobitne uzatvorenej zmluvy. Ako si predmetné ustanovenia zmluvy vykladá kontrolovaný, teda, že požaduje, aby každý subjekt (v prípade skupiny dodávateľov každý člen) disponoval potvrdením o priemyselnej bezpečnosti už v etape predkladania ponúk, sa tak navrhovateľ paradoxne dozvedel nie už z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladov tak, ako je v súlade s princípom transparentnosti vyžadované, ale až z oznámenia o svojom vylúčení.
55. Rada na základe uvedeného súhlasí s tvrdením navrhovateľa, podľa ktorého „pokiaľ z povahy predmetu zákazky vyplynuli pre kontrolovaného osobitné požiadavky na dodanie predmetu zákazky týkajúce sa zákona o ochrane utajovaných skutočností, bol povinný ich v súťažných podkladoch presne vymedziť.“ Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že kontrolovaný mal v takomto prípade jasne vymedziť, splnenie ktorých povinností týkajúcich sa ochrany utajovaných skutočností požaduje, spolu s uvedením spôsobu ich preukázania. Takýmto spôsobom by kontrolovaný predišiel problémom so správnym chápaním sporných zmluvných požiadaviek. Akýkoľvek dodatočný výklad, čo vlastne kontrolovaný požadoval a čím to bolo potrebné preukázať, až v etape po predložení ponúk nie je možný či už zo strany kontrolovaného alebo úradu (bod 29 rozhodnutia o námietkach: „...nie je možné,

aby navrhovateľ uvedenú zmluvnú podmienku, resp. požiadavku na predmet zákazky splnil, keďže jeden z troch členov skupiny dodávateľov nie je držiteľom potvrdenia NBÚ o priemyselnej bezpečnosti.“, ďalej aj bod 33 rozhodnutia o námietkach: „...navrhovateľ nesplnil požiadavku kontrolovaného na predmet zákazky v súvislosti s preukázaním, že ako potencionálny poskytovateľ predmetnej služby je oprávnený na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami na základe potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti.“).

56. Rada v tejto súvislosti okrem výkladu k základným princípom verejného obstarávania, uvedeného v bodoch 42 a 43 odôvodnenia tohto rozhodnutia, poukazuje aj na už spomínaný rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 35/2013-67, z ktorého ďalej vyplýva: „Požiadavka jednoznačnosti, konkrétnosti a presnosti celej dokumentácie vo verejnom obstarávaní vyplýva zo všeobecnej zásady transparentnosti. Táto zásada spolu so zásadou zákazu diskriminácie a zásadou rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi musí byť verejným obstarávateľom dodržiavaná v rámci celého obstarávania. Porušením tejto zásady je potom akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, ktoré spôsobuje nečitateľnosť obstarávania. Tak tomu môže byť napr. aj vtedy, ak dokumentácia (súťažné podklady, oznámenie ...) neobsahuje jednoznačne a zrozumiteľne formulované pravidlá. Takáto interpretačná neistota nemôže postihovať žiadneho z uchádzačov, ale len samotného verejného obstarávateľa. Je totiž treba zdôrazniť, že je to práve verejný obstarávateľ, kto dokumentáciu vyhotovuje, prípadne si ju nechá vyhotovovať, a teda potom za správnosť a úplnosť dokumentácie zodpovedá. Ak sú podmienky účasti tak nejasné, že objektívne pripúšťajú rozdielny výklad ohľadne požiadaviek na predloženie ponuky, je postup verejného obstarávateľa fakticky nekontrolovateľný, čo je celkom evidentne porušením zásady transparentnosti.“
57. Pre úplnosť rada pokladá za potrebné vyjadriť sa aj k ďalším tvrdeniam navrhovateľa. K tvrdeniu navrhovateľa, že vo výroku rozhodnutia o námietkach úrad uviedol len číselné označenie § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní bez konkretizácie – aplikácie jeho obsahu na podanie navrhovateľa, rada uvádza, že nepokladá uvedenú skutočnosť za takú, ktorá by mohla sama o sebe spôsobiť nezákonnosť rozhodnutia o námietkach. Z obsahu napadnutého rozhodnutia o námietkach jednoznačne vyplýva, kto je navrhovateľom (v texte rozhodnutia označený ako „navrhovateľ“) a je teda zrejmé, čie námietky úrad v konaní o námietkach zamietol. K obdobnému právnomu záveru dospel aj Krajský súd v Bratislave vo svojom rozsudku sp. zn. 2S 250/09-115.
58. K ďalšiemu vyjadreniu navrhovateľa, ktorým tvrdí, že „napriek ustanoveniu bodu III.2.3 podbodu 5 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, podľa ktorého doklady, ktoré sa vyžadujú na preukázanie splnenia podmienok účasti, bude kontrolovanému predkladať len uchádzač, ktorý predložil ponuku v lehote na predkladanie ponúk a ktorého ponuka nebola vylúčená a predložil najlepší návrh na plnenie kritéria na vyhodnotenie ponúk, kontrolovaný predmetné doklady vyžadoval už v čase pred otvorením častí ponúk „Kritériá“, rada poukazuje na to, že nejde o presnú citáciu predmetného bodu oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania zo strany navrhovateľa, nakoľko predmetná veta pokračuje: „..., pričom bude povinný odoslať ich do desiatich pracovných od doručenia žiadosti verejného obstarávateľa, a to ako listinné originály alebo overené kópie v súlade s predloženým čestným vyhlásením. Do uplynutia lehoty na predkladanie ponúk sú všetci uchádzači oprávnení predložiť ako doklad preukazujúci splnenie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti čestné vyhlásenie.“ Na základe uvedeného znenia predmetného bodu oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania má rada za to, že citované ustanovenie sa týka situácie, keď by uchádzač, ktorý sa stane úspešným v danej súťaži, predložil čestné vyhlásenie

v súlade s § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, neznamená však, že v predmetnom verejnom obstarávaní by doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti mal predkladať len úspešný uchádzač.

59. K ďalšiemu vyjadreniu navrhovateľa, že ustanovenie § 42 zákona o verejnom obstarávaní je ustanovením, ktoré upravuje postup verejného obstarávateľa pri zisťovaní, či sú splnené podmienky účasti, teda upravuje procesnú stránku postupu pri zisťovaní podmienok účasti, ktoré obsahujú okrem iného aj požiadavky na predmet zákazky, rada uvádza, že je absolútne nekonzistentné s právnou úpravou vyhodnocovania podmienok účasti, ktorá je v zákone o verejnom obstarávaní upravená v § 33 a právnou úpravou vyhodnotenia požiadaviek na predmet zákazky, ktorá je stanovená v § 42 zákona o verejnom obstarávaní, pričom uvedené inštitúty nie je možné žiadnym spôsobom zamieňať ani ich stotožňovať.
60. V súvislosti s tvrdením navrhovateľa, že kontrolovaný nevyužil možnosť v zmysle § 108f ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní poskytnúť v prípade potreby záujemcom, ktorí ešte nevlastnia oprávnenie oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami, dodatočný čas na získanie takéhoto oprávnenia, rada v spojitosti so svojou povinnosťou uviesť stručný **návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu zákona o verejnom obstarávaní**, vyplývajúcou jej z ustanovenia § 139 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa podľa § 142 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní subsidiárne vzťahuje aj na odvolacie konanie, uvádza nasledovné:
61. K možnosti kontrolovaného požadovať zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností, pokiaľ si to vyžaduje predmet zákazky, ako aj možnosti požadovať potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti na preukázanie tejto skutočnosti, rada pokladá za potrebné v prvom rade poukázať na to, že je nevyhnutné rozlišovať medzi:
- podmienkami účasti, ktorých splnenie musia preukázať všetci záujemcovia alebo uchádzači a ktorými sa preukazuje spôsobilosť uchádzačov na plnenie zákazky; tieto môžu byť vyžadované len v súlade s § 26, § 27 a § 28 ZVO,
 - požiadavkami na predmet zákazky, ktoré sa výslovne týkajú len predmetu zákazky (jeho špecifických vlastností, parametrov, požiadaviek) a
 - osobitnými požiadavkami uvedenými v zmluve, ktoré sa vyžadujú len od úspešného uchádzača, ktorý ich musí splniť a preukázať.
62. Na základe uvedeného má rada za to, že v predmetnom prípade by požiadavkou na predmet zákazky mohla byť napr. požiadavka, ktorou by kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovil, že oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami môžu len subjekty oprávnené na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami; konkrétny doklad na preukázanie tejto skutočnosti, t. j. na preukázanie, že subjekty sú oprávnené oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami, by následne bolo možné vyžadovať v rámci zmluvných požiadaviek, na základe čoho by predmetným dokladom – potvrdením o priemyselnej bezpečnosti musel nevyhnutne disponovať úspešný uchádzač, v prípade skupiny dodávateľov každý jej člen.
63. K možnosti vyžadovania tohto dokladu aj v rámci dokladov slúžiacich na preukázanie podmienok účasti, rada uvádza, že tento doklad z hľadiska svojho charakteru a účelu neslúži na preukázanie niektorej z podmienok účasti osobného postavenia, ani ekonomického alebo finančného postavenia uvedených v § 26 a § 27 zákona o verejnom obstarávaní. K možnosti jeho vyžadovania v rámci dokladov slúžiacich na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti rada zdôrazňuje, že ustanovenie čl. 48 smernice, citované v bode 36 odôvodnenia

tohto rozhodnutia, ako aj ustanovenie § 28 ods. 1 slovenského zákona o verejnom obstarávaní, uvedené v bode 35 odôvodnenia tohto rozhodnutia, je potrebné vykladať tak, že rozsah preukazovania podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti je stanovený **taxatívnym (vyčerpávajúcim) spôsobom**, pričom verejný obstarávateľ si môže vybrať ktorýkoľvek z dokladov na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovených v týchto ustanoveniach (jeden alebo viac). Taxatívne určenie spôsobov preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti vyplýva aj z judikatúry Súdneho dvora EÚ, podľa ktorej **verejní obstarávatelia nemôžu požadovať preukázanie iných referencií ako sú tie, ktoré sú výslovne uvedené v smernici** (napr. Komisia p. Španielsku, C-71/92, s. I-5923, bod 41; Transporoute, C- 76/81, s. 417, bod 9). Taxatívny výpočet týchto podmienok účasti potvrdila aj Európska komisia vo svojom výklade v Sprievodcovi k aplikácii pravidiel v rámci postupov zadávania verejných zákaziek na služby¹.

64. Na základe uvedeného rada poukazuje na to, že predloženie potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti nie je možné v prípade tzv. civilnej zákazky vyžadovať v rámci dokladov slúžiacich na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovených v § 28 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko svojím charakterom sa netýka ani jedného z dokladov uvedených v tomto ustanovení.
65. Rada v tejto súvislosti poukazuje na režim zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorou podľa § 3 ods. 6 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní je aj zákazka na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb, ktoré majú citlivý charakter. Citlivým na účely tohto zákona sa rozumie vybavenie, stavebné práce a služba na účely bezpečnosti, ktorá je **spojená s utajovanou skutočnosťou**,² **vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť**. Vzhľadom na uvedenú definíciu je možné vyvodiť, že uvedená zákazka napĺňa znaky a definíciu zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti podľa piatej časti zákona o verejnom obstarávaní (§ 108a - § 108m). V zmysle týchto ustanovení je možné príkladmo poukázať na nasledovné:
- takúto zákazku je možné zadávať len postupom užšej súťaže, rokovacích konaní alebo súťažného dialógu (§ 108c), nie však postupom verejnej súťaže,
 - verejný obstarávateľ má určiť požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, ktoré uchádzač alebo záujemca je povinný zabezpečiť. Predloženie dôkazu na preukázanie splnenia požiadaviek a opatrení určených na ochranu utajovaných skutočností možno požadovať v každej etape procesu verejného obstarávania (§ 108d ods. 1),
 - verejný obstarávateľ môže vyžadovať na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti dôkaz o schopnosti zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, ak ide o zákazku, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť (§ 108f ods. 1 písm. k),
 - ak je to v súlade s medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná, verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzná oprávnenie vydané príslušným orgánom členského štátu, ak je rovnocenné s oprávnením vydaným podľa osobitného predpisu³ (§ 108f ods. 2),

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_en.htm

² § 2 písm. a) zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov

³ zákon č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov

- verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže v prípade potreby poskytnúť záujemcom, ktorí ešte nevlastnia oprávnenie oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami, dodatočný čas na získanie takého oprávnenia. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedie túto možnosť a lehotu na jeho získanie v oznámení o vyhlásení (§ 108 f ods. 3).

66. Z uvedeného vyplýva, že keďže predmetná zákazka napĺňa znaky a definíciu zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, mala byť režimom tejto zákazky aj zadávaná, pričom v takomto prípade by kontrolovaný mohol v rámci technickej alebo odbornej spôsobilosti vyžadovať aj doklad/dôkaz o schopnosti zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, ktorý by musel byť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania jasne stanovený. Zároveň by kontrolovaný mohol požiadavku na predloženie dokladu o priemyselnej bezpečnosti podnikateľa vyžadovať v rámci predloženia dôkazu na preukázanie splnenia požiadaviek a opatrení určených na ochranu utajovaných skutočností, a to v akejkoľvek etape procesu verejného obstarávania s cieľom zabezpečiť absolútnu ochranu utajovanej skutočnosti, ak by táto mala byť poskytovaná napr. ako súčasť súťažných podkladov a pod. (pri splnení požiadaviek vyplývajúcich zo zákona o ochrane utajovaných skutočností).
67. Vo vzťahu k podanému odvolaniu rada na záver uvádza, že posúdila na základe vyššie uvedených skutočností vylúčenie navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže za neopodstatnené, na základe čoho o podanom odvolaní rozhodla takým spôsobom, že napadnuté rozhodnutie o námietkach zmenila tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

68. Podľa § 142 ods. 2 posledná veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o námietkach.
69. Podľa § 138 ods. 20 zákona o verejnom obstarávaní kaucia sa v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky navrhovateľa zamietnuté. Kaucia sa v 35 % z uhradenej sumy stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania o námietkach podľa § 139 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktoré sa nestali príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.
70. Podľa § 143 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie úradu o námietkach je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 142 ods. 7 o odvolaní účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie.
71. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená navrhovateľom v konaní o námietkach, ako aj kaucia zložená navrhovateľom v odvolacom konaní, vráti navrhovateľovi do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia úradu o námietkach, ktorá nastáva dňom doručenia tohto rozhodnutia rady o odvolaní účastníkom konania.

Poučenie:

Podľa § 142 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 142 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajskom súde v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

Ing. Zita Tábořská
predsedníčka rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí

1. XY – vedúci člen skupiny dodávateľov (navrhovateľ)
2. Jadrová a vyrad'ovacia spoločnosť, a. s., Tomášikova 22, 821 02 Bratislava – kontrolovaný
3. xz– zástupca kontrolovaného

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka