



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

Bratislava 09. 05. 2016
Číslo záznamu: 58245/2016
Číslo: 6372-9000/2016-KR/4

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. a orgán príslušný podľa § 187 ods. 3 tohto zákona v spojení s § 111d ods. 1 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“) vo veci odvolania verejného obstarávateľa **Trenčiansky samosprávny kraj**, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 17032-6000/2015-ON/264 zo dňa 10. 03. 2016, vydanému v konaní o námietkach záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Rekonštrukcia budovy školy“, vyhlásenom kontrolovaným vo Vestníku verejného obstarávania č. 213/2015 zo dňa 28. 10. 2015 pod značkou 21642 – WYP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie kontrolovaného **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 17032-6000/2015-ON/264 zo dňa 10. 03. 2016 **potvrďuje** podľa § 142 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 187 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z.

O d ô v o d n e n i e

1. Kontrolovaný doručil úradu dňa 24. 03. 2016 v zákonom stanovenej lehote podľa § 142 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 17032-6000/2015-ON/264 zo dňa 10. 03. 2016 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“), ktorým úrad na základe námietok navrhovateľa smerujúcich proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk nariadil zrušiť predmetné verejné obstarávanie podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

Rozhodnutie o námietkach

2. Kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní vyžadoval v rámci odbornej alebo technickej spôsobilosti podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, aby uchádzači preukázali, že hlavný stavbyvedúci má odbornú prax s výkonom činnosti

stavbyvedúceho s odborným zameraním na inžinierske stavby za posledných 10 rokov a zároveň sa zúčastnil na realizácii projektov pri stavbách rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, ktoré boli realizované v súlade so zmluvnými podmienkami podľa Žltej knihy FIDIC (bod 20 tohto rozhodnutia).

3. V rozhodnutí o námietkach sa úrad zaoberal primeranosťou a súvislosťou predmetnej podmienky účasti s predmetom zákazky a odôvodnením jej primeranosti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti podľa § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.
4. Úrad pre kvalifikované posúdenie námietok rozhodnutím č. 17032-6000/2015-ON/264-P2 zo dňa 17. 02. 2016 prerušil konanie o námietkach podľa § 138 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní a požiadal o vypracovanie odborného stanoviska Slovenskú komoru stavebných inžinierov (ďalej len „SKSI“), ktoré bolo úradu doručené dňa 07. 03. 2016.
5. Úrad v rozhodnutí o námietkach konštatoval, že vo vzťahu k opisu predmetu zákazky (bod 19 tohto rozhodnutia) na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti nie je primerané požadovať od hlavného stavbyvedúceho odbornú prax so zmluvnými podmienkami podľa Žltej knihy FIDIC. V zmysle odborného stanoviska je síce odborná prax hlavného stavbyvedúceho s používaním zmluvných podmienok FIDIC (nielen podľa Žltej knihy) výhodou, avšak nie nevyhnutným predpokladom pre realizáciu predmetnej zákazky.
6. Úrad mal za to, že uchádzači, ktorí disponujú osobami stavbyvedúcich, ktorí nemajú odbornú prax so zmluvnými podmienkami podľa Žltej knihy FIDIC, ale majú odbornú prax s inými zmluvnými podmienkami, t. j. nielen so vzorovými zmluvnými podmienkami FIDIC, sú určením takejto podmienky účasti zo strany kontrolovaného neopodstatnene diskriminovaní. Úrad konštatoval, že v dôsledku takto stanovenej podmienky účasti kontrolovaný zúžil okruh potenciálnych záujemcov a títo tak mohli byť odradení od predloženia ponúk v predmetnom verejnom obstarávaní, čím nezabezpečil riadnu hospodársku súťaž.
7. Zdôvodnenie podmienky účasti tým, že „uchádzač musí preukázať, že má k dispozícii odborníkov na kvalifikované a odborné plnenie predmetu zákazky, čím sa vytvorí predpoklad pre riadne plnenie predmetu zákazky“ úrad nepovažoval za dostatočné. Z odôvodnenia totiž nemožno zistiť dôvody, ktoré kontrolovaného viedli k stanoveniu predmetnej podmienky účasti, čím zároveň kontrolovaný nepreukázal jej potrebu pri plnení zákazky.
8. Vzhľadom na uvedené úrad vyjadril názor, že kontrolovaný nepostupoval v súlade s § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a teda, že podmienka účasti bola stanovená diskriminačne, čoho následkom bolo obmedzenie čestnej hospodárskej súťaže a takisto postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, keď podmienku účasti vo vzťahu k predmetu zákazky stanovil neprimerane.
9. V rozhodnutí o námietkach úrad okrem iného odporučil kontrolovanému, aby v budúcnosti pri odôvodňovaní primeranosti konkrétnej podmienky účasti postupoval tak, aby vysvetlenie bolo jednoznačné a preskúmateľné.

Odvolanie podané kontrolovaným

10. Ako bolo uvedené vyššie, kontrolovaný doručil dňa 24. 03. 2016 úradu proti vyššie opísanému rozhodnutiu o námietkach odvolanie, v ktorom poukazuje na odborné stanovisko, ktoré si úrad vyžiadal za účelom posúdenia primeranosti kontrolovaným požadovanej podmienky účasti. Kontrolovaný má za to, že úrad postavil rozhodnutie na nelogickom a nekoncepčnom výklade, keď sa na jednej strane stotožňuje s názorom SKSI o tom, že je výhodou, ak má hlavný stavbyvedúci skúsenosti so zmluvnými podmienkami FIDIC,

zároveň odkazuje na ustanovenie § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého môže verejný obstarávateľ požadovať údaje o odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, no na druhej strane v rozhodnutí tvrdí, že v predmetnom prípade nie je primerané požadovať kľúčového experta so skúsenosťami s prácami, ktoré podliehali zmluvným podmienkam Žltej knihy FIDIC.

11. K argumentácii úradu, podľa ktorej nepreukázal potrebu stanovenej podmienky pri plnení zákazky kontrolovaný uvádza, že v prípade zmluvných podmienok FIDIC stavbyvedúci neplní len funkcie podľa stavebného zákona, ale zároveň plní aj zmluvné inštitúty, ktoré kladú na osobu stavbyvedúceho značné nároky v súvislosti so zmluvnou administráciou. Kontrolovaný má teda za to, že existuje súvislosť medzi podmienkou účasti a samotným opisom predmetu zákazky, resp. priamo znením zmluvných podmienok FIDIC.
12. Rovnako sa kontrolovaný nemôže stotožniť ani s tvrdením úradu, podľa ktorého dostatočne neodôvodnil stanovenú podmienku účasti. Kontrolovaný je toho názoru, že odôvodnenie primeranosti podmienky nie je určené laickej verejnosti, preto uchádzač, ktorý má skúsenosti s určenou podmienkou účasti na základe preštudovania podmienok účasti v súbehu s preštudovaním súťažných podkladov a ich príloh (zmluvy o dielo, osobitných zmluvných podmienok a všeobecných zmluvných podmienok), nepotrebuje bližšiu argumentáciu stanovenej podmienky účasti.
13. Podľa názoru kontrolovaného sa úrad s viacerými argumentami týkajúcimi sa metodickej a rozhodovacej praxe samotného úradu v rozhodnutí nevysporiadal, nakoľko argumentácia kontrolovaného nebola ani spochybnená, ani braná do úvahy.
14. Kontrolovaný v závere odvolania uvádza, že rozhodnutie úradu nepovažuje za riadne odôvodnené, založené na faktoch či preskúmateľných argumentoch, pričom stojí na právnych názoroch bez poznania problematiky použitia zmluvných podmienok FIDIC v praxi.
15. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností kontrolovaný navrhuje, aby rada napadnuté rozhodnutie úradu zmenila tak, že podané námietky zamietne.

Vyjadrenie navrhovateľa k odvolaniu kontrolovaného

16. Navrhovateľ doručil úradu dňa 05. 04. 2016 svoje vyjadrenie k podanému odvolaniu, v ktorom uvádza, že sa v plnom rozsahu stotožňuje s rozhodnutím úradu v konaní o námietkach.

Zistenia rady

17. Po preskúmaní predloženej dokumentácie kontrolovaného a administratívneho spisu z konania o námietkach rada zistila nasledovné:
18. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 213/2015 zo dňa 28. 10. 2015 pod značkou 21642 - WYP verejné obstarávanie na predmet zákazky „Rekonštrukcia budovy školy“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 611 666,67 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Súťažné podklady si vyžiadalo 9 záujemcov, pričom v lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 16. 11. 2015, predložili ponuku 2 uchádzači. Navrhovateľ podal dňa 05. 11. 2015 žiadosť o nápravu proti podmienke uvedenej vo výzve na predkladanie ponúk, avšak kontrolovaný listom zo dňa 09. 11. 2015 predmetnú žiadosť o nápravu zamietol. Následne navrhovateľ doručil úradu a kontrolovanému dňa 18. 11. 2015 námietky. Rozhodnutím o námietkach č. 17032-6000/2015-ON/264 zo dňa 10. 03. 2016 úrad nariadil zrušiť predmetné verejné obstarávanie. V reakcii na uvedené kontrolovaný doručil dňa 24. 03. 2016 úradu odvolanie proti rozhodnutiu o námietkach.

19. Zo súťažných podkladov v časti B.2 „Opis predmetu zákazky“ vyplýva, že predmetom zákazky sú stavebné práce orientované na zvýšenie energetickej úspornosti budovy strednej odbornej školy, pozostávajúce z výmeny okien, zateplenia fasády budovy, výmeny stúpačiek a rozvodov kanalizácie, vybúrania priečok, obkladov, dlažieb a výmeny sociálnych zariadení vrátane montáže nových obkladov a dlažieb, ďalej oprava omietok, stien, stropov a následne vymaľovanie týchto priestorov. Predmetom zákazky je tiež rekonštrukcia kotolne, demontáž a nahradenie radiátorov vrátane termostátov.

20. Vo výzve na predkladanie ponúk, v bode III.1.3 „Technická alebo odborná spôsobilosť“ v časti 3.3.1 sa uvádza, cit.: „Uchádzač za kľúčového odborníka predloží v ponuke doklad o jeho vzdelaní a odbornej praxi a osvedčenie stavbyvedúceho na pozemné stavby (...). Záujemca je povinný preukázať, že hlavný stavbyvedúci má odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho s odborným zameraním na inžinierske stavby za posledných 10 rokov za kumulatívneho splnenia nasledovných podmienok:

3.3.1.1 účasť na realizácii (v súlade s definíciou uvedenou v bode 3.1.7 tejto časti Oznámenia) projektov (stavieb) pri stavbách rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, ktorá/é bola/li realizovaná/né v súlade so zmluvnými pravidlami žltý FIDIC, pričom za účasť sa považuje zotrvanie daného kľúčového odborníka v danej pozícii hlavný stavbyvedúci, a to v minimálnej dobe trvania zodpovedajúcej 50 % lehoty výstavby realizácie Projektu.

Uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti uvedených v bode 3.3.1 pre kľúčového odborníka predložením životopisu kľúčového odborníka a dokladu o najvyššom dosiahnutom vzdelaní. Zo životopisu alebo jeho príloh musí vyplývať splnenie podmienok i uvedených v bode 3.3.1. Uchádzač zároveň predloží čestné vyhlásenie kľúčového odborníka o tom, že bude k dispozícii počas celého plnenia predmetu zákazky v prípade ak bude uchádzač úspešný.“

21. Primeranosť stanovenej podmienky účasti, kontrolovaný na základe povinnosti vyplývajúcej z § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, v predmetnej časti výzvy na predkladanie ponúk odôvodnil nasledovne, cit.: „Uchádzač musí preukázať, že má k dispozícii odborníkov na kvalifikované a odborné plnenie predmetu zákazky, čím sa vytvorí predpoklad pre riadne plnenie predmetu zákazky.“

22. V znení redakčnej opravy vo Vestníku verejného obstarávania číslo 223/2015 zo dňa 11. 11. 2015 pod značkou 22546 - IOX k výzve na predkladanie ponúk, v bode VI.2 „Ďalšie doplňujúce informácie“ sa uvádza, cit.: „S úspešným uchádzačom bude uzatvorená zmluva o dielo podľa § 536 a nasl. zákona č. 513/1991 Z. z. Obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov. Zmluvné podmienky sa budú riadiť Zmluvnými podmienky na výstavbu pre stavebné a inžinierske diela projektované objednávateľom (Zltá kniha) [predtým Červená kniha], prvé vydanie 1999, vydané Medzinárodnou federáciou konzultačných inžinierov (FIDIC), slovenský preklad, SACE 2008.“

23. Postavenie hlavného stavbyvedúceho¹ je upravené v zmluvných podmienkach predmetného verejného obstarávania v časti 4.3 týchto podmienok nasledovne, cit:

„Zhotoviteľ je povinný vymenovať svojho Predstaviteľa a dať mu všetky právomoci potrebné na to, aby mohol konať v mene Zhotoviteľa podľa Zmluvy. (...) Predstaviteľ Zhotoviteľa sa bude venovať riadeniu Zhotoviteľovej zmluvnej činnosti na plný úväzok. Ak počas realizácie Diela má byť Predstaviteľ Zhotoviteľa zo Staveniska dočasne neprítomný, vhodná náhradná osoba bude menovaná, čo bude podmienené predchádzajúcim súhlasom Stavebného

¹ Zmluvné podmienky FIDIC nepoznajú pojem stavbyvedúci, jeho ekvivalentom je tzv. predstaviteľ zhotoviteľa.

dozoru, a Stavebný dozor bude o neprítomnosti informovaný. (...) Predstaviteľ Zhotoviteľa môže delegovať akékoľvek kompetencie, funkcie a právomoc na ktorúkoľvek kompetentnú osobu a toto delegovanie môže kedykoľvek zrušiť. Akékoľvek delegovanie alebo jeho odvolanie nebude účinné dokiaľ Stavebný dozor neobdrží oznámenie podpísané Predstaviteľom Zhotoviteľa, v ktorom bude táto osoba menovaná a kde budú uvedené kompetencie, funkcie a právomoci, ktoré sa jej delegujú alebo rušia.“

Právny rámec

24. Podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
25. Podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb, jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác alebo za poskytnutie služby.
26. Podľa § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.

Právne posúdenie radou

27. V prvom rade je potrebné uviesť, že dňa 18. 04. 2016 nadobudol účinnosť nový zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. V zmysle prechodných ustanovení, konkrétne podľa § 187 ods. 3 tohto zákona, v konaní, ktoré začal úrad do 17. 04. 2016, sa postupuje podľa predpisov účinných do 17. 04. 2016.
28. V tejto súvislosti rada konštatuje, že konanie o odvolaní začalo dňa 24. 03. 2016, kedy kontrolovaný doručil úradu predmetný návrh, a preto je podľa vyššie uvedeného prechodného ustanovenia pre posúdenie tohto návrhu radou určujúca právna úprava podľa zákona o verejnom obstarávaní účinná do 17. 04. 2016.
29. Rada na základe § 142 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala napadnuté rozhodnutie o námietkach v celom rozsahu, a to predovšetkým v nadväznosti na skutočnosti uvádzané kontrolovaným v odvolaní, pričom uvádza nasledovné:
30. Spornou je v danom prípade podmienka účasti, podľa ktorej kontrolovaný vyžaduje preukázanie odbornej alebo technickej spôsobilosti prostredníctvom praxe hlavného stavbyvedúceho pri zákazkách realizovaných v súlade so zmluvnými podmienkami podľa Žltej knihy FIDIC. Rada má za to, že nevyhnutným predpokladom na rozhodnutie vo veci samej je vyhodnotiť opodstatnenosť a primeranosť spornej podmienky účasti, pričom pre posúdenie stanovenej podmienky účasti je kľúčové predovšetkým poznanie jej samotného účelu.
31. Hoci vo výzve na predkladanie ponúk kontrolovaný uviedol stručné odôvodnenie predmetnej podmienky (bod 7 tohto rozhodnutia), rada sa stotožňuje s názorom uvedeným v rozhodnutí

o námietkach, podľa ktorého je odôvodnenie príliš všeobecné a strohé, nakoľko neobsahuje konkrétne dôvody vedúce kontrolovaného k jej stanoveniu.

32. Takisto ani odborné stanovisko SKSI, ktoré si v konaní o námietkach vyžiadal úrad, nemenuje osobitné dôvody podporujúce opodstatnenosť stanovenej podmienky (a už vôbec nie vo vzťahu k predmetnej zákazke), ale len vo všeobecnej rovine konštatuje, že pri realizácii zákazky, v ktorej sa budú uplatňovať zmluvné podmienky podľa FIDIC, je výhodou, ak uchádzač má predošlé skúsenosti s ich používaním.
33. Bližšie dôvody stanovenia predmetnej podmienky účasti poskytol kontrolovaný až v zamietnutí žiadosti o nápravu a v odvolaní. Kontrolovaný tvrdil, že jeho cieľom je získať skúseného zhotoviteľa, ktorý bude viesť za pomoci skúsených a zodpovedných osôb
- pripraviť kvalitnú cenovú ponuku,
 - splniť požiadavky na predmet zákazky (dodaním kvalitnej projektovej dokumentácie vrátane rozpočtu), ale aj
 - realizovať samotné stavebné práce so skúsenými odborníkmi, ktorí zabezpečia plynulú realizáciu stavebných prác a plnenie všetkých zmluvných povinností.
34. V súvislosti s požiadavkami kontrolovaného voči budúcemu dodávateľovi uvedenými v písm. a) a b) predošlého bodu tohto rozhodnutia, z predloženej dokumentácie ani z argumentácie kontrolovaného nevyplýva zámer kontrolovaného, nakoľko spomínané body s osobou a kompetenciami hlavného stavbyvedúceho nesúvisia. K uvedenému rada uvádza, že rozhodnutie o cenovej ponuke či dodanie projektovej dokumentácie v procese zapájania sa do verejného obstarávania má v kompetencii predovšetkým vedenie tej-ktorej spoločnosti, prípadne iná zodpovedná osoba konajúca v mene spoločnosti, určená na prípravu podkladov k danému verejnému obstarávaniu. V bežnej obchodnej praxi príprava cenovej ponuky ani dodanie projektovej dokumentácie vrátane rozpočtu nepatrí do kompetencií hlavného stavbyvedúceho, nakoľko ten je zodpovedný predovšetkým za organizáciu a koordináciu činností stavebných prác na stavenisku. Rada konštatuje, že takisto ani sám kontrolovaný neuviedol, a už vonkoncom nepreukázal, akým spôsobom sa má osoba hlavného stavbyvedúceho v uvedenom prípade spolupodieľať na príprave cenovej ponuky či dodaní projektovej dokumentácie vrátane rozpočtu. **Z uvedeného preto vyplýva, že tieto požiadavky kontrolovaného potrebu danej podmienky účasti neodôvodňujú.**
35. Ďalším bodom, ktorý v tvrdeniach kontrolovaného možno identifikovať ako dôvod existencie spornej podmienky účasti, je potreba realizácie stavebných prác so skúsenými odborníkmi [bod 33 písm. c) tohto rozhodnutia]. Čo konkrétne pod týmto všeobecným vyjadrením kontrolovaný rozumie, možno vyčítať z oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu a z vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam. Podľa kontrolovaného hlavný stavbyvedúci:
- nesie zodpovednosť za technické a vecné plnenie diela,
 - predstavuje zástupcu zmluvnej strany, ktorého pokyny a dohody so stavebným dozorom sú záväzné,
 - zastupuje zhotoviteľa v prípadnom riešení sporov,
 - zastupuje zhotoviteľa v prípadných zmenových konaniach,
 - zastupuje zhotoviteľa pri preberaní diela,
 - má plné právo na vykonávanie zmluvných dohôd o prípadných zmenách v realizácii diela,
 - určuje postup prác nielen na stavenisku,

h) zodpovedná aj za realizáciu projektovej dokumentácie a pod.

36. V súvislosti s kompetenciami stavbyvedúceho uvedenými v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia rada uvádza, že niektoré z nich patria medzi všeobecné povinnosti stavbyvedúceho, ktoré nevyplývajú výhradne zo zmluvných podmienok podľa Žltej knihy FIDIC, a preto ani neodôvodňujú podmienku účasti, ktorá skúsenosti so zmluvnými podmienkami podľa Žltej knihy FIDIC vyžaduje. Do tejto kategórie rada zaraďuje napr. kompetencie uvedené v predchádzajúcom bode v písm. a), g) alebo h).
37. Čo sa týka ďalších menovaných kompetencií, rada považuje za potrebné poukázať na povahu zmluvných podmienok FIDIC vo všeobecnosti. Zmluvné podmienky FIDIC predstavujú sústavu štandardizovaných ustanovení, pravidiel a postupov používaných pri výstavbe stavebných diel, pričom **sú len vzorovými obchodnými podmienkami**, a teda jednotlivé ustanovenia zmluvy nie sú fixne/rigidne stanovené.
38. Dôvodom na používanie týchto zmluvných podmienok je predovšetkým ich flexibilita a univerzálne použitie prakticky pre všetky druhy stavebných prác a technológií, a to bez ohľadu na rozsah prác, spôsob dodávok či miestne špecifiká. Čo sa týka štruktúry zmluvných podmienok FIDIC – členia sa na všeobecnú časť a osobitnú časť. Do všeobecnej časti vzorových zmluvných podmienok sa neodporúča zasahovať, avšak vzhľadom na kontraktúálnu slobodu zmluvných strán tieto zásahy nie sú vylúčené. Osobitná časť slúži na úpravy konkrétnej zmluvy vzhľadom na špecifiká projektu, ktorý je predmetom zmluvy, a taktiež vzhľadom na osobitosti právneho poriadku, ktorým sa zmluva riadi. Vo všeobecnosti preto platí, že rozsah zmluvných podmienok je špecifický pre každý jednotlivý prípad, a teda neexistuje ich predpísaný alebo doporučený rozsah.
39. Obsah a rozsah zmluvných podmienok FIDIC je premenlivý v závislosti od špecifik konkrétnej zákazky. Je na zmluvnej slobode obchodných partnerov, ako si jednotlivé ustanovenia upravujú. Na základe vyššie uvedeného rada upozorňuje na skutočnosť, že povaha práv a povinností hlavného stavbyvedúceho pri zákazkách, hoci realizovaných na základe zmluvných podmienok podľa Žltej knihy FIDIC, nemusí byť vždy totožná (môže byť pozmenená, či dokonca môže nastať aj situácia, kedy sú ustanovenia týkajúce sa stavbyvedúceho úplne vylúčené). V praxi tak bežne dochádza k tomu, že jeden projekt je realizovaný na základe nezmenených vzorových zmluvných podmienok podľa Žltej knihy FIDIC, iný projekt je realizovaný podľa zmluvných podmienok Žltej knihy FIDIC, no s vyňatím/pozmenením 30% ustanovení, ale takisto môže dôjsť k situácii, kedy sa v zmluvnom vzťahu použije len 50% či menej ustanovení zmluvných podmienok Žltej knihy FIDIC. Tieto zmluvné podmienky môžu byť dokonca upravené do takej miery, že pripomínajú skôr akýsi vylepšený Obchodný zákonník, a nie komplexný súbor práv a povinností akými by mali zmluvné vzťahy, podľa koncepcie zmluvných podmienok FIDIC, v sektore stavebníctva byť.
40. Na základe uvedeného rada konštatuje, že ani v prípade splnenia predmetnej podmienky účasti, ktorou je účasť na realizácii projektov pri stavbách rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, ktoré boli realizované v súlade so zmluvnými pravidlami podľa Žltej knihy FIDIC, **nemusí byť naplnený sledovaný cieľ či účel**, ktorý chcel kontrolovaný dosiahnuť [písm. a) až h) bodu 35 tohto rozhodnutia]. Inými slovami, hoci by na jednej strane uchádzač preukázal, že disponuje referenciou, podľa ktorej realizoval obdobný predmet zákazky na základe Žltej knihy FIDIC, na druhej strane z tejto referencie nemožno určiť, v akej miere boli tieto zmluvné podmienky upravené. Preto nemožno vylúčiť,

že ustanovenia týkajúce sa stavbyvedúceho, a teda jeho práva a povinnosti, boli pozmenené či úplne vylúčené. Rada nie je zrejmé, ako by kontrolovaný posudzoval, či ním sledovaný účel bol naplnený, avšak bez skúmania konkrétnych zmluvných podmienok projektu, ktorým uchádzač preukazuje splnenie stanovenej podmienky účasti, sa to zdá byť vylúčené. Pokiaľ účelom vyžadovania danej podmienky účasti sú skutočnosti uvedené v písm. a) až h) bodu 35 tohto rozhodnutia, predloženými referenciami nemusia byť naplnené, nakoľko tieto osobité právomoci hlavného stavbyvedúceho mohli byť inak upravené alebo úplne vypustené.

41. Rada na základe uvedeného konštatuje, že ak sa formuláciou podmienky účasti nemusí podariť dosiahnuť ňou sledovaný účel, je bezdôvodné prostredníctvom nej zužovať okruh uchádzačov. Preto sa rada stotožňuje s názorom úradu vyjadrenom v rozhodnutí o námietkach, podľa ktorého predmetná podmienka účasti tak, ako ju stanovil kontrolovaný, bezdôvodne diskriminuje uchádzačov, ktorí disponujú stavbyvedúcimi so skúsenosťami s realizáciou obdobných stavebných prác podľa zmluvných podmienok iných ako podľa Žltej knihy FIDIC. Uvedené rada odôvodňuje tým, že znenie podmienky účasti v tomto konkrétnom verejnom obstarávaní umožňuje preukázať jej splnenie aj uchádzačom, ktorých stavbyvedúci nedisponujú kontrolovaným požadovanými skúsenosťami.
42. Za účelom zamedzenia vzniku akýchkoľvek pochyb rada zároveň uvádza, že nespochybňuje právo kontrolovaného postupovať pri realizácii predmetu zákazky v súlade s akýmikoľvek zmluvnými podmienkami za predpokladu, že tento postup nebude v rozpore s princípmi verejného obstarávania. Rada posudzovala výhradne kontrolovaným stanovenú podmienku účasti.
43. Rada takisto upozorňuje na skutočnosť, že hoci kontrolovaný viaže splnenie predmetnej podmienky účasti na osobu hlavného stavbyvedúceho, v návrhu zmluvy, ani v ostatnej dokumentácii k danej zákazke, nie je uvedená povinnosť obsadiť pri realizácii predmetu zákazky túto pozíciu tou istou osobou, ktorou uchádzač preukazuje splnenie spornej podmienky účasti. Kontrolovaný síce požaduje od uchádzača predloženie čestného vyhlásenia hlavného stavbyvedúceho o tom, že bude k dispozícii počas celého plnenia predmetu zákazky (v prípade ak bude uchádzač úspešný), zároveň však zmluvné podmienky v danom verejnom obstarávaní umožňujú, aby hlavný stavbyvedúci delegoval akékoľvek kompetencie, funkcie a právomoci na ktorúkoľvek kompetentnú osobu (bod 23 tohto rozhodnutia). Vystáva preto otázka, akým spôsobom kontrolovaný zabezpečí, že stavbyvedúci bude skutočne pri realizácii diela vykonávať všetky kontrolovaným požadované kompetencie, tak ako sú uvedené v bode 35 písm. a) až h), keď do zmluvy zakotvil, že hlavný stavbyvedúci môže delegovať akékoľvek kompetencie, funkcie a právomoci na inú osobu, pričom táto delegácia nie je viazaná ani len na súhlas stavebného dozoru, ako zástupcu kontrolovaného, ale iba na písomné oznámenie zo strany samotného stavbyvedúceho.
44. Vo vzťahu k argumentácii kontrolovaného týkajúcej sa rozhodnutia č. 4174-6000/2013-ON/75, ktorým úrad zamietol námietky uchádzača smerujúce proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk (kontrolovaný vyžadoval od dvoch kľúčových odborníkov skúsenosti na projektoch, pri ktorých zmluvné podmienky vychádzali zo zmluvných podmienok FIDIC), rada uvádza, že v uvedenom prípade bola kontrolovaným Národná diaľničná spoločnosť a predmetom zákazky bola „Činnosť stavebného dozoru pre projekt Diaľnica D1 Hričovské Podhradie – Lietavská Lúčka“. Úrad v predmetnom rozhodnutí poukázal na charakter podmienok FIDIC a uviedol, že zmluvné podmienky FIDIC sú využívané najmä vo veľkých investičných projektoch, pričom tieto zmluvné podmienky predstavujú len istý štandard úpravy zmluvných vzťahov vznikajúcich pri realizácii týchto

projektov a tento zmluvný štandard je v prípade každého projektu potrebné prispôbiť príslušnému rozhodnému právu zmluvy (bod 29 spomínaného rozhodnutia).

45. Úrad v danom prípade konštatoval, že skúsenosti uchádzača s realizáciou činností stavebného dozoru na stavbách diaľnic alebo rýchlostných ciest alebo na stavbách ciest obdobného charakteru, ktoré boli realizované prostredníctvom zmluvných podmienok FIDIC výrazne prispievajú k tomu, aby bolo dané dielo realizované riadne a včas v súlade s ustanoveniami zmluvy.
46. Rada na tomto mieste uvádza, že v rozhodnutí č. 4174-6000/2013-ON/75 išlo o podmienku účasti naviazanú na účasť pri zákazkách podľa zmluvných pravidiel FIDIC. Pričom v tejto veci ide o podmienku účasti, ktorá zúžila okruh záujemcov/uchádzačov ešte výraznejšie, keď požaduje nielen účasť pri zákazkách na základe zmluvných pravidiel FIDIC, ale dokonca výhradne podľa Žltej knihy FIDIC. Ďalšou premennou je skutočnosť, že spomínané rozhodnutie sa týka činností stavebného dozoru, pričom v tejto veci ide o činnosť hlavného stavbyvedúceho. Vo všeobecnosti platí, že z hľadiska hierarchie je stavebný dozor oprávnený vydávať pokyny zhotoviteľovi (dodávateľovi), teda aj predstaviteľovi zhotoviteľa (hlavnému stavbyvedúcemu). Na základe uvedeného má rada za to, že hoci ide v oboch prípadoch o podmienky účasti naviazané na skúsenosti s realizáciou zákaziek podľa zmluvných podmienok FIDIC, rozsah kompetencií týchto kľúčových odborníkov, ako aj predmet zákazky sa zásadne líši, a preto nie je možné vyžadovať od úradu totožný postup pri posudzovaní týchto podmienok účasti.
47. Rada ďalej pripomína, že v prípade týchto zákaziek ide o neporovnateľný projekt z hľadiska predmetu a náročnosti zákazky. Predmetom zákazky „Rekonštrukcia budovy školy“ je predovšetkým výmena okien, zateplenie fasády budovy, výmena stúpačiek, rozvodov kanalizácie, vybúranie priečok, obkladov, dlažieb a výmena sociálnych zariadení vrátane montáže nových obkladov a dlažieb, oprava omietok, stien, stropov, vymaľovanie priestorov, rekonštrukcia kotolne, demontáž a nahradenie radiátorov vrátane termostatov.
48. Z vyššie uvedeného rada konštatuje, že vzhľadom na početné rozdiely medzi spomínanými zákazkami ich nemožno pripodobňovať, a teda ani postup úradu v procese posudzovania primeranosti a opodstatnenosti stanovených podmienok účasti nemožno porovnávať. V závere rozhodnutia preto rada uvádza, že je neprípustné, aby nevhodne stanovená podmienka účasti, ktorá ani nemusí zabezpečiť splnenie požadovaného účelu, bránila riadnej hospodárskej súťaži.
49. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností **rada konštatuje, že neidentifikovala dôvod opodstatňujúci zmenu rozhodnutia o námietkach, nakoľko neidentifikovala, že by kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní preukázal dôvod (účel) vyžadovanej podmienky účasti tak, ako si ju stanovil vo výzve na predkladanie ponúk. Na základe uvedeného rada vyhodnotila odvolanie podané kontrolovaným za neopodstatnené, a preto rozhodla tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.**

Kaucia

50. Podľa § 142 ods. 2 posledná veta zákona o verejnom obstarávaní je kaucia 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.

51. 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.
52. 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.
53. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená kontrolovaným v konaní o odvolaní v celej uhradenej sume stáva príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní.
54. Úrad vráti navrhovateľovi kauciu zloženú v konaní o námietkach v plnej výške do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o námietkach, ktoré nastáva dňom doručenia tohto rozhodnutia rady o odvolaní účastníkom konania.

P o u č e n i e

Podľa § 143 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 143 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 doručuje

1. Trenčiansky samosprávny kraj, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín – kontrolovaný
2. PhDr. Matúš Džuppa, EkoAuris, s.r.o., Kúpeľná 3, 080 01 Prešov – splnomocnený zástupca kontrolovaného
3. XY – navrhovateľ

Na vedomie
podľa rozdeľovníka

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