



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

Bratislava 02. 06. 2016
Číslo záznamu: 71580/2016
Číslo spisu: 7645-9000/2016-KR/9

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. 4 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 uchádzača **XY**, (ďalej len „navrhovateľ č. 1“) proti rozhodnutiu úradu č. 3694-6000/2016-ON/30 a 3830-6000/2016-ON/31 zo dňa 06. 04. 2016 vydanému v konaní o námietkach navrhovateľa č. 1 a námietkach uchádzača **XZ** (ďalej len „navrhovateľ č. 2“) v oboch prípadoch smerujúcich proti vylúčeniu z verejného obstarávania na predmet podlimitnej zákazky „Rekonštrukcia obvodového plášťa školy a strechy so zateplením“, vyhláseného verejným obstarávateľom **Trenčiansky samosprávny kraj, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín** (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 213/2015 zo dňa 28. 10. 2015 pod značkou 21640-WYP, 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. 3694-6000/2016-ON/30 a 3830-6000/2016-ON/31 zo dňa 06. 04. 2016 podľa § 142 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 187 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. nasledovne:

Úrad pre verejné obstarávanie vo veci námietok navrhovateľa č. 1 podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **nariaduje** verejnému obstarávateľovi Trenčiansky samosprávny kraj, K dolnej stanici 7282/20A, 911 01 Trenčín vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Rekonštrukcia obvodového plášťa školy a strechy so zateplením“, vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 213/2015 zo dňa 28. 10. 2015 pod značkou 21640 – WYP, **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení častí ponúk označených ako „Ostatné“, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa č. 1 z predmetného verejného obstarávania a pokračovať vo verejnom obstarávaní zaradením tohto vylúčeného uchádzača do procesu verejného obstarávania a znovu vyhodnotiť časti ponúk označené ako „Ostatné“, do 30 dní od doručenia tohto rozhodnutia.

Úrad pre verejné obstarávanie vo veci námietok navrhovateľa č. 2 **zastavuje** konanie o námietkach podľa § 139 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Navrhovateľ č. 1 doručil úradu dňa 18. 04. 2016 v zákonom stanovenej lehote podľa § 142 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 3694-6000/2016-ON/30 a 3830-6000/2016-ON/31 zo dňa 06. 04. 2016 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“) vydanému v konaní o námietkach navrhovateľa č. 1 a navrhovateľa č. 2 smerujúcich proti vylúčeniu uchádzačov z tohto verejného obstarávania podľa § 138 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.

Rozhodnutie o námietkach

2. Úrad v rozhodnutí o námietkach konštatoval, že kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní vyžadoval na preukázanie finančného a ekonomického postavenia podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, aby uchádzači predložili **vyjadrenie banky** alebo pobočky zahraničnej banky, **ktorým je prísľub banky** alebo pobočky zahraničnej banky **poskytnúť úver na plnenie predmetu zákazky v objeme minimálne 100 000 eur** alebo ekvivalent v inej mene podľa kurzu NBS, platného ku dňu zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.
3. Kontrolovaný zároveň vo výzve na predkladanie ponúk požadoval na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní od uchádzačov preukázať, že osoba zodpovedná za riadenie stavebných prác (tzv. hlavný stavbyvedúci) má potrebné vzdelanie a odbornú prax na riadenie stavebných prác, ktoré sú predmetom verejného obstarávania. Uchádzači mali za kľúčového odborníka predložiť v ponuke nasledovné doklady:
 - a) doklad o jeho vzdelaní a odbornej praxi a
 - b) osvedčenie stavbyvedúceho na pozemné stavby.
4. Úrad v konaní o námietkach zistil, že navrhovateľ č. 1 vo svojej ponuke predložil čestné vyhlásenie podľa § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v rozhodnutí o námietkach uviedol, že nakoľko po úplnom vyhodnotení ponúk sa ponuka navrhovateľa č. 1 umiestnila na prvom mieste, bol vyzvaný v súlade s § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti, ktoré navrhovateľ č. 1 nahradil čestným vyhlásením.
5. Na účely preukázania splnenia finančného a ekonomického a postavenia navrhovateľ č. 1 predložil kontrolovanému dokument označený ako „**Potvrdenie o disponibilnom zostatku na účte**“ zo dňa 27. 01. 2016. Úrad zároveň konštatoval, že v rámci dokladov, ktoré navrhovateľ č. 1 na základe výzvy doručil kontrolovanému na preukázanie splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, predložil:
 - a) osvedčenie o vykonaní skúšky odbornej spôsobilosti, vystavené Slovenskou komorou stavebných inžinierov pre XX,
 - b) doklad „údaje o vzdelaní a odbornej praxi“ XX,
 - c) osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky, vystavené Slovenskou komorou stavebných inžinierov pre XQ,
 - d) životopis XQ.
6. Z rozhodnutia o námietkach vyplýva, že po následnom požiadaní o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov zo strany kontrolovaného a ich vysvetlení navrhovateľom č. 1,

kontrolovaný navrhovateľ č. 1 z verejného obstarávania **vylúčil**, a to z dvoch dôvodov, konkrétne:

- a) **z dôvodu nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia**, nakoľko kontrolovanému nebol predložený príslub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru, a
- b) **z dôvodu nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti**, nakoľko navrhovateľ č. 1 nepredložil doklad o vzdelaní hlavného stavbyvedúceho.

7. **K dôvodu vylúčenia navrhovateľa č. 1, uvedenému v bode 6 písm. a) tohto rozhodnutia**, úrad v rozhodnutí o námietkach zdôraznil **dispozitívnu povahu § 27 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní, na základe ktorého si môže verejný obstarávateľ na preukázanie finančného a ekonomického postavenia vybrať z dokladov uvedených v tomto ustanovení, prípadne stanoviť aj iný dokument, ktorý je v súlade s princípmi verejného obstarávania a je primeraný k predmetu zákazky. Dispozitívnosť ustanovenia § 27 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa však podľa úradu prejavuje **len pri koncipovaní podmienok účasti, nie pri ich vyhodnocovaní**, nakoľko **verejný obstarávateľ je povinný pri vyhodnocovaní podmienok účasti postupovať podľa § 33 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní a **posudzovať splnenie podmienok účasti** jednotlivými záujemcami, resp. uchádzačmi **v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, resp. výzvu na predkladanie ponúk a súťažnými podkladmi**. Na základe uvedeného mal úrad za to, že kontrolovaný bol povinný podmienku účasti týkajúcu sa finančného a ekonomického postavenia vyhodnotiť tak, ako si ju vo výzve na predkladanie ponúk stanovil.
8. V nadväznosti na uvedené úrad uviedol, že v prípade, ak kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk stanovil, že vyžaduje predloženie príslubu banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru v stanovenom objeme, mali uchádzači v snahe preukázať splnenie podmienky účasti predložiť doklad v súlade so znením uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk.
9. V tejto súvislosti úrad poukázal na to, že navrhovateľ č. 1 predložil doklad, ktorého obsahom je informácia o výške finančných prostriedkov, resp. ich zostatku na účte navrhovateľa č. 1, vydaná Tatra bankou, a . s . . K uvedenému úrad uviedol, že z tejto informácie nie je možné zistiť, či navrhovateľ č. 1 disponuje príslubom banky o poskytnutí úveru tak, ako bolo uvedené vo výzve na predkladanie ponúk. Po posúdení vysvetlenia navrhovateľa č. 1 k tomuto dokladu úrad mal za to, že kontrolovaným požadovaný doklad navrhovateľ č. 1 nahradil potvrdením banky o disponibilnom zostatku na účte v sume 7 423 126,32 eur z dôvodu, že úverový príslub je komerčný produkt, za ktorý je potrebné banke platiť úhradu, ako aj z dôvodu, že pre realizáciu tak malého objemu stavebných prác je podľa neho úplne zbytočný.
10. K uvedenému vysvetleniu navrhovateľa č. 1 úrad konštatoval, že ani po jeho poskytnutí navrhovateľ č. 1 nepreukázal, že disponuje požadovaným príslubom banky o úvere, práve naopak, z jeho vysvetlenia vyplýva úmysel nahradiť ho výpisom z účtu, čo podľa úradu nemožno považovať za doklad, požadovaný kontrolovaným vo výzve na predkladanie ponúk.
11. Úrad v rozhodnutí o námietkach ďalej uviedol, že v predmetnom prípade pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti nemožno uplatniť **ustanovenie § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**, v zmysle ktorého, ak uchádzač alebo záujemca nedokáže **z objektívnych dôvodov** preukázať finančné a ekonomické postavenie určeným dokladom, verejný obstarávateľ môže uznať **aj iný doklad**, ktorým sa preukazuje finančné a ekonomické postavenie. Úrad mal za to, že z predloženého výpisu z účtu, z ostatných dokladov,

z ich vysvetlenia, ako ani z námietok navrhovateľa č. 1 žiadnym spôsobom nevyplýva, že poskytnutiu príslubu banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru na realizáciu predmetu zákazky v minimálnom objeme 100 000 eur, navrhovateľovi bránili objektívne dôvody, ktoré by mu znemožnili získať takýto príslub.

12. Úrad ďalej skonštatoval, že podľa § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého použitia sa navrhovateľ č. 1 dovoľáva, je verejný obstarávateľ povinný uznať na účely preukázania splnenia podmienok účasti **aj iné ako požadované potvrdenie vydané príslušným orgánom členského štátu** v súlade so základnými princípmi Európskej únie, avšak za podmienky, že toto **je rovnocenné** požadovanému, resp. že aj iný doklad, ktorý je rovnocenný požadovanému potvrdeniu, **vyjadruje rovnakú skutočnosť**. Podľa úradu však výpis z účtu deklarujúci zostatok finančných prostriedkov na účte navrhovateľa č. 1 nemožno považovať za rovnocenný doklad na preukázanie splnenia podmienky účasti, ktorú bolo potrebné preukázať predložením príslubu banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru. Obdobné zároveň podľa úradu platí aj pre § 33 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého doklady, ktorými sa preukazuje splnenie podmienok účasti, sa posudzujú podľa obsahu.
13. Podľa úradu uznanie výpisu z účtu ako dokladu preukazujúceho príslub banky o poskytnutí úveru v stanovenom objeme by bolo, za skutočností vzťahujúcich sa k tomuto prípadu, nielen porušením § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ale aj **porušením princípu rovnakého zaobchádzania voči uchádzačom** takým spôsobom, že aj iní uchádzači, ktorí eventuálne tiež disponujú dostatočnými finančnými prostriedkami na realizáciu predmetu zákazky, a teda napriek tomu, že nepovažujú za potrebné na tento účel čerpať úver, si príslub banky o poskytnutí úveru na realizáciu predmetu zákazky za účelom splnenia podmienky účasti zabezpečili.
14. K tvrdeniu navrhovateľa č. 1, podľa ktorého pre plnenie predmetu zákazky je čerpanie úveru neúčelné a neefektívne, úrad uviedol, že ak považoval podmienky účasti za neprimerané, **mohol pristúpiť k uplatneniu revízných postupov** proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch, resp. vo výzve na predkladanie ponúk a prostredníctvom nich sa domáhať úpravy, resp. zmeny stanovených podmienok účasti.
15. V nadväznosti na uvedené skutočnosti úrad dospel k záveru, že navrhovateľ č. 1 z dôvodu nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia bol **vylúčený opodstatnene**.
16. **K dôvodu vylúčenia navrhovateľa č. 1, uvedenému v bode 6 písm. b) tohto rozhodnutia**, úrad skonštatoval, že námietky navrhovateľa č. 1 sú v tomto bode **opodstatnené**, nakoľko k predloženým dokladom navrhovateľa č. 1 (bod 5 tohto rozhodnutia) kontrolovaný mohol požiadať o doplnenie chýbajúceho dokladu o vzdelaní stavbyvedúceho.
17. Úrad na základe vyššie uvedených skutočností dospel k záveru, že navrhovateľ č. 1 bol z predmetného verejného obstarávania neoprávnene vylúčený z dôvodu nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti. Nakoľko sa však podľa úradu v konaní o námietkach potvrdil jeden z dôvodov vylúčenia navrhovateľa č. 1 ako opodstatnený, úrad dospel k záveru, že navrhovateľ č. 1 bol v tomto prípade z predmetného postupu zadávania zákazky vylúčený opodstatnene.
18. Úrad preto v rozhodnutí o námietkach navrhovateľa č. 1 **nariadil** podľa § 139 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní **odstrániť protiprávny stav, a to uskutočniť opravu oznámenia o vylúčení zrušením dôvodu vylúčenia navrhovateľa č. 1 týkajúceho sa nesplnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorý sa v tomto konaní**

preukázal ako nezákonný, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia a pokračovať vo verejnom obstarávaní.

Odvolanie podané navrhovateľom č. 1

19. Ako bolo uvedené vyššie, navrhovateľ č. 1 doručil dňa 18. 04. 2016 úradu proti vyššie opísanému rozhodnutiu o námietkach odvolanie, v ktorom napáda toto rozhodnutie v časti posúdenia dôvodu jeho vylúčenia pre nesplnenie finančného a ekonomického postavenia. Navrhovateľ č. 1 uvádza, že nie je účelné a efektívne čerpať na plnenie predmetu zákazky z jeho strany úver, ak disponuje dostatočným objemom finančných prostriedkov, potrebných k plneniu predmetu zákazky, o čom navrhovateľ č. 1 predložil aj doklady. Striktne vyžadovanie úverového spôsobu financovania predmetu zákazky zo strany kontrolovaného vytvára podľa jeho názoru **neprimerané zvyšovanie nákladov u uchádzačov** a považuje ho za rozporné s § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a porušenie princípu efektívnosti a hospodárnosti.
20. S prihliadnutím na **odôvodnenie danej podmienky účasti** (bod 31 tohto rozhodnutia) je navrhovateľ č. 1 toho názoru, že doklad o disponibilnom zostatku v sume 7 423 126,32 eur vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky dáva dostatočnú garanciu o finančnej a ekonomickej stabilite navrhovateľa č. 1 pre účely bezproblémového financovania realizácie diela bez požiadavky na zálohové platby.
21. K tvrdeniu úradu, že kontrolovaný bol povinný pri vyhodnocovaní podmienok účasti postupovať striktne v súlade s § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní – konkrétne výzvou na predkladanie ponúk, navrhovateľ č. 1 uvádza, že ak by kontrolovaný zobral do úvahy **§ 27 ods. 3, § 33 ods. 4 a poslednú vetu uvedenú v bode III.1.2 výzvy na predkladanie ponúk**, podľa ktorej „Verejný obstarávateľ musí prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom.“, postupoval by v súlade, nie v rozpore s § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
22. Ako **objektívny dôvod v zmysle § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní** navrhovateľ č. 1 v odvolaní označuje svoj interný systém finančného riadenia a horšie nákladové ekonomické parametre úverového produktu v porovnaní s nákladmi vlastných finančných zdrojov určených na financovanie stavebných zákaziek.
23. S odvolávaním sa na princíp právnej istoty a legitímneho očakávania v kontexte ustanovení § 27 ods. 3, § 33 ods. 4 a 13 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v kontexte výzvy na predkladanie ponúk, navrhovateľ č. 1 uvádza, že nepredpokladal, že ekvivalentom ekonomicky menej efektívneho nástroja nemôže byť ekonomicky efektívnejší nástroj vo vzťahu k cene plnenia pre kontrolovaného.
24. S poukazom na judikatúru Najvyššieho súdu SR¹ navrhovateľ č. 1 uvádza, že nepredpokladal, že kontrolovaný bude aplikovať striktne len gramatický výklad formulácie podmienky účasti (ktorá je podľa názoru navrhovateľa č. 1 **v rozpore s princípom efektívnosti a hospodárnosti**) bez toho, aby splnenie podmienok účasti posudzoval **podľa ich obsahu** a vo vzájomných súvislostiach. Navrhovateľ č. 1 je toho názoru, že banková informácia

¹ Rozsudok zo dňa 09. 06. 2015 sp. zn.: 3Sžf/67/2014, cit.: „Pri posudzovaní splnenia podmienok účasti je rozhodujúca vecná stránka, čiže obsah a relevantnosť predložených dokladov. Verejný obstarávateľ je povinný posudzovať predložené doklady **podľa ich obsahu** tak, aby sa **zabránilo prílišnému formalizmu** v procese posudzovania splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. V prípade, že vylúči uchádzača bez preverenia splnenia podmienky účasti podľa § 33 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a to napriek tomu, že obsah predmetných dokladov predložených v ponuke nasvedčoval tomu, že podmienku účasti splniť mohol, postupuje v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.“

zo dňa 13. 01. 2016 a potvrdenie o disponibilnom zostatku na účte nie je porušením princípu rovnakého zaobchádzania, naopak, neuznanie uvedeného dokladu a striktné vyžadovanie úverového prísľubu pre účely financovania zákazky je porušením princípu efektívnosti a hospodárnosti. Z ekonomického hľadiska je striktné vymedzenie požiadavky len na úverový prísľub banky podľa navrhovateľa č. 1 nelogickou požiadavkou a nemá opodstatnenie. Navrhovateľ č. 1 má za to, že požiadavka kontrolovaného v kontexte obsahu výzvy na predkladanie ponúk, osobitne časti III.1.2, najmä poslednej vety, ako aj v kontexte § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, umožnila uchádzačom predložiť aj doklady o finančnej disponibilite uchádzača.

25. Navrhovateľ č. 1 uvádza, že sa len riadil výzvou na predkladanie ponúk, kde bolo uvedené, že ak uchádzač nedokáže z objektívnych dôvodov preukázať finančné a ekonomické postavenie určenými dokladmi, môže verejný obstarávateľ uznať aj iné doklady. Pokiaľ by kontrolovaný neuviedol uvedené, navrhovateľ č. 1 uvádza, že by uplatnil revízne postupy a domáhal by sa zmeny, resp. úpravy podmienky účasti, nakoľko požadovať vyjadrenie banky o poskytnutí úveru v prípade, ak úver nepotrebujete, je podľa neho **jednoznačná diskriminácia**. V tejto súvislosti navrhovateľ č. 1 poukazuje aj na finančné hľadisko, nakoľko cena tohto komerčného produktu na zákazku v hodnote 100 000 eur je cca 2 000 eur, na základe čoho by takéto náklady vzhľadom na množstvo verejných obstarávaní, ktorých sa zúčastňuje, boli pre neho neúnosné.
26. V závere svojho odvolania navrhovateľa č. 1 navrhuje rade, aby zrušila rozhodnutie o námietkach v rozsahu odvolania a nariadila kontrolovanému odstrániť protiprávny stav a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vykonaním úkonu kontrolovaného, konkrétne zrušiť rozhodnutie o vylúčení navrhovateľa č. 1 a opätovne vyhodnotiť ponuky.

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu navrhovateľa č. 1

27. Úrad listom zo dňa 18. 04. 2016, doručeným kontrolovanému dňa 20. 04. 2016, vyzval kontrolovaného na doručenie písomného vyjadrenia k predmetnému odvolaniu. Kontrolovaný v stanovenej lehote úradu svoje vyjadrenie k odvolaniu nedoručil.

Zistenia rady

28. Po preskúmaní predloženej dokumentácie kontrolovaného a administratívneho spisu z konania o námietkach rada zistila nasledovné:
29. Kontrolovaný vyhlásil vo Vestníku verejného obstarávania č. 213/2015 zo dňa 28. 10. 2015 pod značkou 21640 - WYP verejné obstarávanie na predmet zákazky „Rekonštrukcia obvodového plášťa školy a strechy so zateplením“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 280 500 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Súťažné podklady si vyžiadalo 18 záujemcov, pričom v lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 16. 11. 2015, predložili ponuku 5 uchádzači (vrátane navrhovateľa č. 1 a navrhovateľa č. 2).
30. Vo výzve na predkladanie ponúk, v bode III.1.2 „Ekonomické a finančné postavenie“, v časti 2.1 sa uvádza, cit.: „Uchádzač predloží: **vyjadrenie banky**, alebo pobočky zahraničnej banky **ktorým je prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky poskytnúť úver na plnenie predmetu zákazky** „Rekonštrukcia obvodového plášťa školy a strechy so zateplením“ **v objeme minimálne 100 000,00 EUR**, alebo ekvivalent v inej mene podľa kurzu NBS, platného ku dňu zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.“
31. Primeranosť uvedenej podmienky účasti kontrolovaný v tomto bode výzvy na predkladanie ponúk odôvodnil, cit.: „Požiadavka je určená **z dôvodu výberu schopného ekonomicky**

a finančne stabilného dodávateľa zmluvného partnera, ktorý si plní všetky svoje záväzky včas a riadne a ktorý je schopný bezproblémového čiastočného prefinancovania realizácie diela bez požiadavky na zálohové platby pri plnení predmetu zákazky.“

32. V bode III.1.2 „Ekonomické a finančné postavenie“ v časti 2.2.2 kontrolovaný uviedol, cit.: „Ak uchádzač nedokáže **z objektívnych dôvodov** preukázať ekonomické a finančné postavenie určenými dokladmi, verejný obstarávateľ môže uznať **aj iné doklady**, ktorými sa preukazuje ekonomické a finančné postavenie. (...) Verejný obstarávateľ uzná rovnocenné potvrdenie vydané príslušným orgánom iného členského štátu, ktorým uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. **Verejný obstarávateľ musí prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom.**“
33. Navrhovateľ č. 1 vo svojej ponuke predložil čestné vyhlásenie podľa § 33 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom vyhlásil, že podmienky účasti spĺňa. Po otvorení častí ponúk označených ako „Kritéria“ kontrolovaný listom zo dňa 19. 01. 2016 vyzval navrhovateľa č. 1 podľa § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, aby predložil doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti, ktoré nahradil čestným vyhlásením, nakoľko sa umiestnil na 1. mieste. Navrhovateľ č. 1 na splnenie podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia predložil kontrolovanému dokument označený ako „Potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte“ v sume 7 423 126,32 eur. Kontrolovaný následne dňa 03. 02. 2016 požiadal navrhovateľa č. 1 o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, v ktorom požadoval uviesť, kde v predloženej ponuke, resp. v predložených dokladoch, sa nachádza požadovaný prísľub banky.
34. Navrhovateľ č. 1 v liste zo dňa 04. 02. 2016, označenom ako „Vysvetlenie ponuky“, uviedol, že úverový prísľub nahradil potvrdením o disponibilnom zostatku na účte v sume 7 423 126,32 eur (čo predstavuje cca 74 násobok financií potrebných na realizáciu diela). Svoj postup odôvodnil tým, že úverový prísľub je komerčný produkt, za ktorý treba banke zaplatiť úhradu, pričom pri realizácii tak malého objemu prác je preňho úplne zbytočný. Zároveň uviedol, že sa opiera o § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého je podľa neho možné požadovaný doklad nahradit' iným dokladom.
35. Kontrolovaný listom zo dňa 06. 02. 2016 vylúčil navrhovateľa č. 1 z verejného obstarávania z dvoch dôvodov – pre nesplnenie podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia a pre nesplnenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti (bod 6 tohto rozhodnutia). Vo vzťahu k prvému dôvodu v oznámení o vylúčení navrhovateľa č. 1 kontrolovaný uviedol, že navrhovateľ č. 1 predložil potvrdenie o disponibilnom zostatku na účte, čo nepredstavuje vyjadrenie banky, ktorým je prísľub banky o poskytnutí úveru, na základe čoho nebol predložený doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti. Kontrolovaný okrem navrhovateľa č. 1 vylúčil z tohto verejného obstarávania aj navrhovateľa č. 2 pre nesplnenie technickej alebo odbornej spôsobilosti.
36. Navrhovateľ č. 1 doručil úradu a kontrolovanému dňa 17. 02. 2016 námietky. Úrad o predmetných námietkach navrhovateľa č. 1 rozhodol tak, ako je uvedené v bode 18 tohto rozhodnutia. Úrad konanie o námietkach navrhovateľa č. 2 proti jeho vylúčeniu zastavil z dôvodu nezloženia kaucie v správnej výške. V reakcii na uvedené rozhodnutie navrhovateľ č. 1 doručil dňa 18. 04. 2016 úradu odvolanie.

Právny rámec

37. 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.

38. Podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla vyjadrením banky alebo pobočky zahraničnej banky, ktorým môže byť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru.
39. Podľa § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo záujemca nedokáže z objektívnych dôvodov preukázať finančné a ekonomické postavenie určeným dokladom, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže uznať aj iný doklad, ktorým sa preukazuje finančné a ekonomické postavenie.
40. 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.
41. Podľa § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzná rovnocenné potvrdenie vydané príslušným orgánom iného členského štátu, ktorým uchádzač alebo záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ musí prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom alebo záujemcom. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ vyhodnocujú splnenie podmienok účasti podľa § 26 spôsobom podľa § 128 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
42. Podľa § 33 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní doklady, ktorými sa preukazuje splnenie podmienok účasti, sa posudzujú podľa obsahu. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ nevyžaduje preukázanie skutočností, ktoré sú všeobecne známe, a verejný obstarávateľ, ktorý je orgánom verejnej moci, nevyžaduje ani preukázanie skutočností, ktoré sú mu známe z jeho činnosti.

Právne posúdenie radou

43. 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. Podľa § 187 ods. 1 tohto zákona postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 17. apríla 2016, sa dokončia podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016. Podľa § 187 ods. 4 tohto zákona v konaní, ktoré začne úrad po 17. apríli 2016 a vzťahuje sa na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 a 2, sa postupuje podľa predpisov účinných do 17. apríla 2016.
44. V tejto súvislosti rada konštatuje, že konanie o odvolaní sa začalo dňa 18. 04. 2016, kedy navrhovateľ č. 1 doručil úradu predmetné odvolanie, a preto je podľa vyššie uvedeného prechodného ustanovenia pre posúdenie tohto odvolania radou určujúca právna úprava podľa zákona o verejnom obstarávaní účinná do 17. 04. 2016.
45. 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 navrhovateľom č. 1 v odvolaní, pričom uvádza nasledovné:
46. Kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk vyžadoval predložiť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru pre plnenie predmetu zákazky v objeme

minimálne 100 000 eur (bod 30 tohto rozhodnutia). Navrhovateľ č. 1 na základe výzvy kontrolovaného predložiť doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti predložil za účelom preukázania splnenia danej podmienky iný doklad – potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na jeho účte (body 33 a 34 tohto rozhodnutia). Rada v uvedenom konaní posúdila **ako rozhodujúcu otázku**, či bolo možné zo strany navrhovateľa takto postupovať, teda **či mohol predložiť iný doklad, ako bol kontrolovaným požadovaný**. Posúdenie možnosti predloženia iného dokladu je podľa rady v tomto prípade potrebné uskutočniť z pohľadu, či takýto postup umožňuje

- a) zákon o verejnom obstarávaní, alebo
- b) znenie výzvy na predkladanie ponúk.

Ad bod 46 písm. a):

47. Z hľadiska **zákona o verejnom obstarávaní** sa rada v prvom rade zaoberala posúdením, či predloženie iného dokladu umožňuje **§ 27 ods. 3**, ktorý sa vzťahuje na preukazovanie finančného a ekonomického postavenia, a na ktorý sa odvoláva aj navrhovateľ č. 1. K uvedenému ustanoveniu rada uvádza, že sa v plnom rozsahu stotožňuje s posúdením uplatnenia tohto ustanovenia v rozhodnutí o námietkach. Podľa rady toto ustanovenie síce umožňuje verejnému obstarávateľovi uznať **aj iný doklad**, avšak len za podmienky, že sa ním preukáže finančné a ekonomické postavenie a ak uchádzač alebo záujemca nedokáže preukázať finančné a ekonomické postavenie určeným dokladom **z objektívnych dôvodov**. Z pohľadu naplnenia objektívnych dôvodov, ustanovených/vyžadovaných v § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, sa rada stotožňuje so závermi úradu uvedenými v rozhodnutí o námietkach (bod 11 tohto rozhodnutia) a zároveň dodáva, že ani v odvolacom konaní navrhovateľ č. 1 nepreukázal dôvody, ktoré by mu objektívne bránili zabezpečiť a predložiť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru. Tvrdenia navrhovateľa č. 1 uvedené v odvolaní, že cit.: „možno za objektívny dôvod, ktorý neumožňuje predložiť úverový prísľub, považovať interný systém finančného riadenia navrhovateľa a horšie nákladové ekonomické parametre úverového produktu...“ (bod 22 tohto rozhodnutia) podľa názoru rady neobstoja, nakoľko nepredstavujú objektívne skutočnosti, ktoré nezávisle od vôle navrhovateľa č. 1 mu neumožnili preukázať finančné a ekonomické postavenie určeným dokladom zo strany kontrolovaného.
48. Navrhovateľ č. 1 ďalej na podporu svojich tvrdení o možnosti predložiť v predmetnom verejnom obstarávaní aj iný doklad, ako bol požadovaný kontrolovaným, poukazuje na **§ 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní** (bod 41 tohto rozhodnutia). Po posúdení tohto bodu rada uvádza, že z prvej vety predmetného ustanovenia vyplýva pre verejného obstarávateľa povinnosť uznať rovnocenné potvrdenie vydané orgánom z iného členského štátu, ak ho uchádzač alebo záujemca predloží, z druhej vety vyplýva pre neho **povinnosť prijať aj iný rovnocenný doklad** predložený uchádzačom alebo záujemcom. V predmetnom prípade sa navrhovateľ č. 1 domáha toho, aby mu bol uznaný ním predložený doklad (potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte prevyšujúcom 7 mil. eur) **ako rovnocenný** k požadovanému dokladu (prísľub banky o poskytnutí úveru v min. hodnote 100 000 eur). Z uvedeného je zrejmé, že je nevyhnutné v predmetnom prípade posúdiť, či je možné posúdiť/uznať navrhovateľom č. 1 predložený doklad za rovnocenný k dokladu, ktorý bol kontrolovaným vyžadovaný.
49. Rada v tejto súvislosti uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní nestanovuje bližšie, aký doklad je potrebné považovať za rovnocenný. V nadväznosti na uvedené je podľa názoru rady nevyhnutné posúdiť **výklad tohto pojmu** tak, aby bol súladný s princípmi verejného

obstarávania a aby bol dosiahnutý účel verejného obstarávania. Ako je uvedené ďalej, rada pri posudzovaní výkladu tohto pojmu vychádzala zo znenia podmienky účasti (bod 30 tohto rozhodnutia), odôvodnenia jej primeranosti (bod 31 tohto rozhodnutia), pričom prihliadla aj na obsah celej výzvy na predkladanie ponúk, t. j. všetky informácie v nej zo strany kontrolovaného uvedené. Až po posúdení uvedeného, ktoré sa nachádza v nasledujúcej časti, rada pristúpi k výkladu daného pojmu.

Ad bod 46 písm. b):

50. Navrhovateľ poukazuje v tejto súvislosti na znenie bodu III.1.2 výzvy na predkladanie ponúk (bod 32 tohto rozhodnutia), z ktorého vyplýva, že samotný kontrolovaný v tejto výzve umožnil predloženie iného rovnocenného dokladu ako požadovaného.
51. Úrad v rozhodnutí o námietkach uviedol, že potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte navrhovateľa č. 1 nemožno považovať za rovnocenný doklad na preukázanie splnenia podmienky účasti (bod 12 tohto rozhodnutia), ktorú bolo potrebné preukázať predložením príslubu banky o poskytnutí úveru, nakoľko podľa úradu nevyjadruje tú istú skutočnosť. Podľa úradu z dokladu, ktorého obsahom je informácia o výške finančných prostriedkov, resp. ich zostatku na účte navrhovateľa č. 1, nie je možné zistiť, či navrhovateľ č. 1 disponuje príslubom banky o poskytnutí úveru tak, ako bolo uvedené vo výzve na predkladanie ponúk (bod 9 tohto rozhodnutia).
52. Rada posúdila uvedené odôvodnenie rozhodnutia o námietkach a uvádza k nemu, že sa nestotožňuje s takýmto posúdením pojmu rovnocennosť. Výklad úradu v rozhodnutí o námietkach v podstate hovorí, že spojenie „iný doklad je možné považovať za rovnocenný, ak vyjadruje tú istú skutočnosť“ znamená, že má z neho vyplývať, že uchádzač má príslub banky o poskytnutí úveru na tento predmet zákazky v požadovanej výške. To znamená, že má obsahovať presne tú istú informáciu, inak povedané, má byť obsahovo rovnaké. Je pritom z predmetného prípadu zrejmé, že doklad predložený navrhovateľom č. 1 nevyjadruje tú istú skutočnosť v tom zmysle, že by obsahoval informáciu o príslube banky o poskytnutí úveru. Podstatou príslubu banky je pritom jej vyhlásenie, že v prípade, ak sa klient stane úspešným vo verejnom obstarávaní, a ak splní podmienky banky, poskytne mu úver vo výške, na ktorej sa vopred dohodli. Má ísť teda o akýsi príslub, že uchádzač bude mať dostatok prostriedkov na čiastočné prefinancovanie predmetu zákazky (keďže nebude dostávať zálohové platby počas realizácie diela). Potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte hovorí o tom, koľko má uchádzač na účte prostriedkov, vyjadruje teda aktuálnu finančnú situáciu uchádzača. Z uvedeného vyplýva, že doklad predložený navrhovateľom č. 1 nie je obsahovo rovnaký, nevyjadruje doslovne tú istú skutočnosť ako doklad požadovaný kontrolovaným.
53. Rada v tejto súvislosti však poukazuje na to, že pojem rovnocennosť v predmetnom prípade podľa jej názoru nie je možné vykladať ako synonymum pojmu rovnaký, resp. obsahovo rovnaký. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že pojem rovnocenný je podľa jej názoru v predmetom prípade potrebné vnímať **z hľadiska konkrétneho, presne stanoveného účelu, ktorý sa mal stanovenou podmienkou účasti dosiahnuť**. Rada má za to, že práve takýto výklad pojmu rovnocennosť v danom prípade je najlepšie spôsobilý byť **súladný s princípmi verejného obstarávania, ako aj s účelom verejného obstarávania** priniesť v prostredí čestnej hospodárskej súťaže za jasných a nediskriminačných podmienok objektívne najlepšiu ponuku.
54. Rada na základe uvedeného rovnocennosť predloženého potvrdenia banky o disponibilnom zostatku posudzovala vo vzťahu k odôvodneniu primeranosti podmienky účasti (bod 31 tohto

rozhodnutia), v ktorom si samotný kontrolovaný stanovil konkrétny účel stanovenej podmienky účasti. Rada má za to, že v danom prípade je potrebné vychádzať práve z jej účelu, ktorým bolo prostredníctvom vyhláseného verejného obstarávania získať cit: „schopného ekonomicky a finančne stabilného dodávateľa zmluvného partnera, ktorý si plní všetky svoje záväzky včas a riadne a ktorý je schopný bezproblémového čiastočného prefinancovania realizácie diela bez požiadavky na zálohové platby pri plnení predmetu zákazky“.

55. Rada konštatuje, že navrhovateľom č. 1 predložený doklad z hľadiska dosiahnutia stanoveného účelu je možné považovať za doklad rovnocenný dokladu požadovanému kontrolovaným. S prihliadnutím na vyššie citované odôvodnenie primeranosti predmetnej podmienky účasti rada má za to, že tak ako úverový príslub aj doklad predložený navrhovateľom deklaruje dispozíciu s peňažnými prostriedkami, či už s vlastnými alebo poskytnutými treťou stranou. Rada sa stotožňuje teda s názorom navrhovateľa č. 1, že disponibilný zostatok na jeho bankovom účte v sume 7 423 126,32 eur aj vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky dáva dostatočnú garanciu o finančnej a ekonomickej stabilite navrhovateľa č. 1 pre účely bezproblémového čiastočného financovania realizácie diela bez požiadavky na zálohové platby, čo bol jednoznačný účel vyžadovanej podmienky účasti, vyjadrený samotným kontrolovaným.
56. K uvedenému rada dodáva, že tak, ako potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte, ktoré vyjadruje momentálnu finančnú situáciu uchádzača, pričom negarantuje ich dostatok aj v čase realizácie predmetu zákazky, tak ani príslub banky o poskytnutí úveru uvedenú skutočnosť nedokáže úplne garantovať, a to z dôvodu, že banky dané prísluby poskytujú ako nezáväzné, keď si už v samotných prísluboch vyhradzuje právo preveriť situáciu uchádzača ešte pred poskytnutím úveru. Rada v tejto súvislosti uvádza, že doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti sú vyžadované za účelom preukázania, či uchádzači majú predpoklad úspešne zvládnuť plnenie zákazky, ich účelom však nie je poskytnúť úplnú záruku. V prípade, ak bolo zámerom kontrolovaného vybrať zmluvného partnera, pri ktorom bude mať úplnú istotu, že bude schopný sám čiastočne prefinancovať plnenie zákazky, mal si takúto požiadavku výslovne uviesť v rámci zmluvných požiadaviek, v prípade jej neplnenia i pod hrozbou sankcií, napr. ukončenia zmluvného vzťahu.
57. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že je potrebné zo strany kontrolovaného venovať zvýšenú pozornosť pri stanovení podmienok účasti, dokladov na ich preukázanie, ako aj ostatných informácií uvedených v samotnej výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch. Celý proces verejného obstarávania totižto musí spĺňať **požiadavku transparentnosti**, ktorá v sebe zahŕňa požiadavku na jasné a jednoznačné stanovenie všetkých požiadaviek verejného obstarávateľa, ako aj pravidiel ich vyhodnotenia. Uvedené je pritom dôležité najmä pre samotných záujemcov, ktorí sa na základe týchto informácií rozhodujú o svojej účasti v danom verejnom obstarávaní, pričom tieto informácie sú pre nich podstatné aj z hľadiska jasného poznania pravidiel, ktorými sa dané verejné obstarávanie bude riadiť, aby tomu vedeli prispôbiť obsah a zostavenie svojich ponúk. Uvedené pritom zodpovedá požiadavke na zabezpečenie právnej istoty a legitímnych očakávaní, ktorých sa dovoľáva navrhovateľ č. 1. V neposlednom rade sú tieto informácie dôležité aj pre kontrolné orgány, aby mohli následne overiť, či verejný obstarávateľ dodržal podmienky a postup, ktorý si sám stanovil.
58. Z tohto pohľadu rada uvádza, že pokiaľ kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk uvedie, že prijme aj iné rovnocenné doklady (bod 30 tohto rozhodnutia), pričom bližšie nestanoví, nevysvetlí, z akého pohľadu bude túto rovnocennosť vyhodnocovať, je možné, že niektorí záujemcovia pochopia toto pravidlo tak, ako navrhovateľ č. 1. Rada v tejto

súvislosti uvádza, že nemožno dávať na ujmu uchádzačovi, ktorý postupoval v zmysle znenia výzvy na predkladanie ponúk, ktorou sa samotný kontrolovaný zaviazal prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom. Rada k uvedenému poukazuje na svoje obdobné posúdenia uvedenej skutočnosti v rozhodnutiach rady č. 108-9000/2014-KR/2 (body 42 až 44), 4533-9000/2014-KR/20 (body 37 a 38) a 2139-9000/2015-KR/5 (body 37 a 8). Uvedený výklad pritom rada v žiadnom prípade nepovažuje za rozporný s princípom nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania so všetkými záujemcami alebo uchádzačmi.

59. Na základe uvedeného rada uvádza, že sa stotožňuje s tvrdením úradu uvedeným v rozhodnutí o námietkach (bod 7 tohto rozhodnutia), že kontrolovaný bol povinný vyhodnotiť podmienku účasti v súlade s § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. v súlade s výzvou na predkladanie ponúk a súťažnými podkladmi. Pri tomto posúdení však podľa rady nie je možné zobrať do úvahy izolovane len samotné znenie dokladu vyžadovaného na preukázanie splnenia podmienky účasti (bod 30 tohto rozhodnutia), ale je potrebné zohľadniť celý obsah výzvy na predkladanie ponúk, vrátane bodu, v ktorom kontrolovaný uviedol, že prijme aj iný rovnocenný doklad (bod 32 tohto rozhodnutia).
60. Ďalej rada uvádza, s prihliadnutím na rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (poznámka pod čiarou č. 1 tohto rozhodnutia), že cit.: „pri posudzovaní splnenia podmienok účasti je rozhodujúca vecná stránka, čiže obsah a relevantnosť predložených dokladov“, na základe čoho má rada za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 33 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko neskúmal obsah dokladov predložených navrhovateľom č. 1 a uplatnil prísny gramatický výklad spornej podmienky účasti.
61. Vo vzťahu k podanému odvolaniu rada uvádza, že posúdila na základe vyššie uvedených skutočností dôvod vylúčenia navrhovateľa č. 1 pre nesplnenie finančného a ekonomického postavenia ako neopodstatnený. Nakoľko rada v súlade s § 142 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní preskúmava rozhodnutia o námietkach v celom rozsahu, rada posúdila odôvodnenie rozhodnutia o námietkach v časti posúdenia druhého dôvodu vylúčenia navrhovateľa č. 1 pre nesplnenie technickej alebo odbornej spôsobilosti (bod 16 tohto rozhodnutia), pričom k nemu uvádza, že sa s ním v plnom rozsahu stotožňuje. Na základe uvedených skutočností rada rozhodla takým spôsobom, že napadnuté rozhodnutie o námietkach zmenila tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.
62. Okrem uvedených skutočností rada v rámci svojej povinnosti vyplývajúcej z § 139 ods. 8 vo väzbe na § 142 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní poukazuje aj na **d'alsie porušenia zákona o verejnom obstarávaní**, ktorých sa kontrolovaný v predmetom verejnom obstarávaní dopustil.
63. Ako bolo uvedené v bode 57 tohto rozhodnutia, je potrebné, aby kontrolovaný venoval zvýšenú pozornosť pri stanovení podmienok účasti tak, aby nedochádzalo k porušeniu princípov verejného obstarávania, a aby nebola obmedzená hospodárska súťaž. Rada poukazuje na dispozitívnu povahu § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pričom konštatuje, že kontrolovaný by nemal postupovať reštriktívne, neprimerane a diskriminačne pri definovaní podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia (bod 30 tohto rozhodnutia). Takto definovaná podmienka účasti môže byť neprimeraná, a teda rozporná s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a môže ňou dochádzať k diskriminácii uchádzačov, ktorí disponujú dostatkom finančných prostriedkov pre realizáciu predmetu zákazky, a ktorí sú schopní preukázať svoju finančnú spôsobilosť iným rovnocenným spôsobom.

64. Okrem uvedeného rada poukazuje na to, že v predmetnom verejnom obstarávaní kontrolovaný vyžadoval v rámci odbornej alebo technickej spôsobilosti podľa § 28 zákona o verejnom obstarávaní preukázať prax hlavného stavbyvedúceho pri zákazkách realizovaných podľa Žltej knihy FIDIC (bod 3.3.1.1 časti III.1.3 výzvy na predkladanie ponúk), cit.: **„účasť na realizácii (...) projektov (stavieb) pri stavbách rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky, ktorá/é bola/li realizovaná/né v súlade so zmluvnými podmienkami podľa žltého FIDIC-u (...).“**
65. Vo vzťahu k danej požiadavke rada poukazuje na body 39 až 42 rozhodnutia rady č. 6372-9000/2016-KR-4 vo veci odvolania kontrolovaného. Rada v danom konaní rozhodla, že v prípade splnenia predmetnej podmienky účasti nemusí byť naplnený sledovaný cieľ či účel, ktorý chcel kontrolovaný dosiahnuť, nakoľko obsah a rozsah zmluvných podmienok FIDIC ako vzorových obchodných podmienok je premenlivý v závislosti od špecifik konkrétnej zákazky. Na základe vyššie uvedeného rada upozornila 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).
66. Rada na základe uvedeného konštatovala, že ak sa formuláciou podmienky účasti nemusí podariť dosiahnuť ňou sledovaný účel, je bezdôvodné prostredníctvom nej zužovať okruh uchádzačov. Stotožnila sa 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.
67. Rada na záver považuje za potrebné ozrejmiť, z akých dôvodov nie je oprávnená vo výroku tohto rozhodnutia zohľadniť aj zistenia uvedené v bodoch 63 až 66 tohto rozhodnutia. Rada poukazuje na druhú vetu § 139 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorej je úrad viazaný obsahom podanej námietky. Rada taktiež poukazuje na dôvodovú správu k zákonu č. 28/2013, ktorým sa mení a dopĺňa zákon o verejnom obstarávaní, a ktorým sa dané ustanovenie zakotvilo do zákona o verejnom obstarávaní. V zmysle predmetnej dôvodovej správy sa týmto ustanovením zavádza „kontradiktórny princíp namiesto tzv. nachádzacieho princípu. Úrad teda nebude hľadať objektívnu pravdu, ale rozhodovať v rozsahu námietok.“ Z uvedeného vyplýva, že nakoľko žiaden zo záujemcov, resp. uchádzačov predmetné skutočnosti nenamietal, úrad ani rada sa nemohli danými skutočnosťami zaoberať ani vo výroku rozhodnutia o námietkach, ani vo výroku rozhodnutia o odvolaní.
68. Podľa § 139 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa na základe § 142 ods. 4 aplikuje aj na odvolacie konanie, je úrad taktiež povinný v rozhodnutí, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona, uviesť aj stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Rada v tejto súvislosti kontrolovanému odporúča, aby v budúcnosti venoval zvýšeniu pozornosť stanoveniu informácií uvedených vo výzve na predkladanie ponúk, ako aj v súťažných podkladoch (najmä podmienkam účasti a dokladom na ich preukázanie tak, aby neboli stanovené neprimerane, reštriktívne alebo diskriminačne, ďalej úprave, čo bude považovať za rovnocenný doklad, ak ho pripustí, ako aj konkrétnejším požiadavkám na stavbyvedúceho, na jeho práva a povinnosti, t. j. s čím konkrétne má mať stavbyvedúci skúsenosti), a aby následne postupoval pri vyhodnocovaní ponúk v súlade s nimi, nakoľko takýmto spôsobom bude zabezpečené dodržanie všetkých princípov verejného obstarávania a dosiahnutie účelu verejného obstarávania ako takého.

Kaucia

69. 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.
70. 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.
71. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti navrhovateľovi č. 1 kauciu zloženú v konaní námietkach a v konaní o odvolaní v celej uhradenej sume do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o námietkach, ktoré nastáva dňom doručenia tohto rozhodnutia rady o odvolaní účastníkom konania. Úrad vráti navrhovateľovi č. 2 kauciu zloženú v konaní o námietkach v celej uhradenej sume do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o námietkach.

Poučenie

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 č. 1
4. XZ – navrhovateľ č. 2

Na vedomie
podľa rozdeľovníka