



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 28. 05. 2018
Číslo spisu: 6019-9000/2018

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 neskorších predpisov 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“) proti rozhodnutiu úradu č. 2423-6000/2014-ON/48-N zo dňa 03. 04. 2018 vydanému v konaní o námietkach navrhovateľa smerujúcich proti jeho vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet zákazky „**Rekonštrukcia, modernizácia a budovanie (ďalej len výstavba) futbalových štadiónov**“, vyhlásenej osobou podľa § 7 zákona o verejnom obstarávaní **Slovenský futbalový zväz**, Tomášikova 30C, 821 01 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 16. 11. 2013 pod značkou 2013/S 223-387597 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 225/2013 zo dňa 16. 11. 2013 pod značkou 18627 – MSP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie navrhovateľa **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 2423-6000/2014-ON/48-N zo dňa 03. 04. 2018 **potvrďuje** 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 neskorších predpisov.

O d ô v o d n e n i e

1. Navrhovateľ dňa 13. 04. 2018 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 2423-6000/2014-ON/48-N zo dňa 03. 04. 2018 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“), vydanému v konaní o námietkach navrhovateľa smerujúcich proti jeho vylúčeniu z predmetnej verejnej súťaže podľa § 138 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.

Rozhodnutie o námietkach

2. Z rozhodnutia o námietkach vyplýva, že toto konanie o námietkach začalo už v roku 2014, keď kontrolovaný vylúčil navrhovateľa z predmetnej verejnej súťaže z dvoch rôznych dôvodov. Navrhovateľ v marci 2014 doručil námietky proti svojmu vylúčeniu, avšak úrad v rozhodnutí č. 2423-6000/2014-ON/48 zo dňa 09. 05. 2014 jeden dôvod vylúčenia uznal, a preto nevrátil navrhovateľa späť do verejnej súťaže, ale nariadil kontrolovanému iba odstrániť neuznaný dôvod z oznámenia o vylúčení navrhovateľa.

3. Úradom uznaný dôvod vylúčenia súvisel s nesplnením podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia. Kontrolovaný vyžadoval **potvrdenie banky** (úverová zmluva alebo zmluva o budúcej úverovej zmluve) o **poskytnutí úveru** v minimálnej hodnote 3 mil. eur v období realizácie zmluvného vzťahu, t. j. 48 mesiacov. Navrhovateľ však vo svojej ponuke uviedol, že banka mu záväzný prísľub odmietla vydať, preto splnenie danej podmienky účasti preukazoval čestným vyhlásením a potvrdením banky o dlhodobom poskytnutom **kontokorentnom úvere** vo výške 5 158 000 eur.
4. Navrhovateľ v reakcii na rozhodnutie úradu podal odvolanie, ale rada rozhodnutím 5660-9000/2014-KR/23 zo dňa 07. 07. 2014 rozhodnutie úradu potvrdila. Podľa rady totiž navrhovateľom predložený doklad nepreukázal záväzok banky, že navrhovateľ **bude disponovať** finančnými prostriedkami v požadovanej výške na požadovaný čas. Navyše, navrhovateľom predložené čestné vyhlásenie taktiež nebolo možné uznať ako relevantný doklad, nakoľko navrhovateľ nepreukázal, že z objektívnych dôvodov nemohol získať požadované potvrdenie od banky.
5. Navrhovateľ sa s rozhodnutím rady nestotožnil, obrátil sa žalobou na Krajský súd v Bratislave (ďalej len „KS BA“), ktorý ju však zamietol. Navrhovateľ sa následne odvolal na Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „NS SR“). NS SR v rozsudku sp. zn. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017 označil za základnú otázku, či mohol kontrolovaný vyžadovať a následne uznať iba vyjadrenie banky vo forme **záväzku** na poskytnutie úveru. NS SR skonštatoval, že žiadny prísľub banky nie je záväzný, keďže obsahuje rôzne podmienky, ktoré sú preskúmané nielen v čase vydania prísľubu, ale aj v čase jeho naplnenia. To platí aj pre bankové vyjadrenia predložené samotným kontrolovaným, ktoré mali existenciu záväzných prísľubov preukazovať.
6. Navrhovateľ navyše preukázal vyjadrením banky, že jeho banka nevydáva žiadne záväzné úverové prísľuby, čo znamená, že nebolo v jeho možnostiach požadovaný dokument získať. Za týchto okolností bol podľa NS SR navrhovateľ oprávnený predložiť aj iný doklad, ktorý by bol rovnako spôsobilý poskytnúť záruku, že v čase po uzavretí zmluvy bude disponovať požadovanou čiastkou v požadovanom čase. A práve zmluvu o kontokorentnom úvere spolu s bankovou informáciou, podľa ktorej si navrhovateľ plní všetky záväzky, informáciou o jeho ročnom obrate a ďalšími skutočnosťami, NS SR vyhodnotil ako dostačujúce.
7. **NS SR** z uvedených dôvodov zmenil rozsudok KS BA a **zrušil tak rozhodnutie rady, ako aj prvostupňové rozhodnutie úradu a vec vrátil úradu na ďalšie konanie.**
8. Úrad po vydaní rozsudku NS SR rozhodoval o námietkach navrhovateľa znova a vydal práve napadnuté rozhodnutie. Viazaný názorom NS SR úrad skonštatoval, že dôvod vylúčenia založený na nepreukázaní podmienky účasti týkajúcej sa záväzného úverového prísľubu neobstojí. A keďže už v roku 2014 skonštatoval, že ani druhý dôvod vylúčenia navrhovateľa nie je súladný so zákonom o verejnom obstarávaní, vo výroku rozhodnutia preto úrad nariadil **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania a **pokračovať vo verejnom obstarávaní** opätovným vyhodnotením splnenia podmienok účasti navrhovateľa.

Odvolanie navrhovateľa

9. Navrhovateľ doručil dňa 13. 04. 2018 proti rozhodnutiu o námietkach odvolanie. Podľa navrhovateľa úrad síce po štyroch rokoch vyhovel jeho námietkam, avšak vzhľadom na súčasný stav, keď je už uzavretá zmluva a zrealizovaná väčšina prác, je výrok rozhodnutia nevykonateľný. Práva navrhovateľa, ako nezákonne vylúčeného uchádzača, týmto rozhodnutím nebudú napravené a kontrolovaný takýmto rozhodnutím nebude nijako potrestaný za konanie, ktorým porušil zákon o verejnom obstarávaní.

10. Navrhovateľ konštatuje, že počas konania na súdoch nastali podstatné zmeny v skutkovom stave, ktoré bol úrad povinný zohľadniť pri svojom opätovnom rozhodovaní. Navrhovateľ má na mysli najmä zrealizovanie podstatnej časti prác. To zapríčinilo, že **k odstráneniu** úradom a radou vyvolaného **protiprávneho dôsledku už objektívne nemôže dôjsť**, nakoľko nie je možné, aby kontrolovaný znova vyhodnotil ponuky v súťaži, v ktorej je už uzavretá zmluva, ani nie je možné, aby navrhovateľ, ako prípadný úspešný uchádzač, realizoval práce, ktoré už realizované boli.
11. Navrhovateľ na podporu svojich tvrdení poukazuje aj na rozsudok NS SR sp. zn. 3Sžf/120/2015 zo dňa 24. 05. 2017 (ďalej len „rozsudok NS SR sp. zn. 3Sžf/120/2015“), v ktorom NS SR uviedol, že vo verejnom obstarávaní **po uzavretí zmluvy nie je možné vydať rozhodnutie o námietkach**. Podľa navrhovateľa uvedený rozsudok znamená, že po uzavretí zmluvy už nie je možné nariadiť odstrániť protiprávny stav, čo však úrad v danom prípade urobil.
12. Navrhovateľ upozorňuje, že ide o situáciu, ktorú zákon o verejnom obstarávaní explicitne neupravuje, preto je potrebné vychádzať z účelu tohto zákona. NS SR k tomu vo vyššie uvedenom rozsudku uviedol, že „účelom ZVO nie je vstupovať do právnych vzťahov, ktoré vznikli uzavretím zmluvy, a teda po tom, ako bol splnený účel verejného obstarávania (t. j. po jeho praktickom ukončení) a narušovať právne istoty, ktoré nadobudli tretie osoby.“ Navrhovateľ z toho usudzuje, že po uzavretí zmluvy prichádza podľa NS SR do úvahy **len vykonať kontrolu a uložiť sankciu**.
13. Navrhovateľ preto konštatuje, že úrad mal pristúpiť „len“ k potrestaniu delikventa – verejného obstarávateľa, a to uložením pokuty. Nie zvrátiť reálny stav a vrátiť uchádzača do verejného obstarávania, ktoré už bolo skončené.
14. Najmä na základe týchto úvah navrhovateľ v odvolaní navrhuje, aby rada **zmenila rozhodnutie úradu** a vo výroku rozhodnutia **skonštatovala porušenie zákona** zo strany kontrolovaného a zároveň **uložila kontrolovanému pokutu**.

Vyjadrenie kontrolovaného

15. Kontrolovaný doručil vyjadrenie k odvolaniu dňa 24. 04. 2018. Vo vyjadrení uvádza, že súhlasí s navrhovateľom pokiaľ ide o nevykonateľnosť výroku, nakoľko a) proces vyhodnocovania ponúk bol zavŕšený, b) rámcová dohoda podpísaná, c) predmet zákazky zväčša zrealizovaný. Súhlasí aj s názorom NS SR vyjadreným v rozsudku NS SR sp. zn. 3Sžf/120/2015, podľa ktorého po uzavretí zmluvy už nemožno zasahovať do právnych vzťahov, ktoré vznikli jej uzavretím a narušovať právne istoty, ktoré nadobudli tretie osoby.
16. Kontrolovaný si nie je vedomý porušenia zákona, čo vyplýva aj z predošlých rozhodnutí úradu. Ďalej uvádza, že pokiaľ sa úrad na základe rozsudku NS SR rozhodol zmeniť svoje pôvodné stanovisko, tak to znamená, že pôvodnými rozhodnutiami uviedol kontrolovaného do omylu a úrad teraz za svoje nesprávne rozhodnutia zodpovedá v plnom rozsahu sám. Preto nesúhlasí s návrhom, aby mu bola uložená pokuta, nakoľko zákon nebol porušený ním, ale úradom a radou. Kontrolovaný dodáva, že pokutu mu aj tak nie je možné udeliť, keďže konanie o nej musí začať do troch rokov od porušenia zákona a táto prekluzívna lehota už uplynula.

Zistenia rady

17. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž podľa § 50 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Rekonštrukcia, modernizácia a budovanie (ďalej len výstavba) futbalových štadiónov“ v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 16. 11. 2013 pod značkou 2013/S 223-387597 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 225/2013 zo dňa 16. 11. 2013 pod značkou 18627 – MSP. V závislosti od typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 25 500 000 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 08. 01. 2014 do 10:00 hod. predložili ponuku

2 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Vylúčenie z predmetnej súťaže bolo navrhovateľovi doručené dňa 21. 02. 2014. Navrhovateľ dňa 03. 03. 2014 doručil námietky smerujúce proti jeho vylúčeniu kontrolovanému, ako aj úradu.

18. Dňa 09. 05. 2014 úrad vydal rozhodnutie č. 2423-6000/2014-ON/48, ktorým nariadil odstrániť protiprávny stav, a to uskutočniť opravu listu oznámenia o vylúčení zo dňa 20. 02. 2014, zrušením dôvodu vylúčenia navrhovateľa uvedeného v bode 2 tohto oznámenia, ktorý sa v konaní o námietkach preukázal ako neopodstatnený. Proti vyššie uvedenému rozhodnutiu o námietkach doručil navrhovateľ dňa 22. 05. 2014 odvolanie, na základe ktorého rada vydala dňa 07. 07. 2014 rozhodnutie č. 5660-9000/2014-KR/23, ktorým zamietla odvolanie navrhovateľa a prvostupňové rozhodnutie úradu potvrdila.
19. Dňa 14. 08. 2014 kontrolovaný uzavrel rámcovú dohodu ako výsledok predmetného verejného obstarávania s jediným nevylúčeným uchádzačom SEDASPORT, s.r.o., Staromyjavská 1031/14, 907 01 Myjava.
20. Proti rozhodnutiu rady podal navrhovateľ žalobu na KS BA, ktorou sa domáhal, aby súd preskúmal zákonnosť rozhodnutia rady, uvedené rozhodnutie zrušil a vec vrátil úradu na ďalšie konanie. KS BA rozsudkom č. 5S/161/2014 zo dňa 13. 01. 2015 žalobu navrhovateľa zamietol. Navrhovateľ voči vyššie uvedenému rozsudku KS BA podal odvolanie, na základe ktorého NS SR rozsudkom č. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017 zmenil rozsudok KS BA tak, že rozhodnutie o námietkach a zároveň rozhodnutie rady zrušil a vrátil vec úradu na ďalšie konanie. Úrad preto dňa 03. 04. 2018 opätovne rozhodol o námietkach navrhovateľa a viazaný názorom NS SR kvalifikoval aj druhý dôvod vylúčenia navrhovateľa ako neopodstatnený, a preto nariadil odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vyhodnotením splnenia podmienok účasti navrhovateľa. Proti tomuto rozhodnutiu navrhovateľ doručil dňa 13. 04. 2018 odvolanie.

Právny rámec

21. Podľa § 111d ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní rada rozhoduje o odvolaní proti rozhodnutiu podľa § 139 ods. 2 až 4 a o proteste prokurátora v prípadoch, v ktorých podľa osobitného predpisu rozhoduje vedúci ústredného orgánu štátnej správy.
22. Podľa § 111d ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní rada rozhoduje aj o preskúmaní rozhodnutia podľa § 139 ods. 1 až 4 mimo odvolacieho konania, o návrhu podľa § 9a ods. 10 a o návrhu podľa § 10a ods. 3.
23. Podľa § 139 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o námietkach, ak
 - a) námietky neboli podané oprávnenou osobou podľa § 138 ods. 2,
 - b) boli doručené po lehote podľa § 138 ods. 5,
 - c) neobsahujú všetky náležitosti podľa § 138 ods. 6 a prílohy podľa § 138 ods. 7,
 - d) navrhovateľ vzal späť podané námietky pred vydaním rozhodnutia vo veci samej,
 - e) kontrolovaný zrušil použitý postup zadávania zákazky, súťaž návrhov, alebo ak úrad v tom istom postupe zadávania zákazky alebo v tej istej súťaži návrhov už vydal rozhodnutie podľa odseku 2 písm. a),
 - f) námietky neboli doručené kontrolovanému,
 - g) v tej istej veci bola podaná námietka proti tej istej skutočnosti uvedenej v § 138 ods. 2 písm. a) až c) alebo písm. g) a úrad o námietke rozhodol podľa odsekov 2, 3 alebo 4,
 - h) kaucia nebola pripísaná na účet úradu v lehote alebo vo výške ustanovenej v § 138 ods. 19,
 - i) úrad nie je vecne príslušný rozhodnúť o námietkach,

- j) žiadosť o nápravu nebola doručená verejnému obstarávateľovi, obstarávateľovi alebo osobe podľa § 7 v lehotách podľa § 136 ods. 3 a 4 alebo ak žiadosť o nápravu ani po výzve na odstránenie nedostatkov podľa § 136 ods. 4 nemá predpísané náležitosti ak ide o námietky podľa § 138 ods. 2 písm. a) až c),
 - k) námietky boli podané po uzavretí zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody,
 - l) námietky boli podané v rozpore s § 140,
 - m) vo veci, ktorá je obsahom námietky, bola vykonaná náprava podľa § 136 ods. 10 a odpadol tak dôvod konania.
24. Podľa § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky alebo jej časti bol porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk alebo výberom záujemcov alebo uchádzačov je priama príčinná súvislosť, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo jej časti
- a) zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo jej časti alebo súťaž návrhov, ak došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore s týmto zákonom už v spojení s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, oznámením použitým ako výzva na súťaž alebo oznámením o vyhlásení súťaže návrhov, so súťažnými podkladmi alebo súťažnými podmienkami, alebo
 - b) odstrániť protiprávny stav a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vykonaním toho úkonu kontrolovaného, ktorý bol postihnutý rozporom s týmto zákonom.
25. Podľa § 139 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak porušenie tohto zákona nemohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, úrad môže rozhodnutím nariadiť odstránenie protiprávneho stavu a pokračovanie vo verejnom obstarávaní.
26. Podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo zásadne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, námietky zamietne.

Právne posúdenie radou

27. Hneď v úvode právneho posúdenia rada považuje za nevyhnutné skonštatovať, že otázka, či mal byť navrhovateľ vylúčený z predmetnej verejnej súťaže z dôvodov uvedených v oznámení o jeho vylúčení, je už zodpovedaná. Po vydaní rozsudku NS SR č. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017 je zrejmé, že ani jeden z dvoch dôvodov vylúčenia navrhovateľa nebol v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a navrhovateľ vylúčený byť nemal.
28. Čo ostalo v danom prípade sporné, je spôsob opätovného rozhodnutia úradu o námietkach navrhovateľa po predmetnom rozsudku NS SR. Úrad nariadil vrátiť uchádzača späť a opätovne vyhodnotiť jeho ponuku vo verejnej súťaži, v ktorej bola už dávno uzavretá rámcová dohoda a väčšina prác bola (aj podľa vyjadrenia kontrolovaného) už zrealizovaná. Podľa názoru navrhovateľa je takýto výrok rozhodnutia nevykonateľný a nenapravuje škodu, ktorú utrpel nezákonnými rozhodnutiami úradu a rady. Preto žiada radu, aby zmenila rozhodnutie úradu a to tak, že skonštatuje porušenie zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným a uloží mu pokutu.
29. Z tohto stručného opisu situácie vyplýva, že je potrebné posúdiť dve samostatné skutočnosti:
- a) či bol úrad oprávnený rozhodnúť tak, ako rozhodol a
 - b) či je možné vyhovieť petitu navrhovateľa a uložiť kontrolovanému pokutu.

Ad bod 29 a) tohto rozhodnutia

30. V prvom rade je potrebné uviesť, že NS SR prostredníctvom rozsudku sp. zn. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017 zrušil rozhodnutie úradu a rady vydané v konaní o námietkach a vrátil úradu vec na ďalšie konanie. Zrušenie rozhodnutí spôsobilo, že konanie o námietkach začaté

ešte v roku 2014, je doposiaľ neukončené. A keďže NS SR vrátil vec úradu na ďalšie konanie, úrad musel v konaní pokračovať, inými slovami, musel neukončené konanie ukončiť. **Úrad teda nemal inú možnosť, iba vydať nové rozhodnutie**, tak vyhovieť NS SR a zároveň ukončiť konanie o námietkach.

31. Je teda nesporné, že úrad musel ukončiť konanie o námietkach vydaním nového rozhodnutia. Sporné medzi navrhovateľom a úradom je, akým výrokom mal úrad rozhodnúť. Rada v tejto súvislosti konštatuje, že v zákone o verejnom obstarávaní je výpočet výrokov, ktorými disponuje úrad v konaní o námietkach, taxatívne vymedzený. Úrad teda v konaní o námietkach nemôže rozhodnúť ľubovoľným spôsobom, ale iba tak, ako ho výslovne oprávňuje zákon o verejnom obstarávaní.
32. Nielen v tomto, ale v každom konaní o námietkach, teda do úvahy prichádzajú dva základné typy výrokov: úrad môže konanie buď zastaviť (na základe jedného z 13 zastavovacích dôvodov) alebo meritórne rozhodnúť (jedným zo štyroch prípustných spôsobov).
33. Dôvody pre zastavenie konania sú upravené v § 139 ods. 1 písm. a) až m) zákona o verejnom obstarávaní (bod 23 tohto rozhodnutia). Ak nastane ktorýkoľvek z tam uvedených dôvodov, úrad je povinný rozhodnutím konanie o námietkach zastaviť. Po preskúmaní tohto ustanovenia však rada konštatuje, že na dané konanie sa nedá aplikovať žiadny zo zastavovacích dôvodov, z čoho vyplýva, že úrad bol povinný rozhodovať jedným zo štyroch prípustných „meritórnych“ spôsobov.
34. Spôsoby meritórneho rozhodnutia sú v upravené v § 139 ods. 2 až ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (body 24 až 26 tohto rozhodnutia). Ak začneme od konca, v odseku 4 predmetného ustanovenia je upravené zamietnutie námietok. To prichádza do úvahy, ak úrad nezistil porušenie tohto zákona, na ktoré poukázal navrhovateľ, a ktoré by mohlo zásadne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania. Na prvý pohľad je podľa rady zrejmé, že tento výrok úrad nemohol použiť. Úrad totiž pri opätovnom rozhodovaní o námietkach zistil porušenie zákona, na ktoré poukázal navrhovateľ a toto porušenie mohlo zásadne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, keďže existuje možnosť, aj keď nie istota, že navrhovateľ by sa v prípade jeho nevylúčenia stal v danej verejnej súťaži úspešným.
35. Rovnako nebolo možné použiť výrok upravený v § 139 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko zákonnou podmienkou pre jeho použitie je zistenie porušenia, ktoré nemohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania. Ako však rada konštatovala v predchádzajúcom bode, porušenie konštatované úradom výsledok verejného obstarávania ovplyvniť mohlo.
36. Úradu teda na rozhodnutie ostali dva výroky obsiahnuté v § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa § 139 ods. 2 písm. a) tohto zákona, ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky bol porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk je priama príčinná súvislosť, rozhodnutím nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky, ak došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore s týmto zákonom už v spojení s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo so súťažnými podkladmi.
37. Nevyhnutným zákonným predpokladom pre zrušenie súťaže je teda konanie rozporné so zákonom o verejnom obstarávaní už **v spojení s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo súťažnými podkladmi**. V danej verejnej súťaži však porušenie zákona v súvislosti s týmito dokumentami nebolo nikdy konštatované. Navrhovateľ bol vylúčený po vyhodnutí ponúk, pričom to, že sa tak udialo v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, neznamená, že rozporné so zákonom bolo aj oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania alebo súťažné podklady. Navyše, tieto dokumenty nik ani len nenamietal. Ani použitie výroku podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní teda neprichádzalo do úvahy, keďže na jeho použitie neboli splnené všetky zákonné podmienky.

38. To ale znamená, že jediným možným výrokom, ktorý mal úrad v konaní o námietkach k dispozícii, bol výrok podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Podľa tohto ustanovenia, ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky bol porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk alebo výberom záujemcov alebo uchádzačov je priama príčinná súvislosť, nariadi vo vzťahu k zákazke odstrániť protiprávny stav a pokračovať vo verejnom obstarávaní opätovným vykonaním toho úkonu kontrolovaného, ktorý bol postihnutý rozporom s týmto zákonom.
39. Rada konštatuje, že zo všetkých výrokov, ktoré v konaní o námietkach pripúšťa zákon o verejnom obstarávaní, je toto jediný výrok, pri ktorom boli splnené všetky zákonné podmienky pre jeho použitie. Úrad totiž zistil, že
- postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní (kontrolovaný konal protiprávne pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti navrhovateľom), aj že
 - medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk je priama príčinná súvislosť (ak by kontrolovaný vyhodnotil splnenie podmienok účasti navrhovateľom v súlade so zákonom, navrhovateľova ponuka by nebola vyhodnotená ako nespĺňajúca podmienky účasti a navrhovateľ by nebol z tohto dôvodu vylúčený).
40. Zhrnúc argumentáciu uvedenú v predchádzajúcich bodoch rada konštatuje, že jediným výrokom súladným so zákonom o verejnom obstarávaní, ktorým disponoval úrad v konaní o námietkach, bol práve výrok, ktorý úrad použil. Pre žiadne iné, zákonom prípustné výroky, neboli splnené všetky zákonné podmienky pre ich použitie. Zároveň platí, že iný, ako zákonom výslovne ustanovený výrok, úrad v konaní o námietkach použiť nemohol.
41. Z bodov 30 až 40 tohto rozhodnutia vyplývajú nasledovné čiastkové závery:
- NS SR zmenou rozsudku KS BA zrušil rozhodnutia úradu aj rady a vrátil vec úradu na ďalšie konanie; úrad bol teda povinný znova konať,
 - ak je úrad povinný konať, konanie musí aj ukončiť; jediným legálnym spôsobom ukončenia konania je vydanie rozhodnutia súladného so zákonom o verejnom obstarávaní,
 - výpočet rozhodnutí úradu v konaní o námietkach je v zákone o verejnom obstarávaní stanovený taxatívne,
 - pre zastavenie konania neboli splnené zákonné podmienky,
 - pre vydanie meritórneho rozhodnutia podľa § 139 ods. 2 písm. a), ods. 3 alebo ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní neboli splnené zákonom stanovené podmienky,
 - úrad preto rozhodol jediným prípustným a so zákonom o verejnom obstarávaní súladným spôsobom, a to podľa § 139 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
42. Na základe záverov uvedených v predchádzajúcom bode rada konštatuje, že úrad v konaní o námietkach nemohol rozhodnúť inak, ako rozhodol. **Úrad tak postupoval v súlade s rozsudkom NS SR** v danom prípade, **ako aj v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní**, keď nariadil kontrolovanému vrátiť navrhovateľa späť a opätovne vyhodnotiť jeho ponuku vo verejnej súťaži. **Iné riešenie zákon o verejnom obstarávaní nepripúšťa.**
43. V súvislosti s namietanou nevykonateľnosťou výroku, na ktorú poukazujú tak navrhovateľ, ako aj kontrolovaný, rade neostáva nič iné, len zopakovať svoje predošlý záver: postup úradu bol jediným zákonným postupom, ktorý v danom prípade prichádzal do úvahy.
44. Rada zároveň poukazuje na rozsudok, na ktorý v zhode poukazujú navrhovateľ aj kontrolovaný, a to rozsudok NS SR sp. zn. 3Sžf/120/2015. Tento rozsudok bol vydaný v inom prípade, ale skutočne z neho vyplýva, že po uzavretí zmluvy úrad nemal meritórne rozhodnúť o námietkach,

konkrétne v danom prípade nariadiť zrušiť verejné obstarávanie. NS SR v predmetnom rozsudku skonštatoval, že účelom zákona o verejnom obstarávaní nie je vstupovať do právnych vzťahov, ktoré vznikli uzavretím zmluvy, a teda po tom, ako bol splnený účel verejného obstarávania (t. j. po jeho praktickom ukončení) a narušovať právne istoty, ktoré nadobudli tretie osoby. Po uzavretí zmluvy prichádza podľa názoru NS SR do úvahy len vykonať kontrolu a uložiť sankciu.

45. K uvedenému rada uvádza, že NS SR v danom rozsudku neponúka odpoveď na otázku, ako ukončiť začaté konanie o námietkach. Vykonať kontrolu a uložiť sankciu je síce možné, ale iba v na to určenom, osobitnom správnom konaní. V danom prípade je však začaté konanie o námietkach, v ktorom úrad musí pokračovať a ukončiť ho jedným z taxatívne vymedzených výrokov pre konania o námietkach. Udelenie sankcie sa medzi týmito výrokmi nenachádza.
46. Rada pre úplnosť poukazuje aj na ďalšiu rozhodovaciu činnosť NS SR a KS BA. V rozsudku 2Sžf/136/2013 zo dňa 17. 12. 2014 NS SR skonštatoval, že je „nanajvýš žiaduce“, aby „obstarávateľ vykonal nové vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk tak, ako mu to v predmetnom rozhodnutí žalovaný (úrad) nariadil“, a to aj napriek tomu, že zmluva bola uzavretá dva roky pred vydaním predmetného rozsudku. Rovnako postupoval NS SR aj v konaní 2Sžf/96/2013 vydanom taktiež 17. 12. 2014. Do pozornosti rada dáva aj rozsudok KS BA sp. zn. 6S/31/2013 zo dňa 11. 09. 2015, v ktorom KS BA uviedol, cit.: „Krajský súd sa nemôže stotožniť s právnym názorom žalobcu o tom, že žalovaný už nemal po ukončení procesu zadania zákazky – uzatvorení zmluvy o dielo kompetenciu zrušiť rozhodnutie o vylúčení uchádzača.“
47. Rada taktiež poukazuje aj na ďalšie prípady súdnej rozhodovacej praxe, keď súdy aj po uzavretí zmluvy a ukončení procesu verejného obstarávania nariadili zrušiť rozhodnutie úradu vydané v konaní o námietkach a vrátili úradu vec späť na opätovné rozhodnutie. Úrad bol v takýchto prípadoch viazaný právnym názorom súdu a bolo jeho povinnosťou rozhodnúť v konaní o námietkach aj po uzavretí zmlúv, t. j. aj po ukončení procesu verejného obstarávania – viď napr. rozsudok KS v BA sp. zn. 1S 244/2015 zo dňa 03. 03. 2016, ktorý bol potvrdený rozsudkom NS SR sp. zn. 3Sžf/30/2016 zo dňa 18. 10. 2017, rozsudok NS SR sp. zn. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017, rozsudok KS v BA sp. zn. 2S 11/12 zo dňa 10. 04. 2013, rozsudok KS v BA sp. z. 2S/262/07 zo dňa 13. 01. 2010, ktorý bol potvrdený rozsudkom NS SR 6Sžf/18/2010 zo dňa 25. 05. 2011, rozsudok KS v BA sp. zn. 2S/142/2007 zo dňa 15. 04. 2011, ktorý bol potvrdený rozsudkom NS SR 3Sžf/31/2011 zo dňa 17. 01. 2012.
48. Aj vzhľadom na rozhodovaciu činnosť súdov, ale najmä berúc do úvahy, že úrad podľa názoru rady nemal inú zákonnú možnosť, ako rozhodnúť tak, ako rozhodol, rada konštatuje, že **neidentifikovala v postupe úradu žiadny rozpor so zákonom o verejnom obstarávaní.**

Ad bod 29 b) tohto rozhodnutia

49. Druhou skutočnosťou, ktorú je podľa rady nevyhnutné posúdiť, je, či rada disponuje oprávnením vyhovieť petitu navrhovateľa, t. j. zmeniť výrok rozhodnutia úradu, skonštatovať porušenie zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného a uložiť mu za to pokutu.
50. Rada v prvom rade poukazuje na § 111d ods. 1 a 2 zákona o verejnom obstarávaní (body 21 a 22 tohto rozhodnutia), ktoré vyčerpávajúcim spôsobom určujú právomoci, ktorými rada disponuje. Rada konštatuje, že ukladanie pokút sa medzi týmito právomocami nenachádza. A nakoľko rada môže konať a rozhodovať iba vo veciach, ktoré jej výslovne zveruje zákon o verejnom obstarávaní, rada dospela k záveru, že nemôže v konaní o odvolaní rozhodovať o uložení pokuty.
51. Rada síce rozhoduje o odvolaniach, ale iba proti rozhodnutiam podľa § 139 ods. 2 až 4 zákona o verejnom obstarávaní. Ako vyplýva z posúdenia skutočností uvedenej v bode 29 a) tohto

rozhodnutia, medzi týmito rozhodnutiami možnosť udeliť pokutu chýba. Navyše, rada môže o týchto rozhodnutiach rozhodnúť len tak, že ich zmení alebo potvrdí (§ 142 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní), pričom v konaní o odvolaní primerane použije §§ 138, 139 a 141 zákona o verejnom obstarávaní. Správne delikty sú však upravené v § 149 tohto zákona a rade tak zo žiadneho z ustanovení zákona nevyplýva možnosť udeľovať pokuty za správne delikty.

52. Na základe vyššie uvedeného je nevyhnutné dospieť k záveru, že **rada nemôže vyhovieť petitu navrhovateľa a uložiť kontrolovanému pokutu**. Na takéto konanie jej totiž zákon o verejnom obstarávaní nezveruje právomoc.
53. Rada v záujme komplexnosti uvádza aj dva dôvody, ktoré jej bránia v postúpení návrhu na uloženie pokuty vecne príslušnému útvaru. Po prvé, konanie o uložení pokuty možno podľa § 149 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní začať najneskôr do troch rokov odo dňa, keď došlo k porušeniu tohto zákona. Keďže kontrolovaný protiprávne vylúčil navrhovateľa vo februári 2014, táto lehota už uplynula. Po druhé, zákon o verejnom obstarávaní umožňuje uložiť pokutu iba subjektom v postavení verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov, čo vyplýva z textácie § 149 ods. 1 tohto zákona („úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu vo výške (...)“. V predmetnej verejnej súťaži však kontrolovaný nevystupoval ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, ale ako osoba podľa § 7 zákona, t. j. ako tzv. dotovaný subjekt (dotáciu na predmet zákazky dostal od vlády Slovenskej republiky). Jeho postavenie teda udelenie pokuty vylučuje.
54. Z týchto dôvodov rada nielen, že nemôže sama uložiť pokutu, ale nemôže ani postúpiť žiadosť navrhovateľa na príslušný organizačný útvar úradu disponujúci právomocou ukladať pokuty.
55. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností rada konštatuje, že neidentifikovala dôvod opodstatňujúci zmenu rozhodnutia o námietkach, na základe čoho vyhodnotila odvolanie navrhovateľa ako **neopodstatnené**.
56. Podľa § 142 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní rada v odvolacom konaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú na to dôvody, rada rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
57. Preto rada rozhodla tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

58. 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.
59. 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.
60. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, úrad vrátil kauciu zloženú navrhovateľom v konaní o námietkach už v pôvodnom konaní o námietkach v roku 2014. Pre úplnosť rada konštatuje, že kaucia zložená navrhovateľom v pôvodnom odvolacom konaní v roku 2014 bude navrhovateľovi vrátená do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia rady o odvolaní, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia rady o odvolaní účastníkom konania. Kaucia zložená navrhovateľom v tomto

odvolacom konaní sa stáva vzhľadom na výrok tohto rozhodnutia príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia rady o odvolaní.

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.

JUDr. Miroslav Hlivák, PhD., LL.M.
predseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

v zastúpení
Ing. Danka Bekeová, MPH
podpredsedníčka Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručuje

1. XY – navrhovateľ
2. Slovenský futbalový zväz, Tomášikova 30C, 821 01 Bratislava, 821 01 Bratislava – kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka