



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

---

Bratislava 18. 07. 2016  
Číslo záznamu: 94434/2016  
Číslo spisu: 10313-9000/2016-KR/13

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 verejného obstarávateľa **Krajský súd v Žiline**, Orolská 3, 010 01 Žilina (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 6209-6000/2016-ON/53 zo dňa 18. 05. 2016 vydanému v konaní o námietkach záujemcu **X** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch vo verejnom obstarávaní na predmet podlimitnej zákazky „Prestavba a nadstavba budovy Okresného súdu Martin“, vyhlásenom kontrolovaným vo Vestníku verejného obstarávania č. 22/2016 zo dňa 02. 02. 2016 pod značkou 2716-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. 6209-6000/2016-ON/53 zo dňa 18. 05. 2016 **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 zákona č. 438/2015 Z. z.

### **O d ô v o d n e n i e**

1. Kontrolovaný doručil úradu dňa 01. 06. 2016 v zákonom stanovenej lehote podľa § 142 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 6209-6000/2016-ON/53 zo dňa 18. 05. 2016 (ďalej len „rozhodnutie o námietkach“), ktorým úrad na základe námietok navrhovateľa nariadil zrušiť predmetné verejné obstarávanie podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

#### **Rozhodnutie o námietkach**

2. Z rozhodnutia o námietkach vyplýva, že navrhovateľ podal námietky smerujúce podľa § 138 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch, pričom namietal štyri skutočnosti, konkrétne:

- a) v prvom bode svojich námietok navrhovateľ namietal podmienku účasti týkajúcu sa ekonomického a finančného postavenia, prostredníctvom ktorej kontrolovaný od uchádzačov požadoval, aby predložili potvrdenie banky buď o tom, že disponujú finančnými prostriedkami vo výške 260 000 eur alebo potvrdenie o tom, že im banky v tejto hodnote poskytnú úver; podľa navrhovateľa však kontrolovaný nemal umožniť uchádzačom predložiť potvrdenie o vlastných finančných prostriedkoch, naopak, vyžadovať mal len potvrdenie o úvere, nakoľko to zodpovedá zneniu danej podmienky účasti v zákone. Vo veci modifikovania § 27 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní navrhovateľ uviedol, že predmetný paragraf síce nie je uzavretý, ale je potrebné akceptovať v ňom uvedené príklady, plne ich rešpektovať a nemeniť ich význam. Navrhovateľ dodal, že v danej veci nemal kontrolovaný rozširovať toto ustanovenie o možnosť preukázať disponibilitu finančných zdrojov,
- b) v druhom bode námietok navrhovateľ namietal časové vymedzenie podmienky účasti ohľadom obratu; podľa navrhovateľa kalendárny rok a hospodársky rok nie sú totožné; pričom v zmysle zákona o verejnom obstarávaní sa majú vyžadovať hospodárske roky, ktoré sa samozrejme nemajú označovať číselne (2013, 2014, 2015), ale slovné (posledné tri), a to z dôvodu, aby každý subjekt mohol predložiť svoje posledné tri hospodárske roky. Takto by podľa navrhovateľa neprichádzalo k diskriminácii, nakoľko každý, kto má ukončené tri posledné hospodárske roky v požadovanej sume sa môže zúčastniť verejného obstarávania,
- c) v treťom bode námietok navrhovateľ namietal spôsob vymedzenia výšky obratu požadovaného kontrolovaným; kontrolovaný totiž žiadal pri uchádzačoch, ktorí na trhu pôsobia tri roky obrat vo výške 3 000 000 eur, zatiaľ čo od uchádzačov s kratšou existenciou sa mala výška obratu alikvotne krátiť. Navrhovateľ uviedol, že podľa jeho názoru je práve toto učebnicovo diskriminačný prípad, nakoľko kontrolovaný dal možnosť ísť do súťaže aj spoločnostiam, ktoré majú obrat iba 1 000 000 eur v prvom roku svojej existencie. Navrhovateľ ďalej konštatoval, že ak by bola daná možnosť pomerného posúdenia obratu, tak by bolo nutné akceptovať napríklad aj spoločnosť, ktorá existuje jeden mesiac a má obrat 83 333 eur. Na základe uvedeného je podľa názoru navrhovateľa podmienka účasti vo veci obratu zbytočná, nakoľko sa ňou nevie preukázať schopnosť spoločnosti splniť si zákazku a taktiež neukazuje jej finančnú silu a jej možné finančné problémy,
- d) štvrtým bodom námietok navrhovateľ napadol požiadavku stanovenú kontrolovaným, v zmysle ktorej boli uchádzači povinní vo svojich ponukách predložiť úradne overenú kópiu zmluvy o budúcej zmluve so zhotoviteľom – subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu; podľa navrhovateľa mal túto zmluvu kontrolovaný požadovať len od úspešného uchádzača, a nie od všetkých.
3. Úrad v rozhodnutí o námietkach v súvislosti s prvými tromi namietanými skutočnosťami [bod 2 písm. a) až c) tohto rozhodnutia] skonštatoval, že po preskúmaní dokumentácie kontrolovaného k predmetnému verejnému obstarávaniu zistil, že dňa 02. 03. 2016 navrhovateľ doručil kontrolovanému žiadosť o nápravu označenú ako „žiadosť o nápravu smerujúca podľa § 136 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch.“ **Úrad ďalej uviedol, že predmetnú žiadosť o nápravu a následne námietky navrhovateľa je potrebné posudzovať podľa obsahu, nie podľa označenia.**

4. Po preskúmaní súťažných podkladov k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad dospel k záveru, že súťažné podklady neobsahujú znenie jednotlivých podmienok účasti stanovených kontrolovaným a obsahujú len odkaz na výzvu na predkladanie ponúk.
5. Vzhľadom na skutočnosť, že navrhovateľ namietal (resp. žiadal napraviť) podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia, ktoré nie sú uvedené v súťažných podkladoch, ale len vo výzve na predkladanie ponúk, mal úrad za to, že žiadosť o nápravu a námietky navrhovateľa nie je možné posúdiť ako žiadosť o nápravu a námietky smerujúce proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. Podľa úradu z ich obsahu vyplýva, že ide o žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a námietky podľa § 138 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk.
6. Úrad tiež skonštatoval, že nakoľko výzva na predkladanie ponúk bola vo Vestníku verejného obstarávania uverejnená dňa 02. 02. 2016, lehota na doručenie žiadosti o nápravu smerujúcej podľa § 136 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk uplynula s ohľadom na § 136 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní dňa 12. 02. 2016.
7. Úrad ďalej poukázal na § 139 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že úrad zastaví rozhodnutím konanie o námietkach, ak žiadosť o nápravu nebola doručená verejnemu 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) zákona o verejnom obstarávaní.
8. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad v rozhodnutí o námietkach uviedol, že vzhľadom na existenciu dôvodu na zastavenie konania o námietkach navrhovateľa týkajúcich sa podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia, sa prvými tromi namietanými bodmi, resp. skutočnosťami [bod 2 písm. a) až c) tohto rozhodnutia] nezaoberal a konanie o nich zastavil.
9. Úrad v rozhodnutí o námietkach v súvislosti so štvrtým bodom námietok [bod 2 písm. d) tohto rozhodnutia] uviedol, že požiadavka kontrolovaného na predloženie úradne overenej kópie zmluvy o budúcej zmluve so (zhotoviteľom) subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu (ďalej len „zmluva o budúcej zmluve“) je uvedená iba v súťažných podkladoch. Z obsahu tejto požiadavky kontrolovaného vyplýva, že zmluvu o budúcej zmluve musí predložiť každý uchádzač v časti ponuky označenej ako „Ostatné“. Zároveň úrad uviedol, že samotný kontrolovaný vo vyjadrení k námietkam odôvodňoval existenciu tejto požiadavky potrebou preukázania odbornej spôsobilosti na likvidáciu azbestu.
10. Z rozhodnutia o námietkach taktiež vyplýva, že kontrolovaný predmetnú podmienku určil ako podmienku zmluvnú, keďže zmluva o budúcej zmluve je prílohou č. 4 zmluvy. Úrad však prihliadol na účel tejto podmienky, t. j. preukázanie odbornej spôsobilosti na likvidáciu azbestu, no najmä na spôsob preukázovania jej splnenia, t. j. každý uchádzač musí jej splnenie preukázať už v ponuke a skonštatoval, že **predmetná podmienka má v tomto konkrétnom verejnom obstarávaní formálne povahu podmienky účasti**. Podľa názoru úradu tak, ako pri podmienkach účasti, aj splnenie tejto podmienky musí v časti ponuky označenej ako „Ostatné“ preukázať každý uchádzač. Tak, ako je účelom podmienok účasti overiť postavenie uchádzača a jeho schopnosť plniť predmet zákazky (či už z hľadiska ekonomického alebo technického), aj účelom tejto podmienky je preukázanie odbornej spôsobilosti na likvidáciu azbestu u každého uchádzača.

11. Úrad na základe vyššie uvedeného skonštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 100 ods. 2 písm. e) v spojení s § 100 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, keďže svoju požiadavku na zmluvu o budúcej zmluve, ktorá má z vyššie uvedených dôvodov (body 9 a 10 tohto rozhodnutia) povahu podmienky účasti, neuviedol vo výzve na predkladanie ponúk. Kontrolovaný ďalej podľa názoru úradu postupoval v rozpore s § 100 ods. 1 písm. c) v spojení s § 33 zákona o verejnom obstarávaní, keďže podľa § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (ktorý sa uplatňuje aj pri podlimitných zákazkách), ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania. Napriek tomu, že predmetná podmienka účasti je uvedená v súťažných podkladoch, nie je však uvedená vo výzve na predkladanie ponúk.
12. V tejto súvislosti úrad poukázal na § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa podľa § 100 ods. 1 písm. b) tohto zákona uplatňuje aj pri zadávaní podlimitných zákaziek a umožňuje záujemcom, resp. uchádzačom predložiť za účelom preukázania splnenia podmienok účasti čestné vyhlásenie, pričom doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti predkladá podľa § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovanému úspešný uchádzač alebo uchádzači, ktorí sa umiestnili na prvom až treťom mieste v poradí, v čase a spôsobom určeným kontrolovaným. Úrad uviedol, že zo znenia § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že prostredníctvom čestných vyhlásení možno preukazovať splnenie všetkých podmienok účasti. Z predmetného ustanovenia je pritom podľa úradu zrejmé, že možnosť preukázať splnenie podmienok účasti prostredníctvom čestného vyhlásenia nie je vo vzťahu ku konkrétnym podmienkam účasti žiadnym spôsobom obmedzená. Zákon o verejnom obstarávaní pritom nestanovuje pre verejných obstarávateľov možnosť upraviť rozsah možnosti preukazovať splnenie podmienok účasti prostredníctvom čestného vyhlásenia. Úrad mal za to, že verejný obstarávateľ nemôže vlastným rozhodnutím určiť, splnenie ktorých podmienok účasti je možné preukázať čestným vyhlásením a splnenie ktorých podmienok účasti týmto spôsobom preukázať nemožno. Zároveň z predmetného ustanovenia podľa názoru úradu vyplýva, že uchádzači majú možnosť preukazovať splnenie podmienok účasti čestným vyhlásením podľa § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní aj v prípade, ak verejný obstarávateľ takúto možnosť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch neuvedie, nakoľko táto možnosť vyplýva priamo zo zákona o verejnom obstarávaní.
13. Vzhľadom na uvedené mal úrad za to, že keby kontrolovaný postupoval pri určení predmetnej podmienky účasti v súlade so zákonom a splnil si všetky povinnosti pri určovaní podmienok účasti, mohli uchádzači preukázať splnenie tejto podmienky účasti čestným vyhlásením podľa § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uviedol, že takéto konanie kontrolovaného je potrebné považovať za zavádzajúce a netransparentné.
14. Úrad taktiež skonštatoval, že ak by kontrolovaný nevyžadoval preukázanie splnenia požiadavky na predloženie zmluvy o budúcej zmluve od každého uchádzača už v ponuke, nebolo by možné považovať túto požiadavku za podmienku účasti.
15. Úrad uviedol, že samotná požiadavka na preukázanie disponibilít subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu je legitímna. Za legitímny však úrad nepovažoval moment, kedy je nutné disponibilitu subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu preukázať. Úrad zároveň nepovažoval za primerané požadovať predloženie zmluvy o budúcej zmluve od každého uchádzača. Úrad dodal, že vo fáze predkladania ponúk takto formulovaná požiadavka predstavuje zbytočnú administratívnu prekážku, pričom účel, ktorým je zabezpečenie odstránenia azbestu alebo materiálov obsahujúcich azbest v súlade so všeobecne záväznými právnymi predpismi, je možné dosiahnuť aj iným, pre uchádzačov menej obmedzujúcim spôsobom. Úrad mal za to, že je plne postačujúce, aby **kontrolovaný**

**vyžadoval preukázanie zabezpečenia subjektu odborne spôsobilého na likvidáciu azbestu až od úspešného uchádzača v rámci požiadavky na poskytnutie súčinnosti pri uzatváraní zmluvy.** Požiadavka na preukázanie disponibility subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu až od úspešného uchádzača by bola skutočnou predkontraktačnou podmienkou, pričom preukázaním jej splnenia zo strany úspešného uchádzača by sa dosiahol úmysel kontrolovaného.

### **Odvolanie kontrolovaného**

16. Ako bolo uvedené vyššie, kontrolovaný doručil dňa 01. 06. 2016 úradu proti vyššie opísanému rozhodnutiu o námietkach odvolanie, v ktorom konštatuje, že odmieta názor úradu, pokladajúci podmienku predloženia zmluvy o budúcej zmluve za podmienku účasti. Ďalej kontrolovaný zdôrazňuje, že v danom prípade ide o požiadavku verejného obstarávateľa podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá by sa následne vyhodnocovala komisiou verejného obstarávateľa podľa § 42 zákona o verejnom obstarávaní.
17. Kontrolovaný dodáva, že každý uchádzač už v príprave ocenenia ponuky musel osloviť odborne spôsobilú firmu, ktorá má povolenie na prepravu, manipuláciu a následne na likvidáciu nebezpečnej látky, s požiadavkou na ocenenie predmetnej časti zadania. Ak by tak uchádzač nepostupoval, podľa kontrolovaného by vzniklo riziko, že predložená ponuka by bola nereálna a nezodpovedná, nakoľko žiadny subjekt bez príslušnej odbornej spôsobilosti takéto činnosti nemôže vykonávať. To, že požadoval v súťažných podkladoch od všetkých uchádzačov v prílohe predložiť dôkazový prostriedok eliminujúci popísané riziko – uzavretú zmluvu o budúcej zmluve (nie konečnú zmluvu o dielo, resp. zmluvu o poskytnutí služieb), kontrolovaný pokladá za logickú požiadavku, primeranú zložitosti zadania, ktorá nemá diskriminačný charakter a náklady uchádzača na predkladanie ponuky predstavujú zanedbateľné zvýšenie.
18. Podľa názoru kontrolovaného sa nie je možné spojiť s názorovou fikciou úradu, v zmysle ktorej požiadavku vyžadovanú od každého uchádzača je možné automaticky zaradiť medzi podmienky účasti (bod 14 tohto rozhodnutia). Z takého názoru by totiž vyplývalo, že ostatné požiadavky predkladané v ponukách časť „Ostatné“, ako aj neocenený výkaz výmer, vyhlásenie uchádzača, návrh zmluvných podmienok, je potrebné klasifikovať ako podmienky účasti.
19. Kontrolovaný tiež uvádza, že sa nestotožňuje s názorom úradu, podľa ktorého je plne postačujúce, aby kontrolovaný vyžadoval preukázanie zabezpečenia subjektu odborne spôsobilého na likvidáciu azbestu až od úspešného uchádzača v rámci súčinnosti (bod 15 tohto rozhodnutia), nakoľko už v etape prípravy ponuky sa vyžaduje aktívna súčinnosť budúceho uchádzača a subjektu odborne spôsobilého na nakladanie nebezpečného odpadu.
20. V závere svojho odvolania kontrolovaný žiada radu, aby na základe nového právneho posúdenia veci a predložených argumentov zmenila výrok rozhodnutia o námietkach a námietky navrhovateľa zamietla.

### **Vyjadrenie navrhovateľa k odvolaniu kontrolovaného**

21. Navrhovateľ doručil úradu dňa 10. 06. 2016 svoje vyjadrenie k podanému odvolaniu, v ktorom konštatuje, že sa plne stotožňuje s prvostupňovým rozhodnutím úradu. Navrhovateľ má za to, že ide o podmienku účasti, prípadne o osobitnú podmienku účasti, a nie o požiadavku na predmet zákazky, ako tvrdí kontrolovaný.
22. Ďalej navrhovateľ uvádza, že v danej stavbe sa budú realizovať aj iné skutočnosti (práce), pre ktoré sú zákonom stanovené normy alebo opatrenia, ktoré treba dodržiavať a na ktoré

treba mať vydané platné potvrdenia alebo osvedčenia (výťahy, vzduchotechnika, elektroinštalácie). Ak chcel mať kontrolovaný tieto veci skontrolované, mal žiadať v podmienkach účasti preukázanie týchto dokladov, prípadne mal tieto doklady vyžadovať od úspešného uchádzača a nie od všetkých, a to formou overeného dokladu. Kontrolovaný totiž svojím postupom znemožnil predkladanie čestných vyhlásení, ktoré by následne úspešní uchádzači po výzve doložili. Navrhovateľ má teda za to, že sa nejedná o požiadavku na predmet zákazky, a že takto stanovenou požiadavkou navyše kontrolovaný finančne a aj časovo zaťažuje uchádzačov pri tvorbe ponuky.

23. Navrhovateľ zároveň žiada radu o preskúmanie rozhodnutia úradu o námietkach mimo odvolacieho konania, nakoľko si nie je istý v rozhodnutí o zastavení konania vo všetkých ostatných bodoch námietok v predmetnej veci [bod 2 písm. a) až c) tohto rozhodnutia]. Navrhovateľ uvádza, že zastavenie konania sa opieralo o skutočnosť, že napádané podmienky účasti nie sú súčasťou súťažných podkladov, pričom navrhovateľ je toho názoru, že pokiaľ sa kdekoľvek nachádza odkaz na iné dokumenty, sú tieto dokumenty súčasťou súťažných podkladov.
24. V závere svojho vyjadrenia navrhovateľ uvádza, že v prípade, ak sa rada rozhodne zmeniť rozhodnutie úradu o námietkach a riešiť body, ktoré boli zastavené, žiada úrad, aby na svoj podnet začal kontrolu, nakoľko namietané body, ktoré boli zastavené, sú podľa názoru navrhovateľa jednoznačne protizákonné a diskriminačné.

#### **Zistenia rady**

25. Po preskúmaní predloženej dokumentácie kontrolovaného a administratívneho spisu z konania o námietkach rada zistila nasledovné:
26. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet podlimitnej zákazky „Prestavba a nadstavba budovy Okresného súdu Martin“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 22/2016 zo dňa 02. 02. 2016 pod značkou 2716 - WYP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 045 402,00 eur ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Kontrolovaný poskytol súťažné podklady 22 záujemcom, vrátane navrhovateľa. Navrhovateľ požiadal o súťažné podklady dňa 22. 02. 2016 a následne si ich dňa 24. 02. 2016 prevzal. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 26. 02. 2016 ponuku do predmetného verejného obstarávania predložilo 15 uchádzačov.
27. V časti A.1 „Pokyny na vypracovanie ponuky“ bod 16.2.14 súťažných podkladov (v znení doplnenia súťažných podkladov č. 1) je uvedené, cit.: „Osobitne oddelená a uzavretá časť ponuky označená slovom ‚OSTATNÉ‘ bude obsahovať nasledovné doklady: Podpísaný návrh zmluvných podmienok uvedený v kapitole A.2 týchto súťažných podkladov, pričom uchádzač do návrhu zmluvných podmienok neuvádza cenu za predmet zákazky a ani lehotu plnenia. Spolu s návrhom zmluvných podmienok uchádzač predloží aj úradne overenú kópiu Zmluvy o budúcej zmluve so zhotoviteľom – subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu, ktorá tvorí Prílohu č. 4 návrhu záväzných zmluvných podmienok.“
28. **Navrhovateľ doručil kontrolovanému dňa 02. 03. 2016 žiadosť o nápravu, ktorou navrhovateľ žiadal napraviť rovnaké podmienky, ktoré neskôr namietal aj v konaní o námietkach.** Obsah námietok navrhovateľa je totožný s jeho žiadosťou o nápravu.
29. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi 08. 03. 2016 list zo dňa 04. 03. 2016 označený ako „Oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu“, ktorým zamietol žiadosť o nápravu.

## Právne posúdenie radou

30. 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. 04. 2016, sa dokončia podľa predpisov účinných do 17. 04. 2016. Podľa § 187 ods. 4 tohto zákona v konaní, ktoré začne úrad po 17. 04. 2016 a vzťahuje sa na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 a 2, sa postupuje podľa predpisov účinných do 17. 04. 2016.
31. V tejto súvislosti rada konštatuje, že konanie o odvolaní sa začalo dňa 01. 06. 2016, kedy kontrolovaný doručil úradu predmetné odvolanie. Zároveň sa toto konanie vzťahuje na verejné obstarávanie podľa § 187 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v prípade predmetnej podlimitnej zákazky bola výzva na predkladanie ponúk odoslaná na uverejnenie dňa 29. 01. 2016, teda do 17. 04. 2016. Na základe vyššie uvedených prechodných ustanovení je pre posúdenie tohto odvolania radou určujúca právna úprava podľa zákona o verejnom obstarávaní účinná do 17. 04. 2016.
32. 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:
33. Kontrolovaný požadoval **predloženie úradne overenej kópie zmluvy o budúcej zmluve so zhotoviteľom – subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu, a to od každého uchádzača v časti ponuky označenej ako „Ostatné“**. Úrad v rozhodnutí o námietkach, a to najmä s prihliadnutím na spôsob preukazovania splnenia predmetnej podmienky, t. j. každý uchádzač musí jej splnenie preukázať už v ponuke, skonštatoval, že v predmetnom verejnom obstarávaní má sporná podmienka stanovená kontrolovaným formálne povahu podmienky účasti (bod 10 tohto rozhodnutia).
34. S poukazom na predchádzajúci bod tohto rozhodnutia rada uvádza a zdôrazňuje, že len na základe tej skutočnosti, že predloženie zmluvy o budúcej zmluve kontrolovaný požadoval od všetkých uchádzačov, ešte nie je možné dospieť k záveru, že požiadavka kontrolovaného je podmienkou účasti. Podľa názoru rady je na to, aby bolo možné niektorú z požiadaviek vo verejnom obstarávaní kvalifikovať ako podmienku účasti, nevyhnutné, aby sa posudzovaná požiadavka dala začleniť pod niektoré z podmienok účasti uvedené v § 26 až 28 zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedeného dôvodu rada skúmala, či možno požiadavku kontrolovaného na predloženie úradne overenej kópie zmluvy o budúcej zmluve so subjektom spôsobilým na manipuláciu s azbestom kvalifikovať ako podmienku účasti týkajúcu sa osobného postavenia (§ 26), finančného a ekonomického postavenia (§ 27), prípadne technickej alebo odbornej spôsobilosti (§ 28).
35. Rada uvádza, že z podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia prichádza do úvahy iba podmienka účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého sa verejného obstarávania môže zúčastniť len ten, kto je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať služby vo vzťahu aspoň k jednému predmetu zákazky, na ktorú predkladá uchádzač ponuku alebo žiadosť o účasť. Rada však konštatuje, že požiadavku kontrolovaného nemožno kvalifikovať ako podmienku účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) tohto zákona, nakoľko ako vyplýva z výkladového stanoviska úradu č. 3/2013, splnenie podmienky účasti v zmysle § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní sa má vykladať v tom zmysle, že sa preukazuje vo vzťahu k hlavnému predmetu zákazky. Hlavným

predmetom zákazky sú však v danom verejnom obstarávaní stavebné práce, konkrétne prestavba a nadstavba budovy okresného súdu v Martine, a aj keď súčasťou predmetu zákazky je aj demontáž medzistienok z AZC dosiek, ide len o jeho marginálnu, resp. dielčiu časť, ktorá sa určite nedá považovať za hlavný predmet zákazky.

36. Rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že splnenie podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní sa preukazuje dokladom o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu [§ 26 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní]. Ak by teda aj hlavným predmetom zákazky bola demontáž azbestových dosiek, splnenie príslušnej podmienky účasti by sa preukazovalo oprávnením zhotoviteľa – subjektu odborne spôsobilého na likvidáciu azbestu, a nie kópiou zmluvy o budúcej zmluve s daným subjektom. Na základe uvedeného rada konštatuje, že sporná požiadavka kontrolovaného nie je podmienkou účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní, ako ani žiadnou inou z podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia.
37. Rada ďalej uvádza, že podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia v zmysle § 27 zákona o verejnom obstarávaní s poukazom na spornú požiadavku stanovenú kontrolovaným taktiež neprichádzajú do úvahy. Napriek tomu, že § 27 zákona o verejnom obstarávaní je iba demonštratívny, zmluva o budúcej zmluve uzavretá so subjektom oprávneným nakladať s azbestom sa určite netýka finančného alebo ekonomického postavenia uchádzačov, a preto je jej vyžadovanie ako podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia neprípustné.
38. Rada zároveň dodáva, že požiadavku kontrolovaného nie je možné zaradiť ani medzi podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti vymedzené v § 28 zákona o verejnom obstarávaní, keďže zmluvu o budúcej zmluve so subjektom oprávneným likvidovať azbest nemožno považovať za žiaden z dokladov uvedených v § 28 tohto zákona, pričom zákonný výpočet predmetných podmienok účasti má taxatívnu povahu, a teda nie je možné ho rozširovať. Rada konštatuje, že nemožnosť rozširovať § 28 zákona o verejnom obstarávaní znamená práve zákaz vyžadovať od všetkých uchádzačov, aby už vo svojich ponukách predložili doklad majúci povahu technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorý sa výslovne nenachádza medzi dokladmi uvedenými v § 28 tohto zákona. Práve teda taxatívnosť § 28 znemožňuje posudzovať kontrolovaným požadovanú zmluvu o budúcej zmluve ako podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti.
39. Rada pre úplnosť posúdila aj ďalší argument úradu, podľa ktorého je sporná požiadavka kontrolovaného podmienkou účasti. Úrad v rozhodnutí o námietkach uviedol, že predmetná požiadavka kontrolovaného má charakter podmienky účasti, keďže jej účelom je preukázanie odbornej spôsobilosti na likvidáciu azbestu u každého uchádzača (bod 10 tohto rozhodnutia). Rada však v tejto súvislosti poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný nepožadoval, aby bol odborne spôsobilý uchádzač, ale tretia osoba, s ktorou mal uchádzač uzavrieť zmluvu o budúcej zmluve. Tzn. že účelom spornej požiadavky je zabezpečiť, resp. zazmluvniť si určitý subjekt, ktorý disponuje oprávnením na prepravu, manipuláciu a likvidáciu azbestu, a nie preukázanie odbornej spôsobilosti uchádzačov. Navyše, ako bolo uvedené v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia, na to, aby mohol byť tento doklad požadovaný za účelom „preukázania odbornej spôsobilosti uchádzača“, musel by byť výslovne uvedený v § 28 zákona o verejnom obstarávaní.
40. Na základe skutočností uvedených v bodoch 33 až 39 tohto rozhodnutia rada konštatuje, že **sporná požiadavka kontrolovaného nie je podmienkou účasti tak, ako to v rozhodnutí o námietkach tvrdil úrad.**

41. Rada ďalej uvádza, že predmetnú **požiadavku kontrolovaného nie je možné považovať ani za požiadavku na predmet zákazky** tak, ako tvrdí kontrolovaný vo svojom odvolaní (bod 16 tohto rozhodnutia), nakoľko sa ňou nepreukazuje splnenie požiadaviek na predmet zákazky, t. j. parametrov, vlastností predmetu zákazky, ale sa ňou preukazuje zazmluvnenie, resp. dispozícia subjektom oprávneným na likvidáciu azbestu. Rada v tejto súvislosti dodáva, že argumentácia kontrolovaného o tom, že vyžadovanie tohto dokladu je odôvodnené potrebou nacenenia tejto časti predmetu zákazky, t. j. likvidácie azbestu (bod 17 tohto rozhodnutia), nie je správna, nakoľko tieto skutočnosti, t. j. naceňovanie a opodstatnenosť vyžadovania dokladov, je potrebné posudzovať osobitne a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Rada ďalej uvádza, že za určovanie cien, resp. koncipovanie samotnej cenovej ponuky nesú zodpovednosť samotní uchádzači, pričom za jej dodržiavanie sami aj zodpovedajú, a to pod hrozbou uplatnenia rôznych zmluvných sankcií. Zároveň platí, že zistiť a stanoviť náklady na likvidáciu azbestu na účely zahrnutia danej ceny do cenovej ponuky je možné aj iným spôsobom, napr. prieskumom trhu (uzatvorenie zmluvy o budúcej zmluve teda nie je nevyhnutné). Kontrolovaný navyše ani nevyžadoval, aby v zmluve o budúcej zmluve bola dohodnutá cena za likvidáciu azbestu. Na základe uvedeného teda rada uvádza, že na účely zistenia ceny za likvidáciu azbestu nie je nevyhnutné uzatvorenie zmluvy o budúcej zmluve so subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu, nakoľko uchádzač má aj iné možnosti na jej zistenie. Z uvedeného dôvodu rada nepovažuje argument kontrolovaného, že vyžadovanie tohto dokladu je odôvodnené potrebou nacenenia tejto časti predmetu zákazky, t. j. likvidácie azbestu, za opodstatnený.
42. Rada na základe vyššie uvedených skutočností konštatuje, že spornú požiadavku kontrolovaného, t. j. predloženie úradne overenej kópie zmluvy o budúcej zmluve so subjektom odborne spôsobilým na likvidáciu azbestu, nie je možné považovať ani za podmienku účasti v zmysle § 26 až 28 zákona o verejnom obstarávaní a zároveň ani za požiadavku na predmet zákazky (body 34 až 41 tohto rozhodnutia). V rámci týchto dvoch inštitútov ju teda v danom verejnom obstarávaní nebolo možné požadovať.
43. Poslednou skutočnosťou, ktorú je potrebné posúdiť, je tvrdenie kontrolovaného, podľa ktorého je táto požiadavka tzv. „predkontrakčnou“ požiadavkou (bod 16 tohto rozhodnutia). Rada z uvedeného usudzuje, že zmluva mala byť požadovaná len od úspešného uchádzača a v tomto zmysle ju dáva do súvislosti aj s odporúčením úradu, podľa ktorého mal kontrolovaný danú zmluvu požadovať len od úspešného uchádzača v rámci súčinnosti pri uzatváraní zmluvy (bod 15 tohto rozhodnutia).
44. Rada prízvukuje, že v procese verejného obstarávania sa bez akýchkoľvek pochybností vyskytujú tri druhy požiadaviek: podmienky účasti, požiadavky na predmet zákazky a zmluvné podmienky. Zatiaľ čo na preukázanie splnenia prvých dvoch druhov je možné požadovať doklady od všetkých uchádzačov, ktorí majú záujem zúčastniť sa verejného obstarávania, na preukázanie zmluvných podmienok sa môžu určité doklady vyžadovať len od uchádzača, s ktorým sa daná zmluva uzavrela, a to pod hrozbou zmluvných sankcií. Zákon o verejnom obstarávaní nepozná kontrolovaným použitý pojem „predkontrakčná“ požiadavka, pozná však pojem „poskytnutie riadnej súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy“. Podľa rady je potrebné posúdiť, či v rámci tohto inštitútu možno od uchádzačov vyžadovať doklady, ktoré nepreukazujú ani splnenie podmienok účasti, ani požiadaviek na predmet zákazky.
45. Rada konštatuje, že účelom inštitútu poskytovania riadnej súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy (ďalej len „inštitút súčinnosti“) nebolo poskytnutie ďalších nástrojov verejnému obstarávateľovi na stanovenie dodatočných požiadaviek voči uchádzačom, nakoľko verejný

obstarávateľ môže svoje požiadavky požadovať len v rámci inštitútov menovaných v predošlom bode rozhodnutia.

46. Rada pripomína, že tento inštitút nevychádza z európskych smerníc verejného obstarávania, ale je výlučne inštitútom národnej právnej úpravy, a preto je potrebné ho vykladať v zmysle neodporujúcom alebo neobchádzajúcim legislatívny rámec relevantných smerníc. Inštitút súčinnosti bol do zákona o verejnom obstarávaní zavedený v reakcii na problémy vychádzajúce z praxe, kedy dochádzalo k tomu, že vo verejnom obstarávaní úspešný uchádzač nepristúpil k uzatvoreniu zmluvy, čo malo niekedy za následok zrušenie verejného obstarávania a (v prípade pokračujúcej potreby) nutnosť opätovného vyhlásenia nového verejného obstarávania na totožný predmet zákazky.
47. Účelom ustanovenia § 45 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní je teda zabezpečenie možnosti uzatvoriť zmluvu s druhým, resp. tretím uchádzačom v poradí, t. j. aby neposkytnutie súčinnosti úspešným uchádzačom nezmarilo účel verejného obstarávania. Zavedením tohto inštitútu však v uvedenom prípade môže verejný obstarávateľ pokračovať v predmetnom verejnom obstarávaní, nakoľko mu zákonná úprava umožňuje uzavrieť zmluvu s uchádzačom alebo uchádzačmi, ktorí sa umiestnili ako druhí v poradí, prípadne za neposkytnutia súčinnosti následne s tretím uchádzačom alebo uchádzačmi v poradí.
48. Rada preto konštatuje, že predmetné ustanovenie (hľadiac na jeho účel) nemožno vykladať tak, že v rámci inštitútu súčinnosti verejný obstarávateľ môže požadovať od uchádzačov predloženie rôznych nových dokladov, ktoré nepožadoval ani v rámci podmienok účasti, ani v rámci požiadaviek na predmet zákazky, či prostredníctvom zmluvných podmienok. Zákon o verejnom obstarávaní takýto postup výslovne neupravuje, dokonca z neho ani nevyplýva, a teda platí, že pod „poskytnutie riadnej súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy“ nemožno subsumovať vyžadovanie úplne nových dokladov, ktoré de facto s procesom uzatvárania zmluvy nemajú nič spoločné. Takýto postup sa dokonca javí v rozpore so smernicami o verejnom obstarávaní, ktoré ho nijakým spôsobom nepopisujú a už vôbec neodobrujú. Nesprávny výklad predmetného ustanovenia by mohol viesť aj k obchádzaniu § 28 zákona o verejnom obstarávaní, a to tým spôsobom, že ak by verejný obstarávateľ chcel požadovať doklad týkajúci sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorý však nie je v taxatívnom výpočte podmienok účasti uvedený, prostredníctvom inštitútu súčinnosti by si ho aj napriek taxatívnosti § 28 zákona o verejnom obstarávaní vyžiadal. Týmto spôsobom by sa verejný obstarávateľ mohol dožadovať nespočetného množstva dokladov, a to s argumentom, že zákon o verejnom obstarávaní doklady, ktoré možno vyžiadať prostredníctvom inštitútu súčinnosti nijakým spôsobom neohraničuje. Takýto postup však rada jednoznačne kvalifikuje ako rozporný so smernicami, a teda má za to, že vyššie popísaný výklad § 45 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní nie je prípustný.
49. Na základe vyššie uvedených argumentov rada dospela k záveru, že požiadavka kontrolovaného na predloženie zmluvy o budúcej zmluve nie je podmienkou účasti, ani požiadavkou na predmet zákazky **a už vôbec ju nemožno považovať za tzv. predkontraktnú podmienku, a teda platí, že ju nemožno požadovať ani v rámci súčinnosti. Uvedený záver rady vyplýva zo skutočnosti, že pojem „poskytnutie riadnej súčinnosti“ obsiahnutý v § 45 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní je potrebné vykladať ako vyvinutie aktivity smerujúcej k uzavretiu zmluvy vo verejnom obstarávaní s úspešným uchádzačom, a nie ako prostriedok pre vyžadovanie rôznych ďalších dokladov, ktoré nie je možné vyžadovať ani ako podmienky účasti, ani ako požiadavky na predmet zákazky.**

50. Na základe vyššie uvedených skutočností má rada za to, že predloženie relevantného dokladu, t. j. zmluvy o budúcej zmluve nemohol kontrolovaný požadovať ani ako žiadnu predkontrakčnú podmienku v rámci poskytnutia riadnej súčinnosti pri uzavieraní zmluvy. Jediným do úvahy prichádzajúcim inštitútom, ako tak mohol kontrolovaný urobiť, bolo vyžadovanie predmetnej zmluvy iba od úspešného uchádzača (dodávateľa) a až po podpise zmluvy, ako bežnú zmluvnú požiadavku.
51. Rada zároveň konštatuje, že kontrolovanému nič nebráni v tom, aby okrem predmetnej požiadavky zakotvil do zmluvných podmienok aj zabezpečovacie inštitúty, aby sa vyhol prípadnej situácii, kedy víťazný uchádzač odmietne predloženie zmluvy o budúcej zmluve zo strany úspešného uchádzača, nakoľko samotnú zmluvu s kontrolovaným už uzavretú má.
52. Rada je toho názoru, že kontrolovaný v budúcnosti v rovnakej veci má postupovať tak, že v súťažných podkladoch vopred stanoví osobitné zmluvné podmienky vedúce k zabezpečeniu likvidácie azbestu odborne spôsobilým subjektom. Pôjde teda o zmluvné podmienky ukladajúce osobitné povinnosti úspešnému uchádzačovi na zabezpečenie likvidácie azbestu podľa zákona č. 355/2007 Z. z. o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a v súlade s nariadením vlády SR č. 253/2006 Z. z. o ochrane zamestnancov pred rizikami súvisiacimi s expozíciou azbestu pri práci.
53. Rada na záver odporúča kontrolovanému, aby si s cieľom zabezpečenia predloženia požadovanej zmluvy o budúcej zmluve zo strany úspešného uchádzača (dodávateľa), zakotvil do zmluvy dostatočne dôrazné sankcie, čím by motivoval úspešného uchádzača plniť si všetky svoje zmluvné povinnosti. V takomto prípade by do úvahy prichádzala napr. možnosť zadefinovania prípadného nepredloženia zmluvy, resp. oprávnenia o manipulácii s azbestom ako závažného porušenia zmluvných povinností a zároveň aj ako dôvodu na vypovedanie zmluvy. Z prípadného závažného porušenia zmluvných povinností, resp. vypovedania zmluvy by pre uchádzača vyplýval zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na obdobie troch rokov. Uvedené by bolo možné podporiť finančnými sankciami. Ďalšou do úvahy prichádzajúcou možnosťou by bolo odloženie účinnosti zmluvy až do doby predloženia zmluvy zo strany úspešného uchádzača (dodávateľa).
54. Na základe skutočností, špecifikovaných v bodoch 33 až 53 tohto rozhodnutia, rada konštatuje, že v odvolacom konaní **nezistila dôvody, ktoré by opodstatňovali zmenu výroku rozhodnutia úradu o námietkach**, a preto bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.
55. 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.
56. Rada v prvom rade poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk stanovil v časti III.1.2 „Ekonomické a finančné postavenie“ podmienku účasti, v rámci ktorej požadoval, cit.: „Celkový obrat za posledné tri hospodárske roky (obdobie rokov 2012 - 2014), za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku a začatia prevádzkovania činnosti, musí byť v minimálnej výške 3 000 000 Eur. Ak prevádzkovanie činnosti je kratšie ako tri roky, prehľad o dosiahnutom obrate za obdobie prevádzkovania podnikateľskej činnosti musí byť v alikvotnej hodnote zo sumy 3 000 000,- Eur (priemerne 1 000 000 Eur/rok).“
57. Ako je uvedené v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia, kontrolovaný požadoval v rámci podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia **celkový obrat**

**za posledné tri hospodárske roky (obdobie rokov 2012 – 2014), za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku a začatia prevádzkovania činnosti.**

58. Z § 3 ods. 3 zákona č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o účtovníctve“) vyplýva, že účtovným obdobím je kalendárny rok, ak zákon o účtovníctve neustanovuje inak. Podľa § 3 ods. 4 zákona účtovníctve hospodárskym rokom je obdobie nepretržite po sebe idúcich 12 kalendárnych mesiacov, ktoré nie je zhodné s kalendárnym rokom.
59. Zo zákonom vymedzenej definície teda vyplýva, že účtovným obdobím môže byť buď kalendárny rok (od 01. 01. do 31. 12.) alebo hospodársky rok, ktorý je iný ako kalendárny rok (napr. od 01. 01. do 31. 12.). Kontrolovaný však na preukázanie finančného a ekonomického postavenia požadoval celkový obrat za „**posledné tri hospodárske roky (obdobie rokov 2012 – 2014)**“. Z uvedeného teda vyplýva, že kontrolovaný požadoval tri hospodárske roky vymedzené striktne ako tri kalendárne roky, čo sa navzájom logicky vylučuje. Takto nastavená podmienka účasti si vnútorne odporuje, pričom otázne je, ako by ju preukazoval subjekt s účtovným obdobím vymedzeným hospodárskymi rokmi (napr. apríl 2011 – apríl 2012, apríl 2012 – apríl 2013, apríl 2013 – apríl 2014 a apríl 2014 – apríl 2015). Poslednými tromi hospodárskymi rokmi je pre takého uchádzača obdobie apríl 2012 – apríl 2015, ale toto obdobie zasa presahuje kontrolovaným stanovený rozsah 2012 – 2014. Na druhej strane však do rokov 2012 – 2014 zasahuje aj časť hospodárskeho roku uchádzača apríl 2011 – apríl 2012, ktorý však nemožno považovať za „posledné tri hospodárske roky“.
60. Na základe uvedeného má rada za to, že kontrolovaný je povinný zohľadňovať posledné tri uzatvorené hospodárske roky podľa 27 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, a to u každého uchádzača individuálne, pri zohľadnení faktu, že jednotliví uchádzači môžu mať rôzne nastavené účtovné obdobie. Kontrolovaný mal teda požadovať celkový obrat za posledné tri hospodárske roky bez uvedenia kalendárnych rokov vymedzených v zátvorke.<sup>1</sup> Napriek uvedenému rada konštatuje, že takto formulovaná podmienka účasti v danom prípade nemala vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania.
61. Rada ďalej poukazuje na podmienku účasti stanovenú kontrolovaným, v rámci ktorej vyžadoval celkový obrat za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku a začatia prevádzkovania činnosti v minimálnej výške 3 000 000 eur a v prípade, že je **prevádzkovanie činnosti kratšie ako tri roky**, prehľad o dosiahnutom obrate za obdobie prevádzkovania podnikateľskej činnosti mal byť **v alikvotnej hodnote zo sumy 3 000 000 eur (priemerne 1 000 000 eur/rok)**. Rada má za to, že takto nastavená podmienka účasti nie je v súlade s princípmi verejného obstarávania podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené vyplýva zo skutočnosti, že v prípade takto nastavenej podmienky účasti by mohlo dôjsť k situácii, kedy by bol na trhu dlhšie pôsobiaci, a teda aj skúsenejší uchádzač znevýhodnený v porovnaní s menej skúseným uchádzačom, a to len z dôvodu nesprávne nastavenej podmienky účasti. Takto nastavenú podmienku účasti by totiž splnil uchádzač A, ktorý dosiahol obrat 1 000 000 eur, pričom pôsobí na trhu len jeden rok, avšak uchádzač B pôsobiaci v danom segmente dva roky s obratom 1 900 000 eur by požadovanú podmienku účasti nesplnil, keďže na jej splnenie mu chýba 100 000 eur. Rada však nevidí dôvod, prečo by mal byť uchádzač A pôsobiaci na trhu jeden rok s obratom 1 000 000 eur kvalifikovanejší ako uchádzač B pôsobiaci na trhu dva roky s obratom 1 900 000 eur. Práve naopak, oba tieto parametre poukazujú na väčšiu skúsenosť uchádzača B. V tom prípade však podmienka účasti, ktorá skúsenejšiemu a kvalifikovanejšiemu uchádzačovi B neumožní zúčastniť sa

<sup>1</sup> Rada dodáva, že úrad už obdobný záver vyslovil, a to v rozhodnutí o námietkach č. 4857-6000/2014-ON/115 zo dňa 19. 06. 2014.

daného verejného obstarávania, zatiaľ čo uchádzačovi A áno, je podľa rady diskriminačná a teda aj v rozpore s princípom nediskriminácie zakotveným v § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

62. Rada taktiež uvádza, že jej nie je zrejмый účel, ktorý sledoval kontrolovaný zadefinovaním danej podmienky účasti spôsobom, akým tak urobil. Podmienky účasti slúžia na to, aby sa verejného obstarávania mohol zúčastniť len subjekt dostatočne kvalifikovaný na uspokojivé plnenie predmetu zákazky. Rade však nie je zrejмый, ako chcel tento účel dosiahnuť kontrolovaný, keď ten by pri jednom uchádzačovi požadoval 3 000 000 eur zatiaľ čo pri druhom by mu stačilo aj 1 000 000 eur. Ak je však uchádzač s obratom 1 000 000 eur dostatočne kvalifikovaný a spôsobilý na plnenie predmetu zákazky, tak aký účel má požadovanie od iných uchádzačov obratu vo výške 3 000 000 eur? Legitímna je aj otázka, čo napr. s uchádzačom, ktorý by pôsobil na trhu jeden mesiac. V tom prípade by bol dostatočne odborne spôsobilý aj v prípade, ak by dosiahol obrat cca 83 000 eur. Ak však kontrolovaný aj takého uchádzača považuje za dostatočne spôsobilého na uspokojivé plnenie predmetu zákazky, nie je dôvod od ostatných uchádzačov požadovať obrat 36 násobne vyšší.
63. Rada má za to, že ustanovenie § 27 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré umožňuje vyžadovať „prehľad o celkovom obrate alebo prehľad o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti“ je potrebné vykladať v tom zmysle, že uchádzači musia preukázať dosiahnutie požadovaného, resp. stanoveného obratu (v danom prípade 3 000 000 eur) v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti. Ak teda uchádzači pôsobia na trhu jeden rok, rok a pol, prípadne dva alebo tri roky, musia za toto obdobie vykonávania svojej podnikateľskej činnosti preukázať, že dosiahli požadovanú výšku obratu, a to na účely preukázania, že sú dostatočne finančne stabilní, resp. spôsobilí na plnenie zákazky. Rada zároveň uvádza, že uchádzač, ktorý nevykonáva podnikateľskú činnosť minimálne tri príslušné hospodárske roky, má sťaženú pozíciu, nakoľko v období, za ktoré podniká, musí preukázať kontrolovaným požadovanú, resp. stanovenú hodnotu obratu. Avšak ak bolo úmyslom kontrolovaného umožniť, aby sa verejného obstarávania zúčastnili aj menšie spoločnosti s nižším obratom, mohol namiesto pomerného posudzovania obratu vyžadovať obrat v nižšej sume, prípadne ho nemal vyžadovať vôbec.

### **Kaucia**

64. 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.
65. 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.
66. 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.

67. 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.
68. Kaucia zložená na účet úradu navrhovateľom v konaní o námietkach bude v celej uhradenej sume vrátená navrhovateľovi najneskôr do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

### **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. Krajský súd v Žiline, Orolská 3, 010 01 Žilina – kontrolovaný
2. X – navrhovateľ

Na vedomie  
podľa rozdeľovníka