

„ÚVO DZOVKY“

**Prehľad a citácie
zo zaujímavých rozhodnutí
Úradu pre verejné obstarávanie
a európskej judikatúry**

§ 10

§ 5

§ 32

Vypracoval:
Inštitút verejného
obstarávania

**Október
2021**

Úvahy a právne posúdenia obsiahnuté v rozhodnutiach Úradu pre verejné obstarávanie môžu byť dôležitou pomôckou nielen pre verejných obstarávateľov pri príprave a vyhlasovaní zákaziek, ale rovnako aj pre záujemcov či uchádzačov pri rozhodovaní sa o účasti vo verejnom obstarávaní, resp. pri príprave ponuky.

S cieľom upozorniť na najnovšie zaujímavé, dôležité alebo tematicky aktuálne rozhodnutia vám úrad predstavuje výber rozhodnutí, ktoré stoja za povšimnutie a sú hodné bližšej pozornosti¹.

Obsah

Mala PHZ v zákazke na dodanie tovaru zohľadňovať aj cenu servisných služieb?	3
Stanovenie technickej špecifikácie obstarávaného MRI prístroja nepreukázalo diskrimináciu.	11
Zmena zmluvy.....	19

¹ Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely.

Mala PHZ v zákazke na dodanie tovaru zohľadňovať aj cenu servisných služieb?

Správne stanovená predpokladaná hodnota zákazky je základným predpokladom k určeniu zodpovedajúceho súťažného postupu. Zároveň v tejto hodnote musia byť zohľadnené aj všetky plnenia, s ktorými verejný obstarávateľ či obstarávateľ počíta počas platnosti uzavretej zmluvy. Informácia o výške predpokladanej hodnoty zákazky, ako aj informácia o tom, čo presne má byť predmetom plnenia, resp. či pôjde o len o dodanie tovaru, alebo či súčasťou plnenia má byť aj poskytovanie súvisiacej služby, musí byť uvedená už v samotnom oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a zároveň musí byť v súlade s informáciami zverejnenými v rámci ostatných dokumentov, ktoré sú súčasťou súťažných podkladov k danej zákazke.

Číslo rozhodnutia ÚVO: 5370-6000/2021-OD/3

Číslo rozhodnutia rady: 8057-9000/2021

Typ rozhodnutia: odvolanie voči rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ktorým úrad nariadil zrušiť použitý postup

Obstarávateľ: Nitrianska teplárenská spoločnosť, a. s.

Navrhovateľ: obstarávateľ (§ 9)

Predmet zákazky: „Dodávka kogeneračných jednotiek“ (23677-MST)

Predpokladaná hodnota zákazky: 2 155 855,83 EUR bez DPH

Kľúčové slová: predpokladaná hodnota zákazky, súťažné podklady, opis predmetu zákazky, zákazka na dodanie tovaru, zákazka na poskytnutie služby, servisné služby, princíp transparentnosti.

Stručný priebeh VO

- Obstarávateľ vyhlásil zákazku, pričom z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vyplývalo, že predmetom plnenia **má byť dodanie tovaru**, rovnako tak zo samotného opisu predmetu zákazky vyplývalo, že ide o zákazku na **dodanie tovaru - štyroch kusov kogeneračných jednotiek (KGJ)**.
- Zo súťažných podkladov taktiež vyplývalo, že výsledkom súťaže má byť uzatvorenie **Zmluvy o dielo na dodávku tovaru - 4 ks kogeneračných jednotiek, pričom neoddeliteľnou súčasťou tejto zmluvy mala byť aj príloha - Servisná zmluva**.
- V súvislosti s informáciou o rozdelení zákazky na časti bolo zároveň v oznámení uvedené: *„Odôvodnenie nerozdelenia predmetu zákazky: Predmet zákazky tvorí dodávka 4 ks kogeneračných jednotiek. Rozsah predmetu zákazky je takým rozsahom, ktorý komplexne dodávajú relevantní dodávatelia trhu.“*
- Zákazka mala byť financovaná z fondov Európskej únie, konkrétne z operačného programu Kvalita životného prostredia.
- **V servisnej zmluve bola stanovená pevná suma servisu v hodnote 2,25 eur bez DPH za odpracovanú prevádzkovú hodinu a mala byť uzavretá výlučne s uchádzačom, ktorý by bol identifikovaný ako úspešný.** Podľa zmluvy malo ísť o dodatočné služby preventívnej a nápravnej údržby poskytujúce záruku 90 % disponibilít **do 60.000 prevádzkových hodín KGJ**.
- Súčasťou súťažných podkladov „Vyhlásenie uchádzača“ bolo okrem iného uvedené, cit.: „uchádzač (...) týmto vyhlasuje, že:
 - súhlasí s podmienkami verejného obstarávania, ktoré sú určené v súťažných podkladoch a v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom v lehote na predkladanie ponúk,
 - je dôkladne oboznámený s celým obsahom súťažných podkladov, špecifikáciou predmetu zákazky, návrhom obchodných podmienok v ich celom rozsahu a s ich obsahom bezvýhradne súhlasí,
 - všetky doklady, dokumenty, vyhlásenia a údaje uvedené v ponuke sú pravdivé a úplné, (...)“
- V procese vysvetľovania súťažných podkladov bolo **zaznamenaných niekoľko otázok zo strany záujemcov v súvislosti s fixne stanovenou cenou servisu** v servisnej zmluve.
- Obstarávateľ požiadal úrad pred podpisom zmluvy o preskúmanie jeho úkonov a ten na základe preskúmania vydal **rozhodnutie, ktorým nariadil zrušiť použitý postup zadávania zákazky**.
- Voči rozhodnutiu úradu podal obstarávateľ odvolanie a následne vo veci rozhodovala rada.

Z rozhodnutia úradu

- V súvislosti so servisnou zmluvou mal úrad na základe preskúmania skutočností za preukázané, že **servisná zmluva je zákazkou na poskytnutie služby podľa § 3 ods. 1 a ods. 4 ZVO, nakoľko ide o odplatnú zmluvu, ktorej predmetom je poskytnutie služby a ktorá má byť uzavretá medzi obstarávateľom a poskytovateľom predmetnej služby (úspešný uchádzač).**
- Úrad taktiež poukázal na skutočnosť, že z dokumentácie z prípravy zákazky vyplynulo, že **predpokladaná hodnota zákazky určená prieskumom trhu zohľadňovala len dodanie tovaru 4 ks kogeneračných jednotiek, teda nebola v nej zahrnutá cena servisu týchto zariadení.**
- Podľa úradu obstarávateľ zadal **zákazku na poskytnutie služby bez aplikácie postupu upraveného ZVO, nakoľko zmluvne zaviazal úspešného uchádzača k poskytovaniu servisných služieb uzavretím servisnej zmluvy, ktorá tvorila prílohu zmluvy o dielo na dodanie tovaru za zmluvnú cenu ním pevne stanovenú, čím bola z jeho strany vo vzťahu k poskytovaniu servisných služieb vylúčená akákoľvek hospodárska súťaž a vo vzťahu k uzavretiu servisnej zmluvy nebolo vytvorené žiadne konkurenčné prostredie medzi uchádzačmi, resp. potenciálnymi záujemcami.**
- Úrad mal taktiež za to, že **predpokladaná zmluvná cena za servisné služby v prípade ich poskytovania v trvaní 60 000 prevádzkových hodín KGJ za pevne stanovenú hodnotu v servisnej zmluve (2,25 eur bez DPH za odpracovanú prevádzkovú hodinu KGJ) zodpovedala finančnému limitu pre zadávanie nadlimitnej zákazky, pričom v danej súvislosti s pevne stanovenou zmluvnou cenou za KGJ ďalej úrad uviedol, že takýmto stanovením pevnej sumy obstarávateľ neumožnil uchádzačom predložiť cenovú ponuku za odpracovanú prevádzkovú hodinu KGJ, nakoľko potenciálni uchádzači boli povinní akceptovať cenu stanovenú v návrhu servisnej zmluvy, čím obstarávateľ spôsobil absenciu hospodárskej súťaže v súvislosti so zmluvnou cenou za požadovaný servis.**
- Úrad poukázal na to, že v **prípade aplikácie postupu, ktorého zámerom je plnenie spočívajúce v dodaní tovaru aj v poskytovaní služby, je podľa úradu potrebné zahrnúť do opisu predmetu zákazky celkový rozsah, ktorý je požadovaný tak, aby zahŕňal všetky plnenia, ktoré budú následne prenesené do záväzkového odplatného vzťahu pri zachovaní a dodržaní princípov verejného obstarávania, pričom sa stanú súčasťou predkladaných cenových ponúk uchádzačov.**
- Podľa úradu **obstarávateľ takýmto konaním poprel účel verejného obstarávania, ktorým je uzavretie zmluvy s uchádzačom, ktorého ponuka je cenovo alebo ekonomicky najvýhodnejšia a ktorého výber sa uskutočnil v súlade s pravidlami upravenými zákonom o verejnom obstarávaní podporujúcimi transparentnú hospodársku súťaž zabezpečujúcu konkurencieschopnosť hospodárskych subjektov pôsobiacich na relevantnom trhu.**

Z odvolania navrhovateľa:

- Obstarávateľ uviedol, že spolu s dodávkou kogeneračných jednotiek musel zabezpečiť aj ich servis, pričom **náklady na servis však v zmysle prílohy č. 4 výzvy na predkladanie žiadostí o nenávratný finančný prostriedok (ďalej len „výzva“) nepatrili k oprávneným výdavkom, ktoré mohli byť z fondov Európskej únie financované**, preto bola úhrada nákladov na servis dodaných kogeneračných jednotiek v réžii obstarávateľa.
- Následne uviedol tri možné alternatívy, ktoré v súvislosti s obstaraním servisných služieb prichádzali do úvahy, pričom podľa jeho vyjadrenia ako najmenej riziková bola nasledovná možnosť, cit.: „**Obstarat' dodávku kogeneračných jednotiek, pričom ich podmienky servisu budú stanovené pre všetkých rovnako.** Uvedená možnosť predstavovala ideálne riešenie bez rizík. Navyše ako uvedieme v časti V.A tohto Odvolania, táto možnosť bola jediná odrazom všetkých princípov verejného obstarávania. Inými slovami uchádzači sa „pobili“ len o dodávku kogeneračných jednotiek, ktorá predstavovala v rámci Výzvy oprávnený náklad. Výsledkom je stav, že úspešný uchádzač ponúkol najvýhodnejšiu cenu, ktorá nebola ovplyvnená cenou servisu a čerpanie finančných prostriedkov z fondov, na rozdiel od prvej možnosti, bude hospodárne. Zároveň cena a podmienky servisu, ktoré boli pre všetkých uchádzačov rovnaké zas nebudú predražené a budú vykonávané na to povelaným uchádzačom, ktorý ich aj dodal. Napokon Odvolateľ pristúpil k zvoleniu tejto možnosti aj z dôvodu, že predpokladaná cena servisných služieb spĺňa parametre podlimitnej zákazky.“
- V odvolaní obstarávateľ taktiež odôvodnil, prečo servisné služby nemuseli byť predmetnom obstarávania, pričom poukázal na skutočnosť, že **úrad nesprávne určil zmluvnú cenu za poskytnutie servisu v zmysle Servisnej zmluvy**, ktorá by, podľa úradu predstavovala hodnotu 540 000 eur (pri výpočte 2,25 eur x 60 000 prevádzkových hodín x 4 KGJ), **naoľko celková cena servisu bude podľa jeho vyjadrenia v konečnom dôsledku zakaždým nižšia a bude spadať do limitu podlimitnej zákazky a zároveň predostrel mechanizmus výpočtu tejto ceny.**
- Odôvodnenie nižšej ceny servisu oprel napr. o tvrdenie, že Servisná zmluva rozlišuje pojem prevádzková hodina a odpracovaná prevádzková hodina. Pokým prevádzková hodina vstupuje do záruky, do výpočtu ceny servisu vstupuje odpracovaná prevádzková hodina. Tento rozdiel spôsobuje, že cena servisu sa neposkytuje na celú dobu trvania Servisnej zmluvy, ale len za čas skutočnej prevádzky kogeneračných jednotiek (bez prestojov). Ak by do výpočtu ceny servisu vstupovalo množstvo 60.000 odpracovaných prevádzkových hodín, znamenalo by to, že všetky kogeneračné jednotky by museli byť v takmer nepretržitej funkčnej prevádzke celých 7 rokov. Uvedené však z objektívnych príčin nie je možné.
- Podľa tvrdenia obstarávateľa na základe jeho výpočtov ide **v prípade servisných služieb o podlimitnú zákazku**, a keďže servisné služby nepredstavujú oprávnený výdavok z výzvy, nemajú byť hradené z verejných prostriedkov **a servis ako časť prevádzky kogeneračných jednotiek, bude hradený z jeho vlastných zdrojov, ktoré tieto jednotky vyprodukujú počas prevádzky.**

- Následne v odvolaní uviedol, že **na neho ako obstarávateľa sa vo vzťahu k servisným službám nevzťahuje povinnosť aplikovať postup podľa ZVO, keďže:**
 - (i) ide o podlimitnú zákazku;
 - (ii) nie je verejným obstarávateľom;
 - (iii) nejde o situáciu podľa § 8 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
- Obstarávateľ taktiež vyjadril **nesúhlas s rozhodnutím úradu** a mal za to, že ak jeho postupom v súvislosti so Servisnou zmluvou došlo k porušeniu ZVO, ktoré mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, bol **úrad povinný nariadiť odstránenie protiprávneho stavu a zrušenie predmetného postupu zadávania zákazky považuje za neprimerané a v konečnom dôsledku aj ne hospodárne a neefektívne.**

Z rozhodnutia rady

- Rada uviedla, že obstarávateľ až v rámci odvolania uviedol, že servis nebol povinný obstarávať, nakoľko jeho hodnota sa pohybuje v rámci limitu pre podlimitné zákazky, pri obstarávaní ktorých sa na neho ako obstarávateľa ZVO nevzťahuje, pričom toto jeho tvrdenie, ako ani spôsob výpočtu predpokladanej hodnoty servisu v samotnom konaní o preskúmanie úkonov pred uzavretím zmluvy neuviedol. Rade sa preto javilo, že **predmetné tvrdenie nezodpovedá úvahám obstarávateľa v čase prípravy predmetného verejného obstarávania.**
- Rada taktiež uviedla, že aj hodnoty, ktoré v rámci odvolania dosadil obstarávateľ do výpočtového vzorca, prvýkrát uviedol až v odvolaní, pričom v dokumentácii k verejnému obstarávaniu sa nenachádza výpočet, z ktorého by vyplývala predpokladaná hodnota servisu. Preto mala rada zato, že tieto hodnoty nie sú podložené žiadnymi dokumentami, údajmi o predchádzajúcom servise a pod. **a rada nemala za preukázané, či výpočet hodnoty servisu uvedený v odvolaní vychádza z objektívnych hodnôt.**
- Rada mala však za to, že **nevyhnutnosť skúmania predpokladanej hodnoty servisu z jej strany by bola relevantná v prípade, ak by obstarávateľ uvažoval o obstaraní servisu osobitne, tzn. v takom prípade by bolo potrebné skúmať, aká je predpokladaná hodnota zákazky (servisu), a teda, či bol obstarávateľ podľa § 9 ods. 3 písm. c) ZVO povinný aplikovať postup zadávania pre nadlimitné zákazky.**
- V súvislosti s informáciou ohľadom ne/oprávnenosti výdavkov a NFP rada uviedla, že **úrad, ani rada neskúma splnenie podmienok na získanie NFP, a rovnako ani to, ktoré výdavky na predmet zákazky sú (ne)oprávnené v zmysle tej-ktorej výzvy daného operačného programu a na posúdenie porušenia zákona o verejnom obstarávaní nemá vplyv skutočnosť, aké podmienky boli vo výzve na predkladanie žiadostí o NFP (tzn. čo môže byť alebo nemôže byť oprávnený výdavok). Obstarávateľ bol povinný obstarat' celý predmet zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.**
- Rada mala za to, že pokiaľ sa obstarávateľ rozhodol zabezpečiť tovar spoločne so servisom v rámci jedného postupu verejného obstarávania, keďže Servisná zmluva bola povinnou prílohou Zmluvy na dodávku kogeneračných jednotiek, **predpokladaná hodnota zákazky**

mala zahrňať nielen cenu za dodávku tovaru (4 ks KGJ), ale aj cenu za požadované služby (servis) a do predpokladanej hodnoty zákazky mali byť teda zahrnuté všetky plnenia, s ktorými obstarávateľ počítal počas platnosti uzavretej zmluvy, čo boli v tomto prípade aj náklady na servisné služby.

- V súvislosti s argumentáciou obstarávateľa, že servis, ako časť prevádzky kogeneračných jednotiek, bude hradený z jeho vlastných zdrojov, ktoré tieto jednotky vyprodukujú počas prevádzky rada uviedla, že **ZVO, ani smernica 2014/25/EÚ nerozlišujú medzi tým, odkiaľ finančné prostriedky na zabezpečenie predmetu zákazky pochádzajú**, teda pokiaľ ide o verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa tento je povinný do predpokladanej hodnoty zákazky započítať **všetky súvisiace výdavky na predmet zákazky, a to bez ohľadu na to, akej povahy sú finančné prostriedky na neskoršiu úhradu predmetu zákazky.**
- Podľa vyjadrenia rady **v zákazke, kedy je servis obstarávaný spolu s dodaním tovaru, má byť súčasťou predpokladanej hodnoty zákazky jednak hodnota tovaru ako aj hodnota servisu**, a to bez ohľadu na to, v akej hodnote je požadovaný rozsah servisných služieb. V opačnom prípade predpokladaná hodnota zákazky neodzrkadľuje všetky plnenia v rámci zákazky, pričom v skutočnosti je servis jej súčasťou, keďže Servisná zmluva je prílohou Zmluvy na dodanie tovaru.
- Rada mala za to, že **predpokladanú hodnotu za servis mal obstarávateľ riadne započítať do predpokladanej hodnoty zákazky tak, aby mali potenciálni uchádzači už z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vedomosť o tom, čo všetko zahrňa predmetná zákazka (tzn. že jej súčasťou je aj poskytovanie servisných služieb) a aká je predpokladaná hodnota zákazky za celok, teda za dodanie KGJ ako aj za následné poskytovanie servisu.**
- V súvislosti s aplikovanou, a podľa vyjadrenia obstarávateľa najmenej rizikovou alternatívou postupu obstarávania rada uviedla, že nič **nebránilo tomu, aby obstarávateľ vopred ním fixne stanovenú cenu za servisné služby zahrnul do predpokladanej hodnoty zákazky a požiadavku na poskytnutie servisných služieb riadne uviedol už v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.** Zároveň rada dodala, že ZVO nevyklučuje možnosť stanoviť aj pevnú cenu za určitú položku (v danom prípade za servis), avšak podľa rady platí, že **bez ohľadu na to, či je položka vopred fixne ocenená/preddefinovaná verejným obstarávateľom/obstarávateľom alebo má byť ocenená uchádzačmi v rámci ponúk, má byť zahrnutá do výpočtu predpokladanej hodnoty zákazky, keďže je súčasťou požadovaného (obstarávaného) plnenia.**
- V súvislosti s vyjadrením nesúhlasu obstarávateľa s postupom úradu v jeho rozhodnutí rada uviedla, že vo fáze verejného obstarávania po predložení ponúk, kedy uchádzači v rámci ponúk súhlasili s podmienkami uvedenými v súťažných podkladoch, ktorých súčasťou je okrem iného aj Servisná zmluva, **nie je podľa vyjadrenia rady možné odstrániť protiprávny stav tým spôsobom, ako navrhuje obstarávateľ, t. j. že obstarávateľ jednoducho nepristúpi k podpisu Servisnej zmluvy s úspešným uchádzačom**, keďže uchádzači pri príprave svojich ponúk vychádzali zo znenia súťažných podkladov, v rámci ktorých bolo stanovené, že servisné služby budú poskytované za fixnú sumu 2,25 eur za každú odpracovanú prevádzkovú hodinu KGJ (o čom

svedčia aj mnohé otázky zo strany uchádzačov v rámci vysvetľovania súťažných podkladov), a preto nemožno vylúčiť, že **fixne stanovená cena za servisné služby mohla mať vplyv na určenie ceny za dodanie 4 ks KGJ.**

- V tejto súvislosti rada poukázala na rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 05. 10. 2011, sp. zn. 2S/249/2010, cit.: „*V súvislosti s posúdením obsahu rozhodnutia žalovaného v intenciách žalobných námietok súd, vychádzajúc tiež z judikatúry SDEÚ, dospel k záveru o prípustnosti možných zmien v súťažných podkladoch, a to aj takých, ktoré by neboli len jednoduchým spresnením. Akúkoľvek zmenu je však nutné uskutočniť takým spôsobom, ktorý by bol v súlade so zásadami, na ktorých verejné obstarávanie stojí. Ak má verejný obstarávateľ splniť zákaz nediskriminácie účastníkov verejného obstarávania, je povinný pri zmene súťažných podkladov buď vyhlásiť obstarávanie nové alebo oznámiť zmenu súťažných podkladov takým spôsobom, aby neboli diskriminovaní žiadni potenciálni dodávatelia. Túto zmenu je verejný obstarávateľ povinný oznámiť všetkým subjektom, o ktorých je mu známe, že zvažujú predloženie ponuky. Za právnej úpravy platnej v posudzovanom čase (do 31.12.2009) bol okruh subjektov so záujmom zúčastniť sa súťaže známy, pričom relevantným podkladom tohto záujmu bolo práve vyžiadanie si dokumentácie (§ 51 ods. 4 ZoVO). Možnosť zmeny podmienok musí mať stanovené jasné pravidlá a je nutné takéto konanie verejného obstarávateľa posudzovať predovšetkým z hľadiska ochrany uchádzačov, ktorí nemôžu byť svojvoľným a diskriminačným menením súťažných podkladov odrádzaní od predloženia svojej ponuky. Ak teda chce zadávateľ niečo pozmeniť, musí si túto možnosť dôkladne premyslieť, aby tým neznevýhodnil čo i len jedného alebo viacerých uchádzačov. (...).*“
- Rada tiež v tejto súvislosti dala do pozornosti iný rozsudok, pričom závery z neho vyplývajúce sú podľa nej relevantné aj na tento prípad, a to rozsudok Všeobecného súdu vo veci T-525/19 zo dňa 21. 04. 2021 (body 54 – 60), ktorý už citovala rada napr. vo svojom rozhodnutí č. 6845-9000/2021 zo dňa 01. 07. 2021, cit.: „*Táto zásada rovnosti zaobchádzania zahŕňa aj povinnosť transparentnosti, aby sa umožnilo overiť jej dodržiavanie (rozsudok z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, EU:C:2002:746, bod 91). Súdny dvor tak rozhodol, že predmet a kritériá hodnotenia ponúk musia byť jasne určené už od začiatku postupu verejného obstarávania (rozsudok z 10. mája 2012, Komisia/ Holandské kráľovstvo, C-368/10, EU:C:2012:284, bod 56). Okrem toho zo zásady rovnosti zaobchádzania a zásady transparentnosti postupu verejného obstarávania vyplýva pre verejných obstarávateľov povinnosť dodržiavať počas celého postupu rovnaký výklad kritérií na hodnotenie ponúk (pozri rozsudok z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, bod 43 a citovanú judikatúru), a tým skôr nemeniť kritériá hodnotenia ponúk v jeho priebehu (rozsudok zo 4. decembra 2003, EVN a Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, bod 93). Z toho vyplýva, že v prípade zrušenia rozhodnutia týkajúceho sa kritéria hodnotenia ponúk verejným obstarávateľom tento nemôže bez porušenia zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti platne pokračovať v postupe verejného obstarávania bez ohľadu na toto kritérium, pretože by to znamenalo zmenu kritérií uplatniteľných na predmetné verejné obstarávanie (pozri analogicky rozsudok zo 4. decembra 2003, EVN a Wienstrom, C-*

448/01, EU:C:2003:651, bod 94). Táto judikatúra sa uplatňuje *mutatis mutandis* na kritériá výberu. Aj keby totiž kritériá výberu uplatňované v rámci prvej fázy užšej súťaže mali objektívnejšiu povahu, keďže nezahŕňajú proces zvažovania, nič to nemení na skutočnosti, že zrušenie jedného z uvedených kritérií v priebehu verejného obstarávania môže mať dôsledky a byť v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania. Takéto zrušenie má vplyv na každého uchádzača, ktorý sa zúčastnil verejného obstarávania a bol vylúčený z ďalšieho postupu verejného obstarávania z dôvodu, že nespĺňal kritérium výberu, ktoré bolo neskôr zrušené. Uvedené zrušenie má vplyv aj na postavenie každého potenciálneho uchádzača, ktorý sa nezúčastnil verejného obstarávania, najmä z dôvodu, že sa domnieval, že nie je schopný splniť kritérium, ktoré bolo neskôr bez jeho vedomia zrušené. Preto treba konštatovať, že Komisia si tým, že zrušila kritérium uvedené v bode 17.2 písm. c) oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, pričom pokračovala vo verejnom obstarávaní, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo zásady rovnosti zaobchádzania a z nej vyplývajúcej povinnosti transparentnosti, tak ako ich vykladá judikatúra Súdneho dvora uvedená v bodoch 53 až 57 vyššie. “

- Rada mala za to, že **obstarávateľ porušil § 6 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko predpokladaná hodnota zákazky stanovená obstarávateľom nezahrňa cenu servisu kogeneračných jednotiek, hoci výsledkom predmetného postupu zadávania zákazky malo byť aj uzavretie servisnej zmluvy ako jednej z príloh zmluvy na dodanie kogeneračných jednotiek. Rada mala taktiež za to, že obstarávateľ postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princípom transparentnosti, a to tým, že hodnota predpokladanej hodnoty zákazky neodzrkadľovala všetky plnenia súvisiace s predmetom zákazky, ako aj tým, že v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania neuviedol žiadnu informáciu o tom, že súčasťou predmetu zákazky sú aj servisné služby.**
- Zároveň v závere rada konštatovala, že uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní **mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania** a v predmetnom odvolacom konaní neidentifikovala dôvod na zmenu výroku rozhodnutia úradu.

Stanovenie technickej špecifikácie obstarávaného MRI prístroja nepreukázalo diskrimináciu.

Vo všeobecnosti platí, že definovanie predmetu zákazky je v kompetencii verejného obstarávateľa, pričom nastavenie konkrétnych parametrov závisí od jeho individuálnych potrieb, avšak zároveň platí, že musí byť v súlade s princípmi verejného obstarávania zakotvenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Súťažné podklady, v rámci opisu predmetu zákazky, technických požiadaviek či iných parametrov zákazky musia byť vypracované v súlade s § 42 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. tak, aby sa napr. technické požiadavky neodvolávali na konkrétneho výrobcu, výrobný postup, obchodné označenie, patent, typ, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby, ak by tým dochádzalo k znevýhodneniu alebo k vylúčeniu ponúk záujemcov.

Číslo rozhodnutia Rady ÚVO: č. 9785-9000/2021

Číslo prvostupňového rozhodnutia ÚVO: č. 7141-6000/2021

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní navrhovateľa proti rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným vo verejnej súťaži

Verejný obstarávateľ: Univerzitná nemocnica Martin

Predmet zákazky: „MRI prístroj“

Predpokladaná hodnota zákazky: 2 314 503,50EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitná zákazka na dodanie tovarov

Navrhovateľ: neúspešný uchádzač

Kľúčové slová: tovary, technická špecifikácia, minimálne požiadavky na predmet zákazky, hospodárske subjekty, žiadosť o nápravu, parametre, odborné stanovisko

Stručný priebeh VO:

- Verejný obstarávateľ vyhlásil nadlimitnú zákazku na dodanie tovarov na predmet zákazky „MRI prístroj“. Ešte pred samotným vyhlásením verejnej súťaže si v rámci procesu určenia predpokladanej hodnoty zákazky zaslaním požiadavky na predloženie ponuky trom hospodárskym

subjektom overil dosiahnuteľnosť technických parametrov, pričom zistil, že na trhu existujú viacerí dodávatelia, ktorí sú schopní dodať zariadenie s požadovanými technickými parametrami.

- Navrhovateľ odoslal verejnému obstarávateľovi žiadosť o nápravu, v rámci ktorej žiadal úpravu 12 položiek uvedených v prílohe súťažných podkladov (technická špecifikácia). V 4 bodoch (body 9-12) verejný obstarávateľ vyhovel žiadosti o nápravu a v bodoch 1-8 žiadosť zamietol s argumentáciou, že už počas prípravy technickej špecifikácie predmetu zákazky konzultoval technickú špecifikáciu s Ministerstvom zdravotníctva Slovenskej republiky (ďalej len „Ministerstvo zdravotníctva SR“) a nastavil technické parametre v spolupráci s ministerstvom tak, aby sa mohlo do súťaže zapojiť čo najviac potenciálnych dodávateľov. Verejný obstarávateľ mal za to, že úprava technických parametrov v súlade s tým, čo žiadal navrhovateľ v žiadosti o nápravu, by predstavovala významný zásah s potenciálnou deformáciou komplexnej technickej špecifikácie ako takej.
- Navrhovateľ podal následne v tomto verejnom obstarávaní námietky, ktoré smerovali proti 8 položkám uvedeným v prílohe súťažných podkladov (technická špecifikácia), ktoré verejný obstarávateľ v žiadosti o nápravu navrhovateľovi zamietol.
- Navrhovateľ mal za to, že v tejto verejnej súťaži je diskriminovaný, pretože prístroj, ktorý ponúka, podľa neho spĺňa reálne požiadavky verejného obstarávateľa a má parametre, ktoré umožňujú jeho využitie na zhodný účel, ako je verejným obstarávateľom deklarovaný. Navrhovateľ mal za to, že zmenou parametrov, resp. umožnením predloženia ekvivalentnej ponuky by takýto nezákonný stav bol odstránený a napravený.
- Navrhovateľ ďalej namietal, že postup verejného obstarávateľa diskriminuje uchádzačov bez skutočného dôvodu, a to tým, že verejný obstarávateľ trvá na stanovení parametrov predmetu zákazky, ktoré podľa navrhovateľa neovplyvňujú žiadnu z funkcionalít ani použiteľnosť predmetu zákazky.
- Nakoľko v konaní bolo podľa úradu pre posúdenie skutkového stavu potrebné zodpovedanie otázok odborného charakteru, úrad požiadal o odborné stanovisko odborníka v oblasti zdravotnej techniky.
- Na základe odpovedí odborníka úrad konštatoval, že na relevantnom trhu pôsobí dostatok výrobcov a distribútorov, ktorí sú schopní poskytnúť tovar, ktorý spĺňa požiadavky verejného obstarávateľa na predmet zákazky. Podľa úradu preto tvrdenie navrhovateľa nebolo opodstatnené, nakoľko podľa vyjadrenia odborníka, ak by sa vyhovel požiadavkám navrhovateľa, ovplyvnilo by to kvalitu obstarávaného prístroja (lacnejšie prístroje ale v slabšej kvalite).
- **Úrad vo svojom prvostupňovom rozhodnutí námietky navrhovateľa zamietol, pretože ich považoval v celom rozsahu za neopodstatnené, pričom konštatoval, že verejný obstarávateľ nie je povinný obstarávať predmet zákazky, ktorý nezodpovedá jeho potrebám.**
- Navrhovateľ sa voči rozhodnutiu úradu odvolal a **úlohou rady v tomto odvolacom konaní bolo teda posúdiť, či kontrolovaným stanovené technické špecifikácie obstarávaného MRI prístroja sú v opise predmetu zákazky stanovené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, alebo či kontrolovaným požadované technické parametre sú diskriminačné, a teda bezdôvodne a neprimerane obmedzujú hospodársku súťaž ako namieta navrhovateľ.**

Argumenty navrhovateľa v odvolaní:

- Proti rozhodnutiu úradu podal navrhovateľ v celom rozsahu odvolanie, v ktorom namieta, že technické parametre obstarávaného predmetu zákazky boli v predmetnom verejnom obstarávaní nastavené diskriminačne nie preto, že ním ponúkané zariadenie nespĺňa tieto parametre, ale preto, že tieto parametre sú nastavené tak, aby neboli niektorými zariadeniami spĺňané, a to aj napriek tomu, že tieto prístroje plnia všetky funkcie, funkcionality, ako aj účely, na ktoré verejný obstarávateľ predmet zákazky použije. Navrhovateľ má za to, že posudzovanie systému len na základe jednotlivých vybraných parametrov je diskriminačné a nezohľadňuje základný princíp, ktorým je nesporne to, že dôležitá je pre použitie daného zariadenia výsledná kvalita obrazu a celkové možnosti zobrazovacieho systému.
- Podľa navrhovateľa sa v rámci tvorby technických špecifikácií verejný obstarávateľ zamerail na technické riešenia, a nie na výsledok, ktorý potrebuje dosiahnuť. Prístup, kedy sa verejný obstarávateľ sústreďí na opis technického riešenia namiesto opisu cieľov, ktoré chce v reálnej praxi dosahovať (rýchlosť vyšetrenia pri určitej kvalite pri určenom FOV-(zorné pole viditeľnosti- a pri určenom maximálnom čase a rozlíšení, prípadne ďalších definujúcich parametroch), podľa navrhovateľa môže, a v praxi aj častokrát diskriminuje ostatných uchádzačov a ich technologické riešenia. Preto navrhovateľ podal žiadosť o nápravu a následne námietky, a to s cieľom, aby mal možnosť ponúkať najmodernejší prístroj od výrobcu, ktorého navrhovateľ zastupuje a ktorý podľa navrhovateľa možno zaradiť medzi prístroje najvyššej triedy. Navrhovateľ v odvolaní uvádza, že MRI systém, ktorý by v predmetnom verejnom obstarávaní ponúkol, je globálne uznávaný systém najvyššej kategórie, ktorý je celosvetovo inštalovaný v špičkových diagnostických centrách ako aj v renomovaných univerzitných pracoviskách.
- Podľa navrhovateľa je diskriminačné posudzovanie systému len na základe jednotlivých vybraných parametrov, nakoľko nezohľadňuje základný princíp, ktorým je podľa navrhovateľa to, že dôležitá pre použitie daného zariadenia je výsledná kvalita obrazu a celkové možnosti zobrazovacieho systému. MRI systémy sú pritom podľa navrhovateľa komplexné zariadenia, kde je možné optimalizovaným riešením celého reťazca dosiahnuť rovnakú, či dokonca lepšiu kvalitu obrazu, ako aj rýchlosť vyšetrenia.

Vyjadrenie verejného obstarávateľa k odvolaniu navrhovateľa:

- Verejný obstarávateľ uvádza, že v plnom rozsahu nesúhlasí so stanoviskom navrhovateľa, pričom už vo svojom vyjadrení k podaným námietkam uviedol, že stanovil technické špecifikácie v rámci prípravy žiadosti o Nenávratný finančný prostriedok (ďalej len „NFP“) a samotného postupu zadávania danej zákazky na základe technických špecifikácií spracovaných v spolupráci s Ministerstvom zdravotníctva SR, ktoré poskytuje vzorové špecifikácie pre obstarávanie

zdravotníckej techniky, pričom vychádzal z údajov pre najvyššiu kategóriu „high-end“ MRI prístrojov.

- Verejný obstarávateľ tiež nesúhlasí so stanoviskom, že navrhovateľ nemal žiadnu možnosť oboznámiť sa so vzorovými špecifikáciami pre obstarávanie zdravotníckej techniky vydanými Ministerstvom zdravotníctva SR. Verejný obstarávateľ má za to, že navrhovateľ pravidelne monitoruje zákazky týkajúce sa rádiologickej zobrazovacej techniky, vrátane magnetických rezonancií, na základe čoho má jednoznačne prehľad o tom, aké technické špecifikácie sú používané vo verejných zákazkách štátnych poskytovateľov ústavnej zdravotnej starostlivosti. Zároveň verejný obstarávateľ poukazuje na to, že navrhovateľ sa v roku 2017 **opakovane zúčastnil predbežných trhových konzultácií, kedy bol navrhovateľovi predstavený koncept a spôsob, akým sa bude viesť centrálné verejné obstarávanie MRI prístrojov.** Následne boli navrhovateľom predstavené hlavné atribúty prístrojov MRI, ktoré by mali byť podľa jeho názoru rozhodujúce pre kategorizáciu prístrojov.
- Záznam z predmetných prípravných trhových konzultácií podľa verejného obstarávateľa jednoznačne poukazuje na to, že navrhovateľ mal možnosť a zapojil sa do prípravy návrhov vzorových špecifikácií. **Verejný obstarávateľ teda odmieta tvrdenie navrhovateľa, že nemal žiadnu možnosť oboznámiť sa so vzorovými špecifikáciami, nakoľko na základe dôkazov je podľa verejného obstarávateľa zrejmé, že na ich príprave participoval.**
- Podľa verejného obstarávateľa navrhovateľom požadovaná úprava technickej špecifikácie znižuje jeho pôvodné technické požiadavky. Navrhovateľom definovaná úprava technických parametrov zároveň podľa verejného obstarávateľa obchádza podmienku uvedenú v súťažných podkladoch, a to skutočnosť, že verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní neumožnil predložiť variantné riešenia, a teda navrhovateľ touto formou vkladá variantné riešenia priamo do podrobného opisu predmetu zákazky.
- Verejný obstarávateľ argumentuje taktiež tým, že počas prípravy technickej špecifikácie predmetu danej zákazky konzultoval technickú špecifikáciu s Ministerstvom zdravotníctva SR a nastavil technické parametre tak, aby sa do súťaže mohlo zapojiť čo najviac potenciálnych dodávateľov.
- Verejný obstarávateľ mal za to, že úprava technických parametrov v súlade so žiadosťou navrhovateľa by predstavovala významný zásah s potenciálnou deformáciou komplexnej technickej špecifikácie ako takej.
- Verejný obstarávateľ trval na svojom stanovisku, že technická špecifikácia zariadenia, ktorá bola zadefinovaná v opise predmetu zákazky, bola zadefinovaná v čo najväčšom rozsahu tak, aby jednotlivé parametre spĺňalo čo najviac zariadení v súčasnosti dostupných na trhu.
- Verejný obstarávateľ taktiež zdôrazňuje, že zmena technických parametrov v zmysle požiadaviek navrhovateľa by zásadným spôsobom zmenila celý kontext špecifikácie ako takej, čo by malo za následok vylúčenie iných potenciálnych dodávateľov.
- Verejný obstarávateľ sa zároveň ohradil voči tvrdeniu, že nastavil parametre tak, aby neboli spĺňané niektorými dodávateľmi. Naopak, verejný obstarávateľ uvádza, že sa snažil nastaviť nielen

technickú špecifikáciu, ale aj podmienky účasti tak, aby bolo verejné obstarávanie transparentné, a aby umožnilo účasť viacerým subjektom pôsobiacim nielen na slovenskom trhu.

- Verejný obstarávateľ zároveň uvádza, že plne rešpektuje authority pôsobiace v Univerzitetnej nemocnici v Martine. V tejto súvislosti poukazuje na to, že prednosta Rádiologickej kliniky BB, je členom viacerých významných európskych rádiologických spoločností, je to taktiež celoslovensky a celoeurópsky uznávaná a rešpektovaná autorita v oblasti rádiológie, a podobne aj ďalší odborníci, ktorí na príprave súťažných podkladov participovali. Verejný obstarávateľ má za to, že títo skúsení odborníci, ktorí pôsobia v klinickej praxi a sú zapojení aj do viacerých medzinárodných aktivít, vedia adekvátne zhodnotiť navrhované parametre, a taktiež vedia objektívne a nezaújato vyhodnotiť potreby pracoviska z pohľadu komplexného zabezpečenia liečebno-preventívnej starostlivosti a dopytu po špecializovaných rádiologických zobrazeniach.
- Verejný obstarávateľ taktiež uviedol, že navrhovateľ nedokáže objektívne posúdiť a vyhodnotiť všetky potenciálne možnosti využitia zariadenia v rámci subjektu verejného obstarávateľa, pričom navrhovateľ subjektívne predikuje potreby a účel využitia na základe informácií z iných pracovísk.

Rozhodnutie Rady:

- Rada poukázala na skutočnosť, že **navrhovateľ nepozná potreby verejného obstarávateľa, ako ani účel, na ktorý verejný obstarávateľ predmetný MRI prístroj obstaráva, nakoľko nikde nekonkretizoval, aké zdravotné výkony plánuje s týmto MRI prístrojom v univerzitetnej nemocnici vykonávať.** Za tento účel podľa rady nie je možné označiť iba všeobecne výslednú kvalitu obrazu a celkové možnosti zobrazovacieho systému, nakoľko každý MRI prístroj by mal mať kvalitný obraz (s ohľadom na povahu týchto prístrojov, ktoré slúžia na záchranu ľudských životov), a taktiež má zobrazovacie systémy, tieto sa však vo svojich parametroch líšia. Uvedenému záveru pritom podľa rady nasvedčuje skutočnosť, že jednotliví výrobcovia MRI prístrojov vyrábajú MRI prístroje vo viacerých „výkonnostných triedach“, ktoré sa líšia nielen cenou, ale hlavne technickými parametrami. Rozhodujúcim faktorom pre identifikovanie účelu, na ktorý verejný obstarávateľ predmetný MRI prístroj obstaráva, by preto podľa rady mali byť práve zdravotné výkony, ktoré kontrolovaný plánuje v univerzitetnej nemocnici s týmto obstarávaným MRI prístrojom vykonávať.
- Podľa rady neobstojí ani argumentácia navrhovateľa, podľa ktorého skutočnosť, že ním ponúkané zariadenie zodpovedá potrebám a účelu využitia verejného obstarávateľa, vyplýva z toho, že tento prístroj je bežne využívaný špičkovými pracoviskami na európskej a svetovej úrovni, ktoré vykonávajú zhodné a porovnateľné úkony ako verejný obstarávateľ, pričom v Českej republike je tento prístroj využívaný na porovnateľnom pracovisku s podstatne širším záberom, rozsahom a počtom diagnostických úkonov, ako vykonáva verejný obstarávateľ. Navrhovateľ podľa rady ani len neoznačil „porovnateľné pracovisko v Českej republike“, na ktoré sa odvoláva.

- Taktiež podľa rady nie je možné dospieť k záveru, že potreby špičkových pracovísk na európskej a svetovej úrovni, ktoré podľa navrhovateľa bežne využívajú ním ponúkaný prístroj a ktoré navrhovateľ rovnako neoznačil, sa automaticky zhodujú s potrebami, na zabezpečenie ktorých verejný obstarávateľ v tomto prípade MRI prístroj obstaráva. Rada v tejto súvislosti poukázala na vyjadrenie verejného obstarávateľa, podľa ktorého „navrhovateľ nemôže vedieť, aké typy, rozsahy a počty úkonov vykonáva verejný obstarávateľ na súčasnóm MRI, a zároveň nemá žiadne informácie o plánovaných výkonoch do budúcnosti, ktoré súvisia s rozvojom nemocnice“.
- Podľa rady pritom nie je možné spochybňovať kvalitu MRI prístrojov od výrobcu MRI prístroja ponúknutého navrhovateľom, nakoľko ide o špičkové zariadenia, čo navrhovateľ taktiež preukazuje priloženými prílohami k odvolaniu, **podľa rady je však nevyhnutné konštatovať, že navrhovateľom ponúkaný MRI prístroj nespĺňa požiadavky verejného obstarávateľa na predmet zákazky. Uvedený záver rady jednoznačne vyplýva z obsahu podaných námietok, ktorými sa navrhovateľ domáha zmeny technickej špecifikácie alebo pripustenia ekvivalentného produktu.**
- Podľa rady verejný obstarávateľ v tomto prípade nebol povinný upraviť technickú špecifikáciu MRI prístroja, ktorý obstaráva za účelom uspokojenia vlastných potrieb, **resp. pripustiť aj ekvivalentné riešenie tak, aby túto technickú špecifikáciu spĺňal taktiež MRI prístroj ponúkaný navrhovateľom.** Uvedený záver rady pritom vyplýva zo znenia § 42 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj zo skutočnosti, že **v tomto prípade existujú minimálne dva prístroje od dvoch rôznych výrobcov, ktoré spĺňajú technické požiadavky verejného obstarávateľa na predmet zákazky, a teda požiadavky na technickú špecifikáciu obstarávaného MRI prístroja neodkazujú na konkrétny produkt od konkrétneho výrobcu.**
- Rada pritom súhlasí s tvrdením navrhovateľa v tom zmysle, že **len na základe skutočnosti, že stanovenú technickú špecifikáciu spĺňa viac ako jeden potenciálny dodávateľ, nie je možné automaticky konštatovať, že opis predmetu zákazky je nediskriminačný, navrhovateľ však v tomto prípade nepreukázal, že technické požiadavky stanovené verejným obstarávateľom v tomto prípade nesúvisia s potrebami verejného obstarávateľa, prípadne s účelom, na ktorý MRI prístroj obstaráva.**
- Rada v tejto súvislosti poukázala na skutočnosť, že navrhovateľ síce namieta, že verejným obstarávateľom stanovené technické požiadavky sú diskriminačné, avšak **diskriminačnú povahu týchto technických požiadaviek v tomto odvolacom konaní podľa rady nepreukázal.** Navrhovateľ totiž namietal, že jednotlivé parametre samé osebe nezabezpečujú vyššiu výslednú kvalitu obrazu, ako ani rýchlejší priebeh vyšetrenia, žiadnym spôsobom sa však nevyjadril k výhradám verejného obstarávateľa, že pokiaľ by pristúpil k úprave technických parametrov tak, ako požaduje navrhovateľ, išlo by o kvalitatívne zníženie požadovaných parametrov MRI, resp., že by išlo o **variantné riešenie, ktoré verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní neumožnil.**
- Z obsahu jednotlivých vyjadrení účastníkov konania (nielen verejného obstarávateľa, ale aj samotného navrhovateľa, ktorý uvádza, že „technické riešenie jednotlivých prvkov systému by

nemalo byť obmedzením, ak systém ako celok dosahuje porovnateľné alebo lepšie hodnoty ako riešenie iných výrobcov“) pritom rade zároveň vyplýva, že v tomto prípade navrhovateľ nepožaduje „iba“ znížiť alebo zvýšiť namietané parametre, ale požaduje pripustiť iné (ekvivalentné) technické riešenie, než aké požaduje verejný obstarávateľ.

- Rada mala za to, že verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní neumožnil predloženie ekvivalentných výrobkov, pričom v zmysle zákona o verejnom obstarávaní v tomto prípade ani nemal takúto povinnosť, nakoľko opis predmetu zákazky neodkazuje na konkrétny produkt.
- **V súťažných podkladoch pritom verejný obstarávateľ uviedol, že neumožňuje predložiť variantné riešenie vo vzťahu k požiadavke na predmet zákazky a ak súčasťou ponuky bude aj variantné riešenie, nebude zaradené do vyhodnotenia a bude sa naň hľadiť akoby nebolo predložené. Vyhodnotenú bude iba základné riešenie.**
- Z uvedeného rade vyplýva, že **verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní neumožnil predloženie variantných riešení, pričom v zmysle zákona o verejnom obstarávaní v tomto prípade ani nemal takúto povinnosť, nakoľko zákon o verejnom obstarávaní dáva verejným obstarávateľom možnosť, a teda neukladá povinnosť, povoliť uchádzačom predloženie variantných riešení.**
- Na tomto mieste rada poukázala taktiež na špecifický charakter obstarávaného predmetu zákazky, ktorým je MRI prístroj, ako aj na špecifický charakter verejného obstarávateľa, ktorý je univerzitnou nemocnicou a ktorý ako univerzitná nemocnica vykonáva špecializované zdravotnícke výkony. Práve verejný obstarávateľ by mal byť pritom podľa rady tým subjektom, ktorý vie najlepšie na základe svojich individuálnych potrieb posúdiť a zhodnotiť, aké zariadenie je potrebné na výkon špecifických činností v jeho podmienkach a opis predmetu zákazky stanoviť tak, aby bol v súlade s plánovaným využitím. **Verejný obstarávateľ by teda mal mať možnosť vymedziť si predmet zákazky tak, aby splňal ním stanovený účel. Podľa rady pritom nie je možné dospieť k záveru, že by verejný obstarávateľ bol povinný obstarávať predmet zákazky, ktorý nezodpovedá jeho potrebám, a teda, že by bol povinný obstarávať MRI prístroj s inými technickými parametrami a s iným technickým riešením, ako potrebuje.**
- Zároveň je však podľa rady potrebné dodať, že stanovený **opis predmetu zákazky (technická špecifikácia) musí byť nediskriminačný, a nesmie neprímerane a bezdôvodne obmedzovať hospodársku súťaž.** Ako už rada uviedla, na jednej strane súhlasí s navrhovateľom v tom zmysle, že samotná skutočnosť, že na trhu existujú dvaja výrobcovia, ktorých MRI prístroje spĺňajú technickú špecifikáciu stanovenú verejným obstarávateľom, sama osebe neznamená, že opis predmetu zákazky je nediskriminačný. Na druhej strane však rada opätovne poukazuje na to, že **navrhovateľ diskriminačnú povahu stanovených technických požiadaviek v podaných námietkach, ako ani v podanom odvolaní, nepreukázal.** Navrhovateľ totiž všeobecne namietal, že jednotlivé technické parametre samé osebe nezabezpečujú vyššiu výslednú kvalitu obrazu, ako ani rýchlejší priebeh vyšetrenia, **žiadnym spôsobom sa však nevyjadruje k výhradám verejného obstarávateľa, že pokiaľ by pristúpil k úprave parametrov tak, ako požaduje navrhovateľ, išlo by o kvalitatívne zníženie požadovaných parametrov MRI, resp., že by išlo o variantné**

riešenie, ktoré verejný obstarávateľ v tomto verejnom obstarávaní neumožnil. Navrhovateľ taktiež na jednej strane namieta, že je diskriminovaný, pretože prístroj, ktorý ponúka, spĺňa reálne požiadavky a má parametre, ktoré umožňujú jeho využitie na zhodný účel, na ktorý verejný obstarávateľ predmetný MRI prístroj obstaráva, na druhej strane je však potrebné mať za to, že navrhovateľ účel využitia obstarávaného MRI prístroja verejným obstarávateľom nepozná, a zároveň, že navrhovateľ nie je tým subjektom, ktorý by mal vymedzovať účel, na ktorý má verejný obstarávateľ MRI prístroj obstarávať.

- Na základe uvedených skutočností mala teda rada za to, že **definovanie predmetu zákazky bolo v tomto prípade v kompetencii verejného obstarávateľa v závislosti od jeho individuálnych potrieb, a v tomto verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ nebol povinný pripustiť predloženie ekvivalentných, ako ani variantných riešení, pričom technickú špecifikáciu v zmysle verejným obstarávateľom stanovených technických parametrov spĺňajú minimálne dva MRI prístroje od dvoch rôznych výrobcov.**
- Na základe všetkých uvedených skutočností rada v tomto odvolacom konaní neidentifikovala dôvod na zmenu odvolaním napadnutého rozhodnutia úradu, ktorým úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní námietky navrhovateľa ako neopodstatnené zamietol, nakoľko navrhovateľ v tomto prípade podľa rady nepreukázal diskriminačnú povahu verejným obstarávateľom stanovenej technickej špecifikácie obstarávaného MRI prístroja.

Zmena zmluvy

Zákon o verejnom obstarávaní jasne stanovuje okolnosti, za ktorých je možné vykonať zmenu zmluvy uzatvorenej ako výsledok verejného obstarávania počas jej trvania bez nutnosti realizácie nového verejného obstarávania. Cieľom týchto zákonných obmedzení je zabrániť porušovaniu princípov verejného obstarávania a narušeniu čestnej hospodárskej súťaže.

Číslo rozhodnutia: 8794-9000/2021

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 8088-6000/2018-OD/16

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy

Verejný obstarávateľ: Národná diaľničná spoločnosť, a. s.

Predmet zákazky: „Diaľnica D1 Bratislava – Trnava, križovatka Triblavina, stavebné práce“

Predpokladaná hodnota zákazky: 28 500 000 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitná zákazka na realizáciu stavebných prác

Kľúčové slová: zmena zmluvy, zmena technického riešenia, predĺženie lehoty plnenia.

Okolnosti verejného obstarávania:

- Verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Diaľnica D1 Bratislava – Trnava, križovatka Triblavina, stavebné práce“ ako nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác.
- V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovil verejný obstarávateľ lehotu na uskutočnenie diela na **24 mesiacov** od zadania zákazky.
- V súťažných podkladoch bolo zároveň uvedené, že za vypracovanie kompletnej Projektovej dokumentácie na úrovni dokumentácie pre stavebné povolenie (ďalej len „DSP“) je zodpovedný objednávateľ, teda verejný obstarávateľ, ktorý túto projektovú dokumentáciu poskytne uchádzačom počas verejnej súťaže vrátane dokladov ako napr.:
 - Územné rozhodnutie
 - Stavebné povolenia
 - Vyjadrenia orgánov a organizácií
 - atď.

- V súťažných podkladoch bolo taktiež uvedené, že zhotoviteľ (vítazný uchádzač) bude zodpovedný za vypracovanie Dokumentácie na realizáciu stavby (DRS) a Dokumentácie na vykonanie práce (DVP), pričom obe tieto dokumentácie budú v súlade so stavebnými povoleniami, s ostatnými rozhodnutiami poskytnutými verejným obstarávateľom.
- V Zmluve o dielo, ktorú verejný obstarávateľ uzatvoril s úspešným uchádzačom, bolo okrem iného uvedené, cit.: „**Zmluvu je možné meniť na základe písomných dodatkov, ktoré budú číslované a podpísané oboma zmluvnými Stranami. Dodatok k Zmluve musí byť podpísaný oprávnenými zástupcami zmluvných Strán, pričom podpisy musia byť na tej istej listine, v opačnom prípade sa má za to, že k uzatvoreniu dodatku k Zmluve nedošlo. Zhotoviteľ berie na vedomie, že Objednávateľ je pri uzatváraní dodatkov povinný postupovať v súlade s § 10a zákona² o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov. Dodatky okrem iného budú obsahovať všetky úpravy, ktoré vznikli za príslušné obdobie v dôsledku plnenia Zmluvy, spolu s podpornou dokumentáciou súvisiacou s odsúhlasením týchto úprav. Tieto úpravy sa môžu týkať zmeny množstiev, ktoré nastali v dôsledku merania a oceňovania Diela pre účely platby podľa čl. 12 Zmluvných podmienok, Zmien a úprav podľa čl. 13 Zmluvných podmienok, Nárokov Objednávateľa podľa podčlánku 2.5 Zmluvných podmienok**“.
- Zmluva o Dielo bola uzatvorená podľa Všeobecných zmluvných podmienok FIDIC – červená kniha. Tieto boli súčasťou Zmluvy o dielo a okrem iného je v nich uvedené, cit.: „**Zhotoviteľ má nárok na predĺženie lehoty výstavby aj v prípade akéhokoľvek oneskorenia, prekážky, prípadne obmedzenia spôsobeného Objednávateľom alebo pripisované Objednávateľovi...**“
- V následnom konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy verejný obstarávateľ predložil úradu list od spoločnosti, ktorá bola zhotoviteľom dokumentácie v rámci inej zákazky verejného obstarávateľa, táto zákazka (rekonštrukcia Diaľnice D1 Bratislava – Senec) však súvisela s predmetným verejným obstarávaním. V tomto liste bola konštatovaná potreba zmien koncepcie dopravného riešenia daného úseku Diaľnice D1 Bratislava - Senec.
- Na základe uvedeného listu verejný obstarávateľ neskôr (až po podpise Zmluvy o dielo) **pristúpil k zmenám v technickom riešení predmetu zákazky aj v tomto prípade – teda technického riešenia križovatky Triblavina. Pôvodným technickým riešením bola 6-pruhová križovatka s kolektormi, novým technickým riešením bola 8-pruhová križovatka bez kolektorov.**
- Je dôležité dať do pozornosti, že uvedený list obdržal verejný obstarávateľ viac ako tri mesiace pred podpisom Zmluvy o dielo v tomto verejnom obstarávaní.
- V dôsledku zmien v technickom riešení predmetu zákazky uzatvoril verejný obstarávateľ s úspešným uchádzačom dva roky po podpise Zmluvy o dielo Dodatok č. 4 k tejto zmluve.
- Dodatkom **došlo k zmene** Všeobecných zmluvných podmienok v znení Osobitných zmluvných podmienok, konkrétne k zmene **Harmonogramu prác** a k zmene (predĺženiu) lehoty výstavby oproti pôvodnej lehote výstavby, t.j. k zmene položky z **pôvodných 24 mesiacov na 54 mesiacov**.

² Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

- K výzve na vyjadrenie k tomu, čo viedlo k úprave časových a fakturačných míľnikov a k predĺženiu lehoty výstavby na 54 mesiacov, ktorú úrad v rámci prvostupňového konania adresoval verejnému obstarávateľovi, tento uviedol, cit.: „**Objednávateľ požiadal o zmenu stavby pred dokončením z dôvodu zmeny technického riešenia. Nakoľko Objednávateľ nemohol z dôvodu opakovaných námietok v povoľovacích konaniach (zisťovacie konanie MŽP, konanie o povolení zmeny stavby) dodržať termín dodania právoplatného stavebného povolenia pre dotknuté stavebné objekty do 15. 8. 2017 uzavrel so Zhotoviteľom Dodatok č. 4, ktorý rieši predĺženie lehoty výstavby na 54 mesiacov a posun míľnikov.**“
- Úrad vo svojom prvostupňovom rozhodnutí konštatoval, že verejný obstarávateľ uzatvorením **Dodatku č. 4** k Zmluve o dielo porušil zákon o verejnom obstarávaní z dôvodu, že vykonal takú **zmenu zmluvných podmienok vo vzťahu k lehote na zhotovenie diela, ktorá viedla k podstatnej zmene podmienok verejného obstarávania**, resp. sa menili podstatným spôsobom podmienky, ktoré by v pôvodnom postupe zadávania zákazky umožnili účasť iných záujemcov alebo uchádzačov, čo mohlo viesť k výberu iného uchádzača, alebo ktoré by umožnili prijať úplne inú ponuku, ako pôvodne prijatú ponuku úspešného uchádzača. Zároveň podľa úradu **porušil aj § 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp transparentnosti, princíp hospodárnosti, princíp rovnakého zaobchádzania. Uvedené konanie **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania**.
- Úrad vo svojom rozhodnutí okrem iného uviedol, že **zmluva uzavretá ako výsledok verejného obstarávania sa môže meniť len v prípadoch expressis verbis ustanovených v zákone o verejnom obstarávaní**, pričom výhradne § 18 ZVO upravuje situácie, kedy je možné vykonať zmeny zmluvy aj bez nového verejného obstarávania, nakoľko s nimi zákon počíta. *A contrario* platí, že ak nie sú splnené všetky zákonné podmienky pre zmenu zmluvy stanovené zákonom, zmena pôvodnej zmluvy nie je oprávnená a prípustná.
- V tejto súvislosti úrad poukázal na to, že v **Dodatku č. 4** kontrolovaný vykonal zmeny pôvodnej Zmluvy o dielo, pričom došlo k zmene **Harmonogramu prác** a k **predĺženiu lehoty výstavby z pôvodných 24 mesiacov na 54 mesiacov**, čo je viac ako 2-násobok.
- Úrad ďalej poukázal na to, že **verejný obstarávateľ v prípade uskutočnenia zmeny zmluvy musí vždy preukázať existenciu relevantných a objektívnych dôvodov pre jej uskutočnenie**, a teda **dôkazné bremeno je na verejnom obstarávateľovi, ktorý je povinný preukázať všetky požadované skutočnosti**.
- Úrad ďalej upozornil na to, že **verejný obstarávateľ už pri uzavretí Zmluvy o dielo vedel, že následne dôjde k zmene technického riešenia**.
- Úrad v tejto súvislosti uviedol, že verejný obstarávateľ bol na nárast intenzít dopravy ako aj na už nevyhovujúce dopravné riešenie zadané v zmysle súťažných podkladov upozornený už vyššie spomínaným listom ešte pred podpisom Zmluvy o dielo. Z uvedeného vyplýva, že mohol predvídať predmetné zmeny už v čase pred podpísaním tejto zmluvy, pričom vynaloženie primeranej odbornej starostlivosti by viedlo k aktualizácii Dopravno-inžinierskeho prieskumu **už v čase prípravy pôvodného verejného obstarávania**, čo mohlo viesť k zmene technického riešenia ešte

v tomto čase. Zároveň úrad konštatoval, že vynaloženie všetkej odbornej starostlivosti zo strany verejného obstarávateľa by viedlo aj k logickému zosúladiu viacerých na seba viažucich sa projektov vopred a nie následne po uzavretí zmluvy.

- V súvislosti s inštitútom zmeny zmluvy úrad poukázal na metodické usmernenie úradu č. 1463-5000/2017, cit.: ***Každú zmenu zmluvy je potrebné posúdiť/vyhodnotiť vo väzbe na obsah zmluvných záväzkov konkrétnej zmluvy a v zmysle intencií zákonom prípustných zmien uvedených v ustanovení § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Účelom pravidla zákazu zmeny zmluvy je nenarušenie základných princípov verejného obstarávania, najmä princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu transparentnosti. Prípadné zmeny zmluvy nesmú narušovať hospodársku súť až bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov, t.j. zmena zmluvy by nemala meniť podmienky pôvodne realizovaného verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý by mal vplyv na rozhodovanie hospodárskych subjektov ohľadne účasti vo verejnom obstarávaní alebo by mohol mať vplyv na pôvodne uplatnené kritériá na vyhodnotenie ponúk alebo požiadavky na predmet zákazky. To znamená, že zmenené podmienky by nemali mať vplyv na výsledok postupu, ak by boli súčasťou pôvodného postupu. Ustanovenie § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zakotvuje výpočet prípadov, ktoré predstavujú dovolenú zmenu zmluvy, ktorá je výsledkom procesu verejného obstarávania. Opačne to znamená, že ak nie sú naplnené okolnosti pre zmenu zmluvy podľa jednotlivých (dovolených) prípadov, verejný obstarávateľ, (...) je povinný zadať zákazku jedným z postupov verejného obstarávania.***
- Ďalej dal úrad do pozornosti aj Všeobecné metodické usmernenie k zmenám zmluvy rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania č. 5/2017, cit.: „V zásade platí, že ***zmluva (...) uzavretá ako výsledok verejného obstarávania sa nemá meniť***. Zmena zmluvy je možná ***len v prípadoch výslovne ustanovených v zákone o verejnom obstarávaní. Podmienky uzatvorenej zmluvy by mali odrážať záväzky prijaté v ponuke úspešného uchádzača. V prípade zmeny zmluvy je potrebné dbať na to, aby nešlo o zmenu zmluvy, ktorá by zakladala vyhlásenie nového verejného obstarávania. Neoprávnená zmena zmluvy, a tým aj strata príležitosti pre hospodárske subjekty uchádzať sa o novú zákazku, znamená porušenie princípov verejného obstarávania, najmä transparentnosti a rovnakého zaobchádzania. Situácie, keď je možná úprava zmluvy počas jej trvania bez toho, aby sa vyžadovalo vyhlásenie nového verejného obstarávania, upravuje zákon.***“
Ďalej sa vo VMU č. 5/2017 k § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, cit.: „Je vhodné, aby už v čase koncipovania návrhu zmluvy do pripravovaného verejného obstarávania bolo zohľadnené, že v budúcnosti môžu nastať okolnosti opodstatňujúce zmenu (úpravu) zmluvy (zmluvných podmienok). Okolnosti prípadnej úpravy zmluvy je potrebné presne a jasne zadefinovať do zmluvných podmienok a jednoznačne špecifikovať rozsah a povahu možných úprav a podmienky ich uplatnenia. Jasné, presné a jednoznačne zadefinované podmienky úpravy zmluvy nepredstavujú neopodstatnené zmeny zmluvy, ale pôjde o zmenu na základe zmluvných podmienok. (...) Zmluvu nie je možné zmeniť počas jej trvania len preto, že to bolo vopred uvedené v Súťažných podkladoch alebo bez toho, aby bol spôsob jej zmeny jednoznačne upravený.“

- Úrad konštatoval, že z § 18 ods. 1 písm. a) ZVO je zrejmé, že jeho uplatnenie predstavuje zmenu podľa podmienok zmluvy (napr. za akých podmienok je možná „zmena expertov“), ale **nejde o možnosť dohodnúť úplne nový záväzok, resp. nejde o možnosť dohodnúť úplne odlišné zmluvné podmienky, t. j. iné ako boli dohodnuté v pôvodnej Zmluve o dielo, v dôsledku čoho nedôjde k naplneniu zazmluvnenej ponuky úspešného uchádzača.** Úrad dodal, že Zmluva o dielo aj po vykonaných zmenách musí byť v súlade s priebehom a podmienkami verejného obstarávania, ktoré jej predchádzalo, čo znamená, že **možno uzavrieť iba taký Dodatok, ktorý upravuje podmienky pôvodného verejného obstarávania v rozsahu prípustnom v § 18 ZVO.**
- Verejný obstarávateľ podal voči rozhodnutiu úradu odvolanie.

Argumenty verejného obstarávateľa v odvolaní:

- Vo vzťahu k Dodatku č. 4 verejný obstarávateľ uviedol, že bol uzatvorený podľa § 18 ods. 1 písm. a) ZVO, nakoľko pôvodná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy tak, ako to predpokladá predmetné zákonné ustanovenie, ktoré umožňuje zmeniť zmluvu verejným obstarávateľom, ak s tým pôvodná zmluva počítala. Táto možnosť vyplývala z judikatúry Súdneho dvora EÚ už pred prijatím európskych hmotnoprávných smerníc z roku 2014. Hoci Súdny dvor EÚ opakovane judikoval, že podstatná zmena verejnej zákazky po jej zadaní nemôže byť v zásade uskutočnená verejným obstarávateľom a úspešným uchádzačom na základe dohody, ale musí viesť k novému zadávaciemu konaniu týkajúcemu sa takto zmenenej zákazky, už vo veci Presstext (C-454/06)³ uznal, že inak by to bolo v prípade, aby bola táto zmena stanovená v ustanoveniach pôvodnej zákazky.
- Verejný obstarávateľ dodal, že Súdny dvor EÚ potom uviedol, že hoci dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti musí byť zabezpečené aj pri osobitných verejných zákazkách, nebráni to zohľadniť ich špecifickosť. Súlad medzi touto požiadavkou a touto konkrétnou potrebou je zaistený na jednej strane striktným dodržiavaním podmienok zákazky, ako boli stanovené v dokumentácii k zadávaciemu konaniu, až do skončenia fázy plnenia tejto zákazky, ale na druhej strane možnosťou výslovne stanoviť v tejto dokumentácii možnosť verejného obstarávateľa niektoré aj podstatné, podmienky uvedenej zákazky zmeniť aj po jej zadaní. Verejný obstarávateľ tým, že výslovne v uvedenej dokumentácii stanoví túto možnosť a určí spôsoby jej uplatnenia, zaistí, že všetky hospodárske subjekty, ktoré majú záujem o účasť na uvedenom zadávacom konaní, sú o tejto možnosti informovaní od začiatku a v okamihu podania ich ponúk sú v rovnakom postavení.
- V kontexte vyššie uvedeného je podľa názoru verejného obstarávateľa možné považovať FIDIC zmluvné podmienky (Červená ako aj Žltá kniha) za zmluvný nástroj, ktorý v dostatočnej miere

³ Bod 30 rozsudku: Podstatná zmena verejnej zákazky po jej zadaní nemôže byť v zásade uskutočnená verejným obstarávateľom a úspešným uchádzačom na základe dohody, ale musí viesť k novému zadávaciemu konaniu týkajúcemu sa takto zmenenej zákazky (pozri analogicky rozsudok Wall, C-91/08, bod 42). Inak by to bolo v prípade, ak by bola táto zmena stanovená v ustanoveniach pôvodnej zákazky (pozri v tomto zmysle rozsudok Presstext C-454/06, body 37, 40, 60, 68 a 69).

napĺňa atribúty definovania možných zmien, a teda dáva verejnemu obstarávateľovi možnosť pružnej realizácie zákazky. Môže ísť napríklad o také zmeny, ktoré vyplývajú zo zmenových mechanizmov podľa zmlúv podľa štandardu FIDIC. Dodal, že predmetná Zmluva o dielo vychádza zo zmluvných podmienok FIDIC – červená kniha.

- Na podporu svojho tvrdenia, že zmluvné podmienky FIDIC je možné považovať za dostatočne určité a určiteľné ohľadom definovania možných zmien zmluvy, dal do pozornosti rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže ČR („ÚOHS“) č. ÚOHS - S0338/2018/VZ-20803/2019/512/TDv zo dňa 30. 07. 2019, cit.: „Úřad k tomu uvádí, že ze zákona sice výslovně nevyplývá, že by si zadavatel v zadávací dokumentaci mohl vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, **avšak rovněž ze zákona nevyplývá, že by tak zadavatel nesměl učinit, jestliže při tom dodrží zásady uvedené v § 6 zákona.** Úřad k danému sděluje, že postup obviněného spočívající ve vymezení změnového mechanismu umožňujícího prodloužení lhůty pro dokončení, resp. lhůty pro uvedení stavby do provozu, v zadávacích podmínkách nelze považovat za rozporný se zákonem.

- **Úřad tedy konstatuje, že jestliže si zadavatel již v zadávacích podmínkách (zadávací dokumentaci) vyhradil určitý mechanismus, kterým může být provedena změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, v posuzovaném případě je tímto závazkem myšlena lhůta pro dokončení a lhůta pro uvedení stavby do provozu, které byly vymezeny v souhrnu smluvních dohod (smlouvě o dílo) na předmětnou veřejnou zakázku (viz bod 138. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a následně došlo ze strany vybraného uchazeče v souladu se zadávacími podmínkami k aktivaci tohoto změnového mechanismu, a to tak, že žádal prodloužení lhůty pro dokončení a lhůty pro uvedení stavby do provozu, kdy výsledkem dané aktivace změnového mechanismu bylo dne 25.3.2015 uzavření dodatku č. 2 mezi obviněným a vybraným uchazečem, v jehož rámci bylo dohodnuto, že lhůta pro uvedení stavby do provozu ode dne 1. 4. 2015 činí 27 měsíců a lhůta pro dokončení ode dne 1. 4. 2015 činí 42 měsíců, nelze tvrdit, že by zadavatel umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, jelikož postupoval v souladu s uzavřenou smlouvou, nelze tedy ani konstatovat, že by obviněný postupoval v rozporu se zákonem.**

V návaznosti na výše uvedené tak Úřad v šetřeném případě neshledal, že by obviněný postupoval v rozporu se zákonem, v důsledku čehož tedy nemůže být ani shledáno, že byla naplněna skutková podstata přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.“

- Verejný obstarávateľ zároveň uviedol, že Zhotoviteľ (úspešný uchádzač) konal v súlade s postupom v zmysle zmluvných podmienok a zmluvy a uplatnil si nároky v zmysle podčlánku 8.4 Zmluvných podmienok na predĺženie lehoty výstavby:
 - a) List. č. PORR/NDS/TR/002 zo dňa 05. 05. 2015 Vec: Nárok č. 1 - čl. 20.1 Zmluvných podmienok - Predĺženie lehoty výstavby,
 - b) List. č. PORR/NDS/TR210 zo dňa 13. 03. 2016 Vec: Nárok č. 4 - čl. 20.1 Zmluvných podmienok - Predĺženie lehoty výstavby.

- Mal za to, že uvedený postup je totožný, ako popisuje ÚOHS vo svojom rozhodnutí, a teda že Zhotoviteľ aktivoval zmenový mechanizmus, výsledkom ktorého bol uzatvorený Dodatok č. 4. Na základe uvedeného je preto podľa jeho názoru bez akýchkoľvek pochybností vyvrátené zistenie úradu, o tom že kontrolovaný porušil § 18 ods. 1 a 2 a súčasne aj § 10 ods. 2 ZVO.

Rozhodnutie Rady:

- Úlohou rady bolo posúdiť, či verejný obstarávateľ uzavrel Dodatok č. 4 k Zmluve o dielo v súlade so ZVO.
- Rada v úvode svojho rozhodnutia zosumarizovala, že Dodatkom č. 4 došlo k **predĺženiu lehoty výstavby**, ktorá bola v Zmluve o dielo ustanovená v dĺžke **24, na 54 mesiacov** a zároveň dodala že lehota výstavby v dĺžke 24 mesiacov bola uvedená aj v oznámení o vyhlásení verejnej súťaže ako aj v ponuke úspešného uchádzača.
- Rada uviedla, že verejný obstarávateľ mal za to, že jeho postup pri uzavretí Dodatku č. 4 bol v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) ZVO, keďže Zmluva o dielo podľa neho obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcií a podmienky ich uplatnenia, a to s poukazom na, cit.:
 - *podčlánok 8.4 písm. f), podľa ktorého má Zhotoviteľ nárok na predĺženie lehoty výstavby aj v prípade akéhokoľvek oneskorenia, prekážky, prípadne obmedzenia spôsobeného Objednávateľom alebo pripisované Objednávateľovi*
 - *podčlánok 8.3 Osobitných Zmluvných podmienok FIDIC, podľa ktorého Stavebný dozor preskúma, či nebol dotknutý časový a fakturačný míľnik. Pokiaľ sa potvrdí, že míľnik bol dotknutý, v procese schvaľovania predĺženia Lehoty výstavby Stavebný dozor rozhodne o posune pôvodného míľnika*
- Rada v tejto súvislosti uviedla, že právna úprava zmeny zmluvy, ktorá bola uzavretá ako výsledok verejného obstarávania, ustanovená v § 18 ZVO, má svoj základ v smernici 2014/24/EÚ. Konkrétne ustanovenie § 18 ods. 1 písm. a) tohto zákona predstavuje transpozíciu čl. 72 ods. 1 písm. a) smernice 2014/24/EÚ, v ktorom sa uvádza: *Zmluvy a rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v súlade s touto smernicou v ktoromkoľvek z týchto prípadov: **ak úpravy, bez ohľadu na ich peňažnú hodnotu, boli uvedené v pôvodných súťažných podkladoch v jasných, presných a jednoznačných doložkách o preskúmaní, ktoré môžu zahŕňať doložky týkajúce sa revízie ceny alebo opciách. V takýchto doložkách sa uvádza rozsah a povaha možných úprav alebo opcií, ako aj podmienky, za ktorých sa môžu použiť.*** Nestanovujú sa v nich úpravy ani opcie, ktoré by menili celkovú povahu zákazky alebo rámcovej dohody.
- Ďalej doplnila, že preambula smernice v bode 111 v tejto súvislosti uvádza: *Verejní obstarávatelia by v rámci jednotlivých zmlúv mali mať možnosť ustanoviť úpravy zákazky prostredníctvom doložiek o preskúmaní alebo opcií, ale takéto doložky by im nemali umožňovať neobmedzenú mieru voľného rozhodovania. V tejto smernici by sa preto malo ustanoviť, do akej miery možno v pôvodnej zákazke vykonávať úpravy. Preto by sa malo spresniť, že v dostatočne jasne*

vypracovaných doložkách o preskúmaní alebo opcii sa môže ustanoviť napríklad cenová indexácia alebo zabezpečiť, aby napr. komunikačné zariadenie, ktoré sa má dodať za určitý čas, bolo naďalej vyhovujúce, a to aj v prípade zmien komunikačných protokolov alebo iných technologických zmien. V rámci dostatočne jasných doložiek by tiež malo byť možné ustanoviť úpravy zákazky nevyhnutné v dôsledku technických ťažkostí, ktoré vznikli počas prevádzky alebo údržby. Malo by sa tiež pripomenúť, že zmluvy by mohli zahŕňať napríklad bežnú údržbu, ako aj stanovovať mimoriadne údržbárske zásahy, ktoré by mohli byť potrebné s cieľom zabezpečiť kontinuitu verejnej služby.

- Podľa názoru rady je predmetné ustanovenia smernice potrebné vnímať ako akcentujúce **princíp transparentnosti**, ktorého účelom je **predchádzať riziku akéhokoľvek zvýhodňovania alebo svojvôle na strane verejného obstarávateľa**.
- Obsah ustanovení Zmluvy o dielo, resp. jej podčlánkov, na ktoré sa v súvislosti s uzavretím Dodatku č. 4 odvoláva verejný obstarávateľ, je teda potrebné preskúmať z toho hľadiska, či tieto zmluvné ustanovenia jasne, presne a jednoznačne ustanovujú rozsah a povahu možných úprav zmluvy, ako aj jasné, presné a jednoznačné podmienky, za splnenia ktorých sa tieto úpravy môžu použiť, a to v takom rozsahu a vyjadrení, ktoré neumožňujú neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.
- Rada uviedla, že vychádzajúc zo zmluvného ustanovenia, na ktoré sa odvoláva verejný obstarávateľ, má zhotoviteľ nárok na predĺženie lehoty výstavby aj v prípade akéhokoľvek oneskorenia, prekážky, prípadne obmedzenia spôsobeného verejným obstarávateľom alebo pripisovaného verejnému obstarávateľovi. Z uvedeného vyplýva, že predmetné zmluvné ustanovenie poskytuje zhotoviteľovi nárok na predĺženie lehoty výstavby z akéhokoľvek dôvodu, majúceho za následok oneskorenie, prekážku, prípadne obmedzenie, ktorý spôsobil verejný obstarávateľ, resp. je pripísaný verejnému obstarávateľovi. Uvedené zmluvné ustanovenie teda možno vnímať tak, že **bez ohľadu na to, z akého dôvodu verejný obstarávateľ svojim konaním alebo opomenutím vyvolá akýkoľvek typ oneskorenia, prekážky alebo obmedzenia, uvedené zmluvné ustanovenie garantuje predĺženie lehoty realizácie diela**. Podľa rady predmetné zmluvné ustanovenie dokonca garantuje nárok na predĺženie zmluvnej lehoty realizácie diela **aj v prípade akéhokoľvek bezdôvodného oneskorenia, prekážky, prípadne obmedzenia spôsobeného verejným obstarávateľom alebo pripisovaného verejnému obstarávateľovi**, t. j. ak by sa tento v priebehu plnenia Zmluvy o dielo rozhodol z akýchkoľvek dôvodov (predmetné zmluvné ustanovenie existenciu, resp. oznámenie dôvodov nepožaduje) spôsobiť oneskorenie, prekážku, prípadne iné obmedzenie, automaticky tým založí nárok zhotoviteľa na predĺženie realizácie diela.
- Rada v tejto súvislosti uviedla, že verejný obstarávateľ v odvolaní nijak nezdôvodnil, na základe ktorých dôvodov predmetný podčlánok Zmluvy o dielo, ktorý upravuje nárok zhotoviteľa na predĺženie realizácie diela, by mal byť považovaný za obsahujúci jasné, presné a jednoznačné podmienky úpravy Zmluvy o dielo a obsahujúci jasný, presný a jednoznačný rozsah, povahu možných úprav a podmienky ich uplatnenia. Rovnako ani nijak neobjasnil, na základe čoho by

predmetný podčlánok Zmluvy o dielo mal byť považovaný za neumožňujúci neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.

- Rada ďalej uviedla, že verejný obstarávateľ sa v odvolaní dovoľáva toho, aby bol jeho postup pri uzavieraní dotknutého dodatku k Zmluve o dielo posúdený v zmysle smernice 2014/24/EÚ, resp. v zmysle práve EÚ, avšak **v odvolaní neuvádza žiadne dôvody, na základe ktorých by bolo možné mať za to, že Dodatok č. 4 spĺňa atribúty ustanovené v smernici 2014/24/EÚ pre daný typ dodatku.**
- V súvislosti s judikatúrou Súdneho dvora EÚ, na ktorú vo svojom odvolaní verejný obstarávateľ poukázal, rada uviedla, že táto sa vzťahuje na smernice EÚ pre oblasť verejného obstarávania, ktoré právnou úpravu zmeny zmluvy neobsahovali.⁴ V tejto súvislosti rada v prvom rade poukázala na rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci CAS Suchi di Frutta C-496/99, ktorý okrem iného uvádza:
- *„Na základe zásady rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi, ktorej cieľom je podpora rozvoja zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú postupu verejného obstarávania, musí byť všetkým uchádzačom pri formulácii ich ponúk poskytnutá rovnosť príležitostí, čo znamená, že ponuky všetkých konkurentov musia podliehať rovnakým podmienkam. Cieľom zásady transparentnosti, ktorá je jej dôsledkom, je v zásade vylúčiť akékoľvek riziko zvýhodnenia alebo svojvôle zo strany verejného obstarávateľa. Znamená to, že **všetky podmienky a podrobné pravidlá postupu zadávania zákazky musia byť v oznámení alebo v zmluvných dokumentoch navrhnuté jasným, presným a jednoznačným spôsobom** tak, aby po prvé všetci primerane informovaní uchádzači vykonávajúci bežnú starostlivosť pochopili ich presný význam a interpretovali ich rovnakým spôsobom a po druhé, aby verejný obstarávateľ bol schopný overiť, či predložené ponuky spĺňajú kritériá vzťahujúce sa na príslušnú zákazku. (...)*

Ak by si verejný obstarávateľ želal, aby bol zo špecifických dôvodov schopný zmeniť a doplniť niektoré podmienky výzvy na predloženie ponúk, po výbere úspešného uchádzača, je povinný výslovne poskytnúť túto možnosť, ako aj príslušné detailné pravidlá, vo výzve na predloženie ponuky, ktorú sám zostavil, a ktorá definuje rámec, v ktorom je potrebné postupovať, aby sa všetky podniky, ktoré majú záujem zúčastniť sa postupu verejného obstarávania, od začiatku dozvedeli o tejto možnosti a boli tak pri formulácii svojich ponúk na rovnakej úrovni.

Okrem toho, ak takáto možnosť nie je výslovne stanovená, ale verejný obstarávateľ má v úmysle po udelení zmluvy odchyliť sa od jednej z uvedených špecifikovaných základných podmienok, nemôže legitímne pokračovať v postupe uplatnením iných podmienok, ako boli pôvodne uvedené.

Ak by v čase plnenia zmluvy bol verejný obstarávateľ oprávnený ľubovoľne meniť samotné podmienky výzvy na predloženie ponuky, ak na to nie je v príslušných ustanoveniach výslovne oprávnenie, podmienky upravujúce zadanie zákazky, ktoré boli pôvodne stanovené, by boli skreslené.

⁴ Právnu úpravu zmien zmluvy obsahuje až smernica 2014/24/EÚ (článok 72).

Okrem toho by takáto prax nevyhnutne viedla k porušeniu zásad transparentnosti a rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi, pretože by už nebolo zaručené jednotné uplatňovanie podmienok verejnej súťaže a objektívnosť postupu.“⁵

- Vo vzťahu k citovanej judikatúre Súdneho dvora EÚ vzťahujúcej sa na smernice platné pred prijatím smernice 2014/24/EÚ rada uviedla, tieto rozsudky sa týkali právnej úpravy, ktorá v danom čase neobsahovala pravidlá pre zmeny zmlúv uzavretých ako výsledok verejného obstarávania. Predmetná judikatúra, ako z nej jednoznačne vyplýva, bola založená na princípoch verejného obstarávania, ktorých potrebu dodržania Súdny dvor akcentoval v každom z daných rozsudkov. Pravidlá vyplývajúce z predmetnej judikatúry sa stali základom právnej úpravy zmien zmluvy v čl. 72 smernice 2014/24/EÚ, vrátane právnej úpravy obsiahnutej v ods. 1 písm. a) predmetného článku, z ktorého vychádza § 18 ods. 1 písm. a) ZVO.
- Rada v tejto súvislosti ďalej uviedla, že aj keď táto judikatúra umožňuje verejným obstarávateľom upraviť v pôvodnej zmluve podmienky budúcich úprav (zmien) zmluvy, uvedené neznamena, že verejní obstarávatelia sú oprávnení vykonať zmeny zmluvy uzavretej ako výsledok verejného obstarávania na základe akéhokoľvek (blanketového) ustanovenia pôvodnej zmluvy, ktoré len všeobecne deklaruje, že zmluvu je možné zmeniť. Naopak, **táto judikatúra, ako aj na ňu nadväzujúca právna úprava zmeny zmluvy v smernici 2014/24/EÚ, ustanovuje, že pôvodná zmluva musí obsahovať presné, jasné a jednoznačné doložky o preskúmaní, ktoré uvádzajú rozsah a povahu možných úprav alebo opcí, ako aj podmienky, za ktorých sa môžu použiť**, pričom takéto doložky by verejným obstarávateľom **nemali umožňovať neobmedzenú mieru voľného rozhodovania**. Ak je totiž verejné obstarávanie zákonom regulovaný proces, ktorý musí prebiehať v súlade s jeho princípmi, a ktorého výsledok (zmluva) musí byť uzavretý v súlade so súťažnými podkladmi a v súlade s ponukou predloženou úspešným uchádzačom, bolo by v rozpore so zmyslom regulácie tohto procesu konštatovať, že verejný obstarávateľ je síce v priebehu verejného obstarávania viazaný relatívne prísnymi pravidlami, avšak po formálnom uzavretí zmluvy môže túto zmluvu zmeniť s jednoduchým poukazom na skutočnosť, že zmluva ustanovuje, že jej zmena je možná, bez toho, aby boli vopred (v súťažných podkladoch) stanovené jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, rozsah, povaha možných úprav a podmienky ich uplatnenia, ktoré neumožňujú neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.
- Vo vzťahu k rozhodnutiu ÚOHS, na ktoré verejný obstarávateľ vo svojom odvolaní poukázal, rada uviedla, že predmetné rozhodnutie sa týka odlišného právneho stavu (pred vydaním smernice 2014/24/EÚ), a teda **nemá žiadny vzťah k § 18 ods. 1 písm. a) ZVO**, podľa ktorého verejný obstarávateľ, ako sám uvádza, postupoval pri uzavieraní Dodatku č. 4.
- Rada v tejto súvislosti tiež dodala, že v citovanom rozhodnutí ÚOHS nešlo o obdobný prípad ani z pohľadu dôvodu predĺženia lehoty výstavby. V predmetnom prípade totiž verejný obstarávateľ požiadal dodávateľa najprv o spomalenie výstavby a následne o jej pozastavenie z dôvodu nedostatku finančných prostriedkov na realizáciu diela. Nešlo teda o situáciu, keď by verejný

⁵ Pozri aj Pressetext C-454/06 body: 55, 56, 57, 58, 59, 60 70
Finn Frogne C-549/14 body: 30, 31 32, 36, 37, 38

obstarávateľ po uzavretí Zmluvy o dielo požiadal stavebný dozor o vydanie Pokynu na zmenu, v ktorom by zhotoviteľovi uložil postaviť iné dielo, než ktoré bolo vysúťažené a zazmluvnené.

- Rada považovala za potrebné dodať, že v tomto konaní sa lehota výstavby, ako aj fakturačné míľniky, uvedené v súťažných podkladoch a v Zmluve o dielo, vzťahovali na pôvodné dielo (pôvodné technické riešenie, ktorým bola 6-pruhová križovatka s kolektormi), nie na nové technické riešenie (8-pruhová križovatka bez kolektorov).
- Z uvedeného teda vyplýva, že **dôvodom predĺženia lehoty výstavby bola skutočnosť, že verejný obstarávateľ po uzavretí zmluvy oznámil zhotoviteľovi, že chce realizovať iné dielo, než ktoré bolo vysúťažené a zazmluvnené** (inú križovatku), pričom toto nové technické riešenie bolo najprv potrebné naprojektovať, a súčasne bolo potrebné nájsť novú koncepciu spôsobu výstavby, následne bolo potrebné požiadať o zmenu stavby pred dokončením a zabezpečiť zmenu stavebného povolenia (čo bolo úlohou verejného obstarávateľa). Skutočnosť, že v povoľovacích konaniach účastníci konania opakovane podávali námietky, nemení nič na tom, že po uzavretí Zmluvy o dielo oznámil zhotoviteľovi, že chce realizovať iný predmet zákazky, než ktorý bol vysúťažený a zazmluvnený, t. j. verejný obstarávateľ sa po uzavretí Zmluvy o dielo rozhodol realizovať iný predmet zákazky.
- Výklad, ktorý používa verejný obstarávateľ, **smeruje k umožneniu akejkol'vek zmeny predmetu zákazky** (aj nahradenie vysúťaženej a zazmluvnenej križovatky úplne inou križovatkou) a **akéhokoľvek predĺženia lehoty výstavby**, čo podľa rady nemožno považovať za súladné so smernicou 2014/24/EÚ, cit.: „*takéto doložky by im nemali umožňovať neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.*“ Verejný obstarávateľ žiadnym spôsobom nezdôvodnil svoj záver o jasnosti, presnosti a jednoznačnosti podmienok úprav Zmluvy o dielo, ktoré sú v nej ustanovené, pričom rada predmetné ustanovenia nepovažovala za jasné, presné a jednoznačné a ani za neumožňujúce neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.
- **Na základe uvedeného mala rada za to, že ustanovenia Zmluvy o dielo, podľa ktorých verejný obstarávateľ postupoval pri uzavieraní Dodatku č. 4 k Zmluve o dielo, neobsahujú jasné, presné a jednoznačné podmienky úpravy Zmluvy o dielo, rozsah, povahu možných úprav a opcí a podmienky ich uplatnenia, a preto je potrebné konštatovať, že verejný obstarávateľ pri uzavretí Dodatku č. 4 k Zmluve o dielo nepostupoval v súlade s § 18 ods. 1 písm. a) ZVO.**