

„ÚVO DZOVKY“

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

§ 10

§ 5

§ 32

Vypracoval:
Inštitút verejného
obstarávania

**Letné číslo
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

<i>Uzatvorenie nájomnej zmluvy neoprávnene zvoleným postupom v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní</i>	<i>3</i>
<i>Požiadavka preukázania likvidity ako podmienka účasti preukazujúca ekonomické a finančné postavenie</i>	<i>20</i>
<i>Vylúčenie uchádzača z dôvodu zmeny ponuky v rámci vysvetľovania ponúk</i>	<i>35</i>
<i>Z ROZHODOVACEJ PRAXE SÚDNEHO DVORA EÚ.....</i>	<i>42</i>

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

Uzatvorenie nájomnej zmluvy neoprávnene zvoleným postupom v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní

Verejný obstarávateľ použil postup obchodnej verejnej súťaže, výsledkom ktorej bolo uzavretie nájomnej zmluvy s úspešným uchádzačom na obdobie 20 rokov na nájom častí vybraných diaľničných odpočívadiel s následným vybudovaním a prevádzkovaním siete ultra nabíjacích staníc na nabíjanie motorových vozidiel na pohon elektrickou energiou. Uzatvorená nájomná zmluva však napĺňala definíčné znaky koncesie, a teda spadala do pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní.

Číslo rozhodnutia Rady ÚVO: 2881-9000/2021

Typ rozhodnutia: odvolanie verejného obstarávateľa proti rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy v súvislosti s obchodnou verejnou súťažou

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 5897-6000/2020-OD/9

Verejný obstarávateľ/kontrolovaný: Národná diaľničná spoločnosť, a.s.

Odvolateľ/Navrhovateľ: verejný obstarávateľ

Predmet zákazky/koncesie: „Najvhodnejší návrh na uzavretie zmluvy na nájom častí vybraných diaľničných odpočívadiel za účelom výberu strategického partnera na vybudovanie a prevádzkovanie siete ultra nabíjacích staníc na nabíjanie motorových vozidiel na elektrický pohon elektrickou energiou“

Predpokladaná hodnota zákazky/koncesie: 6 676 065,83 EUR bez DPH

Kľúčové slová: koncesia, obchodná verejná súťaž, nadlimitná koncesia, predpokladaná hodnota koncesie, nájomná zmluva, nabíjacie stanice, vlastnícke právo, koncesná zmluva, poskytovanie služby, protiplnenie, prenos prevádzkového rizika, súťažné podmienky, dočasné užívanie, záväzok nájomcu

Zistenie rady:

- Pri uzatváraní nájomnej zmluvy verejný obstarávateľ nepoužil žiadny z postupov podľa Zákona o verejnom obstarávaní.
- Na obstaranie predmetu zákazky verejný obstarávateľ použil postup obchodnej verejnej súťaže podľa § 281 a nasl. Obchodného zákonníka.
- Vyhlásenie výzvy na podávanie návrhov na uzavretie zmluvy zverejnil len prostredníctvom denníka Nový čas.
- Výsledkom obchodnej verejnej súťaže o najvhodnejší návrh na uzavretie zmluvy na nájom častí vybraných diaľničných odpočívadiel bol výber strategického partnera na vybudovanie a prevádzkovanie siete ultra nabíjacích staníc na nabíjanie motorových vozidiel na elektrický pohon elektrickou energiou.
- V lehote na predkladanie súťažných návrhov boli predložené 2 ponuky, a to ponuka spoločnosti A a ponuka spoločnosti B. Na základe stanoveného kritéria č. 1 na vyhodnotenie ponúk „najvyššia cena nájomného na m2 pre plochu elektrostanice na časti jedného diaľničného odpočívadla“ a na základe kritéria č. 2 na vyhodnotenie ponúk „ekonomická výkonnosť účastníka“, verejný obstarávateľ vyhodnotil ako úspešného uchádzača spoločnosť B.
- **V súťažných podkladoch bolo uvedené, že úspešný účastník súťaže sa zaväzuje zabezpečiť nepretržitú prevádzku Elektrostaníc, ktoré umožnia nabíjanie elektromobilov elektrickou energiou.**
- V súťažných podmienkach bolo uvedené, že predložený súťažný návrh musí obsahovať vyhlásenie účastníka súťaže, že súhlasí s celým obsahom súťažných podmienok vrátane príloh, pričom účastník súťaže bol povinný vypracovať a predložiť súťažný návrh podľa uverejnených súťažných podmienok.
- **Predmetom Zmluvy mal byť záväzok Prenajímateľa prenechať Nájomcovi do dočasného užívania časť Diaľničných odpočívadiel, ktoré boli špecifikované v Zmluve a za podmienok stanovených Zmluvou a súťažnými podmienkami a nájomca mal na vlastné náklady vybudovať a prevádzkovať Elektrostanice vrátane príslušenstva a za Predmet nájmu riadne a včas platiť Nájomné.“**
- Z nájomnej zmluvy vyplynulo, že ak počas trvania doby nájmu vznikne potreba modernizácie elektrostaníc s ohľadom na ich technologický progres, nájomca (úspešný účastník súťaže) sa zaväzuje na vlastné náklady túto modernizáciu zabezpečiť.
- Verejný obstarávateľ uzavrel s úspešným uchádzačom, spoločnosťou č.2 Nájomnú zmluvu na nájom častí vybraných diaľničných odpočívadiel.
- Tento postup verejného obstarávateľa bol následne predmetom preskúmania úkonov kontrolovaného po uzatvorení zmluvy úradom.
- Z rozhodnutia úradu vyplynulo, že **verejný obstarávateľ v tomto prípade neoprávnene zvolil postup obchodnej verejnej súťaže, nakoľko mal zvoliť niektorý z príslušných**

súťažných postupov zadávania nadlimitnej koncesie podľa zákona o verejnom obstarávaní, keďže predmetná nájomná zmluva napĺňa definičné znaky koncesie, a teda spadá do pôsobnosti Zákona o verejnom obstarávaní.

- Verejný obstarávateľ sa následne proti rozhodnutiu úradu odvolal.
- Úlohou rady v tomto v tomto odvolacom konaní bolo posúdiť nasledovné skutočnosti:
 - a) **poskytovanie služby** alebo stavebných prác koncesionárom,
 - b) **protiplnenie** spočívajúce v úplnom alebo čiastočnom práve koncesionára brať úžitky vyplývajúce z poskytovania služieb alebo z prevádzkovania stavby, ktorá bola výsledkom uskutočnených stavebných prác, ktoré môže byť spojené s peňažným plnením zo strany kontrolovaného,
 - c) **prenos prevádzkového rizika** súvisiaceho s poskytovaním služieb alebo s využívaním vykonaného diela,
 - d) aplikovanie **postupu** podľa zákona o verejnom obstarávaní verejným obstarávateľom,
 - e) určenie **hodnoty** koncesie úradom.

Posúdenie definičných znakov koncesie v predmetnej nájomnej zmluve:

Písm. a) „Poskytovanie služby alebo stavebných prác“

- Rada v tejto súvislosti uvádza, že spoločným znakom zákazky a koncesie je **obstaranie stavebných prác alebo služieb pre verejného obstarávateľa podľa jeho požiadaviek**. Uvedenému pritom podľa rady zodpovedá aj znenie bodu 14 preambuly smernice 2014/23/EÚ, podľa ktorého sa v koncesiách stanovujú vzájomne záväzné povinnosti, na základe ktorých sa na vykonanie týchto stavebných prác alebo poskytnutie týchto služieb vzťahujú osobitné požiadavky vymedzené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom, ktoré sú právne vymáhateľné.
- V nadväznosti na uvedené úrad vo svojom rozhodnutí podľa rady správne poukázal na požiadavky verejného obstarávateľa vyplývajúce zo súťažných podmienok a z nájomnej zmluvy, ktoré stanovujú podmienky vybudovania elektrostaníc a podmienky zabezpečenia ich prevádzky a údržby počas celej doby trvania nájomnej zmluvy v súlade s účelom tejto nájomnej zmluvy.
- Účelom nájmu podľa nájomnej zmluvy je záväzok Nájomcu realizovať na Predmete nájmu za podmienok dohodnutých v zmluve:
 - a) prípravu a výstavbu Elektrostaníc na vlastné náklady, v stanovených etapách
 - b) po zrealizovaní Elektrostaníc tieto na vlastné náklady prevádzkovať a udržiavať
- Z predložených dokumentov a uzatvorenej nájomnej zmluvy rade vyplýva, že **verejný obstarávateľ v tomto prípade uzatvorenou nájomnou zmluvou neponechal nájomcovi voľnosť**, pokiaľ ide o vybudovanie predmetných elektrostaníc (tak, ako tvrdí verejný obstarávateľ v podanom odvolaní), **ale touto nájomnou zmluvou verejný obstarávateľ**

nájomcu zaviazal, de facto pod hrozbou sankcie straty zábezpeky, k vybudovaniu predmetných elektrostaníc, získaniu príslušných povolení na ich vybudovanie a užívanie, a to v čase, ktorý mu stanovil verejný obstarávateľ.

- Rada má za to, že **hlavným účelom predmetnej obchodnej verejnej súťaže, ako ani následne uzatvorenej nájomnej zmluvy, nebol prenájom pozemkov vo vlastníctve verejného obstarávateľa, ale hlavným účelom, ako aj následne uzatvorenej nájomnej zmluvy, bolo obstaranie výstavby a prevádzky nabíjacích elektrostaníc**, a to podľa špecifikovaných požiadaviek verejného obstarávateľa.
- V tejto súvislosti rada poukazuje na bod 14 preambuly smernice 2014/23/EÚ, podľa ktorého sa v koncesiách stanovujú vzájomne záväzné povinnosti, na základe ktorých sa na vykonanie týchto stavebných prác alebo poskytnutie týchto služieb vzťahujú osobitné požiadavky vymedzené verejným obstarávateľom, ktoré sú právne vymáhateľné. Požiadavky verejného obstarávateľa vyplývajúce zo súťažných podmienok a z nájomnej zmluvy, ktoré stanovujú podmienky verejného obstarávateľa pre vybudovanie elektrostaníc, ako aj podmienky verejného obstarávateľa na zabezpečenie ich prevádzky počas celej doby trvania nájomnej zmluvy, ktoré nájomca musí dodržať, a to tak počas vybudovania nabíjacích staníc, ako aj následne pri prevádzke a údržbe predmetných nabíjacích staníc, sú teda podľa rady v tomto prípade právne vymáhateľné, resp. ich nesplnenie je nájomnou zmluvou sankcionované.
- **Rada sa na základe uvedených skutočností nestotožňuje s tvrdením verejného obstarávateľa, že skutočnosť, že nájomná zmluva predpokladá vybudovanie a prevádzkovanie nabíjacích staníc, je len prejavom obmedzenia účelu nájmu v zmysle § 2 ods. 4 zákona o NDS, v spojení s § 665 ods. 1 Občianskeho zákonníka, nakoľko verejný obstarávateľ v predmetnej nájomnej zmluve podľa rady neobmedzil len účel nájmu, ale zmluvne zdefinoval záväzok nájomcu vybudovať elektrostanice, a to podľa stanovených podmienok v tejto nájomnej zmluve, a zároveň, pokiaľ ide o prevádzkovanie týchto elektrostaníc, v nájomnej zmluve odkázal na súťažné podmienky, ktoré okrem iného zaväzujú nájomcu zabezpečiť nepretržitú prevádzku vybudovaných elektrostaníc (za podmienok stanovených verejným obstarávateľom).**
- Pokiaľ ide o tvrdenie verejného obstarávateľa, že pre posúdenie charakteru predmetnej nájomnej zmluvy je obsah súťažných podmienok bez relevancie, pretože tieto súťažné podmienky sa nepremietli v celom rozsahu do nájomnej zmluvy, nie sú prílohou tejto zmluvy a neboli spolu s touto zmluvou ani zverejnené, a preto nimi zmluvné strany nie sú viazané, pričom relevantné sú podľa verejného obstarávateľa iba tie záväzky zmluvných strán, ktoré sú obsiahnuté v nájomnej zmluve, rada poukazuje na samotné ustanovenia nájomnej zmluvy, konkrétne:
 - a) Predmet nájomnej zmluvy, v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „Predmetom Zmluvy je záväzok Prenajímateľa prenechať Nájomcovi do dočasného užívania časť Diaľničných odpočívadiel, ktoré sú špecifikované v Čl. II bod 1. Zmluvy, za podmienok stanovených Zmluvou a súťažnými podmienkami vybudovať a

prevádzkovať Elektrostanice vrátane príslušenstva a za Predmet nájmu riadne a včas platiť Nájomné.“

- b) bod 1 čl. VII „Výstavba Elektrostaníc“ nájomnej zmluvy, v ktorom je uvedené, cit.: „Všetky stupne projektovej dokumentácie pred vydaním stavebného povolenia na realizáciu dočasných stavieb Elektrostaníc je Nájomca povinný vopred odsúhlasiť s Prenajímateľom za podmienok stanovených Zmluvou a súťažnými podmienkami.“

- **Z uvedeného podľa rady jednoznačne vyplýva, že verejný obstarávateľ v nájomnej zmluve priamo odkazuje na podmienky stanovené v súťažných podmienkach, čo zároveň jednoznačne popiera argumentáciu verejného obstarávateľa, že obsah súťažných podmienok je bez relevancie a zmluvné strany nimi nie sú viazané a nemôžu sa na ne pri realizácii zmluvného vzťahu založeného nájomnou zmluvou odvolávať.**
- K uvedenému rada taktiež dodáva, že súťažné podmienky obsahovali relevantné podklady a informácie nevyhnutné na vypracovanie ponuky, ktoré bol povinný zohľadniť každý záujemca pri samotnom zvažovaní účasti v predmetnej obchodnej verejnej súťaži, ako aj pri vypracovaní súťažnej ponuky, a teda všetky relevantné skutočnosti uvedené v súťažných podmienkach sú (mali by byť) premietnuté v ponuke úspešného uchádzača, s ktorým bola uzatvorená nájomná zmluva. V tejto súvislosti rada zároveň poukazuje na časť I „Osobitná časť“ súťažných podmienok, z ktorej vyplýva, že predložený súťažný návrh musel obsahovať vyhlásenie účastníka súťaže, že súhlasí s celým obsahom súťažných podmienok vrátane príloh, pričom účastník súťaže bol povinný vypracovať a predložiť súťažný návrh podľa uverejnených súťažných podmienok.
- Rada má v tejto súvislosti rovnako ako úrad za to, že záväzky, práva a povinnosti uvedené v nájomnej zmluve, ako aj v súťažných podmienkach, na ktoré odkazuje nájomná zmluva, sú vymožitelné.
- Podľa rady je zároveň potrebné odmietnuť tvrdenie verejného obstarávateľa, že predmetná nájomná zmluva ponecháva nájomcovi voľnosť pokiaľ ide o prevádzku nabíjacích staníc a nezakotvuje súdne vymožitelný záväzok takejto prevádzky zo strany nájomcu, nakoľko verejný obstarávateľ v tomto prípade podľa rady stanovil osobitné právne vymáhateľné požiadavky vo vzťahu k poskytovaniu obstarávaných služieb spojených s prevádzkou nabíjacích staníc tak, ako to vyžaduje charakter koncesnej zmluvy.
- Rada sa nestotožňuje s tvrdením verejného obstarávateľa, že úspešný uchádzač na základe nájomnej zmluvy neposkytuje a nebude poskytovať verejnému obstarávateľovi žiadne služby alebo stavebné práce, pričom verejný obstarávateľ nemá a nebude mať z vybudovania a prevádzky nabíjacích staníc hospodársky úžitok. V nadväznosti na uvedené rada poukazuje na skutočnosť, že v zmysle ustanovení nájomnej zmluvy mali byť verejným obstarávateľom požadované elektrostanice vybudované a následne po ich vybudovaní prevádzkované a udržiavané na vlastné náklady úspešného uchádzača. **Všetky finančné, materiálne, technické, či personálne náklady** potrebné na zabezpečenie prevádzky a údržby elektrostaníc na diaľničných odpočívadlách v správe verejného obstarávateľa **bude teda znášať úspešný**

uchádzač, čím súčasne podľa rady vzniká hospodársky úžitok, resp. ekonomické výhody pre verejného obstarávateľa.

- Rada zároveň v tejto súvislosti uvádza, že verejný obstarávateľ sa v podanom odvolaní nesprávne domnieva, že na to, aby bol naplnený tento definičný znak koncesie, verejnému obstarávateľovi musí vyplývať zákonná povinnosť poskytovať požadované služby. Pre vyslovenie záveru, že v danom prípade išlo o zadanie koncesie, podľa rady nie je rozhodujúce, či verejný obstarávateľ mal alebo nemal povinnosť na príslušných diaľničných úsekoch (odpočívadlách) zriadiť a prevádzkovať elektrostanice, ale skutočnosť, že verejný obstarávateľ sa rozhodol tieto elektrostanice vybudovať a prevádzkovať, a to na základe vlastných požiadaviek a potrieb, pričom ich vybudovaním a prevádzkovaním na obdobie 20 rokov „poveril“ úspešného uchádzača, pričom protiplnením zo strany verejného obstarávateľa za vybudovanie a prevádzkovanie týchto elektrostaníc nebolo finančné plnenie poskytnuté úspešnému uchádzačovi, ale právo užívať vybudované elektrostanice na pozemkoch verejného obstarávateľa a poberať úžitky z tohto užívania, konkrétne platby hradené konečnými užívateľmi danej služby (vodičmi elektromobilov), čo je podľa rady nesporne znakom koncesie. **Zadanie koncesie teda podľa rady nepredpokladá splnenie zákonnej povinnosti verejného obstarávateľa, ale spočíva v naplnení potrieb verejného obstarávateľa, čo je v tomto prípade splnené, nakoľko verejný obstarávateľ v tomto prípade podľa rady jasne špecifikoval predmet a účel nájomnej zmluvy, a zároveň vymedzil požiadavky na vybudovanie a prevádzkovanie elektrostaníc.**
- Ak však verejný obstarávateľ uznáva, že vybudovanie elektrostanice s tým, že túto bude následne prevádzkovať samospráva (obec), resp. jej prevádzkovaním niekoho poverí, podlieha postupom podľa zákona o verejnom obstarávaní ako zákazka na stavebné práce, rade nie je zrejmé, prečo by režimu zákona o verejnom obstarávaní nemalo podliehať vybudovanie a následné prevádzkovanie týchto elektrostaníc, a to len z toho titulu, že podľa verejného obstarávateľa v tomto prípade nedochádza k prechodu vlastníckeho práva k vybudovaným elektrostaniciam. Podľa rady pritom ide o zabezpečenie rovnakých potrieb, len rôznym spôsobom. V prvom prípade sa samospráva (obec) rozhodne zadať zákazku na stavebné práce, úspešný uchádzač vybuduje elektrostanice, za čo mu samospráva (obec) poskytne finančnú odplatu, a následne bude tieto elektrostanice prevádzkovať samotná samospráva (obec), resp. ich prevádzkovaním niekoho poverí. V tomto prípade sa verejný obstarávateľ rozhodol obstarieť vybudovanie a prevádzkovanie elektrostaníc úspešným uchádzačom po dobu 20 rokov, za čo úspešnému uchádzačovi neposkytol priamu finančnú odplatu, ale prenechal mu možnosť poberať úžitky z prevádzkovania týchto elektrostaníc vybudovaných na svojich pozemkoch, t. j. diaľničných odpočívadlách, konkrétne platby hradené užívateľmi danej služby, čo je podľa rady presne znakom zadania koncesie.
- Pokiaľ ide o tvrdenie verejného obstarávateľa, že nebude mať z vybudovania a prevádzky nabíjacích staníc priamy hospodársky úžitok, rada poukazuje na skutočnosť, že v prípade zadania koncesie verejný obstarávateľ nemusí na predmete koncesie nevyhnutne zarábať,

uvedené nie je definičným znakom koncesie. Ako príklad je možné uviesť, že ak vznikne potreba vybudovania cesty alebo nemocnice, verejný obstarávateľ nemusí na ich vybudovaní zarábať, nakoľko bude vo verejnom záujme a potrebou samotného verejného obstarávateľa (nie zákonnou povinnosťou), aby sa táto cesta alebo nemocnica postavili, pričom „úžitkom“ pre verejného obstarávateľa bude samotné prevádzkovanie tejto cesty (po ktorej sa bude môcť jazdiť), či nemocnice (v ktorej bude možné ošetrovať pacientov) koncesionárom.

- **Na základe všetkých uvedených skutočností sa rada stotožňuje s posúdením úradu, že definičný znak koncesie „poskytovanie služieb koncesionárom na základe potrieb a požiadaviek verejného obstarávateľa“, je v tomto prípade splnený, nakoľko verejný obstarávateľ v súťažných podmienkach a nájomnej zmluve stanovil požiadavky na poskytovanie obstarávaných služieb (vybudovanie a prevádzkovanie elektrostaníc) koncesionárom (nájomcom).**
- **Rada teda v tejto časti rozhodnutia úradu neidentifikovala žiadny dôvod na jeho zmenu, na základe čoho rada zároveň odvolanie verejného obstarávateľa v tejto časti považuje za nedôvodné.**

Písm. B): „Protiplnenie“

- Úrad mal vo svojom prvostupňovom rozhodnutí za to, že definičný znak koncesie, spočívajúci v existencii protiplnenia, je v danom prípade preukázaný, pretože **nájomca bude poberať platby za ním poskytované služby na základe nájomnej zmluvy, v ktorej sa zaviazal k realizácii prípravy a vybudovania elektrostaníc na vlastné náklady, a následne k prevádzkovaniu a udržiavaniu vybudovaných elektrostaníc, a teda nájomcovi prináleží právo na získanie protiplnení od tretích osôb za prevádzkovanie nabíjacích staníc, ktorých služby budú poskytované tretím osobám (odberateľom).**
- Podľa názoru verejného obstarávateľa uvedeného v odvolaní, na to, aby mohlo byť zo strany verejného obstarávateľa poskytované akékoľvek protiplnenie, muselo by dôjsť ku vzájomnému plneniu. Nájomná zmluva však podľa verejného obstarávateľa nepredpokladá poskytovanie žiadneho plnenia vo forme stavebných prác alebo služieb pre verejného obstarávateľa, pričom nájomná zmluva nepredpokladá ani nadobudnutie vlastníckeho práva k stavbe (nabíjacej stanici) zo strany verejného obstarávateľa, a teda tento nemohol previesť na nájomcu právo na využívanie stavby ako akési protiplnenie, keďže takéto právo verejný obstarávateľ nemá a podľa nájomnej zmluvy sa ani nemôže stať nositeľom takého práva (nie je oprávnený disponovať s využívaním nabíjacích staníc). Verejný obstarávateľ mal za to, že nepreviedol a nemôže previesť na nájomcu právo na využívanie nabíjacích služieb a poberanie peňažných plnení od tretích osôb, keďže verejný obstarávateľ nie je vlastníkom nabíjacích staníc a nemá ani žiadne iné právo na využívanie nabíjacích staníc a poberanie peňažných plnení od užívateľov nabíjacích služieb, ktoré by mohol previesť na nájomcu.

- Rada v tejto súvislosti uvádza, že z nájomnej zmluvy vyplýva, že sa zaväzuje poskytovať počas doby trvania nájomnej zmluvy po dobu 20 rokov prevádzku a údržbu nabíjacích staníc na verejnom obstarávateľom vymedzených častiach diaľničných odpočívadiel, pričom protiplnením za vybudovanie a prevádzkovanie požadovaných elektrostaníc je právo nájomcu spojené s peňažným plnením od tretích strán, ktoré budú počas trvania nájomnej zmluvy odoberať služby prevádzkované nájomcom prostredníctvom týchto nabíjacích staníc.
- Rada zároveň v tejto súvislosti poukazuje na rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-206/08, v ktorom sa Súdny dvor EÚ zaoberal rozdielom medzi definíciou zákazky na služby a koncesie na služby. Z bodu 51 predmetného rozsudku vyplýva, že **rozdiel medzi zákazkou na služby a koncesiou na služby spočíva v protiplnení za poskytnutie služieb**. Zákazka na služby zahŕňa odmenu, ktorá je poskytovateľovi služieb vyplatená priamo verejným obstarávateľom, zatiaľ čo v prípade koncesie na služby odmena za poskytnutie služieb spočíva buď v práve využívať služby alebo je toto právo spojené s peňažným plnením. **Rada teda uvádza, že špecifickým znakom koncesie, ktorý ju odlišuje od „klasickej“ zákazky, je špecifická forma odpllatnosti, ktorá je založená buď na práve užívania predmetu koncesie alebo alternatívne môže byť toto právo spojené s peňažným plnením.**
- Toto kritérium vyplýva z judikatúry Súdneho dvora vyhlásenej po nadobudnutí účinnosti smernice 2004/17. **Podľa tejto judikatúry o koncesiu na služby ide vtedy, ak dohodnutý spôsob odmeny spočíva v práve poskytovateľa poskytovať vlastné služby.** V tejto súvislosti nie je podstatné, či odmena patrí do pôsobnosti súkromného alebo verejného práva. Súdny dvor uznal existenciu koncesie na služby najmä v prípade, kde odmena pre poskytovateľa pochádza z platieb užívateľov verejného parkoviska, siete verejnej dopravy a telekomunikačnej siete. Z toho vyplýva, že v prípade zmluvy o poskytnutí služieb skutočnosť, že zmluvný partner nie je odmeňovaný priamo verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať poplatky od tretích osôb, zodpovedá požiadavke protiplnenia stanovenej v článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17. Tento záver však ukladá, že pojem „právo na využívanie služby“ musí byť spresnený ako „protiplnenie za poskytovanie služieb“ uvedený v tomto ustanovení. Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že ak dohodnutý spôsob odmeny spočíva v práve poskytovateľa poskytovať vlastné služby, potom súčasťou tohto spôsobu odmeny je aj riziko spojené s poskytovaním dotknutých služieb, ktoré znáša poskytovateľ. Skutočnosť, že v prípade zmluvy o poskytnutí služieb zmluvný partner nie je priamo odmenený verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať peňažné plnenie na súkromnoprávnom základe od tretích osôb, postačuje na to, aby bola táto zmluva kvalifikovaná ako „koncesia na služby. V zmysle článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17, pokiaľ zmluvný partner preberá v plnom alebo aspoň prevažnom rozsahu hospodárske riziko prevádzky, ktoré znáša verejný obstarávateľ, a to aj v prípade, že je toto riziko, ktoré je spojené s predmetnou službou na základe foriem jej verejnoprávneho fungovania, od počiatku podstatne obmedzené.

- Na základe uvedeného je teda možné podľa rady konštatovať, že v prípade, ak poskytovateľ služby nie je odmeňovaný priamo verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať poplatky od tretích osôb (poskytovateľ služieb je odmeňovaný peňažným plnením pochádzajúcim od užívateľov predmetných služieb), čo je aj situácia v posudzovanom prípade, uvedené zodpovedá požiadavke protiplnenia. Úspešný uchádzač sa pritom nájomnou zmluvou zaviazal nielen vybudovať nabíjacie stanice, ale ich aj prevádzkovať po dobu 20 rokov, z čoho tomuto úspešnému uchádzačovi vyplýva jasný úžitok v podobe odplaty za poskytovanie danej služby (elektrickej energie) prostredníctvom vybudovaných nabíjacích staníc tretím osobám (motoristom) zo strany týchto tretích osôb.
- Verejný obstarávateľ pritom v podanom odvolaní argumentuje tým, že nepreviedol a nemôže previesť na nájomcu právo na využívanie nabíjacích služieb a poberanie peňažných plnení od tretích osôb, keďže verejný obstarávateľ nie je vlastníkom nabíjacích staníc a nemá ani žiadne iné právo na využívanie týchto nabíjacích staníc a poberanie peňažných plnení od užívateľov nabíjacích služieb, ktoré by mohol previesť na nájomcu.
- Rada v tejto súvislosti uviedla, že výklad verejného obstarávateľa, akým spôsobom sa má aplikovať tento definičný znak koncesie spočívajúci v protiplnení, sa javí ako zjavne nesprávny. Je totiž podľa rady logické, že verejný obstarávateľ pred uzatvorením predmetnej nájomnej zmluvy nemal právo využívania, resp. prevádzkovania nabíjacích staníc, keďže sa žiadne takéto nabíjacie stanice na diaľničných odpočívadlách verejného obstarávateľa nenachádzali, avšak rozhodujúce je, že verejný obstarávateľ nájomnou zmluvou „vyvolal“ ich výstavbu a ich následné prevádzkovanie, pričom protiplnením zo strany verejného obstarávateľa za ich výstavbu a prevádzkovanie nebude peňažné plnenie, ale prenechanie práva užívania predmetu koncesie (poskytovania služieb vybudovaných nabíjacích staníc motoristom) a odplata za poskytovanie týchto služieb zo strany tretích osôb (motoristov). Prijatie argumentácie verejného obstarávateľa by naopak de facto znamenalo, že každé nové poskytovanie služieb (uskutočnenie stavebných prác), ktoré predtým verejní obstarávatelia ešte neprevádzkovali (nepostavili), a teda ani nemali právo ich užívania, by nemohlo byť obstarávané vo forme koncesie. Pri výklade verejného obstarávateľa by teda bolo otázne, ako by verejní obstarávatelia mohli zadať koncesiu napr. na výstavbu novej nemocnice alebo nového parkoviska, nakoľko ani v tomto prípade by totiž pred samotným zadaním koncesie na ich výstavbu a prevádzkovanie nedisponovali žiadnymi užívacími právami k týmto neexistujúcim predmetom koncesie.
- Na základe všetkých uvedených skutočností sa rada stotožnila s posúdením úradu, že definičný znak koncesie „protiplnenie spočívajúce v úplnom alebo čiastočnom práve koncesionára brať úžitky vyplývajúce z poskytovania služieb alebo z prevádzkovania stavby, ktorá bola výsledkom uskutočnených stavebných prác“, je v tomto prípade splnený, nakoľko z nájomnej zmluvy vyplýva, že nájomca (koncesionár) sa zaväzuje poskytovať počas doby trvania nájomnej zmluvy po dobu 20 rokov prevádzku a údržbu

nabíjacích staníc, pričom protiplnením za vybudovanie a prevádzkovanie verejným obstarávateľom požadovaných elektrostaníc je právo nájomcu spojené s peňažným plnením od tretích strán.

- Rada teda v tejto časti rozhodnutia úradu neidentifikovala žiadny dôvod na jeho zmenu, na základe čoho rada zároveň odvolanie verejného obstarávateľa v tejto časti považovala za nedôvodné.

Písm. C): „Prenesenie prevádzkového rizika“

- Úrad vo svojom rozhodnutí konštatoval, že vzhľadom na to, že nájomca je závislý od toho, koľko subjektov využije ním poskytované služby, v nadväznosti na situáciu v automobilovom priemysle, vyvíjajúce sa technológie v danej oblasti, a tiež v súvislosti s atraktivitou a dostupnosťou elektromobilov pre širokú verejnosť, a následnú existenciu dopytu po predmetných službách a zodpovedajúcu ponuku na trhu, **verejný obstarávateľ v danom prípade preniesol na nájomcu (koncesionára) riziko súvisiace s poskytovaním predmetných služieb.** Úrad uviedol, že nájomca ako poskytovateľ služieb vyplývajúcich z prevádzky elektrostaníc znáša všetky prevádzkové náklady vyplývajúce z tejto činnosti, čím verejný obstarávateľ preniesol hospodárske riziko prevádzky elektrostaníc vyplývajúce z verejného záujmu na nájomcu. Nájomca je tak vystavený reálnej ponuke a dopytu na trhu, pričom neexistuje garancia návratnosti vynaložených nákladov nájomcom v súvislosti s poskytovaním predmetných služieb, a teda je splnená aj tretia podmienka na kvalifikáciu danej zákazky ako koncesie.
- Verejný obstarávateľ v odvolaní argumentoval tým, že na základe nájomnej zmluvy nedošlo k prenosu prevádzkového rizika súvisiaceho s poskytovaním služieb z verejného obstarávateľa na nájomcu, keďže prechod prevádzkového rizika na koncesionára predpokladá, že toto prevádzkové riziko pôvodne znášal zadávateľ koncesie, a teda v tomto prípade prevádzkové riziko nemohlo prejsť z verejného obstarávateľa na nájomcu, keďže verejný obstarávateľ nikdy neznášal prevádzkové riziko pri využívaní nabíjacích staníc alebo pri poskytovaní služieb spojených s prevádzkovaním nabíjacích staníc (podľa verejného obstarávateľa nie je možný prechod neexistujúceho prevádzkového rizika).
- Rada v tejto súvislosti poukázala na bod 18 preambuly smernice 2014/23/EÚ, podľa ktorého **hlavný znak koncesie, t. j. právo na využívanie stavieb alebo služieb vždy znamená prenos prevádzkového rizika ekonomickej povahy na koncesionára vrátane možnosti, že sa mu nevrátia investície vynaložené a náklady vzniknuté pri prevádzkovaní stavby alebo poskytovaní zadaných služieb v rámci bežných prevádzkových podmienok.** Podľa bodu 20

preambuly smernice 2014/23/EÚ prevádzkové riziko by malo vyplývať z faktorov, ktoré nie sú pod kontrolou zmluvných strán. Riziká, akými sú napríklad riziká spojené so zlým riadením, neplnením zmluvy zo strany hospodárskeho subjektu alebo súvisiace s vyššou mocou, nie sú na účely klasifikácie, či ide o koncesiu, rozhodujúce, keďže tieto riziká sú prítomné v každej zákazke bez ohľadu na to, či ide o verejnú zákazku alebo koncesiu. Koncesionár musí byť reálne vystavený výkyvom trhu, pričom prevádzkové riziko môže pozostávať z rizika na strane dopytu alebo rizika na strane ponuky alebo z oboch.

- **Uvedené je pritom premietnuté aj v § 4 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého zadanie koncesie prechádza prevádzkové riziko na koncesionára pri využívaní stavby alebo poskytovaní služby, ktoré zahŕňa riziko na strane dopytu alebo ponuky.** Prevádzkové riziko prechádza na koncesionára, ak za bežných prevádzkových podmienok nemá zaručenú návratnosť vynaložených investícií alebo nákladov vzniknutých pri prevádzkovaní stavby alebo poskytovaní služby, ktorá je predmetom koncesie.
- **Objasnenie pojmu prevádzkové riziko a jeho obsah vymedzuje taktiež bod 22 preambuly smernice 2014/23/EÚ, a to tak, že:**
 - a) **prevádzkové riziko by malo vyplývať z faktorov, ktoré nie sú pod kontrolou zmluvných strán;** riziká, akými sú napríklad riziká spojené so zlým riadením, neplnením zmluvy zo strany hospodárskeho subjektu alebo súvisiace s vyššou mocou, nie sú na účely klasifikácie, či ide o koncesiu, rozhodujúce, keďže tieto riziká sú prítomné v každom verejnom obstarávaní, bez ohľadu na to, či ide o verejnú zákazku, alebo koncesiu,
 - b) **prevádzkové riziko by sa malo chápať ako riziko vystavenia sa náladám trhu,** pričom môže pozostávať z rizika na strane dopytu alebo rizika na strane ponuky,
 - riziko na strane dopytu je nutné chápať ako riziko v oblasti skutočného dopytu po stavebných prácach alebo službách, ktoré sú predmetom zmluvy,
 - riziko na strane ponuky je potrebné chápať ako riziko v oblasti uskutočňovania stavebných prác alebo poskytovania služieb, ktoré sú predmetom zmluvy, najmä riziko, že poskytovanie služieb nebude zodpovedať dopytu,
- **Taktiež z rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci C-348/10 vyplýva, že koncesia na služby zahŕňa, že koncesionár nesie riziko spojené s prevádzkovaním predmetných služieb.** Neexistencia prevodu rizika spojeného s poskytovaním služieb na poskytovateľa znamená, že predmetná zmluva predstavuje verejnú zákazku na služby, a nie koncesiu na služby. **V tomto rozsudku je ďalej uvedené, že riziko spojené s prevádzkovaním je potrebné vnímať ako riziko vystavenia sa nebezpečenstvu trhu.**
- Rada sa plne stotožnila s posúdením úradu, že nájomca je v tomto prípade vystavený reálnej ponuke a dopytu na trhu, pričom neexistuje garancia návratnosti vynaložených nákladov nájomcom v súvislosti s poskytovaním predmetných služieb, a teda je splnený aj tretí definičný znak koncesie. Nájomca je totiž v tomto prípade vystavený nebezpečenstvu trhu a je závislý na odobraní ním poskytovaných služieb tretími osobami, od ktorých bude poberať protiplnenie

(platby za poskytované služby). Verejný obstarávateľ pritom v tomto prípade nájomcovi (poskytovateľovi služieb) neposkytuje žiadnu, úplnú ani čiastočnú kompenzáciu v súvislosti s poskytovaním týchto služieb úspešným uchádzačom (nájomcom). Zároveň mala rada za to, že verejný obstarávateľ na koncesionára v tomto prípade preniesol podstatnú časť rizika, a tento bude reálne vystavený dopytu po nabíjaní elektromobilov na vybraných diaľničných odpočívadlách verejného obstarávateľa, pričom potenciálna strata vzniknutá koncesionárovi v tomto prípade nemusí byť zanedbateľná, nakoľko je ťažké odhadnúť reálny dopyt po nabíjaní elektromobilov na diaľničných odpočívadlách verejného obstarávateľa. Verejný obstarávateľ teda preniesol na nájomcu (koncesionára) prevádzkové riziko súvisiace s poskytovaním predmetných služieb.

- Verejný obstarávateľ sa podľa rady nesprávne domnieva, že na to, aby bolo možné preniesť prevádzkové riziko na koncesionára, musí toto riziko bezpodmienečne existovať a musí ho reálne znášať verejný obstarávateľ už v čase pred samotným zadaním koncesie. Rada mala za to, že na prenesenie prevádzkového rizika nie je nevyhnutné, aby toto prevádzkové riziko reálne znášal verejný obstarávateľ ešte pred samotným zadaním koncesie, ale je potrebné, aby verejný obstarávateľ preniesol na koncesionára prevádzkové riziko, ktoré by inak (pokiaľ by nezadal koncesiu) znášal sám.
- Na základe všetkých uvedených skutočností sa rada stotožnila s posúdením úradu, že **definičný znak koncesie „prenesenie prevádzkového rizika na koncesionára“, je v tomto prípade splnený, nakoľko nájomca/koncesionár je v tomto prípade vystavený nebezpečenstvu trhu a je závislý na odoberaní ním poskytovaných služieb tretími osobami, od ktorých bude poberať protiplnenie (platby za poskytované služby). Verejný obstarávateľ pritom v tomto prípade poskytovateľovi služieb (koncesionárovi) neposkytuje žiadnu kompenzáciu v súvislosti s poskytovaním týchto služieb.**
- Rada teda v tejto časti rozhodnutia úradu neidentifikovala žiadny dôvod na jeho zmenu, na základe čoho rada zároveň odvolanie verejného obstarávateľa v tejto časti považovala za nedôvodné.

Písm. D): Aplikovanie postupu podľa ZVO

- Verejný obstarávateľ vo svojom odvolaní proti rozhodnutiu úradu argumentoval okrem iného tiež tým, že v tomto prípade bolo uzatvorenie nájomnej zmluvy výsledkom obchodnej verejnej súťaže, ktorá je podľa § 102 ods. 1 ZVO jedným z prípustných postupov zadávania koncesie. Teda aj v prípade, ak by predmetná nájomná zmluva bola koncesnou zmluvou (čo verejný obstarávateľ popiera), je podľa neho zrejmé, že pri jej uzavretí bol použitý súťažný postup podľa zákona o verejnom obstarávaní, a teda ani z tohto dôvodu nemožno na strane verejného obstarávateľa konštatovať porušenie § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.
- Takúto argumentáciu verejného obstarávateľa bolo však podľa rady potrebné ako zjavne nedôvodnú odmietnuť. Podľa rady totiž skutočnosť, že verejný obstarávateľ predmetnú

nájomnú zmluvu uzatvoril na základe vyhlásenej obchodnej verejnej súťaže (podľa § 281 a nasl. Obchodného zákonníka), ktorú zároveň zákon o verejnom obstarávaní v § 102 ods. 1 písm. f) označuje ako jeden z postupov zadávania koncesie, sama osebe nemôže odôvodňovať záver, že verejný obstarávateľ v tomto prípade postupoval podľa zákona o verejnom obstarávaní. Už len samotná skutočnosť, že **predmetná koncesia nebola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie a vo Vestníku verejného obstarávania, znamená, že o vyhlásení tejto koncesie (obchodnej verejnej súťaže) sa mohli dozvedieť iba čitatelia denníka Nový čas** (v ktorom verejný obstarávateľ zverejnil vyhlásenie o obchodnej verejnej súťaži), **a teda nie všetky hospodárske subjekty na relevantnom európskom trhu.** Na postup zadávania nadlimitnej koncesie v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní sa pritom vzťahujú taktiež ďalšie povinnosti, ktoré sú upravené v § 100 a nasl. zákona o verejnom obstarávaní, ako aj povinnosti verejného obstarávateľa súvisiace s určením predpokladanej hodnoty koncesie podľa § 6 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní, atď. **Rada v tejto súvislosti zároveň dodala, že verejný obstarávateľ si doteraz, a to aj napriek opakovaným výzvam úradu nesplnil povinnosť súvisiacu s určením predpokladanej hodnoty koncesie podľa § 6 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.**

- **Verejný obstarávateľ zároveň nezverejnením koncesie v Úradnom vestníku Európskej únie a vo Vestníku verejného obstarávania, neumožnil potenciálnym hospodárskym subjektom uplatniť revízne postupy, napr. namietat' proti súťažným podmienkam.**
- Záveru, že verejný obstarávateľ v tomto prípade neuplatnil žiadny z postupov verejného obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní, pritom podľa rady zodpovedajú aj opakované vyjadrenia verejného obstarávateľa, že postupoval v súlade s § 1 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého sa tento zákon nevzťahuje na nadobúdanie existujúcich stavieb alebo nájom existujúcich stavieb a iných nehnuteľností alebo nadobúdanie práv k nim akýmkoľvek spôsobom financovania.
- Vo vzťahu k tejto argumentácii verejného obstarávateľa rada zároveň uviedla, že v dokumentácii predloženej verejným obstarávateľom sa nenachádza žiadne zdôvodnenie takéhoto postupu, teda zdôvodnenie, prečo mal verejný obstarávateľ za to, že išlo o oprávnené aplikovanie výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Každá výnimka z pravidiel verejného obstarávania sa pritom v zmysle judikatúry Súdneho dvora EÚ (C-26/03, C-458/03, C-385/02, C-340/02) musí vykladať zužujúco (striktne), pričom dôkazné bremeno nesie verejný obstarávateľ, ktorý ju chce použiť. V tejto súvislosti rada taktiež poukázala napr. na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. 6S/142/2019-237 zo dňa 27. 08. 2020, v ktorom Krajský súd v Bratislave o. i. konštatoval nasledovné, cit.: „K uplatneniu výnimky z aplikácie pravidiel a postupov vo verejnom obstarávaní môže dôjsť len za predpokladu existencie objektívnych dôvodov (uzavrieť určité a presne vymedzené zmluvy bez použitia týchto pravidiel a postupov). **Je však zakázané použitie týchto výnimiek s cieľom vyhnúť sa transparentným a súťažným postupom zadávania zákazky bez objektívnych dôvodov...**“

- V tejto súvislosti rada zároveň poukázala na rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-220/05 (Jean Auroux a i. vs. Commune de Roanne) a rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-536/07 (Komisia vs. Nemecko), z ktorých vyplýva, že podľa Súdneho dvora EÚ má byť charakter zmluvy určený jej hlavným predmetom.
- Rada v tomto odvolacom konaní dospela k záveru, že **hlavným účelom predmetnej obchodnej verejnej súťaže, ako ani následne uzatvorenej nájomnej zmluvy, nebol prenájom pozemkov vo vlastníctve verejného obstarávateľa, ale hlavným účelom obchodnej verejnej súťaže, ako aj následne uzatvorenej nájomnej zmluvy, bolo obstaranie výstavby a prevádzky nabíjacích elektrostaníc, a to podľa špecifikovaných požiadaviek verejného obstarávateľa.**
- Na základe všetkých uvedených skutočností mala rada za to, že verejný obstarávateľ v tomto prípade porušil § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keď neoprávnene aplikoval výnimku podľa § 1 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní a zvolil postup obchodnej verejnej súťaže, pričom nezvolil niektorý z príslušných súťažných postupov zadávania koncesie, a to napriek skutočnosti, že predmetná nájomná zmluva napĺňa definíčné znaky koncesie, a teda spadá do pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní. Rada odvolanie verejného obstarávateľa taktiež v tejto časti považovala za nedôvodné.

AD BOD 114 PÍSM. E): URČENIE HODNOTY KONCESIE

- V tejto súvislosti rada na úvod svojho posúdenia tohto bodu odvolania dala verejnému obstarávateľovi do pozornosti skutočnosť, že verejný obstarávateľ ako aj úspešný uchádzač, boli úradom opakovane vyzvaní na poskytnutie informácií o určení predpokladanej hodnoty predmetnej koncesie, avšak ani jeden požadované informácie úradu neposkytol.
- Rada sa v tejto súvislosti nestotožnila s argumentáciou úspešného uchádzača, ktorý požadované informácie odmietol úradu (správneho orgánu) poskytnúť z dôvodu, že tieto považuje za obchodné tajomstvo a dôverné informácie, ako ani s argumentáciou verejného obstarávateľa, ktorý požadované informácie odmietol úradu poskytnúť, nakoľko mal za to, že na predmetnú obchodnú verejnú súťaž sa nevzťahujú pravidlá a postupy podľa zákona o verejnom obstarávaní, prípadne, že požadovanými údajmi **nedisponuje**. Rada v tejto súvislosti poukázala na stanovisko Ministerstva hospodárstva SR, o ktoré požiadala v rámci rozhodovania v 2. stupni, z ktorého vyplýva, že napr. informácie o rozsahu, počte a technických parametroch plánovaných nabíjacích bodov by mal mať verejný obstarávateľ k dispozícii a mal by ich predložiť úradu pre účely analýzy. **Rada zároveň konštatovala, že verejný obstarávateľ v odvolacom konaní nepreukázal oprávnenú aplikáciu výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, pričom rada zároveň v tomto odvolacom konaní dospela k záveru, že predmetná nájomná zmluva napĺňa všetky definíčné znaky koncesie.**

- V tomto prípade, kedy verejným obstarávateľom uzatvorená nájomná zmluva napĺňa všetky definíčné znaky koncesie, nebolo úlohou úradu (a nie je ani úlohou rady) plniť za verejného obstarávateľa povinnosti, ktoré mu vyplývajú zo zákona o verejnom obstarávaní, a teda ani povinnosť verejného obstarávateľa súvisiacu s určením predpokladanej hodnoty koncesie podľa § 6 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.
- Nakoľko verejný obstarávateľ v tomto prípade neposkytol úradu žiadne informácie týkajúce sa predpokladanej hodnoty danej koncesie, úrad za účelom zistenia predpokladaného obratu, ktorý je možné dosiahnuť v oblasti predmetného zmluvného záväzkového vzťahu, vykonal **vlastnú analýzu** verejne dostupných zdrojov týkajúcich sa rovnakej oblasti ako predmet danej koncesie.
- Rada vo svojom rozhodnutí uviedla, že **z predmetnej analýzy úradu vyplýva, že predpokladaný obrat úspešného uchádzača, ktorý by mohla táto spoločnosť dosiahnuť za celú dobu trvania predmetnej koncesie, predstavuje sumu 6 676 065,83 eur bez DPH**, pričom úrad pri tomto výpočte zohľadnil (i) dĺžku trvania nájomnej zmluvy, (ii) predpokladaný počet elektromobilov v danom období, (iii) počet nabíjacích staníc na území Slovenskej republiky, (iv) počet nabíjacích staníc, ktoré vzniknú na základe nájomnej zmluvy, (v) priemernú spotrebu elektromobilu, (vi) vyťaženosť jednotlivých nabíjacích staníc a (vii) cenník predmetných služieb poskytovaných nájomcom.
- Podľa § 5 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní nadlimitná koncesia je koncesia, ktorej predpokladaná hodnota sa rovná alebo je vyššia ako finančný limit ustanovený všeobecne záväzným právnym predpisom, ktorý vydá úrad. Podľa § 2 vyhlášky úradu č. 118/2018 Z. z. platnej a účinnej v čase zadávania predmetnej koncesie finančný limit pre nadlimitnú koncesiu predstavuje 5 548 000 eur.
- **Podľa § 6 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní predpokladaná hodnota koncesie na účely tohto zákona je verejným obstarávateľom predpokladaný celkový obrat bez dane z pridanej hodnoty, ktorý má dosiahnuť koncesionár počas trvania koncesnej zmluvy v súvislosti s protiplnením za stavebné práce a služby tvoriace predmet koncesie, vrátane hodnoty tovaru poskytnutého verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom, ktorý s týmito stavebnými prácami alebo službami súvisí a vzťahuje sa k času, keď sa oznámenie o koncesii posielala na uverejnenie alebo k času začatia zadávania koncesie, ak sa uverejnenie takéhoto oznámenia nevyžaduje.**
- Zákon o verejnom obstarávaní pritom upravuje len demonštratívny výpočet položiek, ktoré by mali byť zahrnuté do výšky predpokladanej hodnoty koncesie, a teda pri určovaní predpokladanej hodnoty koncesie je potrebné zohľadniť aj iné relevantné skutočnosti. **Pri určovaní predpokladanej hodnoty koncesie je preto potrebné vychádzať z hodnoty koncesnej transakcie, ktorá je vyjadrená ako celkový obrat koncesionára bez DPH dosiahnutý za celú dobu trvania koncesie, bez ohľadu na dosiahnutý zisk. Do tohto obratu sa primárne započítava hodnota protiplnenia za stavebné práce a služby, ktoré sú predmetom koncesie, a to bez ohľadu na skutočnosť, kto protiplnenie poskytuje, t. j. bez**

ohľadu na to, či ide o protiplnenie získané od verejného obstarávateľa alebo od tretích osôb ako užívateľov.

- Metóda výpočtu predpokladanej hodnoty koncesie musí byť pritom stanovená objektívnym spôsobom, ktorého bližšie vymedzenie by malo byť uvedené v koncesnej dokumentácii.
- Rada zistila, že úrad pri výpočte predpokladaného celkového obratu úspešného uchádzača, ktorý by mohol dosiahnuť za celú dobu trvania koncesie (20 rokov), ktorý bolo možné predpokladať v čase zadávania predmetnej koncesie v roku 2019, vychádzal z verejne dostupných údajov zverejnených na webových stránkach www.energoklub.sk, www.eafo.eu, www.zsdrive.sk, www.seva.sk, ako aj na webových stránkach Ministerstva hospodárstva Slovenskej republiky.
- Rada požiadala Ekonomickú univerzitu v Bratislave ako subjekt relevantný na posúdenie ekonomickej analýzy predpokladaného celkového obratu úspešného uchádzača vypracovanej úradom, o odbornú verifikáciu tejto analýzy a zodpovedanie otázok rady, ako aj Ministerstvo hospodárstva SR ako gestora v oblasti elektromobility v Slovenskej republike a autora Akčného plánu rozvoja elektromobility v Slovenskej republike.
- **Z oboch doručených stanovísk, ktoré si rada vyžiadala v tomto odvolacom konaní, pritom rade vyplynulo, že oslovené subjekty majú síce určité pripomienky k niektorým konkrétnym hodnotám, s ktorými analýza úradu pracuje, avšak doručené stanoviská v konečnom dôsledku potvrdzujú, že úrad pri výpočte predpokladaného celkového obratu úspešného uchádzača zvolil správny postup a vychádzal z relevantných údajov.**
- **Radou vyžiadané odborné stanovisko od EUBA odborne verifikovalo analýzu úradu,** pričom z tohto odborného stanoviska vyplýva, že úradom zvolený postup bol správny a zvolené parametre boli vybrané vhodne a do výpočtu vstupujú relevantným spôsobom. **Stanovisko EUBA zároveň nevyvrátilo záver úradu, že v tomto prípade ide o nadlimitnú koncesiu,** nakoľko aj pri zvolení diskontnej sadzby na úrovni 2 %, ktorá je podľa EUBA bežne využívaná, by hodnota danej koncesie dosiahla hodnotu približne 5,96 milióna eur bez DPH.
- Pokiaľ ide o stanovisko Ministerstva hospodárstva SR, rada uviedla, že toto taktiež potvrdilo, že všetky použité vstupné údaje, s výnimkou počtu nabíjacích bodov, ktoré majú byť vybudované a prevádzkované úspešným uchádzačom ZSE, možno považovať za relevantné. Relevantné chýbajúce údaje ohľadom počtu nabíjacích bodov, ako aj ďalších externých príjmov úspešného uchádzača, ktoré majú podľa Ministerstva hospodárstva SR zásadný vplyv na odhad celkového obratu úspešného uchádzača, by pritom podľa Ministerstva hospodárstva SR bolo potrebné získať práve od verejného obstarávateľa, ktorý nimi podľa Ministerstva hospodárstva SR disponuje (verejný obstarávateľ by mal mať informácie o rozsahu, počte a technických parametroch plánovaných nabíjacích bodov) a mal by ich predložiť úradu pre účely analýzy.
- V tejto súvislosti rada taktiež poukázala na bod 53 rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci C-450/06 (Varec SA proti Belgickému kráľovstvu), podľa ktorého, cit.: „Na tento účel musí mať orgán príslušný na preskúmanie nevyhnutne možnosť disponovať so všetkými informáciami vrátane dôverných informácií a obchodných tajomstiev, aby mohol s plnou znalosťou veci v

konaní rozhodnúť (pozri analogicky rozsudok Mobistar, už citovaný, bod 40).“, z ktorého podľa názoru rady tiež vyplýva, že úrad, ako aj rada, majú mať plný prístup ku kompletnej dokumentácii z verejného obstarávania, aby mohli realizovať svoje kompetencie v oblasti dohľadu nad verejným obstarávaním.

- Zo stanoviska Ministerstva hospodárstva SR zároveň podľa rady jednoznačne vyplýva, že v čase zadávania predmetnej koncesie bolo možné objektívne predpokladať, že výška (odhadovaného) celkového obratu úspešného uchádzača bude vyššia ako 5 548 000 eur bez DPH, a teda, že pôjde o nadlimitnú koncesiu.
- **Na základe uvedených skutočností rada konštatovala, že odborné stanovisko Ministerstva hospodárstva SR taktiež odborne verifikovalo analýzu úradu, pričom z tohto odborného stanoviska vyplýva, že použité vstupné údaje, s výnimkou počtu nabíjacích bodov, možno považovať za relevantné, a že úrad postupoval správne, keď pri výpočte predpokladaného celkového obratu úspešného uchádzača vychádzal z vyšších odhadov počtu registrovaných elektromobilov v Slovenskej republike od SEVA, pričom v čase zadávania predmetnej koncesie bolo možné objektívne predpokladať, že pôjde o nadlimitnú koncesiu.**
- Rada v tejto súvislosti zároveň dodala, že doručené stanoviská síce nepotvrdili, že celková (presná) hodnota koncesie, ku ktorej v rámci predmetnej analýzy dospel úrad (6 676 065,83 eur bez DPH), je s určitosťou správna, avšak pre posúdenie podaného odvolania v danej veci podľa rady ani nie je nevyhnutné poznať presnú hodnotu danej koncesie. Rozhodujúce v tomto odvolacom konaní bolo posúdenie, či v tomto prípade úrad dospel k správne záveru, že ide o nadlimitnú koncesiu, resp. či v čase zadávania predmetnej koncesie bolo možné objektívne predpokladať, že výška (odhadovaného) celkového obratu úspešného uchádzača bude vyššia ako 5 548 000 eur bez DPH, a teda, že pôjde o nadlimitnú koncesiu, a či bol postup úradu pri jej výpočte správny.
- **Z oboch doručených stanovísk, ktoré si rada vyžiadala v tomto odvolacom konaní, pritom rade vyplýva, že úrad pri výpočte predpokladaného celkového obratu úspešného uchádzača zvolil správny postup a vychádzal z relevantných údajov.**
- **Rada odvolanie kontrolovaného v tejto časti považovala za nedôvodné.**

Na základe všetkých uvedených skutočností teda rada v tomto odvolacom konaní neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu odvolaním napadnutého rozhodnutia úradu, na základe čoho rada považuje odvolanie kontrolovaného v celom rozsahu za nedôvodné.

Požiadavka preukázania likvidity ako podmienka účasti preukazujúca ekonomické a finančné postavenie

Verejní obstarávatelia môžu pri zadávaní zákaziek stanoviť požiadavky, ktorými sa zabezpečí, aby uchádzači predkladajúci ponuky mali potrebné ekonomické a finančné kapacity na plnenie zákazky. Transparentne, objektívne a nediskriminačne stanovené kritériá na preukázanie ekonomického a finančného postavenia sú jedným z prostriedkov výberu uchádzačov, u ktorých existuje reálny predpoklad riadneho plnenia si zákazky so zachovaním čo najširšej hospodárskej súťaže.

Číslo rozhodnutia: 6845-9000/2021

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 1566-6000/2021

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného na základe námietok

Verejný obstarávateľ: Obec Olejníkov

Navrhovateľ/odvolateľ: Neúspešný uchádzač

Predmet zákazky: „Obec Olejníkov – splašková kanalizácia“

Predpokladaná hodnota zákazky: 1 087 385,21 EUR bez DPH

Postup zákazky: podlimitná zákazka na uskutočnenie stavebných prác

Kľúčové slová: likvidita; osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie; podmienky účasti; ekonomické a finančné postavenie

Zistenie rady o okolnostiach verejného obstarávania:

- Verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Obec Olejníkov – splašková kanalizácia“ ako podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác.
- Vo výzve na predkladanie ponúk uviedol v oddiele „Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie“ v bode „Podmienky účasti“ v podbode „Ekonomické a finančné postavenie“ nasledovné, cit.: „Uchádzač preukáže svoje finančné a ekonomické postavenie uvedením ukazovateľov likvidity 2. stupňa a likvidity 3. stupňa za posledné 3 účtovné obdobia predchádzajúce lehote na predkladanie ponúk, resp. za roky, ktoré sú dostupné v závislosti

od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti. (...) Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Aritmetický priemer ukazovateľov Likvidity 2. stupňa za účtovné obdobia, za ktoré uchádzač predkladá doklady musí byť u uchádzača vyšší ako 0,7 a zároveň aritmetický priemer ukazovateľov Likvidity 3. stupňa za účtovné obdobia, za ktoré uchádzač predkladá doklady musí byť u uchádzača vyšší ako 1,5. (...).“

- Verejný obstarávateľ zároveň stanovil vzorce na výpočty požadovaných ukazovateľov likvidity.
- Zdôvodnením zvolenia ukazovateľov likvidity 2. a 3. stupňa bolo, že realizácia stavebných prác tvoriacich predmet zákazky si od uchádzača vyžadovala, aby bol schopný priebežne financovať realizáciu významnej časti diela z vlastných zdrojov.
- Navrhovateľ zaslal verejnému obstarávateľovi žiadosť o nápravu, v ktorej žiadal, cit.: „...vynechať ukazovateľ likvidity 3. stupňa spomedzi ukazovateľov, ktorými uchádzač preukazuje svoje ekonomické a finančné postavenie“, pričom predmetnú žiadosť o nápravu odôvodnil okrem iného aj tým, že, cit.: „(...) zaradenie ukazovateľa likvidity 3. stupňa je diskriminačné, nespôsobilé k objektívnemu vyhodnoteniu spôsobilosti uchádzačov a súčasne neprimerané vo vzťahu k zákazke.“
- V zdôvodnení svojej žiadosti ďalej uviedol okrem iného aj, že stanovenie minimálnej požadovanej úrovne štandardov pre parameter Likvidita 3. stupňa na úrovni vyššej ako 1,5 stupňa je neprimerané vo vzťahu k predmetu a rozsahu zákazky, pričom v tejto súvislosti upozornil na ustanovenia § 38 ods. 6 a ods. 7 ZVO.
- Verejný obstarávateľ vo svojej odpovedi na žiadosť o nápravu uviedol, že podmienky stanovil v súlade s § 38 ods. 9 ZVO ako transparentné, objektívne a nediskriminačné podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia zohľadňujúce pomery medzi aktívami a pasívami.
- Verejný obstarávateľ vo svojej odpovedi ďalej uviedol, že určil minimálne hodnoty ukazovateľov hlboko pod intervalom odporúčaných/optimálnych hodnôt², ale tak, aby zabezpečil, že uchádzač bude schopný realizovať predmet zákazky, a že, cit.: „...účelom inštitútu podmienok účasti je nastavenie pravidiel, ktoré umožňujú preskúmať spôsobilosť uchádzačov alebo záujemcov s cieľom umožniť súperenie o zákazku iba spôsobilým hospodárskym subjektom, u ktorých existuje predpoklad riadneho plnenia zákazky. Z tohto pohľadu predstavujú podmienky účasti eliminačné kritériá, ktoré v prípade ich nesplnenia zo strany uchádzačov alebo záujemcov rezultujú v ich vylúčení z verejného obstarávania.“
- V nadväznosti na túto odpoveď doručil navrhovateľ verejnému obstarávateľovi ďalšiu žiadosť o vysvetlenie, v ktorej okrem iného žiadal, aby verejný obstarávateľ vo Výzve na predkladanie ponúk upravil bod Ekonomické a finančné postavenie, oddiel Osobné postavenie, ekonomické, finančné a technické informácie, nakoľko mu z predchádzajúcej odpovede nebolo úplne zrejmé, či je možné **nahradiť** podmienku účasti na preukázanie finančného a ekonomického postavenia **úverovým príslubom**, a či bude takéto preukázanie akceptované.

² Pre viac informácií o ukazovateľoch likvidity a ich odporúčaných hodnotách viď napr. odborný článok:

https://www.anafin.sk/33/vypocet-a-vypovedacia-hodnota-ukazovatelov-likvidity-prakticky-priklad-uniqueiduchxzASYZNbZPksWr5xNIPr_6p-kBwHApLpGVMy1prA/

- Verejný obstarávateľ vo svojej odpovedi na túto žiadosť o nápravu uviedol, že úverovým príslubom nie je možné nahradiť požiadavku na likviditu 2. a 3. stupňa, a teda takéto preukázanie splnenia podmienky finančného a ekonomického postavenia nebude akceptované.
- Navrhovateľ následne podal námietky proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk a zároveň v rámci lehoty na predkladanie ponúk predložil svoju ponuku, v ktorej preukázal splnenie podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia v súvislosti s 2. stupňom likvidity tak, ako to požaduje kontrolovaný v rámci predmetnej podmienky účasti. Pokiaľ ide o podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia v časti týkajúcej sa 3. stupňa likvidity, navrhovateľ vo svojej ponuke predložil záväzný úverový príslub banky.
- Úrad dal v rámci svojho prvostupňového rozhodnutia do pozornosti skutočnosť, že obdobná podmienka účasti finančného a ekonomického postavenia bola v minulosti predmetom právneho posúdenia úradu v spojených konaniach č. 5271-6000/2019-OD a 8119-6000/2019-OD, kedy jeden zo záujemcov rovnako považoval určenie takejto podmienky za diskriminačné a za rozporné so ZVO. V uvedenom konaní úrad oslovil Znalecký ústav Ekonomickej univerzity v Bratislave (ďalej len „znalecký ústav“) so žiadosťou o zodpovedanie odborných otázok týkajúcich sa danej problematiky, pričom na základe odborného stanoviska znaleckého ústavu mal úrad v danom konaní za to, že takáto podmienka účasti bola stanovená primerane vo vzťahu k predmetu zákazky.
- V súvislosti s aktuálnym konaním považoval úrad za potrebné posúdiť, či závery uvedené v odbornom stanovisku znaleckého ústavu sú aplikovateľné aj na skutkový stav zistený v predmetnom konaní o námietkach.
- Preto sa úrad na znaleckú ústav obrátil aj v tomto so žiadosťou o zodpovedanie štyroch otázok vo forme odborného stanoviska:
 - *Sú závery uvedené vo vašom odbornom stanovisku aplikovateľné aj na iné verejné obstarávania, ktorých predmetom zákazky sú rovnako stavebné práce a v ktorých sa od uchádzačov vyžaduje splnenie ukazovateľa likvidity 2. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 0,7 a ukazovateľa 3. stupňa likvidity v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 1,5 napríklad na verejné obstarávania vyhlásené obcami Olejníkov a Hybe?*
 - *Preukazuje podľa Vášho odborného názoru splnenie stanovených ukazovateľov 2. a 3. stupňa likvidity schopnosť hospodárskeho subjektu priebežne financovať realizáciu významnej časti diela z vlastných zdrojov alebo z úverov tak, ako tvrdia kontrolovaní alebo nie?*
 - *Má podľa Vášho odborného názoru vplyv na posudzovanie primeranosti vyžadovania priemernej hodnoty ukazovateľa likvidity 2. stupňa za predchádzajúce účtovné obdobia – viac ako 0,7 a ukazovateľa likvidity 3. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce obdobia – viac ako 1,5, tá skutočnosť, o aký predmet, rozsah a predpokladanú hodnotu zákazky v danom prípade ide? (resp. ak na posúdenie primeranosti danej požiadavky majú vplyv aj iné faktory, popíšte ich).*
 - *Je podľa Vášho odborného názoru z ekonomického pohľadu opodstatnené, resp. vhodné požadovať od uchádzačov predmetných verejných obstarávaní splnenie ukazovateľa likvidity*

2. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 0,7 a zároveň splnenie ukazovateľa likvidity 3. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 1,5, alebo nie?

- Z odpovede na prvú otázku podľa úradu vyplynulo, že závery uvedené v odbornom stanovisku znaleckého ústavu vyžiadanom v konaní č. 5271-6000/2019-OD, 8119-6000/2019-OD možno analogicky využiť aj v iných verejných obstarávaniach, ale len v tom rozsahu, pokiaľ nie sú orientované na posudzovanie hodnôt ukazovateľov likvidity podnikov v neskoršom časovom období, preto vzal v predmetnom konaní do úvahy len tie časti predchádzajúceho odborného stanoviska, v ktorých znalecký ústav vysvetľoval:
 - na čo slúži ukazovateľ likvidity,
 - aké ukazovatele likvidity existujú,
 - vzťah medzi úverovým prísľubom banky a preukázaním likvidity 2. a 3. stupňa,
 - možnosti overenia počtu podnikateľských subjektov, ktoré v rámci územia Slovenskej republiky spĺňajú obdobnú úroveň likvidity 2. a 3. stupňa, akú kontrolovaný určil aj v predmetnom verejnom obstarávaní,
 - odporúčané hodnoty pre ukazovatele likvidity 2. a 3. stupňa z pohľadu finančnej teórie.
- Na základe kladnej odpovede znaleckého ústavu na druhú otázku sa úrad stotožnil s názorom verejného obstarávateľa, podľa ktorého sa stanovenými minimálnymi hodnotami ukazovateľov 2. a 3. stupňa likvidity sleduje to, aby sa o zadanie predmetnej zákazky uchádzali len ekonomicky a finančne zdravé hospodárske subjekty, ktoré svoju finančnú a ekonomickú efektívnosť preukazujú na základe ekonomického hospodárenia z minulých období, a teda prostredníctvom výsledného aritmetického priemeru dosiahnutých ukazovateľov likvidity 2. a 3. stupňa za predchádzajúce účtovné obdobia. Podľa názoru úradu je teda možné konštatovať, že ak uchádzač preukáže splnením predmetnej podmienky účasti svoju finančnú a ekonomickú stabilitu za minulé obdobia, tak má preukázateľné predpoklady na to byť finančne a ekonomicky spôsobilý plniť si riadne a včas svoje krátkodobé peňažné záväzky voči tretím osobám, ako aj voči kontrolovanému pokiaľ pôjde o záväzky vyplývajúce zo zmluvy uzavretej s verejným obstarávateľom.
- V súvislosti s otázkou číslo tri úrad uviedol, že sa ňou snažil zistiť, aké najdôležitejšie faktory by mohli vplývať na proces posudzovania primeranosti požiadavky na to, aby u toho-ktorého uchádzača priemerná hodnota ukazovateľa likvidity 2. stupňa za predchádzajúce účtovné obdobia dosahovala hodnotu väčšiu ako 0,7 a zároveň, aby u neho hodnota ukazovateľa likvidity 3. stupňa za predchádzajúce obdobia dosahovala v aritmetickom priemere hodnotu väčšiu ako 1,5. Znalecký ústav o. i. konštatoval, že veľkosť zákazky nemá priamy vzťah k posudzovaniu primeranosti zvolených ukazovateľov likvidity, a že objem zákazky je pri verejnom obstarávaní smerodajný najmä pri požiadavke na veľkosť obratu (tržieb) hospodárskeho subjektu. Na základe odpovede znaleckého ústavu úrad konštatoval, že výška predpokladanej hodnoty zákazky priamo neovplyvňuje zohľadňovanie proporcionality pri voľbe požadovaných hodnôt ukazovateľov likvidity 2. a 3. stupňa v prípade, ak sa ten-ktorý verejný obstarávateľ rozhodne vo verejnom

obstarávaní použiť na overenie finančnej a ekonomickej spôsobilosti uchádzačov metódu sledovania týchto hodnôt dosiahnutých v minulosti.

- Vo svojej odpovedi na štvrtú otázku znalecký ústav formou tabuliek poukázal na výsledky, ktoré dosiahli podniky v hodnotách ukazovateľov likvidity za roky 2017-2019 v odvetví, do ktorého spadá predmet zadávanej zákazky, pričom konštatoval o. i. nasledovné závery³:
 - v celom analyzovanom období pri ukazovateľoch likvidity stupňa požadovanú hodnotu 0,7 dosiahli podniky zaradené do tretieho a štvrtého kvartilu, t. j. nad úrovňou mediánu (čo znamená, že **minimálne 50 % podnikov bez ohľadu na veľkosť podniku spĺňa danú podmienku**) a sčasti (väčšie podniky podľa majetku a obratu) aj do druhého kvartilu, t. j. nad úrovňou dolného kvartilu,
 - v celom analyzovanom období pri ukazovateľoch likvidity 3. stupňa požadovanú hodnotu 1,5 dosiahli podniky zaradené do štvrtého kvartilu, t. j. nad úrovňou horného kvartilu, čo je viac ako 25 % podnikov bez ohľadu na veľkosť podniku, v rokoch 2018 a 2019 podmienku spĺňali aj podniky v určitých veľkostných kategóriách zaradené do tretieho kvartilu, **ktoré dosiahli požadovanú úroveň vyššiu ako v mediáne, čo predstavuje viac ako 50 % podnikov podľa príslušných veľkostných skupín.**
- V závere odborného stanoviska znalecký úrad uviedol, že na základe jeho analýz je možné konštatovať, že **existuje významná skupina podnikov, t. j. viac ako 50 %, ktorá je schopná dosiahnuť stanovené hodnoty likvidity 2. stupňa na úrovni 0,7 a viac ako 25 % podnikov, ktoré sú schopné dosiahnuť hodnotu likvidity 3. stupňa na úrovni 1,5. Vzhľadom na túto skutočnosť, ako aj vecný charakter a ekonomickú interpretáciu ukazovateľov likvidity, znalecký ústav konštatoval, že je podľa jeho názoru opodstatnené vyžadovať od uchádzača predmetného verejného obstarávania splnenie požadovaných úrovní likvidity 2. a 3. stupňa.**
- Vzhľadom na závery uvedené znaleckým ústavom považoval úrad námietky navrhovateľa za neopodstatnené.
- Navrhovateľ následne podal voči rozhodnutiu úradu odvolanie.

Argumenty navrhovateľa v odvolaní:

- Navrhovateľ vo svojom odvolaní uviedol, že tým, že verejný obstarávateľ zahrnul ukazovateľ likvidity 3. stupňa medzi podmienky účasti, postupoval podľa jeho názoru v rozpore so zákonnými požiadavkami, nakoľko zaradenie tohto ukazovateľa je podľa neho diskriminačné, nespôsobilé k objektívnemu vyhodnoteniu spôsobilosti uchádzačov a súčasne neprimerané vo vzťahu k zákazke. Verejný obstarávateľ by podľa navrhovateľa mal prihliadať na to, aby ním stanovené podmienky účasti vytvárali predpoklady na účasť vo verejnom obstarávaní čo najväčšiemu počtu záujemcov, aby mohla byť zabezpečená efektivita súťaže, resp. rozvoj účinnej hospodárskej súťaže.

³ V roku 2019 bola predmetom skúmania vzorka 434 subjektov pôsobiach v odvetví Inžinierske stavby, v roku 2018 to bolo 582 subjektov a v roku 2017 išlo o 560 subjektov. Najväčšia časť podnikov bola v celom analyzovanom období zastúpená v skupine majetok do 1,6 mil. € a obrat do 0,8 mil. €.

- Navrhovateľ ďalej poukázal na otázku č. 2 odborného stanoviska a jej zodpovedanie znaleckým ústavom, pričom mal za to, že znalecký ústav vo vetách, cit.: „*Ukazovatele likvidity nevyjadrujú schopnosť podnikateľského subjektu hraďiť svoje dlhodobé záväzky (napr. dlhodobé úvery). Na tento účel slúžia iné ukazovatele ako napr. úrokové krytie alebo tokové zadĺženie.*“, jednoznačne potvrdil neopodstatnenosť požiadavky ukazovateľov likvidity 2. a 3. stupňa vo verejnom obstarávaní.
- Navrhovateľ ďalej poukázal na ďalšie tvrdenie znaleckého ústavu, cit.: „*Posúdenie likvidity za obdobie viacerých účtovných/hospodárskych období zohľadňuje vývoj tohto ukazovateľa v čase a tým je preukázaná jeho opodstatnenosť pri posudzovaní schopnosti podnikateľského subjektu priebežne financovať realizáciu diela pri dodržaní efektívneho riadenia zložiek krátkodobého majetku (manažment pohľadávok a zásob)*“, ktoré považuje za rozporné s konštatovaním znaleckého ústavu uvedeným v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia.
- Navrhovateľ naďalej trval na názore, že splnenie stanovených ukazovateľov 2. a 3. stupňa likvidity nepreukazuje schopnosť hospodárskeho subjektu priebežne financovať realizáciu významnej časti diela z vlastných zdrojov alebo z úverov, a teda jeho vyžadovanie vo verejnom obstarávaní je neopodstatnené.
- Ďalej mal zato, že vo vzťahu k otázke č. 4 z odborného stanoviska napriek časti „...z ekonomického pohľadu ...“, sa úrad znaleckého ústavu pýtal na opodstatnenosť, resp. vhodnosť požadovať od uchádzačov predmetných verejných obstarávaní splnenie kritérií, a teda išlo o otázku z oblasti verejného obstarávania.
- Vzhľadom na odbory, v ktorých je znalecký ústav oprávnený podávať znalecké posudky, s tým, že nemá oprávnenie na podávanie posudkov vo verejnom obstarávaní, sa navrhovateľ voči odbornému stanovisku ohradil a navrhol úradu, aby sa s otázkami obrátil na znalca v oblasti verejného obstarávania.
- Navrhovateľ ďalej poukázal na zodpovedanie otázky č. 4 odborného stanoviska, pričom mal za to, že z odpovede je zrejmé, že z každej zverejnenej účtovnej závierky je možné vypočítať ukazovatele likvidity 2. a 3. stupňa, preto je, aj napriek množstvu spoločností, fakticky možné vypočítať úrovne likvidity pre vybrané spoločnosti a rozhodnúť sa pre uplatňovanie ukazovateľa likvidity v danej súťaži, a tak následne eliminovať okruh subjektov, ktorí ku dňu zverejnenia výzvy danú podmienku nespĺňajú. Týmto spôsobom podľa navrhovateľa môže dochádzať, pričom podľa neho aj dochádza, k diskriminácii subjektov prostredníctvom uplatnenia ukazovateľa, ktorý sa javí ako vysoko objektívny.
- V tejto súvislosti ďalej uviedol, že verejnému obstarávateľovi muselo byť z verejne dostupných zdrojov vopred známe, ktoré spoločnosti spĺňajú požadované hodnoty likvidity, a je teda vysoko pravdepodobné, že už v čase vyhlásenia verejného obstarávania vedel, ktoré spoločnosti v oblasti stavebníctva danú minimálnu úroveň ukazovateľa likvidity 2. a 3. stupňa vedia preukázať a ktoré nie. Z tohto dôvodu bol navrhovateľ presvedčený, že stanovením tejto podmienky účasti sa vopred vedome obmedzil a zúžil okruh potenciálnych uchádzačov.

- Navrhovateľ ďalej poukázal na fakt, že spoločnosť, ktorá v predmetnom verejnom obstarávaní zastupuje verejného obstarávateľa, zastrešuje aj množstvo ďalších verejných obstarávaní, pričom upozornil na skutočnosť, že vo veľkom množstve týchto verejných obstarávaní sa nevyžaduje žiadne ekonomické a finančné postavenie – k čomu v odvolaní uviedol aj príklady. V tejto súvislosti uviedol, že na to poukazuje z dôvodu, že v rozhodnutí úradu sa ako jeden z argumentov, prečo sa v zákazke vyžadovala likvidita, uvádza, že zákazka bude hradená z prostriedkov Environmentálneho fondu formou dotácie, avšak aj navrhovateľom uvedené príklady zákaziek sú hradené z NFP a podmienka splnenia ukazovateľov likvidity v nich absentuje. Navrhovateľ uviedol, že takúto selekciu by bolo možné považovať za diskriminačnú, pretože v zákazkách, kde sa likvidita vyžaduje, sa už vopred zužuje okruh možných budúcich uchádzačov.
- Navrhovateľ sa takisto kategoricky ohradil voči názoru úradu v rozhodnutí o neobjektivite a nezohľadnení finančnej situácie podniku úverovým príslubom, pričom poukázal na skutočnosť, že znalecký ústav sa vyjadril, že na položenú otázku nie je možné dať jednoznačnú odpoveď. Takéto vyjadrenia znaleckého ústavu o úverovom príslube banky nepovažoval za vhodné chápať ako odborné stanovisko k problematike. Mal za to, že spôsob, formu verejného obstarávania, ako aj vhodnosť a duplicitu alebo prípadne ich vzájomné vylučovanie môže primerane posúdiť len znalecký ústav v oblasti verejného obstarávania. Opätovne preto zdôraznil, aby sa úrad obrátil na znalca v odbore verejné obstarávanie. Zároveň dal v tejto súvislosti do pozornosti možnosť osloviť aj banky s otázkou, či je dosiahnutie určitej hodnoty likvidity zárukou poskytnutia úveru, resp. či podnikateľský subjekt, ktorý nedosahuje úroveň likvidity, stanovenú v danej súťaži, v žiadnom prípade nedostane úver.
- Vo svojom odvolaní ďalej poukázal na fakt, že ekonomický ukazovateľ likvidity nie je jediným ukazovateľom, na základe ktorého sa dajú zanalyzovať rozhodujúce stránky finančnej situácie podniku. Významný vplyv na zhodnotenie finančného zdravia podniku majú aj iné ukazovatele, ako napr. ukazovatele aktivity, obrátkovosti, zadlženosti, rentability. Na bonitu majú podľa neho významný vplyv práve ukazovatele rentability, ktoré majú podľa jeho názoru z hľadiska bonity dokonca vyššiu váhu. Všetky spomínané ukazovatele mali by byť vzájomne previazané, aby bolo možné hovoriť o celkovej finančnej situácii podniku. Navrhovateľ ďalej zdôraznil, že dôležitý je nielen trend, ale aj hraničné hodnoty zabezpečujúce finančnú stabilitu. Trend je podľa neho všeobecne platný, hodnoty sú individuálne. Ukazovatele likvidity sú preto len relatívne ukazovatele, ktoré dávajú do pomeru krátkodobý majetok, resp. len jeho vybrané zložky voči krátkodobým cudzím zdrojom. Navrhovateľ ma na základe uvedeného za to, že odporúčané intervaly likvidity sú len všeobecného charakteru a líšia sa v závislosti od predmetu podnikania konkrétneho podniku, špecifik hospodárstva, ako aj fázy ekonomického cyklu.
- Navrhovateľ ďalej nesúhlasil, že práve Znalecký ústav Ekonomickej univerzity v Bratislave je natoľko oprávnený, aby sa vyjadroval, či je alebo nie je opodstatnené alebo vhodné vyžadovať vo verejných obstarávaníach od uchádzačov splnenie úrovne likvidity 2. a 3. stupňa. Predmetná podmienka účasti podľa navrhovateľa absolútne nespĺňa účel, na ktorý mala byť v zmysle zákona o verejnom obstarávaní určená. Nedosiahnutie hodnoty likvidity 2. a 3. stupňa preto nepovažuje za

dôvod ani dôkaz o tom, že stavebné spoločnosti nie sú schopné riadne si plniť predmet zákazky. Navrhovateľ preto naďalej považoval takúto podmienku za vysoko diskriminačnú a hlavne za podmienku, ktorá objektívne neodzrkadľuje skutočné finančné postavenie podniku. Taktiež trval na tom, že verejný obstarávateľ danú minimálnu úroveň tejto podmienky účasti stanovil s vedomím, že týmto vopred obmedzí účasť v danom čase jemu známych potenciálnych záujemcov a uchádzačov.

- Navrhovateľ dal vo svojom odvolaní do pozornosti aj dopad situácie okolo COVID-19 na stavebné spoločnosti, pričom poukázal na to, že celkovo sa v oblasti stavebníctva očakáva prepád trhu okolo 13,3 %. Práve z dôvodu neľahkej situácie v oblasti stavebníctva mal verejný obstarávateľ stanoviť podmienky účasti tak, aby vytváral predpoklady na čo najväčšiemu počtu záujemcov, aby mohla byť zabezpečená efektivita súťaže, a nie tak, že stanovením podmienok účasti naopak ešte výrazne obmedzí počet uchádzačov.
- V závere svojho odvolania uviedol, že nesúhlasí s tvrdením, že daná podmienka účasti nemá diskriminačný charakter a že neobmedzuje potenciálnych uchádzačov v účasti vo verejnom obstarávaní, pričom ďalej uviedol, že nespochybňuje fakt, že likvidita je významnou časťou finančnej analýzy, ale nesúhlasí a neakceptuje tvrdenia úradu, ktorými odôvodňuje zákonnosť stanovenej podmienky účasti.

Vyjadrenie verejného obstarávateľa k odvolaniu:

- Verejný obstarávateľ uviedol, že trvá na svojom vyjadrení, že cit.: „*Požiadavka na finančné a ekonomické postavenie uvedená vo Výzve na predkladanie ponúk bola verejným obstarávateľom definovaná v súlade s ustanovením § 38 ods. 9 Zákona o verejnom obstarávaní a je to transparentná, objektívna a nediskriminačná metóda, ktorá bola verejným obstarávateľom stanovená na preukázanie finančnej a ekonomickej spôsobilosti uchádzačov o danú zákazku.*“
- Verejný obstarávateľ ďalej uviedol, že ukazovatele likvidity 2. a 3. stupňa zvolil, pretože realizácia stavebných prác tvoriacich predmet zákazky si od uchádzača vyžaduje, aby bol schopný priebežne financovať realizáciu významnej časti diela z vlastných zdrojov/úverov, pričom uviedol na porovnanie aj ním stanovených podmienok s priemernými hodnotami v národnom hospodárstve:

Likvidita 2. stupňa:

- Odporúčané hodnoty 1,0 – 1,5 ekonomika všeobecne
- Odporúčané hodnoty 1,0 – 1,5 sektor stavebníctva
- Priemer sektoru stavebníctva 2018 1,29
- Priemer sektoru stavebníctva 2019 1,24
- Minimálna úroveň požadovaná v podmienkach účasti: **0,7**

Likvidita 3. stupňa

- Odporúčané hodnoty 2,0 – 2,5 ekonomika všeobecne
- Odporúčané hodnoty 1,8 – 2,3 sektor stavebníctva
- Priemer sektoru stavebníctva 2018 2,01

- Priemer sektoru stavebníctva 2019 1,94
 - Minimálna úroveň požadovaná v podmienkach účasti: 1,5
- Z uvedených údajov je podľa verejného obstarávateľa zrejmé, že ním požadované minimálne hodnoty ukazovateľov sú stanovené hlboko pod intervalom odporúčaných/optimálnych hodnôt, ale tak, aby zabezpečil, že uchádzač bude schopný realizovať predmet zákazky.
- Verejný obstarávateľ mal za to, že požiadavka navrhovateľa na odstránenie podmienky účasti na likviditu 3. stupňa je de-facto snahou preniesť riziko svojho zlyhania pri realizácii na verejného obstarávateľa, pretože pri nedostatočnej likvidite by nebol schopný znášať sankcie vyplývajúce z neschopnosti realizovať/dokončiť rozostavané dielo. V takomto prípade by bol verejný obstarávateľ povinný vrátiť dotáciu, z ktorej bude dielo spolufinancované poskytovateľovi, a tým by sa sám vystavil riziku veľkých hospodárskych škôd, platobnej neschopnosti a prípadne až nútenej správy.
- Verejný obstarávateľ mal za to, že uchádzač, ktorý preukáže finančnú a ekonomickú efektívnosť (zdravosť spoločnosti) v minulosti, má preukázateľne správne predpoklady na to, že bude ekonomicky a finančne spôsobilý aj pri realizácii predmetnej zákazky, a preto si verejný obstarávateľ uvedenou požiadavkou iba uplatňoval svoje zákonné právo výberu uchádzačov, u ktorých existuje reálny predpoklad riadneho plnenia si zákazky, pričom mal snahu zachovať efektívnosť súťaže a teda aj čo najširšiu účinnú hospodársku súťaž.

Rozhodnutie Rady:

- Rada v úvode svojho rozhodnutia poukázala na ustanovenie § 33 ods. 1 ZVO, ktorý uvádza výpočet dokladov, ktorými sa spravidla preukazuje finančné a ekonomické postavenie, zároveň však dala do pozornosti, že v tomto ustanovení uvedený výpočet nie je konečný. Vzhľadom na formuláciu „finančné a ekonomické postavenie sa preukazuje spravidla predložením“ z tohto ustanovenia naopak vyplýva, že tento výpočet je demonštratívny a verejný obstarávateľ má možnosť požadovať aj iné doklady na preukázanie finančného a ekonomického postavenia uchádzačov.
- Rada zároveň pripomenula, že pre všetky podmienky účasti platí pravidlo uvedené v § 38 ods. 5 ZVO, a síce, že podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Zároveň v zmysle § 38 ods. 9 ZVO môže verejný obstarávateľ určiť transparentné, objektívne a nediskriminačné metódy a kritériá, ktoré umožnia zohľadniť najmä pomer medzi aktívami a pasívami pri posudzovaní finančného a ekonomického postavenia. Uvedené ustanovenie vychádza zo smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica 2014/24/EÚ“), konkrétne z čl. 58 bodu 3.

- Rada dala do pozornosti rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C – 218/11, v ktorom je v súvislosti s oprávnením verejných obstarávateľov zvoliť si dokumenty, ktoré musia záujemcovia alebo uchádzači predložiť na preukázanie svojho ekonomického a finančného postavenia okrem iného uvedené, cit.: „*Táto možnosť voľby však nie je neobmedzená. Podľa článku 44 ods. 2 druhého pododseku smernice 2004/18 totiž minimálna úroveň spôsobilosti musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primeraná tomuto predmetu. Z toho vyplýva, že prvok alebo prvky súvahy, ktoré si verejný obstarávateľ zvolí pri vymedzení minimálnej úrovne ekonomického a finančného postavenia, musia byť objektívne vhodné na poskytnutie informácie o tomto postavení v rámci hospodárskeho subjektu a že takto stanovená hranica musí byť prispôbena významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavuje pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného ekonomického a finančného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky, pričom nejde nad rámec toho, čo je v tejto súvislosti rozumne nevyhnutné. (...) ...článok 44 ods. 2 a článok 47 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 sa majú vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ je oprávnený vyžadovať minimálnu úroveň ekonomického a finančného postavenia odvolaním sa na jeden alebo viacero konkrétnych prvkov súvahy, pokiaľ sú objektívne vhodné na poskytnutie informácie o tomto postavení v rámci hospodárskeho subjektu a takto stanovená hranica je prispôbena významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavuje pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného ekonomického a finančného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky, pričom nejde nad rámec toho, čo je v tejto súvislosti rozumne nevyhnutné. (...).*“⁴
- V nadväznosti na vyššie uvedené a vychádzajúc z námietok navrhovateľa rada uviedla, že jej úlohou v odvolacom konaní bude **posúdenie skutočnosti, či stanovená podmienka účasti finančného a ekonomického postavenia a v nej stanovená minimálna požadovaná úroveň likvidity 3. stupňa má diskriminačný charakter a či objektívne predstavuje pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného ekonomického a finančného zázemia na riadne plnenie predmetnej zákazky zo strany uchádzača, a zároveň, či nejde nad rámec toho, čo je v tejto súvislosti rozumne nevyhnutné.**
- V súvislosti s pojmom likvidita rada uviedla, že z odpovedí znaleckého úradu, ktoré majú všeobecný charakter a ktoré úrad získal v predchádzajúcom konaní, vyplýva, že pojem likvidita vyjadruje schopnosť premeniť majetkové hodnoty na peniaze a zároveň charakterizuje predpoklady podniku plniť platobné záväzky. Likvidita teda vypovedá o zložení majetku k určitému okamihu a je ovplyvnená schopnosťou (rýchlosťou) transformácie majetku z danej podoby (napr. v podobe zásob, pohľadávok a pod.) na peňažné prostriedky. **Ukazovatele likvidity teda vyjadrujú schopnosť krytia krátkodobých záväzkov.**

⁴ Pre úplnosť rada viedla, že hoci predmetný rozsudok SD EÚ vychádza zo smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES, ktorá bola zrušená a nahradená smernicou 2014/24/EÚ, **podľa rady možno predmetný rozsudok aplikovať aj v čase aktuálne platnej a účinnej smernice 2014/24/EÚ, a teda jeho závery sú relevantné aj pre aktuálne posudzovaný prípad.**

- Z vyjadrení verejného obstarávateľa vyplýva, že ukazovatele likvidity 2. a 3. stupňa zvolil z dôvodu, že realizácia stavebných prác tvoriacich predmet zákazky si od uchádzača vyžaduje, aby bol schopný priebežne financovať realizáciu významnej časti diela z vlastných zdrojov/úverov, pričom vyjadrenie znaleckého ústavu, ktoré si úrad vyžiadal v prvostupňovom konaní, podľa rady potvrdilo relevantnosť takéhoto odôvodnenia stanovenia navrhovateľom napadnutej podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia a jej minimálnej požadovanej úrovne týkajúcej sa ukazovateľov likvidity.
- Rada rovnako poukázala na úpravu spôsobu preplácania nákladov objednávateľom v zmluve o dielo, cit.: „*Zhotoviteľ je povinný na vlastné náklady zabezpečiť činnosť potrebnú na zabezpečenie predmetu Zmluvy.(...) Fakturovať je možné za vykonané stavebné práce ako celok po protokolárnom prebratí stavebných prác Objednávateľom alebo jednotlivo za realizované stavebné práce, v dvojmesačných intervaloch, po ich protokolárnom prebratí Objednávateľom.*“
- V nadväznosti na uvedené rada uviedla, že verejným obstarávateľom stanovená podmienka účasti reflektuje jeho potrebu spočívajúcu v schopnosti úspešného uchádzača (zhotoviteľa) zabezpečiť priebežné financovanie predmetu zákazky na vlastné náklady, keďže fakturácia za realizované stavebné práce prichádza do úvahy najčastejšie v dvojmesačných intervaloch (prípadne sa bude fakturovať dielo ako celok až po jeho protokolárnom prebratí). **Rada mala preto za to, že opodstatnenosť podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia vrátane minimálnych požiadaviek, týkajúcich sa ukazovateľov likvidity, bola verejným obstarávateľom jasne, logicky a vecne odôvodnená.**
- K názoru navrhovateľa o rozpore v tvrdeniach znaleckého ústavu o tom, že ukazovatele likvidity nevyjadrujú schopnosť hospodárskeho subjektu hradiť svoje dlhodobé záväzky vs. tvrdenie o opodstatnenosti tohto ukazovateľa pri preukazovaní schopnosti podnikateľského subjektu priebežne financovať realizáciu diela rada uviedla, že z druhého odborného stanoviska znaleckého ústavu vyplýva, že **priebežné vlastné financovanie diela zhotoviteľom má povahu krátkodobého záväzku**. Rade teda nebolo zjavné, kde v tvrdeniach znaleckého ústavu videl navrhovateľ rozpor. Rada mala za to, že pokiaľ navrhovateľ svojou argumentáciou smeroval k tomu, že sa pri výpočte likvidity berú do úvahy viaceré účtovné obdobia, uvedená skutočnosť neznamena, že tento ukazovateľ následne preukazuje schopnosť plniť si dlhodobé záväzky.
- Rada ďalej poukázala na to, že verejný obstarávateľ stanovil požadované hodnoty ukazovateľov likvidity nižšie, ako sú odporúčané, keď **požadoval hodnotu likvidity 3. stupňa minimálne 1,5**, pričom takto **stanovená hodnota je pod odporúčaný priemer (2 – 2,5)**, a preto takto stanovená hodnota **nie je svojou povahou prísna, práve naopak**.
- Navrhovateľom namietanú **neprimeranosť predmetnej podmienky účasti** v časti týkajúcej sa likvidity 3. stupňa, berúc do úvahy aj zdôvodnenie požadovanej hodnoty likvidity 3. stupňa verejným obstarávateľom, **nemožno preto podľa rady konštatovať**.
- Rada pre úplnosť uviedla, že výsledná hodnota likvidity za predchádzajúce obdobia požadovaná verejným obstarávateľom sa vypočíta **aritmetickým priemerom hodnôt likvidity dosiahnutých v jednotlivých účtovných obdobiach**. Rada teda poukázala na to, že uchádzač **nebol povinný**

spĺňať stanovenú hodnotu likvidity v každom účtovnom období (ale max. 3 predchádzajúce účtovné roky).

- K navrhovateľovej námietke, že otázka č. 4, ktorú úrad položil znaleckému ústavu v žiadosti o vypracovanie odborného stanoviska, napriek časti „(...) z ekonomického pohľadu (...)“ nemá ekonomický charakter, ale ide o otázku z oblasti verejného obstarávania, rada poukázala na celé znenie tejto otázky, cit.: *„Je podľa Vášho odborného názoru z ekonomického pohľadu opodstatnené, resp. vhodné požadovať od uchádzačov predmetných verejných obstarávaní splnenie ukazovateľa likvidity 2. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 0,7 a zároveň splnenie ukazovateľa likvidity 3. stupňa v priemernej hodnote za predchádzajúce účtovné obdobia vyššej ako 1,5 alebo nie?“*
- Pri zodpovedaní tejto otázky znalecký ústav zhromaždil údaje o hodnotách, ktoré dosiahli podniky v likvidite 2. a 3. stupňa v odvetví inžinierske stavby, premietol ich do tabuliek a tie následne analyzoval. Z uvedeného podľa rady vyplýva, že danú otázku znalecký ústav skutočne posudzoval z ekonomického pohľadu, nakoľko sa pri jej zodpovedaní zaoberal ekonomickými dátami a ukazovateľmi, ktorých relevanciu ani samotný navrhovateľ nespochybňuje. Z odpovede znaleckého ústavu je zrejmé, že znalecký ústav neposudzoval opodstatnenosť z pohľadu problematiky verejného obstarávania, ale v tom zmysle, ako sa ho to pýtal úrad, t. j. z ekonomického pohľadu v nadväznosti na prezentované dáta.
- Navrhovateľ tiež v odvolaní odporúčal úradu, resp. rade, aby sa s niektorými otázkami obrátila na znalca z oblasti verejného obstarávania. Rada sa s týmto názorom nestotožnila, naopak, mala za to, že úrad postupoval správne, keď sa s otázkami ekonomického charakteru obrátil so žiadosťou o odborné stanovisko na Znalecký ústav Ekonomickej univerzity v Bratislave, zapísaný pre znaleckú činnosť v odboroch „Ekonomika a manažment“ a „Ekonomika a riadenie podnikov“.
- Navrhovateľ ďalej namietal skutočnosť, že z registra účtovných závierok, ktorý je verejne dostupný, muselo byť verejnému obstarávateľovi už vopred zrejmé, ktoré spoločnosti spĺňajú dotknutú podmienku účasti finančného a ekonomického postavenia, pričom stanovením tejto podmienky účasti vopred vedome obmedzil a zúžil okruh možných potenciálnych uchádzačov.
- Rada k tomu uviedla, že každá podmienka účasti stanovená vo verejnom obstarávaní je svojim spôsobom zužujúca. Uvedené však predstavuje legitímny spôsob selekcie okruhu uchádzačov, u ktorých je predpoklad na riadne plnenie predmetu zákazky, pokiaľ je samozrejme podmienka účasti stanovená v súlade s § 38 ods. 5 ZVO, tzn. pokiaľ je podmienka účasti finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti primeraná a súvisí s predmetom zákazky. Rada ďalej pripomenula, že verejný obstarávateľ **nepožadoval hodnotu z určitého úzko vymedzeného intervalu alebo presnú hodnotu**, čo by mohlo vzbudzovať pochybnosti o jeho pravom úmysle. Naopak, **nastavenie minimálnej hodnoty a navyše pod odporúčanú hodnotu jednotlivých stupňov likvidity sa podľa rady javí skôr ako snaha umožniť širšiu hospodársku súťaž**, avšak stále sledujúc cieľ – získať úspešného uchádzača, u ktorého existuje predpoklad na priebežné financovanie zákazky z vlastných zdrojov.

- V súvislosti s námietkou, že verejný obstarávateľ mohol vopred zistiť okruh hospodárskych subjektov, ktoré predmetnú podmienku účasti spĺňajú, rada poukázala napr. na skutočnosť, že § 33 ods. 1 v písm. d) ZVO príkladmo uvádza obrat ako jednu z možných podmienok účasti na preukázanie finančného a ekonomického postavenia. Pritom aj obrat hospodárskych subjektov je verejne dostupným údajom, tzn. že aj v uvedenom prípade si teoreticky môžu verejní obstarávatelia vopred zistiť okruh potenciálnych uchádzačov, ktorí by nimi stanovenú požiadavku na obrat splnili. Uvedené, samozrejme, neznamená, že podmienky účasti majú byť stanovené účelovo na základe takto získaných údajov. Samotný zákon teda nezakazuje stanovenie podmienok účasti, overenie splnenia ktorých je možné získať z verejne dostupných zdrojov, práve naopak, stanovenie takýchto podmienok účasti dokonca predvída.
- K námietke navrhovateľa, že v iných verejných obstarávaniach realizovaných spoločnosťou, ktorá realizuje danú zákazku verejného obstarávateľa financovaných z NFP, nebola požiadavka na hodnoty likvidity stanovená, rada uviedla, že **je vždy na rozhodnutí toho-ktorého verejného obstarávateľa, aké podmienky účasti stanoví, pričom uvedené závisí od sledovaného cieľa, požiadaviek, situácie, okolností a možností konkrétného verejného obstarávateľa napr. v danom prípade možností financovania predmetu zákazky**, pričom naďalej platí, že verejní obstarávatelia sú pri stanovovaní podmienok účasti limitovaní príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.
- Navrhovateľ ďalej namietal, že znalecký ústav nie je oprávnený odborne sa vyjadrovať k otázke bankového príslubu, pričom navrhol rade osloviť so žiadosťou o vyjadrenie banky. K uvedenému rada uviedla, že **otázka, s ktorou sa navrhovateľ navrhuje obrátiť na banky, a síce či je dosiahnutie určitej hodnoty likvidity zárukou poskytnutia úveru, alebo naopak, nedosiahnutie stupňa likvidity znamená, že mu nebude poskytnutý úver, nemá zjavný súvis s meritórnym posúdením tohto odvolacieho konania. Predmetom tohto konania totiž nie je posúdenie skutočnosti, či má hodnota likvidity priamy vplyv na možnosť získať úver z banky.** Verejný obstarávateľ nepožadoval od uchádzačov preukázanie stupňa likvidity z tohto dôvodu.
- Ako vyplýva z vyjadrenia znaleckého ústavu, bankový príslub a hodnota likvidita nie sú inštitúty, ktoré by boli zameniteľné, t. j. ktoré by preukazovali tie isté skutočnosti.
- V súvislosti s požiadavkou navrhovateľa, aby verejný obstarávateľ akceptoval úverový príslub banky ako náhradu za požadovaný ukazovateľ likvidity 3. stupňa, rada konštatovala, že tzv. úverový príslub nie je skutočne záväzný, keďže pre poskytnutie úveru sa vyžaduje splnenie podmienok zo strany klienta banky, tzn. že úverový príslub je podmienený, a teda ani tzv. záväzný úverový príslub nemožno považovať za garanciu, že úver bude danému klientovi banky aj skutočne poskytnutý. Uvedené vyplýva napr. aj z rozsudku NS SR č. 1Sžf/67/2015 zo dňa 17. 10. 2017.
- Rada pre úplnosť uviedla, že sa zaoberala otázkou, či prichádza do úvahy aplikácia § 33 ods. 4 ZVO, podľa ktorého ak uchádzač alebo záujemca nedokáže z objektívnych dôvodov poskytnúť na preukázanie finančného a ekonomického postavenia dokument určený verejným obstarávateľom, môže uvedené preukázať predložením iného dokumentu, ktorý verejný obstarávateľ považuje za vhodný. Rada dospela k záveru, že predmetné ustanovenie zákona nemožno v danom prípade

aplikovať, nakoľko nejde o situáciu, kedy navrhovateľ nedokáže z objektívnych dôvodov poskytnúť na preukázanie finančného a ekonomického postavenia dokument určený verejným obstarávateľom. Naopak, je objektívne schopný preukázať dosiahnutú hodnotu likvidity prostredníctvom výpočtov na základe stanovených vzorcov, čo napokon aj vo vzťahu k ukazovateľu likvidity 2. stupňa aj urobil. Zároveň je potrebné dodať, že ani samotný **navrhovateľ nenamieta, že by existovali objektívne prekážky na preukázanie danej podmienky účasti prostredníctvom požadovaných dokladov.**

- K požiadavke navrhovateľa, aby rada rozhodnutím nariadila verejnému obstarávateľovi vynechať požiadavku na ukazovateľ likvidity 3. stupňa, rada uviedla, že vo verejnom obstarávaní už uplynula lehota na predkladanie ponúk a nachádza sa vo fáze po otvorení ponúk. Teda v prípade, ak by aj rada mala za to, že namietaná podmienka účasti bola stanovená v rozpore so zákonom (k čomu však rada nedospela), uvedené porušenie zákona by nebolo možné napraviť tým, že by úrad nariadil verejnému obstarávateľovi vynechať ukazovateľ likvidity 3. stupňa spomedzi ukazovateľov, ktorými uchádzač preukazuje svoje ekonomické a finančné postavenie. Nemožno totiž vylúčiť, že hospodárske subjekty, ktoré nespĺňali predmetnú podmienku účasti, svoju ponuku nepredložili. V danej fáze verejného obstarávania, t. j. po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, by ani nebolo možné upustiť od požiadavky na splnenie požadovanej podmienky účasti. Uvedené teda znamená, že ak by rada mala za to, že navrhovateľom namietaná podmienka účasti bola stanovená v rozpore so zákonom (k čomu však rada nedospela), do úvahy by prichádzalo iba zrušenie postupu zadávania zákazky.
- K argumentácii navrhovateľa ohľadom situácie v rezorte stavebníctva v súvislosti s pandemickou situáciou a potrebou zmienenia negatívnych dopadov nestanovovaním podmienok, ktoré výrazne obmedzia počet uchádzačov, rada opätovne poukázala na skutočnosť, že verejný obstarávateľ stanovil predmetnú podmienku účasti tak, že hodnoty likvidity 2. aj 3. stupňa stanovil ako minimálne, a to pod odporúčané hodnoty. Navyše pri predmetnej podmienke účasti sa brali do úvahy predchádzajúce tri účtovné roky, tzn., keďže bolo verejné obstarávanie vyhlásené v roku 2020, do výpočtov na určenie hodnoty likvidity sa brali do úvahy údaje za roky 2017, 2018 a 2019, teda za obdobie, kedy do ekonomických ukazovateľov nemohol byť premietnutý negatívny vplyv pandémie na hospodárenie podnikov (pandémia COVID-19 v Európskej únii prepukla začiatkom roka 2020).
- **Na základe všetkých skutočností rada konštatovala, že verejný obstarávateľ bol v zmysle ustanovení zákona o verejnom obstarávaní oprávnený stanoviť si podmienku účasti na preukázanie finančného a ekonomického postavenia uchádzačov, v rámci ktorej sa zohľadňuje pomer medzi aktívami a pasívami, pričom rada má za preukázané, že takouto podmienkou je aj požiadavka na určitú hodnotu likvidity 2. a 3. stupňa.** Vzhľadom na tie skutočnosti, že stanovená podmienka účasti finančného a ekonomického postavenia je v danom prípade odôvodnená potrebou priebežného financovania realizácie diela, verejný obstarávateľ požiadavku na hodnotu likvidity stanovil ako minimálnu pod odporúčanú hodnotu, tzn. nestanovil ju ako presnú hodnotu alebo v úzkom intervale, pričom postačovalo preukázať splnenie

požadovanej hodnoty likvidity aritmetickým priemerom za posledné tri účtovné obdobia predchádzajúce lehote na predkladanie ponúk, resp. za roky, ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, **rada preskúmala namietanú podmienku účasti v rozsahu navrhovateľom namietaných skutočností, pričom neidentifikovala prvok neprimeranosti, či diskriminácie potenciálnych uchádzačov.** Na základe toho mala rada za to, že odvolanie navrhovateľa je v celom rozsahu nedôvodné.

Vylúčenie uchádzača z dôvodu zmeny ponuky v rámci vysvetľovania ponúk

Vysvetľovaním ponuky môže dôjsť k odstráneniu nezrovnalostí a nejasností ponuky, avšak jej vysvetlením nemôže dôjsť k jej zmene, nakoľko zákon o verejnom obstarávaní (ZVO) zmenu ponuky v rámci procesu vysvetľovania neumožňuje. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmých chýb v písaní a počítaní. Aj keď ZVO a ani žiadny iný právny predpis nedefinuje pojem „zrejmá chyba v písaní“, je potrebné mať za to, že musí ísť o takú chybu v písaní, ktorá je už na prvý pohľad viditeľná, zjavná, a teda zrejmá. Úlohou rady v tomto rozhodnutí bolo posúdiť zákonnosť vylúčenia ponuky navrhovateľa.

Číslo rozhodnutia Rady: 10238-9000/2020

Typ rozhodnutia: odvolanie proti rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok uchádzača smerujúcich voči vylúčeniu jeho ponuky z procesu VO

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 6807-6000/2020-OD

Verejný obstarávateľ: BARDTERM, s. r. o.

Odvolateľ/Navrhovateľ: Vylúčený uchádzač

Predmet zákazky: „Rekonštrukcia okruhov kotolní“

Predpokladaná hodnota zákazky: 5 591 716,05 EUR bez DPH

Kľúčové slová: opis predmetu zákazky, ekvivalentné riešenie, žiadosť o vysvetlenie ponuky, zrejmá chyba v písaní a počítaní, zmena ponuky, vylúčenie ponuky

Stručný priebeh VO

- Verejný obstarávateľ vyhlásil nadlimitnú zákazku na stavebné práce, pričom v rámci opisu predmetu zákazky uviedol: „Predmet zákazky v celom rozsahu je opísaný tak, aby bol presne a zrozumiteľne špecifikovaný. Ak niektorý z použitých parametrov, alebo rozpätie parametrov identifikuje konkrétny typ produktu, alebo produkt konkrétneho výrobcu, **verejný obstarávateľ umožňuje nahradiť takýto produkt ekvivalentným produktom alebo ekvivalentom technického riešenia pod podmienkou, že ekvivalentný produkt alebo ekvivalentné technické riešenie bude spĺňať úžitkové, prevádzkové, funkčné a estetické charakteristiky, ktoré sú nevyhnutné na zabezpečenie účelu, na ktoré sú uvedené zariadenia určené. Pri produktoch, príslušenstvách konkrétnej značky, môže uchádzač predložiť aj ekvivalenty inej značky v rovnakej alebo vyššej kvalite.**“
- V prípade, ak by uchádzači ponúkali vo svojom riešení ekvivalenty, mali v ponuke predložiť tiež „**Zoznam ponúkaných ekvivalentných položiek**“, s tým, že tieto ekvivalenty mali naceniť vo výkaze výmer, pričom tento zoznam mal slúžiť na identifikáciu ekvivalentov (ako tzv. „prevodník“ medzi položkami uvedenými vo výkaze výmer a navrhnutými ekvivalentami)
- Verejný obstarávateľ zároveň v prípade predloženia ekvivalentného riešenia **požadoval predložiť skúšobný protokol alebo osvedčenie**, vydané orgánom posudzovania zhody, **ako dôkaz, že tovar, stavebné práce alebo služby zodpovedajú určenému opisu predmetu zákazky.**
- V rámci požiadavky na zariadenia OST v podbode „Armatúry na strane TÚV“ bolo o. i. uvedené, cit.: „**všetky celonerezové** (potrubia, filtre, klapky, uzatváracie armatúry, návarky.)“
- Navrhovateľ v rámci ponuky **predložil o. i. aj ekvivalentné riešenie** pre predizolované potrubie (oceľové a PPR) a odovzdávaciu stanicu tepla.
- Na základe predloženej ponuky verejný obstarávateľ **požiadaval navrhovateľa o vysvetlenie ponuky.**
- Navrhovateľ v špecifikácii OST doručenej v jednej z príloh odpovede na žiadosť o vysvetlenie č. 1 uviedol o. i., cit.: „Okruh UT, U15 Vypouštěcí kohout PN 6 při 90°C závit DN 1/2“ kus 1 **výrobce Giacomini typ R608.**“ Taktiež sa tu o. i. uvádza, cit.: „TV T41 Uzavírací armatura PN 10 při 60°C závit DN 1/2“ kus 1 **výrobce Giacomini typ R251S.**
- Žiadosťou o vysvetlenie č. 2 verejný obstarávateľ **požiadaval navrhovateľa o doplnenie funkčných schém a všetkých komponentov OST a modulov merania TUV vrátane výpočtov výmenníkov pre požadované tepelné parametre.**
- V odpovedi na žiadosť o vysvetlenie č. 2 navrhovateľ o. i. uviedol: „**Dodávateľ dopĺňa funkčné schémy OST, výpočty výmenníka, katalógové listy a technicky listy všetkých komponent OST, špecifikácia komponentu OST, vyhlásenie o schod výrobku KPS pre požadované tepelné parametre.**“
- V žiadosti o vysvetlenie č. 3 verejný obstarávateľ uviedol: „**Vaša spoločnosť v rámci vysvetlenia ponúkanej odovzdávacej stanici tepla (OST) predložila informáciu o ekvivalente a**

nahradila pôvodnú projektantom nadimenzovanú a navrhnutú OST stanicu SYSTHERN SYMPATIK VNV OST stanicou od výrobcu AA typ BB. Vami **navrhnutá OST síce spĺňa požiadavku zapojenia podľa schémy zapojenia jednotlivých typov výmenníkových staníc, no v špecifikácii neuvádzate presne všetky špecifikované prvky výbavy výmenníkovej stanice.** Uvádzate len všeobecne špecifikácie napr. uzatváracia armatúra, filter a pod. Následne v špecifikácii výmenníkovej stanice na strane teplej vody **uvádzate armatúry: Giacomini R251S, Giacomini R608. Tieto armatúry sú z materiálu mosadz (pozn. armatúra Giacomini R251S je navyše pochrómovaná). Verejný obstarávateľ v projektovej dokumentácii požadoval všetky armatúry na strane TÚV z materiálu nerezová oceľ.** Táto požiadavka vplyva na dlhšiu životnosť zariadenia a lepšie hygienické parametre teplej vody. Žiadame vysvetliť, uviesť akým spôsobom ponúkaný ekvivalent napĺňa požiadavky projektovej dokumentácie, aby verejný obstarávateľ vedel posúdiť, overiť správnosť dodávaného materiálu. **Žiadame vysvetliť akým spôsobom dosiahnete pri použití armatúr z mosadze, respektíve pochrómovanej mosadze kvalitatívne parametre, ktoré sa dosahujú pri použití armatúr z nerezovej ocele.** V špecifikácii výmenníkovej stanice uvádzate alternatívne položky ako výmenník tepla Danfoss. Avšak dôkazy, výpočty a technické listy ste predložili k výmenníkom Alfa Laval. Nakoľko z Vašej ponuky nie je jasné aký komponent ponúkate, žiadame vysvetliť aké komponenty sú predmetom Vašej ponuky.“

- Vo svojej odpovedi na žiadosť č. 3 navrhovateľ uviedol o. i. uvedené nasledovné, cit.: „I. **Nerez armatúry na strane TV. V danom prípade došlo k administratívnej chybe uvedením mosadzných respektíve poniklovaných armatúr na strane TV. Pre túto aplikáciu uvažujeme s nerezovými armatúrami podľa súťažných podkladov. Oprava je uvedená v špecifikácii, technické listy uvádzame v prílohe.**

II. **Výmenníky. Uchádzač uviedol v špecifikácii výmenníky tepla Danfoss ako alternatívu k výmenníkom Alfa Laval z dôvodu prebiehajúceho interného výberového konania. Toto interné výberové konanie je už u konca a uchádzač ponúka výmenníky spoločnosti Alfa Laval, ktoré boli už uvedené vrátane doložených výpočtových a technických listov.**

III. **Špecifikácie prvkov OST. U všetkých komponentov OST sú v špecifikácii a stĺpci "typ" uvedené konkrétne označenie komponentov. Bližšie nešpecifikované komponenty ako uzatváracia armatúra, filter, a pod. sú upresnené v priloženej špecifikácii a doložené technickými listami.**“

- Komisia na základe preskúmania podkladov **dospela k záveru, že navrhovateľ ako odpoveď na žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky, predložil vysvetlenie ponuky, ktorým došlo k jej doplneniu a ku zmene a ponuku navrhovateľa vylúčila podľa § 53 ods. 5 písm. d)**
- Navrhovateľ **podal voči vylúčeniu námietky, ktoré úrad zamietol.**
- Následne navrhovateľ podal **odvolanie a vo veci rozhodovala rada.**

Z rozhodnutia úradu

i) Armatúry

- Úrad mal za to, že **verejný obstarávateľ postupoval pri vylúčení ponuky navrhovateľa v kontexte predchádzajúcich žiadostí o vysvetlenie v súlade s § 53 ods. 1, § 53 ods. 5 písm. d)** v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, **nakoľko pôvodná ponuka navrhovateľa predložená v rámci lehoty na predkladanie ponúk nespĺňala požiadavky na predmet zákazky a požiadavky uvedené v súťažných podkladoch.**
- Úrad mal za to, že **navrhovateľom poskytnuté vysvetlenia neodstránili pochybnosti verejného obstarávateľa týkajúce sa nejasností v informáciách**, ktoré navrhovateľ poskytol vo väzbe na ním ponúkané ekvivalentné riešenie/produkt značky AA typ BB, ktorý navrhovateľ predložil do ponuky ako OST komplet zariadenie.
- Úrad uviedol, že v prípade, **ak by verejný obstarávateľ akceptoval odpoveď navrhovateľa na žiadosť o vysvetlenie (zo dňa 05. 03. 2020), došlo by zo strany navrhovateľa k modifikácii, resp. k zmene ponuky.**
- Úrad mal za to, že **argumentáciu navrhovateľa, v zmysle ktorej došlo k administratívnej chybe, nemožno akceptovať.**

ii) Výmenníky

- Úrad vychádzajúc z odpovedí navrhovateľa konštatoval, že **navrhovateľ nielen v čase predkladania ponuky, ale následne ani v čase po predložení ponuky a po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk, stále nevedel, aký typ výmenníka tepla bude predmetom jeho ponuky.**
- Úrad uviedol, že **ponuka navrhovateľa bola v čase predkladania ponuky a následne aj po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk neúplná, resp. nebola uskutočnená a predložená s náležitou odbornou starostlivosťou.**
- Podľa úradu nie je možné pripustiť záver, že navrhovateľ môže v čase po predložení ponuky meniť resp. ponúkať dva alternatívne produkty, z ktorých v čase predkladania ponúk nevedel, aké do ponuky hodlá predložiť a následne použiť.
- Úrad mal za to, že **navrhovateľ v rámci ponuky nepreukázal, ktoré výmenníky do svojej ponuky reálne poskytol a nacenil, uvedené pochybnosti neodstránili podľa úradu ani verejným obstarávateľom uplatnené žiadosti o vysvetlenie a využitím inštitútu vysvetlenia bolo možné podľa úradu dospieť k záveru, že navrhovateľova ponuka nebola v lehote na predkladanie úplná a konečná.**
- **Podľa úradu verejný obstarávateľ nepostupoval pri vylúčení navrhovateľa z uvedeného dôvodu v rozpore s § 53 ods. 5 písm. d) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.**

Z odvolania navrhovateľa

- Navrhovateľ mal za to, že **podaním vysvetlenia ponuky nedošlo k jej zmene a že špecifikácia armatúr z materiálu mosadz bola uvedená len v jednom podanom vysvetlení, pričom išlo o chybu v písaní, čo uviedol v následnom vysvetlení a táto chyba v písaní bola odstránená práve spomínaným vysvetlením.**
- Nesúhlasil s tvrdením verejného obstarávateľa, že vo svojej ponuke predložil variantné riešenie a dodal, že v ponuke uviedol dva výrobky – substitúty, ktoré sú totožnej kvality a parametrov, pričom oba **spĺňajú podmienky verejného obstarávateľa.** Technické riešenie pri použití oboch substitútov zostáva zachované, preto podľa neho nejde o variantné technické riešenie zákazky a mal za to, že poskytnutím vysvetlenia, **kedy potvrdil verejnému obstarávateľovi, že súčasťou ponuky je použitie výmenníku tepla Alfa Laval, nedošlo podľa neho k zmene ponuky,** nakoľko táto špecifikácia nemala žiaden vplyv na ponúkanú cenu ani technické riešenie.
- Poukázal taktiež na to, že **už pri prvom zaslanom vysvetlení ponuky pripojil technické listy výmenníkov Alfa Laval, a teda mal za to, že úrad nesprávne vyhodnotil otázku, či predložil ponuku variantných riešení.**

Z vyjadrenie verejného obstarávateľa k odvolaniu navrhovateľa

- Podľa verejného obstarávateľa pôvodná **ponuka navrhovateľa predložená v rámci lehoty na predkladanie ponúk nespĺňala požiadavky na predmet zákazky a požiadavky uvedené v súťažných podkladoch,** keďže ponuka navrhovateľa **obsahovala informácie o ekvivalentnom výrobku/riešení,** ktorý hodlal dodať počas realizácie predmetu zákazky – OST s armatúrami, ktoré sú ale kvalitatívne horšie, než armatúry požadované v súťažných podkladoch
- Mal tiež za to, že navrhovateľ **predložil ponuku, ktorú po lehote na predkladanie ponúk zmenil** a z jeho vysvetlenia podľa neho vyplýva, že **ešte v termíne predkladania ponúk realizoval interné výberové konanie,** aké výmenníky tepla pri realizácii predmetu zákazky použije, a teda **navrhovateľovi jednoznačne v čase prípravy ponuky nebolo presne známe, aký typ výmenníka tepla bude predmetom jeho ponuky a následne ho dodá v rámci realizácie diela.**

Právne posúdenie odvolania radou

- Úlohou rady bolo posúdiť zákonnosť vylúčenia ponuky navrhovateľa. Verejný obstarávateľ pritom vylúčil ponuku navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. z dôvodu, že navrhovateľom predložené vysvetlenie ponuky

nie je svojím obsahom v súlade s požiadavkou podľa odseku 1, konkrétne z dvoch dôvodov:

- i.) navrhovateľ predložil ponuku s ekvivalentnou odovzdávacou stanicu tepla (OST) od výrobcu AA typ BB ako jeden celkový súbor, resp. komplet, kde na základe uplatnenia inštitútu vysvetlenia navrhovateľ pri špecifikácii kompletu OST uviedol na strane teplej vody armatúry **Giacomini R251S**, ktoré sú z materiálu mosadz a sú **pochrómované** a armatúry **Giacomini R608**, ktoré sú z materiálu mosadz, pričom opätovným vysvetlením navrhovateľ uviedol, že vo vysvetlení ponuky došlo k administratívnej chybe uvedením mosadzných respektíve poniklovaných armatúr na strane TÚV, nakoľko navrhovateľ uvažuje s nerezovými armatúrami podľa súťažných podkladov
- ii.) navrhovateľ v špecifikácii výmenníkovej stanice v rámci vysvetlenia uviedol ekvivalentné výrobky ako výmenník tepla značky **Danfoss**, avšak dôkazy, výpočty a technické listy predložil k výmenníkom značky **Alfa Laval**. Vo svojom vysvetlení ponuky uviedol v špecifikácii výmenníky tepla značky **Danfoss** ako alternatívu k výmenníkom značky **Alfa Laval** z dôvodu prebiehajúceho interného výberového konania. Verejný obstarávateľ mal za to, že z vysvetlenia vyplýva, že ešte v termíne predkladania ponúk navrhovateľ realizoval interné výberové konanie, aké výmenníky tepla pri realizácii predmetu zákazky použije, a teda, že v čase prípravy ponuky nebolo navrhovateľovi presne známe, aký typ výmenníka tepla bude predmetom ponuky

K prvému bodu vylúčenia

- Rada uviedla, že verejný obstarávateľ správne aplikoval inštitút vysvetľovania a požiadal navrhovateľa o vysvetlenie ponuky, keďže z predložených dokladov navrhovateľa nebolo možné s určitosťou potvrdiť súlad ponuky navrhovateľa s jeho požiadavkami na predmet zákazky.
- V zmysle odpovede na vysvetlenie, v ktorom navrhovateľ ponúkol armatúry značky **Giacomini R251** a **Giacomini R608** rada konštatovala, že navrhovateľ de facto priloženým dokumentom v danom vysvetlení č. 2 deklaroval, resp. vyšpecifikoval, že použije armatúry, ktoré sú z materiálu mosadz, resp. z pochrómovanej mosadze a nakoľko verejný obstarávateľ požadoval v súťažných podkladoch všetky armatúry na strane TÚV z materiálu **nerezová ocel'** (pri možnosti predloženia ekvivalentných riešení), podľa rady verejný obstarávateľ správne opätovne aplikoval inštitút vysvetľovania, a požiadal navrhovateľa opätovne o vysvetlenie ponuky.
- Podľa rady podaným vysvetlením č. 3 navrhovateľ vyšpecifikoval použitie armatúr z nerezovej ocele.
- Uvedené nie je možné podľa rady považovať za zjavnú chybu v písaní alebo počítaní, pričom rada poukázala na rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 4S/164/2011 zo dňa 21. 06. 2013, z ktorého vyplýva, že nakoľko osobitný zákon neobsahuje špecifikáciu pojmov „zrejme chyby v písaní a počítaní“, je preto potrebné vychádzať z gramatických a

logických vysvetlení uvedeného pojmu. Podľa názoru súdu možno za chybu v písaní považovať pisárske preklepy, vynechanie písmen, nesprávne citované ustanovenie predpisu a za chyby v počtoch možno považovať nesprávny súčet dvoch položiek a pod. Z uvedeného teda vyplýva, že za zrejmú chybu v písaní je možné považovať iba skutočne zjavnú a viditeľnú chybu v písaní.

- Rada mala za to, že **verejný obstarávateľ postupoval pri vylúčení ponuky** navrhovateľa v súlade s § 53 ods. 5 písm. d) v spojení s § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko **navrhovateľ vysvetlením č. 3 neodstránil zrejmú chybu v písaní, ale zmenil svoju ponuku** tým, že vo vysvetlení č. 3 deklaroval, že použije armatúry, ktoré sú z nerezovej ocele, zatiaľ čo vo vysvetlení č. 2 deklaroval, že použije armatúry, ktoré sú z materiálu mosadz, resp. z pochrómovanej mosadze.
- **V tomto bode rada neidentifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.**

K druhému dôvodu vylúčenia

- Rada uviedla, že verejný obstarávateľ opätovne správne aplikoval inštitút vysvetľovania rámci vyhodnocovania ponuky navrhovateľa, keďže komisia verejného obstarávateľa správne identifikovala nezrovnalosti/nejasnosti v tejto ponuke, nakoľko nebolo zrejmé, ktorý z dvoch označených výmenníkov navrhovateľ naozaj ponúka
- Zároveň však rada skonštatovala, že **tieto nezrovnalosti/nejasnosti boli doručením vysvetlenia č. 3 odstránené**, keďže navrhovateľ poskytol vysvetlenie, v ktorom jednoznačne uviedol, že ponúka výmenníky tepla značky Alfa Laval, a že všetky doklady potrebné k vyhodnoteniu technickej špecifikácie výmenníkov tejto značky už predložil v rámci vysvetlenia č. 2.
- Na základe uvedeného podľa rady **nejde o zmenu ponuky tak**, ako bola uvedená v oznámení o vylúčení nakoľko vysvetlenie č. 3 navrhovateľa, že **ponúka výmenníky tepla značky Alfa Laval, nezmenilo jeho vysvetlenie č. 2, že ponúka výmenníky tepla značky Alfa Laval**, ku ktorým predložil aj technické špecifikácie a alternatívne výmenníky tepla značky Danfoss, **len odstránilo pochybnosti, ktoré výmenníky tepla (akej značky) navrhovateľ konkrétne ponúka.**
- Rada dospela k záveru, že **pokiaľ ide o druhý dôvod vylúčenia ponuky** navrhovateľa uvedený v oznámení o vylúčení, **že tento ako zákonný dôvod vylúčenia** tak, ako ho uviedol verejný obstarávateľ, **neobstál** a teda **nebol zákonným dôvodom podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní**
- **Rada však identifikovala zákonný dôvod na vylúčenie ponuky navrhovateľa podľa § 53 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, a to v súvislosti s prvým dôvodom vylúčenia**, v rámci ktorého rada dospela k záveru, že verejný obstarávateľ vylúčil ponuku navrhovateľa v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného rada **neidentifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.**

Z ROZHODOVACEJ PRAXE SÚDNEHO DVORA EÚ

prípád: Vo veci C-6/20 **Sotsiaalministeerium** proti **Riigi Tugiteenuste Keskus** - predtým Innove SA

Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článkov 2 a 46 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, ako aj zásady ochrany legitímnej dôvery.

Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi **Sotsiaalministeerium** (ministerstvo sociálnych vecí, Estónsko) a **Riigi Tugiteenuste Keskus** (Štátne centrum zdieľaných služieb), predtým Innove SA, vo veci rozhodnutia o finančnej oprave, ktorým Riigi Tugiteenuste Keskus zamietlo niektoré žiadosti o platby podané týmto ministerstvom v rámci projektu nákupu a distribúcie potravinovej pomoci najodkázanejším osobám.

V rokoch 2015 a 2017 estónske ministerstvo sociálnych vecí vyhlásilo dve otvorené súťaže na zadanie verejných zákaziek, ktorých predmetom bola dodávka „potravinovej pomoci pre najviac znevýhodnené osoby“. Hodnota každej z týchto súťaží prekračovala sumu 4 milióny eur.

Predmetom nákupov uskutočnených na základe zákaziek boli potraviny pochádzajúce z Estónska, Lotyšska, Litvy, ako aj z iných krajín Európskej únie.

V rámci prvej zákazky z roku 2015 sa pôvodne vyžadovalo, aby uchádzači mali povolenie Veterinaar-ja Toiduamet (Potravinový a veterinárny úrad, Estónsko), pričom toto povolenie bolo potrebné na plnenie tejto zákazky. V priebehu zadávacieho konania však bola dokumentácia verejného obstarávania zmenená, pričom túto požiadavku nahradila povinnosť predložiť osvedčenie o splnení informačnej povinnosti a povinnosti mať povolenie, ktoré stanovoval zákon o potravinách a ktoré boli potrebné na plnenie uvedenej zákazky.

V rámci zákazky z roku 2017 verejný obstarávateľ od začiatku požadoval uvedené osvedčenie.

Estónske právne predpisy stanovujú, že v prípade, ak sú stanovené osobitné požiadavky na plnenie verejnej zákazky, uchádzač musí pod hrozbou vylúčenia preukázať, že spĺňa tieto požiadavky, pričom musí v *okamihu predloženia ponuky* predložiť povolenia vydané orgánmi uvedenej krajiny alebo doklad o zápise v príslušnom registri.

V rámci každej z týchto dvoch verejných zákaziek boli s tromi vybranými uchádzačmi podpísané rámcové dohody.

Riigi Tugiteenuste Keskus, ktoré bolo poverené správou pomoci financovanej z európskych prostriedkov, rozhodnutím o finančnej oprave z 30. októbra 2018 zamietlo žiadosti o platbu vo výške približne 463 tisíc eur podané v rámci projektu, ktorý je súčasťou programu potravinovej pomoci ministerstva sociálnych vecí určeného najodkázanejším osobám.

Riigi Tugiteenuste Keskus súhlasilo so stanoviskom, ktoré vyjadrilo Rahandusministeerium (ministerstvo financií, Estónsko) v záverečnej správe z auditu z 10. septembra 2018, v ktorej sa konštatovalo, že požiadavka, aby uchádzači mali súhlas estónskeho orgánu alebo aby splnili povinnosti v oblasti informovania a povoľovania v Estónsku, bola pre uchádzačov so sídlom v inom členskom štáte ako Estónska republika neodôvodnene obmedzujúca.

Ministerstvo sociálnych vecí po zamietnutí sťažnosti, ktorú podalo na Riigi Tugiteenuste Keskus, podalo žalobu na Tallinna Halduskohus (Správny súd Tallinn, Estónsko), ktorou požadovalo zrušenie rozhodnutia o finančnej oprave z 30. októbra 2018.

Na podporu tejto žaloby v prvom rade uviedlo, že na dosiahnutie súladu s § 41 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní⁵ muselo v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uviesť ako podmienku kvalifikácie uchádzačov osobitné požiadavky, ktoré musia byť splnené, ako aj povolenia na výkon činnosti a potrebné registrácie.

V prejednávanej veci splnenie predmetných verejných zákaziek vyžadovalo používanie medziskladu na uskladnenie potravín alebo dopravného prostriedku, ktorý sa nachádza v Estónsku. Splnením týchto podmienok by sa uchádzač stal prevádzkovateľom potravinárskeho podniku a musel by splniť požiadavky v oblasti informovania a povoľovania v Estónsku, najmä v súlade s § 8 zákona o potravinách a článkom 6 ods. 3 nariadenia č. 852/2004. Verejný obstarávateľ totiž nemôže akceptovať povolenie na výkon činnosti členského štátu, v ktorom je uchádzač usadený, keďže v oblasti povolení na výkon činnosti v potravinárskom odvetví neexistuje medzi členskými štátmi vzájomné uznávanie.

Podľa ministerstva sociálnych vecí stanovenie podmienok kvalifikácie spojených s osobitnými požiadavkami stanovenými zákonom o potravinách umožnilo verejnému obstarávateľovi zákonným spôsobom znížiť riziká nesprávneho plnenia dotknutých verejných zákaziek. K overeniu dodržania povinností uložených týmto zákonom v oblasti informovania a povoľovania teda malo dôjsť vo fáze kvalifikácie uchádzačov, a nie v štádiu plnenia týchto zákaziek. V tejto súvislosti postačovalo, aby

⁵ § 41 ods. 3 ZVO „Ak zákonodarcu stanoví osobitné požiadavky týkajúce sa činnosti, ktorá sa má vykonávať na základe verejnej zákazky, verejný obstarávateľ uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania osobitné požiadavky, ktoré sa musia splniť, ako aj potvrdenia o registrácii a povolenia na výkon činnosti, ktoré sú potrebné na preukázanie kvalifikácie uchádzača alebo záujemcu. Na overenie splnenia osobitných požiadaviek stanovených v právnych predpisoch verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uvedie, že uchádzač alebo záujemca musí preukázať, že má povolenie na výkon činnosti alebo je registrovaný, alebo že spĺňa akúkoľvek inú osobitnú požiadavku, alebo musí predložiť doklad o tom, že je členom príslušnej organizácie podľa právnych predpisov štátu, v ktorom má sídlo, pokiaľ verejný obstarávateľ nemôže získať uvedené doklady bez väčších výdavkov pomocou verejne prístupných údajov uložených v databáze. Ak uchádzač alebo záujemca nemá povolenie na výkon činnosti, nie je registrovaný alebo nie je členom príslušnej organizácie podľa právnych predpisov štátu, v ktorom má sídlo, verejný obstarávateľ rozhodne, že je vylúčený.“

uchádzač usadený v inom členskom štáte ako v Estónskej republike listom informoval Potravinársky a veterinárny úrad o začatí činnosti bez toho, aby bolo potrebné, aby mu tento úrad odpovedal. V tom istom čase, ako informoval uvedený úrad, alebo neskôr mohol tento uchádzač v prípade potreby začať povoľovacie konanie. Vzhľadom na lehotu na predkladanie ponúk v prípade medzinárodného verejného obstarávania, ktorá je najmenej 40 dní, a lehotu na povoľovacie konanie podľa uvedeného zákona, ktorá je 30 dní, by mal uvedený uchádzač dostatok času na uskutočnenie krokov súvisiacich s povoľovacím konaním.

Ministerstvo práce takisto namietalo, že prvá zákazka už bola dvakrát posúdená a schválená audítormi ministerstva financií. Preto retroaktívna zmena výkladu pravidiel verejného obstarávania pri príležitosti tretieho auditu vykonaného tými istými audítormi nie je v súlade s princípmi riadnej správy vecí verejných a **ochrany legitímnej dôvery**.

Riigi Tugiteenuste Keskus navrhlo žalobu zamietnuť, pričom tvrdilo najmä to, že článok 46 smernice 2004/18 umožňuje od uchádzača požadovať len to, aby predložil dôkaz o tom, že má povolenie na poskytovanie služieb vydané členským štátom, v ktorom má sídlo, alebo dôkaz o jeho členstve v určitej organizácii v tomto členskom štáte. Okrem toho by bolo nerozumné a v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania vyžadovať, aby uchádzač už v čase predloženia ponuky uskutočnil rôzne úkony v Estónsku, hoci tieto úkony súvisia s plnením zákazky. Napokon Riigi Tugiteenuste Keskus sa domnieva, že zásada ochrany legitímnej dôvery nebola porušená.

Tallinna Halduskohus (Správny súd Tallinn) rozhodnutím z 22. mája 2019 zamietol žalobu ministerstva sociálnych vecí z dôvodu, že požiadavka, aby uchádzači mali povolenie estónskeho orgánu alebo si splnili povinnosti v oblasti informovania a povoľovania v Estónsku, bola neprimeraná a diskriminačná voči uchádzačom so sídlom v iných členských štátoch. Tento súd tiež zamietol žalobný dôvod založený na porušení zásady ochrany legitímnej dôvery, keďže ministerstvo sociálnych vecí nemohlo mať vzhľadom na predchádzajúce nezáväzné audity vykonané útvarmi ministerstva financií právnu istotu, pokiaľ ide o neexistenciu konštatovania porušení pravidiel uplatniteľných v oblasti verejného obstarávania v budúcnosti.

Ministerstvo práce podalo po zamietnutí jeho žalobu odvolanie na Tallinna Ringkonnakohus (Odvolací súd Tallinn, Estónsko).

Podľa odvolacieho súdu sa vzhľadom na to, že **podmienky** vydania osvedčenia alebo povolenia príslušným orgánom **nie sú úplne harmonizované nariadením č. 852/2004** (Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady z 29. apríla 2004 o hygiene potravín), hospodársky subjekt, ktorý chce začať vykonávať činnosť v inom členskom štáte, než je jeho štát pôvodu, nemôže opierať o povolenie vydané v jeho štáte pôvodu, ale mal by získať potrebné povolenie v tomto inom členskom štáte.

Okrem toho kvalifikovanie uchádzača pre verejnú zákazku len na základe jeho príslubu, že požiada o povolenie na výkon činnosti alebo o registráciu, by mohlo ohroziť plnenie zákazky, ak si tento uchádzač nesplní danú povinnosť alebo ak nie je schopný vykonávať činnosť v súlade s požiadavkami získania takéhoto povolenia alebo takejto registrácie.

Hoci vnútroštátny súd uvádza, že požiadavka povolenia na výkon činnosti alebo registrácie v Estónsku je neprimeraná vo vzťahu k uchádzačom usadeným v inom členskom štáte, poznamenáva, že výklad článku 46 smernice 2004/18 nie je jasný, a to tým skôr, že Súdny dvor ešte nemal príležitosť vyložiť toto ustanovenie. Okrem toho požiadavky stanovené v záujme bezpečnosti potravín sú odôvodnené ako podmienka plnenia dotknutých verejných zákaziek, takže spor vo veci samej sa týka len otázky, kedy musia byť tieto požiadavky splnené, a to či už pri predložení ponuky, alebo v štádiu plnenia zákazky.

Za týchto okolností sa odvolací súd rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky

1. Majú sa články 2 a 46 smernice (2004/18) vykladať v tom zmysle, že **bránia vnútroštátnym predpisom**, ako je § 41 ods. 3 (zákona o verejnom obstarávaní), podľa ktorých verejný obstarávateľ v prípade, ak sa na činnosti, ktoré sa majú vykonávať v rámci verejnej zákazky, vzťahujú osobitné zákonné požiadavky, musí v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uviesť, aké registrácie alebo povolenia na výkon činnosti sú potrebné na preukázanie kvalifikácie uchádzača, musí v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania na účely posúdenia splnenia osobitných zákonných požiadaviek vyžadovať predloženie povolenia na výkon činnosti alebo dokladu o registrácii a musí vylúčiť uchádzača ako nekvalifikovaného, ak nemá príslušné povolenie na výkon činnosti alebo nie je registrovaný?
2. Majú sa články 2 a 46 smernice (2004/18) vo vzájomnej súvislosti vykladať v tom zmysle, že bránia tomu, aby verejný obstarávateľ v prípade zákazky na obstarávanie potravinovej pomoci, ktorá prekračuje medzinárodnú prahovú hodnotu, stanovil kritérium na výber uchádzačov, podľa ktorého všetci uchádzači bez ohľadu na miesto, kde doposiaľ vykonávali svoju činnosť, už v okamihu predloženia ponuky musia mať povolenie na výkon činnosti alebo byť registrovaní v krajine, v ktorej sa bude poskytovať potravinová pomoc, aj keď uchádzač doposiaľ nepôsobil v tomto členskom štáte?
3. V prípade kladnej odpovede na predchádzajúcu otázku:
 - a) Majú sa články 2 a 46 smernice (2004/18) považovať za ustanovenia, ktoré sú natoľko jasné, že sa voči nim **nemožno odvolávať na zásadu ochrany legitímnej dôvery**?
 - b) Majú sa články 2 a 46 smernice (2004/18) vykladať v tom zmysle, že situáciu, keď verejný obstarávateľ v rámci verejnej výzvy v oblasti potravinovej pomoci vyžaduje od uchádzačov v súlade so zákonom o potravinách, aby už v čase predloženia ponuky mali povolenie na výkon činnosti, možno považovať za zjavné porušenie platných ustanovení, za nedbanlivosť alebo nezrovnalosť, ktoré znemožňujú odvolávať sa na zásadu ochrany legitímnej dôvery?

O prvej a druhej otázke

Súdny dvor EÚ na úvod uviedol, že prvú a druhú otázku je potrebné preskúmať spoločne.

Vo svojej prvej a druhej otázke sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, či sa články 2 a 46 smernice 2004/18 majú vykladať v tom zmysle, že bránia vnútroštátnej právnej úprave, podľa ktorej verejný obstarávateľ musí v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a ako kvalitatívne kritérium účasti vyžadovať, aby uchádzači pri predložení svojej ponuky preukázali, že majú registráciu alebo povolenie, ktoré sa vyžaduje podľa pravidiel uplatniteľných na činnosť, ktorá je predmetom daného verejného obstarávania, ktoré vydal príslušný orgán členského štátu, v ktorom sa má zákazka plniť, aj keď už majú podobnú registráciu alebo povolenie v členskom štáte, v ktorom majú sídlo.

Súdny dvor EÚ konštatoval, že druhá verejná zákazka vo veci samej bola zadaná v priebehu roka 2017, keď už smernica 2004/18 nebola účinná, pretože bola s účinnosťou od 18. apríla 2016 zrušená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES ([Ú. v. EÚ L 95, 2014, s. 65](#)), pričom 18. apríla 2016 uplynula aj lehota na prebratie ustanovení smernice 2014/24. Keďže však vnútroštátny súd nespresnil dátum, kedy si verejný obstarávateľ zvolil druh konania, ktoré zamýšľal uskutočniť, a definitívne rozhodol o otázke, či zadaniu dotknutej verejnej zákazky musí predchádzať vyhlásenie súťaže, mal Súdny dvor za to, že nemožno určiť, či ustanovenia smernice 2014/24 nie sú uplatniteľné z dôvodu, že lehota na jej prebratie uplynula po tomto dátume, pričom však spresnil, že obsah článkov 2 a 46 smernice 2004/18 bol prebratý do smernice 2014/24.

Okrem toho Súdny dvor EÚ považoval za potrebné uviesť, že povinnosť uchádzačov mať registráciu alebo povolenie vyžadované právnou úpravou uplatniteľnou na činnosť, ktorá je predmetom dotknutej verejnej zákazky, treba považovať za kvalitatívne kritérium výberu a nie za podmienku plnenia zákazky v zmysle článku 26 smernice 2004/18.

Na jednej strane totiž táto požiadavka zodpovedá možnosti, ktorú má verejný obstarávateľ v článku 46 tejto smernice, a to vyzvať hospodársky subjekt, aby preukázal svoje oprávnenie na výkon odbornej činnosti dotknutej postupom verejného obstarávania. **Uvedená požiadavka tak stanovuje kvalitatívne kritérium výberu uchádzačov určené na to, aby umožnilo verejným obstarávateľom posúdiť spôsobilosť uvedených uchádzačov plniť dotknutú verejnú zákazku.**

Na druhej strane povinnosť hospodárskeho subjektu zaregistrovať sa v členskom štáte vykonávania dotknutej verejnej zákazky alebo mať v ňom povolenie nepochybne predpokladá, že úspešný uchádzač bude povinný mať prevádzkareň v tomto štáte. Naproti tomu neposkytuje žiadne informácie o spôsobe plnenia tejto zákazky. **Preto požiadavku mať registráciu alebo povolenie nemožno považovať za vyjadrenie osobitnej podmienky týkajúcej sa plnenia uvedenej zákazky.**

Na základe vyššie uvedeného Súdny dvor EÚ, konštatoval, že je treba preto určiť, či článok 46 smernice 2004/18 bráni tomu, aby verejný obstarávateľ stanovil ako kvalitatívne kritérium výberu uchádzačov povinnosť registrácie a/alebo povolenia v členskom štáte vykonávania dotknutej verejnej zákazky, a to aj za predpokladu, že uchádzači už sú zaregistrovaní a/alebo majú podobné povolenie v členskom štáte, v ktorom majú sídlo.

V prvom rade, pokiaľ ide o smernicu 2004/18, z jej článku 46 v spojení s jej odôvodnením 42 vyplýva, že **zásada vzájomného uznávania kvalifikácií má prednosť vo fáze výberu uchádzačov**. Článok 46 prvý odsek tejto smernice tak stanovuje, že ak je hospodársky subjekt, ktorý sa chce zúčastniť verejného obstarávania, vyzvaný, aby preukázal svoju registráciu v jednom z profesijných alebo obchodných registrov, alebo aby predložil čestné vyhlásenie alebo potvrdenie, môže tak urobiť v súlade s podmienkami stanovenými v členskom štáte, v ktorom má sídlo. Druhý odsek tohto článku stanovuje, že pri konaniach pre zadávanie verejných zákaziek na služby môže verejný obstarávateľ od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby v prípadoch, ak musia mať záujemcovia alebo uchádzači určité povolenie alebo musia byť členmi určitej organizácie na to, aby mohli vo svojej krajine pôvodu poskytovať príslušné služby, preukázali, že takéto povolenie majú, alebo aby preukázali členstvo v takejto organizácii.

Z toho vyplýva, že uchádzač musí mať možnosť preukázať svoju spôsobilosť plniť verejnú zákazku na základe dokumentov, akými sú osvedčenie alebo zápis do živnostenského registra alebo do obchodného registra vydané príslušnými orgánmi členského štátu, v ktorom má sídlo.

Z článku 52 ods. 3 smernice 2004/18 tiež vyplýva, že osvedčený zápis v úradných zoznamoch príslušnými inštitúciami členského štátu alebo osvedčenie vydané certifikačným orgánom tohto členského štátu **predstavuje domnienku spôsobilosti** vo vzťahu k verejným obstarávateľom z iných členských štátov najmä vo vzťahu k článku 46 tejto smernice. Z článku 52 ods. 4 uvedenej smernice tiež vyplýva, že informácie, ktoré vyplývajú zo zápisu v úradných zoznamoch alebo certifikácie, sa nesmú bezdôvodne spochybňovať. Napokon v súlade s článkom 52 ods. 5 druhým pododsekom tej istej smernice verejní obstarávatelia členského štátu uznávajú rovnocenné osvedčenia od inštitúcií zriadených v iných členských štátoch.

Okrem toho treba uviesť, že porušenie článku 46 smernice 2004/18 **nevyhnutne zahŕňa porušenie zásad proporcionality a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi** tak, ako sú zaručené v článku 2 tejto smernice, pretože požiadavka, aby uchádzači mali povolenie estónskeho orgánu alebo si splnili povinnosti v oblasti informovania a povoľovania v Estónsku, sa zdá byť diskriminačná a nezdá sa byť odôvodnená vo vzťahu k uchádzačom so sídlom v iných členských štátoch.

V prejednávanej veci nič neumožňuje domnievať sa, že verejné zákazky vo veci samej nemôžu byť plnené z členského štátu, v ktorom má uchádzač sídlo, alebo z iného členského štátu. Je teda na uchádzačovi, aby na základe ekonomického výpočtu rozhodol, či si chce zriadiť prevádzkareň v členskom štáte plnenia zákazky.

Súdny dvor už konštatoval, že ak by členský štát podmienil poskytovanie služieb podnikom so sídlom v inom členskom štáte držbou povolenia usadiť sa v prvom štáte, zbavil by tým článok 56 ZFEÚ, ktorého predmetom je práve odstránenie obmedzení slobodného poskytovania služieb zo strany osôb, ktoré nemajú sídlo v členskom štáte, na ktorého území sa má poskytovať služba, akéhokoľvek potrebného účinku (analogicky rozsudok z 10. februára 1982, Transporoute et travaux, 76/81, EU:C:1982:49, bod 14).

Z toho vyplýva, že článok 46 smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že **verejný obstarávateľ nemôže uložiť ako kvalitatívne kritérium výberu získanie registrácie a/alebo povolenia v členskom štáte, v ktorom sa zákazky majú plniť, ak uchádzač už má podobné povolenie v členskom štáte, v ktorom má sídlo.**

Po druhé návrh na začatie prejudiciálneho konania naznačuje, že povinnosť uchádzačov mať registráciu alebo povolenie v Estónsku, aj keď už majú podobné povolenie v členskom štáte, v ktorom majú sídlo, vyplýva zo zákona o potravinách, ktorý má konkretizovať ustanovenia nariadenia č. 852/2004 vzhľadom na početné odkazy na toto nariadenie, ktoré obsahuje. Za týchto podmienok vnútroštátna právna úprava, ako aj právna úprava Únie týkajúca sa potravín môže predstavovať osobitný zákon a z tohto dôvodu sa odchýliť od pravidiel verejného obstarávania.

Súdny dvor EÚ preto považoval za dôležité určiť, či výklad článku 46 smernice 2004/18 uvedený v bode 55 tohto rozsudku nie je v rozpore s nariadením č. 852/2004, pričom v takom prípade by sa Súdny dvor mal pokúsiť zosúladiť protichodné požiadavky tohto nariadenia a tejto smernice.

Ako vyplýva z článku 3 nariadenia č. 852/2004 v spojení s odôvodnením 8 tohto nariadenia, normotvorca Únie podporuje integrovaný prístup na zaistenie bezpečnosti potravín od miesta prvovýroby až po uvedenie na trh alebo vývoz a na tento účel vyžaduje, aby každý prevádzkovateľ potravinárskeho podniku zabezpečil, že bezpečnosť potravín nebude ohrozená v celom potravinovom reťazci.

S cieľom zabezpečiť bezpečnosť potravín vo všetkých etapách potravinového reťazca od prvej výroby, ako to vyžaduje článok 1 ods. 1 prvý pododsek písm. b) uvedeného nariadenia, článok 6 toho istého nariadenia stanovuje úradné kontroly, registráciu a schvaľovanie potravinárskych podnikov.

Článok 6 nariadenia č. 852/2004 však nevylučuje oddelenie právomoci registrovať potravinársky podnik alebo mu udeliť povolenie od právomoci kontrolovať takto povolenú činnosť. Za takých okolností, o aké ide vo veci samej, musí teda registrácia alebo povolenie udelené v členskom štáte umožniť jeho držiteľovi distribuovať potraviny v inom členskom štáte, ktorého orgány môžu v tomto prípade kontrolovať túto distribúciu a dohliadať na dodržiavanie ustanovení uvedeného nariadenia.

Z toho vyplýva, že okolnosť, že hospodársky subjekt disponuje registráciou alebo povolením udeleným členským štátom, v ktorom má sídlo, predstavuje v rámci postupu verejného obstarávania, ktorý sa uskutočňuje v inom členskom štáte, domnienku o jeho spôsobilosti zabezpečiť v tomto členskom štáte činnosť dodávok a distribúcie potravín, a teda plniť v tomto štáte predmetnú zákazku.

Súdny dvor EÚ uviedol, že povinnosť mať sklad nachádzajúci sa na estónskom území vyplýva z osobitnej požiadavky postupu verejného obstarávania dotknutého vo veci samej, a nie zo samotného nariadenia č. 852/2004.

Vzhľadom na vyššie uvedené Súdny dvor EÚ pri odpovedi na prvú a druhú otázku rozhodol, že články 2 a 46 smernice 2004/18 sa majú vykladať v tom zmysle, že bránia vnútroštátnej právnej úprave, podľa ktorej verejný obstarávateľ musí v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania

a ako kvalitatívne kritérium výberu vyžadovať, aby uchádzači pri predložení svojej ponuky preukázali, že majú registráciu alebo povolenie, ktoré sa vyžaduje podľa pravidiel uplatniteľných na činnosť, ktorá je predmetom daného verejného obstarávania, ktoré vydal príslušný orgán členského štátu, v ktorom sa má zákazka plniť, aj keď už majú podobnú registráciu alebo povolenie v členskom štáte, v ktorom majú sídlo.

O tretej otázke

Svojou treťou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, či sa má zásada ochrany legitímnej dôvery vykladať v tom zmysle, že sa na ňu môže odvolávať verejný obstarávateľ, ktorý v rámci postupu verejného obstarávania na dosiahnutie súladu s vnútroštátnou právnou úpravou týkajúcou sa potravín vyžadoval od uchádzačov, aby od okamihu predloženia svojej ponuky disponovali registráciou alebo povolením udeleným príslušným orgánom členského štátu, kde sa má zákazka plniť.

Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že ministerstvo sociálnych vecí sa v spore vo veci samej domnieva, že ak by mu bolo vytýkané porušenie článkov 2 a 46 smernice 2004/18, toto porušenie pravidiel Únie v oblasti verejného obstarávania malo zostať neúčinné na základe zásady ochrany legitímnej dôvery, keďže pred prijatím rozhodnutia o finančnej oprave z 30. októbra 2018 audítori ministerstva financií dvakrát schválili požiadavku uloženú všetkým uchádzačom, vrátane uchádzačov so sídlom v inom členskom štáte ako Estónska republika, aby v okamihu predloženia ponuky predložili povolenie na výkon činnosti vydané Potravinovým a veterinárnym úradom.

Súdny dvor EÚ konštatoval, že unitárne chápanie štátu, ktoré prevláda tak v medzinárodnom práve verejnom, ako aj v práve Únie v zásade bráni tomu, aby sa vnútroštátny orgán v spore medzi ním a inou zložkou štátu odvolával na zásadu ochrany legitímnej dôvery podľa práva Únie.

V rámci sporu vo veci samej sa teda ministerstvo sociálnych vecí nemôže odvolávať na skutočnosť, že ministerstvo financií už schválilo prax, ktorá je v rozpore s právom Únie, s cieľom umožniť pokračovanie tejto praxe alebo prinajmenšom neutralizovať jej účinky v minulosti.

Vzhľadom na vyššie uvedené Súdny dvor EÚ pri odpovedi na tretiu otázku rozhodol, že zásada ochrany legitímnej dôvery sa má vykladať v tom zmysle, že sa na ňu nemôže odvolávať verejný obstarávateľ, ktorý v rámci postupu verejného obstarávania na dosiahnutie súladu s vnútroštátnou právnou úpravou týkajúcou sa potravín vyžadoval od uchádzačov, aby od okamihu predloženia svojej ponuky disponovali registráciou alebo povolením udeleným príslušným orgánom členského štátu, kde sa má zákazka plniť.