



budovanie dôvery
profesionalizácia
predvídateľnosť
budovanie dôvery
profesionalizácia



profesionalizácia
budovanie dôvery
predvídateľnosť
budovanie dôvery
profesionalizácia

„ÚVOdzovky“



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

**Bratislava
február 2021**

Vypracoval: Inštitút verejného obstarávania

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

1. „Obnova vodorovného dopravného značenia na cestách I. triedy v správe SSC - 2019“	3
2. Posúdenie splnenia podmienok účasti a mimoriadne nízkej ponuky vo verejnom obstarávaní „Poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy pre mesto Ružomberok“	24
3. Opis predmetu zákazky vo vzťahu k stanoveniu predpokladanej hodnoty zákazky „Zabezpečenie a prevádzkovanie bonifikačného systému pre zamestnancov“	42
4. Z rozhodovacej praxe Súdneho dvora EÚ	57

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

1. „Obnova vodorovného dopravného značenia na cestách I. triedy v správe SSC - 2019“

Jedným z dôležitých nástrojov na podporu účasti malých aj stredných podnikov vo verejnom obstarávaní je aj rozdelenie zákazky na časti v prípade, že to charakter zákazky umožňuje, a za predpokladu, že uvedené subjekty sú schopné zabezpečiť toto plnenie. V nadväznosti na to je však potrebné sa v príprave zákazky zaoberať aj vhodnosťou a primeranosťou nastavenia podmienok účasti vo vzťahu k jednotlivým častiam zákazky. Podkladom pre nastavenie týchto podmienok je aj predpokladaná hodnota zákazky (PHZ), resp. predpokladaná hodnota jednotlivých častí zákazky a následné nastavenie minimálnych požadovaných úrovní tak, aby ich vedeli splniť aj hospodárske subjekty predkladajúce ponuku len na jednu časť zákazky. Zároveň je dôležité klásť dôraz na to, aby tak celková PHZ, ako aj predpokladané hodnoty jednotlivých častí boli stanovené objektívne a odrážali reálny stav na relevantnom trhu. Kvalitnou a zodpovednou prípravou je možné predísť napr. predkladaniu ponúk, ktoré by v procese realizácie mohli vykazovať známky mimoriadne nízkych ponúk, avšak v prípade identifikácie takýchto ponúk je potrebné sa nimi zaoberať. Nevyhnutné je taktiež dbať na to, aby všetky kroky, myšlienkové pochody, procesné úkony a rozhodnutia v rámci celého procesu verejného obstarávania – príprava, realizácia VO, vyhodnotenie boli riadne a preskúmateľne zaznamenané a zdokumentované.

Číslo rozhodnutia: 12847-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 8727- 6000/2020-OD/5

Typ rozhodnutia: odvolanie proti rozhodnutiu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy v predmetnej verejnej súťaži, ktorým úrad podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému zrušiť použitý postup zadávania zákazky

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: Slovenská správa ciest

Odvolateľ – navrhovateľ: uchádzač skupiny dodávateľov

Predmet zákazky: „Obnova vodorovného dopravného značenia na cestách I. triedy v správe SSC – 2019“

Predpokladaná hodnota zákazky: 16 400 000,- EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MSP – zákazka rozdelená na štyri časti

KLúčové slová: rozdelenie zákazky na časti, podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO, mimoriadne nízka ponuka, preskúmateľnosť úkonov, predpokladaná hodnota zákazky

Skutkový stav-stručný priebeh VO:

- kontrolovaný vyhlásil zákazku s tým, že ju **rozdělil na štyri časti**:
 - **časť č. 1** IVSC Bratislava – Obnova VDZ na cestách I. triedy v správe SSC – 2019 s PHZ časti vo výške **4 527 750 eur bez DPH**,
 - **časť č. 2** IVSC Banská Bystrica – Obnova VDZ na cestách I. triedy v správe SSC – 2019 s PHZ časti vo výške **2 052 750 eur bez DPH**,
 - **časť č. 3** IVSC Žilina – Obnova VDZ na cestách I. triedy v správe SSC – 2019 s PHZ časti vo výške **3 611 750 eur bez DPH**,
 - **časť č. 4** IVSC Košice – Obnova VDZ na cestách I. triedy v správe SSC – 2019 s PHZ časti vo výške **6 207 750 eur bez DPH**
- v oznámení uviedol, že využije postup reverznej verejnej súťaže podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní
- kritériom na vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena za predmet zákazky v EUR s DPH
- v oznámení uviedol, že maximálny počet častí, ktoré môžu byť pridelené jednému uchádzačovi, sú štyri, a taktiež si vyhradil právo pridelit' zákazky kombináciou týchto častí alebo skupín častí, a zároveň umožnil predkladať ponuky na prvú časť zákazky, druhú časť zákazky, tretiu časť zákazky, štvrtú časť zákazky samostatne, ako aj ľubovoľnú kombináciu týchto častí alebo na všetky časti zákazky
- v súťažných podkladoch stanovil, okrem iných, aj podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO, ktorou žiadal od uchádzačov preukázať, že za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania uskutočnili stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru a v rozsahu ako je predmet zákazky s celkovým objemom uskutočnených prác vyšším ako 8.000.000 Eur bez DPH a súčasne z tohto zoznamu vyžadoval taktiež preukázať, že uchádzači realizovali **práce dvojzložkovou zmesou (plast) s hodnotou minimálne 250.000 Eur bez DPH, predformovanou páskou s hodnotou minimálne 200.000 Eur bez DPH a minimálne jednu referenciu v hodnote viac ako 500.000 Eur bez DPH, pričom táto podmienka účasti mala byť preukázaná bez ohľadu na to, či by bola predložená ponuka čo i len na jednu časť, dve časti, tri časti, všetky štyri časti, prípadne kombináciu rôznych častí**
- na základe žiadosti o nápravu kontrolovaný upravil celkový objem vyžadovanej referencie z pôvodných 8.000.000,- Eur bez DPH na 6.500.000,- Eur bez DPH, **ostatné údaje v rámci tejto podmienky účasti zostali nezmenené**, pričom takto stanovenú podmienku účasti niekto nenamietal
- v lehote na predkladanie ponúk bolo predložených spolu 12 ponúk - traja uchádzači pre časť 1 predmetu zákazky, traja uchádzači pre časť 2 predmetu zákazky, traja uchádzači pre časť 3 predmetu zákazky a traja uchádzači pre časť 4 predmetu zákazky
- predložené **ponuky uchádzačov boli výrazne nižšie ako kontrolovaným stanovená predpokladaná hodnota jednotlivých častí predmetu zákazky a pohybovali sa v rozhraní 60 % - 70 % predpokladaných hodnôt jednotlivých častí predmetu zákazky**
- v zmysle zápisnice z vyhodnotenia ponúk podľa § 44 ZVO zo dňa 08. 01. 2020, kde komisia kontrolovaného vyhodnocovala predložené ponuky v zmysle § 66 ods. 7 skonštatovala, že pre časť 1 a časť 4 predmetu zákazky sa prvým v poradí v predmetnom verejnom obstarávaní stal uchádzač A a pre časť 2 a časť 3 predmetu zákazky sa prvým v poradí v predmetnom verejnom obstarávaní stal odvolateľ

- členovia komisie s právom vyhodnocovať ponuky boli členkou komisie bez práva vyhodnocovať ponuky upozornení, cit.: „*Rada úradu pre verejné obstarávanie vydala rozhodnutie č. 10752-9000/2019, v ktorom poukazuje na spôsob ako vyhodnocovať mimoriadne nízku ponuku v prípade „super reverzu“, čo je prípad aj tohto verejného obstarávania, prikladám tab., kde všetky návrhy na plnenie sú pod hranicou 75 % (70 %) PHZ, a preto navrhujem v prípade každej časti vyzvať uchádzača, ktorý sa umiestnil ako prvý v poradí. na predloženie vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky, a to postupom, ktorý je uvedený v súťažných podkladoch v časti 26.5. s ohľadom na výkladové stanovisko úradu č. 2/2013.*“
- v predmetnej zápisnici kontrolovaného bolo v súvislosti so skúmaním mimoriadne nízkych ponúk uvedené, cit.: „*Verejný obstarávateľ sa zaoberal aj mimoriadne nízkou ponukou. Po preskúmaní predložených cenových kalkulácií – rozpočtov skonštatoval, že predložené návrhy nevykazujú znaky mimoriadne nízkych ponúk v porovnaní s návrhmi v roku 2013.*“
- zo zápisnice z vyhodnotenia ponúk zo dňa 21. 02. 2020 vyplýva, že **kontrolovaný vyhodnotil odvolateľa ako úspešného uchádzača pre časti 1, 2, 3 a 4 predmetu zákazky**, pričom pre časti 2 a 3 predmetu zákazky predložil ponuku s najnižším návrhom na plnenie kritéria a v častiach 1 a 4 predmetu zákazky boli ostatní dvaja uchádzači z procesu verejného obstarávania vylúčení podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO v zmysle ktorého uchádzači nespĺňali kontrolovaným stanovené podmienky účasti, z čoho následne vyplýva, že **kontrolovaný vyhodnotil odvolateľa ako spĺňajúceho podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v úplnosti v takom rozsahu, v akom bola stanovená**
- na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie pred uzavretím zmluvy podľa § 169 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní začalo konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného
- úrad na základe vykonanej kontroly vydal rozhodnutie, ktorým podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému **zrušiť použitý postup** zadávania zákazky na **základe troch nižšie uvedených zistených skutočností**
- odvolateľ sa voči rozhodnutiu odvolal a v predmetnej veci následne rozhodovala rada

Zistenia úradu:

Zistená skutočnosť č. 1 – podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zovšeobecnená na všetky časti zákazky

- kontrolovaný o. i. vyžadoval predloženie zoznamu, z ktorého bude vyplývať, že uchádzač realizoval práce dvojzložkovou zmesou (plast) s hodnotou minimálne 250 000 eur bez DPH a predformovanou páskou s hodnotou minimálne 200 000 eur bez DPH
- zákazka bola rozdelená na štyri časti a v súťažných podkladoch kontrolovaný uviedol, cit.: „*že podmienky účasti uvedené v bodoch 1, 2, 3 platia pre všetky časti zákazky (t. j. IVSC BA, IVSC BB, IVSC ZA a IVSC KE) a ponuku možno predkladať na prvú časť zákazky, druhú časť zákazky, tretiu časť zákazky, štvrtú časť zákazky samostatne, ako aj ľubovoľnú kombináciu týchto častí alebo na všetky časti zákazky.*“
- kontrolovaný umožnil ponuky predkladať na všetky časti, pričom uviedol, že maximálny počet častí, ktoré môžu byť pridelené jednému uchádzačovi sú štyri časti

- úrad uviedol, že kontrolovaný stanovil generalizovanú podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle ktorej **rovnakú minimálnu úroveň predpokladov technickej a odbornej spôsobilosti boli povinní uchádzači preukázať bez ohľadu na skutočnosť, na ktorú konkrétnu časť predmetu zákazky predkladajú ponuku, a aj v prípade, ak predkladajú ponuku súčasne na všetky časti predmetu zákazky a kontrolovaný tak pri koncipovaní vyššie uvedenej podmienky účasti nereflektoval na skutočnosť, že zákazka je rozdelená na časti, ale minimálnu úroveň predpokladov zovšeobecnil a stanovil paušálne pre každú samostatnú časť predmetu zákazky, ako aj pre viacero častí, resp. pre všetky časti predmetu zákazky**
- pri skúmaní úrad posudzoval parciálne požiadavky v súvislosti so splnením tejto podmienky účasti, pričom uviedol, že **primeranosť** daných parciálnych požiadaviek, ako aj predmetnej podmienky účasti ako celku, je determinovaná finančnou náročnosťou realizácie predmetných konkretizovaných prác a **odvíja sa od ich obstarávaného rozsahu a výšky kontrolovaným stanovené predpokladanej hodnoty zákazky**
- východiskom pri posudzovaní úradom bola PHZ na uskutočnenie konkrétnych stavebných prác viažucich sa ku konkrétnej minimálnej úrovni rozsahu/hodnoty konkrétnych stavebných prác, ktoré potenciálny uchádzač musí preukázať v rámci stanovenej podmienky účasti vo vzájomnej súvislosti so všetkými relevantnými okolnosťami
- na základe dokumentácie k verejnému obstarávaniu, konkrétne z cenových ponúk z prieskumu trhu realizovaného kontrolovaným, **úrad prepočítal priemerné hodnoty stavebných prác týkajúcich sa prác s predformovanou páskou a dvojzložkovou zmesou (plast) a na základe uvedených predložených cenových ponúk určil priemernú predpokladanú hodnotu konkretizovaných prác vo vzťahu ku každej jednotlivej časti predmetu zákazky**
- z prepočtov úradu boli zrejmé rozdielne predpokladané hodnoty týchto prác v jednotlivých častiach a úrad zároveň zistil, že požiadavka spočívajúca v **preukázaní prác predformovanou páskou minimálne v hodnote 200 000 eur bez DPH predstavovala:**
 - **až 6,96 - násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (28 733 eur bez DPH) pre časť 2 predmetu zákazky,
 - **až 5,57 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (35 917 eur bez DPH) pre časť 3 predmetu zákazky,
 - **až 4,60 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (43 500 eur bez DPH) pre časť 4 predmetu zákazky
 - **a iba 1,69 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (118 525 eur bez DPH) pre časť 1 predmetu zákazky

a požiadavka spočívajúca v preukázaní prác dvojzložkovou zmesou (plast) minimálne v hodnote 250 000 eur bez DPH predstavovala:

- **3,31 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (75 372 eur bez DPH) pre časť 1 predmetu zákazky,
- **3,32 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (75 207 eur bez DPH) pre časť 2 predmetu zákazky,

- **4,27 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (58 613 eur bez DPH) pre časť 4 predmetu zákazky
 - **a iba 1,59 – násobok** predpokladanej hodnoty predmetných prác (156 900 eur bez DPH) pre časť 3 predmetu zákazky
- úrad konštatoval, že na základe vyššie uvedeného si každá časť predmetu zákazky mala vyžadovať **individuálny prístup vzhľadom na diferencie v objeme, rozsahu predmetných prác a predpokladanej finančnej náročnosti, a teda úmerne by mali aj podmienky účasti reflektovať tieto odchýlky, pretože uvedené hodnoty/násobky kontrolovaným definovanej minimálnej úrovne pre jej splnenie sú s ohľadom na rozsah, technickú a finančnú náročnosť prác, tvoriacich predmet jednotlivých častí zákazky, neprimerané**
- na základe uvedených zistení v rámci konania úrad požiadal kontrolovaného o podrobné odôvodnenie primeranosti nastavenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO v súvislosti s požiadavkou na vyžadované minimálne finančné hodnoty oboch typov prác vo vzťahu k jednotlivým častiam (časť 2, 3, 4 pri prácach predformovanou páskou a časť 1, 2, 4 pri prácach s dvojzložkovou zmesou (plast))

Argumenty kontrolovaného k zistenej skutočnosti č. 1:

- kontrolovaný uviedol, že cieľom určenia podmienok účasti bolo overiť si postavenie uchádzača, čím sa kontrolovaný ubezpečí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované kvalifikovaným, primerane odborne a kapacitne zdatným zmluvným partnerom
- podľa jeho vyjadrenia hospodársku súťaž neobmedzil, o čom svedčí aj skutočnosť, že do verejnej súťaže boli predložené tri ponuky uchádzačov pre každú časť predmetu zákazky
- uviedol taktiež, že určenie konkrétnych vyžadovaných podmienok účasti, ich minimálnej úrovne, ako aj dokladov slúžiacich na ich preukázanie, je v kompetencii samotného verejného obstarávateľa, avšak pri ich stanovení je povinný dodržať princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2
- zároveň argumentoval, že na realizáciu predmetu zákazky, podľa jeho názoru, má vplyv mnoho faktorov, ktoré je veľmi ťažko presne špecifikovať (klimatické podmienky v danom roku, hustota premávky na jednotlivých úsekoch, požadovaný harmonogram realizácie prác), pričom je logické, že na plnenie predmetu zákazky treba vybrať kvalifikovaného, zodpovedného uchádzača
- konštatoval, že na obnovu vodorovného dopravného značenia zostáva v kalendárnom roku maximálne 5 až 6 mesiacov a aj v ich priebehu sa treba vysporiadať s nepriazňou počasia, a teda aj z tohto dôvodu je treba vybrať skúseného zmluvného partnera
- k samotným podmienkam účasti uviedol, že sa k nim už niekoľkokrát vyjadroval v rámci uplatnených revízných postupov a poukázal na rozhodnutie úradu č. 11709-6000/2019-OD zo dňa 09. 10. 2019, ktoré bolo potvrdené aj rozhodnutím rady č. 14689-9000/2019 zo dňa 04. 12. 2019, v ktorom sa v bode č. 61 o. i. uvádza, cit.: „*Úrad uvádza, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je overiť si postavenie záujemcu, resp. uchádzača z hľadiska osobného postavenia, finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti, čím sa verejný obstarávateľ ubezpečí, že plnenie zmluvy bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Takýto zmluvný partner má byť teda kvalifikovaný, primerane odborne a kapacitne zdatný a ktorý bude schopný realizovať*

predmet zákazky. Je preto logické, že stanovenie podmienok účasti bude vždy znamenať istú formu obmedzenia, nakoľko nie je možné od verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov požadovať, aby nimi stanovené podmienky účasti mali na všetkých potenciálnych záujemcov rovnaký dopad, t. j. aby stanovené podmienky účasti spĺňal automaticky každý záujemca. Takáto požiadavka by navyše nebola ani možná a bola by v rozpore so samotným účelom inštitútu podmienok účasti ako takého, ktorého účelom je zaistiť práve to, aby ponuku predložili len takí uchádzači, ktorí sú spôsobilí realizovať predmet zákazky.“

- vo vyjadrení taktiež uviedol, že pri stanovení finančného objemu referencie neexistuje matematický vzorec na stanovenie optimálnej finančnej výšky referencií a poukázal na protichodné rozhodnutia úradu v tejto oblasti (napr. č. 7203-6000/2019-OD/4 zo dňa 11. 06. 2019 a rozhodnutie rady č. 9936-9000/2019 zo dňa 30. 07. 2019)

Vyjadrenie úradu k argumentom kontrolovaného

- podľa vyjadrenia úradu nastavenie minimálnej úrovne podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO je v kompetencii verejného obstarávateľa a musí smerovať k predpokladu umožniť realizáciu zákazky tým hospodárskym subjektom, ktoré svoju technickú spôsobilosť preukážu s ohľadom na svoju predchádzajúcu skúsenosť s obdobným predmetom v rozsahu výkonu požadovaných prác v rámci realizácie predmetu zákazky
- v súvislosti s vyjadrením kontrolovaného sa k podmienkam účasti v rámci uplatnených revízných postupov, úrad konštatoval, že tie súviseli s preukázaním celkového objemu realizovaných stavebných prác v hodnote 8 000 000 eur bez DPH, ktorú kontrolovaný následne znížil na hodnotu 6 500 000 eur bez DPH ako aj s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) ZVO, pričom však k zistenému nedostatku podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO sa kontrolovaný relevantne nevyjadril a primeranosť podmienky účasti v kontexte všetkých ním stanovených požiadaviek nezdôvodnil
- k tvrdeniu kontrolovaného v súvislosti s revíznymi postupmi, úrad uviedol, že uplatnenie revízných postupov je len právo záujemcov/uchádzačov a ich nevyužitie zo strany záujemcov/uchádzačov k predmetnému zisteniu nemôže byť argumentom, ktorý by odobril postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní, a argumentom, že ZVO v súvislosti so stanovenými podmienkami účasti tak nemohol byť porušený
- k vyjadreniu kontrolovaného, že pri stanovení podmienok účasti vychádzal z jeho predchádzajúcich odborných skúseností pri obstarávaní obdobného predmetu zákazky v minulosti (v roku 2013) úrad uviedol, že nemohol vychádzať z tohto VO pri zadefinovaní parciálnych požiadaviek v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO a nemôže sa odvolávať na rovnaké nároky na uchádzačov, ako požadoval v roku 2013, nakoľko vtedajšia čiastková požiadavka v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO spočívajúca v preukázaní prác predformovanou páskou v hodnote minimálne 200 000 eur bez DPH nebola v roku 2013 stanovená vôbec a finančný objem prác dvojzložkovou zmesou (plast) bol stanovený v nižšej hodnote, ako je požadovaný finančný objem v predmetnom verejnom obstarávaní
- úrad k predmetnému VO z roku 2013 zároveň dodal, že uvedené VO nebolo predmetom kontroly a nie je možné sa preto objektívne zo strany kontrolovaného opierať o správnosť svojho postupu v ním realizovanom VO
- k samotnému vnímaniu nastavenia podmienky účasti kontrolovaným - ako generalizované preukázanie odbornej alebo technickej spôsobilosti uchádzačov pre

všetky časti predmetu zákazky, ktorej cieľom bolo o. i. aj preveriť schopnosť plniť predmet zákazky na všetky 4 časti zákazky súbežne, nakoľko, podľa vyjadrenia, **existuje reálny predpoklad, že k tejto situácii môže dôjsť, úrad uviedol, že nie je úmerné požadovať vo vzťahu k rozsahu a objemu prác, ktoré bude uskutočňovať uchádzač napr. len jednej časti, rovnakú úroveň technickej a odbornej spôsobilosti ako od uchádzača, ktorý by mal realizovať rozsah a objem prác všetkých častí predmetu zákazky**

- v súvislosti s rozhodnutím rady č. 14689-9000/2019 zo dňa 04.12. 2019 na ktoré poukázal kontrolovaný a v ktorom bola posudzovaná podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) ZVO úrad poukázal na závery, v zmysle ktorých, minimálna požadovaná úroveň, ktorá bola stanovená, t. j. počet požadovaných strojov, bola vyhodnotená ako opodstatnená vo vzťahu k predkladaniu ponuky na samostatnú jednotlivú časť predmetu zákazky, cit.: „(...) Rada vníma predmetnú podmienku účasti ako minimálnu aj na jednu časť predmetnej zákazky. V tejto súvislosti je možné poukázať aj na to, že zo záverov Výskumného ústavu dopravného vyplýva, že kontrolovaný sa pravdepodobne snažil nastaviť počty strojov podľa svojich historických skúseností s podobným predmetom zákazky a ako vyžadované minimum, s ktorým je podľa jeho názoru uchádzač schopný realizovať jednotlivé časti a pri dobrej organizácii práce aj viac častí zákazky, prípadne aj celý jej rozsah. Z uvedeného vyplýva, že kontrolovaný stanovil požiadavku ako minimálnu na jednu z častí a v prípade, že bude uchádzač predkladať ponuky na viac častí zákazky, prispôbi tomu aj strojové vybavenie. Nie je teda vylúčené, že v prípade, ak bude niektorý z uchádzačov úspešným vo viacerých častiach zákazky, bude pri plnení predmetnej zákazky potrebné využiť väčšie množstvo zariadení určených na aplikáciu vodorovného dopravného značenia, ako bolo požadované v predmetnej podmienke účasti. Na splnenie predmetnej podmienky účasti však postačuje preukázať, že na účely realizácie ktorejkoľvek časti, prípadne aj viacerých častí predmetu zákazky, si je uchádzač schopný zabezpečiť aspoň šesť zariadení na aplikáciu vodorovného dopravného značenia.“ a v danom prípade stanovená minimálna požadovaná úroveň bola opodstatnená pri predkladaní ponúk na jednu časť predmetu zákazky, bola tiež paušalizovaná, ale s primeranou minimálnou úrovňou pre každú jednu časť, **naopak, v súvislosti s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, požadovaná minimálna úroveň nie je stanovená primerane k vyššie identifikovaným konkrétnym jednotlivým častiam, a to kvalifikuje jej zovšeobecnenie ako neprimerané k jednotlivým častiam predmetu zákazky**
- k argumentu kontrolovaného, že konštatovanie úradu o možnom vplyve na výsledok verejného obstarávania je len v rovine teoretických/špekulatívnych úvah, vychádzajúcich z prepočtov indikatívnych cien, bez ohľadu na realitu danej požiadavky vo vzťahu k šírke trhu a účelu stanovenia podmienky účasti úrad uviedol, že pri posudzovaní primeranosti uvedených čiastkových požiadaviek zohľadňoval aj príslušný segment trhu, pričom v zmysle ZVO sa nevyžaduje pri určení, že porušenie ustanovení tohto zákona mohlo mať vplyv na výsledok VO, ale postačuje aj preukázať, ako toto porušenie ovplyvnilo výsledok verejného obstarávania, a teda postačuje vždy len reálna možnosť, potencialita zásadného vplyvu na výsledok VO, za ktorý sa považuje možnosť odrazenia uchádzačov od účasti v súťaži, napr. stanovením diskriminačnej podmienky (rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 154/2011 zo dňa 21. 11. 2012).

- k „dostatočnej“ šírke relevantného trhu úrad dodal, že boli predložené tri ponuky, ale identickými uchádzačmi na všetky 4 časti, čo odzrkadľuje práve nedostatočnú hospodársku súťaž v segmente trhu subjektov, ktorí by spĺňali všetky predpoklady a podmienky pre účasť v tomto VO

Rozhodnutie úradu k zistenej skutočnosti . 1

- úrad rozhodol, že kontrolovaný postupoval **v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, a súčasne aj v rozpore s § 10 ods. 2 tohto zákona, konkrétne s princípmi nediskriminácie hospodárskych subjektov a proporcionality, keď za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní stanovil vo vzťahu k časti 2, 3 a 4 predmetu zákazky zovšeobecnenú rovnakú minimálnu úroveň spočívajúcu v preukázaní uskutočnených prác predformovanou páskou s hodnotou vo výške minimálne 200 000 eur bez DPH za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania a vo vzťahu k časti 1, 2 a 4 predmetu zákazky generalizovanú rovnakú minimálnu úroveň spočívajúcu v preukázaní uskutočnených prác dvojzložkovou zmesou (plast) s hodnotou vo výške minimálne 250 000 eur bez DPH za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania**, ktoré sú neprimerané a diskriminačné vo vzťahu k identifikovaným jednotlivým častiam obstarávaného predmetu zákazky, pričom kontrolovaný **mal pri koncipovaní predmetnej podmienky účasti zohľadniť rozsah, technickú a finančnú náročnosť samostatných častí vo vzťahu k parciálnym požiadavkám, berúc do úvahy skutočnosť, že potenciálni uchádzači mohli predkladať ponuky aj na samostatné časti predmetu zákazky**
- konanie kontrolovaného **mohlo mať vplyv na výsledok VO**

Zistená skutočnosť č. 2 – návrhy na plnenie kritéria na vyhodnotenie ponúk zo strany jednotlivých uchádzačov – mimoriadne nízka ponuka

- komparáciou predložených ponúk úrad zistil, že sú výrazne nižšie ako kontrolovaným stanovená predpokladaná hodnota jednotlivých častí predmetu zákazky, pričom s jednou výnimkou nedosahujú ani úroveň 70 % predpokladanej hodnoty a pohybujú sa v rozhraní 60 % - 70 % predpokladaných hodnôt jednotlivých častí predmetu zákazky
- v dokumente s názvom „Zápisnica z vyhodnotenia ponúk podľa § 44 zákona o verejnom obstarávaní k nadlimitnej zákazke“ zo dňa 08. 01. 2020, v ktorom sa uvádza, cit.: „(...) *pričom verejný obstarávateľ sa rozhodol, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a vyhodnotenie ponúk z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky sa uskutoční po vyhodnotení ponúk na základe kritérií na vyhodnotenie ponúk a zároveň sa v zmysle § 55 ods. 1 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní bude vyhodnocovať ponuku z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky a splnenie podmienok účasti vo vzťahu k uchádzačovi, ktorý sa umiestnil na prvom mieste v poradí po vyhodnotení ponúk na základe kritérií na hodnotenie ponúk.*“
- úrad poukázal na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. 2S 366/10 zo dňa 28. 09. 2011, v zmysle ktorého je možné za mimoriadne nízku ponuku považovať takú ponuku uchádzača, ktorá z rozličných objektívnych dôvodov vyvoláva dôvodné pochybnosti verejného obstarávateľa o schopnosti uchádzača zrealizovať pri takejto cene zákazku riadne a včas, a ktorá je v porovnaní s ponukami ostatných uchádzačov **alebo**

predpokladanej hodnoty zákazky výrazne nižšia a podľa úradu táto skutočnosť môže mať význam ako určujúci faktor pre identifikáciu atribútu ponuky ako mimoriadne nízkej

- dokument „Zápisnica z vyhodnotenia ponúk“ zo dňa 21. 02. 2020 uvádza, že kontrolovaný vyhodnotil odvolateľa ako úspešného uchádzača pre časti 1, 2, 3 a 4 predmetu zákazky, pričom pre časti 2 a 3 predmetu zákazky predložil ponuku s najnižším návrhom na plnenie kritéria a v častiach 1 a 4 predmetu zákazky boli ostatní dvaja uchádzači z procesu verejného obstarávania vylúčení podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní
- úrad podrobne preskúmaval najmä ponuky odvolateľa z dôvodu, že účelné pre posúdenie skutkového a právneho stavu je skúmať ponuky odvolateľa, ktorý bol v konečnom dôsledku vyhodnotený ako úspešný pre všetky časti zákazky, nakoľko znovu zostavenie poradia v kontexte vyhodnocovania všetkých predložených ponúk, ktoré boli mimoriadne nízke, by nemalo vplyv na výsledok verejného obstarávania s ohľadom na skutočnosť, že iba jeden uchádzač zostal v predmetnom procese verejného obstarávania. (dvaja uchádzači boli z častí 1 a 4 predmetu zákazky vylúčení podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO - nesplňali stanovené podmienky účasti)
- úrad uviedol, že indikátorom mimoriadne nízkej ponuky môžu byť výrazné odchýlky predložených cenových ponúk v porovnaní s celkovou predpokladanou hodnotou zákazky, resp. predpokladanou hodnotou zákazky pre samostatnú časť predmetu zákazky za predpokladu uskutočňovania vyhodnocovania konkrétnej predloženej ponuky vo vzťahu ku konkrétnemu obstarávanému predmetu zákazky, pričom pre relevantné vyhodnotenie ponúk z pohľadu ich mimoriadne nízkej ceny, považoval úrad za rozhodujúcu metodiku hodnotenia konkrétnych ponúk vo vzťahu k stanovenej predpokladanej hodnote zákazky
- na základe vyššie uvedeného **úrad uplatnením komparatívneho postupu zistil nasledovné skutočnosti v ponukách odvolateľa pre jednotlivé časti vo vzťahu k predpokladaným hodnotám jednotlivých príslušných častí zákazky, na základe ktorých mal za to, že by jeho predložené ponuky mohli vykazovať znaky mimoriadne nízkej ponuky:**
 - časť 1 – cena v ponuke o 29,6 % nižšia v porovnaní s predpokladanou hodnotou tejto časti zákazky,
 - časť 2 - cena v ponuke o 39,8 % nižšia v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky,
 - časť 3 – cena v ponuke o 40 % nižšia v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky,
 - časť 4 – cena v ponuke 30,5 % nižšia v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky,
- podrobnejším preskúmaním ponúk odvolateľa a porovnaním cien jednotlivých položiek v rámci jednotlivých častí, ktoré boli uchádzači povinní oceniť, úrad zistil, že v ponukách odvolateľa sú aj ďalšie položky, ktorých ceny sú značne nižšie v porovnaní s cenou položiek v rámci kontrolovaným určenej predpokladanej hodnoty konkrétnych častí predmetu zákazky, a tak indikoval, že nielen celkový návrh na plnenia kritéria, ale aj ceny jednotlivých položiek ako vykazujúce znaky mimoriadne nízkej ponuky vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky a preliminovaným hodnotám jednotlivých položiek (v ponuke napr. z desiatich položiek, ktoré bol odvolateľ povinný oceniť pre

každú časť predmetu zákazky, majorita z nich nedosahovala 75 % predpokladanej hodnoty jednotlivých položiek a markantné rozdiely napr. cena jednej položky pre všetky časti predmetu zákazky nedosahovala ani úroveň 30 % preliminovanej hodnoty, v časti 4 predmetu zákazky bola položka s cenou na úrovni iba 22 % preliminovanej hodnoty uvedenej položky alebo v časti 2 predmetu zákazky je položka s cenou na úrovni iba 39 % preliminovanej hodnoty uvedenej položky)

- z dokumentu „Zápisnica z vyhodnotenia ponúk podľa § 44 zákona o verejnom obstarávaní k nadlimitnej zákazke“ zo dňa 08. 01. 2020, ktorá má zachytávať priebeh – proces vyhodnocovania ponúk, vyplýva, že komisia vyhodnocovala predložené ponuky v zmysle § 66 ods. 7 ZVO najskôr na základe stanoveného kritéria a skonštatovala, že pre časť 1 a časť 4 predmetu zákazky sa prvým v poradí v predmetnom verejnom obstarávaní stal uchádzač A a pre časť 2 a časť 3 predmetu zákazky sa prvým v poradí v predmetnom verejnom obstarávaní stal odvolateľ a zároveň je v nej uvedené:, cit.: „*Verejný obstarávateľ sa zaoberal aj mimoriadne nízkou ponukou. Po preskúmaní predložených cenových kalkulácií – rozpočtov skonštatoval, že predložené návrhy nevykazujú znaky mimoriadne nízkych ponúk v porovnaní s návrhmi v roku 2013.*“
- **na podozrenie na mimoriadne nízku ponuku poukázala aj členka komisie bez práva vyhodnocovania**, o čom svedčí mailová komunikácia medzi členmi komisie, v ktorej navrhla členom komisie s právom vyhodnocovania ponúk vyzvať v každej časti uchádzača, ktorý sa umiestnil ako prvý v poradí, na predloženie vysvetlenia mimoriadne nízkej ponuky, na čo člen s právom vyhodnocovať ponuky reagoval, cit.: „*Zasielam tabuľku s porovnaním jednotkových cien víťazných uchádzačov v jednotlivých častiach (IVSC), kde si myslím, že nie je výrazný rozdiel. Porovnaním cien víťazného uchádzača v časti IV – SSC IVSC Košice v roku 2020 s víťazom súťaže v roku 2013, kde si tiež myslím, že nie je výrazný rozdiel. Mám za to, že pri týchto cenách sú zhotovitelia práce schopní realizovať práce.*“
- **komisia odporúčanie neakceptovala** a zvolila metodický postup spočívajúci:
 - v porovnaní jednotkových cien víťazných uchádzačov v jednotlivých častiach predmetu zákazky a
 - v porovnaní jednotkových cien úspešného uchádzača pre časť 4 predmetu zákazky s víťaznou ponukou uchádzača pre totožnú časť v roku 2013 v období verejnom obstarávaní,

a v závere konštatovala, že ponuky sa nejavia ako mimoriadne nízke a nepristúpila k uplatneniu inštitútu vysvetlenia ponúk podľa § 53 ods. 2 ZVO

- kontrolovaný postupoval tak, že pri porovnávaní jednotkových cien položiek víťazných predložených ponúk pre jednotlivé časti neboli vzájomne porovnávané predložené ponuky v rámci jednotlivých častí, ale len víťazné ponuky neberúc do úvahy skutočnosť, že jednotlivé časti predmetu zákazky sú svojim rozsahom individualizované a podľa neho zvolený postup kontrolovaného nemá dostatočnú výpovednú hodnotu pre kvalifikovanie ponuky ako nevykazujúcej znaky mimoriadne nízkej ponuky
- **úrad požiadal kontrolovaného o vyjadrenie, prečo nepožiadaval o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky uchádzačov podľa § 53 ods. 2 ZVO** v rámci vyhodnocovania návrhu na plnenie kritéria, a akým spôsobom skúmal a vyhodnotil, že ponuka úspešného uchádzača vo všetkých častiach nevykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky iba na základe porovnania s ponukou úspešného uchádzača z roku 2013 (pričom položky ocenené odvolateľom sú v porovnaní s predpokladanou hodnotou

zákazky nízke, príkladmo v časti 1 sú položky č. 6 a č. 7 na úrovni iba 62 % predpokladanej hodnoty a položka č. 10 na úrovni iba 28 % predpokladanej hodnoty, v časti 2 je položka č. 8 na úrovni iba 39 % predpokladanej hodnoty a položka č. 10 na úrovni iba 28 % predpokladanej hodnoty, v časti 3 je položka č. 1 na úrovni iba 50 % predpokladanej hodnoty, položka č. 10 na úrovni iba 28 % predpokladanej hodnoty a v časti 4 je položka č. 8 na úrovni iba 22 % predpokladanej hodnoty a položka č. 10 na úrovni iba 28 % predpokladanej hodnoty (zákazky)

Argumenty kontrolovaného k zistenej skutočnosti č. 2

- v súvislosti s posudzovaním mimoriadne nízkej ponuky kontrolovaný uviedol, že vychádzal z rozhodnutia rady č. 10752- 9000/2019 zo dňa 27. 08. 2019, v ktorom je o. i. uvedené: „*Úrad v súvislosti s § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že jeho účelom je chrániť verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa pred situáciou, kedy uchádzač uvedie vo svojej ponuke cenu, za ktorú nie je možné z objektívnych dôvodov realizovať plnenie verejnej zákazky. Avšak zákon o verejnom obstarávaní explicitne neupravuje, akú ponuku je možné pokladať za mimoriadne nízku. Rozšírením právnej úpravy o § 53 ods. 3 zákon o verejnom obstarávaní upravil len príkladmo, v ktorých prípadoch ide o mimoriadne nízku ponuku, nevylučuje však, že aj v iných prípadoch môže ísť o mimoriadne nízku ponuku. Vo všeobecnosti však možno považovať ponuku za mimoriadne nízku vtedy, ak ide o navrhovanú ponuku z rôznych dôvodov vyvolávajúcu pochybnosti, či je uchádzač schopný pri realizácii verejnej zákazky takúto cenu mimoriadne nízkej ponuky dodržať, a teda či existuje reálny predpoklad jej realizácie. Z judikatúry súdov vyplýva, že rozhodnutie o tom, či konkrétna ponuka vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky, je v kompetencii komisie na vyhodnotenie ponúk, ktorej členmi sú osoby s odborným vzdelaním alebo odbornou praxou zodpovedajúcou predmetu zákazky, čo je predpokladom pre posúdenie a vyhodnotenie ponuky ako mimoriadne nízkej. Je však potrebné uviesť, že len samotná identifikácia, resp. vyhodnotenie určitej ponuky ako mimoriadne nízkej, nie je zákonným dôvodom pre vylúčenie ponuky z postupu zadávania zákazky.*“
- zároveň dodal, že komisia preskúmala ponuky spôsobom, ktorý uviedla v zápisnici zo dňa 08.01.2020, kde zároveň konštatovala, že **ceny nevykazujú znaky mimoriadne nízkej ponuky, sú objektívne a odrážajú primeranú a reálnu možnosť plnenia predmetu zákazky**

Vyjadrenie úradu k argumentom kontrolovaného k zistenej skutočnosti č. 2

- úrad uviedol, že nespochybňuje legitimitu komisie vyhodnocovať ponuky, avšak zdôraznil, že komisia vykonáva dohľad nad vyhodnotením ponúk, a s tým súvisiacim posúdením aj aspektu mimoriadne nízkej ponuky, ktoré by malo byť preskúmateľné a založené na relevantných, vecne správnych a objektívnych postupoch
- úrad taktiež poukázal na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č. j. 5 Afs 75/2009 zo dňa 06. 11. 2009, v ktorom je o.i. uvedené, cit.: **Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise po formální stránce. Nejvyšší správní soud tedy v této otázce konstatuje, že orgán dohledu by tím, že by přezkoumal hodnocení komise, nepředjímal ani nenahrazoval výsledný názor komise, jak míní stěžovatel, musí však dbát na to, aby komise k výsledku posouzení**

dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního a přezkoumatelného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění.“

- úrad mal za to, že komisia kontrolovaného **nepresvedčivou analýzou, resp. metodikou, relevantne nezdôvodnila skutočnosť, že predložené ponuky sú nositeľom znaku spočívajúcim v tom, že sa nejavia ako mimoriadne nízke**
- podľa úradu tento postup navodzuje pochybnosť o skutočnom zámere preverovať mimoriadne nízku cenu predložených ponúk a nasvedčuje tomu, že kontrolovaný nepovažoval za potrebné preskúmať skutočne reálnosť deklarovaných cien za práce bez ohľadu na zreteľný cenový rozdiel v ponukách uchádzačov v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky, ktorej hodnota bola stanovená na základe cenových ponúk tých hospodárskych subjektov, ktoré v konečnom dôsledku predkladali ponuku buď samostatne alebo ako členovia skupiny dodávateľov
- úrad mal za to, že **postup komisie je nepreskúmateľný**, nakoľko komisia v zápisniciach **neuviedla relevantné dôvody smerujúce ku skonštatovaniu, že predložené ponuky sa nejavia ako mimoriadne nízke, a nie je z neho zrejmé, že vyhodnocovanie predložených ponúk z aspektu mimoriadne nízkej ponuky nebolo uskutočnené iba formálne**, ale riadne, objektívne a s náležitou dôslednosťou, odbornosťou a patričným odôvodnením, na základe ktorého by bolo možné následne preskúmať splnenie požiadaviek transparentného a objektívneho spôsobu vyhodnocovania ponúk
- k argumentu kontrolovaného v súvislosti s PHZ, že jej účel je obmedzený – stanovuje sa pre následné určenie správneho postupu VO a prieskum trhu slúži len k stanoveniu postupu VO z hľadiska finančného limitu vzhľadom na to, že indikatívne ceny, ktoré sú výsledkom prieskumu trhu, sú výrazne nadhodnotené a nereálne, úrad uviedol, že funkcia inštitútu stanovenia PHZ nie je obmedzená iba na stanovenie príslušného limitu zákazky, ale je **určujúca napr. aj pri stanovovaní podmienok účasti, pri určovaní výšky zábezpeky a v neposlednom rade môže byť indikátorom mimoriadne nízkej ponuky**, pričom poukázal na judikatury Súdneho dvora Európskej únie, konkrétne rozsudku Súdneho dvora Európskej únie zo dňa 27. 11. 2001 v spojených veciach C-285/99 a C-286/99, z ktorého vyplýva, že pre posúdenie, či konkrétna ponuka vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky môže mať význam, napr. komparácia predpokladanej hodnoty s predloženými ponukami ostatných uchádzačov, **pričom ponuku možno považovať za mimoriadne nízku, pokiaľ nedosahuje hranicu 75 % PHZ**
- k spochybneniu inštitútu PHZ, resp. jej reálnej výpovednej hodnoty úrad uviedol, že tvrdenie kontrolovaného, že ponuky úspešného uchádzača, pohybujúce sa v rozhraní 60 % - 70,4 % predpokladaných hodnôt jednotlivých častí predmetu zákazky, sú reálne voči aktuálnym trhovým podmienkam, nebolo žiadnym dostatočným spôsobom preukázané, a neboli predložené žiadne závery iného, podľa neho, objektívneho ukazovateľa reálneho trhu
- podľa úradu postup komisie, ktorý relevantne a riadne nezdôvodňuje dedukciu, že ponuka sa nejaví ako mimoriadne nízka, a tak potvrdzuje schopnosti uchádzača zrealizovať pri navrhnutej cene zákazku riadne a včas popiera účel objektívneho a transparentného vyhodnocovania ponúk a tento postup zároveň predstavuje popieranie účelu preskúmania mimoriadne nízkej ponuky

Rozhodnutie úradu k zistenej skutočnosti č. 2

- úrad ma za to, že komisia kontrolovaného **úplne, dôsledne a riadne nevyhodnotila ponuky uchádzačov z aspektu mimoriadne nízkej ponuky v štádiu vyhodnocovania ponúk na základe stanoveného kritéria**
- podľa úradu nie sú zrejmé presvedčivé a dostatočné dôvody nekvalifikovania predložených ponúk ako ponúk, ktoré sa nejavia ako mimoriadne nízke, ale skôr nasvedčujú o opaku a kontrolovaný zanedbal náležité vyhodnocovanie predložených ponúk už od počiatku, **na základe čoho nie je možné konštatovať, že odvolateľ bol oprávnené vyhodnotený ako úspešný uchádzač pre časti 1, 2, 3, a 4 obstarávaného predmetu zákazky**
- úrad konštatoval, že v dôsledku nedôsledného a neobjektívneho preskúmania predložených ponúk odvolateľa s cenou o 29,6 % nižšou pre časť 1 predmetu zákazky, o 39,8 % nižšou pre časť 2 predmetu zákazky, o 40 % nižšou pre časť 3 predmetu zákazky a o 30,5 % nižšou pre časť 4 predmetu zákazky, vo vzťahu k PHZ danej časti, ktoré by sa pri komparácii PHZ mohli javiť ako mimoriadne nízke, a ktoré bez následného dôkladného preskúmania skutočností zistených pri vyhodnocovaní ponúk z hľadiska existencie mimoriadne nízkej ponuky so zaznamenaním týchto postupov kontrolovaného v dokumentácii z VO, **nie je možné proces vyhodnocovania predložených ponúk z hľadiska ich mimoriadne nízkej ceny riadne preskúmať z pohľadu transparentnosti úkonu vyhodnocovania predložených ponúk**
- postup kontrolovaného bol v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princípom transparentnosti, pričom uvedeného porušenie **mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania vo vzťahu k časti 1, 2, 3 a 4 predmetu zákazky**

Zistená skutočnosť č. 3 – ne/splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) odvolateľom v rozsahu stanovenom kontrolovaným

- z predloženej ponuky odvolateľa jednoznačne a nespochybniteľne nevyplývalo splnenie tejto podmienky podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO v úplnosti v takom rozsahu, v akom ju stanovil kontrolovaný
- k posudzovaniu splnenia podmienky účasti úrad skúmal predložené referencie odvolateľa, pričom jedna presahovala stanovené referenčné obdobie bez konkretizovania alikvotného rozsahu, a teda ceny stavebných prác, ktoré boli uskutočnené v požadovanom rozhodnom období, t. j. vo vzťahu k predmetnej referencii, a vykonaním súčtu hodnôt ostatných referencií. Bez zarátania tejto spornej referencie, výsledná referenčná hodnota nedosahovala požadovaný minimálny objem
- vo výzve na vyjadrenie úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keď dôsledne nevyhodnocoval splnenie predmetnej podmienky účasti, a za účelom jej správneho vyhodnotenia a nesporného preukázania neaplikoval inštitút vysvetlenia, resp. doplnenia predložených dokladov, pričom zároveň konštatoval, že uvedené konanie kontrolovaného bolo v rozpore aj s § 10 ods. 2 ZVO

Vyjadrenie kontrolovaného k zistenej skutočnosti č. 3

- kontrolovaný poukázal na zmluvu o dielo uzavretú medzi kontrolovaným a spoločnosťou C, v ktorej teda sám bol odberateľom a má vedomosť o jemu poskytnutom plnení v zmysle tejto zmluvy, ktorej predmetom bolo obdobné plnenie predmetu zákazky aj v podobe prác predformovanou páskou v požadovanom objeme v rozhodnom období, čím malo dôjsť k naplneniu podmienky účasti odvolateľom

Rozhodnutie úradu k zistenej skutočnosti č. 3

- úrad, aj na základe vyjadrenia kontrolovaného a poukázaním na vyššie uvedenú zmluvu o dielo konštatoval, že postupom kontrolovaného v rámci vyhodnocovania podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **nedošlo k porušeniu ZVO s možným vplyvom na výsledok verejného obstarávania**

Úrad následne konštatoval, že v **nadväznosti na úradom zistenú skutočnosť č. 1 nie je možné kontrolovanému nariadiť odstránenie protiprávneho stavu v zmysle § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní** z dôvodu, že k porušeniu tohto zákona došlo v prípravnej fáze verejného obstarávania a vo fáze pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, pričom lehota na predkladanie ponúk už uplynula, a preto v zmysle § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní musel rozhodnúť tak, že **kontrolovanému nariadil zrušiť použitý postup zadávania predmetnej zákazky**.

Odvolanie odvolateľa

Zistená skutočnosť č. 1

- odvolateľ uviedol, že stanovenie predmetnej technickej alebo odbornej spôsobilosti preukazovanej zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania je vecou verejného obstarávateľa, keďže ide o minimálne desať položiek v každej časti vyhláseného verejného obstarávania
- poukázal na špecifickosť niektorých prác, ako napr. na položku č. 7 „Odstraňovanie nefunkčného VDZ“, že ide o činnosť, ktorá je v cenovom vyjadrení, tak isto ako predchádzajúce špecifické práce (práce predformovanou páskou a dvojzložkovou zmesou (plast)) k pomeru celkového objemu vyjadreného v eurách zanedbateľná
- poukázal taktiež na skutočnosť, že žiaden uchádzač (ani neúspešný), okrem úradu, nespochybnil a nepoukázal na konanie kontrolovaného s možným vplyvom na výsledok VO

Zistená skutočnosť č. 2

- podľa odvolateľa sa úrad touto skutočnosťou nezaoberal v súlade s § 53 ods. 3 ZVO, ale zvolil vlastný subjektívny názor na zistenie mimoriadne nízkej ceny a z toho vyvodil aj záver, že takýto určujúci faktor identifikuje atribút ponuky ako mimoriadne nízkej
- nestotožňuje sa s názorom úradu, že konaním kontrolovaného došlo z jeho strany k porušeniu ZVO a má za to že proces bol riadne zdokumentovaný
- požaduje zastaviť konanie z dôvodu, že nebolo zistené porušenie ZVO, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok VO

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu odvolateľa

Zistená skutočnosť č. 1

- vyjadril nesúhlas s konštatovaním úradu k zistenej skutočnosti č. 1
- poukázal, že v rámci uplatnených revízných postupov niekoľkokrát zmäkčil podmienky účasti a má zato, že nijakým spôsobom neobmedzil účasť hospodárskych subjektov v predmetnej súťaži
- opätovne poukázal na spôsob stanovenia podmienok účasti vychádzajúci zo skúseností z predchádzajúcej súťaže (súťaž z r. 2013), pričom znova poukázal na neexistenciu univerzálneho matematického vzorca k určeniu optimálnej výšky referencie s odvolaním sa na protichodné rozhodnutia úradu a rady
- zdôraznil účel stanovenia podmienky účasti, pričom opäť uviedol aj situáciu, kedy môže byť jeden úspešný uchádzač pre všetky časti, pričom cieľom bolo preveriť schopnosť plnenia každého úspešného uchádzača vzhľadom na rozdelenie zákazky na časti
- vo vzťahu k paušalizovaniu podmienky účasti opäť upriamil pozornosť na rozhodnutie úradu č. 11709-6000/2019-OD a v súvislosti s delením zákazky na časti s ohľadom na podmienky účasti poukázal znova na protichodné rozhodnutie úradu a rady č. 15205-9000/2018
- taktiež poukázal na možnosť úradu preveriť si „šírku“ trhu k akémukoľvek predmetu zákazky prostredníctvom verejne dostupných informačných systémov verejnej správy
- podľa jeho názoru je konštatovanie úradu, že stanovená podmienka mohla mať vplyv na výsledok VO, len v rovine teoretických/špekulatívnych úvah (na základe prepočtov indikatívnych cien bez zohľadnenia reálnosti požiadavky vo vzťahu k šírke trhu a účelu tejto podmienky účasti)

Zistená skutočnosť č. 2

- vyjadril nesúhlas s konštatovaním úradu k zistenej skutočnosti č. 2
- poukázal na skutočnosť, že je v jeho kompetencii označiť, či je niektorá ponuka mimoriadne nízka a len v prípade, ak je takto označená, musí požiadať uchádzača o vysvetlenie
- zotrval v tvrdení, že sa reálnosťou cenových návrhov zaoberal, čo uviedol aj v zápisnici
- k otázke riadneho zaznamenania procesu vyhodnocovania ponúk z hľadiska mimoriadne nízkej ponuky uviedol, že nie je exaktne definované, kedy je tento úkon zaznamenaný nedostatočne, pričom opäť poukázal na rozhodovaciu prax úradu, v ktorej je často vytýkané verejným obstarávateľom, že nedostatočným spôsobom zaznamenávajú vykonaný úkon, pričom úrad bližšie nekonkretizuje, ako má vyzeráť transparentne zaznamenaný takýto vykonaný úkon
- zároveň priložil zmluvy ako výsledok VO s rovnakým/podobným predmetom obstarávania z roku 2013, s porovnaním jednotkových cien s úspešným uchádzačom v roku 2019 vo všetkých štyroch častiach predmetu zákazky, aj s porovnaním priemerných indikovaných cien, ktoré sú výsledkom prieskumu trhu realizovaného v roku 2019
- uviedol, že úrad porovnáva dve rozdielne vstupné hodnoty, kde jedna smeruje k určeniu „správneho“ postupu vzhľadom na finančný limit a druhá je už výsledkom hospodárskej súťaže

- vo vzťahu k účelu PHZ poukazuje na str. 74 metodiky zadávania zákaziek (4. verzia) uvádza: „*Novela zákona účinná od 1. 1. 2019 zdôrazňuje, že inštitút PHZ primárne slúži na určenie „správneho“ postupu verejného obstarávania v závislosti od výšky finančných limitov určených zákonom, resp. jeho vykonávacím predpisom.*“
- vyjadril taktiež názor, že v praxi sú indikatívne ceny získané prieskumom trhu častokrát nadhodnotené, neodrážajú realnosť plnenia a v konečnom dôsledku z dôvodu ich navýšenia smerujú k prísnejším postupom VO a aj v jeho prípade týmito indikatívnymi ponukami docielil len stanovenie postupu na základe z hľadiska finančného limitu a stanovenie „nadhodnotenej-skreslenej“ predpokladanej hodnoty pre jednotlivé časti zákazky
- má za to, že pri porovnaní jednotkových cien z roku 2013 (ako výsledku verejného obstarávania z roku 2013 s rovnakým, resp. podobným predmetom obstarávania) s vysúťaženými jednotkovými cenami v roku 2019 rozdiely odrážajú realitu plnenia predmetu zákazky, pričom tu nie je možné konštatovať mimoriadne nízku ponuku podľa § 53 ods. 2 ZVO, teda ceny navrhnuté úspešným uchádzačom sú reálne a primerané, čo uviedol aj v zápisnici.

Zistená skutočnosť č. 3

- nesúhlasí s konštatovaním úradu k zistenej skutočnosti č. 3 poukazujúc na zákon č. 248/2017 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorým došlo k doplneniu odseku 15, ktorý podľa dôvodovej správy zavádza povinnosť verejných obstarávateľov a obstarávateľov vyhľadať referencie o dodávateľoch v existujúcom registri referencií, ktorý vedie úrad
- uviedol, že má vedomosť, že spoločnosť C v plnom rozsahu spĺňa predmetnú podmienku účasti, vychádzajúc napr. už aj zo samotnej predloženej zmluvy o dielo a ďalších referencií, ktoré je možné dohľadať v prípade pochybností v Evidencii referencií vedenej úradom, a mal za to, že napadnutá referencia úradom opäť vedie k snahe odborne zneistiť kontrolovaného a poukazuje na formálny prístup úradu

Zistenia Rady:

Úlohou Rady v odvolacom konaní bolo posúdiť tri nasledovné úradom zistené skutočnosti:

- a) parciálne časti podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (zistená skutočnosť č. 1),
- b) mimoriadne nízka ponuka odvolateľa vo všetkých štyroch častiach predmetu zákazky (zistená skutočnosť č. 2),
- c) pochybnosti o splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní zo strany odvolateľa vo všetkých štyroch častiach predmetu zákazky (zistená skutočnosť č. 3).

Zistená skutočnosť č. 1 – parciálne časti podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní

- k rozdeleniu zákazky na časti rada poukazuje, že koncepciou rozdeľovania jednej zákazky na viacero častí sa uľahčuje účasť malých a stredných podnikateľov v procese VO, pričom s rozdelením zákazky na časti poukazuje na **§ 38 ods. 10 ZVO** - pri rozdelení zákazky na niekoľko častí je potrebné podmienky účasti určiť vo vzťahu ku každej samostatnej časti osobitne, a to tak, aby pre každú samostatnú časť boli stanovené podmienky účasti primerané vo vzťahu k danej časti predmetu zákazky, aby podmienky účasti vyžadované pre jednotlivé časti reflektovali objemovú veľkosť a finančnú náročnosť týchto častí
- rada uvádza, že kontrolovaný pri koncipovaní predmetnej podmienky účasti nezobral do úvahy tú skutočnosť, že zákazka je rozdelená na štyri časti, ale minimálnu požadovanú úroveň štandardov stanovil všeobecne, t. j. nezohľadnil rozsah, objem a veľkosť jednotlivých častí
- rada vychádzajúc z opisu predmetu zákazky konštatuje, že rozsahy jednotlivých prác v jednotlivých častiach sú rôzne:
 - dvojzložkovou zmesou (plast) majú byť realizované v jednotlivých častiach predmetu zákazky v rozličných objemoch, nakoľko v časti 1 predmetu zákazky je to **4 900 m²**, v časti 2 predmetu zákazky je to **5 200 m²**, v časti 3 predmetu zákazky je to až **11 000 m²** a v časti 4 predmetu zákazky je to **4 050 m²**,
 - predformovanou páskou majú byť taktiež realizované v rôznych objemoch podľa jednotlivých častí predmetu zákazky, pričom napr. medzi rozsahom prác predformovanou páskou v časti **1 a 2 je viac ako štvornásobný rozdiel**
- podľa rady sa vyžadovanie podmienky účasti tak, ako ju nastavil kontrolovaný, jednoznačne javí byť neproporčné vo vzťahu k tomu, čo chcel kontrolovaný, a čo sa aj má stanovením predmetnej podmienky účasti technickej/odbornej spôsobilosti dosiahnuť, a síce preukázanie skúseností potenciálnych uchádzačov s požadovanými prácami, a rovnako sa uvedené javí byť v rozpore s účelom rozdeľovania zákaziek na časti, ktorým je zabezpečiť prístup malým a stredným podnikateľom k zákazkám
- rada poukazuje na svoje rozhodnutie č. 14689-9000/2019 zo dňa 04. 12. 2019, v ktorom sa pri posúdení námietok jedného zo záujemcov v tejto verejnej súťaži o. i. zaoberala podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej kontrolovaný vyžadoval, aby uchádzači predložili zoznam strojového vybavenia s uvedením požadovaných údajov, kde sa však rada vyjadrila, že „*kontrolovaný stanovil požiadavku ako minimálnu na jednu z častí a v prípade, že bude uchádzač predkladať ponuky na viac častí zákazky, prispôsobí tomu aj strojové vybavenie.*“ (tzn. uchádzač musel týmto strojovým vybavením disponovať, aj keď predložil ponuku len na jednu časť), čo však v aktuálne posudzovanom prípade nie je možné konštatovať vzhľadom na rozdiely v rozsahu prác dvojzložkovou zmesou (plast) a predformovanou páskou v jednotlivých častiach predmetu zákazky, ako aj vzhľadom na charakter danej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO (preukázanie skúseností s realizáciou stavebných prác rovnakého alebo podobného charakteru a rozsahu, ako je predmet zákazky)
- v súvislosti s poukázaním úradu na násobky tvoriace hodnoty jednotlivých prác v jednotlivých častiach vo vzťahu k stanovenej hodnote požadovaných prác

predformovanou páskou a dvojzložkovou zmesou (plast), rada poukazuje na skutočnosť, že PHZ bola vysoko nadhodnotená, a za stavu, keby PHZ odzrkadľovala reálne možnosti trhu, tieto násobky medzi minimálnou hodnotou požadovaných prác predformovanou páskou a dvojzložkovou zmesou (plast) a nižšou predpokladanou hodnotu zákazky by boli ešte vyššie, čo je ďalší argument v neprospech kontrolovaného pri posudzovaní primeranosti ním stanovenej minimálnej požadovanej úrovne podmienky účasti pre jednotlivé časti predmetu zákazky

- rada argumentáciu, že nikto vo vzťahu k takto stanovenej podmienke účasti neuplatnil revízne postupy, považuje za irelevantnú
- rada sa v súvislosti s tvrdením kontrolovaného, ktorý nesúhlasí s konštatovaním úradu, že podmienka mohla mať vplyv na výsledok VO a je podložená len teoretickými/špekulatívnymi úvahami bez ohľadu na reálnosť danej požiadavky vo vzťahu k šírke trhu, zaoberala analýzou obdobných zákaziek v Slovenskej republike (na základe zosumarizovaných dohľadaných referencií) tak, aby mohla vychádzať z reálnych dát na relevantnom trhu za účelom posúdenia primeranosti kontrolovaným stanovenej minimálnej požadovanej úrovne spornej podmienky, pričom vychádzala z údajov zverejnených v Evidencii referencií vedenej úradom (tak ako namietal kontrolovaný vo vyjadrení k podanému odvolaniu)
- kontrolovaný však jeho tvrdenia o dostatočnej hospodárskej súťaži na relevantnom trhu, napr. v podobe svojej vlastnej analýzy, vo svojom vyjadrení k podanému odvolaniu, a ani vo svojom vyjadrení k zisteniam úradu, nepodložil(ani odvolateľ)
- rada zostavila vzorku 24 verejných obstarávaní (predmetom bola obnova vodorovného dopravného značenia) – mix nadlimitných, podlimitných ako aj EKS zákaziek, pričom zo vzorky vyplynulo, že v 39 dohľadaných prípadoch zo 45 bol úspešným uchádzačom hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku aj v tomto posudzovanom verejnom obstarávaní, z predmetných referencií nebolo možné vyčítať údaj o hodnote plnenia za určitý druh prác (ako napr. hodnotu prác realizovaných dvojzložkovou zmesou (plast) a predformovanou páskou) a pomerne značná časť identifikovaných verejných obstarávaní by už nespádala do požadovaného referenčného obdobia
- analýza obdobných zákaziek v Slovenskej republike nepreukázala dostatočnú a širokú hospodársku súťaž na relevantnom trhu, a teda ani primeranosť kontrolovaným stanovenej minimálnej požadovanej úrovne danej podmienky účasti
- rada sa však v rámci tejto vzorky identifikovaných VO s obdobným predmetom zákazky zamerala aj na stanovenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a jej minimálnu požadovanú úroveň verejnými obstarávateľmi a poukázala na niekoľko zákaziek, v ktorých pri rozdelení zákazky na niekoľko častí boli stanovené podmienky účasti pre jednotlivé časti tak, aby tieto reflektovali objemovú veľkosť a finančnú náročnosť jednotlivých častí
- k argumentácii kontrolovaného, že pri stanovení vychádzal zo skúseností realizovanej zákazky v r. 2013 rada uviedla, že kontrola tejto zákazky nebola uskutočnená a jeho argumentácia je irelevantná
- rada sa k argumentácii kontrolovaného, že cieľom podmienky bolo preveriť schopnosť plniť predmet zákazky na všetky štyri časti predmetu zákazky súbežne, keďže je reálny predpoklad, že k tejto situácii môže dôjsť, vyjadrila, že jej nie je zrejmé, akým spôsobom takto kontrolovaný preverí schopnosť uchádzača plniť všetky štyri časti predmetu zákazky, keďže uchádzač predkladajúci ponuku do jednej časti predmetu

zákazky rovnako preukazuje predmetnú podmienku účasti ako ten uchádzač, ktorý predkladá ponuku do všetkých štyroch častí predmetu zákazky, a preto túto argumentáciu považuje za nelogickú

- v súvislosti s rozhodnutiami úradu č. 7203- 6000/2019-OD/4 zo dňa 11. 06. 2019, ktoré bolo zmenené rozhodnutím rady č. 9936- 9000/2019 rada uviedla, že predmetom posúdenia týchto rozhodnutí úradu a rady nebol identický skutkový stav ako v tomto prípade
- rada má za to, že argumentácia kontrolovaného, ako ani odvolateľa, neposkytla rade možnosť považovať spornú podmienku účasti za primeranú, nebol predložený žiaden presvedčivý dôkaz o tom, že sa kontrolovaný reálne zaoberal situáciou na trhu a podmienku účasti stanovoval v nadväznosti na realie s cieľom podporiť hospodársku súťaž
- rada konštatuje, že **uvedené mohlo mať vplyv na výsledok VO a neidentifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu**

Zistená skutočnosť č. 2 – mimoriadne nízka ponuka odvolateľa vo všetkých štyroch častiach predmetu zákazky

- rada sa zaoberala otázkou, či je možné dospieť k záveru o mimoriadne nízkych ponukách odvolateľa v jednotlivých častiach predmetu zákazky na základe matematického porovnania týchto ponúk odvolateľa s kontrolovaným stanovenou predpokladanou hodnotou zákazky, pričom považovala za potrebné poukázať na spôsob určenia PHZ
- kontrolovaný pre stanovenie PHZ oslovil šesť subjektov pričom každý jeden z nich sa následne stal uchádzačom v predmetnom verejnom obstarávaní, a to buď samostatne alebo v rámci skupiny dodávateľov, pričom z predložených cenových ponúk na účely stanovenia PHZ bolo zrejmé, že jednotkové ceny jednotlivých položiek sú v porovnaní s cenovými ponukami týchto hospodárskych subjektov predloženými v samotnej súťaži vysoko nadhodnotené a pri určení PHZ kontrolovaný tieto CP len spriemeroval
- rada usúdila, že predbežné cenové ponuky oslovených hospodárskych subjektov, ktoré následne predložili do súťaže ponuku, či už ako skupina dodávateľov alebo samostatne, nie sú a nemôžu byť smerodajné, nakoľko poskytli skreslené údaje o cene obstarávaných stavebných prác. Rada dodáva, že uvedené nespochybňuje ani samotný kontrolovaný, keď argumentuje tým, že „*prax vo verejnom obstarávaní preukazuje, že indikatívne ceny, ktoré sú výsledkom prieskumu trhu, sú výrazne nadhodnotené (práve pre deklarovanie vysokej úspory, ktorá je výsledkom procesu verejného obstarávania) a často neodrážajú realnosť plnenia*“
- rada poukazuje aj na rozsudok Krajského súdu v Brne č. j. 62 Ca 34/2008-102 z ktorého vyplýva že PHZ by mala byť stanovená na základe údajov, ktoré majú objektívnu výpovednú hodnotu ohľadom reálneho predpokladu výšky budúceho plnenia
- v súvislosti s vyčíslením percentuálneho rozdielu ceny medzi predpokladanou hodnotou zákazky a ponukami uchádzačov poukazuje na rozhodnutie rady č. 11501-9000/2020, kde sa zaoberala obdobným prípadom, kde konštatovala, cit: „*Je preto otázne, akú výpovednú hodnotu má v danom prípade jednoduché matematické porovnanie predpokladanej hodnoty zákazky s cenovými ponukami predloženými v aktuálnej fáze predmetného verejného obstarávania (pred uskutočnením opätovného otvárania ponúk a pred uskutočnením elektronickej aukcie na konkrétny úsek cesty). (...) V nadväznosti*

na uvedené má rada za to, že jednoduché porovnanie cien uchádzačov s predpokladanou hodnotou zákazky nemusí predstavovať objektívny zdroj informácií, na základe ktorého by kontrolovaný mohol bezpochyby identifikovať mimoriadne nízke ponuky.“

- rada poukazuje aj na judikatúru Súdneho dvora Európskej únie, z ktorej vyplýva, že nie je v rozpore s právom Spoločenstva pod hrozbou vylúčenia od uchádzačov požadovať, v prípade, ak nimi ponúkaná cena nedosahuje 75 % predpokladanej hodnoty zákazky, aby už v rámci ponuky predložili aj vysvetlenie navrhovaných cien a Súdny dvor Európskej únie však podľa rady v predmetnom rozsudku v žiadnom prípade nekonštatoval, že by ponuka, ktorej cena nedosahuje 75 % predpokladanej hodnoty zákazky, musela byť automaticky považovaná za mimoriadne nízku
- rada konštatovala, že otáznou je práve výpovedná hodnota matematického porovnávania ponúk odvolateľa v jednotlivých častiach predmetu zákazky s takto stanovenou výškou PHZ, keďže bola nadhodnotená a nie je možné dospieť k automatickému záveru, že ponuky odvolateľa sú mimoriadne nízke, teda nadhodnotená predpokladaná hodnota zákazky v tomto verejnom obstarávaní nemôže byť smerodajná pri posudzovaní mimoriadne nízkej ponuky
- rada v odvolacom **konaní nestotožnila s úradom zistenou skutočnosťou č. 2**, na základe čoho rada konštatuje, že v tomto odvolacom konaní v tejto časti odôvodnenia rozhodnutia úradu **identifikovala dôvod na jeho zmenu**

Zistená skutočnosť č. 3 – pochybnosti o splnení podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní zo strany odvolateľa vo všetkých štyroch častiach predmetu zákazky

- rada posudzovala, či kontrolovaným, resp. komisiou kontrolovaného zaznamenaný spôsob vyhodnocovania splnenia danej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO zo strany odvolateľa, je v súlade s týmto zákonom dostatočný a preskúmateľný
- rada uviedla, že v Evidencii referencií vedenej úradom dohľadala referencie k predmetnej zmluve o dielo za roky 2013 až 2015, avšak ani v jednej z týchto referencií nie je vyčíslená hodnota prác predformovanou páskou, ale len hodnota/cena celkom za všetky položky spolu, a teda na základe nich rada nevie posúdiť, v akej hodnote vykonala spoločnosť C práce predformovanou páskou, a teda, či odvolateľ spĺňa kontrolovaným požadovanú minimálnu výšku prác predformovanou páskou v hodnote 200 000 eur bez DPH (aj keď kontrolovaný vie vyčísliť hodnotu týchto prác aj za jednotlivé roky)
- skúmaním čiastkovej zápisnice rada zistila, že kontrolovaný bližšie neuviedol, ktoré referencie, a v akej hodnote, bral do úvahy pri vyhodnocovaní splnenia danej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO (konkrétne pri vyhodnocovaní parciálnej časti tejto podmienky účasti, v rámci ktorej mali uchádzači preukázať skúsenosti s prácami predformovanou páskou minimálne vo výške 200 000 eur bez DPH), nezaznamenal skutočnosť, že vzal do úvahy aj referencie z Evidencie referencií k predmetnej zmluve o dielo, nezaznamenal ani to, aká časť z týchto vykonaných prác spadá do relevantného referenčného obdobia, a teda na základe čoho dospel k záveru, že úspešný uchádzač (odvolateľ) spĺňa predmetnú podmienku účasti.

- rada vyhodnotila **úkon kontrolovaného za nepreskúmateľný**, nakoľko z predložených dokumentov jednoznačne nevyplýva, že odvolateľ danú podmienku účasti splnil
- **nestotožňuje s posúdením úradu, že v tomto prípade nešlo o porušenie ZVO s možným vplyvom na výsledok VO**, a v tejto časti odôvodnenia rozhodnutia úradu identifikovala dôvod na jeho zmenu

2. Posúdenie splnenia podmienok účasti a mimoriadne nízkej ponuky vo verejnom obstarávaní „Poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy pre mesto Ružomberok“

Mesto Ružomberok vyhlásilo zákazku na poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy. Do verejného obstarávania sa prihlásili dvaja uchádzači, pričom jedným z nich bol doterajší poskytovateľ týchto služieb. Ten v súťaži neuspel a následne podal dve námietky. Jedna námietka smerovala voči tomu, že ponuka úspešného uchádzača vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky a za túto cenu nie je podľa neúspešného uchádzača reálne takéto služby poskytovať. Druhá námietka smerovala proti vyhodnoteniu podmienok účasti úspešného uchádzača. Úrad oboje námietky zamietol a následne sa v odvolacom konaní rada s rozhodnutím úradu stotožnila a obe odvolania zamietla.

Číslo rozhodnutia Rady ÚVO: 16396-9000/2020 a 16851-9000/2020

Číslo rozhodnutia ÚVO: 14401-6000/2020 zo dňa 19. 11. 2020
a 13947-6000/2020 zo dňa 27. 11. 2020

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu o námietkach

Smerovanie námietok: podľa § 170 ods. 3 písm. f) proti vyhodnoteniu ponúk a podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) tohto ustanovenia

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: Mesto Ružomberok

Odvolateľ – navrhovateľ: neúspešný uchádzač

Predmet zákazky: „Poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy pre mesto Ružomberok“,

Predpokladaná hodnota zákazky: 10 587 500,00 eur bez DPH (nadlimitná zákazka)

Postup zákazky: rokovacie konanie so zverejnením/MRS

Kľúčové slová: mimoriadne nízka ponuka, splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní vylúčenie/nevylúčenie uchádzača z účasti vo verejnom obstarávaní, podmienka účasti týkajúca sa osobného postavenia, doklad o oprávnení poskytovať služby, ktorý zodpovedá predmetu zákazky, výzva na predloženie ponuky

Skutkový stav - stručný priebeh VO:

- Kontrolovaný vyhlásil **rokovacie konanie so zverejnením** na predmet zákazky „Poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy pre mesto Ružomberok“ - nadlimitná zákazka na poskytnutie služieb.

- Kritériom na vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena, pričom pod cenou sa myslí konečná cena za jeden tarifný kilometer v EUR bez DPH.
- V stanovenej lehote predložili žiadosť o účasť dvaja uchádzači – odvolateľ a úspešný uchádzač.
- Obom uchádzačom bola následne doručená výzva na predloženie základnej ponuky, pričom obaja svoje ponuky v stanovenej lehote aj predložili.
- Po otvorení základných ponúk doručil kontrolovaný odvolateľovi Oznámenie o výsledku vyhodnotenia základných ponúk, v ktorom bolo konštatované, že Komisia skonštatovala, že **základné ponuky uchádzačov sú akceptovateľné bez akýchkoľvek úprav.**
- Z Oznámenia ďalej vyplynulo, že ponuka úspešného uchádzača sa z hľadiska plnenia kritéria (najnižšia cena) umiestnila na prvom mieste.
- V odôvodnení Oznámenia bolo uvedené, že:
 - ponuka úspešného uchádzača je **nižšia ako preskúmateľne určená predpokladaná hodnota zákazky;**
 - ponuka odvolateľa je **výrazne vyššia ako preskúmateľne určená predpokladaná hodnota zákazky,** a teda je pre verejného obstarávateľa neprijateľná.
- Odvolateľ následne zaslal úradu a kontrolovanému dvoje námietky.
- **Námietky č. 1 smerovali voči tomu, že ponuka úspešného uchádzača vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky a za túto cenu nie je podľa navrhovateľa reálne poskytovať služby, ktoré sú predmetom zákazky.**
- **Námietky č. 2 smerovali proti vyhodnoteniu podmienok účasti úspešného uchádzača.**
- Úrad oboje námietky zamietol.

Rozhodnutie úradu o námietkach č. 1 :

- Navrhovateľ namietal, že kontrolovaný pristúpil k vyhodnoteniu ponúk v rozpore s § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a v rozpore s § 53 ods. 2 tohto zákona, keď nevyzval úspešného uchádzača, na vysvetlenie tej časti ponuky, ktorá je pre jej cenu podstatná, aj napriek tomu, že podľa navrhovateľa táto ponuka vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky a za túto cenu nie je podľa navrhovateľa reálne poskytovať služby, ktoré sú predmetom zákazky.
- Úrad z dokumentácie predloženej kontrolovaným zistil, že kontrolovaný vypočítal **predpokladanú cenu jedného tarifného kilometra** s rezervou 10 % na **1,694 eur** (predpokladaná cena 1 tarifného kilometra bez rezervy 10 % predstavuje 1,54 eur), pričom navrhovateľ vo svojej ponuke predložil cenu za 1 tarifný kilometer vo výške **2,545 eur** bez DPH a úspešný uchádzač, vo svojej ponuke predložil cenu za 1 tarifný kilometer vo výške **1,670 eur** bez DPH.
- Úrad konštatoval, že z **odbornej analýzy predpokladaného vývoja cien za jeden tarifný kilometer, ktorá bola prílohou námietok č. 1 navrhovateľa** vyplýva, že **cena za jeden tarifný kilometer so ziskom** je minimálne **1,915 eur** a **cena za jeden tarifný kilometer bez zisku** je **1,859 eur**. Úrad zároveň poukázal na skutočnosť, že **základným podkladom pre vypracovanie tejto analýzy bol vývoj ekonomicky oprávnených**

nákladov (EON) a tržieb v Mestskej autobusovej doprave (MAD) Ružomberok v období 2010 – 2019 poskytnutý samotným navrhovateľom.

- Úrad tiež konštatoval, že sám navrhovateľ ponúkol cenu za 1 tarifný kilometer (2,545 eur) značne vyššiu, ako je cena za 1 tarifný kilometer vyplývajúca z odbornej analýzy (1,915 eur). Úrad tiež poukázal na predpokladanú cenu jedného tarifného kilometra vypočítanú kontrolovaným s rezervou 10 % (1,694 eur). **Na základe uvedených hodnôt preto nebolo podľa úradu možné považovať cenu predloženú úspešným uchádzačom, za takú, ktorá by sa kontrolovanému s ohľadom na výpočet predpokladanej ceny jedného tarifného kilometra musela automaticky javiť ako mimoriadne nízka.**
- Úrad ďalej v rozhodnutí poukázal na položku „Cena za pohonné hmoty (prepočítaná na 1 tarifný kilometer)“, ktorú:
 - navrhovateľ ocenil sumou 0,322 eur bez DPH
 - úspešný uchádzač ocenil sumou 0,360 eur bez DPH

Pre úplnosť úrad dodal, že z odbornej analýzy vyplýva, že:

- **minimálna cena na 1 tarifný kilometer pre túto položku predstavuje 0,353 eur.**

Na základe uvedeného bolo teda podľa úradu možné skonštatovať, že navrhovateľ uviedol pre túto položku nižšiu cenu ako úspešný uchádzač a cena predložená navrhovateľom pre túto položku je zároveň nižšia aj ako cena vyplývajúca z odbornej analýzy predloženej samotným navrhovateľom.

- Zároveň úrad poukázal na položku „Cena za prácu (mzdy) (prepočítaná na 1 tarifný kilometer)“, ktorú:
 - navrhovateľ ocenil sumou 1,207 eur bez DPH
 - úspešný uchádzač ocenil sumou 0,660 eur bez DPH.

Z odbornej analýzy predloženej navrhovateľom vyplýva, že minimálna cena na 1 tarifný kilometer pre túto položku predstavuje 0,652 eur.

- Úrad v tejto súvislosti poukázal na zápisnicu z vyhodnotenia základných ponúk, v ktorej je o. i. uvedené, že **cena navrhovaná úspešným uchádzačom je pod úrovňou predpokladanej hodnoty zákazky, a zároveň nevykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky.** Úrad mal za to, že ak komisia kontrolovaného vyhodnotila, že ponuka úspešného uchádzača, nevykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky, bolo by zo strany komisie kontrolovaného neefektívne požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky. Úrad uviedol, že kontrolovaný je tým subjektom, ktorý stanovuje požiadavky na predmet zákazky a ktorý disponuje dostatočnými odbornými kapacitami na vyhodnotenie ponúk, a preto práve, pokiaľ podľa komisie kontrolovaného ponuka úspešného uchádzača nejaví znaky mimoriadne nízkej ponuky, nie je dôvodné aplikovať ustanovenie § 53 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
- V rozhodnutí taktiež úrad poukázal na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S 366/10352 zo dňa 28. 09. 2011 zaoberajúci sa mimoriadne nízkou cenou, v zmysle ktorého možno všeobecne mimoriadne nízku cenu definovať ako takú cenu, ktorá z najrozličnejších dôvodov vyvoláva dôvodné pochybnosti verejného obstarávateľa, či

je uchádzač schopný takúto cenu pri realizácii zákazky dodržať, pričom pri určovaní, či je alebo nie je cena mimoriadne nízka, je potrebné vychádzať z väzby na predmet zákazky v spojení s predpokladanou hodnotou zákazky a ponúk ostatných uchádzačov. **Z ustálenej rozhodovacej praxe úradu teda vyplýva, že všeobecne možno mimoriadne nízku ponuku definovať ako takú ponuku, ktorá z najrôznejších dôvodov vyvoláva dôvodné pochybnosti verejného obstarávateľa o schopnosti uchádzača zrealizovať pri takejto cene zákazku riadne a včas, a ktorá je v kontexte s ponukami ostatných uchádzačov alebo predpokladanej hodnoty zákazky značne nižšia.**

- Úrad uviedol, že nakoľko boli predložené len 2 základné ponuky, nebolo možné aplikovať ani ustanovenie § 53 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatoval, že postup kontrolovaného pri vyhodnotení ponuky úspešného uchádzača bol v súlade s ustanoveniami § 10 ods. 2 a § 53 zákona o verejnom obstarávaní.

Na základe všetkých uvedených skutočností úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní námietky č.1 navrhovateľa ako neopodstatnené zamietol.

Argumenty navrhovateľa v odvolaní proti rozhodnutiu úradu o námietkach č.1:

- Navrhovateľ trvá v plnom rozsahu na svojich námietkach proti vyhodnoteniu ponúk, pričom uvádza nasledovné skutočnosti, ktoré podľa navrhovateľa preukazujú nesprávne právne posúdenie námietok č. 1:

Ad bod 1

- Navrhovateľ má za to, že ním predložená odborná analýza bola vypracovaná odborníkom v danej oblasti, pričom má za to, že úrad v časti, kedy odborná analýza úradu vyhovuje, tak predmetnou analýzou argumentuje v rozhodnutí a odôvodňuje svoje rozhodnutie, avšak zároveň predmetnú odbornú analýzu spochybňuje, bez vyžiadania si vlastného odborného stanoviska.
- Navrhovateľ má za to, že úrad nedisponuje takými odbornými kapacitami, ktoré by sa mohli vyrovnáť odbornosti autora analýzy v danej oblasti, na základe čoho má za to, že akékoľvek spochybnenie odbornej analýzy zo strany úradu bez overenia si týchto skutočností minimálne u rovnako odborne zdatného odborníka v danej oblasti, robí z postupu úradu nesprávny právny postup, na základe čoho je podľa navrhovateľa jednoznačné, že takéto právne posúdenie úradom je nesprávne, a teda aj celé právne posúdenie úradom uvedené v rozhodnutí nie je možné považovať za správne.

Ad bod 2

- Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný v predloženej dokumentácii úradu predložil zavádzajúcu a nepravdivú predpokladanú cenu za jeden tarifný kilometer (**uvedenú s DPH**), ktorú si úrad v rozhodnutí osvojil, pričom cenové ponuky sa predkladali **bez DPH**. Úrad tak podľa navrhovateľa v rozhodnutí porovnáva predpokladanú cenu za 1 tarifný kilometer, ktorú uvádza ako cenu s DPH a ponukové ceny uchádzačov, ktoré uvádza ako ceny bez DPH, pričom zároveň poukazuje na konštatovanie kontrolovaného uvedené v zápisnici z vyhodnotenia ponúk, že úspešný uchádzač ponúkol cenu, ktorá je pod úrovňou predpokladanej hodnoty zákazky.

- Navrhovateľ uvádza, že **ponuka úspešného uchádzača nie je pod úrovňou predpokladanej hodnoty zákazky, ale práveže nad úrovňou predpokladanej ceny za 1 tarifný kilometer**, nakoľko 1,670 eur bez DPH je viac ako 1,4117 eur bez DPH.
- Navrhovateľ prostredníctvom tabuľky vývoja ekonomicky oprávnených nákladov na jeden tarifný kilometer v rokoch 2010-2019 poukazuje na to, že predpokladaná hodnota zákazky je nesprávne určená, pretože nezahŕňa tak aktuálne požiadavky kontrolovaného vyplývajúce zo súťažných podkladov, ako ani historické dáta vyplývajúce z poskytovania služieb MAD v Meste Ružomberok.
- Navrhovateľ v tejto súvislosti uvádza, že **ponuková cena úspešného uchádzača za PHM, ako aj ponuková cena za práce, je rovnaká ako cena navrhovateľa za služby mestskej autobusovej dopravy v Meste Ružomberok za rok 2019**. Navrhovateľ má za to, že úspešný uchádzač je spoločnosťou, ktorá nemá skúsenosti s poskytovaním služieb verejnej mestskej autobusovej dopravy. Na základe uvedeného je podľa navrhovateľa dôvodné sa domnievať, že úspešný uchádzač nemá skúsenosti s cenotvorbou na daný predmet zákazky, a preto vychádzal z cien, za ktoré poskytoval služby navrhovateľ v roku 2019, pričom podľa navrhovateľa takáto cena nie je reálna.

Ad bod 3

- Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že **úrad sa v predmetnom rozhodnutí zaoberal iba dvomi položkami ponuky úspešného uchádzača, a to položkou „Cena za pohonné hmoty“ a položkou „Cena za prácu (mzdy)“**, pričom pri týchto položkách **úrad uviedol, že sú vyššie ako minimálne sumy za danú položku vyplývajúce z námietok a odbornej analýzy predloženej v námietkach navrhovateľa**. Podľa navrhovateľa na posúdenie toho, či uchádzač predložil mimoriadne nízku ponuku alebo nie, je potrebné posúdiť ponuku ako celok, tzn. či celá ponuka uchádzača nevykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky, a či za celkovú cenu za predmet zákazky je reálne možné poskytovať služby, ktoré sú predmetom zákazky. **Navrhovateľovi nie je zrejmé, prečo úrad neposúdil aj ostatné položky ponuky úspešného uchádzača.**
- Navrhovateľ uvádza, že rozbor kalkulácie minimálnej ceny na tarifný km pri cene za prácu, ktorý bol uvedený v námietkach č.1 navrhovateľa, a ktorý vyplýva aj z odbornej analýzy, ktorá bola prílohou námietok č.1, počíta s tým, že priemerná mesačná hrubá mzda vodiča predstavuje 728 eur. Táto minimálna kalkulácia ale neobsahuje všetky mzdové náklady vrátane 35,2 % nákladov zamestnávateľa na odvody do zdravotných poisťovní a sociálnej poisťovne, pričom kalkulovaná cena navrhovateľa všetky tieto položky započítané v ponukovej cene má, a z toho dôvodu je táto cena oveľa vyššia ako minimálne kalkulovaná cena, a tiež ako cena úspešného uchádzača.
- V súvislosti s cenotvorbou navrhovateľ uvádza, že zisk bol v jeho ponuke započítaný práve v položke cena za prácu, avšak podľa navrhovateľa je diskutabilné, či úspešný uchádzač má uvedený zisk v niektorej položke, pretože ak áno, tak to podľa navrhovateľa opätovne potvrdzuje, že ním ponúknutá cena je mimoriadne nízkou ponukou a za cenu, ktorú tento uchádzač ponúkol, nie je reálne možné poskytovať služby, ktoré sú predmetom zákazky za dodržania všetkých právnych predpisov.

Ad bod 4

- Navrhovateľ sa v tomto bode odvolania venuje analytickému rozboru ceny úspešného uchádzača, kedy navrhovateľ upozorňuje na ďalšie položky, ktoré tvorili konečnú cenu za 1 tarifný km bez DPH ako napr. cena za opravy, réžiu, za odpisy a pod.
- Z rozboru minimálnej možnej ceny za opravy uvedenej v námietkach navrhovateľa, ktorý vychádza z odbornej analýzy, ktorá bola súčasťou námietok, je navrhovateľ presvedčený, že na to, aby bol úspešný uchádzač s schopný dodržať ním ponúknutú cenu, nemôže mať vo svojej ponuke ďalšie nevyhnutné náklady ako napr.: prenájom priestorov na parkovanie autobusov 15,5% z ročných nákladov, prenájom informačných kancelárií, opravy a servis autobusov, nákup spotrebného materiálu, ošatenie vodičov a informátoriek, umývanie autobusov, náklady na výmenu a opravu opotrebovaných pneumatík, príspevok na rekreačné poukazy pre zamestnancov, servisné náklady na wifi, route, náklady zamestnávateľa na príspevok DDP pre zamestnanca, náklady na softvérové vybavenie, dispečerské pracovisko, clearingové pracovisko, poplatky za mýtné jednotky a mýto, poplatky za evidenciu vozidiel, odvod štátu za nezamestnávanie zamestnanca so zdravotným postihnutím, investície do infraštruktúry pre nízkoemisné a/alebo bezemisné vozidlá pravidelnej mestskej autobusovej dopravy v meste Ružomberok, nakoľko predpokladaná hodnota zákazky je stanovená vrátane opcíí atď.
- Navrhovateľ zároveň uvádza, že časť ceny za PHM v ponuke navrhovateľa, na ktorú poukazuje úrad v predmetnom rozhodnutí, odráža zvýhodnené dodávateľské ceny nafty pre navrhovateľa, pričom v odbornej analýze sa pri výpočte ceny za PHM vychádzalo z dostupných zdrojov cien PHM na slovenskom trhu, t. j. z údajov štatistického úradu.

Ad bod 5

- Navrhovateľ v tomto bode odvolania uvádza, že úrad v rozhodnutí poukazuje na judikatúru, zaoberajúcu sa problematikou mimoriadne nízkej ponuky, no zároveň pri rozhodovaní o námietkach č. 1 navrhovateľa na uvádzané súdne rozhodnutia neprihliadal, nezohľadnil skutočnosti uvádzané navrhovateľom, ktorý predložil odbornú analýzu preukazujúcu, že ceny ponúkané úspešným uchádzačom sú mimoriadne nízke a v praxi nerealizovateľné.
- Navrhovateľ má za to, že úrad v rozhodnutí zámerne poukázal iba na položku „cena za PHM“ a položku „cena za prácu“, pretože v týchto dvoch položkách bola cena ponúknutá úspešným uchádzačom vyššia ako minimálna cena vyplývajúca z námietok č. 1 navrhovateľa a predloženej odbornej analýzy. Navrhovateľ má za to, že vo zvyšných dvoch položkách tvoriacich celkovú cenu za predmet zákazky, a to v položkách „cena za odpisy“ a „cena za opravy a iné“, úspešný uchádzač uviedol nižšiu sumu, ako je minimálna možná cena za tieto položky, a preto je podľa navrhovateľa zrejmé, že ponuka úspešného uchádzača vykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky.

Vyjadrenie kontrolovaného v odvolaní proti rozhodnutiu úradu o námietkach č. 1:

K jednotlivým skutočnostiam, uvedeným v odvolaní k námietkam č.1, kontrolovaný uvádza nasledovné:

Ad bod 1

- Kontrolovaný má za to, že sa venoval odbornej analýze už pri podaní námietok navrhovateľa, a rovnako sa predmetnej analýze venoval aj pri podanom odvolaní, pričom **nevidí žiadnu súvislosť medzi odbornou analýzou a určením predpokladanej hodnoty zákazky**. Kontrolovaný má za to, že predpokladanú hodnotu zákazky určil plne v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a podotýka, že v **zmysle § 6 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, predpokladaná hodnota zákazky sa určuje ako cena bez dane z pridanej hodnoty** s cieľom ustanovenia postupu verejného obstarávania podľa finančných limitov. Na základe uvedeného kontrolovaný uvádza, že **bez ohľadu na metódu výpočtu, predmetná zákazka bola a bude vždy nadlimitnou zákazkou, a teda postup verejného obstarávania by bol v každom prípade stanovený správne**. Kontrolovaný zároveň konštatuje, že **pokiaľ mal navrhovateľ pochybnosti o určení predpokladanej hodnoty zákazky, mal tieto pochybnosti formulovať v lehote 10 dní od momentu, v ktorom sa dozvedel výšku predpokladanej hodnoty zákazky, a to vo forme žiadosti o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. a) alebo b) zákona o verejnom obstarávaní**. Navrhovateľ síce oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, resp. súťažné podklady namietal, avšak predmetom námietok predpokladaná hodnota zákazky nebola.

Ad bod 2

- Kontrolovaný uvádza, že sám **navrhovateľ vo svojej žiadosti o nápravu navrhoval, aby kontrolovaný upravil hodnotiace kritériá takým spôsobom, aby hodnotiacim kritériom bola konečná cena za 1 tarifný kilometer v eur bez DPH**, a aby aj všetky ďalšie ceny, ktoré kontrolovaný požaduje uviesť, boli uvádzané bez DPH, nakoľko uvedená povinnosť hradiť DPH v bode 5.8. zmluvy sa nevzťahuje na úhradu príspevku podľa zmluvných cien, čo je zmluvnou povinnosťou kontrolovaného. Kontrolovaný má za to, že ceny uvedené v ponuke uchádzača sú konečné, v súlade s pravidlami na výpočet predpokladanej hodnoty zákazky podľa § 6 zákona o verejnom obstarávaní. **Kontrolovaný ďalej uvádza, že je absurdné, aby neúspešný uchádzač nútil verejného obstarávateľa, aby nepodpísal zmluvu s pre neho výhodnou cenou.**

Ad bod 3

- K tvrdeniu navrhovateľa, že sa rozhodol započítať primeraný zisk do časti ceny za prácu (mzdy), kontrolovaný uvádza, že odborná analýza, ktorú si dal vypracovať navrhovateľ, určila minimálnu cenu za prácu na úrovni 0,652 eur/tkm. Navrhovateľ však túto zložku mzdy ocenil vo výške 1,207 eur/tkm, a ak teda rozdiel podľa vyjadrenia navrhovateľa predstavuje „primeraný zisk“, tento tak činí podľa kontrolovaného neuveriteľných 0,555 eur/tkm, čo znamená, že navrhovateľ žiada „primeraný zisk“ vo výške 21,81 % na celkovej cene výkonu (1 tkm). **Takýto postup považuje kontrolovaný za jednoznačný dôkaz zneužívania domnelého dominantného postavenia navrhovateľa, s čím sa kontrolovaný nemôže stotožniť.**
- Vo vzťahu k jednotlivým výpočtom navrhovateľa (ktoré sú podľa názoru kontrolovaného značne zmätočné a nezrozumiteľné), kontrolovaný uvádza, že sa jedná len o konštrukcie uchádzača. Kontrolovaný si kladie otázku, že **ak navrhovateľ uvádza, že cena, ktorú je možné považovať za minimálnu vo výške 1,915 eur/tkm, pričom navrhovateľ**

považuje (na základe ním predloženej ponuky) ako optimálnu cenu vo výške 2,545 eur/tkm, ako je možné, že v súčasnosti (rok 2019) navrhovateľ dokáže vykonávať 1 tkm v cene 1,784 eur. A aj to iba za predpokladu, ak opomenieme skutočnosť, že navrhovateľ nedokázal vo vzťahu ku kontrolovanému preukázať celú výšku nákladov za rok 2019, čo je predmetom sporu medzi navrhovateľom a kontrolovaným.

- **Kontrolovaný ďalej uvádza, že aby vylúčil akékoľvek pochybnosti, vykonal lustráciu obdobných prevádzok mestskej autobusovej dopravy v Českej republike.** Ako príklad si vzal mesto Trutnov, ktoré je svojou veľkosťou podobné mestu Ružomberok, a rovnako objednáva pravidelnú autobusovú dopravu a navyše prevádzkovateľom tejto dopravy je spoločnosť „AB východní Čechy“. Pri určení ceny pre rok 2018, tento dopravca vypracoval tzv. „Výchozí finanční model (městská hromadná doprava) na rok 2018“. Pri prepočte mzdových nákladov na 1 tkm, tieto náklady predstavujú 0,730 EUR / 1 tkm, pričom je zřejmé, že mzdové nároky v Českej republike sú vyššie, ako tie na Slovensku. V roku 2017 bola priemerná mzda v ČR vyššia oproti Slovensku o 17,48 % . Po očistení rozdielu v platových pomeroch medzi Českou republikou a Slovenskom, je zřejmé, že rovnaký výkon zamestnancov mal mať v roku 2018, v prevádzke Trutnov, hodnotu 0,622 EUR / 1 tkm. Obdobne, pre rok 2020 zostavil rovnaký dopravca pre mesto Trutnov „Výchozí finanční model (městská hromadná doprava) na rok 2020“. Pri prepočte mzdových nákladov na 1 tkm, tieto náklady predstavujú 0,834 EUR / 1 tkm. V roku 2019 bola priemerná mzda v ČR vyššia oproti Slovensku o 21,74 % . Po očistení rozdielu v platových pomeroch medzi Českou republikou a Slovenskom, je zřejmé, že rovnaký výkon zamestnancov by mal v roku 2020, v prevádzke Trutnov, hodnotu 0,685 EUR / 1 tkm.“ Kontrolovaný chce aj na základe uvedených skutočností, poukázať na účelovosť navrhovateľom predložených konštrukcií.

Ad bod 4

- Kontrolovaný je toho názoru, že navrhovateľ v rámci uvedeného bodu zachádza do vlastných konštrukcií, pričom sa snaží vychádzať z podkladov, ktoré si sám nechal vypracovať a ktoré reflektujú jeho doterajšie poskytovanie služby v meste Ružomberok. Kontrolovaný uvádza, že dáta, s ktorými pracoval autor odbornej analýzy, sú dáta navrhovateľa, pričom tieto neboli spracovateľom analýzy nijako rozporované a boli len nekriticky prebraté. Kontrolovaný uvádza, že **dôkazom je jeho spor s navrhovateľom pri konečnom vyúčtovaní služby za rok 2019, nakoľko podľa kontrolovaného navrhovateľ nie je schopný preukázať ekonomicky oprávnené náklady tak, aby ich bolo možné zo strany kontrolovaného uznať.**
- Kontrolovaný upriamuje pozornosť aj na skutočnosť, že aj navrhovateľ v časti ceny za PHM neurčil vo svojej ponuke cenu, ktorá by dosiahla cenu určenú odbornou analýzou a bolo by ju teda možné, použitím logiky navrhovateľa, vnímať ako mimoriadne nízku. Navrhovateľ sa v podanom odvolaní voči týmto tvrdeniam kontrolovaného ohradzuje, pričom argumentuje zvýhodnenými dodávateľskými cenami, ktoré má vyrokované so svojimi dodávateľmi. Je však podľa kontrolovaného absurdné, ak tento argument v očiach navrhovateľa obostojí, ak sa jedná o neho samotného, ale v prípade konkurenta, tento argument ani len nezvažuje.

Ad bod 5

- Kontrolovaný má za to, že ponuka úspešného uchádzača mimoriadne nízka nie je, naopak, je pre kontrolovaného mimoriadne výhodná. Kontrolovaný konštatuje, že úspešným uchádzačom ponúknutá cena má v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní jasné, presné a jednoznačné pravidlá jej valorizácie, ktoré sú uvedené v článku 5 zmluvy, a ktoré by v prípade úspešnosti ponuky navrhovateľa boli dodržané aj vo vzťahu k nemu.

Rozhodnutie Rady v odvolacom konaní proti rozhodnutiu úradu o námietkach č.1:

Úlohou rady v tomto odvolacom konaní bolo posúdiť, či kontrolovaný postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď v tomto prípade nevyhodnotil ponuku úspešného uchádzača ako mimoriadne nízku, a teda neadresoval úspešnému uchádzačovi žiadosť o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky. Odvolanie č. 1 navrhovateľa je pritom argumentačne rozdelené do piatich častí, ku ktorým sa rada vyjadrila osobitne.

Ad bod 1 odvolania č. 1:

- V tejto súvislosti rada poukazuje na rozsudok Ústavného súdu Českej republiky, sp. zn. I. ÚS 49/2006, podľa ktorého, cit.: „*Ústavní soud se ve své judikatuře k povaze znaleckého posudku jako důkazního prostředku vyjádřil již několikrát a dospěl k závěru, že znalecký posudek je nepochybně významným druhem důkazních prostředků a v rámci dokazování v trestním řízení mu přísluší významné místo. „Nelze však pustit ani na okamžik ze zřetele, že ze stěžejních zásad dokazování v novodobém trestním procesu vyplývá požadavek kritického hodnocení všech důkazů, včetně znaleckého posudku. Znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, ani on nepožívá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti.“.... Dále konstatoval, že hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Je třeba trvat na povinnosti orgánů činných v trestním řízení hodnotit znalecký posudek ze všech aspektů shora naznačených, včetně jeho odborné správnosti. Tato zásada je běžně uznávána v odborné procesualistické literatuře (...). Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku, slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem podle jeho vnitřního přesvědčení, a naopak privilegiovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze z ústavněprávních hledisek akceptovat.“*
- Rada v tejto súvislosti konštatuje, že nijakým spôsobom nespochybňuje odbornosť autora predmetnej analýzy a má za to, že sa o to nesnažil ani úrad. Zároveň je však podľa rady potrebné konštatovať, že predmetná analýza **bola spracovaná na základe dát o ekonomických nákladoch poskytovania mestskej autobusovej dopravy v meste Ružomberok v období rokov 2010 – 2019 navrhovateľom**, tzn. že autor analýzy pracoval len s dátami predloženými navrhovateľom. Na základe uvedeného je preto podľa rady nevyhnutné taktiež konštatovať, že navrhovateľom **predloženej analýze chýba akýkoľvek objektívny základ**, keďže táto je založená výlučne na dátach poskytnutých navrhovateľom, a teda len jedným hospodárskym subjektom na relevantnom trhu.

- Rada má za to, že v prípade, ak by bol poskytovateľom mestskej autobusovej dopravy iný hospodársky subjekt, a ten by predložil svoje ekonomické náklady vyplývajúce z poskytovania danej služby, nie je možné vylúčiť, že by závery analýzy boli iné. Uvedené teda podľa rady znamená, že až väčšie množstvo informácií a dát pri spracovaní analýzy by mohlo viesť k objektívnym záverom. Inak povedané, **výlučne na základe predchádzajúcich nákladov navrhovateľa pri poskytovaní predmetnej služby, a na základe očakávaných nákladov navrhovateľa do budúcnosti, nie je možné podľa rady konštatovať, že by nižšie ceny iných potenciálnych poskytovateľov na relevantnom trhu boli automaticky nereálne.**
- Dôležitá je tiež v tejto veci podľa rady skutočnosť, ktorú uviedol kontrolovaný, a síce, že „*navrhovateľ nedokázal vo vzťahu ku kontrolovanému preukázať celú výšku nákladov za rok 2019, čo je predmetom sporu medzi navrhovateľom a kontrolovaným*“. **Ad bod 2 odvolania č. 1:**
- Navrhovateľ v podanom odvolaní uvádza, že pokiaľ kontrolovaný vypočítal predpokladanú cenu za 1 tkm s rezervou na 1,694 eur a bez rezervy na 1,54 eur, tieto hodnoty boli stanovené ako hodnoty s DPH. Úrad následne tieto hodnoty podľa navrhovateľa porovnal s hodnotami predloženými uchádzačmi, avšak tie mali byť podľa navrhovateľa uvedené bez DPH. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že úrad nesprávne porovnával ceny s DPH s cenami bez DPH z dôvodu, že kontrolovaný zámerné uviedol zavádzajúcu a nepravdivú predpokladanú cenu za 1 tkm, aby úrad uviedol do omylu.
- Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že ceny uvedené v ponuke uchádzačov sú konečné, pričom návrh zmluvy, ktorý bol súčasťou súťažných podkladov, neobsahuje žiadnu zmluvnú cenu s DPH, ale len zmluvnú cenu (eur), pričom DPH sa v tejto zmluve zo zákonných dôvodov nevyčísľuje.
- Pokiaľ navrhovateľ poukazuje na to, že úspešný uchádzač svojou ponúknutou cenou prekročil predpokladanú hodnotu stanovenú kontrolovaným, cena, ktorú ponúkol sám navrhovateľ (2,545 eur/tkm), je vyššia až o 80,2791 % ako predpokladaná hodnota zákazky.
- Rada v tejto súvislosti ďalej uvádza, že pri skúmaní, **či je predpokladaná cena stanovená kontrolovaným bez DPH alebo s DPH, dospela k záveru, že uvedená hodnota sa javí ako cena s DPH**, čomu nasvedčuje skutočnosť, že pokiaľ vynásobíme túto hodnotu stanovenú kontrolovaným za 1 tkm so súčtom objemu stanoveného rozsahom dopravných výkonov základnej zmluvnej doby a opciou dopravných výkonov pre celú dĺžku zmluvy, výsledná suma predstavuje hodnotu predpokladanej hodnoty zákazky s DPH stanovenú kontrolovaným. Aj na základe uvedeného je teda podľa rady možné tvrdiť, že **kontrolovaným uvedená predpokladaná cena v eur/1tkm nebola vypočítaná ako cena bez DPH, ale ako cena s DPH**, čo na jednej strane nasvedčuje argumentácii navrhovateľa, že pokiaľ kontrolovaný vypočítal predpokladanú cenu za 1 tkm s rezervou na 1,694 eur a bez rezervy na 1,54 eur, tieto hodnoty boli stanovené ako hodnoty s DPH, avšak na druhej strane výrazným spôsobom rozporuje tvrdenia navrhovateľa o tom, že ponuka úspešného uchádzača vykazuje známky mimoriadne nízkej ponuky, nakoľko cena ponúknutá víťazným uchádzačom je v zmysle tejto argumentácie navrhovateľa vyššia ako kontrolovaným stanovená predpokladaná cena za 1 tkm.

- V tejto súvislosti rada súhlasí s tvrdením kontrolovaného, že pokiaľ mal navrhovateľ za to, že kontrolovaný nesprávne stanovil predpokladanú hodnotu zákazky, túto skutočnosť mal namietat' bezprostredne po oboznámení sa s touto skutočnosťou, t. j. keď kontrolovaný vyhlásil predmetné verejné obstarávanie (tzn. v zákonom stanovených lehotách). **Nakoľko navrhovateľ stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky nenamietal v zákonom stanovenej lehote, uvedené nemohlo byť predmetom posúdenia úradu v odvolaní č. 1 napadnutom rozhodnutí, a nemôže byť ani predmetom posúdenia rady v predmetnom odvolacom konaní.**

Ad bod 3 odvolania č. 1:

- Rada v tejto súvislosti konštatuje, že úrad v rozhodnutí poukázal na skutočnosť, že z analýzy, ktorú si dal vypracovať navrhovateľ, vyplýva, že **cena, ktorú úspešný uchádzač uviedol pri položkách „Cena za pohonné hmoty“ a „Cena za prácu“, sa vo vzťahu k odbornej analýze predloženej navrhovateľom nejaví ako mimoriadne nízka.** Úrad rovnako poukázal na skutočnosť, že **práve navrhovateľ** pri položke „Cena za pohonné hmoty“ **uviedol cenu výrazne nižšiu**, ako bola minimálna cena za túto položku uvedená v ním predloženej analýze.
- Podľa rady boli úradom vybrané relevantné položky, na základe ktorých sa úrad snažil upriamiť pozornosť na mylné tvrdenie navrhovateľa, že ponuka úspešného uchádzača jednoznačne vykazuje známky mimoriadne nízkej ponuky. K položke „**Cena za opravy, réžiu a iné**“ **je možné uviesť, že ponuka úspešného uchádzača je síce nižšia**, ako cena uvedená v odbornej analýze, pričom ponuková **cena navrhovateľa pri tejto položke je vyššia**, avšak samotná táto skutočnosť podľa rady **nezakladá objektívny dôvod na konštatovanie, že by ponuka úspešného uchádzača bola mimoriadne nízkou ponukou.** Na základe uvedeného je teda možné konštatovať, že aj na základe odbornej analýzy predloženej samotným navrhovateľom, úspešný uchádzač ponúka v 2 položkách zo 4 vyššiu cenu, ako je uvedené v odbornej analýze, ktorá podľa navrhovateľa určila minimálnu hodnotu nacenenia predmetu zákazky, pričom taktiež navrhovateľ ponúka v 2 položkách zo 4 vyššiu cenu, ako je uvedené v odbornej analýze.
- Rada poukazuje na **skutočnosť, že ponuka úspešného uchádzača ako celok je vyššia ako kontrolovaným stanovená predpokladaná hodnota za 1 tkm**, a teda nie je možné konštatovať, že by ponuka úspešného uchádzača jednoznačne vykazovala známky mimoriadne nízkej ponuky.
- Ak komisia kontrolovaného v tomto prípade vyhodnotila, že ponuka úspešného uchádzača, ktorý sa umiestnil v poradí na prvom mieste, nevykazuje znaky mimoriadne nízkej ponuky, na základe čoho nepožiadala úspešného uchádzača o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky, postup kontrolovaného pri vyhodnotení ponuky úspešného uchádzača bol v tomto prípade v súlade s ustanoveniami § 10 ods. 2 a § 53 zákona o verejnom obstarávaní.
- Rada taktiež poukazuje na rozsudok Súdneho dvora Európskej únie [vo veci C-367/19](#) z 10. septembra 2020 (Tax-Fin-Lex), podľa ktorého, cit.: „(...) *tvrdenie uchádzača, ktorý predložil ponuku za cenu nula eur, podľa ktorého sa cena navrhnutá v jeho ponuke vysvetľuje skutočnosťou, že má v úmysle získať prístup k novej zákazke alebo referenciám, ak bude táto ponuka akceptovaná, treba posúdiť v kontexte prípadného uplatnenia článku 69 smernice 2014/24. (...) Článok 2 ods. 1 bod 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice*

2004/18/ES, zmenenej delegovaným nariadením Komisie (EÚ) 2017/2365 z 18. decembra 2017, sa má vykladať v tom zmysle, že **nepredstavuje právny základ na zamietnutie ponuky uchádzača v rámci verejného obstarávania len z dôvodu, že cena navrhovaná v ponuke je nula eur.**“

Ad body 4 a 5 odvolania č. 1:

- Rada v tejto časti odvolania dospela k záveru, že navrhovateľom uvedená hypotetická rovina nie je dôkazom toho, že by ponuka úspešného uchádzača bola mimoriadne nízkou ponukou. Cenotvorba každého hospodárskeho subjektu je totiž podľa rady výlučne na subjektívnom rozhodnutí tohto hospodárskeho subjektu, a preto je v tomto prípade navrhovateľom uvedená vlastná „hypotetická analýza“ podľa rady nedostatočná, a vzhľadom na všetky vyššie uvedené skutočnosti nemá pridanú hodnotu pre posúdenie predmetnej veci.
- V tejto súvislosti je možné poukázať na vyjadrenie kontrolovaného, že úspešným uchádzačom ponúknutá cena má v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní stanovené jasné, presné a jednoznačné pravidlá jej valorizácie, ktoré sú uvedené v článku 5 zmluvy, ktorá má byť výsledkom tohto verejného obstarávania. K uvedenému rada dodáva, že **cena, ktorú uviedol úspešný uchádzač vo svojej ponuke, a ktorú sa kontrolovaný rozhodol akceptovať, bude pre neho pri poskytovaní služieb, ktoré sú predmetom danej zákazky, záväzná, ktorú bude možné valorizovať len za vopred stanovených zmluvných podmienok.**

Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností vo všetkých bodoch rada konštatuje, že v tomto odvolacom konaní neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu o námietkach č. 1 navrhovateľa, na základe čoho rada konštatuje, že odvolanie č. 1 navrhovateľa je v celom rozsahu nedôvodné.

Rozhodnutie úradu o námietkach č.2 :

- Navrhovateľ namietal, že kontrolovaný konal v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, keď vyhodnotil, že úspešný uchádzač spĺňa podmienky účasti, vrátane podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) tohto zákona a nevylúčil tohto uchádzača, aj napriek tomu, že tento nemohol preukázať splnenie predmetných podmienok účasti, nakoľko nemohol predložiť doklad o oprávnení poskytovať služby, ktorý zodpovedá predmetu zákazky, keďže v Obchodnom registri SR, a ani v Zozname hospodárskych subjektov, nemá zapísané oprávnenie na činnosť „verejná pravidelná osobná cestná autobusová doprava“.
- Zo zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti vyplýva, že **komisia kontrolovaného vyhodnotila, že úspešný uchádzač spĺňa podmienky účasti.** Nakoľko na posúdenie objektívneho stavu veci bolo podľa úradu potrebné zodpovedať otázky odborného charakteru, úrad požiadal o vypracovanie odborného stanoviska Ministerstvo dopravy a výstavby Slovenskej republiky (ďalej len „MDV SR“).
- K tvrdeniu navrhovateľa, že úspešný uchádzač nemohol preukázať splnenie podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, úrad uviedol, že **zo stanoviska MDV SR vyplýva, že úspešný uchádzač má povolenie na výkon prevádzkovateľa cestnej dopravy,** ktoré udeľuje príslušný okresný úrad v sídle kraja, odbor cestnej dopravy a pozemných komunikácií. **Zároveň zo stanoviska MDV SR**

podľa úradu vyplývalo, že na prevádzkovanie pravidelnej autobusovej dopravy pre pravidelné linky je potrebná dopravná licencia, a že túto dopravnú licenciu na vnútroštátnu pravidelnú autobusovú dopravu (vnútroštátne pravidelné autobusové linky) udeľuje vyšší územný celok, v ktorého územnom obvode je východisková zastávka.

- Úrad v tejto súvislosti poukázal na zákon o cestnej doprave, ktorý ustanovuje, že **vykonávať povolenie prevádzkovateľa vnútroštátnej dopravy môže podnik na základe povolenia udeleného podľa tohto zákona a osobitného predpisu.** Povolenie sa udeľuje na desať rokov. **Dopravnou licenciou sa zriaďuje autobusová linka a jej udelením vzniká prevádzkovateľovi cestnej dopravy oprávnenie prevádzkovať na nej pravidelnú vnútroštátnu dopravu. Na každú autobusovú linku je potrebná samostatná dopravná licencia. Na prevádzkovanie viacerých autobusových liniek jedného prevádzkovateľa pravidelnej dopravy v mestskej doprave postačuje jedna dopravná licencia.**
- Zo stanoviska MDV SR podľa úradu tiež vyplývalo, že **povolenie na výkon povolenia prevádzkovateľa cestnej dopravy oprávňuje jeho držiteľa na prevádzkovanie cestnej dopravy, a to osobnej a nákladnej.**
- Úrad uviedol, že z § 152 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že **hospodársky subjekt môže preukázať splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. a) až f) tohto zákona zápisom do Zoznamu hospodárskych subjektov, pričom zo zákona o cestnej doprave, a ani zo zákona o verejnom obstarávaní, podľa úradu nevyplýva povinnosť uchádzača, resp. záujemcu zapísať do Zoznamu hospodárskych subjektov predmet činnosti povolenia alebo licencie.**
- Zo stanoviska MDV SR ďalej podľa úradu vyplývalo, že dopravca mohol do 01. 10. 2020 prevádzkovať cestnú dopravu hneď po vydaní povolenia na výkon povolenia prevádzkovateľa cestnej dopravy. MDV SR uviedlo, že podľa zákona o cestnej doprave bol prevádzkovateľ cestnej dopravy povinný zapísať sa do Obchodného registra SR s predmetom činnosti podľa obsahu povolenia alebo licencie Spoločenstva najneskôr do 30 dní odo dňa právoplatnosti povolenia alebo licencie Spoločenstva. **Z vyjadrenia MDV SR zároveň vyplývalo, že táto povinnosť je od 01. 10. 2020 zrušená.**
- Úrad na základe uvedeného konštatoval, že zo zákona o cestnej doprave vyplýva, že do 01. 10. 2020 existovala pre prevádzkovateľov cestnej dopravy povinnosť zapísať sa do Obchodného registra SR s predmetom činnosti podľa obsahu povolenia alebo licencie Spoločenstva najneskôr do 30 dní odo dňa právoplatnosti povolenia alebo licencie Spoločenstva. Úrad v tejto súvislosti uviedol že splnenie alebo nesplnenie tejto povinnosti vo vzťahu k Obchodnému registru SR nič nemení na tom, že **úspešný uchádzač spĺňa podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, čo podľa úradu nepochybne vyplýva zo zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, resp. zo zápisu úspešného uchádzača v Zozname hospodárskych subjektov, a z titulu, že úspešný uchádzač je držiteľom povolenia na výkon prevádzkovateľa cestnej dopravy.**
- Úrad v tejto súvislosti uviedol, že úspešný uchádzač je držiteľom povolenia na výkon prevádzkovateľa cestnej dopravy, čo vyplýva aj z Registra dopravcov a Odborne spôsobilých osôb v cestnej doprave a údaje uvedené v Obchodnom registri SR majú v

tomto prípade **len deklaratórny charakter**, čo nepriamo vyplýva aj zo stanoviska MDV SR.

- Úrad na základe uvedených skutočností, najmä s poukazom na závery vyplývajúce z odborného stanoviska MDV SR, konštatoval, že **postup kontrolovaného pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti u úspešného uchádzača bol v súlade s ustanoveniami § 32 ods. 1 písm. e), § 40 ods. 1 a § 72 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.**

Na základe všetkých uvedených skutočností úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní námietky č. 2 navrhovateľa ako neopodstatnené zamietol.

Argumenty navrhovateľa v odvolaní proti rozhodnutiu úradu o námietkach č.2:

Proti rozhodnutiu úradu o námietkach č. 2 podal navrhovateľ odvolanie a to z nasledujúcich dôvodov:

- Podľa navrhovateľa argument úradu, že od 01. 10. 2020 došlo k zmene právnej úpravy, v zmysle ktorej už nie je povinnosťou záujemcu zapísať sa najneskôr do 30 dní odo dňa právoplatnosti povolenia alebo licencie Spoločenstva do Obchodného registra SR s predmetom činnosti podľa obsahu povolenia alebo licencie Spoločenstva, právne neobstojí. **Navrhovateľ uvádza, že je povinnosťou verejného obstarávateľa riadiť sa právnou úpravou platnou a účinnou v čase, kedy sa jednotlivé úkony v procese verejného obstarávania vykonávajú, tzn., že verejný obstarávateľ je povinný vyhodnocovať splnenie podmienok účasti podľa právnych predpisov platných a účinných v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, pričom úrad by mal správnosť postupu verejného obstarávateľa pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti tiež posudzovať podľa právnych predpisov platných a účinných v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti.**
- Navrhovateľ má za to, že **predmet podnikania úspešného uchádzača uvedeného v Obchodnom registri SR v znení „vykonávanie osobitnej pravidelnej autobusovej dopravy“ nie je postačujúci na splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, konkrétne splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, pretože sa vzťahuje na poskytovanie iného druhu autobusovej dopravy, aký je predmetom danej zákazky, t.j. „poskytovanie služieb pravidelnej mestskej autobusovej dopravy“.**
- Navrhovateľ uvádza, že si priamo na úrade overil, že v overovanom období, a teda aj v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, nebol úspešný uchádzač zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov.

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu proti rozhodnutiu úradu o námietkach č. 2:

Ku skutočnostiam, ktoré navrhovateľ uvádza vo svojom odvolaní k námietkam č. 2, kontrolovaný uvádza nasledovné:

- Zo zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti vyplýva, že podmienky účasti boli vyhodnocované odo dňa otvorenia žiadostí o účasť a toho istého dňa kontrolovaný v prípade úspešného uchádzača - v tom čase záujemcu - vyhodnotil splnenie podmienok

účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní náhľadom do Zoznamu hospodárskych subjektov. **Kontrolovaný z uvedeného dôvodu mal a má za to, že tento záujemca tak v čase uplynutia lehoty na predkladanie žiadostí o účasť, ako aj v momente vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, spĺňal podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v plnom rozsahu, čo uviedol aj v samotnej zápisnici.** Kontrolovaný uznáva, že uvedené podrobnosti mohol z pohľadu preskúmateľnosti jeho úkonov uviesť už v samotnej zápisnici, avšak svoju stručnosť považuje za **nedostatok formálneho charakteru, ktorý nemohol mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.**

- Kontrolovaný ďalej uvádza, že samotný **fakt, že úspešný uchádzač nebol zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov v overovanom intervale, automaticky neznamená, že nespĺňa podmienky účasti osobného postavenia.** Znamená to podľa kontrolovaného iba to, že nie je zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov a v tomto čase zápisom do Zoznamu hospodárskych subjektov nemôže preukázať splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona, ale musel by ich preukazovať (v tomto prípade) dokladmi podľa § 32 ods. 2 zákona.
- Kontrolovaný má za to, že predmet podnikania, ktorý má úspešný uchádzač zapísaný v Obchodnom registri SR (nepravidelná autobusová doprava, medzinárodná nepravidelná autobusová doprava, vykonávanie osobitnej pravidelnej autobusovej dopravy, pravidelná doprava autobusmi medzi členskými štátmi a neliberalizovaná osobitná pravidelná doprava autobusmi medzi členskými štátmi) zodpovedá predmetu zákazky, **naoľko z hľadiska preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti nie je podstatné, o aký konkrétny typ autobusovej dopravy ide, keďže podľa gramatického (a aj logického) výkladu znenia podmienky účasti má predmet činnosti zodpovedať predmetu zákazky, a nie byť totožný.**

Rozhodnutie Rady v odvolacom konaní proti rozhodnutiu o námietkach č.2:

- Z odborného stanoviska MDV SR, ktoré si v tomto konaní vyžiadal úrad za účelom posúdenia objektívneho stavu veci, podľa rady vyplýva najmä nasledovné:
 - a) **Úspešný uchádzač má vydané povolenie na výkon povolania prevádzkovateľa cestnej dopravy č. A/2013/01241/GRM s platnosťou 30. 03. 2013 – 30. 03. 2023.**
 - b) Na prevádzkovanie pravidelnej autobusovej dopravy (pravidelné linky) je potrebná **dopravná licencia** podľa § 10 zákona o cestnej doprave, ktorú na vnútroštátnu autobusovú dopravu **udeľuje vyšší územný celok.**
 - c) Do 01. 10. 2020 platil stav, že dopravca mohol prevádzkovať cestnú dopravu hneď po vydaní povolenia na výkon povolania prevádzkovateľa cestnej dopravy, avšak takýto prevádzkovateľ **bol povinný zapísať si do Obchodného registra SR predmet činnosti podľa obsahu povolenia alebo licencie Spoločenstva najneskôr do 30 dní odo dňa právoplatnosti povolenia alebo licencie Spoločenstva, táto povinnosť však bola od 01. 10. 2020 zrušená.**
- Na tomto mieste rada poukazuje na skutočnosť, že predmetom danej zákazky je *de facto* poskytovanie cestnej osobnej dopravy, konkrétne poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy, čo spadá pod definíciu „poskytovanie pravidelnej autobusovej dopravy“ podľa zákona o cestnej doprave.

- K uvedenému rada poukazuje na Jednotný informačný systém v cestnej doprave², z ktorého vyplýva, že úspešný uchádzač má platne vydané povolenie na výkon povolania prevádzkovateľa v osobnej cestnej doprave od 30. 03. 2013 – 30. 03. 2023 a je teda podľa rady dôvodné konštatovanie, že **úspešný uchádzač má oprávnenie poskytovať cestnú osobnú dopravu**. Je taktiež dôvodné podľa rady uviesť, že toto povolenie je **všeobecné** z hľadiska predmetu špecifického výkonu prevádzkovania cestnej osobnej dopravy, a teda **neviaže sa na konkrétne vymedzené územie** (ale všeobecne na Európsku úniu), **a ani na konkrétne vymedzený typ prepravy** [pravidelná autobusová doprava, osobitná pravidelná autobusová doprava alebo príležitostná (nepravidelná) autobusová doprava].
- V prípade osobnej dopravy je potrebné rozlišovať, či ide o pravidelnú autobusovú dopravu, osobitnú pravidelnú autobusovú dopravu alebo príležitostnú (nepravidelnú) autobusovú dopravu. **Predmetom tohto verejného obstarávania je poskytovanie pravidelnej autobusovej dopravy, na ktorej prevádzkovanie je potrebná dopravná licencia podľa § 10 zákona o cestnej doprave.** Licenciu na vnútroštátnu pravidelnú autobusovú dopravu **udeľuje vyšší územný celok** v mieste samotného výkonu prevádzkovania dopravy.
- Na základe uvedeného je teda podľa rady možné mať za to, že sa **dopravné licencie sa udeľujú na základe reálneho výkonu prevádzkovania cestnej dopravy, tzn. udeľujú sa na konkrétnu činnosť v konkrétnom čase a na konkrétnom vymedzenom území.**
- Z vyjadrení kontrolovaného podľa rady vyplýva, že **povolenie na výkon povolania prevádzkovateľa osobnej cestnej dopravy a skutočnosť, že subjekt s týmto oprávnením má v Obchodnom registri SR zapísané niektoré činnosti súvisiace s prevádzkovaním osobnej cestnej dopravy, je pre kontrolovaného v tomto prípade dostačujúcim dôkazom na splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.**
- V tejto súvislosti rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že **zo zákona o cestnej doprave vyplýva, že na to, aby mohol hospodársky subjekt vykonávať služby verejnej pravidelnej osobnej cestnej dopravy, je potrebné, aby mal podľa zákona o cestnej doprave udelenú dopravnú licenciu.** Licenciu na vnútroštátnu pravidelnú autobusovú dopravu pritom udeľuje vyšší územný celok v mieste samotného výkonu prevádzkovania dopravy.
- Zo zákona o cestnej doprave podľa rady vyplýva, že **pokiaľ v čase predkladania ponúk záujemca neposkytoval v tej dobe verejnú pravidelnú osobnú dopravu na danom území, nemohol ani disponovať dopravnou licenciou vydanou na dané územie, a teda ani nemohol mať tento predmet činnosti zapísaný v Obchodnom registri SR, ako ani v Zozname hospodárskych subjektov.** Uvedené však podľa rady neznamená, že tento záujemca, pokiaľ by bol vo verejnom obstarávaní úspešný, by nemohol dopravnú licenciu získať, nakoľko **záujemca spĺňa podmienky na udelenie tejto dopravnej licencie** (najmä to, že je držiteľom povolenia na výkon povolania prevádzkovateľa cestnej dopravy), a teda vyššiemu územnému celku, ktorý túto licenciu vydáva, by už „len“ musel preukázať, že má dostatočnú technickú základňu potrebnú na obsluhu autobusovej linky.

² <https://www.jiscd.sk/>

- Vydanie dopravnej licencie je proces, na ktorý sa vzťahuje lehota podľa správneho poriadku, tzn. že pokiaľ hospodársky subjekt požiada o vydanie takejto licencie, lehota na vybavenie jeho žiadosti je 30 dní, v odôvodnených prípadoch 60 dní, pričom musia byť splnené zákonom stanovené požiadavky uvedené v § 10 ods. 3 zákona o cestnej doprave. Pričom kontrolovaný na túto situáciu myslel, keď v bode 2 „Podmienky poskytovania verejných služieb – prevádzky verejnej linkovej dopravy“ zmluvy, ktorá má byť výsledkom tohto verejného obstarávania uviedol, že **kontrolovaný neuzatvorí predmetnú zmluvu s úspešným uchádzačom, pokiaľ sa tento nezaviaže, že získa dopravnú licenciu najneskôr do začatia plnenia záväzku podľa tejto zmluvy.**
- Pokiaľ by kontrolovaný trval na tom, že dopravnou licenciou musí disponovať záujemca už v čase predloženia ponuky (žiadosti o účasť) tak, ako tvrdí navrhovateľ, obmedzil by súťaž výlučne na súčasného poskytovateľa autobusovej dopravy na danom území.
- Rada dospela k záveru, že úspešný uchádzač nemusel mať v čase predkladania žiadosti o účasť v tomto verejnom obstarávaní zapísanú v Obchodnom registri SR, ani v Zozname hospodárskych subjektov, činnosť prevádzkovania pravidelnej autobusovej dopravy, ktorú si mohol do Obchodného registra SR zapísať až po vydaní dopravnej licencie. Pre splnenie podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní úspešným uchádzačom, bolo v tomto prípade **postačujúce vydané povolenie na výkon povolania prevádzkovateľa cestnej dopravy a v Obchodnom registri SR zapísané predmety činnosti úspešného uchádzača. Rada konštatuje, že postup kontrolovaného, ktorý vyhodnotil úspešného uchádzača ako spĺňajúceho danú podmienku účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, bol v tomto prípade v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní tak, ako to konštatoval úrad.**
- Na základe uvedeného rada konštatuje, že v čase predloženia žiadosti o účasť v tomto verejnom obstarávaní, **kedy kontrolovaný vyhodnocoval splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, úspešný uchádzač bol zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov, pričom zároveň v žiadosti o účasť predložil JED, na základe čoho je možné mať za to, že spĺňal podmienky účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj danú podmienku účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) tohto zákona.**
- To, čo je podľa rady potrebné kontrolovanému v tomto prípade vytknúť, je skutočnosť, že v zápisnici z vyhodnotenia ponúk uviedol, že „záujemca má aktuálny a platný zápis v zozname hospodárskych subjektov“. Táto zápisnica podľa rady nie je v súlade s princípom transparentnosti, a ako taká je podľa rady **nepreskúmateľná**. Rada má v tomto konaní za to, že kontrolovaný si je tejto skutočnosti plne vedomý. Bolo však **potrebné posúdiť vplyv tohto úkonu kontrolovaného (zápisnice) na výsledok predmetného verejného obstarávania.** V tejto súvislosti rada opätovne poukazuje na skutočnosť, že aj v prípade, ak by bola s týmto hospodárskym subjektom uzatvorená zmluva ako výsledok tohto verejného obstarávania, bolo by nevyhnutné konštatovať, že v čase uzatvorenia tejto zmluvy, rovnako ako v čase predloženia žiadosti o účasť v tomto verejnom obstarávaní, ako aj v čase vyhodnotenia splnenia podmienok účasti osobného postavenia úspešného uchádzača, bol tento záujemca riadne zapísaný v Zozname hospodárskych subjektov, a teda spĺňal podmienky účasti osobného postavenia. Za danej situácie **rada v tomto**

prípade nevie konštatovať vplyv tohto porušenia na výsledok predmetného verejného obstarávania.

Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností rada konštatuje, že v tomto odvolacom konaní neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu o námietkach č. 2 navrhovateľa, na základe čoho rada konštatuje, že odvolanie č. 2 navrhovateľa je v celom rozsahu nedôvodné.

3. Opis predmetu zákazky vo vzťahu k stanoveniu predpokladanej hodnoty zákazky „Zabezpečenie a prevádzkovanie bonifikačného systému pre zamestnancov“

Pri zabezpečení realizácie sociálnej politiky poskytovaním zamestnaneckých benefitov formou elektronických kariet či pri plnení zákonných povinností v oblasti zabezpečenia stravovania zamestnancov môžu mať verejní obstarávatelia problém so správnym stanovením predpokladanej hodnoty zákazky, a to z dôvodu, že do nej nezapočítajú všetky náklady, ktoré im v súvislosti s obstarávaním takýchto elektronických kariet vzniknú. Rada sa zaoberala odvolaním verejného obstarávateľa proti rozhodnutiu úradu vydanému v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy. Verejný obstarávateľ zadal zákazku podľa § 117 ZVO, teda ako zákazku s nízkou hodnotou. Rada sa nielenže stotožnila so závermi úradu, že kontrolovaný neopísal predmet zákazky úplne a jednoznačne, v dôsledku čoho súčasne nesprávne určil predpokladanú hodnotu zákazky, čo malo za následok aplikáciu nesprávneho a menej prísneho postupu zadávania zákazky, navyše doplnila výrok rozhodnutia o ďalšie porušenia ZVO, ktoré zistila počas odvolacieho konania.

Číslo rozhodnutia: 10894-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 12653-6000/2019, 13096-6000/2019

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní verejného obstarávateľa proti rozhodnutiu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy

Verejný obstarávateľ: Tipos, národná lotériová spoločnosť, a. s.

Predmet zákazky: „Zabezpečenie a prevádzkovanie bonifikačného systému pre zamestnancov“

Predpokladaná hodnota zákazky: 15 550,- EUR bez DPH

Postup zákazky: zákazka na poskytnutie služby podľa § 117 ZVO

Kľúčové slová: vymedzenie predmetu zákazky, opis predmetu zákazky, predpokladaná hodnota zákazky, zamestnanecké benefity, zabezpečenie stravovania, aplikácia nesprávneho postupu zadávania zákazky, aplikácia menej prísneho postupu zadávania zákazky, princíp transparentnosti, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov

Podrobnosti realizovanej zákazky:

- Verejný obstarávateľ pri realizácii zákazky „Zabezpečenie a prevádzkovanie bonifikačného systému pre zamestnancov“ stanovil predpokladanú hodnotu zákazky vo výške 15 550 € bez DPH.

- Vo výzve na predloženie ponuky okrem iného uviedol:
Bonifikačný systém umožňuje poskytovanie rôznych bonifikačných a iných funkcií:
 - a) realizáciu sociálnej politiky verejného obstarávateľa v oblasti zabezpečenia stravovania zamestnancov,
 - b) poskytovanie zamestnaneckých benefitov zamestnancom.
- Medzi osobitnými požiadavkami na predmet zákazky bola aj nasledovná podmienka:
Jednotlivé plnenia (benefity, respektíve stravovanie) budú držiteľovi zamestnaneckej karty poskytované vo vybraných prevádzkarňach zmluvných partnerov uchádzača zapojených do bonifikačného systému, ktorí sú oprávnení tieto služby poskytovať a vo verejnom obstarávateľom požadovaných prevádzkarňach za predpokladu, že dané zariadenia disponujú vhodným platobným terminálom.
Prevádzkarne zmluvných partnerov uchádzača zapojených do bonifikačného systému sa nachádzajú na území Slovenskej republiky a ich minimálny počet je **7.500**, pričom z uvedeného počtu musí byť minimálne **7.500** stravovacích zariadení.
- Jediným kritériom vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena za predmet zákazky (Zabezpečenie a prevádzkovanie bonifikačného systému pre zamestnancov) bez DPH.
- Na základe stanovenej PHZ postupoval podľa § 117 ZVO – zákazka s nízkou hodnotou.
- E-mailom požiadal troch ním vybraných záujemcov o predloženie ponúk na daný predmet zákazky.
- V stanovenej lehote nebola predložená žiadna ponuka.
- Rovnakých záujemcov opätovne vyzval na predloženie ponuky v predĺženej lehote – všetky tri subjekty svoje ponuky predložili, pričom ako víťazná bola vyhodnotená ponuka spoločnosti X (úspešný uchádzač).

Rozhodnutie úradu v prvom stupni

Úrad vo svojom rozhodnutí konštatoval, že kontrolovaný neopísal predmet zákazky úplne a jednoznačne, v dôsledku čoho nesprávne stanovil predpokladanú hodnotu zákazky, čo malo za následok aplikáciu nesprávneho a menej prísneho postupu zadávania zákazky. Uvedeným konaním sa kontrolovaný dopustil porušenia § 6, § 10 ods. 1 a § 10 ods. 2 ZVO, pričom predmetné konanie kontrolovaného malo vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko v prípade úplného a jednoznačného opisu predmetu zákazky v spojení so správnym stanovením predpokladanej hodnoty zákazky a následného zadávania zákazky postupom pre nadlimitné zákazky sa mohli verejného obstarávania zúčastniť aj iní uchádzači ako len tí, ktorých si vybral sám kontrolovaný, čím mohla byť zabezpečená efektívnejšia hospodárska súťaž medzi uchádzačmi a zabezpečené plnenie základných princípov verejného obstarávania. Svoje rozhodnutie úrad oprel najmä o nasledovné skutočnosti:

- Z obsahu Zmluvy, ktorá je výsledkom daného verejného obstarávania, je podľa úradu zrejmé, že cieľom kontrolovaného bolo nielen zabezpečenie a prevádzkovanie Bonifikačného systému ako informačného systému, ale aj splnenie si zákonnej povinnosti vyplývajúcej zo Zákonníka práce v oblasti zabezpečenia stravovania pre zamestnancov. Úrad pri tom poukázal na to, že **hodnota platieb** vykonaných kontrolovaným ku dňu vydania rozhodnutia úradu už takmer **dvadsaťnásobne presiahla odplatu za**

zabezpečenie a prevádzkovanie samotného Bonifikačného systému, ktorú kontrolovaný uhradil víťaznému uchádzačovi. Hodnotu stravovania a benefitov pre zamestnancov kontrolovaný podľa úradu preukázateľne nezahrnul do výšky predpokladanej hodnoty zákazky.

- Úrad ďalej uviedol, že kontrolovaný opomenul a opomína osobitnú povahu ním požadovaných funkcionalít Bonifikačného systému v oblasti zabezpečenia stravovania, ako aj zamestnaneckých benefitov, ktorá spočíva v zabezpečení daných plnení pre kontrolovaného, **s čím sú spojené úhrady uhrádzané kontrolovaným**. Osobitná povaha daných funkcionalít mala podľa úradu pritom **priamy dopad na charakter zákazky ako takej a uvedené bolo potrebné zohľadniť aj v opise predmetu zákazky a napokon aj pri stanovovaní predpokladanej hodnoty zákazky**.
- Úrad rovnako uviedol, že v Zmluve absentuje kvantifikácia požiadaviek kontrolovaného na stravovanie zamestnancov kontrolovaného a na zamestnanecké benefity, a takisto absentuje stanovenie počtu stravníkov, zamestnancov, rozsahu stravovania, rozsahu benefitov a obsahové vymedzenie zamestnaneckých benefitov, čo malo za následok, že kontrolovaný v predmetnom prípade stanovil opis predmetu zákazky neúplne a nejednoznačne. Takáto nepresnosť/nejednoznačnosť môže podľa úradu následne spôsobovať až neporovnateľnosť predložených ponúk jednotlivých uchádzačov.
- Uvedená absencia kvantifikácie požiadaviek môže mať priamy vplyv aj na rozhodnutie hospodárskych subjektov zaslať, resp. nezaslať ponuku kontrolovanému, a to aj v spojení so správnym stanovením predpokladanej hodnoty zákazky. Podľa úradu je totiž všeobecne známe, že od výšky kreditu, ktorý sa uhradí prostredníctvom Bonifikačného systému (či už za stravu alebo za zamestnanecké benefity), sa taktiež môže odvíjať aj výška odplaty (provízie), ktorú poskytovateľ Bonifikačného systému získa od jeho partnerských zariadení zapojených do Bonifikačného systému.
- Kontrolovaný, podľa názoru úradu, v dôsledku neúplného a nejednoznačného opisu predmetu zákazky **nestanovil správne predpokladanú hodnotu zákazky**. Do predpokladanej hodnoty zákazky totiž **nezahrnul hodnotu úhrad, ktoré majú byť kontrolovaným vykonávané za stravovanie zamestnancov a zamestnanecké benefity**. Úrad v tejto súvislosti poukázal aj na to, že nesprávne stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky môže mať pritom priamy vplyv na určenie postupu zadávania zákazky, ktorý kontrolovaný v príslušnom prípade zvolí.
- Úrad sa v tejto súvislosti **nestotožnil s názorom kontrolovaného, že víťazný uchádzač iba zúčtováva odobraté stravovanie a benefity**, pričom mu za to neprináleží žiadna odplata, ktorá tvorí súčasť definície zákazky v zmysle § 3 ods. 1 ZVO. Predpokladanú hodnotu zákazky totiž podľa úradu stanovuje kontrolovaný **vo vzťahu k vymedzeniu predmetu zákazky (vychádza z hodnoty jej predmetu) a majú byť do nej zahrnuté všetky plnenia, s ktorými verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ počíta počas platnosti uzavretej zmluvy (ide najmä o plánované opakované plnenia vrátane uvažovaných opcí a prípadných predĺžení zmluvy)**. Do predpokladanej hodnoty zákazky je teda podľa úradu **potrebné zahrnúť všetky poplatky, provízie, kredit uhrádzaný zo strany zamestnávateľa na elektronických stravovacích kartách, atď.** Nákup elektronických stravovacích kariet tak podľa úradu spočíva v kombinácii dvoch služieb – finančné služby a stravovacie služby, resp. iné služby spojené so zamestnaneckými benefitmi poskytované dohodnutými zmluvnými zariadeniami. Do predpokladanej hodnoty zákazky však už podľa úradu nie je potrebné zahrnúť prípadný

poplatok za uplatnenie kreditu medzi vydavateľom elektronických stravovacích kariet a poskytovateľom služieb stravovania a poskytovateľom zamestnaneckých benefitov. Uvedené sa podľa úradu primerane vzťahuje aj na výpočet predpokladanej hodnoty zákazky v prípade zamestnaneckých benefitov.

- Úrad dal v súvislosti so spôsobom výpočtu predpokladanej hodnoty zákazky do pozornosti **Výkladové stanovisko úradu č. 2/2019** K určovaniu predpokladanej hodnoty zákazky pri ďalších formách poskytovania stravovacích služieb a benefitov zamestnávateľom.
- Úrad mal za to, že pokiaľ by kontrolovaný stanovil predpokladanú hodnotu zákazky v súlade s § 6 ZVO a zahrnul do nej všetky plnenia, ktoré majú byť v rámci zákazky poskytované, tak je zrejmé, že by bol povinný predmet zákazky obstarávať postupom pre nadlimitné zadávanie zákaziek.
- Pri zadávaní zákazky prísnejším postupom, t. j. postupom pre zadávanie nadlimitných zákaziek, by mal kontrolovaný pri zadávaní iné ďalšie povinnosti, a to najmä oznamovacie povinnosti súvisiace s uverejňovaním príslušných oznámení, výziev a informácií vo Vestníku verejného obstarávania alebo v Úradnom vestníku Európskej únie, čím by otvoril priestor aj pre iných záujemcov (t. j. nielen tých, ktorých oslovil priamo kontrolovaný v rámci zadávania zákazky s nízkou hodnotou) a zabezpečil by tým efektívnejšiu hospodársku súťaž.

Odvolanie kontrolovaného:

- Kontrolovaný vo svojom odvolaní uviedol, že výrok rozhodnutia úradu považuje za neurčitý, keďže z neho nie je zrejmé, ktoré z ustanovení § 6 ZVO porušil. V tejto súvislosti ďalej uviedol, že vo výroku rozhodnutia je súčasne uvedené, že porušil aj § 10 ods. 1 a 2 ZVO. Nakoľko v § 10 ods. 2 ZVO sú uvedené princípy verejného obstarávania, kontrolovaný mal za to, že z jeho strany nemohli byť popísaným konaním porušené všetky princípy, a teda považuje výrok rozhodnutia opäť za neurčitý.
- Kontrolovaný mal za to, že z hľadiska posudzovanej veci je zistenie úradu v súvislosti s funkcionalitami Bonifikačného systému nesprávne právne posúdené, pričom na daný skutkový stav došlo k nesprávnej aplikácii právnej normy. V danom prípade ide o funkcionalitu systému - nastavenie limitov na zamestnaneckých kartách a súvisiace zúčtovanie platieb za odobraté stravovanie/benefity dotknutým prevádzkam tretích osôb. Obdobne, ako je pri vedení bankového účtu zo strany bánk realizované zúčtovanie prostriedkov z/na bankový účet, pričom suma transakcie ako takej je irelevantná, rovnako tak je irelevantná aj cena stravného/benefitov v prípade zúčtovania realizovaného zo strany prevádzkovateľa bonifikačného systému.
- Kontrolovaný ďalej poukázal na to, že z výzvy na predloženie ponuky vyplynulo, že cena za zúčtovací modul je stanovená fixne (t. j. bez ohľadu na sumu stravného/sumu benefitu/druhu benefitu pre zamestnanca), a takisto, že potenciálny uchádzač musel v cene stanovenej v eur zahrnúť všetky náklady súvisiace s realizáciou predmetu zákazky, a teda, že cena je konečná a úplná. Určenie hodnoty stravného, celej sumy stravného za všetkých zamestnancov počas trvania zákazky, ako aj druh a hodnota benefitu je z hľadiska predmetu zákazky úplne irelevantná a nemá žiadny vplyv na opis predmetu zákazky a jeho úplnosť a jednoznačnosť a ani na predložené ponuky uchádzačov, a teda všetky súvisiace zistenia úradu sú nesprávne a vyplývajú z nesprávneho právneho posúdenia veci, keďže požiadavka úradu na obsah predmetu zákazky nemá vplyv na jej úplnosť a jednoznačnosť. Z uvedeného

d ďalej podľa kontrolovaného vyplýva, že akákoľvek podrobná špecifikácia požiadaviek kontrolovaného na stravovanie a benefity zamestnancov, tak ako to vyžaduje úrad, nemá žiadnu oporu v zákone o verejnom obstarávaní.

- Kontrolovaný ďalej uviedol, že pre účely obstarania zákazky s nízkou hodnotou v zmysle dotknutých ustanovení zákona o verejnom obstarávaní v opise predmetu zákazky dostatočne určil svoje požiadavky v súvislosti so zamestnaneckými benefitmi a opätovne vymenúva požiadavky, ktoré musel potenciálny uchádzač splňať.
- Kontrolovaný odkázal na Výkladové stanovisko úradu č. 2/2019, z ktorého podľa neho vyplýva, že „do predpokladanej hodnoty však už nie je potrebné zahrnúť prípadný poplatok za uplatnenie kreditu medzi vydavateľom elektronických stravovacích kariet a poskytovateľom služieb stravovania“. Vzhľadom na uvedené považuje odôvodnenie rozhodnutia za zmätočné a v tomto smere aj nepreskúmateľné, keď na jednej strane úrad poukazuje na to, že kontrolovaný mal postupovať v zmysle Výkladového stanoviska č. 2/2019 (ktoré v čase začatia zákazky ani neexistovalo) a na strane druhej poukazuje na skutočnosti, ktoré v samotnom Výkladovom stanovisku považuje z hľadiska predpokladanej hodnoty zákazky za irelevantné.
- Vo svojom odvolaní sa zaoberal aj uplatnením princípov verejného obstarávania, pričom upriamil pozornosť na princíp proporcionality s tým, že podľa jeho názoru práve princíp proporcionality musí byť uplatnený popri princípe transparentnosti (a súčasne s ním), pričom využitím princípu transparentnosti nemožno poprieť princíp proporcionality tak, ako to v predmetnom rozhodnutí realizuje úrad. Kontrolovaný uviedol, že úrad vo svojom rozhodnutí akcentoval, že pri zadávaní zákazky s nízkou hodnotou by mal verejný obstarávateľ pristupovať k opisu predmetu zákazky analogicky ako v § 42 ZVO a za súčasného rešpektovania základných princípov verejného obstarávania, avšak práve princíp proporcionality úrad podľa kontrolovaného vo svojom rozhodnutí opomína. V tejto súvislosti mal kontrolovaný za to, že v rámci analógie, tak ako to uvádza úrad, je nutné rozlišovať, či ide o podlimitné zákazky alebo zákazky s nízkou hodnotou, ktoré sú menej formálne a menej prísne (v porovnaní s prísnejšími postupmi zadávania zákaziek), a teda v rámci proporcionality bude rozsah analógie pri týchto postupoch zadávania zákaziek rozličný, t. j. pri zákazke s nízkou hodnotou budú uplatnené ustanovenia ZVO výrazne „jemnejšie“ ako pri prísnejších postupoch zadávania zákaziek.
- Kontrolovaný sa v rámci odvolania zameral aj svoje konštatovanie z vlastného vyjadrenia v rámci prvostupňového konania, v ktorom uviedol, že **právne posúdenie úradu v súvislosti so zahrnutím hodnoty „Kreditu na stravovacej karte“ do predpokladanej hodnoty zákazky ani pri zabezpečení a správe benefičného systému (správe benefitov) a ani pri zabezpečení stravovania nie je správne, t. j. predstavuje nesprávne právne posúdenie.** Svoje argumenty oprel okrem iného o tvrdenie, že úspešný uchádzač preňho zabezpečuje **výlučne zúčtovanie**, čoby funkcionality bonifikačného systému, a nie samotné stravovanie a benefity. Účet úspešného uchádzača teda tvorí iba platobné miesto, cez ktoré sa realizujú úhrady tretím stranám. Podľa jeho názoru **do predpokladanej hodnoty zákazky nemožno zahrnúť akékoľvek platby, ale je potrebné vychádzať z právneho titulu príslušnej platby, keďže nie každá platba predstavuje odplatu za plnenie záväzkov.** Na podporu svojej argumentácie uviedol aj viaceré príklady, napr. **vedenie bežných účtov v peňažných inštitúciách**, kde by verejný obstarávateľ mal do predpokladanej hodnoty zákazky započítavať nielen to, čo ho bude stáť vedenie účtu zo strany peňažnej inštitúcie, ale aj všetky položky, ktoré prostredníctvom účtu zaplatí akémukoľvek

príjemcovi. Ďalším príkladom je situácia, keď má verejný obstarávateľ záujem o **získanie úveru** v ním požadovanej výške (t. j. túto sumu si určuje verejný obstarávateľ bez toho, aby túto sumu mohol ovplyvniť potenciálny uchádzač), predpokladanou hodnotou zákazky je teda to, koľko bude verejného obstarávateľa „stáť“, že mu bude poskytnutý úver v ním požadovanej výške - t. j. koľko zaplatí na úrokoch, poplatkoch, províziách a pod.

- Úrad sa vo svojom rozhodnutí s uvedeným prirovnaním nestotožnil, pretože ide už zo svojej podstaty o poskytovanie rozdielnych služieb, kde sa sleduje iný účel. V tejto súvislosti dal do pozornosti rozhodnutie predsedu úradu č. 16872-P/2019.
- V súvislosti s tým, že sa úrad vo svojom rozhodnutí nestotožnil s prirovnaním predmetného verejného obstarávania napr. k poskytovaniu úveru, vedeniu účtu v peňažnej inštitúcii či k poskytovaniu právnych služieb dal kontrolovaný do pozornosti Smernicu Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, ktorá je transponovaná do zákona o verejnom obstarávaní, v ktorej je textácia jednoznačnejšia s ohľadom na to, čo sa má zahrnúť do predpokladanej hodnoty zákazky. Úrad v dotknutom bode akcentoval, že uvedené ustanovenie sa vzťahuje na bankové a iné finančné služby. Zároveň však z Výkladového stanoviska č. 2/2019 vyplýva, že považuje zabezpečenie elektronických stravných poukázok za kombináciu služieb, pričom časť predstavujú finančné služby, a teda aj z uvedeného vyplýva, čo všetko sa z hľadiska verejného obstarávania má a nemá považovať za súčasť predpokladanej hodnoty zákazky pri zabezpečení a prevádzke bonifikačného systému.
- Vo vzťahu ku konštatovaniu o porušení princípu transparentnosti úradom uviedol, že k tomuto by došlo len „sprievodne“ vo vzťahu k iným domnelým porušeniam, a teda má za to, že ak neporušil § 6 a § 10 ods. 1 ZVO, nemohol sa dopustiť „pridružené“ v rámci príčinnej súvislosti ani porušenia princípu transparentnosti, keď úrad nadväzuje porušenie princípu transparentnosti na to, že bol kontrolovaným uplatnený „menej prísny“ postup zadávania zákazky.
- V petite odvolania kontrolovaný navrhol, aby rada rozhodnutie úradu zrušila a vrátila vec na konanie úradu alebo opätovne vykonala dokazovanie a na základe neho rozhodnutie zrušila a konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného zastavila.

Rozhodnutie Rady:

Rada sa v tomto konaní zaoberala nielen odvolaním kontrolovaného voči rozhodnutiu úradu vo vzťahu k nedostatočnému opisu predmetu zákazky, ale takisto aj skutočnosťami zistenými v priebehu odvolacieho konania.

1. Nedostatočný opis predmetu zákazky a nesprávne určenie predpokladanej hodnoty zákazky s následkom aplikovania menej prísneho postupu zadávania zákazky

- Rada v súvislosti so stanovením predpokladanej hodnoty zákazky citovala výkladové stanovisko úradu č. 2/2019, v zmysle ktorého, cit.: „**Verejný obstarávateľ je povinný pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky v prípade zabezpečovania stravovania svojich**

zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet do predpokladanej hodnoty zákazky započítať všetky náklady, ktoré mu v súvislosti so zabezpečením stravovania zamestnancov uvedenou formou vzniknú.

Do predpokladanej hodnoty zákazky je verejný obstarávateľ povinný započítať hodnotu elektronických stravovacích kariet, ako aj províziu za vydanie týchto elektronických stravovacích kariet, prípadne iné náklady (náklady na doručenie, potlač, vydanie novej karty po uplynutí platnosti pôvodnej karty a pod.) (...) Poskytnuté elektronické stravovacie karty nemajú charakter všeobecného platobného prostriedku a sú určené výlučne na úhradu stravy vo vymedzených stravovacích zariadeniach alebo na úhradu v prevádzkach a obchodoch za polotovary a suroviny slúžiace na individuálnu prípravu teplého jedla (predajne potravín). Spoločnosti, ktoré vydávajú elektronické stravovacie karty môžu účtovať rôzne poplatky (napr. poplatok/odmena za sprostredkovanie služieb, manipulačný poplatok, poplatok za vydanie karty, poplatok za vydanie novej karty po uplynutí platnosti pôvodnej karty, poplatok za balenie a expedovanie, aplikácia do mobilu, a pod.). Obdobne ako v prípade stravovacích poukázok, aj pri zadávaní zákaziek na obstaranie elektronických stravovacích kariet potom vyvstáva otázka, čo všetko má cena predmetu zákazky obsahovať, t. j. aké všetky náklady spojené s plnením má verejný obstarávateľ započítať pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky.

Predpokladaná hodnota zákazky sa stanovuje vo vzťahu k vymedzeniu predmetu zákazky (vychádza z hodnoty jej predmetu) a majú byť do nej zahrnuté všetky plnenia, s ktorými verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ uvažuje počas platnosti uzavretej zmluvy (ide najmä o plánované opakované plnenia vrátane uvažovaných opcí a prípadných predĺžení zmluvy).

Do predpokladanej hodnoty zákazky je teda potrebné zahrnúť všetky poplatky, provízie, kredit uhrádzaný zo strany zamestnávateľa na elektronických stravovacích kartách, atď. Nákup elektronických stravovacích kariet tak spočíva v kombinácii dvoch služieb – finančné služby a stravovacie služby poskytované dohodnutými zmluvnými zariadeniami. Kredit uhrádzaný zo strany zamestnávateľa na elektronických stravovacích kartách preto má byť spolu s províziou, prípadne ostatnými poplatkami, súčasťou predpokladanej hodnoty zákazky.

Do predpokladanej hodnoty však už nie je potrebné zahrnúť prípadný poplatok za uplatnenie kreditu medzi vydavateľom elektronických stravovacích kariet a poskytovateľom služieb stravovania.

Je potrebné ďalej upozorniť, že k výpočtu predpokladanej hodnoty zákazky je potrebné obdobne pristupovať napríklad aj v prípade rekreačných poukazov, ktoré predstavujú formu príspevku zamestnávateľa na rekreáciu.

- V súvislosti s úradom konštatovaným nedostatočným opisom predmetu zákazky rada poukázala na § 42 ods. 1 ZVO, podľa ktorého v **súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky**, a zároveň dala do pozornosti metodické usmernenie úradu č. 9006-5000/2019, ktoré okrem iného uvádza, cit.: „*Na zákazku s nízkou hodnotou sa výslovne nevzťahuje ustanovenie § 42 zákona o verejnom obstarávaní, avšak v snahe o zabezpečenie dodržania princípu rovnakého zaobchádzania a princípu nediskriminácie by mal k opisu predmetu zákazky pristupovať verejný obstarávateľ analogickým spôsobom.* Definovanie predmetu zákazky je plne v kompetencii verejného obstarávateľa, pričom verejný obstarávateľ vymedzuje predmet zákazky na základe jeho podrobného opisu

tak, aby podľa možnosti čo najviac zamedzil vzniku nejasností pri vypracovaní ponúk a ich následnom vyhodnocovaní predložených ponúk.“

- Z uvedeného podľa rady vyplýva, že aj keď sa pri zákazke s nízkou hodnotou neuplatňuje § 42 ZVO, z hľadiska princípov, ktoré zákon ustanovuje, je žiadúce, aby verejný obstarávateľ pristúpil pri vypracovaní opisu predmetu zákazky analogickým spôsobom, tzn. minimálne uviedol všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na vypracovanie ponuky a na plnenie zmluvy. Rada v tejto súvislosti ďalej uviedla, že rovnako ako úrad, má za to, že z opisu predmetu zákazky nie je zrejmé, aký rozsah stravovania a aké benefity v akom rozsahu kontrolovaný požaduje, čo znamená, že potenciálni uchádzači nevedeli, čo majú naceniť, pričom takéto nejasnosti v konečnom dôsledku spôsobujú neporovnateľnosť ponúk.
- Rada sa ďalej stotožnila s právnym názorom úradu, že **do predpokladanej hodnoty zákazky majú byť zahrnuté všetky plnenia, s ktorými verejný obstarávateľ počíta počas platnosti uzavretej zmluvy**, pričom uvedené vyplýva, aj z § 6 ods. 2 písm. a) ZVO, podľa ktorého do predpokladanej hodnoty zákazky verejný obstarávateľ a obstarávateľ zahrnú aj hodnotu opakovaných plnení, ak sa plánujú zabezpečiť. Rada zároveň dala v tejto súvislosti do pozornosti:
 - **prvú vetu bodu 19 preambuly** smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej aj len ako „smernica o verejnom obstarávaní”), cit.: **„Malo by sa spresniť, že pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky sa musia vziať do úvahy všetky príjmy, či už od verejného obstarávateľa alebo od tretích strán.”;**
 - dôvodovú správu k zákonu o verejnom obstarávaní k § 6 „Pravidlá výpočtu predpokladanej hodnoty“, cit.: **„Pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky sa musia vziať do úvahy všetky príjmy plánované vynaložiť dodávateľovi za predmet zákazky, či už od verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo od tretích strán.”;**
 - **Metodiky kontroly hospodárnosti a efektívnosti vo verejnom obstarávaní**“ vytvorenú v spolupráci Najvyššieho kontrolného úradu Slovenskej republiky a úradu v ktorej sa, okrem iného uvádza, cit.: **„Najvyšší kontrolovaný úrad Slovenskej republiky overuje, či predpokladaná hodnota zákazky zahŕňa celkovú cenu diela – hodnotu zmluvy, ktorá zahŕňa všetky výdavky verejného obstarávateľa a všetky príjmy od tretích osôb. (Rozsudok Súdného dvora, vo veci C 220/05)“.**
- Rada upozornila aj na to, že v zmysle čl. 5 ods. 3 smernice o verejnom obstarávaní **výber metódy použitej na výpočet predpokladanej hodnoty obstarávania sa nevykoná so zámerom vylúčiť dané obstarávanie z rozsahu pôsobnosti tejto smernice**. Obstarávanie sa nesmie rozdeliť tak, aby to bránilo jeho zahrnutiu do rozsahu pôsobnosti tejto smernice s výnimkou prípadov, keď je to opodstatnené z objektívnych dôvodov. Rovnako zmysle § 6 ods. 16 ZVO **zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov nemožno rozdeliť ani zvoliť spôsob určenia jej predpokladanej hodnoty s cieľom znížiť predpokladanú hodnotu pod finančné limity podľa tohto zákona**.
- S poukazom na vyššie uvedené rada konštatovala, že **do predpokladanej hodnoty zákazky musia byť započítané nielen príjmy od verejného obstarávateľa, ale aj všetky príjmy od tretích strán** (bez ohľadu na to, či ide o úhrady zo štátneho, resp. iného verejného rozpočtu alebo o úhrady zo súkromných finančných prostriedkov). V prípade, ak verejný obstarávateľ do predpokladanej hodnoty zákazky **nezapočíta všetky príjmy** (napr.

příjmy od tretích strán), pričom v dôsledku takéhoto spôsobu určenia predpokladanej hodnoty zákazky dôjde k zníženiu predpokladanej hodnoty zákazky pod niektorý z finančných limitov ustanovených v zákone o verejnom obstarávaní a k následnému použitiu iného postupu zadávania zákazky, než aký by bol verejný obstarávateľ povinný použiť v prípade, ak by do predpokladanej hodnoty zákazky započítal všetky príjmy, **ide o porušenie zákona o verejnom obstarávaní s vplyvom na výsledok verejného obstarávania**. Rada poukazuje podporne aj na to, že z rovnakých východísk vychádza **aj Najvyšší kontrolný úrad Slovenskej republiky pri výkone svojej kontrolnej činnosti**.

- V nadväznosti na vyššie uvedené rada upozornila aj na faktúry hradené úspešnému uchádzačovi označené ako „vyúčtovanie odobratej stravy“, ktorých plnenie predstavovalo ku dňu vydania rozhodnutia takmer 20-násobok predpokladanej hodnoty zákazky. V rámci úhrad **súvisiacich s predmetným verejným obstarávaním** teda kontrolovaný nerealizoval iba úhradu za samotný Bonifikačný systém, ale došlo aj k úhrade skutočne odobratej stravy a benefitov.
- Keďže kontrolovaný považoval v súvislosti s určovaním predpokladanej hodnoty zákazky rozhodnutie úradu za zmatečné, pričom poukázal na znenie Výkladového stanoviska č. 2/2019, konkrétne vety, cit.: „*Do predpokladanej hodnoty však už **nie je potrebné zahrnúť prípadný poplatok za uplatnenie kreditu medzi vydavateľom elektronických stravovacích kariet a poskytovateľom služieb stravovania***.“, rada upresnila, že týmto mal úrad na mysli províziu medzi úspešným uchádzačom a konkrétnym stravovacím zariadením. Do predpokladanej hodnoty zákazky sa teda nezapočítava iba výška provízie medzi úspešným uchádzačom, teda prevádzkovateľom Bonifikačného systému a jeho zmluvnými partnermi. Je tomu tak z dôvodu, že **výška provízie medzi úspešným uchádzačom, teda prevádzkovateľom Bonifikačného systému a jeho zmluvnými partnermi (poskytovateľmi stravovania a benefitov) nie je verejnému obstarávateľovi známa, nakoľko je výsledkom obchodného vzťahu dvoch hospodárskych subjektov**.
- Rada ďalej upresnila, že úrad v rozhodnutí kontrolovanému nevytkol, že do predpokladanej hodnoty zákazky nezapočítal províziu medzi úspešným uchádzačom a jeho zmluvnými partnermi – poskytovateľmi stravovania a benefitov. Zistenie úradu spočívalo v tom, že v nadväznosti na nedostatočný opis predmetu zákazky kontrolovaný do predpokladanej hodnoty zákazky **nezapočítal predpokladanú nominálnu hodnotu stravného**. Úrad pritom v rozhodnutí poukázal na skutočnosť, že je všeobecne známe, že od výšky kreditu (stravného), ktoré sa uhradí prostredníctvom Bonifikačného systému za stravovanie, resp. zamestnanecké benefity sa taktiež môže odvíjať aj výška odplaty (provízie), ktorú poskytovateľ Bonifikačného systému získa od jeho partnerských zariadení zapojených do Bonifikačného systému.
- Názor úradu, že práve absencia informácií o predpokladanej nominálnej hodnote stravného môže mať priamy vplyv na rozhodnutie hospodárskych subjektov zaslať, resp. nezaslať ponuku (keďže nemajú všetky informácie potrebné k stanoveniu predpokladaného profitu zo zákazky), rada ešte doplnila konštatovaním, že v **danom prípade, kedy kontrolovaný v dôsledku nesprávne určenej predpokladanej hodnoty zákazky použil postup zadávania zákazky v režime „zákazky s nízkou hodnotou“**, kontrolovaný *de facto* potenciálnym záujemcom a uchádzačom ani len neumožnil urobiť rozhodnutie o tom, či zašlú alebo nezašlú ponuku, nakoľko okruh potenciálnych uchádzačov vykonal sám kontrolovaný.

- Podľa rady je pritom zrejmé, že **úspešný uchádzač neprofituje iba z ceny dodania Bonifikačného systému, naopak, tento tvorí len marginálnu časť z profitu, ktorý v skutočnosti vygeneruje dodanie tohto systému ako prostriedku na realizáciu poskytovania stravovania a benefitov zamestnancom úspešnému uchádzačovi.** Aplikáciou postupu zadávania zákazky s nízkou hodnotou však došlo k tomu, že okruh potenciálnych uchádzačov bol ohraničený výhradne výberom kontrolovaného. Pritom **profit zo zákazky** (z dodania Bonifikačného systému, ale najmä z provízií od zmluvných partnerov zo sprostredkovania stravovania a benefitov, ktoré vopred nie sú nijakým spôsobom vyčíslené a vzaté do úvahy pri určení predpokladanej hodnoty zákazky) **je ďaleko vyšší než cena dodania a prevádzkovania Bonifikačného systému.**
- Rada sa teda nestotožnila s tvrdením kontrolovaného, že určenie hodnoty stravného, celej hodnoty stravného, celej sumy stravného za všetkých zamestnancov počas trvania zákazky, ako aj druh a hodnota benefitu je z hľadiska predmetu zákazky úplne irelevantná a nemá žiadny vplyv na opis predmetu zákazky. Naopak, v rozhodnutí uviedla, že **práve skutočnosť, že v nadväznosti na nedostatočný opis predmetu zákazky kontrolovaný do predpokladanej hodnoty zákazky nezapočítal aj predpokladanú nominálnu hodnotu stravného malo za následok aplikáciu § 117 zákona o verejnom obstarávaní.** Takáto zákazka však nie je zverejňovaná, je o nej informovaný len vybraný okruh potenciálnych poskytovateľov, o prípadnom uplatnení revízných postupov ani nemožno hovoriť, keďže neoslovení potenciálni poskytovatelia ani nemajú vedomosť o zadávaní takejto zákazky.
- Na základe vyššie uvedených skutočností sa rada stotožnila s posúdením úradu v rozhodnutí, že **kontrolovaný nevypracoval opis predmetu zákazky úplne a jednoznačne, zároveň nepostupoval pri stanovení predpokladanej hodnoty zákazky v súlade s § 6 ZVO,** čo malo za následok stanovenie predpokladanej zákazky pod limit stanovený v § 5 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a viedlo **k aplikovaniu nesprávneho a menej prísneho postupu zadávania zákazky,** pričom predmetné konanie kontrolovaného **malo vplyv** na výsledok verejného obstarávania, keďže v prípade úplného a jednoznačného opisu predmetu zákazky v spojení so správnym stanovením predpokladanej hodnoty zákazky by kontrolovaný zadával zákazku **postupom pre nadlimitné zákazky.**
- V nadväznosti na argumentáciu kontrolovaného, že pri zákazkách s nízkou hodnotou je potrebné prihliadať na princíp proporcionality, rada poukázala na to, že celá argumentácia je postavená na skutočnosti, že ide o zákazku s nízkou hodnotou, avšak v danom prípade je kontrolovanému vytýkané práve obídenie prísnejšieho postupu v dôsledku nesprávneho stanovenia predpokladanej hodnoty zákazky.
- Rada sa taktiež vyjadrila k tvrdeniu kontrolovaného, že k úradom konštatovanému porušeniu princípu transparentnosti by došlo iba v súvislosti s ostatnými porušeniami zákona o verejnom obstarávaní (§ 6 ZVO), ku ktorému však nedošlo. Uviedla, že **obe porušenia konštatované úradom** (nedostatočný opis predmetu zákazky, ako aj obídenie postupu pre nadlimitné zákazky), **majú zároveň za následok porušenie princípu transparentnosti,** konkrétne tým, že uchádzači nemali dostatok informácií o predmete zákazky, ako aj z dôvodu, že predmetná zákazka nebola zverejnená v Úradnom vestníku Európskej únie a vo Vestníku verejného obstarávania z dôvodu aplikácie postupu pre zákazku s nízkou hodnotou. Rada v tejto súvislosti poukázala aj na ďalšie rozhodnutia úradu v obdobných prípadoch: 13154-6000/2019-OD, 12659-6000/2019-OD, 13099-6000/2019-

OD, 9193-6000/2019-OD/10 a 10788-6000/2019-OD/19, kde úrad identifikoval rovnaké zistenia pri obstarávaní obdobného predmetu zákazky.

- Rada vo svojom rozhodnutí ďalej konštatovala, že **neobstoja argumenty kontrolovaného založené na diferencovaní toho, či ide alebo nejde o verejné prostriedky, či ide o príspevok zamestnávateľa alebo súkromné zdroje zamestnanca, či ide o zdaniteľné alebo nezdaniteľné príjmy, či bude prevádzkovateľ Bonifikačného systému z ceny poskytnutého stravovania uhrádzať alebo neuhrádzať DPH. Predpokladaná hodnota zákazky má totiž odrážať hodnotu všetkých plnení spojených s predmetom zákazky. Predpokladaná hodnota zákazky teda nemá za cieľ odrážať iba „zisky“, „príjmy“, „priamu odplatu“ či províziu získanú úspešným uchádzačom** (obdobné závery formuloval úrad aj v bode 62 rozhodnutia č. 16872-P/2019 zo dňa 16. 12. 2019). V uvedenom prípade bolo preto potrebné, aby kontrolovaný do predpokladanej hodnoty zákazky započítal aj hodnoty transakcie, finančnej operácie alebo refundácie (akokoľvek hodnotu stravného a benefitov nazveme), pretože len na základe takéhoto údaju mohli mať uchádzači reálnu predstavu o tom, čo môžu v prípade úspešnosti daným plnením získať, a teda predstavu o tom, či je takáto zákazka pre nich zaujímavá a ako vedia nastaviť svoju cenu za dodanie a prevádzkovanie Bonifikačného systému. Je tomu tak preto, lebo aj pri dodaní úplne totožného predmetu zákazky môže byť zisk, príjem, odplata, či provízia u každého hospodárskeho subjektu vo výsledku rôzna. Zároveň je nevyhnutné mať na zreteli, že predpokladaná hodnota zákazky sa stanovuje predovšetkým s cieľom určenia správneho určenia zadávacieho postupu, pričom voľba zadávacieho postupu rezultuje v odlišné povinnosti kontrolovaného súvisiace so zverejnením zákazky, v čoho konečnom dôsledku má zvolenie postupu vplyv na výsledný okruh potenciálnych záujemcov a uchádzačov o predmetnú zákazku.
- Na základe zistených skutočností sa rada stotožnila so záverom úradu, že **kontrolovaný neopísal predmet zákazky úplne a jednoznačne, v dôsledku čoho súčasne nepostupoval pri stanovení predpokladanej hodnoty zákazky v súlade s § 6 ZVO, čo malo za následok stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky pod finančný limit stanovený v § 5 ods. 2 ZVO a aplikáciu nesprávneho a menej prísneho postupu zadávania zákazky, pričom vyššie uvedeným konaním sa kontrolovaný dopustil porušenia § 6 ods. 1 a ods. 2 písm. a) ZVO, ako aj § 10 ods. 1 a § 10 ods. 2 ZVO.**

2. Ďalšie skutočnosti zistené radou v odvolacom konaní

Keďže rada v rámci konania o odvolaní zistila aj ďalšie dôležité skutočnosti súvisiace s predmetným verejným obstarávaním, ktoré neboli predmetom prvostupňového rozhodnutia úradu, bol kontrolovaný písomne vyzvaný k vyjadreniu sa daným skutočnostiam, avšak v lehote na doručenie vyjadrenia a ani po jej uplynutí, rade svoje vyjadrenie nedoručil. Rada mala zato, že kontrolovaný porušil:

I. § 6 ods. 18 ZVO a v nadväznosti § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne princíp transparentnosti, keď z dokumentácie k predmetnému verejnemu obstarávaniu nie je zrejmé, z akých dokumentov pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky vychádzal, pričom tieto nedoručil ani na základe výzvy úradu ani na základe výzvy rady;

II. § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp transparentnosti, keď v nadväznosti na výzvu rady nedoručil vyjadrenie, v ktorom by zdôvodnil opodstatnenosť a primeranosť požiadavky na dispozíciu sieťou zmluvných partnerov v počte 7 500 prevádzkarní zmluvných partnerov, a to na celom území Slovenskej republiky (vzhľadom na sídlo kontrolovaného), pričom uvedené nevyplýva ani z dokumentácie kontrolovaného k predmetnému verejnému obstarávaniu,

III. § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne princíp transparentnosti, keď vyzval na predloženie ponuky aj také hospodárske subjekty, pri ktorých kontrolovaný nemal za preukázané, že u nich existoval predpoklad schopnosti poskytnúť kontrolovaným obstarávané plnenie, pričom dôvody, na základe ktorých sa kontrolovaný rozhodol vyzvať na predloženie ponuky aj predmetné hospodárske subjekty z dokumentácie kontrolovaného k predmetnému verejnému obstarávaniu nemožno identifikovať,

IV. § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne princíp transparentnosti, keď v rámci opisu predmetu zákazky určil aj podrobné požiadavky na predmet zákazky, ktoré nemožno považovať za výkonnostné a funkčné požiadavky, ako ani za požiadavky podstatné pre kvalitu dodaného tovaru, pričom opodstatnenosť týchto požiadaviek kontrolovaný nepreukázal, **a zároveň s § 10 ods. ZVO, konkrétne princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp transparentnosti,** keď v nadväznosti na výzvu rady neoznačil iný ako úspešným uchádzačom poskytovaný systém, ktorý by takisto spĺňal všetky požiadavky kontrolovaného, čím nepreukázal nediskriminačný opis predmetu zákazky.

K zisteniu I.

- Z dokumentácie k zákazke vyplynulo, že predpokladaná hodnota zákazky **bola určená rešeršom predmetu plnenia v katalógových cenníkoch a zverejnených zmluvách na podobný predmet zákazky**, pričom k uvedenému dokumentu nie sú pripojené spomínané katalógové cenníky, a rovnako sa v tomto dokumente nenachádza odkaz na zverejnené zmluvy na podobný predmet zákazky, z ktorých kontrolovaný vychádzal pri stanovení predpokladanej hodnoty zákazky, na základe čoho rada konštatovala, že v dokumentácii nie je žiadnym spôsobom zachytená dokumentácia k určovaniu predpokladanej hodnoty zákazky.
- Uvedené je dôvodom, prečo považovala rada postup kontrolovaného **pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky, na základe ktorej následne kontrolovaný aplikoval postup zadávania zákazky s nízkou hodnotou, za nepreskúmateľný.**
- Zákon v § 6 ods. 18 stanovuje povinnosť uchovávať v dokumentácii k verejnemu obstarávaniu aj informácie a podklady, na základe ktorých bola určená predpokladaná hodnota zákazky. V súvislosti s uvedenou povinnosťou rada konštatovala, že z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu **nie je zrejmé, z akých dokumentov kontrolovaný vychádzal pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky, čo má za následok porušenie vyššie uvedenej povinnosti.** Zároveň rada uvádza, že akékoľvek konanie subjektu uskutočňujúceho verejné obstarávanie, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné, je **v rozpore s princípom transparentnosti.**

K zisteniu II.

- Rada uviedla, že z dokumentácie kontrolovaného **nie je zrejmé, na základe čoho požadoval práve 7 500 prevádzkarní zmluvných partnerov**, a to na celom území Slovenskej republiky (vzhľadom na sídlo kontrolovaného), a či v súvislosti s predmetnou požiadavkou vykonal prieskum trhu týkajúci sa počtu zmluvných partnerov potenciálnych poskytovateľov, aby predchádzal neprimeranému zúženiu okruhu potenciálnych uchádzačov.
- Rada ďalej uviedla, že v prípade postupu zadávania zákazky s nízkou hodnotou dochádza k tomu, že okruh potenciálnych uchádzačov je ohrozený výhradne výberom kontrolovaného. Pokiaľ sa rozhodne osloviť viaceré hospodárske subjekty, predpokladá sa, že uvedený postup zvolil s cieľom umožniť v rámci postupu zadávania zákazky uskutočnenie riadnej a čestnej hospodárskej súťaže. Rada je toho názoru, že v takom prípade je verejný obstarávateľ povinný opísať predmet zákazky takým spôsobom, aby nediskriminoval hospodárske subjekty (či už priamo alebo nepriamo), ktoré sú schopné dodať predmet zákazky v požadovanej kvalite a spĺňajúci požadovaný účel použitia. Na základe uvedeného je podľa rady preto otázne, či bola požiadavka kontrolovaného opodstatnená, t. j. či reflektovala jeho skutočné potreby, a teda či nebola stanovená spôsobom, ktorým by neodôvodnene obmedzovala potenciálny okruh uchádzačov, a teda, či bola primeraná a nediskriminačná.
- Keďže z dokumentácie nebolo možné zistiť odôvodnenie požiadaviek kontrolovaného, čím sa jeho konanie stalo nečitateľné a nekontrolovateľné, resp. horšie kontrolovateľné, rada konštatovala, že kontrolovaný porušil § 10 ods. 2 ZVO, a to **princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti**.

K zisteniu III.

- V nadväznosti na požiadavky kontrolovaného rada tiež konštatovala, že **pre zachovanie hospodárskej súťaže, a to najmä v prípade kedy samotný kontrolovaný určuje okruh potenciálnych poskytovateľov, by mal vyzvať na predloženie ponuky iba také hospodárske subjekty**, ktoré sú schopné plniť požadovaný predmet zákazky v zmysle ním zadefinovaných požiadaviek.
- Z dokumentácie vyplynulo, že pri dvoch spoločnostiach oslovených s výzvou na predloženie ponuky nie je z verejne dostupných informácií možné overiť, či v čase zadávania zákazky mali skúsenosti s plnením požadovaného predmetu zákazky, a či vôbec disponovali sieťou zmluvných partnerov na daný účel predmetu zákazky, a ak áno, v akom rozsahu. Rovnako z verejne dostupných zmlúv, v ktorých je dodávateľom/poskytovateľom niektorá z týchto spoločností, nevyplýva, že by niekedy realizovali obdobný predmet zákazky. Vychádzajúc z uvedeného rada **nie je zrejmé, z akých dôvodov kontrolovaný na predloženie ponuky oslovil práve tieto spoločnosti**.
- Z dokumentácie **nebolo rade zrejmé ani to, či kontrolovaný predtým, ako vyzval na predloženie ponuky tieto dve spoločnosti, skúmal, či disponujú sieťou s min. počtom 7 500 prevádzkarní zmluvných partnerov**, a teda, či mal za preukázané, že u nich existuje reálny predpoklad, že skutočne sú schopné poskytnúť plnenie, ktoré kontrolovaný vymedzil vo výzve na predloženie ponuky.
- Na základe vyššie uvedeného mala rada za to, že takéto konanie kontrolovaného je v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to princípom transparentnosti.

K zisteniu IV.

- V súvislosti s opisom predmetu zákazky rada uviedla, že obdobný predmet plnenia obstarávali aj iní verejní obstarávatelia, pričom:
 - **Realizované verejné obstarávania mali nasledovné spoločné znaky:**
 - ✓ takmer, resp. úplne totožný podrobný popis technických požiadaviek systému;
 - ✓ požiadavka na min. 6 000/7000/7500 stravovacích zariadení prostredníctvom zmluvných partnerov;
 - ✓ vytvorené predpoklady na poskytovanie iných zamestnaneckých benefitov, ale aj
 - ✓ rovnaké (pre kvalitu služby menej podstatné, avšak podrobné) požiadavky na predmet zákazky, napr. požiadavka na dodanie zamestnaneckých kariet so sprievodným listom, ktorý bude vo formáte A4 s váhou 90g a obojstrannou farebnou tlačou, prípadne požiadavka na vloženie sprievodného listu do obálky vo formáte C5/6 s váhou 80 g s okienkom s priehľadom na adresáta a s farebnou potlačou prednej strany (logo) a pod.
 - Úspešným verejným obstarávateľom vo všetkých spomenutých verejných obstarávaniach bola spoločnosť X, teda úspešný uchádzač z tohto verejného obstarávania.
- **Vychádzajúc z podrobného popisu technických požiadaviek, ako aj opisu požiadaviek, ktoré nemožno označiť za funkčné či výkonnostné, možno nadobudnúť dojem, že kontrolovaný opisoval už existujúci, konkrétny a jemu vopred známy predmet plnenia.**
- Na základe vyššie uvedeného rada nevedela konštatovať, či bol predmet zákazky opísaný nediskriminačne, teda či nepriamo neodkazoval na konkrétny systém a požiadavky s ním súvisiace. Na vyvrátenie **pochybností o diskriminačnom nastavení opisu predmetu zákazky** rada vo výzve žiadala kontrolovaného **o označenie iného systému, ktorý v čase zadávania predmetnej zákazky v plnej miere spĺňal jeho požiadavky, ako aj o vysvetlenie, ako postupoval pri definovaní opisu predmetu zákazky, t. j. na základe čoho určil jednotlivé požiadavky na predmet zákazky.** V tejto súvislosti rada uviedla, že kontrolovaný svoje vyjadrenie nedoručil.
- Rada zároveň dodala, že predloženie ponuky od všetkých vyzvaných subjektov automaticky nevytvára nevyvrátiteľnú domnienku o tom, že opis predmetu zákazky bol stanovený nediskriminačne, keďže **ani samotné predloženie ponuky nemusí znamenať schopnosť uchádzača dodať požadovaný predmet zákazky v stanovenej lehote a kvalite (t. j. vrátane splnenia všetkých požiadaviek kontrolovaného).**
- Na podporu tohto tvrdenia rada poukázala na nekompletnosť ponúk predložených dvoma neúspešnými spoločnosťami.
- Uvedené radu viedlo k názoru, že **skutočnosti vyplývajúce z ponúk uchádzačov zakladajú pochybnosť o relevantnosti oslovených hospodárskych subjektov, ich skutočnom úmysle predložiť ponuku s cieľom stať sa úspešným uchádzačom, a teda aj pochybnosť o tom, či by uvedené subjekty vôbec dokázali realizovať predmet zákazky v zmysle požiadaviek kontrolovaného.**
- Na základe všetkých uvedených skutočností mala rada za to, že **kontrolovaný nevyvrátil pochybnosti o diskriminačnom nastavení opisu predmetu zákazky (napr. označením**

iného systému, ktorý v čase zadávania predmetnej zákazky v plnej miere spĺňal požiadavky kontrolovaného), čím **postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO**.

Odporúčanie rady

Na základe všetkých identifikovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní rada kontrolovanému **odporúčala**, aby v budúcnosti pri rovnakom, resp. obdobnom predmete zákazky:

- ✓ stanovil predpokladanú hodnotu zákazky v súlade s § 6 ZVO a **zahrnul do nej všetky plnenia, ktoré majú byť v rámci zákazky zabezpečované**. Predpokladaná hodnota zákazky musí zahŕňať všetky plnenia v rámci zákazky a celý opis predmetu zákazky tak, aby daná hodnota predstavovala relevantnú sumu, na podklade ktorej následne stanoví príslušný postup zadávania zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní;
- ✓ vymedzil predmet zákazky úplne, jednoznačne, jasne a v neposlednom rade neustranne;
- ✓ viedol dokumentáciu k verejnému obstarávaniu tak, aby z nej o. i. bolo zrejmé, z akých dokumentov pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky vychádzal, resp. aby bol jeho postup v tomto smere preskúmateľný;
- ✓ v súvislosti s opisom predmetu zákazky vždy stanovil iba také požiadavky, ktoré sú pre naplnenie jeho potrieb opodstatnené a primerané, a teda také, ktoré je v prípade potreby aj schopný objektívne zdôvodniť;
- ✓ v prípade zadávania zákazky s nízkou hodnotou oslovil iba také hospodárske subjekty, pri ktorých má za preukázané, že u nich existuje predpoklad schopnosti poskytnúť obstarávané plnenie;
- ✓ v rámci opisu predmetu zákazky určil také požiadavky na predmet zákazky, ktoré možno považovať za výkonnostné a funkčné požiadavky alebo za požiadavky podstatné pre kvalitu dodaného tovaru;
- ✓ umožnil konkurenciu uchádzačov tým, že požiadavky na predmet zákazky špecifikuje spôsobom, ktorý nesmeruje k opisu konkrétneho produktu, a teda v konečnom dôsledku k umelému zúženiu trhu, ale spôsobom, ktorý zohľadní jeho opodstatnené a pre plnenie nevyhnutné potreby.

4. Z ROZHODOVACEJ PRAXE SÚDNEHO DVORA EÚ

ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA

z 3. februára 2021

EXCERPT

Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné zákazky – Verejné obstarávanie – Smernica 2014/24/EÚ – Článok 2 ods. 1 bod 4 – Verejný obstarávateľ – Verejnoprávne inštitúcie – Pojem – Národná športová federácia – Uspokojovanie potrieb vo všeobecnom záujme – Dohľad nad riadením federácie zo strany verejnoprávnej inštitúcie“

V spojených veciach C-155/19 a C-156/19,

ktorej predmetom bol návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 267 ZFEÚ, podaný rozhodnutím Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) zo 17. januára 2019 a doručený Súdnemu dvoru 22. februára 2019, ktorý súvisí s konaním:

Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC),

Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl

proti

De Vellis Servizi Globali Srl,

za účasti:

Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl,

Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI),

Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC),

Rozsudok Súdného dvora

- 1 Návrhy na začatie prejudiciálneho konania sa týkajú výkladu článku 2 ods. 1 bodu 4 písm. a) a c) smernice 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 94, 2014, s. 65).
- 2 Tieto návrhy boli podané v rámci dvoch sporov medzi Federazione Italiana Giuoco Calcio (Talianska futbalová federácia, ďalej len „FIGC“) a spoločnosťou Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl (ďalej len „Consorzio“) na jednej strane a spoločnosťou De Vellis Servizi Globali Srl na druhej strane vo veci zadania verejnej zákazky spoločnosti Consorzio.

Právny rámec

Právo Únie

3 Článok 2 ods. 1 bod 4 smernice 2014/24 stanovuje:

„Na účely tejto smernice sa uplatňujú tieto vymedzenia pojmov

...

4. „verejnoprávne inštitúcie“ sú inštitúcie, ktoré majú všetky tieto charakteristické znaky:

- a) sú zriadené na osobitný účel uspokojovania potrieb vo všeobecnom záujme, pričom nemajú priemyselnú ani komerčnú povahu;
- b) majú právnu subjektivitu a
- c) sú z väčšej časti financované štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami; alebo ich riadenie podlieha dohľadu týchto orgánov alebo inštitúcií; alebo majú správnu, riadiacu alebo dozornú radu, v ktorej viac ako polovicu členov menujú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné verejnoprávne inštitúcie.“

Spory vo veciach samých a prejudiciálne otázky

- 21 De Vellis Servizi Globali bola vyzvaná, aby sa zúčastnila na rokovacom konaní organizovaného FIGC na účely zadania služieb nosenia batožiny pre potreby národných tímov a skladu FIGC v Ríme na obdobie troch rokov. Keďže zákazka bola po skončení tohto konania zadaná spoločnosti Consorzio, De Vellis Servizi Globali napadla podmienky, za akých bolo vedené toto konanie na Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionálny správny súd pre Lazio, Taliansko), pričom tvrdila, že **FIGC sa má považovať za verejnoprávnú inštitúciu v zmysle článku 3 ods. 1 písm. d) Zákonníka o verejnom obstarávaní, a teda mala dodržiavať pravidlá zverejňovania stanovené týmto zákonníkom.**
- 22 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionálny správny súd pre Lazio) žalobe spoločnosti De Vellis Servizi Globali vyhovel a zrušil zadanie zákazky v prospech spoločnosti Consorzio.
- 23 FIGC a Consorzio podali odvolanie proti rozsudku tohto súdu na Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko). Oba tieto subjekty spochybňujú predpoklad, podľa ktorého by FIGC mala byť považovaná za „verejnoprávnú inštitúciu“, a teda aj právomoc správneho súdu a vyhovenie žalobe zo strany Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionálny správny súd pre Lazio).
- 24 Vnútroštátny súd uviedol, že na určenie, či na rozhodnutie tohto sporu sú príslušné talianske správne súdy a či FIGC bola povinná uplatniť pravidlá týkajúce sa verejného obstarávania, je potrebné najskôr určiť, či ju možno označiť za „verejnoprávnú inštitúciu“

v zmysle článku 3 ods. 1 písm. d) Zákonníka verejného obstarávania, ktorý preberá článok 2 ods. 1 bod 4 smernice 2014/24.

- 25 Vnútroštátny súd sa predovšetkým v prvom rade pýtal, či FIGC spĺňa podmienku uvedenú v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. a) smernice 2014/24, podľa ktorej „verejnoprávna inštitúcia“ znamená každú inštitúciu, ktorá bola zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter.
- 26 V tejto súvislosti vnútroštátny súd na jednej strane uvádza, že FIGC je ako národná športová federácia súkromnoprávnym subjektom s právnou subjektivitou, ktorý štát len uznáva podľa procesných schém uznávania právnických osôb súkromného práva a ktorého verejný charakter niektorých činností nemení všeobecný režim súkromného práva, ktorému podlieha. Navyše vzhľadom na jej schopnosť samofinancovania a vzhľadom na rozsudok z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i. (C-44/96, EU:C:1998:4), iné činnosti než verejné úlohy, ktoré sú jej zverené na základe taxatívneho zoznamu, možno považovať za činnosti, ktoré patria do jej všeobecnej súkromnoprávnej právomoci, bez ohľadu na jej povinnosť plniť tieto úlohy.
- 27 Na druhej strane vnútroštátny súd vysvetľuje, že je tiež možné domnievať sa, že táto formálna kvalifikácia *ex lege* nie je rozhodujúca, keďže národné športové federácie podliehajúce dohľadu CONI sú zo zákona povinné sledovať ciele verejného záujmu, ktoré taxatívne vyplývajú z článku 23 stanov CONI, konať v súlade so smernicami a kontrolami CONI, byť uznané zo strany CONI na športové účely a dodržiavať zásady nestrannosti a transparentnosti. Za týchto podmienok sa možno domnievať, že každá vedľajšia činnosť, akou je služba nosenia batožiny, má funkčnú povahu vo vzťahu k úlohám verejnej povahy do tej miery, že je ich neoddeliteľnou súčasťou.

Pozn.: Článok 23 stanov CONI stanovuje:

„1. V súlade s legislatívnym dekrétom č. 242 a s jeho následnými zmenami a doplneniami, okrem tých, ktorých verejný rozmer je výslovne stanovený zákonom, majú verejný charakter len tie činnosti národných športových federácií, ktoré súvisia s prijímaním a členstvom športových spoločností a združení, ako aj jednotlivých členov, so zrušením na základe akéhokoľvek dôvodu a so zmenou rozhodnutí o prijatí alebo členstve, s kontrolou riadneho priebehu profesionálnych športových súťaží a majstrovstiev, s využívaním verejných dotácií a s prevenciou a sankcionovaním dopingu, ako aj činnosti súvisiace s olympijskou prípravou a vrcholovou prípravou, so vzdelávaním technikov a s využívaním a riadením verejných športových zariadení.

1a Pri výkone činností verejného charakteru uvedených v odseku 1 národné športové federácie konajú v súlade s usmerneniami a kontrolami CONI a vykonávajú svoju činnosť v súlade so zásadami nestrannosti a transparentnosti. Verejný charakter činnosti nemení bežný súkromnoprávny režim, ktorému podliehajú ich jednotlivé akty a súvisiace subjektívne právne situácie.

1b Národná komisia stanovuje kritériá a postupy na zabezpečenie súladu federatívnych rozhodnutí s programami CONI, pokiaľ ide o konkurencieschopnosť národných tímov, ochranu národného športového dedičstva a jeho špecifickú identitu a potrebu zabezpečiť efektívne vnútorné riadenie.

2. Na základe kritérií a podmienok stanovených Národnou radou Národná komisia schvaľuje rozpočty národných športových federácií a určuje im pridelené finančné príspevky. V tejto súvislosti môže definovať osobitné alokačné sektory, pričom bude venovať osobitnú pozornosť podpore športu u mladých ľudí, príprave olympijských hier a vrcholovej športovej činnosti.

3. Národná komisia dohliada na riadne fungovanie národných športových federácií. Ak sa vyskytli závažné nezrovnalosti pri riadení alebo závažné porušenia športového práva zo strany riadiacich orgánov, ak sa preukáže nemožnosť ich fungovania alebo ak nie je zaručený riadny začiatok a uskutočnenie športových súťaží, Národná komisia navrhne Národnej rade vymenovanie komisára.“

28 V druhom rade sa vnútroštátny súd, ktorý uvádza, že FIGC nepatrí do prvej a tretej časti alternatívy uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24, pýta, či táto federácia spĺňa podmienku uvedenú v druhej časti tejto alternatívy, podľa ktorej na to, aby subjekt mohol byť kvalifikovaný ako „verejnoprávna inštitúcia“, musí jeho riadenie podliehať kontrole orgánu verejnej moci, akým je CONI.

29 V tejto súvislosti vnútroštátny súd uvádza, že samotný CONI, ktorý podlieha dohľadu Ministro per i beni e le attività culturali (ministerstvo kultúrneho dedičstva a kultúrnych činností), má vo vzťahu k národným športovým federáciám, ako je FIGC, rôzne právomoci, medzi ktoré patria právomoci uznávania na športové účely, kontroly a riadenia činností verejného charakteru, ako aj schvaľovanie ročných súvah a zavedenie nútenej správy.

30 Zdôrazňuje však tiež, že FIGC možno považovať za subjekt, ktorý nie je pod dominantným vplyvom CONI z dôvodu, že národné športové federácie sa zúčastňujú na najvyšších orgánoch CONI a že právomoci CONI voči nim nepredstavujú dohľad, ktorý sa obvykle vykonáva nad verejnoprávnymi inštitúciami, keďže schválenie ročných súvah sa obmedzuje najmä na overenie použitia verejných príspevkov.

31 Za týchto okolností Consiglio di Stato (Štátna rada) rozhodla prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky, ktoré majú v oboch veciach C-155/19 a C-156/19 rovnaké znenie:

„1. a) Možno FIGC kvalifikovať na základe charakteristík vnútroštátnej právnej úpravy v oblasti športu ako verejnoprávnu inštitúciu, t. j. subjekt zriadený na účely uspokojovania potrieb vo všeobecnom záujme, ktoré nemajú priemyselnú ani komerčnú povahu?

b) Je v prípade FIGC splnená najmä požiadavka týkajúca sa účelu vzniku organizácie, a to aj v prípade neexistencie formálneho aktu, ktorým sa zriaďuje verejnoprávna inštitúcia, a napriek jej charakteru združenia, a to z dôvodu, že patrí do odvetvového práva (športové právo) organizovaného podľa verejnoprávnych modelov a že je povinná dodržiavať zásady a pravidlá, ktoré vypracovali CONI a medzinárodné športové organizácie, a to na základe uznania na športové účely zo strany tohto vnútroštátneho verejnoprávneho subjektu?

- c) Možno uvedenú požiadavku okrem toho považovať za splnenú v prípade takej športovej federácie, akou je FIGC, ktorá je schopná sama sa financovať, a to pokiaľ ide o činnosť, ktorá nemá verejnoprávny význam, ako je činnosť v prejednávanej veci, alebo treba naopak považovať za prevažujúcu potrebu zabezpečiť v každom prípade uplatňovanie právnych predpisov v oblasti verejného obstarávania, a to vo všetkých prípadoch zadávania akéhokoľvek druhu zákaziek medzi takýmto subjektom a tretími osobami?
2. a) Možno na základe právnych vzťahov medzi CONI a FIGC vyvodiť záver, že CONI má dominantný vplyv na FIGC, a to s ohľadom na zákonné právomoci, pokiaľ ide o uznávanie spoločnosti na športové účely, schvaľovanie ročnej súvahy, dohľad nad riadením a správnym fungovaním jej orgánov a zavedenie nútenej správy nad ňou?
- b) Sú naopak tieto právomoci nedostatočné na to, aby bola splnená požiadavka dominantného verejného vplyvu, ktorý je typický pre verejnoprávnu inštitúciu, z dôvodu kvalifikovanej účasti prezidentov a zástupcov športových federácií v základných orgánoch CONI?“
- 32 Rozhodnutím predsedu Súdneho dvora z 2. apríla 2019 boli veci C-155/19 a C-156/19 spojené na spoločné konanie na účely písomnej a ústnej časti konania, ako aj rozsudku.

O prejudiciálnych otázkach

O prvej prejudiciálnej otázke

- 33 Svojou prvou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, či sa má článok 2 ods. 1 bod 4 písm. a) smernice 2014/24 vykladať v tom zmysle, že subjekt poverený úlohami verejnej povahy, ktoré sú taxatívne definované vnútroštátnym právom, možno považovať za subjekt, ktorý bol zriadený na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter v zmysle tohto ustanovenia, aj keď tento subjekt nie je zriadený vo forme správneho orgánu, ale združenia, na ktoré sa vzťahuje súkromné právo, a niektoré z jeho činností, ktoré je schopné samo financovať, nemajú verejný charakter.
- 34 V tejto súvislosti treba podľa Súdneho dvora pripomenúť, že podľa článku 2 ods. 1 bodu 4 písm. a) až c) smernice 2014/24 je „verejnoprávna inštitúcia“ každá inštitúcia, ktorá po prvé bola zriadená na osobitný účel uspokojovania potrieb vo všeobecnom záujme, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, po druhé má právnu subjektivitu a po tretie jej činnosť je z väčšej časti financovaná štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami, alebo jej riadenie podlieha dohľadu týchto orgánov alebo inštitúcií, alebo má správnu, riadiacu alebo dozornú radu, v ktorej viac ako polovicu členov menujú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné verejnoprávne inštitúcie.
- 35 Súdny dvor už rozhodol, že tri podmienky uvedené v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. a) až c) smernice 2014/24 sú kumulatívne, pričom tri kritériá uvedené v tretej podmienke majú alternatívnu povahu (pozri v tomto zmysle rozsudky z 12. septembra 2013, IVD,

C-526/11, EU:C:2013:543, bod 20, ako aj z 5. októbra 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, bod 30 a citovanú judikatúru).

- 36 Pokiaľ ide o prvú z týchto troch podmienok uvedenú v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. a) smernice 2014/24, z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že normotvorca Únie chcel podriaďiť záväzným pravidlám verejného obstarávania iba subjekty zriadené na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter a ktorých činnosť zodpovedá takým potrebám (pozri v tomto zmysle rozsudok z 5. októbra 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, bod 35).
- 37 V tejto súvislosti dotknutý subjekt musí, bez ohľadu na to, či už od svojho založenia, alebo po ňom, skutočne zabezpečiť uspokojenie potrieb všeobecného záujmu, pričom zabezpečenie takýchto potrieb musí byť objektívne konštatované (pozri v tomto zmysle rozsudok z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, EU:C:2002:746, bod 63).
- 38 V prejednávanej veci z vysvetlení poskytnutých vnútroštátnym súdom vyplýva, že v Taliansku činnosť verejného záujmu, ktorú predstavuje šport, vykonáva každá z národných športových federácií v rámci úloh verejnej povahy, ktoré sú týmto federáciám výslovne zverené článkom 15 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 242 a taxatívne vymenované v článku 23 ods. 1 stanov CONI.

Pozn.: Článok 15 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 242:

„1. Národné športové federácie a pridružené športové disciplíny vykonávajú svoju športovú činnosť v súlade s rozhodnutiami a smernicami MOV, medzinárodných federácií a CONI, ako aj s ohľadom na verejný charakter určitých kategórií činností uvedených v stanovách CONI. Na týchto činnostiach sa zúčastňujú športové spoločnosti a združenia a len v prípadoch stanovených stanovami národných športových federácií a pridružených športových disciplín, ktoré sa týkajú tejto osobitnej činnosti, aj jednotliví členovia.

- 39 V tejto súvislosti sa zdá, že viaceré úlohy vymenované v článku 23 ods. 1 stanov CONI, ako je kontrola riadneho priebehu súťaží a šampionátov, prevencia a sankcionovanie dopingu alebo olympijská a vrcholová príprava, nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, čo však prináleží overiť vnútroštátnemu súdu. Za týchto podmienok, keďže národná športová federácia skutočne zabezpečuje takéto úlohy, spĺňa podmienku uvedenú v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. a) smernice 2014/24.
- 40 Tento záver nemôže spochybniť v prvom rade skutočnosť, že FIGC má právnu formu súkromnoprávneho združenia a že jej vytvorenie v dôsledku toho nevyplýva z formálneho aktu, ktorým sa zriaďuje správny orgán.
- 41 Na jednej strane znenie článku 2 ods. 1 bodu 4 smernice 2014/24 neobsahuje nijaký odkaz na spôsob vytvorenia ani na právnu formu subjektu. Na druhej strane treba pripomenúť, že pojem „verejnoprávna inštitúcia“ sa musí vykladať funkčne nezávisle od formálnych podmienok jeho vykonania, takže táto potreba bráni tomu, aby sa rozlišovalo podľa formy a právneho režimu, do ktorého dotknutý subjekt patrí podľa vnútroštátneho práva, alebo podľa právnej formy ustanovení vytvárajúcich tento subjekt (pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, bod 62;

z 15. mája 2003, Komisia/Španielsko, C-214/00, EU:C:2003:276, body 55 a 56, ako aj z 12. septembra 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, bod 21 a citovanú judikatúru).

- 42 V druhom rade je irelevantná aj skutočnosť, že FIGC vykonáva popri činnostiach verejného záujmu taxatívne vymenovaných v článku 23 ods. 1 stanov CONI aj iné činnosti, ktoré predstavujú veľkú časť všetkých jej činností a ktoré sa samofinancujú.
- 43 Súdny dvor už rozhodol, že nie je podstatné, či subjekt okrem plnenia úloh na uspokojovanie potrieb vo všeobecnom záujme uskutočňuje aj iné činnosti a či uspokojovanie potrieb vo všeobecnom záujme predstavuje len relatívne malú časť činností skutočne vykonávaných týmto subjektom, ak tento subjekt pokračuje v plnení potrieb, ktoré je osobitne povinný uspokojovať (pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, bod 55).
- 44 Treba spresniť, že za týchto podmienok skutočnosť, že národná športová federácia má schopnosť samofinancovania najmä vzhľadom na činnosti, ktoré vykonáva a ktoré nemajú verejný charakter, nemôže mať akýkoľvek význam, keďže takáto schopnosť samofinancovania nemá vplyv na poskytovanie úloh verejnej povahy.
- 48 Vzhľadom na predchádzajúce úvahy treba na prvú otázku odpovedať tak, že článok 2 ods. 1 bod 4 písm. a) smernice 2014/24 sa má vykladať v tom zmysle, že subjekt poverený úlohami verejnej povahy, ktoré sú taxatívne definované vnútroštátnym právom, možno považovať za subjekt, ktorý bol zriadený na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter v zmysle tohto ustanovenia, aj keď tento subjekt nebol zriadený vo forme správneho orgánu, ale združenia, na ktoré sa vzťahuje súkromné právo, a niektoré z jeho činností, ktoré je schopný samofinancovať, nemajú verejný charakter.

O druhej otázke

- 49 Svojou druhou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či sa druhá časť alternatívy uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24 má vykladať v tom zmysle, že riadenie národnej športovej federácie sa má považovať za podriadené kontrole verejného orgánu, a to jednak vzhľadom na právomoci, ktoré má tento orgán voči takejto federácii, a jednak vzhľadom na skutočnosť, že základné orgány uvedeného orgánu sú zložené hlavne zo zástupcov všetkých národných športových federácií.
- 50 V tejto súvislosti treba pripomenúť, že každé z alternatívnych kritérií uvedených v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24, odráža úzke prepojenie inštitúcie vo vzťahu k štátu, regionálnym alebo miestnym orgánom alebo iným verejnoprávnym inštitúciám, a že pokiaľ ide konkrétne o kritérium týkajúce sa kontroly riadenia, takáto kontrola sa zakladá na konštatovaní aktívnej kontroly nad riadením dotknutej inštitúcie, ktorá vytvára závislosť dotknutej inštitúcie od orgánov verejnej moci v rovnakej miere ako v prípade, ak by bolo splnené jedno z dvoch zvyšných alternatívnych kritérií, čo umožňuje orgánom verejnej moci ovplyvňovať rozhodnutia tejto inštitúcie v oblasti verejného obstarávania (pozri v tomto zmysle rozsudok z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, body 68, 69 a 73, ako aj citovanú judikatúru).

- 51 Preto následná kontrola v zásade nespĺňa toto kritérium, keďže neumožňuje orgánom verejnej moci ovplyvňovať rozhodnutia dotknutej inštitúcie v tejto oblasti (pozri v tomto zmysle rozsudok z 12. septembra 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, bod 29 a citovaných judikatúru).
- 52 V prejednávanej veci z vnútroštátnej právnej úpravy a stanov CONI vyplýva, že úlohou CONI ako orgánu pre disciplínu, reguláciu a riadenie športových aktivít je v rámci autonómie športového práva a v súlade so zásadami medzinárodného športového práva organizovať a posilňovať národný šport, osobitne prípravu športovcov a zabezpečenie vhodných prostriedkov na olympijskú prípravu, prijať antidopingové opatrenia a v čo najväčšej miere propagovať šport. Na tento účel Národná rada CONI, ktorá je najvyšším orgánom zastúpenia talianskeho športu, šíri olympijskú myšlienku, zabezpečuje činnosť potrebnú na olympijskú prípravu, reguluje a koordinuje národnú športovú činnosť a zosúladí okrem iného činnosti národných športových federácií.
- 53 Zdá sa teda, že CONI tým, že vykonáva v podstate regulačnú a koordinačnú funkciu, predstavuje vrcholovú organizáciu, ktorej cieľom je predovšetkým adresovať národným športovým federáciám spoločné športové, etické a štrukturálne pravidlá s cieľom regulovať športovú prax harmonizovaným spôsobom v súlade s medzinárodnými pravidlami, najmä v rámci súťaží a prípravy na olympijské hry. V tejto súvislosti treba okrem iného uviesť, že podľa legislatívneho dekrétu č. 242 kontrola CONI nad týmito federáciami sa v podstate obmedzuje na oblasti riadnej organizácie súťaží, olympijskej prípravy, vrcholového športu a používania finančnej pomoci, čo prináleží overiť vnútroštátnemu súdu.
- 54 Zo spisu predloženého Súdnu dvoru naopak nevyplýva, že CONI by mala upravovať detaily každodennej športovej činnosti alebo zasahovať do konkrétneho riadenia národných športových federácií a vzťahov, ktoré udržiavajú, so základnými štruktúrami, ktorými sú kluby, združenia a iné verejné alebo súkromné subjekty, ako aj s každým jednotlivcom, ktorý chce vykonávať šport.
- 55 Táto definícia role a úlohy CONI sa zdá byť podporená článkom 20 ods. 4 stanov CONI, podľa ktorého majú národné športové federácie napriek tomu, že sú povinné vykonávať športovú činnosť a zodpovedajúce propagačné činnosti v súlade s rozhodnutiami a pokynmi MOV a CONI, technickú, organizačnú a riadiacu samostatnosť v rámci športového práva. Zdá sa teda, že s výnimkou oblastí, v ktorých je CONI oprávnená zasahovať a vykonávať kontrolu, majú tieto federácie širokú autonómiu, pokiaľ ide o ich riadenie a riadenie rôznych aspektov športovej disciplíny, za ktorú zodpovedajú, pričom ich vzťah s CONI sa na prvý pohľad obmedzuje na dodržiavanie usmernení a všeobecných pravidiel stanovených CONI. Legislatívny dekrét č. 242 okrem toho spresňuje, že práve valné zhromaždenie príslušnej národnej športovej federácie schvaľuje a kontroluje orientačné rozpočtové programy správneho orgánu, čo ešte viac potvrdzuje, že uvedené federácie majú úplnú autonómiu riadenia.
- 56 V takejto situácii, ktorá je vzhľadom na veľkú rozmanitosť riešení použitých v rôznych členských štátoch vlastná talianskemu športovému právu, treba vychádzať z toho, že verejná správa poverená predovšetkým vypracovaním pravidiel v oblasti športu, overovaním ich správneho uplatňovania a zasahovaním výlučne na úrovni organizácie súťaží a olympijskej prípravy bez toho, aby upravovala organizáciu a každodenné

vykonávanie športovej činnosti rôznych športových disciplín, nemôže byť na prvý pohľad považovaná za hierarchický orgán, ktorý by mohol kontrolovať a riadiť národné športové federácie, a už vôbec nie, ak uvedené federácie majú úplnú autonómiu riadenia.

- 57 Autonómia riadenia priznaná národným športovým federáciám v Taliansku teda *a priori* svedčí proti takej aktívnej kontrole zo strany CONI, ktorá by mohla ovplyvniť riadenie národnej športovej federácie, akou je FIGC, najmä v oblasti zadávania verejných zákaziek.
- 58 Túto domnienku však možno vyvrátiť, ak sa preukáže, že v skutočnosti rôzne právomoci, ktoré má CONI voči FIGC, majú za následok vznik závislosti tejto federácie od CONI do takej miery, že CONI môže ovplyvniť rozhodnutia uvedenej federácie v oblasti verejného obstarávania. V tejto súvislosti duch športovej súťaže, ktorého organizácia a konkrétne riadenie prináleží národným športovým federáciám, vyžaduje, aby sa tieto rôzne právomoci CONI nechápali príliš technickým spôsobom, ale aby sa vykladali skôr vecným než formálnym spôsobom.
- 59 V dôsledku toho prináleží vnútroštátnemu súdu, aby preskúmal, či rôzne právomoci, ktoré má CONI vo vzťahu k FIGC, ako celok naznačujú existenciu závislosti spojenej s takouto možnosťou vplyvu. Hoci toto overenie prináleží výlučne vnútroštátnemu súdu, Súdny dvor, ktorý rozhoduje o návrhu na začatie prejudiciálneho konania, môže prípadne poskytnúť objasnenia, ktoré vnútroštátny súd usmernia pri jeho rozhodovaní (pozri v tomto zmysle rozsudok z 2. mája 2019, Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego, C-614/17, EU:C:2019:344, bod 37 a citovanú judikatúru).
- 60 Po prvé, pokiaľ ide o právomoc CONI uznať národné športové federácie na športové účely, je potrebné uviesť, že CONI v tomto rámci uplatňuje všeobecnú právnu úpravu, ktorá je podľa písomných pripomienok talianskej vlády rovnaká pre všetky športové subjekty vo forme združenia, ktoré chcú získať právnu subjektivitu alebo ktoré sú závislé, hoci aj v menšej miere, od verejných príspevkov. Na druhej strane zo spisu predloženého Súdnemu dvoru vyplýva, že uznanie zo strany CONI je iba predbežnou etapou, ktorá sa týka len procesu uznávania na športové účely, pričom všetky tieto federácie sú uznávané jednotne spôsobom a podmienkami stanovenými platnou talianskou právnu úpravou.
- 61 Okrem toho z ustanovení zákona a stanov CONI vyplýva, že s výhradou overenia vnútroštátnym súdom sa kritériá, na základe ktorých sa uznanie priznáva, vôbec nevzťahujú na aspekty riadenia dotknutej federácie, ale týkajú sa všeobecných podmienok, ktoré musí spĺňať každá národná športová federácia v oblasti športu a organizácie, ako aj dodržiavania základných pravidiel, ako je zásada vnútornej demokracie a zásada rovnosti pohlaví a príležitostí. V rovnakej myšlienkovvej línii môže Národná rada CONI zrušiť uznanie národnej športovej federácie podľa stanov CONI len za predpokladu, že dotknutá federácia už nesplňa podmienky uvedené v článku 21 ods. 1 týchto stanov.
- 62 Je pravda, že proces uznávania sa spája s preskúmaním súladu stanov príslušnej národnej športovej federácie so základnými zásadami stanovenými Národnou radou CONI. Výraz „základné zásady“ však podľa všetkého potvrdzuje, že Národná rada CONI môže definovať len organizačné pravidlá založené na zásade vnútornej demokracie, ktorú

musia stanovy uvedených federácií dodržiavať, a to bez toho, aby mohla federáciám uložiť podrobné a komplexné pravidlá riadenia.

- 63 Keďže zásah CONI sa obmedzuje na stanovenie základných zásad s cieľom harmonizovať všeobecnú právnu úpravu, ktorej podliehajú všetky národné športové federácie, a zabezpečiť, aby tieto federácie boli operatívne v športovej disciplíne, ktorá je im zverená, na vnútroštátnej a medzinárodnej úrovni, pričom sledujú ciele stanovené zákonom a prijímajú štatutárne a regulačné ustanovenia, ktoré sú v súlade s týmto zákonom a so zásadou vnútornej demokracie, na prvý pohľad sa nezdá, že by predchádzajúce uznanie FIGC na športové účely samo osebe umožňovalo CONI následne vykonávať aktívnu kontrolu riadenia tejto federácie tak, že by mohol ovplyvňovať rozhodnutia tejto federácie v oblasti verejného obstarávania.
- 64 Pokiaľ ide po druhé o právomoc CONI prijímať vo vzťahu k talianskym športovým federáciám usmernenia, rozhodnutia, smernice a pokyny týkajúce sa výkonu športovej činnosti, za ktorú sú tieto federácie zodpovedné, vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či všetky tieto normy ukladajú národným športovým federáciám globálne, široké a abstraktné pravidlá a všeobecné usmernenia týkajúce sa organizácie športu vo verejnom rozmere, takže CONI aktívne nezasahuje do riadenia týchto federácií tak, aby mohol ovplyvňovať ich rozhodnutia v oblasti verejného obstarávania, alebo naopak CONI môže podriaďovať tieto federácie veľmi podrobným pravidlám riadenia a uložiť im určitý spôsob riadenia, najmä v oblasti verejného obstarávania (pozri v tomto zmysle rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, EU:C:2001:70, body 50 až 52 a 57).
- 65 Po tretie, pokiaľ ide o právomoc CONI schvaľovať na športové účely stanovy národných športových federácií, treba uviesť, že pri výkone tejto právomoci CONI môže posúdiť súlad stanov týchto federácií len so zákonom, jej vlastnými stanovami a základnými zásadami, ktoré stanovuje. Za týchto podmienok prináleží vnútroštátnemu súdu, aby overil, či CONI mohol pri schvaľovaní stanov uložiť FIGC také zmeny, ktoré by obmedzili jej autonómiu riadenia, alebo v rámci posudzovania stanov zrušiť uznanie FIGC z dôvodu, že FIGC neakceptovala zmeny, ktorých cieľom bolo obmedzenie jej autonómie riadenia, alebo jej uložiť vopred určené správanie v oblasti riadenia.
- 66 Po štvrté, pokiaľ ide o právomoc CONI schváliť ročnú súvahu a ročné rozpočty národných športových federácií vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či sa CONI v tejto súvislosti obmedzuje na vykonanie kontroly súvah a rovnováhy rozpočtu len z účtovného hľadiska, čo by nenaznačovalo aktívnu kontrolu riadenia týchto federácií (pozri v tomto zmysle rozsudky z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, EU:C:2001:70, bod 53, a z 12. septembra 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, bod 29), alebo či sa toto overenie týka aj súčasného riadenia uvedených federácií, najmä z hľadiska presnosti číselných údajov, regulárnosti, hľadania úspor, rentability a racionálnosti, čo by naznačovalo existenciu aktívnej kontroly riadenia (pozri v tomto zmysle rozsudok z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, bod 73).
- 67 Pokiaľ ide konkrétnejšie o schválenie súvah, vnútroštátny súd musí overiť, či jediná „sankcia“ spojená s tým, že CONI neschválila súvahu, spočíva v jej neuverejnení. Takéto indície svedčia o neexistencii donucovacej právomoci CONI vo vzťahu k národným športovým federáciám v tejto súvislosti.

- 68 Pokiaľ ide o schválenie rozpočtu, vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či národné športové federácie v konečnom dôsledku rozhodujú o svojom rozpočte bez toho, aby CONI mohol brániť jeho prijatie, a týmto spôsobom kontrolovať riadenie týchto federácií v tejto oblasti, čo by tiež znamenalo neexistenciu donucovacej právomoci CONI.
- 69 Pokiaľ ide o právomoc CONI určovať finančné príspevky pridelené národným športovým federáciám a definovať jednotlivé alokačné sektory pre tieto príspevky, vnútroštátnemu súdu prináleží overiť vplyv tejto právomoci na konkrétne riadenie FIGC, ako aj na schopnosť FIGC zachovať si kontrolu nad jej rozhodnutiami v oblasti verejného obstarávania. V tomto rámci bude vnútroštátny súd musieť zohľadniť skutočnosť, že jednak sa zdá, že verejné príspevky sú na základe tohto ustanovenia rozdelené podľa veľmi všeobecných kategórií v rámci verejného rozmeru športovej činnosti, a to podpora športu u mladých ľudí, príprava na olympijské hry a príprava na vrcholovú športovú činnosť, a jednak, že v konkrétnom prípade FIGC, ako to vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania a z informácií poskytnutých na pojednávaní, je v každom prípade verejné financovanie tejto federácie minoritné, pretože táto federácia je schopná financovať sa sama.
- 70 Po piate, pokiaľ ide o právomoc CONI vymenovať podľa stanov CONI audítorov, ktorí ho zastupujú v národných športových federáciách, vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či audítori sú schopní ovplyvniť politiku riadenia tejto federácie, predovšetkým v oblasti verejného obstarávania, vzhľadom na skutočnosť, ako vyplýva z písomných pripomienok FIGC a CONI, že títo audítori nemajú právomoc veta a nemajú žiadnu právomoc zastupovania ani žiadnu riadiacu právomoc.
- 71 Po šieste, pokiaľ ide o právomoc CONI kontrolovať výkon činností verejnej povahy zverených národným športovým federáciám, ako aj všeobecnejšie riadne fungovanie týchto federácií, prináleží vnútroštátnemu súdu, aby overil dosah tejto kontroly na autonómiu riadenia uvedených federácií a ich rozhodovaciu schopnosť v oblasti verejného obstarávania. Vnútroštátny súd bude musieť konkrétne overiť, či sa kontrola riadneho fungovania národných športových federácií, obmedzuje najmä na oblasti pravidelnej organizácie súťaží, olympijskej prípravy, vrcholovej športovej činnosti a využívania finančnej pomoci, alebo či CONI vykonáva aktívnejšiu kontrolu nad riadením týchto federácií.
- 72 Pokiaľ ide konkrétnejšie o právomoc CONI zaviesť nútenú správu nad národnými športovými federáciami v prípade závažných nezrovnalostí pri riadení, závažných porušení športového práva, nemožnosti fungovania týchto federácií alebo problémov s riadnym priebehom športových súťaží, prináleží vnútroštátnemu súdu, aby s cieľom vylúčiť existenciu aktívnej kontroly nad riadením uvedených federácií, určil, či tieto prípady intervencie zo strany CONI, patria do jednoduchšej kontroly regulárnosti a nie do kontroly politiky riadenia národných športových federácií a či, bez ohľadu na výnimočný charakter zavedenia nútenej správy, výkon tejto právomoci neznamená stálu kontrolu riadenia týchto federácií (pozri v tomto zmysle rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, EU:C:2001:70, body 55 a 56).
- 73 Je potrebné spresniť, že na účely posúdenia existencie aktívnej kontroly CONI nad riadením FIGC a možnosti vplyvu CONI na rozhodnutia CONI v oblasti verejného obstarávania musí byť analýza rôznych právomocí CONI predmetom celkového

posúdenia, pričom treba spresniť, že vo všeobecnosti bude možné odhaliť túto existenciu prostredníctvom nepriamych dôkazov (pozri v tomto zmysle rozsudok z 1. februára 2000, Komisia/Francúzsko, C-237/99, EU:C:2001:70, bod 59).

- 74 Pokiaľ ide o okolnosť, na ktorú poukázal vnútroštátny súd, že za predpokladu, že by sa dospelo k záveru, že CONI kontroluje riadenie národných športových federácií, akou je FIGC v zmysle druhej časti alternatívy uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24, tieto federácie vykonávajú z dôvodu ich väčšinovej účasti v hlavných rozhodovacích kolegiálnych orgánoch CONI vplyv na činnosť CONI, ktorý vyvažuje túto kontrolu, je potrebné zdôrazniť, že táto okolnosť je relevantná len v prípade, že možno preukázať, že každá z týchto federácií môže samostatne vykonávať významný vplyv na kontrolu riadenia vykonávanú voči nej zo strany CONI, v dôsledku čoho môže byť táto kontrola neutralizovaná a národná športová federácia tak opäť získa kontrolu nad svojim riadením, a to bez ohľadu na vplyv ostatných národných športových federácií nachádzajúcich sa v podobnej situácii.
- 75 Vzhľadom na všetky už vyššie uvedené úvahy treba na druhú otázku odpovedať tak, že druhá časť alternatívy uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24 sa má vykladať v tom zmysle, že v prípade, ak národná športová federácia disponuje podľa vnútroštátneho práva autonómiou riadenia, riadenie tejto federácie možno považovať za podliehajúce kontrole verejného orgánu len vtedy, ak z analýzy všetkých právomocí, ktorými tento orgán disponuje vo vzťahu k uvedenej federácii, vyplýva, že existuje aktívna kontrola riadenia, ktorá v skutočnosti narušuje túto autonómiu takým spôsobom, že tento orgán môže ovplyvňovať rozhodnutia tejto federácie v oblasti verejného obstarávania. Okolnosť, že jednotlivé národné športové federácie majú vplyv na činnosť dotknutého orgánu verejnej moci z dôvodu ich väčšinovej účasti v hlavných rozhodovacích kolegiálnych orgánoch tohto orgánu, je relevantná len vtedy, ak možno preukázať, že každá z týchto federácií, posudzovaná samostatne, môže mať významný vplyv na verejnú kontrolu vykonávanú voči nej týmto orgánom, v dôsledku čoho je táto kontrola neutralizovaná a takáto športová federácia tak opäť získa kontrolu nad svojim riadením, a to bez ohľadu na vplyv ostatných národných športových federácií nachádzajúcich sa v podobnej situácii.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (štvrtá komora) rozhodol takto:

1. **Článok 2 ods. 1 bod 4 písm. a) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sa má vykladať v tom zmysle, že subjekt poverený úlohami verejnej povahy, ktoré sú taxatívne definované vnútroštátnym právom, možno považovať za subjekt, ktorý bol zriadený na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter v zmysle tohto ustanovenia, aj keď tento subjekt nebol zriadený vo forme správneho orgánu, ale združenia, na ktoré sa vzťahuje súkromné právo, a niektoré z jeho činností, ktoré je schopný samofinancovať, nemajú verejný charakter.**
2. **Druhá časť alternatívy uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 4 písm. c) smernice 2014/24 sa má vykladať v tom zmysle, že v prípade, ak národná športová**

federácia disponuje podľa vnútroštátneho práva autonómiou riadenia, riadenie tejto federácie možno považovať za podliehajúce kontrole verejného orgánu len vtedy, ak z analýzy všetkých právomocí, ktorými tento orgán disponuje vo vzťahu k uvedenej federácii, vyplýva, že existuje aktívna kontrola riadenia, ktorá v skutočnosti narušuje túto autonómiu takým spôsobom, že tento orgán môže ovplyvňovať rozhodnutia tejto federácie v oblasti verejného obstarávania. Okolnosť, že jednotlivé národné športové federácie majú vplyv na činnosť dotknutého orgánu verejnej moci z dôvodu ich väčšinovej účasti v hlavných rozhodovacích kolegiálnych orgánoch tohto orgánu, je relevantná len vtedy, ak možno preukázať, že každá z týchto federácií, posudzovaná samostatne, môže mať významný vplyv na verejnú kontrolu vykonávanú voči nej týmto orgánom, v dôsledku čoho je táto kontrola neutralizovaná a takáto športová federácia tak opäť získa kontrolu nad svojím riadením, a to bez ohľadu na vplyv ostatných národných športových federácií nachádzajúcich sa v podobnej situácii.

Úplné znenie rozsudku aj s odkazom na taliansku legislatívu a stanovky CONI nájdete po kliknutí na nasledovný link.:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237284&pageIndex=0&doclang=S&K&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1307585>