



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
január 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. <i>Právoplatnosť vs. vykonateľnosť rozhodnutia o zákaze účasti vo verejnom obstarávaní „Zabezpečenie stravovania zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet“</i>	3
2. <i>Nariadenie zrušenia použitého postupu zadávania zákazky – odvolanie „Modernizácia nemocnice“</i>	10
3. <i>Preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy v konaní „Poskytovanie verejnoprospešných služieb pre mesto Holíč“</i>	27
4. <i>Preukazovanie podmienok účasti vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom iného subjektu – zmena rozhodnutia úradu v rámci odvolacieho konania pri zákazke na stavebné práce „Stavebná údržba a opravy pozemných komunikácií“</i>	41
5. <i>Z rozhodovacej praxe Súdneho dvora EÚ k realnosti kapacít poskytovaných tretou osobou</i> ..	49

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

1. Právoplatnosť vs. vykonateľnosť rozhodnutia o zákaze účasti vo verejnom obstarávaní „Zabezpečenie stravovania zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet“

Verejní obstarávatelia sa môžu pri zabezpečovaní stravovania zamestnancov, vzhľadom na to, že počet hospodárskych subjektov poskytujúcich elektronické stravovacie karty, resp. poukážky je relatívne nízky, ocitnúť v situácii ako kontrolovaný v tomto rozhodnutí, a to tak, že ponuku predloží niektorý z uchádzačov, ktorým bol uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní. Ani právoplatné rozhodnutie však v tomto prípade nebolo dôvodom pre vylúčenie takéhoto uchádzača. Preto bližšie predstavujeme rozhodnutie, v ktorom sa rada zaoberala odvolaním navrhovateľa proti rozhodnutiu úradu v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného na základe námietok proti výsledku vyhodnotenia ponúk a nevylúčeniu úspešného uchádzača, ktorého podľa navrhovateľa vylúčiť mal z dôvodu nesplnenia podmienok osobného postavenia.

Číslo rozhodnutia: 14751-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 13322-6000/2020

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu o námietkach

Smerovanie námietok: podľa § 170 ods. 3 písm. f) proti vyhodnoteniu ponúk

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: Štatistický úrad SR

Odvolateľ – navrhovateľ: neúspešný uchádzač

Predmet zákazky: „Zabezpečenie stravovania zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet“

Predpokladaná hodnota zákazky: 2 989 716,48 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MSS

KLúčové slová: zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, podmienka účasti týkajúca sa osobného postavenia, právoplatnosť rozhodnutia, konečné rozhodnutie, kasačná sťažnosť kritéria na vyhodnotenie ponúk.

Zistenia Rady:

- Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet nadlimitnej zákazky „Zabezpečenie stravovania zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet“
- Ponuka odvolateľa sa umiestnila na 2. mieste.

- Uchádzači, ktorých ponuky sa umiestnili na 1. a 3. mieste mali na základe Rozhodnutia Protimonopolného úradu SR č. 31/2017/ODK-2017/KH/R/2/025 zo dňa 11. 9. 2017 (ďalej len „rozhodnutie PMÚ SR“) uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.
- Proti predmetnému rozhodnutiu PMÚ SR podali dotknutí uchádzači žalobu, ktorú Krajský súd v Bratislave vo výroku rozsudku sp. zn. 2S/273/2017 (ďalej len „rozsudok Krajského súdu v Bratislave“) **zamietol**.
- Proti uvedenému rozsudku Krajského súdu v Bratislave podali žalobcovia **kasačnú sťažnosť** na Najvyšší súd SR.
- Podľa rade dostupných informácií, a to na základe vyjadrenia Najvyššieho súdu SR, ktoré si rada vyžiadala v konaní č. 6431-9000/2020, nebolo v predmetnej veci zatiaľ rozhodnuté.
- Odvolateľ podal námietky, v ktorých namietal postup kontrolovaného pri vyhodnocovaní ponúk, konkrétne, že postupoval v rozpore so ZVO, keď nevylúčil ponuky uchádzačov, ktorí sa umiestnili na 1. a 3. mieste z dôvodu nesplnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia, konkrétne podmienky, že uchádzač nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím, pričom navrhovateľ za konečné rozhodnutie považoval rozsudok Krajského súdu v Bratislave.
- **Úrad námietky navrhovateľa vyhodnotil ako neopodstatnené, nakoľko mal za to, že kontrolovaný nebol v uvedenom prípade povinný dotknutých uchádzačov vylúčiť z verejného obstarávania.** Tento právny názor úrad založil na tom základe, že podaním kasačnej sťažnosti, ktorá má v zmysle § 446 ods. 2 písm. c) Správneho súdneho poriadku **ex lege odkladný účinok**, účinky právoplatného rozhodnutia Krajského súdu v Bratislave, proti ktorému bola kasačná sťažnosť podaná, nenastupujú, a teda nemôžu byť podkladom pre vylúčenie uchádzačov z verejného obstarávania.
- Úrad námietky navrhovateľa vo svojom rozhodnutí zamietol.

Argumenty odvolateľa:

- Odvolateľ vo svojom odvolaní uviedol, že nesúhlasí s právnym posúdením úradu.
- V súvislosti s rozhodnutím PMÚ SR o uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní po dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia pre dotknuté subjekty vyvodil, že v zmysle § 38 ods. 4 písm. b) zákona o ochrane hospodárskej súťaže a § 32 ods. 6 písm. c) ZVO, je právoplatné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave konečným rozhodnutím.
- Odvolateľ taktiež poukázal na **§ 446 ods. 2 písm. c) Správneho súdneho poriadku** a absenciu vplyvu prípadného odkladného účinku kasačnej sťažnosti na platnosť a právoplatnosť rozhodnutia Krajského súdu v Bratislave.
- ZVO podľa odvolateľa rozlišuje pojem vykonateľnosť od pojmu právoplatnosť. V § 182 ods. 9 ZVO je podľa navrhovateľa jasne uvedené, cit.: „Doba zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa odseku 3 písm. a) až c) začína plynúť právoplatnosťou konečného rozhodnutia.“ Podľa jeho názoru, ak by mal zákonodarca v úmysle podmieniť začatie plynutia doby zákazu účasti vo verejnom obstarávaní až na okamih, kedy konečné rozhodnutie nadobudne vykonateľnosť, tak by to podľa navrhovateľa v príslušnom ustanovení zákona výslovne uviedol.

- Odvolateľ ďalej poukázal na § 32 ods. 6 písm. c) ZVO, v ktorom je jednoznačne ustanovené, že konečným rozhodnutím príslušného orgánu verejnej moci sa rozumie právoplatné rozhodnutie súdu, ktorým bola žaloba proti rozhodnutiu alebo postupu správneho orgánu zamietnutá alebo konanie zastavené. Kasačná sťažnosť nie je podľa jeho názoru žalobou, ide o mimoriadny opravný prostriedok, a trvá na tom, že ak by chcel zákonodarca za konečné rozhodnutie považovať aj rozhodnutie o mimoriadnom, a nie len o riadnom opravnom prostriedku, tak by to tak v zákone výslovne ustanovil.
- Odvolateľ tiež poukázal na údajnú protichodnosť ustanovenia § 447 ods. 2 Správneho súdneho poriadku (*nastúpením odkladného účinku zo zákona alebo jeho priznaním na základe rozhodnutia kasačného súdu podľa odseku 1 sa do právoplatného rozhodnutia kasačného súdu o kasačnej sťažnosti pozastavujú účinky napadnutého rozhodnutia krajského súdu a takéto rozhodnutie nemôže byť podkladom na vydanie naň nadväzujúcich rozhodnutí alebo opatrení iných orgánov verejnej moci*) a § 182 ods. 9 ZVO (*doba zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa odseku 3 písm. a) až c) začína plynúť právoplatnosťou konečného rozhodnutia*), pričom podľa § 32 ods. 6 ZVO sa konečným rozhodnutím príslušného orgánu verejnej moci na účely tohto zákona rozumie o. i. právoplatné rozhodnutie súdu, ktorým bola žaloba proti rozhodnutiu zamietnutá. Podľa názoru odvolateľa má ZVO ako *lex specialis* prednosť pred Správnym súdnym poriadkom ako *lex generalis*.
- K argumentu úradu, že kasačná sťažnosť má podľa § 446 ods. 2 písm. c) správneho súdneho poriadku *odkladný účinok, ak bola podaná proti rozhodnutiu krajského súdu vo veci samej vydanému v konaní o správnej žalobe vo veciach správneho trestania*, odvolateľ uviedol, že výklad právnej normy nemôže smerovať k následkom, ktorými by v dôsledku takéhoto výkladu malo dôjsť k faktickej novelizácii vykladaného ustanovenia.
- Odvolateľ sa ďalej zaoberal otázkou, od ktorého momentu by sa mala posudzovať trojročná doba zákazu účasti vo verejnom obstarávaní. Podľa argumentácie úradu deklarovanej v rozhodnutí o námietkach, prichádzajú do úvahy dve (podľa jeho názoru absurdné) alternatívy. Podľa argumentácie úradu by teda trojročná doba zákazu účasti začala plynúť
 - od právoplatnosti rozhodnutia Krajského súdu Bratislava, čo považuje odvolateľ za neprípustné, keďže kasačný súd pravdepodobne rozhodne o kasačnej sťažnosti až po uplynutí trojročnej lehoty, a preto by uložený zákaz nemal zmysel a zároveň by boli popreté účinky rozhodnutia PMÚ, alebo
 - od právoplatnosti rozhodnutia kasačného súdu, čo považuje odvolateľ taktiež za neprípustné pretože by takýto výklad popieral účel sankcie uloženej zo strany PMÚ.Podľa odvolateľa podanie kasačnej sťažnosti nemôže byť prostriedkom pre účelové obchádzania právoplatne uložených sankcií.
- Na základe uvedených skutočností preto podľa odvolateľa došlo k pochybeniu kontrolovaného, a z dôvodu nevylúčenia predmetných uchádzačov, napriek uloženiu zákazu účasti vo verejnom obstarávaní rozhodnutím Krajského súdu v Bratislave. Odvolateľ taktiež uviedol, že jeho záujem je umocnený tým, že ak by postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, tak by sa jeho ponuka umiestnila na prvom mieste.
- Odvolateľ v podanom odvolaní žiadal, aby rada zmenila rozhodnutie úradu, a to tak, že vyhovie námietkam navrhovateľa a nariadi zrušiť oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk a takisto nariadi kontrolovanému opätovne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti a vylúčiť uchádzačov, ktorých ponuky sa umiestnili na 1. a 3. mieste z verejnej súťaže z dôvodu nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia.

Vyjadrenie kontrolovaného:

- Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k podanému odvolaniu uviedol, že si bol vedomý existencie dotknutých rozhodnutí Krajského súdu v Bratislave a PMÚ SR už v čase pred vyhlásením tejto verejnej súťaže, a teda logicky aj neskôr v čase hodnotenia ponuky, resp. podmienok účasti úspešného uchádzača.
- Vychádzajúc z § 152 ZVO však podľa neho vo všeobecnosti platí, že okrem priameho predloženia dokladov môže hospodársky subjekt preukazovať splnenie podmienok účasti osobného postavenia zápisom do zoznamu hospodárskych subjektov, pričom tento zápis je účinný voči každému verejnému obstarávateľovi a údaje v ňom uvedené nie je potrebné v postupoch verejného obstarávania overovať.
- Kontrolovaný si pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti osobného postavenia overil, že úspešný uchádzač je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov a zároveň nebol (nie je) uvedený v registri osôb so zákazom účasti vo verejnom obstarávaní, z čoho podľa neho jednoznačne vyplýva, že úspešný uchádzač spĺňa podmienky účasti osobného postavenia. **Naopak, kontrolovaný má za to, že v prípade, ak by pristúpil k vylúčeniu úspešného uchádzača z uvedeného nepreukázateľného dôvodu, porušil by zákon o verejnom obstarávaní a konal by protiprávne.**
- Kontrolovaný uviedol, že nie je v jeho kompetencii primárne rozhodovať o statuse úspešného uchádzača ako o hospodárskom subjekte, pretože si tieto skutočnosti môže iba overovať prostredníctvom verejne dostupných informácií zverejňovaných úradom. Zároveň uviedol, že akékoľvek vylúčenie uchádzača z dôvodu nesplnenia podmienok účasti musí byť riadne odôvodnené a dôvody vylúčenia musia byť aj riadne preukázané. Ak by mal konať tak, ako navrhuje navrhovateľ, t. j. vylúčiť úspešného uchádzača, nemal by ako preukázať dôvodnosť takéhoto vylúčenia. Kontrolovaný teda dospel k jednoznačnému záveru, že úspešný uchádzač preukázal splnenie podmienok účasti osobného postavenia v plnom rozsahu.
- Na základe uvedených skutočností kontrolovaný žiadal, aby rada odvolanie zamietla a rozhodnutie úradu potvrdila.

Rozhodnutie Rady:

- Úlohou rady v odvolacom konaní bolo posúdiť, či je možné predmetné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, ktorým zamietol žalobu smerujúcu proti preskúmaniu zákonnosti rozhodnutia PMÚ SR, považovať za konečné rozhodnutie v zmysle § 32 ods. 6 ZVO, alebo či týmto konečným rozhodnutím bude až rozhodnutie Najvyššieho súdu SR o kasačnej sťažnosti, keďže sporným v danom prípade bolo, či predmetní uchádzači spĺňali podmienku účasti osobného postavenia v 32 ods. 1 písm. f) ZVO, tzn. nemajú uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím v Slovenskej republike, alebo či mali byť títo uchádzači z verejného obstarávania vylúčení.
- Je dôležité poznamenať, že právnym posúdením uvedenej skutočnosti sa rada zaoberala už v konaniach o odvolaniach o obsahovo totožných námietkach rovnakého odvolateľa. Výsledkom týchto konaní boli právoplatné rozhodnutia rady č. 15380-9000/2019, ktorým potvrdila rozhodnutie úradu č. 12134-6000/2019; právoplatné rozhodnutie rady

č. 6431-9000/2020, v ktorom taktiež zamietla odvolanie navrhovateľa a potvrdila rozhodnutie radu č. 4998-6000/2019; rozhodnutie č. 9084-9000/2020 a rozhodnutia 9897 a 9898-9000/2020.

- Pre rozhodnutie rady bol kľúčovým **spôsob výkladu právnych noriem**, a teda spôsob výkladu ustanovenia § 32 ods. 6 písm. c) ZVO *konečným rozhodnutím príslušného orgánu verejnej moci sa na účely tohto zákona rozumie právoplatné rozhodnutie súdu, ktorým bola žaloba proti rozhodnutiu alebo postupu správneho orgánu zamietnutá alebo konanie zastavené*.
- Vychádzajúc z **gramatického výkladu** by bolo možné dospieť k záveru, že rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave považuje za konečné, pričom rada súhlasila s odvolateľom, že podanie kasačnej sťažnosti nemá na právoplatnosť tohto rozhodnutia vplyv, nakoľko ide o mimoriadny opravný prostriedok. Rada však zároveň konštatovala, že **hoci gramatický výklad je legitímnym spôsobom aplikácie práva, pri jeho použití je nevyhnutné dbať práve na to, aby sa nestratil účel právnych inštitútov nielen priamo upravených, ale aj dotknutých spornou normou**. Uvedený záver pritom vychádza z rozhodovacej praxe ÚS SR, napr. nález ÚS SR č. III. ÚS 833/2016-44 zo dňa 19. 04. 2017, podľa ktorého, cit.: „*Ústavný súd už aj v minulosti skonštatoval, že k výkladu právnych predpisov a ich inštitútov nemožno pristupovať len z hľadiska textu zákona, a to ani v prípade, keď sa text môže javiť ako jednoznačný a určitý, ale predovšetkým podľa zmyslu a účelu zákona (nález ústavného súdu č. k. IV. ÚS 71/2013-36 z 23. mája 2013)*“, obdobne napr. nález ÚS SR č. I. ÚS 155/2017, podľa ktorého, cit.: „*Všeobecný súd nie je absolútne viazaný doslovným znením zákona, ale môže a musí sa od neho odchýliť, ak to vyžaduje účel zákona, história jeho vzniku, systematická súvislosť alebo niektorý z ústavnoprávnych princípov. Pri výklade a aplikácii právnych predpisov teda nemožno opomíňať ich účel a zmysel, ktorý nie je vyjadrený len v slovách a vetách toho-ktorého zákonného predpisu, ale i v základných princípoch právneho štátu.*“
- Pri **historickom výklade** rada upriamila pozornosť na celkový kontext a časové súvislosti prijatia predmetných ustanovení v zákone o verejnom obstarávaní. Zákonná definícia konečného rozhodnutia bola do ZVO č. 25/2006 začlenená novelou č. 232/2008 Z. z., a to vo vzťahu k preukázaniu závažného porušenia odborných povinností, ktorým sa o. i. rozumela najmä účasť na dohode obmedzujúcej súťaž, ktorú bolo možné preukázať konečným rozhodnutím. Podmienka účasti osobného postavenia v znení „*nemá právoplatne uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní*“ bola do ZVO č. 25/2006 Z. z. začlenená novelou č. 28/2013 Z. z., a to v súvislosti so zavedením sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní. V zákone o verejnom obstarávaní účinnom od 18. 4. 2016 je ustanovená podmienka účasti v aktuálnom znení „*nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní potvrdený konečným rozhodnutím v Slovenskej republike alebo v štáte sídla, miesta podnikania alebo obvyklého pobytu*“ spolu s predmetnou zákonnou definíciou konečného rozhodnutia. V nadväznosti na uvedené skutočnosti rada poukázala na to, že s účinnosťou od 1. 7. 2016 (teda v čase, keď už bol účinný v súčasnosti platný zákon o verejnom obstarávaní) bol Občiansky súdny poriadok zrušený a bol nahradený o. i. aj Správnym súdnym poriadkom. Dovtedajší apelačný systém založený na možnosti podať odvolanie nahradil kasačným systémom, založeným na možnosti podať kasačnú sťažnosť ako mimoriadny opravný prostriedok. Konanie v správnom súdnictve sa tak stalo jednostupňovým. Pred touto

zásadnou zmenou v správnom súdnictve by rozhodnutie PMÚ SR potvrdené Krajským súdom v Bratislave, proti ktorému by bolo podané odvolanie, nevyvolávalo právne účinky, nakoľko by nebolo právoplatné. Po tejto zmene je rozhodnutie PMÚ SR potvrdené Krajským súdom v Bratislave, proti ktorému bola podaná kasačná sťažnosť, síce právoplatné, ale rovnako nevyvoláva právne účinky, a to z titulu *ex lege* odkladného účinku kasačnej sťažnosti. Na základe uvedeného je podľa rady možné dospieť k záveru, že v čase prijímania predmetných ustanovení ZVO **nebolo úmyslom zákonodarcu viazať konečné rozhodnutie (o uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní) na také rozhodnutie súdu, ktoré nevyvoláva právne účinky.**

- Úmysel zákonodarcu, ako aj samotný účel predmetných ustanovení ZVO, je podľa rady smerodajný aj pri **teleologickom výklade** týchto ustanovení. V tejto súvislosti rada dospela k záveru, že v danom prípade nepostačuje skúmať len tú skutočnosť, či je predmetné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave právoplatné, ale rovnako skutočnosť, či je takéto rozhodnutie spôsobilé vyvolať nastúpenie právnych účinkov, ktoré sa uvádzajú v jeho výroku, a či neexistuje právna prekážka, aby takéto rozhodnutie úrad mohol použiť ako podklad pre vlastné rozhodnutie. Rada sa preto v rámci svojho posúdenia stotožnila so záverom úradu, že hoci odkladný účinok podanej kasačnej sťažnosti nemá vplyv na právoplatnosť napadnutého rozhodnutia krajského súdu, je **nutné skúmať aj to, či je toto rozhodnutie spôsobilé navodiť nastúpenie právnych účinkov uvádzaných v jeho výroku a či neexistuje právna prekážka na použitie tohto rozhodnutia inými orgánmi verejnej moci ako podkladu pre vlastné rozhodovanie.**
- Dôsledkom podania kasačnej sťažnosti a jej odkladného účinku, ktorý v tomto prípade nastáva priamo zo zákona, **podľa rady je, že predmetné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, a teda ani rozhodnutie PMÚ SR, nevyvolávajú právne účinky, ktoré ZVO spája s uloženým zákazom účasti vo verejnom obstarávaní potvrdeným konečným rozhodnutím v Slovenskej republike, a to až do rozhodnutia Najvyššieho súdu SR o podanej kasačnej sťažnosti.**
- Rada zároveň poukázala na znenie § 447 ods. 2 prvá veta Správneho súdneho poriadku, ktoré **výslovne a jednoznačne ustanovuje, že nastúpením odkladného účinku sa do právoplatného rozhodnutia kasačného súdu o kasačnej sťažnosti pozastavujú účinky napadnutého rozhodnutia krajského súdu a takéto rozhodnutie nemôže byť podkladom na vydanie naň nadväzujúcich rozhodnutí alebo opatrení iných orgánov verejnej moci.**
- K argumentu odvolateľa o protichodnosti ustanovení správneho súdneho poriadku a ZVO, pričom podľa jeho názoru má ZVO ako *lex specialis* prednosť pred Správnym súdnym poriadkom, rada uviedla, že zákon o verejnom obstarávaní má postavenie *lex specialis* len vo vzťahu k verejnému obstarávaniu. Zákon o verejnom obstarávaní však neupravuje otázky súvisiace s momentom nadobudnutia právoplatnosti a vykonateľnosti rozhodnutí súdov v správnom súdnictve, preto v súvislosti s odkladom vykonateľnosti rozhodnutia krajského súdu vydaného v správnom súdnictve, a s tým spojeným odkladom nástupu účinkov takéhoto rozhodnutia, **by podľa rady mal mať postavenie *lex specialis* práve Správny súdny poriadok.**
- Rada opätovne poukázala na svoje závery v predchádzajúcich rozhodnutiach o odvolaniach navrhovateľa, pričom tento v posudzovanom následne podanom odvolaní **neuviedol žiadne nové skutočnosti, ktoré by uvedené závery rady spochybnil.**

Zároveň mala rada za preukázané, že skutkový a právny stav sa oproti jej predchádzajúcemu posúdeniu nezmenil, na základe čoho zotráva na svojom právnom posúdení navrhovateľom namietaných skutočností, na základe čoho nie je daný žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu v predmetnom odvolacom konaní o tom, že **právoplatné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, ktoré v dôsledku podania kasačnej sťažnosti nevyvoláva právne účinky, nemôže byť podkladom pre vylúčenie uchádzačov z verejného obstarávania.**

- V súvislosti s otázkou odvolateľa, od ktorého momentu by sa mala posudzovať trojročná doba zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, rada uviedla, že podľa samotného PMÚ SR, ktorý zákaz účasti vo verejnom obstarávaní dotknutým subjektom uložil, je na účely začatia plynutia doby, na ktorú bol uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, potrebné za konečné rozhodnutie považovať **až rozhodnutie kasačného súdu, ktorým sa končí súdny prieskum.** S tvrdením navrhovateľa v podanom odvolaní, že takýto výklad je neprípustný, keďže by popieral účel sankcie uloženej zo strany PMÚ SR, sa teda podľa rady nie je možné stotožniť, nakoľko **samotná autorita, ktorá predmetnú sankciu dotknutým subjektom uložila a na ktorú sa odvoláva navrhovateľ, teda PMÚ SR, má za to, že takýto výklad neprípustný nie je.** Uvedené rada konštatovala na základe stanoviska PMÚ SR zo dňa 3. 7. 2019..
- K tvrdeniu odvolateľa, že podanie kasačnej sťažnosti nemôže byť prostriedkom pre účelové obchádzanie právoplatných sankcií rada upozornila, že svojou argumentáciou prejedikuje rozhodnutie Najvyššieho súdu SR, pričom tento môže v konečnom dôsledku rozhodnúť aj inak, ako odvolateľ predpokladá. Pokiaľ by bolo možné prejedikovať rozhodnutia Najvyššieho súdu SR, samotný inštitút kasačných sťažností by podľa rady stratil svoje opodstatnenie.
- Na záver rada podporne poukázala aj na rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 3 Sžf/31/2011 zo dňa 17. 1. 2012, ktorý sa síce týka odlišnej právnej úpravy, ale ktoré zároveň podľa rady naznačuje, že Najvyšší súd SR vníma problematiku právnych účinkov právoplatných rozhodnutí v širšom kontexte. Z uvedeného rozsudku rada citovala okrem iného aj: **„Napriek tomu, že toto rozhodnutie v rámci správneho konania bolo právoplatné nie je možné pokladať ho za konečné a záväzné, keďže už v čase vydania napadnutého rozhodnutia žalovaného prebiehalo konanie o preskúmanie jeho zákonnosti.“**
- Na základe všetkých uvedených skutočností **rada neidentifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu, odvolanie **zamietla** a rozhodnutie úradu **potvrdila.**

2. Nariadenie zrušenia použitého postupu zadávania zákazky – odvolanie „Modernizácia nemocnice“

Rada úradu sa v rámci svojho rozhodovania zaoberala odvolaniami verejného obstarávateľa a jedného z uchádzačov (odvolateľa) proti rozhodnutiu Úradu vydanému v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, v ktorom úrad nariadil kontrolovanému zrušiť použitý postup zadávania zákazky. **Keďže sa v danom prípade konanie o odvolaní kontrolovaného a konanie o odvolaní odvolateľa týkali toho istého verejného obstarávania, pričom sa zároveň obe odvolania týkali rovnakej skutočnosti, rada spojila - v záujme hospodárnosti - konania o týchto odvolaniach do spoločného konania** v súlade s § 177 ods. 14 zákona č. 343/2015 Z. z. Zákon o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZVO“ alebo „zákon“). V napadnutom rozhodnutí sa úrad zaoberal štyrmi zistenými skutočnosťami, ktoré mohli mať podľa úradu vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Číslo rozhodnutia: 14344-9000/2020, 14367-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 7875-6000/2020

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní verejného obstarávateľa a osoby podľa § 175 ods. 11 ZVO proti rozhodnutiu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy

Verejný obstarávateľ: Fakultná nemocnica Trenčín

Odvolateľ: úspešný uchádzač

Predmet zákazky: „Modernizácia Fakultnej nemocnice Trenčín - Nový pavilón centrálnych operačných sál, OAIM a urgentný príjem“

Predpokladaná hodnota zákazky: 10 497 976,90 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MSP formou reverznej súťaže

Kľúčové slová: nejednoznačný a neúplný opis predmetu zákazky, nedovolené spájanie predmetu zákazky, delenie zákaziek, princíp transparentnosti, preukazovanie podmienok účasti, požiadavky na odborné predpoklady odborníkov, banková referencia, banková informácia.

Zistená skutočnosť č. 1

Nejednoznačný a neúplný opis predmetu zákazky

Úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 42 ods. 1 ZVO, ako aj v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to konkrétne s princípom transparentnosti, keď neopísal predmet zákazky v znení súťažných podkladov a poskytnutých vysvetlení súťažných podkladov dostatočným

spôsobom s jednoznačne určenými požiadavkami, v dôsledku čoho nemali uchádzači všetky relevantné informácie nevyhnutné pre vypracovanie kvalifikovanej ponuky, čím kontrolovaný vniesol do procesu verejného obstarávania prvky neprehľadnosti a zmätočnosti. Úrad dospel k záveru, že predmet zákazky nie je v celosti možné považovať za opísaný jednoznačne a úplne.

Zistenia Rady:

- Verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie na obstaranie stavebných prác v súvislosti s modernizáciou Fakultnej nemocnice Trenčín, pričom v stručnom opise predmetu zákazky uviedol, že predmet zákazky sa bude realizovať podľa zmluvných podmienok FIDIC Žltá kniha (tzv. naprojektuj a postav).
- **Tzv. Žltý FIDIC („Naprojektuj a postav“) predstavuje zmluvné podmienky, v rámci ktorých je zhotoviteľ zodpovedný za naprojektovanie aj realizáciu diela podľa požiadaviek objednávateľa, pričom zhotoviteľ vykonáva dielo za pevnú, vopred dohodnutú cenu** zväčša tvorenú paušálnymi združenými (agregovanými) položkami a je zodpovedný aj za správny rozpočet aj za ocenenie stavebných prác, a takisto za vykonanie diela za dohodnutú cenu. Pri realizácii projektov podľa Žltého FIDIC-u je bežnou **praxou, že zhotoviteľ až počas realizácie diela vypracuje v rámci projektovej dokumentácie v stupni DRS (dokumentácia pre realizáciu stavby) aj položkovitý rozpočet, t. j. výkaz výmer. Pri Žltom FIDIC-u sa štandardne od uchádzačov nevyžaduje oceňovanie položkovitého rozpočtu reflektujúce naprojektované technické riešenie práve z toho dôvodu, že projektová dokumentácia v stupni DRS sa môže ešte zmeniť alebo dopĺňať poskytnutú projektovú dokumentáciu v stupni DSP (dokumentácia pre stavebné povolenie) a rozpočet je tvorený v súlade s technickým riešením navrhovaným zhotoviteľom.**
- Úrad v napadnutom rozhodnutí v súvislosti s tzv. Žltým FIDICOM konštatoval, že **kontrolovaný určitým spôsobom modifikoval realizáciu diela formou „naprojektuj a postav“** spočívajúcu v tom, aby zhotoviteľ vyhotovil projektovú dokumentáciu do stupňa DRS a vychádzal z podkladov kontrolovaného, ako aj výkazu výmer, **pričom však neurčil, ktorá časť ním dodanej dokumentácie v stupni DRS je záväzná a naopak, ktorú časť uchádzač môže zmeniť a prispôbiť svojim technologickým postupom**, pričom uchádzač musel vždy oceniť všetky jednotlivé položky výkazu výmer zadefinované kontrolovaným. Úrad tiež v tejto súvislosti zdôraznil, že napriek skutočnosti, že určité zmeny v procese realizácie stavby sú prípustné podľa § 18 ZVO, ako aj je prípustná vo verejnej súťaži možnosť využitia zmluvných podmienok FIDIC-u, úrad skúmal opis predmetu zákazky z hľadiska splnenie jeho atribútov v kontexte právnej úpravy zákona o verejnom obstarávaní (porovnateľnosti predložených ponúk uchádzačmi).
- Úrad ďalej poukázal na to, že napriek tomu, že záujemcovia prostredníctvom využitia inštitútu vysvetlenia súťažných podkladov poukazovali na chýbajúce a nejasné informácie uvedené v projektovej dokumentácii, rovnako ako aj vo výkaze výmer, kontrolovaný namiesto reflektovania na žiadosti poskytoval **opakovane protichodné vysvetlenia v rámci svojich odpovedí, ktoré boli spôsobilé zapríčiniť stav**, že niektorí uchádzači oceňovali presne stanovený výkaz výmer, i keď neaktualizovaný, resp. s chybami a položkami formálne, iní projektovú dokumentáciu a iní vlastný návrh riešenia nereflektujúci výkaz výmer, t. j. s reálne nepreskúmateľnými položkami v rozpore s fixne stanoveným výkazom výmer.

- Z informácií, ktoré verejný obstarávateľ poskytol v rámci vysvetľovania súťažných podkladov, vyplynulo, že výkaz výmer bude podkladom nielen pre vyhodnotenie ponúk, ale má byť aj podkladom pre fakturáciu.
- Aj napriek tejto skutočnosti kontrolovaný nezodpovedal praktické otázky uchádzačov smerujúce k tomu, v rámci akej položky majú byť ocenené chýbajúce práce a materiály, ktoré neboli súčasťou výkazu výmer.
- Pri posudzovaní preskúmania úplnosti a jednoznačnosti opisu predmetu zákazky požiadal úrad aj o odborné stanovisko odborníka z oblasti stavebníctva.
- Z uvedeného stanoviska vyplynuli nasledovné závery odborníka:
 - vo vzťahu k súťažným podkladom **kontrolovaným poskytnuté informácie nie sú dostatočné a úplné na vypracovanie kvalifikovanej ponuky** a ocenenie nevyhnutných nákladov na realizáciu predmetu zákazky;
 - vychádzajúc z obsahu projektovej dokumentácie a výkazu výmer, ako aj z odpovedí kontrolovaného na otázky záujemcov z jednotlivých vysvetlení súťažných podkladov **nie je zrejmé, akým spôsobom mali uchádzači oceniť predmet zákazky, aké technické riešenie navrhnúť pri niektorých položkách a rovnako niektoré informácie uvedené v súťažných podkladoch sú chybné až zavádzajúce, pričom tvrdenia kontrolovaného v rámci poskytnutých vysvetlení si vzájomne odporujú a nie je jasný postup, ktorý uchádzači majú zvoliť pri oceňovaní. Obzvlášť nie je zrejmé, ako postupovať pri položkách, ktoré sú vo výkaze výmer uvedené s nulovým množstvom;**
 - vo výkaze výmer sa vyskytujú položky, ktoré sú uvedené ako kumulatívne bez bližšieho popisu vo výkaze výmer alebo v projektovej dokumentácii, pričom kontrolovaný v odpovediach na otázky požaduje ich ocenenie s využitím „odborných a technických znalostí v predmete zákazky“ bez poskytnutia doplňujúcich vysvetlení a technických požiadaviek požadovaných záujemcami;
 - po odbornom posúdení otázok a odpovedí kontrolovaného v rámci vysvetlení súťažných podkladov je možné konštatovať, že hospodárske subjekty v rámci prípravy ponuky **nemali k dispozícii informácie pre adekvátne a úplné ocenenie** požadovaných stavebných prác a s tým súvisiacich dodávok tovaru a všetkých nevyhnutných nákladov, a teda **v dôsledku nedostatočných a neúplných podkladov mohlo byť nemožné s určitosťou a úplne oceniť predmet zákazky a predložené ponuky mohli byť neporovnateľné;**
 - vo výkaze výmer sa skutočne vyskytujú položky, ktorým chýba bližší technický popis, a preto požadované vlastné technické riešenie nemusí zodpovedať skutočnosti, resp. môže sa medzi jednotlivými hospodárskymi subjektmi výrazne líšiť, a teda **môžu byť predložené ponuky neporovnateľné pri porovnávaní jediného kritéria, ktorým je cena. Uvedené platí aj pre situáciu, kedy výkaz výmer, resp. projektová dokumentácia nereflektuje aktuálnu právnu úpravu, resp. technické normy a nie je zrejmé, či hospodárske subjekty majú použiť výkaz výmer predložený kontrolovaným alebo majú použiť vlastné technické riešenie so zohľadnením aktuálnej právnej úpravy a technických noriem a oceniť aj nulové položky v zmysle projektu, resp. vlastným riešením aktualizovaného projektu pri zachovaní predpokladu, že uchádzač nemá vykonávať akékoľvek zmeny, opravy, úpravy alebo doplnenia v existujúcom výkaze výmer a je povinný vyplniť ho tak, ako bol zadávateľom predložený;**
 - poskytnutý výkaz výmer mal byť zadefinovaný čo najbližšie požiadavke na výsledné dielo, inak **nie je garantované, že by konečná cena za hotové dielo po zmenách**

vyplývajúcich zo zmien technických noriem, predpisov a iných zmien počas realizácie diela bola skutočne najnižšia od vybraného uchádzača a nie od iného hospodárskeho subjektu.

- **Kontrolovaný** v nadväznosti na odborné stanovisko odborníka **predložil Expertízne vyjadrenie** od Ústavu súdneho inžinierstva Žilinskej univerzity v Žiline (ďalej len „ÚSI ŽU“), ktoré zodpovedalo rovnaké otázky, aké položil úrad odborníkovi. Uvedené vyjadrenie obsahovalo závery, ktoré boli v rozpore so závermi v odbornom stanovisku, keďže v ňom ÚSI ŽU konštatoval, že cit.: „...*po dôkladnom preskúmaní súťažných podkladov a projektovej dokumentácie neidentifikoval žiadne skutočnosti, ktoré by spochybňovali ich dostatočnosť a úplnosť vo vzťahu k spracovaniu cenovej ponuky a jej predloženiu jednotlivými uchádzačmi v predmetnom procese VO.*“
- K vyjadreniu ÚSI ŽU následne vypracoval odborník pre úrad doplnenie stanoviska, v ktorom konštatoval, že cit.: „*ÚSI ŽU tvrdí, že „neidentifikoval žiadne skutočnosti, ktoré by spochybňovali ich dostatočnosť a úplnosť vo vzťahu k spracovaniu cenovej ponuky“, čo podľa môjho názoru neznamena, že tam takéto skutočnosti nie sú. ÚSI ŽU mal k dispozícii „Odpoveď na žiadosť o odborné stanovisko“, kde boli uvedené skutočnosti spochybňujúce dostatočnosť a úplnosť SP identifikované spracovateľom predmetnej odpovede, resp. skutočnosti identifikované jednotlivými uchádzačmi a komunikované prostredníctvom žiadostí o vysvetlenie SP. ÚSI ŽU uvádza všeobecné stanovisko, nevyvracia mnou uvádzané skutočnosti a vôbec sa nevyjadruje k vzájomne si odporujúcim tvrdeniam kontrolovaného k postupu pri naceňovaní predmetu zákazky, ako to uvádzam vo svojej odpovedi na žiadosť o odborné stanovisko*“
- K naplneniu atribútu jednoznačnosti opisu predmetu zákazky úrad uviedol, že berúc do úvahy vyjadrenie odborníka a rozporupnosť v poskytnutých vysvetleniach kontrolovaným **opis nie je dostatočne jednoznačný a jasne čitateľný ako celok, rovnako ako jednotlivé položky výkazu výmer, na ktoré poukazuje odborník a v konečnom dôsledku mohol vzniknúť stav predloženia neporovnateľných ponúk.** Vzhľadom k tomu, že verifikovanie ocenených ponúk je tak podľa úradu možné iba formálne, nie je možné s určitosťou skonštatovať, či uchádzači vo svojich ponukách skutočne a rovnako obsiahli predmet zákazky a s tým spojené všetky nevyhnutné náklady.

Argumenty – odvolanie kontrolovaného:

- Kontrolovaný uviedol, že úrad založil svoje rozhodnutie výlučne na záveroch Odborného stanoviska a preto odkazuje na argumentáciu, ktorú vzniesol vo vzťahu k procesným pochybeniam na strane úradu. Podľa kontrolovaného z expertízneho stanoviska ÚSI ŽU nepochybne vyplýva, že tento neidentifikoval žiadne skutočnosti, ktoré by spochybňovali úplnosť a dostatočnosť opisu predmetu zákazky v súťažných podkladoch.
- Svoju argumentáciu v prospech tvrdenia, že súťažné podklady spolu s vysvetleniami poskytli záujemcom dostatočný a nepochybny základ pre ocenenie predmetu zákazky, podporil jednak tvrdením, že ponuku predložilo až šesť uchádzačov, a takisto konštatovaním, že zo strany žiadneho záujemcu nebol využitý revízny postup podľa § 170 ZVO.
- Kontrolovaný označil za paradoxnú výhradu úradu, podľa ktorej museli uchádzači oceňovať daný výkaz výmer, ktorý bol rigidný a neposkytoval uchádzačom priestor na zmeny, resp. relevantné započítanie cien položiek, ktoré oni navrhujú. Vo svojom rozhodnutí úrad však podľa kontrolovaného zároveň uvádza, že súťažné podklady, a teda

opis predmetu zákazky, úrad považuje v danom prípade za nedostatočný na to, aby na základe jeho ocenenia bolo zostavované relevantné a objektívne poradie uchádzačov, ktoré mohlo potenciálne reflektovať možné neporovnateľné ponuky. Podľa kontrolovaného je to práve a jedine rigidnosť výkazu výmer, ktorého nemennosť mala zabezpečiť jednotnosť oceňovania položiek na dosiahnutie identických ponúk čo do rozsahu oceňovania.

Argumenty – odvolanie odvolateľ'a:

- Vo vzťahu k súťažným podkladom odvolateľ uviedol, že po oboznámení sa s nimi a po ich následnom skonfrontovaní s vysvetleniami zo strany kontrolovaného si jednoznačne a nepochybné ustálil rozsah prác a postup, ako tieto majú byť nacenené.
- Odvolateľ ďalej uviedol, že nie je možné vylúčiť, že spoločnosti neskúsené v segmente stavebníctva, či už čo do objemu alebo náročnosti realizovaných projektov s takým pochopením dokumentácie mohli mať problém, avšak domnieva sa, že účelom verejného obstarávania nie je otvoriť súťaž akýmkoľvek záujemcom ale len takým, ktorí sú schopní a spôsobilí dielo riadne realizovať, pričom minimálne 6 spoločností takúto schopnosť preukázalo.

Rozhodnutie Rady:

- Po preskúmaní odborného stanoviska, expertízneho vyjadrenia a následného doplnenia odborného stanoviska rada uviedla, že expertízne vyjadrenie ÚSI ŽU síce obsahuje formálne závery, ktoré sú v rozpore so závermi úradom osloveného odborníka, avšak ide iba o všeobecné konštatovania. **ÚSI ŽU bol konfrontovaný so závermi odborníka, ktorý označil konkrétne sporné časti vysvetlení súťažných podkladov kontrolovaným**, avšak ku konkrétnym argumentom odborníka sa nijakým spôsobom nevyjadril, a to aj napriek tomu, že tieto boli v rozpore so závermi ÚSI ŽU. Podľa rady expertízne stanovisko ÚSI ŽU nevyvracia zistenia, argumenty a závery úradom osloveného odborníka preskúmateľným spôsobom.
- K výhrade kontrolovaného, že úrad založil svoje rozhodnutie výlučne na záveroch odborného stanoviska, rada uviedla, že úrad pri posudzovaní daného skutkového stavu postupoval **v súlade so zásadou voľného hodnotenia dôkazov. Úrad postavil svoje rozhodnutie na logických úsudkoch vyplývajúcich zo znenia súťažných podkladov, vysvetlení súťažných podkladov a zo záverov odborníka, ktorý v rámci odborného stanoviska identifikoval viaceré skutočnosti svedčiacie o neúplnosti a nejednoznačnosti súťažných podkladov, pričom tieto aj bližšie popísal a zdôvodnil. Podľa rady tak úrad disponoval dostatočne jasným, presvedčivým a preskúmateľným dôkazom smerujúcim k potvrdeniu zistenej skutočnosti č. 1.**
- Rada v súvislosti s rozhodnutím úradu zároveň zdôraznila, že napriek skutočnosti, že určité zmeny v procese realizácie stavby sú prípustné podľa § 18 ZVO, ako aj je prípustná vo verejnej súťaži možnosť využitia zmluvných podmienok FIDIC-u, **úrad skúmal opis predmetu zákazky z hľadiska splnenia jeho atribútov v kontexte právnej úpravy ZVO (porovnateľnosti predložených ponúk uchádzačmi)**, na čo v rozhodnutí aj viackrát poukázal.
- Rada vo svojom rozhodnutí konštatovala, že kontrolovaným poskytnuté súťažné podklady neobsahujú jednoznačné vymedzenie predmetu zákazky pre vypracovanie kvalifikovanej ponuky a následné plnenie zmluvy.

- Rada ďalej poukázala na to, že **napriek tomu, že záujemcovia prostredníctvom využitia inštitútu vysvetlenia súťažných podkladov poukazovali na chýbajúce a nejasné informácie uvedené tak v projektovej dokumentácii, ako aj vo výkaze výmer, kontrolovaný namiesto reflektovania na žiadosti poskytoval opakovane vo svojich odpovediach protichodné vysvetlenia, ktoré boli spôsobilé zapríčiniť stav, že niektorí uchádzači oceňovali presne stanovený výkaz výmer, i keď neaktualizovaný, resp. s chybami a položkami formálne, iní projektovú dokumentáciu a iní vlastný návrh riešenia nereflektujúci výkaz výmer, t. j. s reálne nepreskúmatel'nými (neznámymi) položkami v rozpore s fixne stanoveným výkazom výmer, čo má za následok neporovnateľnosť ponúk uchádzačov.**
- Rada ďalej vo svojom rozhodovaní vychádzala aj z ďalších skutočností:
 - uchádzač bol povinný oceňovať kontrolovaným zadaný výkaz výmer, pričom mu nebolo umožnené meniť popis jednotlivých položiek, štruktúru cien jednotlivých stavebných objektov, ich rozsah alebo jednotlivé kontrolovaným vyžadované položky s ohľadom na štruktúru cien, pričom akýkoľvek zásah do položiek by bol pri vyhodnotení posúdený ako zmena ponuky s následkom vylúčenia ponuky zo súťaže;
 - kontrolovaný zvolil modifikáciu konceptu **Žltého FIDIC-u**, čo viedlo k oceňovaniu výkazu výmer, ktorý bol kontrolovaným stanovený rigidne bez umožnenia akýchkoľvek zmien s kombináciou naprojektovania a vyhotovenia dokumentácie do stupňa DRS samotným uchádzačom v rámci realizácie diela;
 - kontrolovaný napriek opakovaným požiadavkám záujemcov zaslať opravený výkaz výmer trval na tom, že ho meniť nebude, neposkytol ani žiadne vysvetlenia na konkrétne otázky, iba naďalej trval na tom, aby uchádzači predkladajúci ponuky postupovali v zmysle súťažných podkladov, ich príloh a vysvetlení poskytnutých kontrolovaným;
 - **ak uchádzači mali navrhovať vlastné riešenie realizácie stavby podľa Žltého FIDIC-u, nemali byť obmedzovaní a mätení zjavne nedostatočným a neúplným výkazom výmer,**
 - výkaz výmer bol podkladom nielen pre vyhodnotenie ponúk, ale mal byť aj podkladom pre fakturáciu – kontrolovaný napriek tomu nezodpovedal praktické otázky uchádzačov smerujúce k tomu, v rámci akej položky majú byť ocenené chýbajúce práce a materiály, ktoré neboli súčasťou výkazu výmer,
 - kontrolovaný v jednej časti súťažných podkladov uvádza, že cena musí byť konečná a je nemenná, avšak následne kontrolovaný vo svojich vysvetleniach k namietaným nejasným, neúplným a zmätočným položkám výkazu výmer odkazuje na možnosť zmenových konaní,
 - kontrolovaný nepreukázal, že položky, v rámci ktorých sú uvedené konkrétne značky materiálov/výrobkov alebo zariadení vo výkaze výmer, by nebolo možné opísať technickými, resp. funkčnými špecifikáciami, pričom verejní obstarávatelia sa môžu odvolávať na obchodné označenie/značku výhradne za predpokladu, keď neexistuje žiadna iná možnosť opisu predmetu zákazky spôsobom dostatočne presným a zrozumiteľným potenciálnym uchádzačom,
- Rada konštatovala, že **nejednoznačný opis predmetu zákazky v danom prípade tvorený projektovou dokumentáciou, výkazom výmer a súvisiacimi dokladmi v kontexte kontrolovaným zverejnených vysvetlení k súťažným podkladom predstavuje závažný nedostatok súťažných podkladov pre vypracovanie ponúk uchádzačov, a teda**

kontrolovaným stanovený **predmet zákazky nie je v celosti a úplnosti možné považovať za opísaný v súlade s § 42 ods. 1 ZVO.**

- Rada ďalej uviedla, že v kontexte uplatňovania princípu transparentnosti je kontrolovaný povinný poskytnúť uchádzačom súťažné podklady obsahujúce všetky dôležité skutočnosti pre vypracovanie ponuky, a v dôsledku kontrolovaným **nejednoznačne definovaných požiadaviek** v rámci opisu predmetu zákazky a konfúzneho stavu, ktorý spôsobil, má rada za to, že kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval **v rozpore s princípom transparentnosti.**
- K argumentácii kontrolovaného, že práve rigidnosť výkazu výmer zabezpečila porovnateľnosť ponúk, rada poukázala na zhrnutie argumentov vyplývajúcich aj z odborného stanoviska, pričom práve nemožnosť zmeniť výkaz výmer vyplývajúci z neaktuálnej, resp. nekompletnej projektovej dokumentácie a postup kontrolovaného pri vysvetľovaní súťažných podkladov mohli mať podľa rady za následok neporovnateľnosť predložených ponúk.
- Rada sa vyjadrila aj k argumentu kontrolovaného, že ponuku predložilo až 6 uchádzačov, čo podľa neho potvrdzuje, že súťažné podklady spolu s vysvetleniami poskytl záujemcom dostatočný a nepochybný základ pre ocenenie predmetu zákazky, pričom uviedla, že predmetné nepreukazuje úplnosť a jednoznačnosť súťažných podkladov, pričom sám kontrolovaný **všetky ponuky nevyhodnocoval**, nakoľko v predmetnom verejnom obstarávaní sa uplatňuje **reverzný postup** v zmysle § 66 ods. 7 ZVO.
- Rada sa zaoberala aj **konštatovaním odvolateľa**, že po oboznámení sa so súťažnými podkladmi a ich skonfrontovaní s vysvetleniami zo strany kontrolovaného si jednoznačne a nepochybne ustálil rozsah prác a postup, ako tieto majú byť nacenené, a že nie je možné vylúčiť, že spoločnosti neskúsené v segmente stavebníctva s takým pochopením dokumentácie mohli mať problém. **K uvedenému rada poukazuje na to, že preskúmaním dokumentácie kontrolovaného zistila, že odvolateľ žiadal kontrolovaného o vysvetlenie celkom päťkrát, pričom mu položil 15 otázok smerujúcich k zneniu súťažných podkladov a dvakrát žiadal kontrolovaného o nápravu.**
- V tejto súvislosti rada ďalej konštatovala, že jeho konštatovanie nemôže byť dostačujúce pre prijatie záveru o tom, že opis predmetu zákazky bol úplný, dostatočný a jasný. **Skutočnosť, že odvolateľ bol schopný nejakým spôsobom oceniť predmet zákazky, neznamená, že rovnakým spôsobom a v rovnakom rozsahu si oceňovanie diela ustálili aj ostatní uchádzači.**
- Vzhľadom na všetky vyššie uvedené skutočnosti sa rada stotožnila s názorom úradu, ktorý konštatoval, že kontrolovaný postupoval **v rozpore s § 42 ods. 1 ZVO, ako aj v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to konkrétne s princípom transparentnosti, keď neopísal predmet zákazky v znení súťažných podkladov a v poskytnutých vysvetleniach súťažných podkladov dostatočným spôsobom s jednoznačne určenými požiadavkami, v dôsledku čoho nemali uchádzači všetky relevantné informácie nevyhnutné pre vypracovanie kvalifikovaných a porovnateľných ponúk a s tým spojené riadne ocenenie nevyhnutných nákladov na realizáciu diela, čím kontrolovaný vniesol do procesu verejného obstarávania prvky neprehľadnosti a zmätočnosti, a teda predmet zákazky nie je podľa úradu v celosti možné považovať za opísaný jednoznačne. Uvedené porušenie zákona mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania z dôvodu, že nejednoznačný opis predmetu zákazky a súťažných podkladov má vplyv**

na spôsob tvorby cenových ponúk a mohol viesť k predloženiu neporovnateľných ponúk, pričom uchádzačmi predložené ponuky nie sú tak vzájomne preskúmateľné a vyhodnotiteľné a nie je možné jednoznačne určiť, či ponuka úspešného uchádzača je aj najvýhodnejšou ponukou.

- Na základe uvedeného rada v prípade zistenia č. 1 úradu **neidentifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.

Zistená skutočnosť č. 2

Nedovolené spájanie predmetu zákazky

Úrad mal vo svojom rozhodnutí za to, že kontrolovaný nedovolené zahrnul do jedného postupu zadávania zákazky na uskutočnenie stavebných prác aj dodanie tovaru priamo nesúvisiaceho s obstarávanými stavebnými prácami bez rozdelenia predmetu zákazky na časti, čo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. V konečnom dôsledku tak kontrolovaný podľa úradu neumožnil predkladanie ponúk a realizovanie predmetu zákazky na časti, t. j. separátne na stavebné práce a zvlášť na tovary priamo nesúvisiace so stavebnými prácami.

Zistenia Rady:

- Rada v úvode poukázala na to, že z výkazu výmer vyplynulo, že kontrolovaný okrem iného **žiadal v rámci uskutočnenia stavebných prác aj dodanie tovaru – Stropné statívy v počte 38 ks.**
- Úrad vo svojom rozhodnutí poukázal na nasledovné skutočnosti vo vzťahu k stropným statívom:
 - stropné statívy nie sú trvale zabudovávané do stavby, ale montujú a inštalujú sa ako stacionárne zdravotnícke zariadenia a z hľadiska ich charakteru a najmä využitia pri realizácii samotných stavebných prác, ktoré sú predmetom tejto zákazky, ich nie je možné považovať za bezprostredne a nevyhnutne potrebné na realizáciu stavebných prác, pričom neexistuje ich vzájomná prepojenosť;
 - je objektívne možné ich obstarávať ako samostatnú zákazku na dodanie tovaru;
 - tento segment trhu je špecifický a nie je identický s trhom stavebným;
 - okruh ich dodávateľov je diametrálne odlišný od stavebných firiem, ktoré bežne nevyrábajú a nedodávajú zdravotnícke zariadenia;
 - je možné konštatovať, že ich dodanie je podmienené využitím kontrahovania subdodávateľov, pričom uvedené potvrdzuje aj kontrolovaný vo svojom vyjadrení v súvislosti s tým, že v prípade generálnej dodávky stavby vystupuje dodávateľ stropných statívov pre lekárske zariadenia ako subdodávateľ generálneho dodávateľa stavby.
- Vzhľadom na všetky vyššie uvedené skutočnosti úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne s princípmi hospodárnosti a efektívnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov tým, že zahrnul do jedného postupu zadávania zákazky na uskutočnenie stavebných prác aj dodanie tovaru priamo nesúvisiaceho s obstarávanými stavebnými prácami bez rozdelenia predmetu zákazky na časti, na základe čoho potenciálni uchádzači museli predložiť ponuku komplexne na celý predmet zákazky, pričom z uvedeného dôvodu mohlo prejsť záujem o účasť v predmetnom verejnom obstarávaní menej potenciálnych uchádzačov, ako by tomu bolo v prípade, ak by kontrolovaný zadával osobitne zákazku na stavebné práce a osobitne na zdravotnícke

vybavenie ako zákazku na dodanie tovaru. Uvedené konanie kontrolovaného podľa úradu mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania z dôvodu, že uvedeným postupom mohlo dôjsť k obmedzeniu hospodárskej súťaže na relevantnom trhu tým, že sa verejného obstarávania nemohli zúčastniť hospodárske subjekty nevykonávajúce súčasne v predmete svojej obchodnej činnosti aj realizáciu stavebných prác, resp. stavieb, a naopak podľa úradu stavebné spoločnosti museli mať zakontrahovaných subdodávateľov zdravotníckych zariadení, pričom vysúťažené ceny za jednotlivé plnenia mohli byť eventuálne nižšie.

- **Úlohou rady bolo posúdiť**, či zahrnutie dodávky tovarov – stropných statívov, v rámci predmetu zákazky na uskutočnenie stavebných prác **malo za následok nedovolené nerozdelenie zákazky tak, ako to tvrdí úrad, alebo naopak** obstaranie stropných statívov spolu s uskutočnením stavebných prác **malo svoje opodstatnenie, a teda nebolo porušením zákona o verejnom obstarávaní** tak, ako to zhodne tvrdia kontrolovaný a odvolateľ.

Argumenty – odvolanie kontrolovaného:

- Kontrolovaný na úvod svojho odvolania uviedol, že úrad založil svoje rozhodnutie na skutočnostiach vo vzťahu k obstarávaným tovarom - statívom, ktoré kontrolovaný nepopiera, avšak nie je možná ich paušálna aplikácia. Podľa kontrolovaného každú z takto formulovaných podmienok je potrebné podrobiť skúmaniu vo vzťahu ku konkrétnostiam verejného obstarávania. Úrad však takéto skúmanie podľa kontrolovaného nevykonával.
- Kontrolovaný dal v rámci svojej argumentácie do pozornosti *Metodiku zadávania zákaziek* vypracovanú úradom, z ktorej podľa jeho názoru vyplýva, že cit.: „...*samotné rozhodnutie ohľadne rozdelenia zákazky na jednotlivé časti by malo byť založené na posúdení verejného obstarávateľa, pričom by sa mohlo v danej súvislosti zohľadňovať napr. technické alebo technologické previazanie jednotlivých služieb, potreba vykonania určitých služieb vo vzájomnej súčinnosti, dodržanie úrovne kvalitatívnych požiadaviek dodávky, zabezpečenie zodpovednostných vzťahov pri realizácii takýchto celkov (častí) atď. Verejný obstarávateľ je povinný zvážiť vhodnosť rozdelenia zákazky na časti v rámci v hláseného postupu verejného obstarávania. Ak sa verejný obstarávateľ rozhodne, že by nebolo vhodné rozdeliť zákazku na časti, hlavné dôvody tohto rozhodnutia verejného obstarávateľa sa musia uviesť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Takýmto dôvodom by napríklad mohlo byť, že takéto rozdelenie by mohlo predstavovať riziko, že vykonanie zákazky sa stane nadmerne technicky obťažným či drahým, alebo že potreba koordinácie jednotlivých dodávateľov častí zákazky by mohla predstavovať vážne riziko ohrozenia riadneho plnenia zákazky.*“ Verejný obstarávateľ je teda podľa kontrolovaného oprávnený rozdeliť jednu zákazku na viaceré časti. A contrario nie je tak povinný urobiť. Kontrolovaný uviedol, že uvedenou Metodikou sa dôsledne riadil.
- Kontrolovaný mal za to, že v prvom rade je pri posudzovaní deliteľnosti zákazky na časti dôležité rozlišovať, či ide o obstarávanie samostatných tovarov do **už existujúcich objektov** alebo o **výstavbu nového objektu**, ktorého súčasťou majú byť statívy. V prípade, že ide o dodávku do existujúceho objektu, sú už v čase obstarávania známe všetky parametre podmienujúce dodávku koncového tovaru – statívov, avšak úrad podľa kontrolovaného nevzal do úvahy, že predmetom súťaže v kontrolovanom prípade je dodávka stavby podľa zásad „naprojektuj a stavaj“. Podľa kontrolovaného je teda vecou úspešného uchádzača zhotovenie realizačnej projektovej dokumentácie, ktorá bude determinovať okrem iného aj parametre dodávky statívov. Kontrolovaný uviedol, že ak by mal rešpektovať odporúčenie

úradu a zákazku rozdeliť, k takémuto obstaraniu by v záujme predchádzania nesprávneho definovania podmienok dodávky v rámci procesu verejného obstarávania mohlo dôjsť **najskôr** v štádiu spracovania realizačnej projektovej dokumentácie zo strany zhotoviteľa. Aj táto však podlieha v priebehu výstavby zmenám a preto nie je možné týmto eliminovať všetky riziká, ktoré by boli spojené s rozdelením dodávky na viacerých dodávateľov. V konečnom dôsledku by existovalo podľa kontrolovaného **nebezpečenstvo obstarania** technicky nevyhovujúcich statívov s následkom nehospodárneho nakladania s verejnými zdrojmi.

- Kontrolovaný ďalej poukázal na to, že projektová dokumentácia pre stavebné povolenie nie je spracovaná do štádia umožňujúceho rozdelenie zákazky.
- Ďalšou dôležitou skutočnosťou je podľa kontrolovaného to, že predmetom verejného obstarávania je dodanie plne funkčného a kolaudovateľného diela. Za také podľa neho nie je možné považovať dielo, ktoré neobsahuje všetky dodávky tvoriace s dodávkou stavby funkčný celok.
- Kontrolovaný ďalej uviedol, že v záujme preverenia záujmu o dodanie a takisto ceny statívov ako osobitného predmetu obstarávania **vyhlásil samostatné verejné obstarávanie**, pričom ponuky do súťaže predložili **len 2 uchádzači** a to s podstatne vyššou ponukovou cenou ako odvolateľ.

Argumenty – odvolanie odvolateľa:

- Odvolateľ uviedol, že statívy vníma ako imanentnú súčasť dodávky stavebného diela, keďže predstavujú funkčné zakončenie dodávaných rozvodov. Ďalej uviedol, že za funkčné dielo je možné považovať len také, ktoré je prevádzkyschopné.
- Odvolateľ poukázal aj na to, že finančný objem dodávky statívov vo vzťahu k celkovému objemu diela považuje za taký nepatrný, že aj keby akokoľvek existovala potenciálna výhoda na ich samostatnom obstaraní, takto získaná výhoda v žiadnom prípade nevyváži negatíva, ktoré z delenia zákazky hrozia pre verejného obstarávateľa.
- Odvolateľ uviedol, že na základe jeho poznatkov z praxe subdodávateľa spravidla spolupracujú výlučne s jedným záujemcom, pre ktorého aj spracúvajú ponuku pre tú ktorú časť dodávky. Vychádzajúc z uvedenej premisy, do súťaže sa cestou uchádzačov zapojili min. šiesti dodávateľia statívov, pričom nie je vylúčené, že sú medzi nimi aj spoločnosti, ktoré predložili svoje ponuky do obstarávania na samostatnú dodávku len statívov. Odvolateľ má tak za to, že záver úradu, podľa ktorého takýto postup kontrolovaného mohol mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohol obmedziť okruh záujemcov, je nesprávny a dokonca preukázateľne vyvrátený. Naopak, spoločným obstarávaním statívov sa zabezpečila účasť pre širší okruh ich dodávateľov (ako subdodávateľa uchádzačov) a súčasne sa generovala pre verejného obstarávateľa výhodnejšia ponuka.

Rozhodnutie Rady:

- Rada vo svojom rozhodnutí poukázala na Metodiku zadávania zákaziek, 4. verzia,² pričom uviedla, že verejný obstarávateľ má zvážiť rozdelenie zákazky, pričom ak sú riziká, že

² ÚVO, Metodika zadávania zákaziek 4. verzia, str. 103-104

„Verejný obstarávateľ je povinný zvážiť vhodnosť rozdelenia zákazky na časti v rámci vyhláseného postupu verejného obstarávania. Ak sa verejný obstarávateľ rozhodne, že by nebolo vhodné rozdeliť zákazku na časti, hlavné dôvody tohto rozhodnutia verejného obstarávateľa sa

vykonanie zákazky sa stane nadmerne technicky obtiažným či drahým, alebo že potreba koordinácie jednotlivých dodávateľov častí zákazky by mohla predstavovať vážne riziko ohrozenia riadneho plnenia zákazky, **môže sa rozhodnúť zákazku nerozdeliť**. Rada preto pri tejto skutočnosti skúmala najmä dôvody, ktoré viedli kontrolovaného k nerozdeleniu zákazky.

- Rada pripomenula odvolanie odvolateľa, v ktorom tvrdí, že **stropné statívy tvoria imanentnú súčasť dodávky stavebného diela, keďže predstavujú funkčné zakončenie dodávaných rozvodov medicíálnych plynov**, bez ktorých nie je možné vykonať ich funkčné skúšky. Uvedené je možné podľa rady prirovnať k dodávke okien. Tiež by ich bolo možné obstarat' ako samostatnú časť zákazky, keďže na trhu sa vyskytujú spoločnosti, ktoré sa špecializujú na predaj okien, no je logické ich objednať spolu so stavebnými prácami, pretože osadenie okien so stavebnými prácami súvisí.
- Takisto je podľa rady potrebné rozlišovať, či ide o stavbu novej budovy, prípadne ide o umiestnenie statívov do už vybudovanej nemocnice, kde umiestnenie stropných statívov nenadväzuje na iné stavebné práce. V predmetnom prípade však išlo o výstavbu nového pavilónu nemocnice.
- Rada poukázala aj na podrobný popis rizík, ktoré kontrolovaný uviedol a podrobne opísal vo svojom vyjadrení k zisteniam úradu. Riziká súvisiace s rozdelením zákazky, a teda zazmluvnením viacerých dodávateľ pri úzko prepojených plneniach kontrolovaný vnímal najmä v nasledovných oblastiach:
 - riziko verejného obstarávateľa v prípade delenia zákazky, teda riziká projektu, ktorého jednotlivé časti spolu vecne, logicky a časovo súvisia a bez dopadov na priebeh projektu ich nemožno oddeliť. Ide napríklad o riziká vyplývajúce z oneskorenia či už na strane dodávateľa stavby alebo na strane dodávateľa statívov;
 - stavebná pripravenosť pre dodávky stropných statívov - dodávateľ statívov vyžaduje pripravenosť stavby pre celú dodávku a v prípade oneskorenia a s tým súvisiaca napr. povinnosť verejného obstarávateľa rozhodovať spory, či je stavebná pripravenosť dostatočná alebo nie;
 - súbeh činností v čase (paralelne prebiehajúci činnosti) – a s tým súvisiace riziko vzniku kolíznych situácií;
 - priebežná koordinácia dodávok stavby a dodávateľa stropných statívov – verejný obstarávateľ preberá stavebnú pripravenosť od dodávateľa stavby na montáže stropných statívov a odovzdáva ho dodávateľovi statívov a po ukončení prác statívov ich opäť preberá späť. V tomto prípade tak **chýba jednotná zodpovednosť generálneho**

musia uviesť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Takýmto dôvodom by napríklad mohlo byť, že takéto rozdelenie by mohlo predstavovať riziko, že vykonanie zákazky sa stane nadmerne technicky obtiažným či drahým, alebo že potreba koordinácie jednotlivých dodávateľov častí zákazky by mohla predstavovať vážne riziko ohrozenia riadneho plnenia zákazky. Verejný obstarávateľ je teda oprávnený rozdeliť jednu zákazku na viaceré časti. (...) Samotné rozhodnutie ohľadne rozdelenia zákazky na jednotlivé časti by malo byť založené na posúdení verejného obstarávateľa, pričom by sa mohlo v danej súvislosti zohľadňovať napr. technické alebo technologické previazanie jednotlivých služieb, potreba vykonania určitých služieb vo vzájomnej súčinnosti, dodržanie úrovne kvalitatívnych požiadaviek dodávky, zabezpečenie zodpovednostných vzťahov pri realizácii takýchto celkov (častí) atď.“

dodávateľa stavby, ktorý ručí za celé dielo a odovzdáva ho iba ako celok verejnému obstarávateľovi;

- poruchy v prípade činností na kritickej ceste – v súvislosti napr. s poškodením hotových prác alebo ich častí či technologických dodávok druhým subjektom, pričom medzi dodávateľmi navzájom neexistuje zmluvný vzťah, takže do sporov je vtiahnutý verejný obstarávateľ;
 - zasahovanie subjektov do konštrukcií stavby - nutnosť zásahu do konštrukcií generálneho dodávateľa stavby, ktoré sú dôsledkom požiadaviek dodávateľ statívov. Tieto úpravy sú často v oneskorení a dochádza tak k predĺženiu lehoty pre dokončenie celého diela, pretože generálny dodávateľ nemá motiváciu, ani dôvod, aby tieto práce realizoval obratom, a to ani v prípade, že sú technicky a finančne vyjasnené s verejným obstarávateľom, pretože logicky uprednostňuje realizáciu vlastných prác, za neplnenie ktorých hrozia priame zmluvné postihy;
 - spoluúžívanie zariadení staveniska;
 - zmeny rozsahu prác počas realizácie zákazky (zmenové konanie) - každá zmena, súvisiaca napr. s vývojom na trhu technologických alebo lekárskeho zariadení je spojená nielen s projektovou zmenou, ale i zmenou v realizácii prác. V prípade delenej dodávky, to pre verejného obstarávateľa prináša nutnosť vykonania zmeny u dvoch rôznych dodávateľov s priamymi dopadmi na ich zmluvné záväzky s nutnosťou separátnych zmenových konaní a vzájomných dopadov delených dodávok a koordináciu týchto zmien medzi sebou.
 - delená záruka na delené dodávky;
 - odstraňovanie väd viacerých subjektov počas záručnej doby - reklamačné konanie pre uplatňovanie väd počas záručnej doby s ohľadom na delené dodávky je obvykle predmetom častých sporov s dodávateľmi. Pokiaľ sa už počas realizácie prác nájde spoločné riešenie, počas záruk, i s ohľadom na vykonané zmeny počas realizácie, odmietajú subjekty zodpovednosť za vady diela, ktoré sú na hranici týchto dodávok.
- Rada porovnala zdôvodnenie nerozdelenia zákazky zo strany kontrolovaného a domniecky úradu o tom, že rozdelením zákazky mohli byť predložené viaceré ponuky, a s prihliadnutím na to, že v zákazke, ktorú kontrolovaný vyhlásil výhradne na stropné statívy a v rámci ktorej mu boli predložené iba dve ponuky v cene, ktorá predstavuje dvoj až trojnásobok ceny, ktorú získal nerozdelením zadaním zákazky, dospela k záveru, že **rozdelenie zákazky sa v tomto prípade nejaví ako účelné.**
- Podľa názoru rady bolo v predmetnom prípade **potrebné vziať do úvahy skutočnosť, že predmetom zákazky je vybudovanie pavilónu centrálnych operačných sál, OAIM a urgentného príjmu, išlo teda o vybudovanie úplne nového pavilónu.** Rada mala za to, že by nebolo účelné od kontrolovaného požadovať, aby v samostatnej časti zákazky obstaral stavebné práce na vybudovanie nového pavilónu od jedného zhotoviteľa, a následne by v časti zákazky týkajúcej sa stropných statívov určil iného úspešného uchádzača (dodávateľa stropných statívov), ktorý by zasiahol do už dokončenej stavebnej časti diela, aby mohol nainštalovať stropné statívy.
- Na základe vyššie uvedeného mala rada za to, že **kontrolovaný zdôvodnil nerozdelenie zákazky v prvostupňovom aj v odvolacom konaní dostatočným spôsobom, pričom logicky a jasne popísal praktické motívy nerozdelenia predmetu zákazky a konkrétne riziká, ktoré by mohli byť spojené s rozdelením zákazky.**

- Na základe uvedeného rada v prípade zistenia č. 2 úradu **identifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.

Zistená skutočnosť č. 3

Neprimerané a diskriminačné požiadavky na stavbyvedúceho a jeho zástupcu

Úrad v rámci svojho prvostupňového rozhodnutia konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore § 38 ods. 5 ZVO a súčasne aj v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to konkrétne v rozpore s princípmi nediskriminácie hospodárskych subjektov a proporcionality, keď za účelom preukázania splnenia podmienky podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO vo vzťahu k stavbyvedúcemu a zástupcovi stavbyvedúceho stanovil požiadavky spočívajúce v preukázaní minimálne jednej praktickej skúsenosti s riadením stavebných prác (v pozícii stavbyvedúceho) výstavby alebo rekonštrukcie pozemných stavieb v minimálnom investičnom náklade 10 000 000,00 eur bez DPH/5 000 000,00 eur bez DPH výhradne za obdobie predchádzajúcich piatich rokov, ktoré sú neprimerané a diskriminačné vo vzťahu k obstarávanému predmetu zákazky a odborným predpokladom uvedených odborníkov, pričom kontrolovaný pri precizovaní predmetnej podmienky účasti v rámci vysvetlenia č. 3 súťažných limitoval jej preukázanie časovou požiadavkou.

Zistenia Rady:

- Kontrolovaný stanovil podmienku účasti v súťažných podkladoch, ktorú na základe žiadosti o vysvetlenie spresnil, a teda za účelom preukázania podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO v znení poskytnutého vysvetlenia požadoval, aby osoba v pozícii stavbyvedúceho preukázala v rámci svojich odborných skúseností min. jednu skúsenosť s riadením stavebných prác v oblasti výstavby alebo rekonštrukcie pozemných stavieb v minimálnom investičnom náklade 10 000 000 eur bez DPH za predchádzajúcich 5 rokov a rovnako, aby osoba v pozícii zástupcu stavbyvedúceho preukázala v rámci svojich odborných skúseností min. jednu praktickú skúsenosť s riadením stavebných prác v oblasti výstavby alebo rekonštrukcie pozemných stavieb v minimálnom investičnom náklade 5 000 000 eur bez DPH za predchádzajúcich 5 rokov.
- Úrad vo svojom rozhodnutí považoval uvedenú požiadavku za neprimeranú a diskriminačnú, pričom kontrolovaný ako aj odvolateľ majú za to, že tak, ako bola predmetná podmienka účasti stanovená a dovysvetľovaná, je táto opodstatnená.
- Uvedená podmienka bola posúdená aj v rámci Odborného stanoviska vypracovaného odborníkom osloveným úradom, a takisto aj ÚSI ŽU osloveným kontrolovaným.
- Z Odborného stanoviska doručeného úradu vyplynulo, že podmienka účasti v kontrolovaným definovanom min. investičnom náklade **je opodstatnená, primeraná a vhodná**, avšak **spätný časový horizont tejto požiadavky na takúto praktickú skúsenosť v rozsahu piatich predchádzajúcich rokov odborník nepovažuje z odborného hľadiska za nevyhnutný predpoklad** na realizáciu predmetu zákazky. Podľa jeho stanoviska **pre odbornosť a kvalifikovanosť výkonu odborných činností stavbyvedúceho/zástupcu stavbyvedúceho v rámci realizácie diela nie je rozhodujúce**, či mal stavbyvedúci/ zástupca stavbyvedúceho skúsenosť s riadením výstavby v kontrolovaným určenom investičnom náklade **za posledných päť rokov**, nakoľko **rovnako odborne kvalifikovaný** by mohol byť aj stavbyvedúci alebo jeho zástupca napr. so skúsenosťami v požadovanom investičnom náklade na podobnej stavbe napr.

z predchádzajúcich 6 rokov, alebo iných rokov. Uvedené nie je pre jeho predpoklady podstatné.

- ÚSI ŽUV svojom expertíznom vyjadrení naopak uviedol, že **vzhľadom na rozsah a zložitosť predmetu zákazky a aj na vyššie uvedenú charakteristiku stavebného diela, je požiadavka na spôsobilosť stavbyvedúceho/zástupcu stavbyvedúceho a minimálnou dĺžku 5-ročnej praxe opodstatnená, odôvodnená, primeraná.**

Argumenty – odvolanie kontrolovaného:

- Kontrolovaný na úvod svojho odvolania uviedol, že úrad založil svoje rozhodnutie výlučne na záveroch odborného stanoviska.
- Kontrolovaný ďalej uviedol, že aj napriek tomu, že jeden zo záujemcov podal žiadosť o nápravu, ktorej nebolo vyhovie, revízný postup vo forme námietky nevyužil.
- Podľa kontrolovaného predmet obstarávania možno aj v súlade so závermi odborníkov považovať za technicky náročné dielo, súčasťou dodávky ktorého má byť aj vypracovanie realizačnej projektovej dokumentácie, plánu organizácie výstavby, kontrolného a skúšobného plánu, zaistenie bezpečnosti na stavbe, vrátane koordinátora bezpečnosti, zaistenie environmentálnych požiadaviek a likvidácie odpadu, a to všetko v súlade s aktuálne platnou legislatívou a stavebným povolením. Kontrolovaný poukazuje na to, že projekt pre stavebné povolenie je pritom z roku 2009, avšak základnou povinnosťou uchádzača je vypracovať realizačnú projektovú dokumentáciu a zhotoviť dielo podľa platnej legislatívy a technických noriem.
- Kontrolovaný ďalej poukázal na to, že pri takto všeobecne vymedzenej podmienke účasti predpokladá na základe prieskumu, že takouto referenciou zo strany požadovaných kľúčových odborníkov - stavbyvedúci a zástupca stavbyvedúceho, disponuje len na Slovensku min. 250 stavbyvedúcich a v rámci EU je ich niekoľko tisíc.
- Kontrolovaný rovnako uviedol, že s ohľadom práve na charakter predmetu obstarávania, ktorým je vysoko špecializované medicínske zariadenie, je nútený klásť dôraz na výber odborníkov, ktorých hodlá uchádzač pri realizácii zákazky využiť.
- Kontrolovaný dal do pozornosti aj § 46a Stavebného zákona, ktorý vymedzuje rozsah zodpovedností a povinností stavbyvedúceho, pričom kontrolovaný poukazuje na to, že tento rozsah je v skutočnosti ďaleko širší. Každá zo zložiek výkonu činnosti stavbyvedúceho podľa kontrolovaného súčasne podlieha zmenám, pričom podľa jeho zistení **nastali za ostatných päť rokov zásadné zmeny v normách** v oblasti statiky, teplotníky, požiarnej bezpečnosti, či protipožiarnej odolnosti. Kontrolovaný v tejto súvislosti uviedol, že mu nie je zrejmé, z čoho vychádzal odborník spracúvajúci odborné stanovisko pri závere, že podľa jeho názoru nedošlo pred piatimi rokmi k žiadnej zásadnej zmene technológií výstavby pozemných stavieb.
- Kontrolovaný ďalej uviedol, že keďže **zákon o verejnom obstarávaní neupravuje možnosť preverenia odbornej spôsobilosti formou preskúšania**, jedinou cestou, ako zabezpečiť takého uchádzača, ktorý bude odborne spôsobilý na riadne splnenie predmetu zákazky za súčasného dodržania noriem verejného obstarávania, je obmedziť získanie jeho odborných skúseností so stavbou obdobného charakteru maximálne v určitej dobe bezprostredne predchádzajúcej vyhláseniu verejného obstarávania. Takýto postup je podľa kontrolovaného plne súladný s § 34 ods. 1 ZVO.
- Podľa kontrolovaného ďalej neexistuje pochybnosť o tom, že u osoby síce autorizovanej na výkon činnosť stavbyvedúceho, ale dlhodobo túto činnosť nepraktizujúcej bude menší

predpoklad riadneho zvládnutia vedenia stavby ako u osoby, ktorá v období predchádzajúcom zákazke sa na riadení stavby obdobného charakteru podieľala.

- Kontrolovaný uviedol, že pri stanovovaní kvalifikačných predpokladov vychádzal zo zistenia, že za obdobie ostatných piatich rokov bolo v pozemnom stavitelstve len na Slovensku zrealizovaných viac ako 500 stavieb s objemom nad 10 mil. eur, z čoho je podľa neho možné vyvodiť, že požadovanou kvalifikáciou disponuje v slovenských podmienkach minimálne 250 stavbyvedúcich. Podľa kontrolovaného samotná skutočnosť, že niekto z iných dôvodov ako je obmedzenie trhu nevie využiť kapacity tretej osoby, nemôže mať za následok záver, že by to mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
- Na podporu svojej argumentácie o dôvodnosti a primeranosti odbornej kvalifikácie a praxe pri odborníkoch – stavbyvedúci a zástupca stavbyvedúceho, **oslovil kontrolovaný so žiadosťou o stanovisko Slovenskú komoru stavebných inžinierov (SKSI) ako subjekt zodpovedný za autorizáciu osôb na výkon činnosti stavbyvedúceho**, pričom z predmetného stanoviska citoval: *„Získavanie nielen praktických skúseností, ale aj dopĺňanie teoretických vedomostí najmä v oblasti sledovania nových aktualizovaných právnych predpisov a technických predpisov počas celého obdobia vykonávania činnosti stavbyvedúceho, ako odborne spôsobilej osoby, považujeme za prirodzenú a žiaducu podmienku zvyšovania jeho kvalifikácie.*

Môžeme len skonštatovať, že každou realizáciou náročnejšej a v mnohých prípadoch aj špecifickej stavby, v súčinnosti s doplňujúcim štúdiom a sledovaním aktuálnych technických noriem, vyhlášok a zákonov, najmä z oblasti stavebníctva, bezpečnosti a životného prostredia, získava oprávnená osoba rozsiahlejšie vedomosti a skúsenosti, akými disponovala pri vydaní osvedčenia o odbornej spôsobilosti.

Ako sme už uviedli v predchádzajúcej odpovedi, odborne spôsobilá osoba - stavbyvedúci si zvyšuje svoju odbornosť a praktické skúsenosti počas celého obdobia svojho pôsobenia v tejto funkcii. V prípade, že túto činnosť nebude dlhodobejšie vykonávať, nenadobudne ani ďalšie praktické skúsenosti a je skôr pravdepodobné, že príde aj o určitú časť už získaných vedomostí a zručností.

Aktualizácia a zmeny v oblasti technických noriem a predpisov, technologických postupov, ako aj právnych predpisov, ktoré musia odborne spôsobilé osoby aplikovať v každodennej praxi pri výkone svojej činnosti sú pomerne časté. Preto je veľmi dôležité, aby tieto osoby popri aktívnom výkone činnosti stavbyvedúceho pravidelne venovali pozornosť týmto zmenám, či už samoštúdiom alebo v rámci procesu celoživotného vzdelávania svojou účasťou na školeniach a seminároch. V poslednom období nastali výrazné zmeny napr. v oblasti protipožiarnej bezpečnosti stavieb, energetickej hospodárnosti a efektívnosti, tepelno-technické oblasti ale aj v oblasti BOZP a nakladaní s odpadmi. Neznalosť týchto právnych a technických predpisov u týchto oprávnených osôb môže mať v konečnom dôsledku negatívny vplyv na vykonávanie ich činnosti, keďže sú zodpovednými osobami pri vedení uskutočňovania stavieb, ktoré patrí medzi vybrané činnosti vo výstavbe (podľa § 45 stavebného zákona), a teda aj na vyššie uvedenej stavbe - nemocnici.“

Argumenty – odvolanie odvolateľa:

- Odvolateľ uviedol, že pre určenie, či ide o podmienku neprimeranú alebo primeranú, je potrebné na takéto zistenie brať do úvahy okolnosti zákazky, teda náročnosť stavby.

- V uvedenom prípade danú podmienku nepovažoval za nijako obmedzujúcu. Taktiež poukázal na to, že k tejto podmienke neuplatnili záujemcovia niektorý z revízných postupov.
- Podľa názoru odvolateľa je zrejmé, že aj oblasť stavieb sa vyvíja a prechádza zmenami, na ktoré musia reflektovať všetky zložky zhotoviteľa vrátane jeho stavbyvedúceho, a ak tento nemá potrebné znalosti a skúsenosti, obvykle to má dopad na plynulosť stavebných prác, bezpečnosť na stavbe, riadenie stavby a kvalitu stavebných prác.

Rozhodnutie Rady:

- Rada sa vo svojom rozhodnutí stotožnila s názorom kontrolovaného v tom, že predmet obstarávania možno aj v súlade so závermi odborníkov považovať za technicky náročné dielo, súčasťou dodávky ktorého má byť aj vypracovanie realizačnej projektovej dokumentácie, plánu organizácie výstavby, kontrolného a skúšobného plánu, zaistenie bezpečnosti na stavbe, vrátane koordinátora bezpečnosti, zaistenie environmentálnych požiadaviek a likvidácie odpadu, a to všetko v súlade s aktuálne platnou legislatívou a stavebným povolením. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že aj keď projekt pre stavebné povolenie je z roku 2009, základnou povinnosťou uchádzača v zmysle súťažných podkladov je vypracovať realizačnú projektovú dokumentáciu a zhotoviť dielo podľa **platnej legislatívy a technických noriem**.
- Ďalej rada poukázala na to, že pri posúdení predmetného zistenia bolo potrebné akcentovať aj to, že v zmysle vyjadrení kontrolovaného a odvolateľa v odvolaniach, a takisto v zmysle vyjadrenia SKSI, **za ostatných päť rokov nastali zásadné zmeny v normách** v oblasti statiky, teplo-techniky, požiarnej bezpečnosti, protipožiarnej odolnosti. Rada sa teda stotožnila s tvrdením kontrolovaného, že u osoby síce autorizovanej na výkon činnosť stavbyvedúceho, ale dlhodobo túto činnosť nepraktizujúcej, bude menší predpoklad riadneho zvládnutia vedenia stavby ako u osoby, ktorá sa v období predchádzajúcim zákazke na riadení stavby obdobného charakteru podieľala.
- Rada takisto zdôraznila stanovisko SKSI, teda subjektu zodpovedného za autorizáciu osôb na výkon činnosti stavbyvedúceho, z ktorého vyplynulo, že **dopĺňanie znalostí** v oblasti aktualizovaných právnych predpisov a technických predpisov počas celého obdobia vykonávania činnosti stavbyvedúceho ako odborne spôsobilej osoby, **považuje SKSI za prirodzené a žiaduce** pre zvyšovanie jeho kvalifikácie. A ďalej, v prípade, že túto činnosť **nebude stavbyvedúci dlhodobejšie vykonávať, nenadobudne ani ďalšie praktické skúsenosti** a je skôr pravdepodobné, že **príde aj o určitú časť už získaných vedomostí a zručností**. Zo stanoviska tiež vyplýva, že v poslednom období nastali výrazné zmeny napr. v oblasti protipožiarnej bezpečnosti stavieb, energetickej hospodárnosti a efektívnosti, tepelno-technickej oblasti ale aj v oblasti BOZP a nakladaní s odpadmi, pričom **neznalosť týchto právnych a technických predpisov u takýchto oprávnených osôb môže mať v konečnom dôsledku negatívny vplyv na vykonávanie činnosti stavbyvedúcich**.
- Na základe uvedených skutočností rada uviedla, že sa pri hodnotení dôkazov priklonila k odbornému posúdeniu predloženému SKSI podporenému argumentáciou kontrolovaného a odvolateľa, keďže odborník oslovený úradom v stanovisku neakcentoval potrebnú aktualizáciu znalostí stavbyvedúcich, pričom, ako na to bolo poukázané vyššie, zmeny v oblasti legislatívy a technických noriem boli v oblasti realizácie predmetu zákazky značne rozsiahle.

- V prípade zistenia č. 3 úradu **identifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.

Zistená skutočnosť č. 4

Nedôsledné vyhodnocovanie podmienok účasti u odvolateľa kontrolovaným

Zistenia Rady:

- V zmysle súťažných podkladov kontrolovaný o. i. požadoval predložiť vyjadrenie banky alebo pobočky zahraničnej banky o schopnosti uchádzača plniť finančné záväzky (banková informácia), pričom z vyjadrenia banky alebo pobočky zahraničnej banky musí vyplývať, že uchádzač za obdobie posledných troch mesiacov ku dňu vystavenia vyjadrenia banky v prípade splácania úveru dodržiava splátkový kalendár, nebol v nepovolenom debete a peňažné prostriedky na jeho účte neboli predmetom exekúcie.
- Úrad zistil, že z obsahu dokladu „Banková referencia na vlastnú žiadosť“ vystaveného bankou vyplynulo, že odvolateľ ako uchádzač nemá blokáciu na účte v súvislosti s exekúčnym konaním v súčasnosti, avšak v uvedenom doklade absentuje kontrolovaným požadovaná informácia o tom, že za obdobie posledných troch mesiacov ku dňu vystavenia vyjadrenia banky peňažné prostriedky na účte uvedeného uchádzača neboli predmetom exekúcie, a teda nie je zrejmé, či peňažné prostriedky na účte uchádzača aj spätne za predchádzajúce tri mesiace neboli predmetom exekúcie, pričom kontrolovaný v zápisnici z posúdenia splnenia podmienok účasti konštatoval, že odvolateľ splnil všetky podmienky účasti, vrátane § 33 ods. 1 písm. a) ZVO.

Rozhodnutie Rady:

- Rada k danému zisteniu uviedla, že je v kompetencii kontrolovaného naformulovať znenie jednotlivých podmienok účasti, no zároveň je kontrolovaný následne povinný vyhodnocovať podmienky účasti tak, ako si ich stanovil v súťažných podkladoch, čo však v predmetnom prípade neurobil, keďže z dokladu potvrdenia banky **jednoznačne a nespochybniteľne nevyplýva** splnenie predmetnej podmienky účasti **v takom rozsahu**, v akom ju stanovil kontrolovaný v súťažných podkladoch.
- Na základe uvedeného rada v prípade zistenia č. 4 úradu **neidentifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.

Keďže rada v predmetnom prípade **neidentifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu pri zistenej skutočnosti č. 1, ktorá už v danom štádiu verejného obstarávania nebola kontrolovaným odstrániteľná**, bolo podľa rady potrebné potvrdiť výrok rozhodnutia úradu, a preto odvolanie odvolateľa a odvolanie kontrolovaného **zamietla** a rozhodnutie úradu **potvrdila**.

3. Preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy v konaní

„Poskytovanie verejnoprospešných služieb pre mesto Holíč“

V tomto rozhodnutí v rámci konania o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy sa stretlo viacero zaujímavých tém z oblasti procesu verejného obstarávania. Úrad sa v rozhodnutí zaoberal nerozdelením zákazky na časti, nejednoznačností opisu predmetu zákazky, konfliktom záujmov a takisto neobjektívnymi kritériami vyhodnotenia ponúk.

Číslo rozhodnutia: 14876-6000/2019-OD/7

Typ rozhodnutia: konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: mesto Holíč

Predmet zákazky: „Poskytovanie verejnoprospešných služieb pre mesto Holíč“

Predpokladaná hodnota zákazky: 1 680 000,00 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MSS

Oznámenie o vyhlásení VO: Vestník č. 175/2018 zo 4.9.2018 pod zn. 12295-MSS

Kľúčové slová: opis predmetu zákazky, konflikt záujmov, nerozdelenie zákazky na časti,
kritéria na vyhodnotenie ponúk

Zistenia Úradu:

- Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet nadlimitnej zákazky „Poskytovanie verejnoprospešných služieb pre mesto Holíč“.
- Zákazka mala byť realizovaná z rozpočtu mesta Holíč.
- Kontrolovaný **zákazku nerozdělil na časti**.
- V lehote na predkladanie ponúk, ktorú kontrolovaný stanovil, **predložil ponuku len jeden uchádzač** a ten nebol z predmetného verejného obstarávania vylúčený.
- Verejný obstarávateľ stanovil nasledovné **kritéria na vyhodnotenie ponúk**:
 - Kritérium č. 1 „Cena celkom za rok v EUR s DPH“ - max. bodová hodnota 80
 - Kritérium č. 2 „Priemerný počet zamestnaných osôb z radov nezamestnaných“ (sociálne hľadisko) - max. bodová hodnota 20
- Kontrolovaný vyhodnotil ako **úspešného jediného prihláseného uchádzača s nasledovnou ponukou**:
 - Kritérium č. 1 „Cena celkom za rok v EUR s DPH“ - vo výške **495 148,68 EUR s DPH**

- Kritérium č. 2 „Priemerný počet zamestnaných osôb z radov nezamestnaných“ (sociálne hľadisko) - v počte **10,5 zamestnaných osôb za kalendárny rok z radov nezamestnaných** osôb mesta Holíč a jeho blízkeho okolia.
- Kontrolovaný **uzavrel s úspešným uchádzačom Zmluvu o poskytovaní verejnoprospešných služieb.**
- Oznámenie o výsledku verejného obstarávania bolo uverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 225/2018 z 15. 11. 2018 pod značkou 16412-VSS.

1. Zistenie úradu č.1 - „Nejednoznačne a nedostatočne opísaný predmet zákazky“

- Kontrolovaný **neopísal v súťažných podkladoch predmet zákazky jednoznačne a úplne**, čím postupoval v rozpore s § 42 ods. 1 a zároveň s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä princípom transparentnosti.
- Uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohlo **odradit' od predloženia ponuky potenciálnych uchádzačov**
- Potenciálni **uchádzači nemali k dispozícii jednoznačné a úplné**, resp. podrobnejšie **informácie o činnostiach, ktoré tvoria predmet zákazky**, v dôsledku čoho nemuseli vedieť odhadnúť napr. výšku predpokladaných nákladov potrebných na zostavenie cenovej ponuky a z toho dôvodu sa do predmetnej verejnej súťaže nezapojili.
- Bez bližšieho opísania konkrétnych charakteristík predmetu zákazky a bez kvalitatívnych a kvantitatívnych špecifikácií nie je možné zo strany uchádzača predložiť kvalitne vypracovanú ponuku.
- V tomto kontexte úrad podporne poukázal aj na skutočnosť, že v rámci predmetného verejného obstarávania bola **predložená len jedna ponuka**.

2. Zistenie úradu č.2 - „Nerozdelenie zákazky na časti“

- Kontrolovaný **nerozdelil obstarávaný predmet zákazky na relevantné časti**, čím **neumožnil predkladať ponuku na jednotlivé časti zákazky**.
- Od účasti na verejnom obstarávaní mohli byť odradení potenciálni záujemcovia, ktorí sa zaoberajú dodávaním iba určitej časti predmetu zákazky, napr. len poskytnutým služieb týkajúcich sa odpadového hospodárstva, prípadne týkajúcich sa len verejnoprospešných služieb.
- **Bežne na trhu dodávatelia nedodávajú spoločne služby odpadového hospodárstva a verejnoprospešné služby**, čoho dôkazom bola aj skutočnosť, že úspešný uchádzač bude pri realizácii predmetu zákazky využívať subdodávateľa, a to podielom na predmete zákazky vo výške 44,48%.

3. Zistenie úradu č.3 - „Konflikt záujmov“

- V rámci verejného obstarávania existuje dôvodné podozrenie z existencie potenciálneho **konfliktu záujmov**, a to prepojenie medzi primátorom mesta a firmou, ktorá vystupuje ako subdodávateľ úspešného uchádzača, nakoľko konateľom tohto subdodávateľa je brat primátora mesta.

- **Z predloženej dokumentácie** (zo zápisníc vyhotovených v predmetnom verejnom obstarávaní) **nevyplýva, že sa kontrolovaný skutočne zaoberal existenciou potenciálneho konfliktu záujmov** a zároveň z jej obsahu **nevyplýva, že kontrolovaný prijal primerané opatrenia a vykonal nápravu za účelom odstránenia konfliktu záujmov**
- Uvedené konanie kontrolovaného mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže mohla byť ohrozená alebo narušená nestranná a objektívna realizácia verejného obstarávania.

4. Zistenie úradu č.4 - „Neobjektívne kritériá na vyhodnotenie ponúk“

- Kontrolovaný **nestanovil objektívne kritériá na vyhodnotenie ponúk**, nakoľko v uvedenom prípade, **stanovením kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré nezahŕňajú celý rozsah predmetu zákazky**, kontrolovaný znevýhodnil uchádzačov, ktorí predmetné služby kontrolovanému v minulosti neposkytovali, a teda nepoznajú rozsah a frekvenciu požadovaných služieb.

Posúdenie úradom:

1. K Zisteniu č.1 - „Nejednoznačne a nedostatočne opísaný predmet zákazky“

- Kontrolovaný v rámci predmetu zákazky, ktorej súčasťou majú byť okrem iného **služby v odpadovom hospodárstve**, uvádza pri viacerých požadovaných službách len základné definovanie, čo je ich predmetom, avšak neuvádza ich podrobné vymedzenie, resp. predpokladaný rozsah týchto služieb. Uvedené sa týka napr. **odvozu a likvidácie odpadov zo zberného dvora**, kedy kontrolovaný v súvislosti s frekvenciou danej služby uviedol, že predmetná služba sa bude vykonávať podľa potreby, resp. na základe objednávky kontrolovaného, pričom v danom prípade **kontrolovaný neuviedol žiadny, ani len priemerný počet vývozov vzťahujúcich sa k nejakému časovému obdobiu** (mesiac, kvartál, rok a pod.), ktorý by mohol byť za účelom vymedzenia daného úkonu pre uchádzačov nápomocný.
- Úradu nebola zrejماً **požiadavka kontrolovaného na odstraňovanie a likvidáciu čiernych skládok odpadov**, nakoľko kontrolovaný v časti B.2 „Spôsob stanovenia ceny“ súťažných podkladov zohľadňuje **v rámci návrhu ceny za túto službu len časový rozsah (100 hodín) a neuvádza množstvo**, s akým je potrebné pri stanovení ceny za tento úkon uvažovať.
- Úrad poukazuje na služby súvisiace s údržbou, čistením miestnych komunikácií, zimnou údržbou miestnych komunikácií vrátane manuálnych činností, pri ktorých **absentujú akékoľvek ďalšie informácie o predmetných službách**. Kontrolovaný **neuvádza žiadny harmonogram prác, neuvádza akýkoľvek popis lokalít, na ktoré sa predmetné výkony majú vzťahovať**. Kontrolovaný ďalej žiadnym spôsobom v rámci súťažných podkladov **neuvádza celkovú dĺžku cestných komunikácií v jeho správe**, resp. údržbe, na ktoré by sa predmetné úkony vzťahovali, teda **žiadnym spôsobom nestanovuje rozsah, a to ani len orientačne, výkonu predmetných prác**. Kontrolovaný

d'alej **opomína na stanovenie požiadaviek na posypový materiál**, v rámci ktorých by stanovoval jeho minimálnu účinnosť, prípadne ďalšie požiadavky ako nezávadnosť (toxicitu) a pod.

- Úrad je toho názoru, že vo vzťahu k činnostiam, pri ktorých kontrolovaný disponuje **údajmi z predchádzajúcich období, by tieto mali tvoriť súčasť opisu predmetu zákazky**, nakoľko uvedené skutočnosti by mohli byť pre uchádzačov za účelom presnejšieho vymedzenia daných úkonov nápomocné, čo by v konečnom dôsledku viedlo k vypracovaniu relevantnejšej ponuky a zároveň mohlo mať význam z hľadiska rozhodovania sa o účasti v predmetnom postupe zadávania zákazky.
- Kontrolovaný obdobne postupoval pri vymedzení predmetu zákazky vo vzťahu **k diagnostike a čistení dažďovej kanalizácie na miestnych komunikáciách**, vrátane manuálneho čistenia a vo vzťahu k iným verejnoprospešným službám, kedy žiadnym podrobnejším spôsobom **nevymedzil obsah a rozsah dotknutých úkonov**.
- Úrad ďalej poukazuje na kontrolovaným **požadovanú údržbu verejnej zelene, výruby a orezávanie kríkov a drevín, kosenie, výsadbu kvetín a drevín**, pričom v danom prípade kontrolovaný žiadnym ďalším spôsobom **neuvádza podrobnejší rozsah a opis daných úkonov**. Napríklad, či výruby budú pozostávať z iba odstránenia suchých stromov a krov, poškodených a vyvrátených stromov (z dôvodu chorôb, škodcov, poškodenia vetrom, snehom a pod.), na akú výmeru a v akej intenzite (frekvencii) sa má vykonávať kosenie. Kontrolovaný taktiež neuvádza žiadny návrh vrátane popisu výsadby kvetín a drevín s uvedením aspoň približného rozsahu predmetnej výsadby, s ktorou by mal uchádzač uvažovať.
- Úradu taktiež nie je zrejmé vymedzenie služby **montáž a demontáž vianočnej výzdoby**, nakoľko aj v danom prípade kontrolovaný neuviedol žiadne ďalšie skutočnosti vzťahujúce sa k predmetnému úkonu, ako napr. v akom rozsahu, v akých lokalitách (s uvedením povahy danej lokality), či s akou konkrétnou vianočnou výzdobou (rozmery, hmotnosť a pod.) kontrolovaný disponuje a v nadväznosti na túto má uchádzač pri vypracovaní ponuky uvažovať.
- Úrad ďalej poukazuje na vymedzenie opisu predmetu zákazky kontrolovaným, a to v časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov, kde v rámci požiadaviek na predmet zákazky „**Iné verejnoprospešné služby**“ kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „**Môžu byť zadávané aj také práce a dodávky, ktoré nie sú výslovne vymedzené v predmete zákazky ...**“. Z uvedeného je zrejmé, že kontrolovaný si v rámci opisu predmetu zákazky vymedzuje, že môže zadať aj také práce a dodávky, ktoré nie sú výslovne uvedené v predmete zákazky, pričom jedinou podmienkou je, aby tieto mali charakter verejnoprospešných prác. Úrad poukazujúc na túto požiadavku kontrolovaného má za to, že **uvedeným sa kontrolovaný dostal do priameho rozporu s ustanovením § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vyžaduje podrobné vymedzenie predmetu zákazky tak, aby v ňom boli jednoznačne a úplne uvedené všetky okolnosti dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponúk**.
- Hospodársky subjekt, ktorý je v rámci predmetného verejného obstarávania **subdodávateľom úspešného uchádzača** (podiel na predmete zákazky vo výške 44,48%) a ktorý mu zároveň poskytol svoje zdroje za účelom preukázania splnenia finančného a ekonomického postavenia a súčasne aj svoje technické a odborné kapacity za účelom preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti, **mohol, ako dodávateľ týchto služieb (verejno-prospešné práce a dodávky) pre mesto Holíč z predchádzajúcich**

období (od r. 1998) disponovať výrazne vyššou mierou znalosti stavu vecí, ktoré sú nevyhnutne potrebné na predloženie ponuky aj bez podrobného opisu predmetu zákazky.

2. K Zisteniu č.2 - „Nerozdelenie zákazky na časti“

- Kontrolovaný v bode II.1.6) „Informácie o častiach“ oznámenia uviedol, že zákazka sa nedelí na časti.
- Kontrolovaný v bode II.2.4) „Opis obstarávania“ oznámenia uviedol, cit.: „Predmet zákazky sa týka predovšetkým - Služieb v odpadovom hospodárstve; Údržby, čistenia miestnych komunikácií, zimnej údržby miestnych komunikácií vrátane manuálnych činností; Diagnostiky a čistenia dažďovej kanalizácie a vpustov na miestnych komunikáciách vrátane manuálnych činností; Iných verejnoprospešných služieb (...)“
- Úrad v súvislosti s vyjadrením kontrolovaného k nerozdeleniu zákazky dal do pozornosti bod 78 preambuly smernice EP a R 2014/24EÚ, v ktorom sa uvádza, že verejné obstarávanie by sa malo prispôbiť potrebám malých a stredných podnikov. Bod preambuly zároveň uvádza, že na tento účel a s cieľom zvýšiť hospodársku súťaž by sa mali verejní obstarávatelia nabádať najmä k tomu, aby veľké zákazky rozdeľovali na časti.
- Úrad ďalej poukazuje na Výkladové stanovisko úradu č. 2/2018, v ktorom je okrem iného uvedené, cit.:
 - „(...) Rozdeľovaním zákaziek na časti sa teda v prvom rade sleduje podpora prístupu malých a stredných podnikov k verejným zdrojom. Ďalším benefitom rozdelenia zákazky na časti môže byť podpora miestnej zamestnanosti, podpora konkurenčného prostredia a teda napomáhanie ďalším podnikateľom v účasti na verejných obstarávaniach a redukcia závislosti od jedného dodávateľa.
 - Zákon o verejnom obstarávaní v § 28 ods. 1 síce verejným obstarávateľom nestanovuje pri nadlimitných postupoch zadávania zákaziek povinnosť rozdeliť predmet zákazky na jednotlivé časti, avšak na druhej strane v § 28 ods. 2 **ukladá** verejným obstarávateľom **povinnosť** (s výnimkou koncesii) v prípade nerozdelenia predmetu zákazky na samostatné časti, túto skutočnosť **náležite odôvodniť**, a to buď v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v správe o zákazke.
 - Verejní obstarávatelia a osoby podľa § 8 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sú preto pred samotným vyhlásením nadlimitnej zákazky povinní zvážiť vhodnosť rozdelenia predmetu zákazky na časti. Keďže rozdelenie zákaziek na časti môže zvýšiť hospodársku súťaž, verejní obstarávatelia a osoby podľa § 8 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní by sa mali rozhodnúť, či pri zadávaní nadlimitného postupu zadávania zákazky zadajú zákazku ako celok alebo ju rozdelia do jednotlivých častí. Pri svojich úvahách by mali posúdiť predmet zákazky z hľadiska kvantitatívneho aj kvalitatívneho (...)“.
- Je nespochybniteľné, že primerané konkurenčné prostredie a čo najširšia hospodárska súťaž sú dôležitými predpokladmi pre vygenerovanie primeranej ceny vo vzťahu k predmetu zákazky, čo je jeden zo základných princípov a zmyslov verejného obstarávania.
- K princípu nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov úrad uvádza, že diskrimináciou nie je len zjavný rozdielny prístup k jednému uchádzačovi oproti prístupu k celku, ale aj prvok tzv. skrytej diskriminácie (napr. rozsudok Európskeho súdneho dvoru, vec C-234/03 Contse SA).

- Úrad taktiež upriamuje pozornosť aj na rozsudok Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2S 161/2009 zo dňa 2. 2. 2011, z ktorého vyplýva, cit.: „*Cieľom právnej úpravy verejného obstarávania je predovšetkým zabezpečiť voľnú súťaž dodávateľov o zákazky financované z verejných rozpočtov založenú na princípoch efektívnej konkurencie a samozrejme záujem na účelnom vynakladaní verejných prostriedkov.*“
- Zásada nediskriminácie alebo rovnakého zaobchádzania stojí na tom, že verejný obstarávateľ postupuje principiálne rovnakým spôsobom voči všetkým uchádzačom, pričom nemôže žiadneho z nich priamo alebo nepriamo zvýhodňovať oproti iným uchádzačom v rovnakom postavení.“
- Úrad v tejto súvislosti podporne poukazuje aj na českú rozhodovaciu prax, a to na rozsudok Krajského súdu v Brne sp. zn. 62 Af 7/2010-135 z 2. 3. 2010 v spojení s rozsudkom Najvyššieho správneho súdu sp. zn. 2 Afs 59/2010-183 z 18. 1. 2011, kde súd skonštatoval, v prípade verejného obstarávania na viac druhov tovaru v rámci jednej zákazky, nasledovné, cit.: „*Z uvedeného plyne, že v dôsledku široce vymedzeného predmetu verejné zakázky podalo nabídku menej dodávateľů, než by tomu bylo v situaci, kdy by jednotlivá plnění byla poptávána samostatně. Aplikuje-li zdejší soud na tuto situaci závěry učiněné ve shora uvedeném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (sp. zn. 1 Afs 20/2008), má za to, že by se o porušení zásady zákazu diskriminace jednat mohlo. V důsledku široce vymedzeného predmetu veřejné zakázky totiž došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Takové omezení pak zpravidla může způsobit skrytou diskriminaci. Soud tedy činí dílčí závěr, že v případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požad je plnění, která spolu vzájemně nesouvisí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodávateľů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Podmínkou zde však je požadavek, aby se jednalo o plnění, která spolu vzájemně nesouvisí.*“
- Úrad uvádza, že v rámci každého právneho posúdenia je potrebné postupovať individuálne s ohľadom na všetky relevantné vlastnosti a okolnosti daného prípadu, t. j. konkrétneho verejného obstarávania. Preto na účely správneho posúdenia skutočnosti, či kontrolovaný bol povinný rozdeliť zákazku na časti, je podľa úradu nevyhnutné brať do úvahy aj samotný predmet zákazky, rozsah predmetu zákazky, okolnosti vedúce k zadaniu zákazky v danom rozsahu, a to s ohľadom na relevantný trh.
- Úrad v nadväznosti na vyjadrenie kontrolovaného uvádza, že v predmetnom verejnom obstarávaní bola predložená iba jedna ponuka, pričom z dokumentu „Vyhlásenie uchádzača o subdodávateľoch“ z 5. 10. 2018 je zrejmé, že na plnení predmetu zákazky sa bude podieľať aj subdodávateľ, pričom predmetom subdodávky bude „Zhodnocovanie a skládkovanie odpadu“, a to podielom na predmete zákazky vo výške 44,48 %. Z uvedeného možno jednoznačne konštatovať, že aj samotný uchádzač, ktorý predložil ponuku, nebude v celom rozsahu predmetu zákazky realizovať vo vlastnej réžii, ale vyššie uvedenú časť predmetu zákazky bude kontrolovanému poskytovať prostredníctvom iného hospodárskeho subjektu.
- V nadväznosti na argument kontrolovaného, že spôsob komplexného zadávania verejnoprospešných služieb jednému dodávateľovi je bežný a obvyklý aj v iných mestách a obciach na Slovensku, **úrad kontrolovanému dáva do pozornosti verejné obstarávanie vyhlásené vo Vestníku verejného obstarávania č. 41/2017 z 27. 2. 2017 pod zn. 2404 –**

MSS s názvom predmet zákazky „Komplexné nakladanie s komunálnym odpadom a zabezpečenie verejnoprospešných služieb pre mesto Poprad“, ktorého predmetom zákazky bolo komplexné nakladanie s komunálnym odpadom a zabezpečenie verejnoprospešných služieb pre mesto Poprad, teda takmer totožný predmet zákazky ako obstarával kontrolovaný, pričom v danom prípade bol predmet uvedenej zákazky rozdelený na 2 časti, a to na časť 1 – Nakladanie s komunálnymi odpadmi v meste Poprad a na časť 2 - Vykonávanie verejnoprospešných služieb v meste Poprad, pričom uchádzači mohli predkladať ponuku na jednu alebo obe časti predmetu zákazky. Úrad považuje za nesporné, že výsledkom rozhodnutia rozdelenia predmetu danej zákazky na dve časti bola v danom prípade zo strany verejného obstarávateľa zabezpečená širšia hospodárska súťaž a vhodné konkurenčné prostredie, čo preukazujú aj ponuky predkladané zo strany uchádzačov v predmetnom verejnom obstarávaní, kedy dvaja uchádzači predložili ponuku len na časť č. 1 predmetu zákazky a jeden uchádzač na obe časti predmetu zákazky.

- Úrad po preskúmaní kontrolovaným doručenej a sprístupnenej dokumentácie a predloženého odôvodnenia nerozdelenia predmetu zákazky na časti, konštatuje, že z ich obsahu nevyplýva opodstatnenosť nerozdelenia obstarávaného predmetu zákazky na časti, ako ani to, že kontrolovaný pri rozhodovaní o nerozdelení predmetu zákazky zohľadňoval rozsah a rôznorodosť obstarávaných služieb predmetnej zákazky a vhodnosť jej nerozdelenia pre malé a stredné podniky pôsobiace na relevantnom trhu tak, ako to predpokladá zákon o verejnom obstarávaní a smernica EP a R 2014/24EÚ. Kontrolovaný v rámci svojho vyjadrenia uvádza dôvody iba vo všeobecnej rovine, z ktorých nevyplývajú zrejmé a objektívne dôvody nerozdelenia predmetnej zákazky na časti zohľadňujúce kvantitatívne, kvalitatívne, technické a hospodárske hľadisko v zmysle záverov vyplývajúcich z výkladového stanoviska úradu č. 2/2018 zo 6. 3. 2018 k odôvodňovaniu nerozdelenia zákazky na časti.
- Úrad poukazuje na to, že nie je obvykle možné na relevantnom trhu získať plnenia spočívajúce v uskutočňovaní kontrolovaným požadovaných služieb od jedného subjektu.
- Úrad má na základe vyššie uvedených skutočností za preukázané, že v danom prípade **predmet zákazky pozostáva z rôznorodých služieb zabezpečujúcich odlišné potreby verejného obstarávateľa, a to predovšetkým zo služieb v odpadovom hospodárstve a súboru verejnoprospešných služieb, ktoré jednotlivito obvykle na relevantnom trhu poskytujú odlišné subjekty.**
- Úrad v tejto súvislosti ďalej konštatuje, že z opisu predmetu zákazky, súťažných podkladov a vyjadrení kontrolovaného nevyplýva objektívna neoddeliteľnosť služieb v odpadovom hospodárstve a súboru verejnoprospešných služieb. Kontrolovaný síce ako argument nemožnosti rozdelenia zákazky na časti uvádza potrebu zvýšených nárokov na ekonomické, organizačné a personálne kapacity verejného obstarávateľa, **avšak uvedené je možné zabezpečiť aj prostredníctvom, napr. zmluvných podmienok, resp. zmluvných povinností jednotlivých dodávateľov služieb, pričom z ničoho nevyplýva objektívna nemožnosť realizácie danej zákazky prostredníctvom napríklad dvoch hospodárskych subjektov, ktorí budú v zmysle zmluvných podmienok povinní si poskytovať vzájomnú súčinnosť.** Úrad poukazuje na skutočnosť, že samotný úspešný uchádzač v danom prípade bude poskytovať požadované služby súčasne dvoma hospodárskymi subjektami (uchádzačom a jeho subdodávateľom), ktorí musia vzájomne spolupracovať pri plnení predmetu zákazky, poskytovať si vzájomnú súčinnosť a vzájomne zladovať svoje činnosti.

- V súvislosti so zodpovednosťou jedného dodávateľa za výsledok predmetu zákazky v prípade nerozdelenia zákazky na časti, má úrad za to, že problém zodpovednosti za výsledok služby je možné upraviť predovšetkým prostredníctvom vhodného nastavenia zmluvných podmienok a dostatočným zabezpečením záväzku.
- Väčší počet ponúk zásadne prináša väčšiu konkurenciu a v dôsledku toho výhodnejšie ponukové ceny, a teda v konečnom dôsledku úsporu finančných prostriedkov.
- Úrad dospel k záveru, že predmet zákazky mal byť rozdelený na 2 časti, a to na časť „Služby v odpadovom hospodárstve“ a časť „Verejnoprospešné služby“.
- Úrad ďalej poukazuje na skutočnosť, že z požiadaviek kontrolovaného na predmetnú zákazku vyplýva, že obstarávanie sa mohli zúčastniť a splniť požiadavky kontrolovaného iba záujemcovia schopní poskytnúť všetky požadované služby súčasne. V danom prípade sú dodávatelia následne nútení rezignovať na účasť vo verejnom obstarávaní alebo podať ponuku spoločne s inými dodávateľmi, prípadne sú **nútení využívať služby subdodávateľov, čo deformuje hospodársku súťaž medzi dodávateľmi.**

3. K Zisteniu č.3 - „Konflikt záujmov“

Nakoľko konflikt záujmov riešený v tomto rozhodnutí je pomerne rozsiahly, uvádzame len pár najdôležitejšie skutočnosti, ktoré môžu byť pre verejných obstarávateľov podnetným príkladom vysporiadania sa s touto témou.

- Primátorom kontrolovaného je od roku 2006 osoba XXX. Podľa § 13 ods. 4 písm. b), c) a e) a § 24 ods. 2 zákona č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov, **primátor je najvyšším výkonným orgánom mesta.** Primátor je štatutárnym orgánom mesta v majetkovoprávných vzťahoch, v pracovnoprávných vzťahoch zamestnancov mesta a správny orgánom mesta v administratívnych vzťahoch.
- Z dokumentácie predloženej kontrolovaným je zrejmé, že v predmetnom verejnom obstarávaní bola **predložená iba jedna ponuka, a to od uchádzača, ktorý bol zároveň úspešným uchádzačom,** pričom z dokumentu „Vyhlásenie uchádzača o subdodávateľoch“ z 5. 10. 2018 je ďalej zrejmé, že **na plnení predmetu zákazky sa bude podieľať subdodávateľ** (podielom na predmete zákazky vo výške 44,48%), **pri ktorom z verejne dostupných zdrojov vyplýva, že konateľom tohto subdodávateľa a súčasne t. č. spoločníkom a konečným užívateľom výhod je brat primátora mesta, ktoré uvedenú zákazku obstarávalo.**
- Z dokumentácie predloženej kontrolovaným ďalej vyplýva, že **primátor mesta splnomocnil vo veci zabezpečovania úkonov spojených s predmetným verejným obstarávaním na vyššie identifikovaný predmet zákazky osobu XYZ** (v čase realizácie verejného obstarávania bola uvedená osoba zároveň aj **zástupcom primátora mesta**).
- Úrad požiadal kontrolovaného o predloženie čestných vyhlásení o neprítomnosti konfliktu záujmov v procese verejného obstarávania jednotlivých členov komisie na vyhodnotenie ponúk a osoby splnomocnenej vo veci zabezpečovania všetkých úkonov spojených s predmetným verejným obstarávaním (osoba XYZ) vo väzbe k uchádzačovi, ako aj k jeho subdodávateľovi. Kontrolovaný v rámci vyššie uvedeného vyjadrenia kontrolovaného predložil úradom požadované doklady a zároveň uviedol, cit.: „*Zainteresované osoby v predmetnom verejnom obstarávaní doložili podpísané čestné vyhlásenie o neprítomnosti*

konfliktu záujmov. Pán XYZ v prípravnej fáze nebol o súťažných podkladoch informovaný.“ Úrad uvádza, že v rámci predloženej dokumentácie **čestné vyhlásenie o neprítomnosti konfliktu záujmov v procese verejného obstarávania zo strany primátora mesta absentovalo.**

- Skutočnosť, že v prípade kontrolovaného verejného obstarávania bola kontrolovaným uskutočnená prípravná fáza verejného obstarávania je zrejmé aj z vyššie uvedeného vyjadrenia kontrolovaného, z ktorého vyplýva, že osoba XYZ, teda osoba splnomocnená primátorom mesta XXX vo veci zabezpečovania všetkých úkonov spojených s týmto verejným obstarávaním sa prípravnej fázy nezúčastnila, resp. nebola o prípravnej fáze informovaná. **Prípravná fáza verejného obstarávania sa teda realizovala bez osoby XYZ (zástupcu primátora).**
- Podľa úradu je vzhľadom na zistené skutočnosti dôvodné konštatovať, že **primátor mesta sa podieľal na príprave predmetného verejného obstarávania**, nakoľko s ohľadom na mandátnu zmluvu, ktorú podpísal štatutárny orgán mesta, t.j. priamo primátor mesta so spoločnosťou XY ako spoločnosťou vykonávajúcou úkony v rámci daného verejného obstarávania, **bolo zo strany kontrolovaného potrebné poskytnúť spoločnosti XY potrebnú súčinnosť, pričom primátor mesta v mandátnej zmluve so spoločnosťou XY nevymienil žiadne ďalšie osoby, ktoré by túto súčinnosť spoločnosti XY poskytl.** Zároveň z vyjadrenia kontrolovaného je zrejmé, že zástupca primátora, ako osoba, ktorá bola splnomocnená vo veci zabezpečovania všetkých úkonov spojených s predmetným verejným obstarávaním, ako vyplýva z vyhlásenia kontrolovaného, sa prípravnej fázy nezúčastnila.
- Vzhľadom na všetky vyššie uvedené skutočnosti úrad konštatuje, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princípom transparentnosti, princípom rovnakého zaobchádzania a princípom nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov vo verejnom obstarávaní, ako aj v rozpore s § 23 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z kontrolovaným predloženej dokumentácie vyplýva **dôvodné podozrenie z existencie potenciálneho konfliktu záujmov v predmetnom verejnom obstarávaní, nakoľko existuje dôvodné podozrenie z prepojenia medzi primátorom mesta a bratom primátora mesta, ktorý bol zároveň konateľ** (v čase od 21. 9. 2007 do 17. 4. 2019) **a súčasne t. č. je spoločníkom a konečným užívateľom výhod spoločnosti , ktorá je subdodávateľom úspešného uchádzača.** Nakoľko z predloženej dokumentácie (príkladom zo zápisníc vyhotovených v predmetnom verejnom obstarávaní) nevyplýva, že sa kontrolovaný skutočne zaoberal existenciou potenciálneho konfliktu záujmov a zároveň z jej obsahu nevyplýva, že kontrolovaný prijal primerané opatrenia a vykonal nápravu za účelom odstránenia konfliktu záujmov má úrad za to, že uvedené konanie kontrolovaného mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže mohla byť ohrozená alebo narušená nestranná a objektívna realizácia predmetného verejného obstarávania.
- Kontrolovaný mal **preskúmať konflikt záujmov vo vzťahu ku každej zainteresovanej osobe v danom verejnom obstarávaní, a teda aj vo vzťahu k subjektu, ktorý bude subdodávateľom úspešného uchádzača na predmet zákazky** a následne sa mal v súlade s princípom transparentnosti riadne a preskúmateľne so zistenými skutočnosťami vysporiadať.
- Podľa všeobecného metodického usmernenia úradu č. 9/2016 **zainteresovanými osobami by mohli byť osoby podieľajúce sa na verejnom obstarávaní, napr. osoby pripravujúce**

opis predmetu zákazky, osoby, ktoré sa zaoberajú stanovením predpokladanej hodnoty zákazky, finančným rozpočtom, ktorý má byť použitý na predmet zákazky, podmienkami účasti, kritériami na vyhodnotenie ponúk, vrátane pravidiel ich uplatnenia, zmluvnými podmienkami, vysvetľovaním podkladov, prípravou elektronickej aukcie alebo nastavením softvéru, ktorý bude použitý na realizáciu verejného obstarávania, preberaním ponúk alebo žiadostí o účasť, doručovaním písomností a pod. **Ďalej aj osoby rozhodujúce o najpodstatnejších úkonoch súvisiacich s verejným obstarávaním**, t. j. členovia komisie na vyhodnotenie ponúk, osoba poverená vyhodnotením splnenia podmienok účasti/členovia komisie na vyhodnotenie podmienok účasti, členovia poroty a **riadiaci zamestnanci verejného obstarávateľa/ obstarávateľa**.

- Konflikt záujmov je v zákone o verejnom obstarávaní koncipovaný ako **nežiaduci vzťah v rámci procesu verejného obstarávania medzi zainteresovanými osobami na strane verejného obstarávateľa, obstarávateľa a osobami konajúcimi za alebo na strane hospodárskych subjektov**. Inštitút konfliktu záujmov je založený na aktívnej úlohe verejného obstarávateľa/obstarávateľa, ktorý je povinný zabezpečiť, aby vo verejnom obstarávaní nedošlo ku konfliktu záujmov, vedúcemu k narušeniu alebo obmedzeniu hospodárskej súťaže alebo porušeniu princípu transparentnosti a princípu rovnakého zaobchádzania. V prípade, ak verejný obstarávateľ a obstarávateľ zistia konflikt záujmov, sú povinní prijať primerané opatrenia a vykonať nápravu (napr. **vylúčenie zainteresovanej osoby z procesu prípravy alebo realizácie verejného obstarávania, úprava povinností a zodpovednosti zainteresovanej osoby** - zabrániť tým pretrvávaniu konfliktu záujmov).

4. K Zisteniu č.4 - „Neobjektívne kritéria na vyhodnotenie ponúk“

- Kontrolovaný v bode II.2.5) „Kritériá na vyhodnotenie ponúk“ oznámenia uviedol, že „Cena nie je jediným kritériom výberu a **všetky kritériá sú uvedené len v súťažných podkladoch**.“
- V časti A.3 „Kritériá na vyhodnotenie ponúk a pravidlá ich uplatnenia“ súťažných podkladov kontrolovaný uviedol, že „**Verejný obstarávateľ stanovuje Kritériá na vyhodnotenie ponúk – ekonomicky najvýhodnejšia ponuka**.“
- Na vyhodnotenie ponúk s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku verejný obstarávateľ stanovil **nasledovné kritériá:**
 - 1. Cena celkom za rok v EUR s DPH - 80 bodov**
 - 2. Priemerný počet zamestnaných osôb (ako sociálne hľadisko) - 20 bodov**
- Verejný obstarávateľ s cieľom znížiť počet nezamestnaných osôb v meste Holíč a jeho blízkom okolí stanovil v zmysle § 44 ods. 3 a 4 ZVO kritérium č. 2 **sociálne kritérium na vyhodnotenie ponúk - zamestnať určitý počet nezamestnaných osôb** na pomocné a sezónne nekvalifikované práce a činnosti (čistenie, zametanie, upratovanie, zber, zväžanie, odhrňanie a pod.).
- Uchádzač mal v ponuke predložiť **predpokladaný počet zamestnania nezamestnaných osôb do TPP na pomocné a sezónne práce v jednotlivých mesiacoch roka** (január až december) a **tieto počty mal uchádzač premietnuť aj do návrhu Zmluvy na poskytnutie služby**. Hodnota kritéria č. 2 sa verejným obstarávateľom stanovila ako ročný priemer zamestnaných osôb (z radov nezamestnaných) za 12 mesiacov.

- Z časti B.2 „Spôsob stanovenia ceny“ súťažných podkladov je zrejmé, že **kontrolovaný požaduje, aby uchádzači predložili návrh cien len za služby v odpadovom hospodárstve** (podľa tabuľky uvedenej v súťažných podkladoch), pričom **d'alej uvádza, že uchádzači majú predložiť cenník za práce a služby, ktoré nie sú uvedené v predmetnej tabuľke, teda za služby** údržba, čistenie miestnych komunikácií, zimná údržba miestnych komunikácií vrátane manuálnych činností, diagnostika a čistenie dažďovej kanalizácie a vpustov na miestnych komunikáciách **a iné verejnoprospešné služby, pričom predmetný cenník bude tvoriť prílohu zmluvy č. 2.**
- Samotná skutočnosť, že uchádzači majú predložiť cenník za služby, ktoré nie sú uvádzané v kontrolovanom stanovení tabuľke, je podľa úradu zmätočná a spôsobilá odradiť od predloženia ponúk potenciálnych uchádzačov.
- V danom kontexte úrad poukazuje na „kontrolovaným požadovaný cenník“, ktorý ako prílohu zmluvy predložil úspešný uchádzač, a v rámci **ktorého nie sú ocenené napríklad nasledovné služby**: zimný posyp miestnych komunikácií, verejných priestranstiev, chodníkov, parkovísk a schodísk, odstraňovanie posypového materiálu, zabezpečenie posypového materiálu, polievanie miestnych komunikácií v prípade potreby, odstraňovanie polomov a ich následkov po víchriciach a iných prírodných katastrofách, zabezpečenie a osadenie „Májky“ a vianočného stromu, vrátane strojenia, montáž a demontáž vianočnej výzdoby a pod. Vzhľadom na uvedené úradu nie je zrejmé, akým spôsobom, v akej výške a na základe čoho si bude úspešný uchádzač u kontrolovaného uplatňovať plnenie za predmetné služby.
- Kontrolovaný si ako kritérium na vyhodnotenie ponúk určil „ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku“, čo je však v rozpore s jeho postupom, nakoľko **v rámci kritérií na vyhodnotenie ponúk žiadnym spôsobom nezohľadňuje časť predmetu zákazky**, ktorú tvoria služby súvisiace s údržbou, čistením miestnych komunikácií, zimnou údržbou miestnych komunikácií vrátane manuálnych činností, diagnostikou a čistením dažďovej kanalizácie a vpustov na miestnych komunikáciách a inými verejnoprospešnými službami.
- Úrad sa **nemôže stotožniť s argument kontrolovaného**, cit.: „Ťažiskovou časťou poskytovaných verejnoprospešných služieb je zber, preprava, triedenie a skládkovanie komunálneho odpadu, rozvoz a starostlivosť o zberné nádoby na území mesta. Preto bola cena za tieto služby najvýznamnejším a základným kritériom na vyhodnotenie ponúk. Jedná sa totiž o celoročné a sústavné plnenie zákonnej povinnosti mesta zabezpečovať tieto služby“, **nakoľko kontrolovaný musí mať na zreteli, že obstarávaný predmet plnenia bude uhrádzaný z verejných zdrojov, a teda musí byť v priamom záujme kontrolovaného určiť také kritéria na vyhodnotenie ponúk, ktoré budú reálne zohľadňovať kontrolovaným stanovený účel, ktorým bol výber ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.**
- Takto stanovené kritériá, ktoré nezohľadňujú, resp. nevychádzajú z reálneho plnenia, ktoré bude výsledkom verejného obstarávania **vytvárajú priestor uchádzačom predkladať špekulatívne ponuky, teda účelovo oceňovať časti predmetu plnenia, avšak ich celková ponuková cena nemusí reálne patriť medzi najvýhodnejšie navrhnuté ceny za celý predmet zákazky.**
- Takéto nastavenie kritéria, ktoré **zohľadňuje len časť predmetu zákazky, teda nezohľadňuje celkovú reálnu hodnotu ponúkaného plnenia** (ktorá sa bude v konečnom

dôsledku na základe uzatvorenej zmluvy plniť) môže mať za následok, že **zostavené poradie uchádzačov pri vyhodnocovaní ponúk nemusí byť objektívne.**

- Takéto nastavenie kritérií môže viesť k tomu, že **na základe zostaveného poradia uchádzačov nebudú vybrané skutočne ekonomicky najvýhodnejšie ponuky a môže zvädzať uchádzačov k špekuláciám ohľadom stanovenia jednotkových cien k jednotlivým položkám, ktoré nie sú zohľadnené v rámci hodnotiaceho kritéria.**

Vyjadrenie kontrolovaného:

V rozhodnutí sa nachádza vyjadrenie kontrolovaného len k Zisteniu č.2 „Nerozdelený obstarávaný predmet zákazky na relevantné časti“ a k Zisteniu č. 4 „Neobjektívne kritéria na vyhodnotenie ponúk“.

1. Vyjadrenie kontrolovaného k Zisteniu č.2 - „Nerozdelený obstarávaný predmet zákazky na relevantné časti“

Kontrolovaný poskytol úradu k tomuto zisteniu nasledovné vyjadrenie:

- „(...) Predmetom zákazky je poskytovanie verejnoprospešných služieb pre mesto Holíč. Verejnoprospešné služby predstavujú spolu komplex plnení, ktoré spolu vecne súvisia. Nejedná sa teda o vecne nesúvisiace plnenia, ktoré obvykle na trhu poskytujú odlišné subjekty. Rovnaká technika a rovnaká pracovná sila sa využíva na viaceré rôzne plnenia v rámci verejnoprospešných služieb, ktoré sú v rôznych ročných obdobiach rôzne alebo iba jednorazové. Zabezpečovanie týchto plnení viacerými dodávateľmi by bolo ne hospodárne a neefektívne, a viedlo by to k zvýšeným nárokom na ekonomické, organizačné a personálne kapacity verejného obstarávateľa.
- Spôsob komplexného zadávania verejnoprospešných služieb jednému dodávateľovi je bežný a obvyklý aj v iných mestách a obciach na Slovensku.
- Prípadné rozdelenie zákazky na časti by vytváralo dodatočnú koordinačnú a administratívnu náročnosť, ako pri koordinovaní jednotlivých služieb, tak aj pri využívaní ľudských zdrojov, techniky a priestorového zázemia. Tento záver vychádza nielen z technického a hospodárskeho hľadiska, ale aj zo skúseností z predchádzajúcich období.
- Delenie zákazky by si vyžadovalo zvýšenie zamestnancov mesta na zabezpečenie a koordináciu jednotlivých častí predmetu zákazky.
- Zvýšenie počtu dodávateľov by predstavovalo pre mesto zvýšené náklady a ťažkosti pri zabezpečovaní predmetných služieb. Preto nebolo účelné predmetnú zákazku rozdeľovať.
- Vzhľadom na špecifický vecný obsah predmetnej zákazky kontrolovaný konštatuje, že jej zadanie je v súlade s výkladovým stanoviskom úradu 2/2018 z 6. 3. 2018
- Kontrolovaný ako jeden z argumentov nerozdelenia predmetu zákazky na časti uvádza, že ním obstarávaný predmet zákazky nie je poskytovaný obvykle odlišnými hospodárskymi subjektami, inak povedané, kontrolovaný má za to, že na relevantnom trhu ním obstarávaný predmet zákazky bežne poskytuje jeden hospodársky subjekt.

2. Vyjadrenie kontrolovaného k Zisteniu č.4 - „Neobjektívne kritéria na vyhodnotenie ponúk“

- Argumentom kontrolovaného na skutočnosť, že predmetom hodnotenia ponuky uchádzača neboli všetky služby, ktoré sú uvedené v predmete zákazky, bolo vyjadrenie, že ťažiskovou časťou poskytovaných verejnoprospešných služieb je zber, preprava, triedenie a skládkovanie komunálneho odpadu, rozvoz a starostlivosť o zberné nádoby na území mesta. Preto bola pre kontrolovaného cena za tieto služby najvýznamnejším a základným kritériom na vyhodnotenie ponúk. Jedná sa totiž o celoročné a sústavné plnenie zákonnej povinnosti mesta zabezpečovať tieto služby.

Rozhodnutie Úradu:

Úrad vo svojom rozhodnutí uvádza, že kontrolovaný svojím konaním pri zadávaní zákazky **porušil**:

- § 42 ods. 1 a zároveň § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, **najmä princíp transparentnosti**, keď **neopísal predmet zákazky** v súťažných podkladoch jednoznačne a úplne, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania,
- § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a **to princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov**, keď **nerozdelil obstarávaný predmet zákazky na relevantné časti**, čím neumožnil predkladať ponuku na jednotlivé časti v rámci predmetu zákazky, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania,
- § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov vo verejnom obstarávaní a zároveň aj § 23 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, keď sa náležite nevysporiadal s dôvodným podozrením z existencie potenciálneho konfliktu záujmov, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania,
- § 44 ods. 1 a zároveň § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä **princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti**, keď **nestanovil objektívne kritériá na vyhodnotenie ponúk**, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania.

Úrad uložil kontrolovanému pokutu podľa § 182 ods.2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní účinného v čase spáchania predmetného správneho deliktu.

Odporúčanie Úradu:

Úrad kontrolovanému odporúča, aby v druhovo rovnakej veci v budúcnosti:

- opísal predmet zákazky v súťažných podkladoch dostatočne úplne a jednoznačne tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov, a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž. Úrad taktiež odporúča kontrolovanému, aby venoval náležitú pozornosť príprave dokumentov potrebných na vypracovanie ponuky, a aby tieto obsahovali jednoznačné a podrobné vymedzenie predmetu zákazky a všetky podmienky a okolnosti dôležité na vypracovanie ponuky a následné plnenie zmluvy, pričom v prípade ak kontrolovaný disponuje údajmi z predchádzajúcich období, ktoré by mohli byť

pre uchádzačov alebo záujemcov nápomocné, resp. sú spôsobilé podrobnejšie vymedziť predmet zákazky, tieto majú tvoriť súčasť opisu predmetu zákazky.

- náležite vysporiadal s možnosťou rozdelenia predmetu zákazky na časti, majúci na zreteli vytvorenie, čo možno najširšieho okruhu uchádzačov z dôvodu zabezpečenia riadnej a čestnej hospodárskej súťaže, a to aj s ohľadom na jej rozsah a vhodnosť pre malé a stredné podniky.
- u každej zainteresovanej osoby na verejnom obstarávaní skúmal konflikt záujmov, náležite svoje závery zdokumentoval a odôvodnil a v prípade, ak dospeje k záveru, že vo verejnom obstarávaní existuje konflikt záujmov, aby prijal primerané opatrenia a vykonal nápravu.
- stanovil objektívne kritériá na vyhodnotenie ponúk a tiež, aby pri stanovení kritériá na vyhodnotenie ponúk a pravidiel ich uplatnenia zohľadnil celý predpokladaný rozsah predmetu zákazky a zabezpečil tak, že ako úspešná bude vyhodnotená najvýhodnejšia ponuka.

4. Preukazovanie podmienok účasti vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom iného subjektu – zmena rozhodnutia úradu v rámci odvolacieho konania pri zákazke na stavebné práce „Stavebná údržba a opravy pozemných komunikácií“

Mnohí uchádzači v procese verejného obstarávania preukazujú podmienky účasti stanovené verejnými obstarávateľmi nielen svojimi vlastnými kapacitami, ale aj prostredníctvom iných kapacít, tzv. tretích osôb. Aj u týchto „tretích“ osôb je však vyžadované, aby **spĺňali podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, zároveň nesmie u nich existovať dôvod na vylúčenie a musia byť preukázateľne schopné zabezpečiť požadované plnenie, teda musia mať technickú, alebo odbornú spôsobilosť stanovenú verejným obstarávateľom.** Takáto podmienka účasti môže byť v súťaži preukázaná určitým dokladom - zmluvou, osvedčením, certifikátom prípadne iným dokumentom, alebo môže byť tento doklad v predloženej ponuke predbežne nahradený jednotným európskym dokumentom (JED). Môže však nastať situácia, keď uchádzač využíva kapacity napr. dvoch ďalších osôb a k preukázaniu podmienok účasti predloží v ponuke kombináciu dokladov – za seba predloží JED, za druhú inú osobu JED aj zmluvu a u ďalšej inej osoby už priamo predloží doklad – zmluvu, prostredníctvom ktorej by bol schopný zabezpečiť požiadavku verejného obstarávateľa.

Práve uvedenou problematikou sa zaberala aj Rada, ktorá rozhodovala o odvolaní uchádzača, vylúčeného z verejnej súťaže s odôvodnením, že **nepreukázal splnenie účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom iného subjektu.** Vylúčeniu predchádzala žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie predložených dokladov. Keďže úrad svojim rozhodnutím následne zamietol podanú námietku smerujúcu proti jeho vylúčeniu z VO, navrhovateľ sa proti rozhodnutiu úradu odvolal.

Číslo rozhodnutia: 11271-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 9181-6000/2020-OD

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu o námietkach

Smerovanie námietok: podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu uchádzača

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: Mesto Košice

Odvolateľ – navrhovateľ: neúspešný uchádzač

Predmet zákazky: „Stavebná údržba a opravy pozemných komunikácií“

Predpokladaná hodnota zákazky: 8 604 573,50 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MSP

Kľúčové slová: preukazovanie podmienok účasti prostredníctvom iného subjektu, tretia osoba, jednotný európsky dokument

Zistenie rady

- Verejný obstarávateľ vo svojich súťažných podkladoch v časti Podmienky účasti - „Technická a odborná spôsobilosť“ uvádza, cit: „(...) *V súlade s ustanovením § 34 ods. 1 písm. j) ZVO: Údaje o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác.*
- Zároveň požadoval, aby uchádzač preukázal, že na uskutočnenie stavebných prác, ktoré sú predmetom zákazky, **má k dispozícii nasledujúce minimálne strojové, prevádzkové alebo technické vybavenie: cestnú frézu, rezačku škár, valec, finišér, obaľovaciu súpravu na výrobu asfaltových zmesí vo vzdialenosti, ktorá umožní dodržať parametre obaľovanej zmesi pri jej pokládke v súlade s platnými technickými normami – v počte min. 1 ks.**
- K preukázaniu technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti **umožnil využiť technické a odborné kapacity inej osoby**, bez ohľadu na ich právny vzťah v súlade s ustanovením § 34 ods. 3 ZVO.
- V súťažných podkladoch taktiež uviedol, že plnenie podmienok účasti uchádzačov budú posudzované **na základe dokladov a dokumentov predložených podľa požiadaviek uvedených v časti III.1) Oznámenia a jednotným európskym dokumentom pre verejné obstarávanie (JED) umožnil uchádzačom predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom spôsobom podľa § 39 ZVO (...).**
- Informácie požadované v JED na podmienky účasti (týkajúce sa časti IV: Podmienky účasti oddiel A až D) obmedzil verejný obstarávateľ na jednu otázku, s odpoveďou áno alebo nie (Globálny údaj pre všetky podmienky účasti).
- **Navrhovateľ** v rámci lehoty na predkladanie ponúk splnenie podmienok účasti **predložil formulár JED.**
 - v časti IV „Podmienky účasti“ JED v bode „a“ „Globálny údaj pre všetky podmienky účasti“ vyplnil: „ÁNO“, čím deklaroval, že spĺňa všetky požadované podmienky účasti,
 - v časti II „Informácie týkajúce sa hospodárskeho subjektu“ navrhovateľ v bode C „Technická a odborná spôsobilosť“ vyplnil: „ÁNO“, čím deklaroval, že bude využívať kapacity iných subjektov, aby mohol splniť podmienky účasti stanovené v časti IV a prípadne kritéria a pravidlá stanovené ďalej v časti V formulára JED-u
- **K splneniu podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) navrhovateľ v ponuke predložil doklady:**
 - **Formulár C - Údaje o strojovom, prevádzkovom a technickom vybavení**, Obaľovačka asf. zmesí, počet kusov: 1, - Strojné a technické vybavenie: obaľovacie súpravy - OS Kráľová Lehota, OS Podbieľ, OS Horná Mičiná,
 - **samostatný formulár JED-u za spoločnosť ZZ (ďalej len „ZZ“)**
 - dokument „**Rámcová zmluva**“ zo 4. 4. 2018 uzatvorená medzi navrhovateľom ako **objednávateľom a spoločnosťou ZZ** ako zhotoviteľom, ktorej predmetom je dohoda zmluvných strán, aby objednávatel preukazoval splnenie technickej alebo odbornej spôsobilosti pre účasť objednávatel'a vo verejných súťažiach kapacitami zhotovitel'a ZZ podľa zmluvy,
- - dokument s názvom „**Rámcová kúpna zmluva**“ z 13. 5. 2014 uzatvorená medzi spoločnosťou XX ako predávajúcim a navrhovateľom ako kupujúcim, ktorého predmetom je dohoda uvedených zmluvných strán o predaji a kúpe asfaltových

obaľovaných zmesí (...) vyrábaných predávajúcim XX na ním prevádzkovanvej obaľovacej súprave, t. j.: Obaľovacia súprava Veľká Ida

- Verejný obstarávateľ **požiadal navrhovateľa o vysvetlenie** alebo doplnenie predložených dokladov v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. s otázkami:
 - akou obaľovacou súpravou preukazuje splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j): obaľovacia súprava na výrobu asfaltových zmesí vo vzdialenosti, ktorá umožní dodržať parametre obaľovanej zmesi pri jej pokládke v súlade s platnými technickými normami - v počte min. 1 ks.
 - akým spôsobom, resp. akými dokladmi preukazuje splnenie podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k subjektu XX, vzhľadom k tomu že z ponuky bolo zrejmé, že bude využívať aj kapacity iných hospodárskych subjektov (okrem spoločnosti ZZ), aby mohol splniť podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní.“.
- Navrhovateľ vo svojej odpovedi na základe doručenia žiadosti o vysvetlenie uviedol, že verejnému obstarávateľovi v ponuke predložil doklady, na základe ktorých má k dispozícii používanie troch obaľovacích súprav, a to na základe ich vlastníctva, resp. zmlúv s prevádzkovateľmi týchto obaľovacích súprav, pričom na realizáciu predmetnej zákazky bude využívať obaľovaciu súpravu v katastrálnom území obce Veľká Ida prevádzkovateľa spoločnosti XX, nakoľko táto obaľovacia sústava spĺňa všetky parametre dodania obaľovacej zmesi v súlade s platnými technickými normami.
- K otázke týkajúcej sa preukázania splnenia podmienok účasti osobného vo vzťahu k subjektu XX priložil ako prílohu svojej odpovedi na žiadosť o vysvetlenie JED za túto spoločnosť, z ktorého vyplývalo splnenie všetkých podmienok účasti osobného postavenia u tohto subjektu v súlade s § 32 ods. 1 ZVO.
- Navrhovateľ bol zo súťaže **vylúčený s odôvodnením:**
*„Podľa § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo záujemca preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe. Uchádzač XY použil na preukázanie technickej spôsobilosti odborné kapacity tretej osoby, mal takúto osobu uviesť v JED-e. Uchádzač XY vo formulári JED v časti IV „Podmienky účasti“ JED v bode „a“ „Globálny údaj pre všetky podmienky účasti“ vyplnil: „ÁNO“, čím deklaroval, že spĺňa všetky požadované podmienky účasti. Ďalej v časti II „Informácie týkajúce sa hospodárskeho subjektu“ uchádzač XY v bode C „Technická a odborná spôsobilosť“ vyplnil: „ÁNO“, čím deklaroval, že bude využívať kapacity iných subjektov, aby mohol splniť podmienky účasti stanovené v časti IV a prípadne kritéria a pravidlá stanovené ďalej v časti V formulára JED-u. **Dodatočné predloženie JED-u uchádzačom XY za subjekt XX (v postavení tretej osoby) nemôže ver. obstarávateľ akceptovať, nakoľko v tomto prípade nešlo zo strany uchádzača o odstránenie formálnych alebo vecných nedostatkov predložených dokladov, ale o predloženie nového dokladu, ktorý sa v jeho ponuke nenachádzal. Ak uchádzač využije možnosť dočasne nahradiť doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti JED-om, musí mať už v čase prípravy a predloženia ponuky vyjasnené a ustálené, či bude splnenie podmienok účasti preukazovať svojimi vlastnými kapacitami alebo kapacitami iných osôb. Ak sa rozhodne využiť kapacity iných osôb, musí už v lehote na predkladanie ponúk uviesť, o ktoré konkrétne osoby ide a predložiť ich doklady alebo jednotné európske dokumenty. Uchádzač XY totiž nepreukázal***

splnenie predmetnej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom iného subjektu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní..“.

- Navrhovateľ podal proti vylúčeniu zo súťaže na úrad námietky, ktoré úrad zamietol, navrhovateľ sa voči rozhodnutiu odvolal a v predmetnej veci následne rozhodovala rada.

Úlohou rady bolo v rámci odvolacieho konania posúdiť zákonnosť postupu verejného obstarávateľa pri vyhodnocovaní ponuky uchádzača a vysporiadať sa s nasledovnými čiastkovými otázkami:

- a) či v prípade, ak uchádzač predloží vo svojej ponuke za seba jednotný európsky dokument, je následne povinný tak urobiť aj za tretie osoby, ktorých kapacity využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti, alebo či je oprávnený preukázať splnenie podmienok účasti aj iným spôsobom ako výhradne predložením jednotného európskeho dokumentu za tretiu osobu;
- b) či možno preukázať splnenie požiadavky kontrolovaného na dispozíciu obal'ovacu súpravou asfaltových zmesí uvedenú v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní aj zmluvným vzťahom na kúpu asfaltových zmesí, pričom v nadväznosti na zodpovedanie týchto otázok bude úlohou rady posúdiť,
- c) či kontrolovaný postupoval správne, keď pristúpil k vylúčeniu ponuky navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO z dôvodu nesplnenia podmienok účasti.

Argumenty – odvolanie odvolateľa:

- Navrhovateľ sa nestotožňuje s tvrdením a konštatovaním úradu uvedeným v rozhodnutí o námietkach, že nesplnil podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní vlastnou kapacitou, a ani prostredníctvom iného subjektu a má zato, že v predloženej ponuke riadne a výslovne uviedol, že pre realizáciu zákazky bude využívať technické a odborné kapacity inej osoby, a že kapacity tejto osoby použije na preukázanie splnenia súťažných podmienok v JED.
- Navrhovateľ má za to, že zároveň priamo v predloženej ponuke **identifikoval iné osoby**, ktorých kapacity bude používať na realizáciu zákazky, a to priamo predložením dvoch Rámcových zmlúv (Rámcová zmluva so spoločnosťou ZZ a Rámcová zmluva so spoločnosťou XX), z ktorých obsahu vyplýva, že technické kapacity mu budú poskytnuté na realizáciu zákazky, pričom v Rámcovej zmluve so spoločnosťou XX sú uvedené aj kontrolovaným požadované údaje: názov/typ/popis strojového, prevádzkového alebo technického vybavenia, použitie (účel) a počet kusov, vrátane uvedenia lokalizácie obal'ovacej súpravy, teda deklarovanie vzdialenosti, ktorá umožní dodržať parametre obal'ovanej zmesi pri jej pokládke v súlade s platnými technickými normami.
- Podľa navrhovateľa **nie je nutné**, aby požiadavka kontrolovaného na „dispozíciu s obal'ovacou súpravou“ znamenala vlastníctvo obal'ovacej súpravy uchádzačom, ani jej prenájom a pod., ale zásadný je fakt že „je k dispozícii uchádzačovi“ na realizáciu predmetnej zákazky a má za to že v Rámcovej zmluve, v ktorej je **dohodnutá kúpa a predaj asfaltovej zmesi**, je jednoznačne uvedené, z ktorej obal'ovacej súpravy budú tieto asfaltové zmesi pochádzať - teda „je k dispozícii“ obal'ovacia súprava k výrobe asfaltovej zmesi pre navrhovateľa za účelom ich použitia v predmetnej súťaži.

- Navrhovateľ poukázal aj na to, že kontrolovaný uviedol až v rozhodnutí o vylúčení, v čom konkrétne boli dokumenty predložené v ponuke nejasné, pretože až v danom rozhodnutí kontrolovaný riadne uviedol dôvody. V tejto súvislosti zároveň poukázal na to, že ak by bola žiadosť o vysvetlenie, resp. doplnenie súťažných podkladov, ktorá uvedenému rozhodnutiu predchádzala, konkretizovaná, mohol mať možnosť uvedené nezrovnalosti vysvetliť. **Znenie doručenej žiadosti o vysvetlenie bolo však podľa jeho názoru máťúce, a tým mu bolo odobraté právo riadneho vysvetlenia svojej ponuky.**
- Navrhovateľ **nesúhlasí s tvrdením úradu vyplývajúceho z rozhodnutia o námietkach, že bez samostatného JED-u za inú osobu nemal kontrolovaný iný spôsob na overenie podmienok účasti osobného postavenia tejto osoby.**
- V neposlednom rade navrhovateľ namietal nedodržanie princípu proporcionality zo strany kontrolovaného. Argumentoval tým, že **predkladanie JED-u je zo strany uchádzačov fakultatívnou voľbou, nie povinným spôsobom preukazovania splnenia podmienok účasti.** Oba spôsoby, ktoré použila na preukázania podmienok účasti osobného postavenia, považoval za oprávnené. Pri prvom subjekte túto podmienku preukázal **formou JED-u a pri druhom subjekte v postavení tretej osoby predložil konkrétne doklady (Rámcovú zmluvu).** Navrhovateľ mal za to, že postupoval tak, ako to aj vyplýva zo znenia súťažných podkladov a pre účely preukázania splnenia podmienok účasti osobného postavenia považoval za dostačujúci zápis tohto subjektu v zozname hospodárskych subjektov.
- Navrhovateľ **navrhuje zmeniť napadnuté rozhodnutie tak, aby námietky boli prijaté v celom rozsahu.**

Argumenty – odvolanie kontrolovaného:

- Kontrolovaný **navrhuje, aby rada odvolanie navrhovateľa zamietla** ako neodôvodnené, neoprávnené a účelové a uvádza, že trvá na správnosti a zákonnosti vyhodnotenia vyhlásenej verejnej súťaže.

Rozhodnutie Rady:

Ad a) povinnosť uchádzačov predkladať jednotný európsky dokument aj za tretie osoby

- Rada v tejto súvislosti poukazuje na znenie § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého **JED na účely tohto zákona je dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.**
- V súvislosti s JED-om poukazuje na ustanovenie § 39 ods. 3 ZVO, podľa ktorého v prípade ak uchádzač alebo záujemca preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, JED obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe, pričom má Rada za to, že z predmetného ustanovenia ZVO **nevyplýva povinnosť uchádzača v prípade, že predbežne nahrádza doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti prostredníctvom JED, preukazovať rovnakým spôsobom splnenie podmienok účasti aj pre tretie osoby, ktoré má záujem použiť, zároveň to nevyplýva ani z manuálu k vyplňaniu JED-u, a rovnako ani z Vykonávacieho nariadenia Komisie (EÚ) č. 2016/7.**

- Rada má teda za to, že je **na rozhodnutí uchádzača, či za tretiu osobu predloží ihneď doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti (ak nimi v čase pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk už disponuje) alebo či za túto osobu predloží JED**, a nie je logické „nútiť“ uchádzača predkladať za tretiu osobu JED, ktorý iba predbežne nahrádza takýto doklad, a potom následne až na základe žiadosti kontrolovaného podľa § 55 ods. 1 ZVO žiadať doklad nahradený JEDom.
- Podľa Rady ustanovenie § 39 ods. 3 ZVO **nemožno vykladať tak, že uchádzači majú povinnosť predbežne nahrádzať doklady tretích osôb jednotným európskym dokumentom, a to bez ohľadu na to, či už v čase predkladania ponúk majú k dispozícii doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti tretou osobou.**
- Rada v súvislosti s konštatovaním úradu, že **bez predloženia samostatného JEDu za inú osobu si verejný obstarávateľ nemal ako overiť splnenie podmienok účasti osobného postavenia a deklarovanie neexistencie dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní u tejto osoby a tvrdením, že nemal povinnosť prístupit' k skúmaniu splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia vo vzťahu k tejto tretej osobe prostredníctvom zápisu v zozname hospodárskych subjektov** poukazuje, že preukazovanie neexistencie dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní u tretej/inej osoby vyplýva z ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ale v zmysle ZVO **nevyplyva povinnosť uvedenú skutočnosť preukazovať konkrétnymi dokladmi, ale od uchádzačov vyžaduje, aby táto podmienka bola naplnená. Skutočnosť, že uchádzač za tretiu osobu XX nepredložil JED, nezakladá dôvod, pre ktorý by verejný obstarávateľ nemohol alebo nebol povinný overiť splnenie podmienok účasti osobného postavenia prostredníctvom zoznamu hospodárskych subjektov a verejný obstarávateľ v tomto prípade teda bol povinný overiť a vyhodnotiť splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia vo vzťahu k tejto tretej osobe, pretože ak je hospodársky subjekt zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, hľadá sa na neho ako na spĺňajúceho podmienky účasti osobného postavenia, keďže dôkazom o splnení podmienok účasti osobného postavenia je už samotný už samotný zápis v zozname hospodárskych subjektov.**

Ad b) požiadavka kontrolovaného na dispozíciu obaľovacou súpravou asfaltových zmesí a vylúčenie ponuky navrhovateľa

- Vo vzťahu k predloženej Rámcovej kúpnej zmluve so spoločnosťou XX úrad vo svojom rozhodnutí konštatoval, že:
 - zo zmluvy nevyplyva záväzok tejto tretej osoby, že poskytne navrhovateľovi svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu s uchádzačom,
 - predmetom zmluvy nie je poskytnutie technického, resp. strojového vybavenia, ale kúpa asfaltových obaľovacích zmesí,
 - z dôvodu, že uvedená zmluva bola uzavretá ešte v roku 2014, a nie je v nej žiadna zmienka o predmetnej súťaži, a preto nemožno mať za preukázané, že táto zmluva je naďalej účinná, pričom **hlavným zistením bola práve tá skutočnosť, že predmetom zmluvy nie je poskytnutie technického, resp. strojového vybavenia, ale kúpa asfaltových obaľovacích zmesí. Uvedený nedostatok by podľa úradu nebolo možné zhojiť ani vysvetlením.**

- Rada v súvislosti s predmetnou zmluvou poukazuje na to, že v zmysle článku 10.1 zmluvy sa táto uzatvára na dobu neurčitú. Vzhľadom na dátum jej uzatvorenie - dňa 13. 05. 2014, **podľa rady verejný obstarávateľ z jej znenia nemohol mať za preukázané, že zmluvný vzťah stále trvá**, pričom predmetnou nejasnosťou sa zaoberal aj úrad, keď v rozhodnutí poukázal na závery úradu uvedené v rozhodnutí č. 3913-6000/2020-OD, v zmysle ktorého, cit.: *„nemôžno mať bez ďalšieho za preukázané, či je predmetná zmluva aj naďalej účinná. V takomto prípade tak podľa úradu nemožno mať za preukázané ani to, či by vôbec boli tieto kapacity (zdroje) poskytované uchádzačovi na účel predmetnej verejnej súťaže počas celého trvania zmluvného vzťahu s verejným obstarávateľom“, ako aj na tvrdenie, že „mohla na strane kontrolovaného oprávnené vzniknúť pochybnosť jednak o tom, či navrhovateľ skutočne má k dispozícii obalovaciu súpravu v katastrálnom území AB, a tiež o tom, ktorú obalovaciu súpravu navrhovateľ vlastne plánuje využiť na plnenie zmluvy.“*
- V súvislosti s tvrdením úradu, že v tomto prípade existovali pochybnosti o trvaní zmluvného vzťahu, **rada uvádza, že tieto pochybnosti by nemohli byť bez predchádzajúceho vysvetlenia dôvodom na vylúčenie uchádzača pre nesplnenie podmienky účasti, keďže neexistencia zmluvného vzťahu nie je preukázaná.**
- Vo vzťahu k požiadavke verejného obstarávateľa, **aby mali uchádzači k dispozícii o. i. obalovaciu súpravu na výrobu asfaltových zmesí vo vzdialenosti, ktorá umožní dodržať parametre obalovanej zmesi pri jej pokládke v súlade s platnými technickými normami** – v počte min. 1 ks, rada vychádzajúc z predmetu a exkluzivity zmluvy uzavretej so spoločnosťou XX konštatovala, že uvedená zmluva **môže byť dostatočným dôkazovým prostriedkom na naplnenie účelu podmienky účasti § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní v znení, v akom si ju stanovil verejný obstarávateľ**, keďže účelom predmetnej podmienky účasti bolo zabezpečiť dodanie asfaltových zmesí na miesto realizácie zákazky v požadovanej kvalite tak, aby boli dodržané parametre obalovanej zmesi pri jej pokládke v súlade s platnými technickými normami, a to môže byť podľa rady zabezpečené aj na základe predmetnej zmluvy. **Zo znenia uvedenej podmienky účasti tak, ako si ju stanovil verejný obstarávateľ, totiž nevyplýva požiadavka na vlastníctvo či prenájom obalovacej súpravy** a v zmysle stanovenej podmienky účasti boli uchádzači povinní uviesť údaje o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré majú k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác. Z uvedeného teda vyplýva, **že uchádzači boli oprávnení preukazovať predmetnú podmienku účasti napríklad aj týmto spôsobom – rámcovou zmluvou na kúpu asfaltovej zmesi.**
- Rada takisto poukazuje na rozhodnutie úradu č. 9811-6000/2020-OD zo dňa 15. 07. 2020, ktoré iba potvrdzuje súčasný trend v praxi verejných obstarávateľov a obstarávateľov v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní nepožadovať výslovne preukázanie vlastníctva alebo prenájmu obalovacích zmesí, cit.: *„Dôležitá je pre úrad skutočnosť, že kontrolovaný nezakotvil v rámci požiadaviek na technickú a odbornú spôsobilosť požiadavku, že uchádzač musí vlastniť obalovačku zmesí a že vzdialenosť stavby od VAZ pre asfaltové zmesi nesmie byť väčšia ako 60 km, resp. pri časovom vyjadrení nesmie doprava asfaltových zmesí trvať viac ako 90 min. (...) Kontrolovaný len požaduje formálne uviesť vo Formulári č. 7 plánovaný zoznam strojov a zariadení potrebných na realizáciu predmetu zákazky, pričom kontrolovaný nutne nevyžaduje ich vlastníctvo.“*

- Podľa rady takisto nemožno opomenúť skutočnosť, že **uchádzač následne ako odpoveď na žiadosť o vysvetlenie verejnému obstarávateľovi predložil aj JED za spoločnosť XX podpísaný predsedom a členom predstavenstva tejto spoločnosti. Z uvedeného je teda podľa rady zrejmé, že spoločnosť XX mala vedomosť o tom a zároveň vyjadrila súhlas s tým, že jej kapacity budú použité navrhovateľom na preukázanie splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ako aj následne na plnenie predmetnej zákazky.**
- Rada takisto poukazuje na rozsudok Súdneho dvora Európskej únie z 27. októbra 2005 vo veci C-234/03 Contse a i., kde sa o. i. uvádza cit.: *„Preto, ako zdôrazňuje aj Contse, blízkosť výrobných zariadení nezabezpečuje realizáciu sledovaného cieľa, ktorým je bezpečnosť zásobovania. Vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či je to inak v prípade zariadení na úpravu a plnenie tlakových fliaš kyslíkom. Bežná prax podnikov okrem iného potvrdzuje, že existujú aj iné, slobodné poskytovanie služieb menej obmedzujúce, prostriedky na dosiahnutie sledovaného cieľa, ktorým je disponovanie určitou zásobou plynu na lekárske použitie v blízkosti miesta spotreby.“* Analogicky je aj v aktuálne posudzovanom prípade možné dospieť k záveru, že **naplnenie účelu predmetnej podmienky účasti je možné zabezpečiť aj práve kúpou asfaltovej zmesi, a teda uvedený spôsob preukázania splnenia podmienky účasti podľa rady nemožno bez ďalšieho preskúmania zo strany kontrolovaného zamietnuť.**

Ad c) posúdenie vylúčenia ponuky navrhovateľa

- Rada má za to, že v predmetnom prípade **nemožno prijať jednoznačný záver o tom, že zo strany navrhovateľa nebolo preukázané splnenie predmetnej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**
- Rada konštatuje, že v predmetnom konaní **nebol preukázaný dôvod na vylúčenie navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO** (t. j. z dôvodu, že navrhovateľ nesplnil podmienky účasti, keďže navrhovateľ v súvislosti s predmetnou podmienkou účasti predložil v rámci svojej ponuky Rámcovú kúpnu zmluvu so spoločnosťou XX ako inou osobou, ktorej zápis v zozname hospodárskych subjektov bol kontrolovaný povinný overiť).

Rada na základe všetkých preskúmaných skutočností odvolacom konaní **zmenila rozhodnutia úradu, nariadila odstrániť protiprávny stav** a to konkrétne zrušiť informáciu o výsledku vyhodnotenia ponúk III, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa, zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení splnenia podmienok účasti a opätovne vyhodnotiť ponuku navrhovateľa z hľadiska splnenia podmienok účasti.

Odporúčanie

V prípade, že z predložených dokladov v ponuke nie je zrejmé splnenie podmienky účasti, rada verejným obstarávateľom **odporúča inštitút vysvetľovania alebo doplnenie predložených dokladov, a to aj opätovne až dovtedy, kým nie je možné prijať jednoznačný a preskúmateľný záver o tom, či došlo k splneniu, resp. nesplneniu tej-ktorej podmienky účasti, a v prípade absencie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti osobného postavenia** (či už za seba alebo za inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti) **overiť, či daný subjekt je alebo nie je zapísaný v zozname hospodárskych subjektov.**

5. Z ROZHODOVACEJ PRAXE SÚDNEHO DVORA EÚ *k reálnosti kapacít poskytovaných tret'ou osobou*

prípád: Vo veci C-324/14 **Partner Apelski Dariusz** proti **Zarząd Oczyszczania Miasta**

Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týkal výkladu článkov 2 a 44, ako aj článku 48 ods. 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby. Hoci ide o smernicu, ktorá bola nahradená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, viaceré princípy uvedené v tomto rozsudku Súdneho dvora EÚ sú platné dodnes.

Návrh bol podaný v rámci sporu medzi spoločnosťou Partner Apelski Dariusz (ďalej len „Partner“) a Zarząd Oczyszczania Miasta (správa čistenia mesta Varšava) vo veci vylúčenia PARTNER z postupu zadávania verejnej zákazky z roku 2013 na komplexné mechanické čistenie vozoviek mesta Varšava v rokoch 2014 až 2017. Čistenie vozoviek pozostávalo z čistenia v zimnom a letnom období, pričom čistenie v zimnom období pozostávalo z predchádzania námraze a jej odstraňovania posypom a použitím snehových pluhov na rôzne kategórie komunálnych vozoviek, zatiaľ čo čistenie v letnom období pozostávalo zo zametania a čistenia vozoviek vodou. Zákazka bola rozdelená na osem častí, pričom každý uchádzač mohol predložiť ponuku na celú zákazku alebo predložiť čiastočnú ponuku.

V zmysle špecifikácií musel každý uchádzač na účely preukázania technickej spôsobilosti predložiť zoznam služieb zimnej údržby komunikácií mokrou technológiou, ktoré poskytoval v posledných troch rokoch pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk. Tieto služby museli mať minimálnu celkovú hodnotu 1 000 000 poľských zlotých (PLN) (približne 224 442 eur) pre každú z ôsmich častí predmetnej zákazky. V dôsledku toho uchádzač predkladajúci ponuku na celú zákazku musel preukázať poskytnutie služieb minimálne v hodnote 8 000 000 PLN (približne 1 795 537 eur).

Spoločnosť Partner sa uchádzala o celú uvedenú zákazku tvrdiac, že posledné tri roky zabezpečovala poskytovanie štrnástich služieb, pričom pri dvanástich službách uvádzala vlastnú skúsenosť a **pri dvoch službách** skúsenosť prostredníctvom spoločnosti PUM sp. z o. o. (ďalej len „PUM“) so sídlom v Grudziądz (Poľsko), meste nachádzajúcom sa asi **230 km od Varšavy**. Okrem toho k ponuke pripojil **prísľub PUM, podľa ktorého táto spoločnosť poskytne svoju spôsobilosť/kapacity spoločnosti Partner najmä poskytnutím poradenských služieb zahŕňajúcich okrem iného preškolenie zamestnancov Partner, ako aj pomoc pri riešení problémov, ktoré sa môžu vyskytnúť počas realizácie predmetnej zákazky**. Partner zároveň zdôraznil, že na účely realizácie tejto zákazky sa musí spolupráca riadiť zmluvou uzatvorenou týmito dvomi podnikmi.

Správa čistenia mesta Varšava 26. februára 2014 vyzvala spoločnosť Partner, aby bližšie spresnila činnosti, ktoré by PUM mala vykonávať, a vplyv, aký by tieto činnosti mohli mať na kvalitu a efektívnosť služieb poskytovaných na území Varšavy, **predovšetkým vzhľadom na vzdialenosť medzi Grudziądzom a Varšavou**. Keďže správa čistenia mesta Varšava nebola s odpoveďou Partner spokojná a domnievala sa, že poznatky a skúsenosť PUM nemôžu byť k dispozícii z dôvodu **chýbajúcej osobnej a skutočnej účasti uvedenej spoločnosti na realizácii predmetnej zákazky**, požiadala v tejto súvislosti 11. marca 2014 Partner o doplnenie spisu. Vo svojej odpovedi z 18. marca 2014 Partner spochybňoval stanovisko prijaté správou čistenia mesta Varšava a požiadal o zohľadnenie svojej ponuky na účely zadávania každej z ôsmich častí tejto zákazky. Správa čistenia mesta Varšava však zamietla ponuku Partner a po uskutočnení elektronickej aukcie predmetné verejné obstarávanie ukončila.

Partner teda podal na Vnútroštátny odvolací súd Krajowa Izba Odwoławcza odvolanie, ktorým sa domáhal **zrušenia rozhodnutia, ktorým bol vylúčený z predmetného postupu zadávania verejnej zákazky, ako aj zrušenia rozhodnutia, ktorým bola vybratá najvýhodnejšia ponuka pre jednotlivé časti danej zákazky**. Okrem toho požiadal o opätovné preskúmanie ponúk, ktoré boli v tomto verejnom obstarávaní predložené, a o povolenie zúčastniť sa na novej elektronickej aukcii.

Za týchto podmienok sa Krajowa Izba Odwoławcza (Vnútroštátny odvolací súd) rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru viaceré prejudiciálne otázky.

Súdny dvor EÚ rozdelil otázky vnútroštátneho súdu do viacerých kategórií podľa určitých spoločných prvkov. Prvú (a pre naše účely najdôležitejšiu) sadu otázok Súdny dvor EÚ interpretoval tak, že sa ho vnútroštátny súd v podstate pýta na určenie podmienok, ktoré musia byť splnené na to, aby sa hospodársky subjekt mohol spoliehať na spôsobilosti iných subjektov v zmysle článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 a na objasnenie spôsobu, akým sa má konkretizovať poskytnutie potrebných zdrojov týmito subjektmi, a teda ich prípadná účasť na vykonaní predmetnej zákazky.

Súdny dvor vo svojom rozsudku odkázal na ustálenú judikatúru (pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, body 29 a 33), v zmysle ktorej článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 priznávajú každému hospodárskemu subjektu právo spoliehať sa pri určitej zákazke na využitie spôsobilostí iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má, pokiaľ sa verejnému obstarávateľovi preukáže, že záujemca alebo uchádzač skutočne bude mať k dispozícii zdroje týchto subjektov potrebné na vykonanie tejto zákazky.

Takýto výklad je v súlade s cieľom otvoriť verejné obstarávanie čo možno najširšej hospodárskej súťaži, ktorý v tejto oblasti sledujú smernice nielen v prospech hospodárskych subjektov, ale tiež verejných obstarávateľov. Navyše môže tiež uľahčiť prístup malých a stredných podnikov k verejným zákazkám, čo je takisto cieľom smernice.

Z toho vyplýva, že vzhľadom na jeho význam v rámci právnej úpravy Únie v oblasti verejného obstarávania právo zakotvené v článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 uvedenej smernice predstavuje všeobecné pravidlo, ktoré verejní obstarávatelia musia zohľadniť pri výkone ich právomocí overovania spôsobilosti uchádzača vykonať danú zákazku.

Za týchto podmienok skutočnosť, že podľa článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 sa hospodársky subjekt môže, ak to prichádza do úvahy, spolaťhnúť na spôsobilosti iných subjektov, **nemožno vykladať v tom zmysle**, že iba výnimočne sa takýto subjekt môže spolaťhnúť na spôsobilosti tretích subjektov.

Hoci si uchádzač môže vytvoriť vzťahy so subjektmi, ktorých spôsobilosti chce využiť, a môže si zvoliť právnu povahu týchto vzťahov, musí napriek tomu **preukázať, že skutočne disponuje zdrojmi týchto subjektov, ktoré sám nemá a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky.**

Podľa článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 sa teda uchádzač **nemôže spoliehať na schopnosti iných subjektov s cieľom čisto formálne splniť podmienky, ktoré vyžaduje verejný obstarávateľ.**

Rovnako nemožno vylúčiť, že za osobitných okolností **nemožno vzhľadom na povahu a ciele určitej zákazky spôsobilosti, ktoré má tretí subjekt a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky, postúpiť uchádzačovi.** Z tohto dôvodu sa **uchádzač za takýchto okolností môže spoliehať na uvedené spôsobilosti len vtedy, ak sa tretí subjekt priamo a osobne zúčastňuje na vykonaní predmetnej zákazky.**

Vo veci samej mal vnútroštátny súd pochybnosti v súvislosti s otázkou, či spôsobilosti PUM môžu byť platne prenesené na Partner v tom zmysle, že môžu viesť k poskytnutiu potrebných zdrojov na vykonanie zákazky dotknutej vo veci samej podľa znenia článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 vzhľadom na okolnosť, že takéto poskytnutie sa prejavuje **samotným výkonom konzultačných a vzdelávacích činností bez akejkoľvek priamej účasti PUM na vykonaní tejto zákazky.**

V tejto súvislosti treba uviesť, že cieľom verejnej zákazky dotknutej vo veci samej, opísanej v tomto rozsudku, bolo komplexné mechanické čistenie vozoviek mesta Varšava v zime aj v lete počas štyroch rokov po sebe.

Pokiaľ ide najmä o zimné čistenie, z rozhodnutia vnútroštátneho súdu vyplývalo, že táto služba si vyžaduje osobitné zručnosti, ako aj dokonalú znalosť topografie mesta Varšava a predovšetkým si vyžaduje schopnosť okamžite reagovať, aby sa v rámci presného časového intervalu dosiahla určitá úroveň údržby vozoviek.

Navyše uvedená služba spočíva v používaní špeciálnej technológie, ktorá si vyžaduje väčšie skúsenosti a schopnosti pri používaní tejto technológie, ktorá sama osebe umožňuje riadne vykonanie zákazky dotknutej vo veci samej tak, aby sa zabránilo nebezpečným dôsledkom pre cestnú premávku.

Za týchto podmienok si konkrétna realizácia takejto zákazky vyžaduje nasadenie skúsených zamestnancov, ktorí predovšetkým bezprostredným preverením stavu povrchu vozoviek, ako aj ich obhliadkou priamo na mieste umožňujú predvídať vývoj alebo v každom prípade vhodným spôsobom uspokojiť osobitné potreby tejto zákazky.

Vzhľadom na predmet zákazky dotknutej vo veci samej, ako aj jej účely **nemožno vylúčiť, že zamýšľanú účasť PUM spočívajúcu v samotnom výkone konzultačných a vzdelávacích činností nemožno považovať za dostatočnú na to, aby (...) Partner zaručil skutočné poskytnutie zdrojov potrebných na vykonanie uvedenej zákazky. Platí to predovšetkým vzhľadom na skutočnosť, že podľa rozhodnutia vnútroštátneho súdu sa sídlo PUM nachádza v meste Grudziądz, t. j. asi 230 km od Varšavy.**

Vzhľadom na predchádzajúce úvahy Súdny dvor EÚ odpovedal na túto sadu otázok tak, že článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 v spojení s článkom 44 ods. 2 tejto smernice sa mali vykladať v tom zmysle, že:

- priznávajú každému hospodárskemu subjektu právo spoliehať sa pri určitej zákazke na využitie spôsobilostí iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má, pokiaľ sa verejnému obstarávateľovi preukáže, že záujemca alebo uchádzač skutočne bude mať k dispozícii zdroje uvedených subjektov, ktoré sú potrebné na vykonanie tejto zákazky,
- nie je vylúčené, že vzhľadom na predmet dotknutej zákazky a jej účely môže byť výkon uvedeného práva za osobitných okolností obmedzený. To je najmä prípad, keď spôsobilosti, ktoré má tretí subjekt a ktoré sú potrebné na výkon tejto zákazky, nemožno previesť na záujemcu alebo uchádzača, takže sa uvedený záujemca alebo uchádzač môže spoliehať na uvedené spôsobilosti len vtedy, ak sa tretí subjekt priamo a osobne zúčastňuje na vykonaní uvedenej zákazky.