



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
december 2020**

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

<i>1. Obstaranie nafty pre Verejnoprospešné služby</i>	3
<i>Liptovský Mikuláš</i>	3
<i>2. Systém environmentálneho manažérstva ako podmienka účasti</i>	8
<i>EMAS vs. ISO 14001</i>	8
<i>3. Rozhodnutie ÚVO v prípade uzavretia neoprávneného dodatku</i>	16
<i>4. Vylúčený uchádzač uspel s námietkami v časti zákazky železníc na nápojové poukázky</i>	22
<i>5. Nariadenie zrušenia použitého postupu zadávania zákazky – odvolanie „Poradenské služby“</i>	27

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

1. Obstaranie nafty pre Verejnoprospešné služby **Liptovský Mikuláš**

Číslo rozhodnutia: 6247-6000/2020

Typ rozhodnutia: námietky zo strany uchádzača

Smerovanie námietok: proti vylúčeniu uchádzača z procesu verejného obstarávania

Verejný obstarávateľ: Verejnoprospešné služby Liptovský Mikuláš

Predmet zákazky: „Motorová nafta pre potreby Verejnoprospešných služieb Liptovský Mikuláš“

Predpokladaná hodnota zákazky: 435 432 EUR bez DPH

Postup zákazky: nadlimitný postup/MST

1.1. Pribeh procesu verejného obstarávania z pohľadu uchádzača

Uchádzač v stanovenej lehote na predkladanie ponúk predložil svoju ponuku do predmetnej súťaže.

Zo strany verejného obstarávateľa bola uchádzačovi doručená žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa 25.02.2020, v ktorej okrem iného bolo uvedené, cit.: „Komisia na vyhodnotenie ponúk pri vyhodnocovaní Vašej ponuky zistila, že Vaša spoločnosť je evidovaným dlžníkom Sociálnej poisťovne“, pričom následne bez bližšej špecifikácie zdroja resp. spôsobu tohto zistenia a obsahu resp. zistenej výšky dlhu voči Sociálnej poisťovni požiadal o vysvetlenie zistenej skutočnosti, ktoré bolo nevyhnutné predložiť v lehote do 2 pracovných dní odo dňa doručenia tejto žiadosti.

Uchádzač už pri predkladaní svojej ponuky preukázal splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia predložením Jednotného európskeho dokumentu v zmysle § 39 zákona o verejnom obstarávaní (ZVO) a zápisom do zoznamu hospodárskych subjektov v zmysle § 152 a nasl. ZVO.

Na základe doručenej žiadosti o vysvetlenie svojej ponuky prešetril skutočnosti v nej uvedené a dňa 27.02.2020, t. j. v lehote do 2 pracovných dní odo dňa doručenia predmetnej žiadosti, doručil verejnému obstarávateľovi svoju odpoveď na žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa 25.02.2020 datovanú dňa 27.02.2020, a priložil prílohu - Potvrdenie Sociálnej poisťovne,

pobočka Levice, zo dňa 26.02.2020, ktorým preukázal, že nemá nedoplatky poistného na sociálne poistenie a príspevkov na starobné dôchodkové sporenie, resp. nemal k 20.02.2020 a ani ku dňu 24.02.2020 voči Sociálnej poisťovni žiadny nedoplatok, ako aj vysvetlenie že uvedenie spoločnosti v zozname dlžníkov zverejnenom Sociálnou poisťovňou na svojej stránke v uvedenom termíne bolo neodôvodnené. Zároveň teda mal za to, že preukázal splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia v zmysle § 32 ods. 1 písm. b) ZVO.

Dňa 24.3.2020 bola uchádzačovi zo strany verejného obstarávateľa doručená informácia o jeho vylúčení z procesu verejného obstarávania.

Uchádzač s oznámením o vylúčení a jeho zdôvodnením vylúčenia nesúhlasil a považoval ho za nedôvodné a bez dostatočného odôvodnenia najmä vo vzťahu k obsahu odpovede na žiadosť o vysvetlenie ponuky, ktorú ako keby verejný obstarávateľ nezobral do úvahy, čím bolo, podľa neho, porušené jeho právo ako uchádzača spĺňajúceho podmienky účasti zúčastniť sa verejného obstarávania.

Vylúčený uchádzač využil svoje právo a podal na Úrad pre verejné obstarávanie námietku smerujúcu proti jeho vylúčeniu, v ktorom žiadal odstrániť protiprávny stav.

Nakoľko boli splnené všetky podmienky - uchádzač bol osobu oprávnenou námietku podať, jej doručenie bolo v lehote a zložil potrebnú kauciu, úrad začal konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe podaných námietok.

1.2. Priebeh procesu verejného obstarávania z pohľadu verejného obstarávateľa

Verejný obstarávateľ vo svojom vysvetlení uviedol, že jeho postup pri vyhodnocovaní ponúk bol v súlade so ZVO a dokonca sa spomínaný uchádzač po vyhotovení poradia umiestnil na prvom mieste.

Pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti overil údaje uvedené uchádzačom vo verejne dostupných databázach, pričom zistil, že ten je evidovaným dlžníkom Sociálnej poisťovne a preto ho požiadal o vysvetlenie tejto skutočnosti, ktorý mu predložil svoje vysvetlenie ponuky spolu s uvedenou prílohou - Potvrdenie Sociálnej poisťovne pobočka Levice, v zmysle ktorého navrhovateľ nebol evidovaným dlžníkom Sociálnej poisťovne.

Na jednej strane bola teda identifikovaná pohľadávka uchádzača a zjavný nesúlad informácií vo verejnom registri, na strane druhej informácia vo forme potvrdenia z pobočky Sociálnej poisťovne zaslaná uchádzačom na základe žiadosti o vysvetlenie potvrdzujúca, že k uvedeným dátumom neboli evidované nedoplatky poistného na sociálne poistenie a príspevkov na starobné dôchodkové sporenie a že uvedenie spoločnosti v zozname dlžníkov zverejnenom Sociálnou poisťovňou na svojej stránke v uvedenom termíne bolo neodôvodnené.

1.3. Ako sa rozhodol postupovať verejný obstarávateľ?

Mal skúmať ďalej tento nesúlad, alebo akceptovať vysvetlenie, ktoré mu poskytol uchádzač v rámci žiadosti o vysvetlenie?

Verejný obstarávateľ sa rozhodol požiadať Ústredie Sociálnej poisťovne o sprístupnenie informácie podľa zákona č. 211/2000 Z. z o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ohľadne existencii a výšky pohľadávok uchádzača voči Sociálnej poisťovni, pričom mu bola z Ústredia Sociálnej poisťovne poskytnutá informácia, v zmysle ktorej bol uchádzač evidovaným dlžníkom Sociálnej poisťovne v dopytovanom období v uvedenej výške pohľadávky.

Vzhľadom na skutočnosť, že verejný obstarávateľ sa ako fyzická osoba dopytoval a žiadal informácie o tretej osobe, mohli mu byť teda aj v zmysle odpovede Ústredia Sociálnej poisťovne sprístupnené len už zverejnené informácie, teda informácie uvedené na web stránke Sociálnej poisťovne v záložke Zoznam dlžníkov, ktorá má však výlučne informatívny charakter.

Sprístupnenú informáciu z Ústredia Sociálnej poisťovne teda nie je možné považovať za potvrdenie Sociálnej poisťovne v zmysle § 32 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z., ktoré by v zmysle § 170 ods. 2 zákona č. 461/2003 Z. z. ani nemohlo byť vydané tretej osobe, ale iba dotknutej osobe, ktorou je uchádzač a ktorej takéto potvrdenie (potvrdenie pobočky Sociálnej poisťovne Levice) pre účely zákona č. 343/2015 z. z. aj bolo vydané dňa 26.2.2020.

1.4. Mal verejný obstarávateľ na základe sprístupnenej informácie z Ústredia SP dostatočné informácie k vylúčeniu uchádzača?

Stále existovali dve protichodné tvrdenia Sociálnej poisťovne.

Verejný obstarávateľ sa ale napriek tomu na základe zistenia z Ústredia Sociálnej poisťovne a bez ďalšieho overenia a skúmania informácií uvedených v potvrdení poskytnutým uchádzačom zo Sociálnej poisťovne Levice rozhodol vylúčiť navrhovateľa v zmysle ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že nespĺnil podmienky účasti osobného postavenia v zmysle § 32 ods. 1 písm. b) tohto zákona.

Zároveň taktiež poukázal na tzv. vyjadrenie pobočky Sociálnej poisťovne v Leviciach, ktoré je podľa neho neštandardný dokument a údaje v ňom sú v rozpore s verejne dostupnými údajmi ako i s neskorším vyjadrením Ústredia Sociálnej poisťovne, avšak skúmanie pravosti uvedeného dokumentu, podľa jeho názoru, presahovalo jeho možnosti ako verejného obstarávateľa.

Taktiež poukázal na fakt, že doklad preukazujúci splnenie podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 písm. b) v zozname hospodárskych subjektov zjavne stratil platnosť a požiadal úrad o vymazanie uchádzača zo zoznamu hospodárskych subjektov a uloženie sankcie.

Za svojim rozhodnutím – vylúčenie uchádzača si stojí a žiadal zastavenie začatého konania.

1.5. Ako sa s týmito tvrdeniami vysporiadal úrad?

Postupoval, podľa neho, verejný obstarávateľ správne, teda v súlade so ZVO?

Mal, alebo nemal verejný obstarávateľ uchádzača vylúčiť?

Práve odpovede na tieto otázky boli predmetom posúdenia úradom v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok.

Keďže spornými boli dve rôzne potvrdenia Sociálnej poisťovne, na základe ktorých úrad nemal jednoznačne preukázané splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. b) v spojení s ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, obrátil sa so žiadosťou o odborné stanovisko, na Sociálnu poisťovňu, ústredie, a požiadal o súčinnosť, resp. o vysvetlenie vzniknutej situácie položením týchto otázok:

1. Mal/nemal evidované uchádzač nedoplatky na poistnom na sociálne poistenie ku dňu 24.02.2020?
2. Ak boli evidované ku dňu 24.02.2020 nejaké nedoplatky alebo pohľadávky voči Sociálnej poisťovni, úrad Vás žiada o predloženie dôkazov, či boli nedoplatky uhradené alebo bolo povolené nedoplatky platiť v splátkach, a ak áno, kedy sa tak stalo, resp. kedy došlo k zaplateniu prípadných nedoplatkov?
3. Ak neboli evidované ku dňu 24.02.2020 nedoplatky alebo pohľadávky voči Sociálnej poisťovni, úrad Vás žiada o vysvetlenie, prečo sa v zozname dlžníkov zverejnenom na webovom sídle Sociálnej poisťovne nachádzala informácia o tom, že uchádzač je evidovaný v zozname dlžníkov zo dňa 24.02.2020 s výškou xxx Eur?

Zaslané vyjadrenie Sociálnej poisťovne obsahovalo vysvetlenie vzniknutej spornej situácie ako aj zodpovedanie otázok a to nasledovne:

1. *Spol. XX, nemala evidované nedoplatky na poistnom na sociálne poistenie ku dňu 24.02.2020.*
2. *Vzhľadom na odpoveď k otázke č. 1 bezpredmetné.*
3. *Spol. XX zaslala elektronicky mesačný výkaz poistného za kalendárny mesiac január 2020 so sumou poistného na úhradu xxx EUR dňa 20.02.2020 s uvedeným dňom výplaty príjmov 01.01.2020. V ten istý deň bol mesačný výkaz poistného naimportovaný do IS JVP. Úhrada poistného uvedeného zamestnávateľa za mesiac január 2020 bola na účet Sociálnej poisťovne, pobočka Levice, pripísaná dňa 21.02.2020. Dňa 25.02.2020 spol. XX zaslala elektronicky opravný mesačný výkaz poistného za kalendárny mesiac január 2020 s opraveným dňom výplaty príjmov 29.02.2020. Vzhľadom na to, že pri aktualizácii zoznamu dlžníkov realizovanej dňa 24.02.2020 sa prihliadalo na úhrady záväzkov v termíne do 20.02.2020 a v tento deň nebol ešte opravený deň výplaty*

prijmov, spol. XX bola uverejnená v zozname dlžníkov Sociálnej poisťovne. Na podnet spol. XX dňa 26.02.2020 Sociálna poisťovňa, pobočka Levice bezodkladne požiadala ústredie o vymazanie zo zoznamu dlžníkov a zároveň jej vystavila potvrdenie zo dňa 26. februára 2020 na účely zákona č. 343/2015 Z. z. “

V rámci vysvetlenia Sociálnej poisťovne, ústredie bola objasnená informácia, že vzhľadom na žiadosť doručenu dňa 11.3.2020 mailom, ktorou *pán YY, ako fyzická osoba v mene verejného obstarávateľa, žiadal informácie o tretej osobe, a to o spol. XX, bola mu sprístupnená už zverejnená informácia iba o tom, že v rozhodnom období bola uvedená spoločnosť zverejnená v zozname dlžníkov raz, a to dňa 24. februára 2020 a toto sprístupnenie informácie nie je možné považovať za potvrdenie Sociálnej poisťovne v zmysle § 32 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z., ktoré by v zmysle § 170 ods. 2 zákona č. 461/2003 Z. z. ani nemohlo byť vydané tretej osobe, ale iba dotknutej osobe, ktorou je spol. XX a ktorej takéto potvrdenie na účely zákona č. 343/2015 Z. z. aj bolo vydané dňa 26. februára 2020.*

1.6. Ako úrad rozhodol?

Verejný obstarávateľ v zmysle dotknutého rozhodnutia úradu nepreukázal nesplnenie podmienky účasti osobného postavenia navrhovateľa podľa § 32 ods. 1 písm. b) v spojení s ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a zákonnosť vylúčenia.

Úrad sa nestotožnil s tvrdeniami verejného obstarávateľa, že „tzv. vyjadrenie pobočky Sociálnej poisťovne v Leviciach“ je neštandardný dokument a údaje v ňom sú v rozpore s verejne dostupnými údajmi ako i s neskorším vyjadrením Ústredia Sociálnej poisťovne, taktiež, že skúmanie pravosti tohto dokumentu presahuje jeho možnosti ako verejného obstarávateľa.

Práve naopak, ak pochybnosti o splnení predmetnej podmienky účasti pretrvávali, **mal aplikovať inštitút vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní opakovane.** V tejto súvislosti mohol vyššie uvedenú diskrepanciu medzi potvrdením SP Levice a sprístupnenou informáciou Sociálnej poisťovne verejný obstarávateľ preveriť aj **opätovným dotazom na Ústredie Sociálnej poisťovne.**

Podľa zistení úradu však verejný obstarávateľ konal nedostatočne a unáhle, keď vylúčil uchádzača z predmetnej verejnej súťaže na podklade sprístupnenej informácie Sociálnej poisťovne bez toho, aby verifikoval túto informáciu s protichodným potvrdením Sociálnej poisťovne Levice, ktoré predložil uchádzač v kontexte žiadosti o vysvetlenie.

Úrad teda usúdil, že postup verejného obstarávateľa bol v rozpore so všeobecnými princípmi verejného obstarávania, keďže postupoval pri vylúčení uchádzača v rozpore s § 40 ods. 1 a 4 a § 40 ods. 6 písm. a) v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom porušenia mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko nezákonné vylúčenie uchádzača s najnižšou ponukou mohlo viesť k uzavretiu zmluvy s iným uchádzačom, ktorého ponuka nemusí byť ekonomicky najvýhodnejšia.

Preto úrad nariadil **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne zrušiť rozhodnutie verejného obstarávateľa o vylúčení uchádzača z predmetnej verejnej súťaže, zaradiť ho späť do procesu verejného obstarávania a opätovne vyhodnotiť splnenie jeho podmienok účasti.

1.7. Odporúčanie úradu

V prípade akýchkoľvek pochybností vyplývajúcich z uchádzačom predložených dokladov, o tom, či daný uchádzač spĺňa podmienky účasti osobného postavenia, je potrebné využiť inštitút vysvetlenia, a to aj opakovane, pričom žiadosť o vysvetlenie, adresovanú uchádzačovi, je treba formulovať jasne a konkrétne, t. j. nutné uviesť konkrétne skutočnosti, ktoré požaduje vysvetliť.

Proces vyhodnocovania splnenia podmienok účasti je potrebné uskutočňovať v súlade s princípom transparentnosti a pri vylúčení uchádzača v oznámení o jeho vylúčení náležitým spôsobom odôvodňovať dôvody vylúčenia.

Zároveň je potrebné sa vyhýbať akémukoľvek konaniu/úkonu, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nejednoznačné, horšie kontrolovateľné alebo aby dôvody, ktoré kontrolovaného viedli k vylúčeniu uchádzača, vzbudzovali pochybnosti.

2. Systém environmentálneho manažérstva ako podmienka účasti

EMAS vs. ISO 14001

Jednou zo spoločenských tém, ktoré sa výrazne dostávajú do popredia a ktoré automaticky prenikajú aj do procesu verejného obstarávania, je uplatňovanie environmentálnych aspektov. V rámci procesu verejného obstarávania s touto témou úzko súvisí Systém environmentálneho manažérstva. Práve táto problematika bola predmetom rozhodovania úradu o námietkach. Navrhovateľ nesúhlasil so spôsobom, akým verejný obstarávateľ uplatnil environmentálne požiadavky v rámci podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 112 od. 4 ZVO v spojení s § 34 ZVO, kde v rámci minimálnej úrovne verejným obstarávateľom požadovaného vyjadrenia pri uvádzaní opatrení environmentálneho manažérstva požadoval certifikát **EMAS**, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iný rovnocenný dôkaz, pričom zároveň upozornil, že túto podmienku účasti **nebude spĺňať uchádzač**, ktorý disponuje iba (výhradne) certifikátom podľa normy **ISO 14001**. Stanovenú podmienku považoval za diskriminačnú, neprimeranú, neprípustnú alebo vylučujúcu či obmedzujúcu hospodársku súťaž. V ďalšej časti priblížime predmetné rozhodnutie.

Číslo rozhodnutia: 10932-6000/2020 z 9. 9. 2020

Verejný obstarávateľ: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Rektorát

Predmet zákazky: „Zateplenie obalovej konštrukcie objektu – II. etapa a stavebné úpravy časti budovy výukového objektu PF UPJŠ“ - podlimitná zákazka na stavebné práce

Postup zákazky: podlimitný postup/zákazka na stavebné práce

2.1. Argumenty navrhovateľa:

- Navrhovateľ mal za to, že verejní obstarávatelia nesmú obmedziť spôsob, akým uchádzači preukážu splnenie danej podmienky v tzv. zelenom verejnom obstarávaní, teda uchádzači môžu predkladať ISO 14001 alebo EMAS, či iné vhodné dôkazy a nesmú byť obmedzení tým, že musia predložiť len jeden z týchto dôkazov. Z tohto logicky vyplýva, že uchádzači môžu predkladať ISO 14001 alebo EMAS alebo iné vhodné dôkazy. Vo svojej argumentácii sa odvolával na viacero predpisov, resp. dokumentov týkajúcich sa problematiky environmentálneho manažérstva, napríklad na:
 - Národný akčný plán pre zelené verejné obstarávanie v Slovenskej republike na roky 2016 – 2020
 - Metodickú príručku zelené verejné obstarávanie pre verejných obstarávateľov vydanú SAŽP
 - Komplexný materiál Európskej komisie z roku 2005 „Zelené verejné nakupovanie – príručka environmentálneho verejného obstarávania“, z ktorého priamo cituje ustanovenie týkajúce sa Smernice 2004/17/ES a 2004/18/ES. *„Smernice 2004/17/ES a 2004/18/ES výslovne uznávajú, že registrácie v EMAS môžu v prípade potreby slúžiť ako možný prostriedok preukázania technickej spôsobilosti firiem realizovať uvedené opatrenia environmentálneho manažérstva. Obstarávatelia by, pochopiteľne, mali uznávať i rovnocenné certifikáty vydané orgánmi, ktoré postupujú v súlade s legislatívou Európskeho spoločenstva alebo v súlade s príslušnými európskymi či medzinárodnými normami v oblasti certifikácie a na základe príslušných európskych a medzinárodných noriem pre environmentálne manažérstvo. Mali by tiež akceptovať všetky ostatné spôsoby preukazovania technickej spôsobilosti spoločnosti. Znamená to, že obstarávatelia nikdy nesmú vyžadovať od firiem registráciu v EMAS, alebo (úplný) súlad s požiadavkami registrácie v EMAS“.*
- Vo vzťahu k materiálom (uvedeným v predchádzajúcom odseku) mal navrhovateľ za to, že úmyslom v nich deklarovanom, cit.: *„...nie je posúdenie toho, ktorý zo systémov environmentálneho manažérstva (EMS) je „vhodnejší“, „lepší“, „prísnejší“, alebo tieto systémy environmentálneho manažérstva (EMS) akýmkoľvek iným spôsobom porovnávať, zároveň navrhovateľ dodáva, že nepopiera, že medzi certifikátom ISO 14001 a registráciou EMAS existujú rozdiely, avšak s poukazom na citované dokumenty sa nestotožňuje s takým výkladom, ktorý pripúšťa len registráciu v systéme EMAS (resp. iné doklady, ako ich vymenoval kontrolovaný), avšak podmienka účasti nebude považovaná za splnenú, pokiaľ uchádzači disponujú „iba“ certifikátom ISO 14001.“*
- Navrhovateľ ďalej uviedol, že požiadavka na uvedenie opatrení environmentálneho manažérstva vychádza z ustanovenia § 36 ZVO, ktorý ustanovuje, cit.: *„Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje predloženie certifikátu vydaného nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom alebo záujemcom, môže odkázať na schému Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit alebo iný systém environmentálneho manažérstva podľa osobitného predpisu alebo iný systém environmentálneho manažérstva založený na príslušných právne záväzných aktoch Európskej únie alebo medzinárodných normách, na ktorý vydal akreditovaný certifikačný orgán certifikát.“* V súvislosti s predmetným ustanovením sa navrhovateľ zamerlal na

spojku „alebo“. Keďže podľa jeho názoru ide v prípade certifikácie ISO 14001 alebo registrácie v systéme EMAS ako spôsobu preukázania zhody s kritériom, týkajúcim sa schopnosti uchádzačov realizovať zákazku environmentálne vhodným spôsobom o rovnocenné systémy, spojka „alebo“ znamená, že uchádzač môže mať jeden alebo druhý tento systém.

- Navrhovateľ vo svojom podaní ďalej argumentoval napríklad:
 - časovou náročnosťou procesu registrácie v systéme EMAS,
 - malým množstvom spoločností spĺňajúcich požadovanú podmienku, t. j. podmienku nutnej registrácie v EMAS, čo, podľa jeho názoru vedie k tomu, že verejní obstarávatelia môžu a budú vyhlasovať verejné obstarávania pre vopred „známy“ okruh firiem,
 - nízkym počtom subjektov v postavení tzv. environmentálnych overovateľov pre systém EMAS v Slovenskej republike,
 - tvrdením, že certifikáciu ISO 14001 môžu získať spoločnosti celosvetovo (t. j. bez ohľadu na ich sídlo), zatiaľ čo registrácia v systéme EMAS je prístupná len pre spoločnosti so sídlom v rámci EÚ či EHP.
- Navrhovateľ v petite svojich námietok úradu navrhuje, aby úrad
 - A) vydal rozhodnutie, ktorým kontrolovanému nariadi odstrániť protiprávny stav podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a to odstránením podmienok uvedených v súťažných podkladoch, definovaných ako:
 - a) požiadavka kontrolovaného na splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) ZVO v nadväznosti na § 36 ZVO, napr. tým, že pripustí preukázanie uvedenej podmienky implementáciou ktoréhokoľvek systému environmentálneho manažérstva, či predložením iných vhodných dôkazov;
 - B) vydal rozhodnutie, ktorým kontrolovanému nariadi odstránenie konkrétnych diskriminačných podmienok uvedených v predchádzajúcom bode.Alternatívne navrhovateľ navrhuje, aby úrad zrušil použitý postup zadávania zákazky.

2.2. Rozhodnutie úradu:

- Úrad v úvode svojho rozhodnutia uviedol, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu pri stanovení podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti vyžadovať určitú minimálnu úroveň, ktorú majú uchádzači spĺňať. Pri stanovení minimálnej úrovne sú však verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní zohľadniť aktuálnu situáciu na trhu, predmet zákazky a potrebu získania úspešného uchádzača schopného predmetnú zákazku realizovať, z čoho vyplýva pre verejného obstarávateľa / obstarávateľa stanoviť také podmienky účasti, ktoré nebudú viesť k obmedzeniu súťaže a zníženiu počtu záujemcov / uchádzačov.
- V nadväznosti na tvrdenia navrhovateľa, v zmysle ktorých považoval navrhovateľ podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. h) ZVO v nadväznosti na § ZVO za diskriminačnú, neprimeranú a obmedzujúcu hospodársku súťaž, úrad uviedol, že cit.: ***„...kontrolovaný na splnenie predmetnej podmienky účasti požaduje predloženie certifikátu EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy. Kontrolovaný teda na splnenie uvedenej podmienky účasti uvádza potenciálnym uchádzačom alternatívy, na základe ktorých možno danú podmienku účasti splniť. Úrad teda dodáva, že kontrolovaný sa v***

súťažných podkladoch výslovne neobmedzil len na predloženie certifikátu EMAS.“

V tejto súvislosti úrad poukázal na metodické usmernenie č. 10330-5000/2019 zo dňa 9. 8. 2019, v ktorom sa uvádza, cit.: „(...) K Vášmu tvrdeniu, že **požiadavka na predloženie certifikátu EMAS** by mohla byť považovaná za diskriminačnú požiadavku za účelom obmedzenia hospodárskej súťaže, nakoľko tento certifikát má na Slovensku menší počet hospodárskych subjektov, úrad uvádza, že vzhľadom na to, že **EMAS** vychádza z Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady č. 1221/2009 o dobrovoľnej účasti organizácií v schéme Spoločenstva pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS), je schémou oficiálne uznanou a otvorenou pre všetky sektory hospodárstva a všetky typy organizácií verejného i súkromného sektora, ktoré hľadajú spôsob ako zdokonaľiť svoje environmentálne správanie, t. j. **každá organizácia má k certifikácii prístup**, jej vyžadovanie vo všeobecnosti **diskriminačné nie je** (<https://www.emas.sk/kto-sa-moze-zapojit-do-schemy-emas-2/>).“

- K tvrdeniam navrhovateľa, že v prípade certifikácie ISO 14001 a registrácie v systéme EMAS ide o rovnocenné systémy dal úrad do pozornosti metodické usmernenie úradu č. 10330-5000/2019 zo dňa 9. 8. 2019, v zmysle ktorého je možné konštatovať, že na udelenie certifikátu EMAS je potrebné splniť ešte dodatočné požiadavky, aj keď daný subjekt už disponuje certifikátom ISO 14001. Cit.: „Úrad v zmysle uvedeného konštatuje, že certifikát ISO 14001 obsahuje prvky, ktoré v sebe zahŕňa aj certifikát EMAS, avšak certifikát EMAS obsahuje ešte dodatočné požiadavky, ktoré nie sú zahrnuté v certifikáte ISO 14001. **To znamená, že certifikáty nie sú rovnocenné, a teda ISO 14001 nepostačuje na splnenie predmetnej podmienky účasti.** Uvedené vyplýva aj z verejne dostupných zdrojov uverejnených na webovom sídle Slovenskej agentúry životného prostredia, (orgánom príslušným na zabezpečenie činnosti procesu registrácie, predĺženia registrácie, dočasného pozastavenia registrácie, zrušenie pozastavenia registrácie a vymazania organizácie z registra organizácií začlenených do schémy pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) v súlade s požiadavkami nariadenia EP a R (ES) č. 1221/2009, rozhodnutia Komisie č. 832/2011 a zákona č. 351/2012 Z. z.).“ **Okrem požiadaviek medzinárodnej normy EN ISO 14001 je schéma EMAS doplnená niekoľkými prvkami navyše.** Vyššia kvalita EMAS spočíva v:

- **prísnejších požiadavkách na meranie, hodnotenie a sústavné zlepšovanie environmentálneho správania;**
- dodržiavaní záväzných požiadaviek pod dohľadom verejných orgánov;
- silnom **zapojení zamestnancov;**
- hlavných **ukazovateľoch environmentálneho správania**, ktoré zabezpečujú viacročné porovnanie v rámci a medzi organizáciami;
- poskytovaní informácií verejnosti cez validované environmentálne vyhlásenie;
- registrácii prostredníctvom príslušného orgánu, na základe úspešného overenia akreditovaným/licencovaným environmentálnym overovateľom.

Schéma EMAS je navrhnutá tak, aby pomáhala organizáciám zlepšovať ich environmentálne správanie za súčasného zvyšovania ich konkurencieschopnosti, napríklad cez efektívnejšie využívanie zdrojov.²

² Viac informácií na <https://www.emas.sk/co-je-to-emas-2/>

- Úrad sa vyjadril aj k navrhovateľom citovaným smerniciam, na ktorých ustanovenia o tom, že obstarávatelia nikdy nesmú vyžadovať od firiem registráciu v EMAS, alebo (úplný) súlad s požiadavkami registrácie v EMAS navrhovateľ poukázal. Úrad potvrdil, že Smernice 2004/17/ES a 2004/18/ES **nie sú v platnosti** ku dňu 18. 04. 2016.
- V súvislosti s tvrdením navrhovateľa, že certifikáciu ISO 14001 môžu získať spoločnosti celosvetovo (t. j. bez ohľadu na ich sídlo), zatiaľ čo registrácia v systéme EMAS je prístupná len pre spoločnosti so sídlom v rámci Európskej únie či Európskeho hospodárskeho priestoru, dal úrad za pravdu kontrolovanému, ktorý vo vyjadrení k námietkam navrhovateľa uvádza, cit.: „*Schéma EMAS je otvorená pre všetky sektory hospodárstva a všetky typy organizácii verejného i súkromného sektora, ktoré hľadajú spôsob ako zdokonaľiť svoje environmentálne správanie. Od roku 2010 (EMAS III) schéma umožňuje členským štátom registráciu aj mimo Európskej únie (EMAS Global).*“ Vo väzbe na uvedené, sa preto úrad nestotožnil s argumentáciou navrhovateľa, že schéma EMAS je prípustná len pre spoločnosti so sídlom v rámci EÚ či EHS. Uvedený záver vyplýva aj z verejne dostupných zdrojov <https://www.emas.sk/kto-sa-moze-zapojit-do-schemy-emas-2/> alebo https://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/leaflets/emasleaflet_sk.pdf.
- K otázke obmedzenia hospodárskej súťaže z dôvodu nízkeho počtu spoločností registrovaných v schéme EMAS v Slovenskej republike, úrad uviedol, že stav, kedy v súčasnosti v Slovenskej republike pôsobí 18 spoločností v schéme EMAS, nemožno považovať za obmedzenie hospodárskej súťaže. Úrad zároveň poukázal na to, že v predmetnom verejnom obstarávaní bolo predložených 8 ponúk, čo potvrdzuje skutočnosť, že bola zabezpečená riadna hospodárska súťaž.
- Úrad v súvislosti s preukázaním požadovanej podmienky účasti poukázal na § 34 ods. 3 ZVO, t. j. na možnosť využiť na preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti kapacity inej osoby.
- Úrad vo svojom rozhodnutí konštatoval, že cit.: „(...) *kontrolovaný v zmysle súťažných podkladov na splnenie predmetnej podmienky účasti požaduje predloženie certifikátu EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy. Kontrolovaný teda na splnenie predmetnej podmienky účasti umožňuje potenciálnym uchádzačom alternatívy, na základe ktorých možno danú podmienku účasti splniť. (...) ...požiadavka na predloženie certifikátu EMAS (v predmetnom verejnom obstarávaní kontrolovaný umožňuje splnenie predmetnej podmienky účasti aj predložením dokladu o registrácii v schéme EMAS, prípadne validovaným environmentálnym vyhlásením alebo inými rovnocennými dôkazmi) a jej vyžadovanie vo všeobecnosti diskriminačné nie je. Úrad uvádza, že v predmetnom prípade predmetná podmienka účasti, na základe ktorej kontrolovaný požaduje predloženie certifikátu EMAS, resp. doklad preukazujúci registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy vyjadruje požiadavky, resp. vyššie nároky kontrolovaného na uchádzača, čím kontrolovaný nepožaduje „minimum“, ale zvyšuje nároky na možných potenciálnych uchádzačov, čo nepredstavuje rozpor so zákonom o verejnom obstarávaní.*“
- Úrad námietky navrhovateľa **zamietol**.

Rozhodnutie Rady o odvolaní

Proti rozhodnutiu úradu podal navrhovateľ odvolanie, v ktorom uviedol, že sa nestotožňuje s rozhodnutím úradu. Navrhovateľ mal za to, že spôsob, akým bola stanovená daná podmienka účasti, odporuje smerodajným dokumentom upravujúcim zelené verejné obstarávanie, ustanoveniam zákona o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípom, pričom môže byť považovaná za diskriminačnú, neprimeranú, neprípustnú, alebo vylučujúcu, či obmedzujúcu hospodársku súťaž. O odvolaní rozhodovala Rada Úradu pre verejné obstarávanie.

Číslo rozhodnutia Rady ÚVO: 13813-9000/2020 z 5. 11. 2020

2.3. Odvolanie navrhovateľa:

- Navrhovateľ v odvolaní naďalej trval na tom, že zo znenia ustanovenia § 36 ZVO jednoznačne vyplýva, že ak verejní obstarávatelia vyžadujú od uchádzačov splnenie požiadaviek na systém environmentálneho manažérstva, môžu verejní obstarávatelia odkázať uchádzačov na splnenie týchto požiadaviek, pričom preukázanie splnenia požiadaviek na systém environmentálneho manažérstva je výlučne v rukách uchádzačov, pričom znova zdôraznil spojku „alebo“ v predmetnom ustanovení, ktorá prenecháva uchádzačom možnosť voľby, akým spôsobom preukážu splnenie požiadaviek na systém environmentálneho manažérstva.
- Navrhovateľ mal za to, že smerodajným je najmä pojem systém environmentálneho manažérstva, t. j. uchádzač musí na úspešné splnenie podmienok účasti preukázateľne disponovať systémom environmentálneho manažérstva (alebo iným dôkazom, v prípade, ak nejde o kompletne zavedený systém environmentálneho manažérstva). Podľa jeho názoru je zrejmé, že na prvej priečke pri posúdení splnenia tejto podmienky účasti, najmä z hľadiska riadneho výkladu ustanovenia § 36, je to, aby uchádzači preukázali, že spĺňajú požiadavku na systém environmentálneho manažérstva, a to bez ohľadu na to, akým konkrétnym systémom environmentálneho manažérstva disponujú.
- Podľa navrhovateľa je teda smerodajným najmä pojem „systém environmentálneho manažérstva“, a teda na prvom mieste pri posúdení splnenia tejto podmienky účasti podľa navrhovateľa je to, aby uchádzači preukázali, že spĺňajú požiadavku na systém environmentálneho manažérstva, a to bez ohľadu na to, akým konkrétnym systémom environmentálneho manažérstva disponujú. Navrhovateľ zároveň namietal, že úrad sa v rozhodnutí nevyjadril k jeho výkladu § 36 zákona o verejnom obstarávaní.
- Navrhovateľ vo svojom odvolaní zároveň poukázal aj na prax a metodiku verejného obstarávania v Českej republike, konkrétne na štyri verejné obstarávania, v ktorých verejní obstarávatelia vyžadovali od uchádzačov splnenie podmienok účasti predložením systému environmentálneho manažérstva v súlade s argumentáciou navrhovateľa.

2.4. Rozhodnutie Rady úradu:

- Z ustanovenia § 36 ZVO a § 34 ods. 1 písm. h) ZVO podľa Rady cit.: „...vyplýva, že verejný obstarávateľ **môže žiadať od uchádzačov certifikát** vydaný nezávislou inštitúciou, ktorým sa potvrdzuje splnenie požiadaviek noriem na systém environmentálneho manažérstva uchádzačom, pričom môže ísť o certifikát podľa schémy Európskej únie pre environmentálne manažérstvo a audit (EMAS) **alebo** podľa iného systému environmentálneho manažérstva podľa osobitného predpisu **alebo** podľa iného systému environmentálneho manažérstva založeného na príslušných právne záväzných aktoch Európskej únie alebo medzinárodných normách (STN ISO 14001), pričom verejný obstarávateľ **musí uznať aj rovnocenný certifikát** systému environmentálneho manažérstva **vydaný príslušným orgánom členského štátu**. Verejný obstarávateľ zároveň **musí uznať aj iné dôkazy** o opatreniach v oblasti environmentálneho manažérstva predložené uchádzačom, ktorými uchádzač preukáže, že ním navrhované opatrenia sú rovnocenné opatreniam požadovaným v rámci príslušného systému environmentálneho manažérstva alebo príslušnej normy environmentálneho manažérstva.“
- Rada má za to, že z predmetných ustanovení vyplýva, že cit.: „...verejný obstarávateľ si môže vybrať, či na účely preukázania systému environmentálneho manažérstva bude od uchádzačov požadovať predloženie certifikátu podľa schémy EMAS (ktorý je vo všeobecnosti vnímaný ako určitá „nadstavba“ k certifikátu podľa normy ISO 14001) alebo predloženie certifikátu podľa normy ISO 14001 alebo umožní preukázanie systému environmentálneho manažérstva ktorýmkoľvek z týchto certifikátov. Verejný obstarávateľ **však zároveň nemôže požadovať výlučne predloženie ním určeného certifikátu, ale musí uznať aj iné dôkazy** o opatreniach v oblasti environmentálneho manažérstva, ktorými uchádzač preukáže, že ním navrhované opatrenia sú rovnocenné opatreniam požadovaným príslušnou normou na získanie takéhoto certifikátu.“
- Rada konštatovala, že v danom verejnom obstarávaní kontrolovaný na splnenie predmetnej podmienky účasti **požadoval predloženie certifikátu EMAS, resp. registráciu v schéme EMAS, prípadne validované environmentálne vyhlásenie alebo iné rovnocenné dôkazy**. Rada má teda za to, že **kontrolovaný sa v súťažných podkladoch v tomto verejnom obstarávaní výslovne neobmedzil len na predloženie certifikátu EMAS**. „Vychádzajúc z uvedeného rada poukazuje na skutočnosť, že ani navrhovateľ, ktorý disponuje certifikátom ISO 14001, ale nedisponuje certifikátom EMAS, nebol v tomto prípade kontrolovaným „nútený“ požiadať o certifikáciu podľa schémy EMAS, nakoľko splnenie danej podmienky účasti mohol preukázať certifikátom podľa normy ISO 14001, ku ktorému by pripojil dôkazy o tom, že **všetky požiadavky schémy EMAS nad rámec certifikácie podľa normy ISO 14001 má implementované vo svojej organizácii, a tieto pri svojej činnosti uplatňuje, aj keď o tom nemá vydaný certifikát EMAS**.“
- Na základe uvedeného nemá podľa Rady výklad navrhovateľa, že verejný obstarávateľ môže požadovať iba preukázanie existencie systému environmentálneho manažérstva, pričom spôsob, akým ho preukáže, musí ponechať na samotných uchádzačoch, teda či ho preukáže certifikátom EMAS alebo certifikátom ISO 14001, **nemá žiadnu oporu v zákone o verejnom obstarávaní**, a že takýto navrhovateľom prezentovaný výklad z § 36 ZVO v nadväznosti na § 34 ods. 1 písm. h) tohto zákona **nevyplýva**.

- V nadväznosti na uvedené Rada konštatovala, že § 36 ZVO je potrebné vykladať tak, že uvádza systémy/certifikáty, ktoré môže verejný obstarávateľ požadovať, pričom z neho **nevyplýva povinnosť** verejného obstarávateľa akceptovať každý jeden druh certifikátu. Rada však zároveň dodala, že z predmetného ustanovenia rovnako jednoznačne vyplýva, že verejný obstarávateľ musí prijať aj iné dôkazy na preukázanie splnenia danej podmienky účasti, **avšak samotné predloženie certifikátu ISO 14001, bez ďalších doplňujúcich dôkazov, nemôže byť považované za rovnocenný dôkaz k systému podľa schémy EMAS, nakoľko, ako aj sám navrhovateľ priznáva, schéma EMAS má požiadavky nad rámec normy ISO 14001.**
- Rada vo svojom rozhodnutí považovala za dôležité zodpovedať aj otázku, či zákon o verejnom obstarávaní umožňuje verejným obstarávateľom mať vyššie „environmentálne“ požiadavky na uchádzačov, a teda umožňuje požadovať systém environmentálneho manažérstva na úrovni schémy EMAS, alebo zákon o verejnom obstarávaní „obmedzuje“ verejných obstarávateľov „uspokojiť sa“ so systémom environmentálneho manažérstva na úrovni normy ISO 14001, a teda akceptovať obe tieto schémy ako rovnocenné. V tejto súvislosti Rada uviedla, že podľa jej názoru **nevyplýva zo zákona** o verejnom obstarávaní výklad navrhovateľa, podľa **ktorého by verejný obstarávateľ nemohol požadovať systém environmentálneho manažérstva na úrovni schémy EMAS.** Rada zároveň podotkla, že kontrolovaný sa **neobmedzil výlučne na predloženie certifikátu EMAS,** ale v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní pripustil aj **predloženie validovaného environmentálneho vyhlásenia, ako aj predloženie iných (rovnocenných) dôkazov, ktorými by uchádzač preukázal, že požiadavky predmetného nariadenia na schému EMAS má implementované vo svojej organizácii.**
- Rada poukázala aj na skutočnosť, že v Slovenskej republike bolo v čase rozhodovania v schéme EMAS registrovaných 20 spoločností, a priamo do predmetného verejného obstarávania **predložilo ponuku 8 uchádzačov.** Preto podľa Rady **nie je možné** v danom verejnom obstarávaní **konštatovať diskriminačný charakter** stanovenej podmienky účasti, a takisto nie je na mieste konštatovať ani to, že by bola kontrolovaným v danom obstarávaní bezdôvodne obmedzená hospodárska súťaž.
- Rada sa vyjadrila aj k praxi verejného obstarávania v Českej republike, na ktorú vo svojom odvolaní navrhovateľ poukázal. Konkrétne išlo o štyri verejné obstarávania. Rada uviedla, že cit. *„...ide iba o demonštratívne príklady štyroch verejných obstarávateľov, ktorí sa rozhodli postupovať tak, že potenciálnym uchádzačom umožnili preukázať „enviro“ požiadavku akýmkoľvek spôsobom. Podľa rady je zároveň potrebné dodať, že uvedené nepreukazuje, že ide o prax všetkých verejných obstarávateľov v Českej republike, pričom zároveň je nevyhnutné poukázať aj na skutočnosť, že v prípade dvoch verejných obstarávaní uvedených navrhovateľom išlo o zákazky na čistiace/upratovacie služby.“*
- Na základe všetkých uvedených skutočností dospela Rada v odvolacom konaní k záveru, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní stanovil predmetnú podmienku účasti technickej/odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na § 36 tohto zákona v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Rada preto konštatuje, že v tomto odvolacom konaní neidentifikovala.
- Rada konštatovala, že odvolanie navrhovateľa je v celom rozsahu **nedôvodné.**

3. Rozhodnutie ÚVO v prípade uzavretia neoprávneného dodatku

Veľmi častým problémom pri verejných obstarávaníach je neoprávnené dodatkovanie uzavretých zmlúv. Táto téma bola predmetom rozhodovania ÚVO v konaní o **preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy**. Kontrolovaný verejný obstarávateľ dňa 28.2.2020 uzavrel s poskytovateľom strážnej služby spoločnosťou XY „Dodatok č.4“ k zmluve č. ZM1000007 uzatvorenej na poskytovanie strážnej služby zo dňa 12.9.2006. Konanie začal úrad na základe podnetu osoby, ktorá nebola oprávnená podať námietky na výkon kontroly postupu verejného obstarávateľa pri uzatváraní tohto dodatku.

Číslo rozhodnutia: 528-6000/2020-OD/8 z 2.11.2020 (právoplatnosť 3.12.2020)

Verejný obstarávateľ: Rozhlas a televízia Slovenska, Mlynská dolina, 845 45 Bratislava

Predmet zákazky: „Poskytovanie nepretržitej strážnej služby nehnuteľností v Bratislave, Banskej Bystrici a Košiciach“

Fakturovaná výška Dodatku č.4: 437 415,63 EUR bez DPH

Predpokladaná hodnota zákazky: 2 258 000 EUR bez DPH – nadlimitný postup

3.1. Rozhodnutie ÚVO:

Úrad podľa § 175 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní („ZVO“) uvádza, že kontrolovaný verejný obstarávateľ svojím konaním **porušil § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko **nepreukázal, že uzavretím predmetného dodatku nedošlo k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, čím nedodržel podmienku stanovenú v predmetnom ustanovení**, ktorej splnenie je nevyhnutné pre oprávnené uzatvorenie dodatku, ktorým sa mení zmluva počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, čím súčasne postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov tým, že uvedeným konaním **obmedzil riadnu hospodársku súťaž a súčasne zvýhodnil pôvodného poskytovateľa strážnej služby**, s ktorým bol uzavretý dotknutý Dodatok č. 4 k Zmluve č. ZM1000007 tým, že ostatní potenciálni záujemcovia alebo uchádzači, ktorí by vedeli a boli spôsobilí poskytnúť predmet zákazky, sa o predmetnej zákazke nedozvedeli, v dôsledku čoho **nemali zabezpečené rovnaké podmienky ako uvedený pôvodný poskytovateľ**.

Toto porušenie **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania**, za čo sa kontrolovanému uložila pokuta podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní.

3.2. Požiadavka ÚVO na kontrolovaného - dokumentácia:

Úrad dňa 14.8.2020 doručil kontrolovanému list č. 5285-6000/2020-OD/4 „**Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy**“ z 12. 8. 2020 pri uzatváraní „Dodatku č. 4“ na základe podnetu osoby, ktorá nebola oprávnená podať námietky. Úrad týmto listom vyzval kontrolovaného, aby v zmysle § 173 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **doručil úradu kompletnú dokumentáciu súvisiacu s uzatvorením Dodatku č. 4** v origináli, a to:

- **Dodatok č. 4**
- **Zmluvu č. ZM1000007 z 12. 9. 2006, vrátane všetkých jej príloh**
- **Dodatky č.1, 2 a 3 uzatvorených k predmetnej zmluve**

3.3. Zistenia ÚVO:

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:

- **Kontrolovaný je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. d) ZVO.**
- **Kontrolovaný ako objednávateľ uzavrel dňa 12.9.2006 s úspešným uchádzačom Zmluvu na poskytovanie strážnej služby č. ZM1000007, ako výsledok postupu zadávania nadlimitnej zákazky na poskytnutie služby na predmet „Strážna služba“, postupom užšej súťaže.**
- **Následne kontrolovaný ako objednávateľ postupne uzavrel s poskytovateľom strážnej služby:**
 - **Dodatok č. 1 k Zmluve č. ZM1000007 dňa 8. 10. 2010**
 - **Dodatok č. 2 k Zmluve č. ZM1000007 dňa 1. 10. 2013**
 - **Dodatok č. 3 k Zmluve č. ZM1000007 dňa 23. 8. 2016**
 - **Dodatok č. 4 k Zmluve č. ZM1000007 dňa 28. 2. 2020**
- **Kontrolovaný vo väzbe k predmetnému Dodatku č. 4 vystavil faktúry v celkovom objeme 437 415,63 EUR bez DPH, resp. 524 898,76 EUR s DPH.**
- **Úrad vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy. Zároveň úrad v zmysle § 173 ods. 14 ZVO kontrolovanému oznámil, že zistené skutočnosti uvedené vo výzve sú správnym deliktom podľa § 182 ods. 2 písm. d) ZVO, za ktorý mu úrad zamýšľa uložiť pokutu vo výške 13 100 EUR a zároveň ho úrad informoval, že ak v lehote do 5 pracovných dní od doručenia výzvy, oznámi úradu, že so všetkými zistenými skutočnosťami uvedenými vo výzve súhlasí v plnom rozsahu, pokuta sa zníži o 50 %.**

3.4. Posúdenie úradom a vyjadrenie verejného obstarávateľa

Úrad preskúmal úkony kontrolovaného v danom postupe po uzavretí zmluvy najmä z dokumentácie predloženej kontrolovaným a verejne dostupných zdrojov.

- Z rozsahu dokumentácie predloženej kontrolovaným a rovnako z interných systémov úradu bolo zrejmé, že kontrolovaný ako objednávateľ uzavrel s úspešným uchádzačom ako poskytovateľom Zmluvu č. ZM1000007 dňa 12. 9. 2006, ako **výsledok postupu zadávania nadlimitnej zákazky na poskytnutie služby na predmet „Strážna služba“**, postupom užšej súťaže, vyhlásenej zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 102/2006 z 30. 5. 2006 pod zn. 6070 - MUS podľa zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Oznámenie o výsledku verejného obstarávania bolo zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 178/2006 z 19. 9. 2006 pod zn. 8634 -VUS.
- Predmetom uzavretej zmluvy z r.2006 **bolo poskytovanie nepretržitej strážnej služby nehnuteľností objednávateľa v Bratislave, Banskej Bystrici a Košiciach.**“
- Cena predmetu zmluvy č. ZM1000007 bola stanovená v súlade z. č. 18/1996 Z. z. o cenách v znení neskorších predpisov na základe ponuky uchádzača v užšej súťaži, a to vo výške **110,- Sk bez DPH osobo/hodina**, s 19 % DPH, čo predstavovalo SK 130,90.
- **Objednávateľ podľa uvedenej zmluvy mal akceptovať zmenu ceny iba v prípade:**
 - legislatívnych zmien DPH,
 - ročného nárastu inflácie o priemernej ročnej miere 10 %, vyhlásenej ŠÚ SR, s účinnosťou pre príslušný nasledujúci rok, a to na základe odsúhlaseného písomného návrhu poskytovateľa,
 - povinného rozšírenia alebo zúženia predmetu zmluvy. (...)“
- **Zmluva bola uzatvorená na dobu neurčitú, a to od 1. 10. 2006.**“
- Následne kontrolovaný ako objednávateľ postupne uzavrel s poskytovateľom strážnej služby:
 - **Dodatok č. 1 k Zmluve č. ZM1000007 z 8. 10. 2010** v celkovom objeme plnenia vo výške **869 382,87 EUR bez DPH**, resp. 1 043 259,44 EUR s DPH,
 - **Dodatok č. 2 k Zmluve č. ZM1000007 z 1. 10. 2013** v celkovom objeme plnenia vo výške **1 852 510,62 EUR bez DPH**, resp. 2 223 014,19 EUR s DPH,
 - **Dodatok č. 3 k Zmluve č. ZM1000007 z 23. 8. 2016** v celkovom objeme plnenia vo výške **2 195 199,56 EUR bez DPH**, resp. 2 634 239,47 EUR s DPH.
 - **Dodatok č. 4 k Zmluve č. ZM1000007 z 28. 2. 2020 v zmysle § 18 ods. 1 písm. e) ZVO** v celkovom súčte očakávaných nákladov (4 roky) **2 258 000 EUR bez DPH**
- V Dodatku č. 4 bola uvedená „**Cena predmetu zmluvy**“ na sumu **6,50 EUR bez DPH za osobohodinu výkonu strážnej služby a bola stanovená v zmysle zákona č. 18/1996 Z. z. v platnom znení. DPH je vo výške platnej zákonnej úpravy.**

- Úrad uviedol, že **porovnaním pôvodnej zmluvnej ceny v Zmluve č. ZM1000007 vo výške 3,65 EUR bez DPH, t. j. 4,34 EUR s DPH (110,00 SK bez DPH, t. j. 130,90 SK s DPH) za osobohodinu a zmluvnej ceny Dodatku č. 4 vo výške 6,50 EUR bez DPH, t. j. 7,80 EUR s DPH vyplýva, že kontrolovaný navýšil zmluvnú cenu za osobohodinu o 2,85 EUR bez DPH, t. j. 3,42 EUR s DPH, čo predstavuje navýšenie o 78 % hodnoty pôvodnej Zmluvy.**
- Úrad sa v danom prípade zaoberal skutočnosťou, či zmena, ktorá je predmetom Dodatku č. 4 k pôvodnej Zmluve č. ZM1000007 je zmenou podľa § 18 ods. 1 písm. e) ZVO, a teda, či ide o zmenu, ktorou nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, pričom táto možnosť zmeny obsahuje požiadavku, že nemôže ísť o podstatnú zmenu zmluvy, ktorú upravuje ustanovenie § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
- Z predloženej dokumentácie v rámci predmetného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, konkrétne vo väzbe k predmetnému Dodatku č. 4 ďalej vyplýva, že **kontrolovaný vystavil faktúry za obdobie od 1. 3. 2020 do 31. 8. 2020 v celkovom objeme 437 415,63 EUR bez DPH, resp. 524 898,76 EUR s DPH.**
- K predmetnému úrad požiadaval kontrolovaného o „**odôvodnenie, na základe akých skutočností stanovil k Dodatku č. 4 zmluvne dohodnutú čiastku vo výške 2 709 600,00 €, ktorá je na stránke www.crz.gov.sk, nakoľko v samotnom Dodatku č. 4 je uvedená iba cena za osobohodinu výkonu strážnej služby vo výške 6,50 EUR bez DPH.**
- Kontrolovaný poskytol úradu vyjadrenie, v ktorom o. i. uviedol, že Dodatok č. 4 vo výške: **2 709 600 EUR s DPH je súčtom očakávaných nákladov na 4 roky**, čo však neznamená, že verejný obstarávateľ bude čerpať z tejto zmluvy celé nasledujúce 4 roky a nemá záujem o vyhlásenie nového verejného obstarávania v prípade, že by sa zmenili požiadavky na podmienky poskytovania predmetných služieb, tak aby stále svojím konaním zabezpečil efektívne a hospodárne vynakladanie finančných prostriedkov v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
- Z predmetného teda vyplýva, že kontrolovaným stanovený súčet očakávaných nákladov za poskytovanie strážnej služby počas trvania Dodatku č. 4 (4 roky) vo výške 2 709 600 EUR s DPH zo strany poskytovateľa strážnej služby, **predstavuje predpokladanú hodnotu vo výške 2 258 000 EUR bez DPH, čo z hľadiska finančných limitov stanovených pre verejných obstarávateľov § 7 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní determinuje nadlimitnú zákazku na poskytnutie služby podľa § 5 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.**
- Kontrolovaný v nadväznosti na vyššie uvedené poskytol úradu zdôvodnenie uzavretia Dodatku č. 4 tak, že nakoľko počas trvania Zmluvy prišlo k legislatívnym zmenám v oblasti zamestnanosti a k úpravám v zákone č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce, konkrétne prišlo k navýšeniu výšky minimálnej mzdy, odvodov zo mzdy do verejného poistenia, k legislatívnym zmenám v príplatkoch za prácu cez noc, víkendy a sviatky, k zavedeniu príspevku na rekreáciu, k zmene výšky inflácie, poskytovateľ strážnej služby požiadaval verejného obstarávateľa o zvýšenie hodinovej sadzby z pôvodnej ceny 4,60 EUR bez DPH/hod. na novú cenu 6,90 EUR bez DPH/hod..

- Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatoval, že v **Dodatku č. 4 uvedená potreba zmeny** Zmluvy č. ZM1000007 **týkajúca sa navýšenia hodnoty pôvodnej zmluvy, resp. zvýšenia hodinovej sadzby za poskytovanie strážnej služby** z dôvodu, že počas trvania tejto zmluvy prišlo k legislatívnym zmenám v oblasti zamestnanosti a k úpravám v Zákonníku práce, konkrétne k navýšeniu výšky minimálnej mzdy, odvodov zo mzdy do verejného poistenia, k legislatívnym zmenám v príplatkoch za prácu cez noc, víkendy a sviatky, k zavedeniu príspevku na rekreáciu a k zmene výšky inflácie, **nemôže byť považovaná za zmenu podľa § 18 ods. 1 písm. e) ZVO, keďže v Zmluve č. ZM1000007 boli stanovené dôvody zmeny v rozsahu:**

- legislatívnych zmien DPH
- ročného nárastu inflácie o priemernej ročnej miere 10 %, vyhlásenej ŠÚ SR, s účinnosťou pre príslušný nasledujúci rok, a to na základe odsúhlaseného písomného návrhu poskytovateľa,
- povinného rozšírenia alebo zúženia predmetu zmluvy.“

s poukazom na to, že dotknutým **Dodatkom č. 4 došlo k navýšeniu hodnoty pôvodnej zmluvy o 78 %**, pričom podľa súčtu očakávaných nákladov za poskytovanie strážnej služby počas trvania tohto dodatku vo výške 2 709 600 EUR s DPH predstavuje **predpokladanú hodnotu vo výške 2 258 000 EUR bez DPH**, ktorá z hľadiska **finančných limitov** stanovených pre verejných obstarávateľov § 7 ods. 1 písm. d) ZVO **determinuje nadlimitnú zákazku** na poskytnutie služby podľa § 5 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

- Ďalej kontrolovaný verejný obstarávateľ uviedol, že neakceptoval prvotný cenový návrh poskytovateľa na navýšenie ceny za hodinu poskytovania strážnej služby a vyrokoval ešte zníženie na úroveň zazmluvnenej ceny, t. j. na sumu 6,50 EUR bez DPH/hod. výkonu strážnej služby. Kontrolovaný verejný obstarávateľ odôvodnenie uzatvorenia Dodatku č. 4 argumentoval tým, že síce dochádza k navýšeniu odplaty pre poskytovateľa, avšak len o nevyhnutnú čiastku, ktorá pokrýva zvýšené náklady v dôsledku zmeny právnych predpisov v oblasti zamestnanosti a zmien v Zákonníku práce. Nemožno teda podľa názoru kontrolovaného verejného obstarávateľa hovoriť o zvýhodnení poskytovateľa, teda o zlepšení jeho ekonomického postavenia za súčasného znevýhodnenia verejného obstarávateľa/objednávateľa. Zároveň podľa kontrolovaného verejného obstarávateľa nie je dôvodné predpokladať, že by takouto zmenou ekonomického postavenia došlo k prilákaniu iných záujemcov.“
- K predmetnému úrad uvádza, že v zásade platí, že zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva uzavretá ako výsledok verejného obstarávania sa nemá meniť. **Zmena zmluvy je možná len v prípadoch výslovne ustanovených v zákone o verejnom obstarávaní.** Podmienky uzatvorenej zmluvy by mali odrážať záväzky prijaté v ponuke úspešného uchádzača.
- **Základným pravidlom úpravy zmeny zmluvy je, že verejný obstarávateľ nesmie umožniť podstatnú zmenu zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania po dobu jej trvania bez uskutočnenia nového verejného obstarávania. Prípustné sú teda len nepodstatné zmeny a taktiež zmeny, ktoré by inak bolo možné považovať za podstatné, zákon ich však explicitne uvádza ako osobitné dôvody (výnimky) z povinnosti uskutočniť nové verejné obstarávanie. Zároveň platí, že akákoľvek iná**

zmena zmluvy, než zmena podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní je dôvodom na uplatnenie nového postupu verejného obstarávania.

- Zodpovednosť za výber a následné použitie postupu zadávania zákazky alebo koncesie, resp. rozhodnutie o zmene zmluvy, je v konečnom dôsledku na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi. **Inštitút zmeny zmluvy počas jej trvania predstavuje de facto výnimku zo súťažných postupov verejného obstarávania a je potrebné vykladať ho a aplikovať reštriktívnym spôsobom. Uplatnenie zmeny zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní musí byť založené na preukázaní splnenia konkrétnej podmienky pre zmenu zmluvy**, pretože akákoľvek iná zmena zmluvy, než je zmena povolená podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní, je dôvodom na realizáciu nového postupu verejného obstarávania. Každú takúto zmenu zmluvy je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ **povinný náležite odôvodniť a preukázať**.
- **Princíp transparentnosti** o. i. spočíva aj v zabezpečení zodpovedajúceho stupňa zverejnenia pre každého potenciálneho uchádzača tak, aby to umožnilo príslušnému trhu otvoriť sa hospodárskej súťaži a zabezpečiť neustrannosť procesu verejného obstarávania, ktorý musí byť preskúmateľný (rozsudok Súdneho dvora z 12. decembra 2002 vo veci C-470/99, Universale-Bau a i.). Z uvedeného je teda zjavné, že kontrolovaný **nepostupoval v súlade s princípom transparentnosti** v nadväznosti na predmetný skutkový stav najmä tým, že **pri uzatváraní Dodatku č. 4 nepreukázal odôvodnenosť použitia postupu uzatvárania predmetného dodatku podľa § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní**, t. j. v dôsledku tejto skutočnosti **nezverejnil žiadnym spôsobom postup verejného obstarávania, čo spôsobilo, že potenciálni záujemcovia/uchádzači nemali žiadnu vedomosť o zadávaní predmetných služieb spočívajúcich v poskytovaní strážnej služby, a tým sa obmedzila riadna hospodárska súťaž**.
- **K princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov** úrad uviedol, 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 dvora, vec C-234/03 Contse SA). **Zákaz diskriminácie zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielného zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej**, pokiaľ táto vedie v podstate k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo uchádzačmi).
- Úrad v súvislosti s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov tiež uviedol, že kontrolovaný **zvýhodnil pôvodného poskytovateľa strážnej služby**, s ktorým bol uzavretý dotknutý Dodatok č. 4 k Zmluve č. ZM1000007 tým, že ostatní **potenciálni záujemcovia alebo uchádzači, ktorí by vedeli a boli spôsobilí poskytnúť predmet zákazky sa o predmetnej zákazke nedozvedeli**, v dôsledku čoho **nemali zabezpečené rovnaké podmienky ako uvedený pôvodný poskytovateľ**.
- Na základe uvedeného úrad preto konštatoval, že **kontrolovaný verejný obstarávateľ uzavretím Dodatku č. 4 k Zmluve č. ZM1000007 postupoval v rozpore s § 18 ods. 1 písm. e) ZVO, nakoľko nepreukázal, že uzavretím predmetného dodatku nedošlo k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy**, a teda nedodrжал podmienku stanovenú

v predmetnom ustanovení, ktorej splnenie je nevyhnutné pre oprávnené uzatvorenie dodatku, ktorým sa mení zmluva počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, čím **súčasne postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, a to **princípom transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov**.

- **Kontrolovaný verejný obstarávateľ obmedzil riadnu hospodársku súťaž**, keďže zmenil pôvodnú Zmluvu počas jej trvania v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, čím **sa neuskutočnil riadny výber úspešného uchádzača/zmluvného partnera a obmedzila sa tak účasť aj iných potenciálnych záujemcov alebo uchádzačov poskytujúcich na trhu predmetné služby**, resp. strážnu službu **a súčasne** nakoľko v danom prípade bol v poskytovaní strážnej služby **zvýhodnený a uprednostnený výlučne pôvodný poskytovateľ** strážnej služby, v dôsledku čoho bola ostatným subjektom **odopretá možnosť zapojiť a zúčastniť sa spravodlivej hospodárskej súťaže** na poskytovanie predmetnej služby, **nie je preto možné vylúčiť, že by ich ponuka bola výhodnejšia v porovnaní s výškou dohodnutej/zazmluvnenej ceny za poskytovanie predmetnej služby**. Uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní malo vplyv na výsledok verejného obstarávania.

3.5. Odporúčania ÚVO:

Aby kontrolovaný verejný obstarávateľ v budúcnosti predišiel porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, **úrad mu odporučil**, aby pri uzatváraní akýchkoľvek dodatkov k zmluvám, ktoré sú výsledkom verejného obstarávania v zmysle ZVO postupoval explicitne v súlade s príslušnými ustanoveniami ZVO, tak aby boli preukázateľne splnené zákonné podmienky na ich uzavretie.

4. Vylúčený uchádzač uspel s námietkami v časti zákazky železníc na nápojové poukážky

Úrad pre verejné obstarávanie (ÚVO) v predposlednom mesiaci tohto roka rozhodol aj v prípade verejnej súťaže **Železníc Slovenskej republiky (ŽSR) na zabezpečenie občerstvenia a stravovacích služieb formou nápojových poukážok a elektronických stravovacích kariet**. Dôvodom boli námietky uchádzača proti vylúčeniu z 2. časti zákazky na nápojové poukážky pre nesplnenie podmienok uvedených v súťažných podkladoch.

Štátny operátor železničnej infraštruktúry má na základe rozhodnutia úradu z 13. novembra 2020 odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť svoje rozhodnutie o vylúčení ponuky navrhovateľa v 2. časti tendra z 30. septembra tohto roka. Zároveň má zaradiť ponuku navrhovateľa späť do procesu verejnej súťaže a opätovne ju vyhodnotiť z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky. Železničari na to majú tridsať dní od nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.

Číslo rozhodnutia: 14644-6000/2020-OD z 13.11.2020 (právoplatnosť 28.11.2020)

Verejný obstarávateľ: Železnice Slovenskej republiky

Navrhovateľ: vylúčený uchádzač

Predmet zákazky: „Zabezpečenie občerstvenia a stravovacích služieb formou nápojových poukážok a elektronických stravovacích kariet“

Oznámenie zákazky č. 21793 – MSS :

<https://www.uvo.gov.sk/vestnik/oznamenie/detail/452129>

Predpokladaná hodnota zákazky: 30 432 000 EUR bez DPH – nadlimitný postup

Rozdelenie na časti: 1.časť - Elektronické stravovacie karty (29 640 000 Eur bez DPH)

2.časť – Nápojové poukážky (792 000 Eur bez DPH)

4.1. Rozdelená zákazka za tridsať miliónov eur

Zákazku na tri roky (36 mesiacov) a za predpokladanú hodnotu 30,432 milióna eur bez dane z pridanej hodnoty železničari rozdelili na dve časti. Prvú časť tendra na elektronické stravovacie karty za odhadované náklady 29,64 milióna eur bez DPH už uzavreli a s vybraným poskytovateľom služieb podpísali rámcovú dohodu. Druhá časť súťaže na nápojové poukážky predbežne za 792-tisíc eur bez DPH ešte pokračuje.

Uchádzači mali v rámci podmienok účasti splniť aj požiadavku na poskytnutie služieb za predošlé tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania v uvedenej oblasti – v 1. časti zákazky v celkovom objeme minimálne 15 miliónov eur a v 2. časti vo výške najmenej 500-tisíc eur bez DPH.

4.2. Porušenia mohli mať vplyv na výsledok

Kontrolovaný (ŽSR) v prípade 2. časti tendra podľa úradu postupoval v rozpore s § 53 ods. 5 písm. b) a písm. g) a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Z oznámenia o vylúčení navrhovateľa totiž nie je zrejmé, na základe akých skutkových a právnych záverov došiel k rozhodnutiu vylúčiť jeho ponuku z predmetného postupu zadávania zákazky pre nesplnenie požiadaviek na predmet zákazky. Kontrolovaný porušil aj § 53 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keďže nevyužil inštitút vysvetlenia ponuky, keď zistil, že údaje uvedené v zozname akceptačných miest, ktorý je súčasťou ponuky navrhovateľa, sa nezhodujú so skutočnosťami, ktoré zistil počas preverovania tohto zoznamu, presnejšie s tvrdeniami získanými od vybraných akceptačných miest.

„Nakoľko z oznámenia o vylúčení, z čiastkovej zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti a z vyhodnotenia ponúk a ani z iných dokumentov sprístupnených

úradu nie je zrejmé, prečo kontrolovaný navrhovateľom predložené doklady - špecifikáciu ponúknutej papierovej nápojovej poukážky vyhodnotil za nespĺňajúce požiadavky na predmet zákazky a z akého konkrétneho dôvodu sa navrhovateľ rozhodol z príslušnej časti predmetu zákazky danej verejnej súťaže vylúčiť pre jej nesplnenie, kontrolovaný postupoval v rozpore s § 24 ods. 1 v spojitosti s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti,“ zdôvodnil ďalej úrad svoje rozhodnutie. Kontrolovaný tak svojim konaním urobil proces vyhodnocovania ponúk nekontrolovateľným, netransparentným a v rozpore s uvedenými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.

Porušenia zákona o verejnom obstarávaní podľa rozhodnutia ÚVO mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. V tejto fáze 2. časti súťaže na nápojové poukážky nie je možné jednoznačne konštatovať, že by predmetné verejné obstarávanie viedlo k výberu takého zmluvného partnera, ktorý by vzišiel zo zákazky zadávanej v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

Úrad preto nariadil odstrániť protiprávny stav podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v zmysle výroku tohto rozhodnutia. S poukázaním na konštatované porušenia zákona o verejnom obstarávaní totiž nemožno jednoznačne vysloviť záver, že by predmetný postup zadávania zákazky nevykazoval znaky porušenia tohto zákona bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania.

4.3. Dôvody vylúčenia zo súťaže

- Navrhovateľ v úvode námietok uvádza, že do predmetnej verejnej súťaže predložil svoju ponuku dňa 6. 7. 2020 a to pre časť 2 – „Nápojové poukážky“. Navrhovateľ následne poukazuje na to, že kontrolovaný mu prostredníctvom IS EVO dňa 21. 7. 2020 zaslal žiadosť o vysvetlenie ponuky – časť 2, v ktorej od navrhovateľa požadoval predloženie, cit.: „bližšej špecifikácie a popisu ponúknutej papierovej nápojovej poukážky, ktorým by uchádzač preukázal splnenie minimálnych požadovaných náležitostí zadefinovaných v kapitole B.1 Opis predmetu zákazky súťažných podkladov“.
- Navrhovateľ v nadväznosti na to uvádza, že kontrolovanému dňa 29. 7. 2020 doručil vysvetlenie ponuky, v rámci ktorého doplnil niektoré podrobnejšie informácie k popisu požiadaviek na predmet zákazky uvedených v ponuke, konkrétne k parametrom nápojových poukážok. Zároveň navrhovateľ v rámci predmetného vysvetlenia vyhlásil, že „nim ponúkané plnenie spĺňa všetky požiadavky na predmet zákazky, ktoré Kontrolovaný uviedol v Kapitole B.1 Opis predmetu zákazky pre časť 2 - Nápojové poukážky vrátane podrobných podmienok plnenia uvedených v Kapitole B.3 Obchodné podmienky poskytovania príslušnej časti predmetu zákazky súťažných podkladov k Verejnej súťaži. Vysvetlením ponuky nedošlo k zmene ponuky“.
- Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný mu dňa 30. 9. 2020 prostredníctvom IS EVO zaslal oznámenie o vylúčení z predmetnej verejnej súťaže pre časť 2 – nápojové poukážky, a to z dôvodu, že z výstupov z písomného oslovenia prevádzok, ktoré majú akceptovať papierové nápojové poukážky, ani jeden z oslovených subjektov (prevádzok, resp. zastupujúcich prevádzky), ktoré písomne odpovedali na žiadosť

obstarávateľa, nepotvrdil akceptáciu/použitie papierových nápojových poukážok vo svojich prevádzkach.

- **Na základe toho komisia obstarávateľa na vyhodnotenie ponúk konštatovala, že ponuka uchádzača aj v znení vysvetlenia ponuky z 29. júla nespĺňa požiadavky na predmet zákazky uvedené v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky.**
- **Zároveň uchádzač podľa kontrolovaného vo svojej ponuke poskytol nepravdivé a skreslené informácie s podstatným vplyvom na vyhodnotenie ponúk, kde v rozpore so skutočnosťou deklaroval možnosť budúceho plnenia predmetu zákazky na akceptačných miestach, ktoré papierové nápojové poukážky neakceptujú.**
- **Podľa kontrolovaného z ponuky uchádzača aj v znení vysvetlenia ponuky zo dňa 29. 7. 2020 a zároveň z preverenia akceptačných miest jasne vyplýva, že uchádzač nie je schopný zabezpečiť riadne plnenie Rámcovej dohody na zabezpečenie občerstvenia formou papierových nápojových poukážok.**
- **Navrhovateľ má za to, že ním ponúkané plnenie spĺňa všetky požiadavky na predmet zákazky uvedené v súťažných podkladoch k predmetnej verejnej súťaži v Kapitole B.1 „Opis predmetu zákazky“ pre časť 2 – Nápojové poukážky a v Kapitole B.3 „Obchodné podmienky poskytovania predmetu zákazky“ a na základe tohto dôvodu navrhovateľ podáva proti vylúčeniu jeho ponuky námietky.**
- Navrhovateľ doručil námietky úradu a kontrolovanému 12. októbra.

4.4. Zmluva o spolupráci pri akceptácii poukážok

Navrhovateľ následne poukázal na to, že kontrolovaný písomne oslovil vybraných päť subjektov k overeniu akceptácie nápojových poukážok v prevádzkach, ktoré navrhovateľ uviedol vo svojej ponuke v zozname subjektov, ktoré akceptujú použitie nápojových poukážok. Ako k tomu poznamenal, so všetkými vybranými akceptačnými miestami má uzatvorenú zmluvu o spolupráci pri akceptácii poukážok.

Podľa navrhovateľa je neakceptovateľné, ak kontrolovaný svoje rozhodnutie o vylúčení založil len na nepodložených tvrdeniach vybraných akceptačných miest a nie na riadne preukázanom skutkovom stave. Ak by ho kontrolovaný požiadal o vysvetlenie, predložil by mu aj riadne potvrdenie od konkrétneho akceptačného miesta o tom, že akceptuje aj papierové poukážky.

Dôvod vylúčenia uchádzača z verejného obstarávania musí byť podľa navrhovateľa založený na riadnom preskúmaní za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. Ako pokračoval, k vylúčeniu možno pristúpiť až po dôkladnom preskúmaní a zhodnotení všetkých predložených dokladov vo väzbe na stanovené požiadavky, ako aj doklady požadované na preukázanie ich splnenia. Vylúčenie podľa navrhovateľa totiž predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača zúčastniť sa verejného obstarávania.

4.5. Ponuka sa umiestnila na prvom mieste

Navrhovateľ tiež poukázal na to, že kontrolovaný v podmienkach verejnej súťaže pre 2. časť zákazky neuviedol požiadavku pre minimálny počet prevádzok, ktoré musia akceptovať

papierovú formu poukázok. Preto argumentoval tým, že ak by čo aj jedno akceptačné miesto v okolí pracovísk kontrolovaného na celom území Slovenska v kategórii maloobchodné prevádzky a reštaurácie existovalo, kontrolovaný by musel predložený zoznam bez výhrad akceptovať.

Ponuka navrhovateľa pre 2. časť predmetu zákazky sa podľa zápisnice z otvárania ponúk umiestnila na prvom mieste. Navrhovateľ v tomto kontexte uviedol, že kontrolovaný v rozpore s princípom hospodárnosti vylúčil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku bez zistenia náležitého skutkového stavu za použitia nesporných dôkazných prostriedkov. Navrhovateľ má za to, že ponuka, ktorú predložil, spĺňa všetky stanovené podmienky a v prípade, že by bola vyhodnotená ako úspešná, je pripravený uzavrieť s kontrolovaným zmluvu za stanovených podmienok a riadne ju plniť.

Navrhovateľ v závere námietok poznamenal, že kontrolovaný musí zrušiť svoje rozhodnutie o vylúčení jeho ponuky z verejnej súťaže a opätovne ju vyhodnotiť v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Zároveň navrhol, aby úrad nariadil kontrolovanému zrušiť rozhodnutie o vylúčení jeho ponuky a opätovne ju zaradiť do procesu hodnotenia.

4.6. Odporúčania úradu železničiam

ÚVO v závere svojho rozhodnutia informoval, že kontrolovaný má v budúcnosti venovať zvýšenú pozornosť dodržiavaniu všetkých princípov verejného obstarávania, a to v celom procese postupu zadávania zákazky. **„Aby sa kontrolovaný v budúcnosti vyhol zistenému nezákonnému konaniu, musí v prvom rade postupovať transparentne tak, že riadne preskúma skutkový stav ohľadom preukazovania splnenia požiadaviek na predmet zákazky a zároveň v dokumentácii uvedené náležite zdokumentuje tak, aby bolo zrejmé, aké boli dôvody, ktoré ho viedli k jednotlivým krokom pri postupe vyhodnocovania splnenia požiadaviek na predmet zákazky podľa § 53 tohto zákona a k záveru vylúčiť uchádzača z verejného obstarávania,“** upozornil úrad.

Kontrolovaný by mal tiež dostatočne overiť sporné skutočnosti a s určitosťou vedieť preukázať naplnenie zákonných znakov pre vylúčenie ponuky uchádzača, pretože vylúčenie predstavuje najtvrdší zásah do práv uchádzača. Kontrolovaný má k nemu pristúpiť až po dôkladnom zhodnotení a preskúmaní všetkých skutočností. **Podľa úradu je potrebné, aby kontrolovaný v prípade identifikovania nejasností a nezrovnalostí uplatnil inštitút vysvetlenia a/alebo doplnenia predložených dokladov, a to v prípade potreby aj opakovane.**

Takáto žiadosť o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov podľa úradu nesmie byť však formulovaná všeobecne, ale musí byť konkrétna a zrozumiteľná. Malo by z nej byť zrejmé čo kontrolovaný požaduje vysvetliť, resp. doplniť a zároveň musí obsahovať aj úvahy a závery kontrolovaného, ktoré ho viedli k využitiu inštitútu vysvetlenia, či doplnenia predložených dokladov. **„Kontrolovaný by mal využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač posudzované požiadavky na predmet zákazky splnil alebo nesplnil a vylúčiť ho až po preverení všetkých skutočností a po utvrdení sa, že požiadavky na predmet zákazky neboli splnené,“** dodal úrad. V takom prípade by mal kontrolovaný v súlade s princípom

transparentnosti uviesť konkrétne dôvody, na základe ktorých sa rozhodol pristúpiť k vylúčeniu uchádzača.

5. Nariadenie zrušenia použitého postupu zadávania zákazky – odvolanie „Poradenské služby“

Úspešný uchádzač (odvolateľ) podal odvolanie proti rozhodnutiu Úradu pre verejné obstarávanie vydanému v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, v ktorom úrad nariadil kontrolovanému zrušiť použitý postup zadávania zákazky. V napadnutom rozhodnutí sa rada zaoberala dvoma zistenými skutočnosťami, ktoré mohli mať podľa úradu vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Číslo rozhodnutia: 10806-9000/2020

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 4318- 6000/2020

Verejný obstarávateľ: Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky

Odvolateľ: úspešný uchádzač

Predmet zákazky: Poskytnutie poradenských služieb pre programy Európskej únie a iných poradenských služieb pre rezort Ministerstva životného prostredia Slovenskej republiky

5.1. Zistená skutočnosť č. 1 ***Neprimeraná podmienka účasti***

Úrad konštatoval, že kontrolovaný pri stanovovaní podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to najmä princípmi rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie hospodárskych subjektov a proporcionality tým, že neumožnil uchádzačom preukazovať úspešné poskytnutie služieb obdobných, ako je predmet zákazky, bez ohľadu na to, či odberateľom bol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné, pričom toto porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

5.2. Zistenia Rady ÚVO:

- Z kontrolovaným stanovej podmienky účasti „Technická a odborná spôsobilosť“, resp. z jej minimálnej požadovanej úrovne štandardov vyplynulo, že uchádzači za účelom preukázania jej splnenia mali predložiť minimálne jednu zákazku v stanovenej minimálnej výške, ktorej predmetom bolo riadenie IT projektu, **ktorý sa týkal subjektu rozhodujúceho o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné**, a minimálne jednu zákazku, ktorej predmetom bola optimalizácia procesov, ktoré sa týkali **subjektu, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné**. **Splnenie danej podmienky teda kontrolovaný naviazal výlučne na tie zákazky, kde odberateľom bol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné.**
- Pri odôvodnení primeranosti stanovenej podmienky účasti v súťažných podkladoch kontrolovaný uviedol, že stanovená podmienka účasti vyplýva z potreby preukázania minimálnych praktických skúseností uchádzača s poskytovaním služieb rovnakého alebo obdobného charakteru ako je tento predmet zákazky. Požadované referencie vychádzajú z kľúčových aktivít v rámci predmetu zákazky. Minimálne hodnoty požadovaných referencií vychádzajú z očakávaného podielu zodpovedajúcich aktivít na predpokladanej hodnote zákazky a náročnosti obstarávaných služieb. Podmienka účasti je primeraná a jej potreba vyplynula z dôvodu overenia skutočnosti, či uchádzači disponujú odbornými skúsenosťami z oblasti predmetu zákazky, resp. s obdobnými odbornými skúsenosťami a sú oprávnení a schopní ho dodať. Splnenie tejto podmienky účasti by malo zaručiť, že uchádzač ovláda problematiku nevyhnutnú na poskytnutie tohto predmetu zákazky.
- Na žiadosť úradu o vysvetlenie, koho kontrolovaný považuje za subjekty, ktoré rozhodujú o právach a povinnostiach, a ktorých rozhodnutia sú právne vynútiteľné, tento odpovedal, cit.: „Kritériom pre určenie či iný subjekt koná ako orgán verejnej moci, je skutočnosť, či konkrétny subjekt rozhoduje o právach a povinnostiach iných osôb a tieto rozhodnutia sú štátnou mocou vynútiteľné, či môže štát do týchto práv a povinností zasahovať.“
- Úrad vo svojom rozhodnutí poukázal na skutočnosť, že kontrolovaný neakceptoval zákazky, kde konečným odberateľom služby bol subjekt, ktorý je verejným obstarávateľom podľa § 7 ZVO, nakoľko uvedený subjekt podľa kontrolovaného nenapĺňa znaky orgánu verejnej moci, keďže ho podľa kontrolovaného nemožno podradiť pod pojem „subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné“.
- Úrad ďalej konštatoval, že na účasti v predmetnom verejnom obstarávaní boli obmedzení nielen záujemcovia alebo uchádzači, ktorých odberateľmi poskytnutých služieb boli iné osoby ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, ale súčasne aj záujemcovia alebo uchádzači, ktorých odberateľmi boli vybraní verejní obstarávatelia podľa § 7 ZVO, u ktorých síce nie je vylúčené, že by boli schopní plniť predmet obstarávanej zákazky v požadovanej kvalite a kvantite, avšak kontrolovaným stanovenú požiadavku by nespĺnili.
- Vo väzbe na takto kontrolovaným stanovenú podmienku účasti úrad konštatoval, že požiadavka kontrolovaného spočívajúca v preukázaní predchádzajúcich skúseností výlučne u subjektu, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné, a teda úzko špecifikovaným okruhom odberateľom, nijakým spôsobom nepreukazuje vyššiu odbornú alebo technickú spôsobilosť poskytnúť požadovaný predmet zákazky, a teda kontrolovaný mal umožniť záujemcom alebo uchádzačom preukazovať technickú alebo odbornú spôsobilosť aj skúsenosťami s poskytovaním požadovaných

služieb, ktorých odberateľmi boli subjekty, ktoré nerozhodujú o právach a povinnostiach, a ktorých rozhodnutia nie sú právne vynútiteľné, nakoľko na relevantnom trhu existoval v čase zadávania predmetnej zákazky len úzky okruh hospodárskych subjektov schopných preukázať splnenie uvedenej podmienky účasti vo väzbe na kontrolovaným stanovenú spornú požiadavku.

- Keďže podľa úradu nebolo preukázané, že predchádzajúce skúsenosti uchádzačov s poskytovaním požadovaných služieb, kde odberateľom ale nebol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné, by mohlo mať z kvalitatívneho hľadiska negatívny vplyv na plnenie predmetu obstarávanej zákazky zo strany takýchto uchádzačov, postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to najmä **princípom rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie hospodárskych subjektov a princípom proporcionality**, nakoľko neumožnil uchádzačom preukazovať úspešné poskytnutie služieb obdobných, ako je predmet zákazky, bez ohľadu na to, či odberateľom bol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné. Porušením základných princípov verejného obstarávania zo strany kontrolovaného pritom podľa úradu mohlo dôjsť k **obmedzeniu konkurencie, a tým aj hospodárskej súťaže**, pričom uvedené konanie kontrolovaného **mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania**, nakoľko ak by boli podmienky účasti stanovené primerane, nediskriminačne a v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania, mohli by sa zúčastniť danej verejnej súťaže, resp. predložiť ponuku aj takí uchádzači, ktorí by boli spôsobilí a schopní poskytnúť služby, ktoré sú predmetom obstarávanej zákazky, avšak konanie kontrolovaného im takúto účasť znemožnilo.
- Na základe uvedeného úrad nariadil kontrolovanému **zrušiť použitý postup zadávania predmetnej zákazky**.

5.3. Argumenty – odvolanie odvolateľa:

- Odvolateľ vo svojom odvolaní uviedol, že je presvedčený, že kontrolovaným stanovená podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO tak, ako bola definovaná v súťažných podkladoch, bola určená dostatočne široko a nediskriminačne, pričom plne zohľadňuje charakter a zložitost' predmetnej zákazky a je primeraná a opodstatnená, najmä vo väzbe na stav na relevantnom trhu.
- Odvolateľ mal za to, že kontrolovaný v predmetnej verejnej súťaži nevylúčil účasť tých uchádzačov, ktorých odberateľmi poskytnutých služieb boli iné osoby ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, resp. iné ako sú orgány verejnej moci, čo podľa odvolateľa potvrdzuje aj znenie súťažných podkladov.
- Odvolateľ poukázal aj na to, že neuplatnenie revízných postupov je dôkazom toho, že daná podmienka účasti bola zo strany záujemcov vnímaná ako primeraná, splniteľná a nediskriminačná.
- Úrad podľa odvolateľa poukazuje na hypotetickú možnosť odradenia potenciálnych uchádzačov od predloženia ponuky, avšak podľa odvolateľa popísaný skutkový stav tejto verejnej súťaže je jednoznačným dôkazom, že k odradeniu záujemcov nedošlo, keď napokon boli do súťaže predložené tri ponuky.
- Úrad podľa odvolateľa uznal špecifický charakter služieb v rámci predmetu danej zákazky, napriek tomu však podmienku účasti, ktorou si chcel kontrolovaný preveriť skúsenosti

uchádzačov s poskytovaním služieb obdobného charakteru, považoval úrad za diskriminačnú a obmedzujúcu hospodársku súťaž.

- Pod pojem „subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné“ sa dajú podľa odvolateľa zahrnúť aj inak súkromnoprávne subjekty, ktorým boli delegované určité kompetencie štátom alebo územnou samosprávou, pričom tento svoj argument podporil poukázaním na bod 20 rozsudku Súdneho dvora z 12. júla 1990, A. Foster a i. proti British Gas plc. (C-188/86).
- Na základe uvedeného odvolateľ žiadal radu, aby v prípade zistenej skutočnosti č. 1 nariadila kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne **znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti uchádzačov** v súlade so znením podmienky účasti uvedenej v súťažných podkladoch.

5.4. Rozhodnutie Rady ÚVO:

- Úlohou rady bolo posúdiť, či predmetná podmienka účasti, v rámci ktorej kontrolovaný akceptoval výlučne len také zákazky, kde odberateľom bol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné, bola kontrolovaným stanovená v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
- Rada poukázala na vyjadrenie kontrolovaného, z ktorého je podľa rady možné jednoznačne vyvodiť výklad kontrolovaného k predmetnej podmienke účasti, cit.: *„sú zásadné rozdiely medzi súkromným a verejným sektorom, pričom znalosť procesov pri implementovaní politik v subjekte obdobnom ku kontrolovanému nie je možné porovnávať so súkromnou spoločnosťou (napr. nemusia rešpektovať rozpočtové pravidlá, majú špecifické požiadavky na rôzne iné oblasti). Riadenie IT projektu v súkromnej sfére sa zásadne odlišuje a tieto dve oblasti nie je možné považovať ani za obdobné.“*
- V nadväznosti na uvedené rada poukázala tiež na skutočnosť, že kontrolovaný neakceptoval zákazku, kde konečným odberateľom služby bol verejný obstarávateľ podľa § 7 ZVO, pričom kontrolovaný v tejto súvislosti uviedol, že referencia, kde konečným odberateľom bol uvedený subjekt, nebola komisiou uznaná pre to, že aj na základe poskytnutého vysvetlenia komisia dospela k záveru, že tento subjekt nemožno podradiť pod pojem „subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné“.
- S poukazom na vyššie uvedené rada uviedla, že je zrejmé, že odvolateľ v podanom odvolaní **vykladá predmetnú podmienku účasti širšie, ako si ju stanovil, a ako ju vykladal (vyhodnocoval) samotný kontrolovaný.**
- Zároveň zo znenia predmetnej podmienky účasti podľa rady vyplýva, že kontrolovaný vylúčil de facto takmer všetky súkromnoprávne subjekty, nakoľko súkromnoprávných subjektov, ktoré rozhodujú o právach a povinnostiach, a ktorých rozhodnutia sú právne vynútiteľné, v právnom prostredí Slovenskej republiky (Európskej únie) podľa rady nie je veľa, čomu nasvedčuje aj skutočnosť, že sám odvolateľ ako príklad v odvolaní uvádza iba súkromné zdravotné poisťovne. Kontrolovaný teda vylúčil poskytovanie služieb pre také subjekty, akými sú napr. štátne nemocnice, RTVS, TASR, a pod.
- Rada mala v tejto súvislosti za to, že záujemca, ktorý poskytoval služby riadenia IT projektov a optimalizácie procesov napr. pre súdy Slovenskej republiky, Sociálnu poisťovňu, Všeobecnú zdravotnú poisťovňu a pod., a teda ktorý by takto kontrolovaným

stanovenú podmienku účasti spĺňal, je rovnako spôsobilý plniť predmet zákazky ako záujemca, ktorý poskytoval služby riadenia IT projektov a optimalizácie procesov napr. pre RTVS, štátne nemocnice a pod., resp. pre rôzne korporátne spoločnosti v súkromnom sektore, ktorý by však takto kontrolovaným stanovenú podmienku účasti nespĺňal.

- **Podľa rady preto predmetná podmienka účasti tak, ako ju v tomto verejnom obstarávaní stanovil kontrolovaný, nespĺňa ním deklarovaný účel, a teda neodôvodnene obmedzuje hospodársku súťaž, a preto je podľa rady nevyhnutné mať za to, že takto stanovená podmienka účasti (vzhľadom na predmet zákazky) je neprimeraná, neproporčná a diskriminačná.**
- Rada poukázala aj na <https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/najcastejsie-porusenia--3b4.html>, pričom sú tu uvedené aj nasledovné konkrétne porušenia zákona o verejnom obstarávaní, z ktorých je možné abstrahovať napr. uvedené skutočnosti:
 - nie je dôležité, pre aký subjekt boli služby poskytované, ale čo bolo ich obsahom
 - vyžadovaná podmienka účasti na informačný systém, ktorý mal obsahovať prepojenie na minimálne jeden register v správe orgánov verejnej moci, je neprimeraná
 - nie je dôležité, pre aký subjekt boli prekladateľské a tlmočnicke služby poskytované, ale čo bolo ich obsahom
- Na základe všetkých uvedených skutočností rada v odvolacom konaní dospela k záveru, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní stanovil danú podmienku účasti technickej/ odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní **v rozpore s § 10 ods. 2 tohto zákona, a to najmä s princípmi rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie hospodárskych subjektov a proporcionality**, nakoľko umožnil preukazovať splnenie danej podmienky účasti výlučne plnením, ktorého odberateľom bol subjekt, ktorý rozhoduje o právach a povinnostiach, a ktorého rozhodnutia sú právne vynútiteľné.
- Na základe uvedeného rada v prípade zistenia č. 1 úradu **neidentifikovala** dôvod na zmenu rozhodnutia úradu a odvolanie odvolateľa považovala za nedôvodné.

5.5. Zistená skutočnosť č. 2

Neaplikovanie inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov

Úrad v rozhodnutí uviedol, že súčasťou ponuky úspešného uchádzača (odvolateľa) nie je potvrdenie príslušného súdu nie staršie ako tri mesiace o tom, že iná osoba/subdodávateľ, ktorou je rovnaká spoločnosť, ako odvolateľ, len so sídlom ČR (ďalej len „zahraničný subjekt“) nie je v reštrukturalizácii, a zároveň splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. d) ZVO nevyplýva ani z dokumentu „Výpis ze Seznamu kvalifikovaných dodávateľů“, a ani z dokumentu „Výpis z obchodního rejstříku“ zahraničného subjektu. Úrad na základe uvedeného konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 40 ods. 1 a ods. ZVO, ako aj v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, konkrétne s princípom transparentnosti, keďže **neaplikoval v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti inštitút vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov**, čím vniesol pochybnosti do procesu verejného obstarávania, a odvolateľ bol vyhodnotený ako úspešný uchádzač, uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania.

5.6. Zistenia Rady:

- Odvolateľ vo svojej ponuke využil na preukázanie splnenia podmienok účasti kapacity inej osoby – zahraničného subjektu.
- Súčasťou ponuky nebolo potvrdenie príslušného súdu nie staršie ako tri mesiace o tom, že zahraničný subjekt nie je v reštrukturalizácii, a zároveň splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. d) ZVO nevyplýva ani z dokumentu „Výpis ze Seznamu kvalifikovaných dodávateľů“, a ani z dokumentu „Výpis z obchodního rejstříku“ zahraničného subjektu.
- Kontrolovaný nepožiadaval úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. d) ZVO za kapacity inej osoby/subdodávateľa, a teda bez uplatnenia inštitútu podľa § 40 ods. 4 ZVO vyhodnotil odvolateľa v pozícii uchádzača ako spĺňajúceho všetky podmienky účasti stanovené v predmetnej verejnej súťaži.
- Úrad poukázal na to, že podmienky účasti osobného postavenia stanovené v § 32 ods. 1 písm. a) až h) ZVO majú **taxatívny charakter**, a teda v zmysle daného ustanovenia sa verejného obstarávania môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia explicitne v celom ich rozsahu.
- Na základe uvedeného úrad konštatoval, že odvolateľ bol neoprávnene vyhodnotený ako úspešný uchádzač, keďže z ním predložených dokladov nebolo podľa úradu možné posúdiť splnenie dotknutej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO vo väzbe k využitiu technickej alebo odbornej kapacity inej osoby v zmysle § 34 ods. 3 ZVO. Kontrolovaný neaplikovaním inštitútu vysvetlenia alebo doplnenia predložených dokladov, postupoval v rozpore s § 40 ods. 1 a ods. 4 ZVO, ako aj v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to princípom transparentnosti, keďže vniesol pochybnosti do procesu posudzovania splnenia podmienok účasti v predmetnej zákazke, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.**

5.7. Argumenty – odvolanie odvolateľa:

- Odvolateľ uviedol, že nespochybňuje závery úradu, a zároveň poukazuje na vyjadrenie kontrolovaného, ktorý uviedol, že akceptuje úradom identifikovanú nezrovnalosť, otvorí vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti pri odvolateľovi a požiada ho o vysvetlenie vo vzťahu k preukazovaniu splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia treťou osobou.
- Odvolateľ preto žiadal radu, aby v prípade zistenej skutočnosti č. 2 nariadila kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti úspešného uchádzača (odvolateľa).

5.8. Rozhodnutie Rady ÚVO:

- Rada vo svojom rozhodnutí poukázala na to, že vychádzajúc zo smernice 2014/24/EÚ sa má v danom prípade ustanovenie § 32 ods. 4 ZVO vykladať tak, že pri zahraničných subjektoch je možné splnenie podmienky účasti osobného postavenia preukázať alternatívne identickým alebo rovnocenným dokladom, a až keď nie je možné preukázať

splnenie podmienky účasti týmto spôsobom, tak je možné preukázať jej splnenie prostredníctvom čestného vyhlásenia.

- V uvedenom prípade bolo preto podľa rady potrebné ďalej skúmať, či doklady predložené odvolateľom za inú osobu – zahraničný subjekt k preukázaniu splnenia podmienky účasti osobného postavenia tejto osoby podľa § 32 ods. 1 písm. d) ZVO, je možné považovať za identické alebo rovnocenné k dokladu vyžadovanému zákonom o verejnom obstarávaní (tzn. potvrdeniu príslušného súdu nie staršiemu ako tri mesiace), a na základe toho prijať záver, či odvolateľ spĺňa danú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorú odvolateľ preukazoval prostredníctvom tejto osoby.
- Rada dala do pozornosti ustanovenia § 74 ods. 1 písm. e) zákona o zadávaní verejných zakázek, platného v Českej republike, podľa ktorých *způsobilým není dodavatel, který je v likvidaci, proti němuž bylo vydáno rozhodnutí o úpadku, vůči němuž byla nařízena nucená správa podle jiného právního předpisu nebo v obdobné situaci podle právního řádu země sídla dodavatele. Podľa § 75 ods. 1 písm. f) českého zákona o zadávaní veřejných zakázek dodavatel prokazuje splnění podmínek základní způsobilosti ve vztahu k České republice předložením výpisu z obchodního rejstříku, nebo předložením písemného čestného prohlášení v případě, že není v obchodním rejstříku zapsán, ve vztahu k § 74 odst. 1 písm. e). 119.*
- Rada poukázala aj na komentár k danému zákonu, (Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol. Zákon o zadávaní veřejných zakázek. Komentář, C. H. Beck), podľa ktorého, cit.: „Skutečnost, že dodavatel není v likvidaci, či že vůči němu nebylo vydáno rozhodnutí o úpadku nebo nebyla nařízena nucená správa, se dokládá výpisem z obchodního rejstříku, pokud je v něm účastník zapsán. Pokud není účastník zapsán v obchodním rejstříku, přichází na řadu možnost prokazování této způsobilosti formou písemného čestného prohlášení.“.
- Rada zároveň uviedla, že zo systému e-Certis zverejneného na webovom sídle Európskej komisie je možné identifikovať doklady vyžadované pri postupoch vo verejnom obstarávaní v členských krajinách Európskej únie.
- Na základe porovnania rada konštatovala, že **v Slovenskej republike a v Českej republike sa posudzuje odlišne splnenie podmienky účasti osobného postavenia týkajúcej sa skutočnosti, či uchádzač alebo záujemca nie je v konkurze, nie je v reštrukturalizácii, nie je v likvidácii, ani nebolo proti nemu zastavené konkurzné konanie pre nedostatok majetku alebo zrušený konkurz pre nedostatok majetku.** Kým pre podmienky Slovenskej republiky je potrebné predložiť potvrdenie registrového súdu, v Českej republike postačuje výpis z obchodného rejstříku, prípadne čestné vyhlásenie, ak v tomto obchodnom registri nie je uchádzač/záujemca zapísaný, pričom **údaj o tom, že sa hospodársky subjekt nachádza v konkurze, reštrukturalizácii, likvidácii alebo obdobnej situácii sa pritom u hospodárskych subjektov v Českej republike zaznamenáva vo výpise z obchodného registra Českej republiky iba v prípade, ak sa hospodársky subjekt nachádza v niektorej z uvedených situácií.**
- Na základe všetkých uvedených skutočností rada konštatovala, že kontrolovaný v danom prípade **vyhodnotil splnenie danej podmienky účasti v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní**, na základe čoho má rada za to, že v tomto prípade **nedošlo k úradom konštatovanému porušeniu zákona o verejnom obstarávaní** v rámci zistenej skutočnosti č. 2, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Kedže rada v predmetnom prípade **neidentifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu pri zistenej skutočnosti č. 1** odvolanie odvolateľa **zamietla** a rozhodnutie úradu **potvrdila**.