



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Bratislava 11. 09. 2020
Číslo spisu: 10228-9000/2020

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 a orgán príslušný podľa § 146 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) vo veci odvolania obstarávateľa **Železnice Slovenskej republiky**, Klemensova 8, 813 61 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 2722-6000/2020-OD/6 zo dňa 15. 06. 2020, vydaného v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy z vlastného podnetu úradu pri uzatváraní „**Dodatku č. 2 k Zmluve na poskytnutie služby č. 2014/ZOS/1 zo dňa 25. 09. 2014**“ zo dňa 18. 12. 2018 (ďalej len „Dodatok č. 2“) s poskytovateľom DEC International s.r.o., Slávičie údolie 106, 811 02 Bratislava (ďalej len „DEC International s.r.o.“), vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie **mení** rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 2722-6000/2020-OD/6 zo dňa 15. 06. 2020 podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní nasledovne:

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný svojím konaním **porušil § 18 zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko zmluvu je možné zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, a teda kontrolovaný uzatvoril Dodatok č. 2 bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie, **§ 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp transparentnosti**, keď uzatvorením Dodatku č. 2, z obsahu ustanovení ktorého je zrejmé, že predĺžil lehotu plnenia až po uplynutí lehoty trvania/plnenia Zmluvy na poskytnutie služby č. 2014/ZOS/1 zo dňa 25. 09. 2014 v znení jej Dodatku č. 1 zo dňa 13. 07. 2017, kontrolovaný v rozpore s týmto zákonom umožnil poskytovateľovi DEC International s.r.o. plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, ako aj **§ 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania**, keďže kontrolovaný sa tým, že zmenil zmluvu po jej ukončení, vyhol postupu verejného obstarávania a zamedzil hospodársku súťaž, čím zvýhodnil súčasného poskytovateľa DEC International s.r.o., pričom uvedené porušenia **mali vplyv** na výsledok verejného obstarávania.

O d ô v o d n e n i e

1. Dňa 29. 06. 2020 doručil kontrolovaný úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 2722-6000/2020-OD/6 zo dňa 15. 06. 2020 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy pri uzatváraní **Dodatku č. 2** k Zmluve na poskytnutie služby č. 2014/ZOS/1 uzatvorenej dňa 25. 09. 2014 s poskytovateľom DEC International s.r.o. (ďalej len „zmluva“), v ktorom úrad podľa § 175 ods. 4 zákona

o verejnom obstarávaní uviedol, že kontrolovaný svojím konaním **porušil § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp transparentnosti**, keď uzavretím Dodatku č. 2, z obsahu ustanovení ktorého je zrejmé, že predĺžil lehotu plnenia až po uplynutí lehoty trvania/plnenia zmluvy v znení jej Dodatku č. 1 zo dňa 13. 07. 2017, napriek tomu, že v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní je možná zmena zmluvy len počas jej trvania, čím v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní umožnil úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. ako poskytovateľovi plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, pričom toto porušenie **mohlo mať** vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Rozhodnutie úradu

2. Úrad v rozhodnutí uviedol, 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. V prípade zmeny zmluvy je potrebné dbať na to, aby nešlo o zmenu zmluvy, ktorá by zakladala vyhlásenie nového verejného obstarávania. Neoprávnená zmena zmluvy, a tým aj strata príležitosti pre hospodárske subjekty uchádzať sa o novú zákazku, znamená porušenie princípov verejného obstarávania, najmä transparentnosti, rovnakého zaobchádzania, ako aj nediskriminácie. Situácie, keď **je možná úprava zmluvy počas jej trvania** bez toho, aby sa vyžadovalo vyhlásenie nového verejného obstarávania, upravuje ustanovenie § 18 zákona o verejnom obstarávaní.
3. Úrad po preskúmaní predmetného **Dodatku č. 2** zistil, že kontrolovaný **uzavrel predmetný dodatok až dňa 18. 12. 2018, a teda po uplynutí trvania zmluvy v znení jej Dodatku č. 1, kde bol čas jej plnenia v bode 2.1 stanovený do 31. 03. 2018**, čím kontrolovaný nedodrжал základné podmienky pre zmenu zmluvy stanovené v § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých **je obstarávateľ oprávnený zmluvu, bez nového verejného obstarávania, zmeniť len počas jej trvania.**
4. Úrad ďalej poukázal na skutočnosť, že kontrolovaný tým, že predmetný Dodatok č. 2 uzavrel až po lehote plnenia zmluvy v znení jej Dodatku č. 1, nedodrжал základné podmienky stanovené v § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, ktorých splnenie je nevyhnutné pre oprávnenú zmenu zmluvy, bez nového verejného obstarávania, a teda oprávnené uzavretie dodatku, čím v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní **umožnil úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. ako poskytovateľovi plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania.**
5. K vyjadreniu kontrolovaného, cit.: *„Napriek tomu, že zmluva nesie názov Zmluva na poskytnutie služby, kontrolovaný je toho názoru, že s ohľadom na obsahovú stránku zmluvy je zrejmé, že v skutočnosti ide o zmluvu o dielo. V súlade so zásadou posudzovania úkonov podľa obsahu a nie podľa formy, dospel kontrolovaný k záveru, že všetky činnosti, ktoré bol poskytovateľ povinný vykonať, tvoria vo svojej podstate dielo. Predmetné dielo možno považovať za vykonané až splnením poslednej povinnosti (zrealizovaním poslednej činnosti), na ktorú sa poskytovateľ v zmluve zaviazal.“*, úrad uviedol, že daný argument kontrolovaného nie je možné považovať za relevantný, nakoľko uvedená zmluva bola uzavretá s úspešným uchádzačom DEC International s.r.o. ako **výsledok samostatného postupu zadávania nadlimitnej zákazky** na predmet „Stavebný dozor na stavbe „ŽSR, Modernizácia trate Púchov - Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., II. etapa – (úsek Považská Teplá /mimo/ – Žilina /mimo/““ postupom verejnej súťaže, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 100/2014 zo dňa 26. 05. 2014 pod značkou 8989 – MSS a v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2014/S 101 zo dňa 27. 05. 2014 pod značkou 176931, pričom v bode II.1.2 „Druh zákazky a miesto uskutočňovania prác, dodania tovarov alebo poskytovania služieb“

predmetného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania kontrolovaný uviedol, cit.: „Služby“, v bode II.1.5 „Stručný opis zákazky alebo nákupu (nákupov)“ tohto oznámenia kontrolovaný uviedol, cit.: „Predmetom zákazky je výber poskytovateľa služby: Stavebný dozor na stavbe „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., II. etapa – (úsek Považská Teplá /mimo/ – Žilina /mimo/)“ podľa zmluvy na poskytnutie služby a v súlade so zmluvou o dielo na stavebné práce. (...).“, a v bode II.1.6 „Spoločný slovník obstarávania (CPV)“ tohto oznámenia kontrolovaný uviedol nasledovné CPV zatriedenie, cit.: „Hlavný predmet – Hlavný slovník: 71521000-6 (Stavebný dozor na stavenisku), Doplňujúce predmety – Hlavný slovník: 71541000-2 (Riadenie projektov výstavby).“

6. K vyjadreniu kontrolovaného, cit.: „(...) kontrolovaný má za to, že čas plnenia zmluvy uvedený v bode 2.1. zmluvy nemožno chápať ako časové ohraničenie trvania zmluvy, a teda nejde o zmluvu na dobu určitú, ale ako lehotu plnenia, v ktorej bol poskytovateľ povinný vykonať dielo, t. j. zrealizovať všetky činnosti v zmysle zmluvy.“, úrad uviedol, že kontrolovaný sám v zmluve na poskytnutie služby v čl. 2 „Čas plnenia, doba platnosti zmluvy a miesto poskytnutia služby“, stanovil, cit.: „2.1. **Čas plnenia tejto zmluvy je do 06. 05. 2017.** Začiatok času plnenia závisí od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy. **Poskytovateľ sa zaväzuje objednávateľovi poskytnúť službu počas lehoty výstavby stavby a 90 dní po uplynutí lehoty výstavby stavby, t. j. do 06. 05. 2017.** 2.2. Lehota výstavby stavby podľa zmluvy o dielo na stavebné prác je 36 mesiacov, t. j. 1096 dní od odovzdania prvého staveniska zhotoviteľovi, t. j. od 06. 02. 2014 do 05. 02. 2017. 2.3. **Poskytovateľ začne poskytovať službu dňom nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy.** (...) 2.6. Čas plnenia tejto zmluvy bude spresnený dodatkom k tejto zmluve na základe dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy, pričom spresnenie sa bude týkať iba počtu dní poskytnutia služby počas lehoty výstavby stavby. Lehota 1096 dní sa nahradí spresnenou lehotou, ktorá sa vypočíta v dňoch, a to od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy do konca lehoty výstavby stavby.“ K predmetnému úrad podporne poukázal na to, že zmluva nadobudla účinnosť dňa 26. 09. 2014 a splnená mala byť do 06. 05. 2017, pričom Dodatok č. 1 k predmetnej zmluve kontrolovaný uzavrel až dňa 13. 07. 2017.
7. Úrad zároveň poukázal na skutočnosť, že kontrolovaný v čl. 2 „Čas plnenia, doba platnosti zmluvy a miesto poskytnutia služby“, v bode 2.7 zmluvy uviedol, cit.: „K zmene času plnenia uvedeného v čl. 2 tejto zmluvy **počas platnosti tejto zmluvy môže prísť (okrem prípadu podľa bodu 2.6. tohto článku) iba v prípade (...).**“ Úrad konštatoval, že z uvedených skutočností vyplýva, že kontrolovaný stanovil časové ohraničenie trvania predmetnej zmluvy, tzn. jasne definoval jej trvanie.
8. Úrad ďalej poukázal na skutočnosť, že kontrolovaný taktiež v bode 1 Dodatku č. 1 k predmetnej zmluve uviedol, cit.: „2.1. **Čas plnenia tejto zmluvy je do 31. 03. 2018.** Začiatok času plnenia závisí od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy. Poskytovateľ sa zaväzuje objednávateľovi poskytnúť službu počas výstavby stavby a 90 dní po ukončení výstavby stavby.“ a v bode 2 tohto Dodatku č. 1 uviedol, cit.: „2.2. **Predpokladaná doba výstavby stavby je od 06. 02. 2014 do 31. 12. 2017.**“, z ktorých je zrejmé, že čas plnenia predmetného Dodatku č. 1 je ohraničený, resp. stanovený na dobu určitú, pričom kontrolovaný uzavrel dotknutý Dodatok č. 2 k predmetnej zmluve až 18. 12. 2018.
9. Na základe všetkých uvedených skutočností úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom transparentnosti, keď uzavretím Dodatku č. 2, z obsahu ustanovení ktorého je zrejmé, že predĺžil lehotu plnenia až po uplynutí lehoty trvania/plnenia zmluvy, napriek tomu, že v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní je možná zmena zmluvy len počas jej trvania, čím v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní umožnil úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. ako poskytovateľovi plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, a teda konanie kontrolovaného v danom prípade mohlo mať vplyv na výsledok verejného

obstarávania, nakoľko k uzavretiu dotknutého Dodatku č. 2 došlo bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzavretie.

Odvolanie kontrolovaného

10. Kontrolovaný v odvolaní uvádza, že úrad pri rozhodovaní nevenoval náležitú pozornosť argumentom, ktoré kontrolovaný uviedol vo svojich vyjadreniach v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, čo má podľa kontrolovaného za následok nedostatočné a nesprávne posúdenie konania kontrolovaného pri uzatváraní Dodatku č. 2.
11. V tejto súvislosti kontrolovaný opätovne poukazuje na svoje vyjadrenie zo dňa 04. 06. 2020 k skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, cit.: *„napriek tomu, že zmluva nesie názov Zmluva na poskytnutie služby, kontrolovaný je toho názoru, že s ohľadom na obsahovú stránku zmluvy je zrejmé, že v skutočnosti ide o zmluvu o dielo. V súlade so zásadou posudzovania úkonov podľa obsahu a nie podľa formy, dospel kontrolovaný k záveru, že všetky činnosti, ktoré bol poskytovateľ povinný vykonať, tvoria vo svojej podstate dielo. Predmetné dielo možno považovať za vykonané až splnením poslednej povinnosti (zrealizovaním poslednej činnosti), na ktorú sa poskytovateľ v zmluve zaviazal. S ohľadom na skutočnosť, že zmluva je de facto zmluvou o dielo, kontrolovaný má za to, že čas plnenia zmluvy uvedený v bode 2.1. zmluvy nemožno chápať ako časové ohraničenie trvania zmluvy, a teda nejde o zmluvu na dobu určitú, ale ako lehotu plnenia, v ktorej bol poskytovateľ povinný vykonať dielo, t. j. zrealizovať všetky činnosti v zmysle zmluvy. Ich nevykonaním v lehote stanovenej v zmluve nedošlo k zániku zmluvy, ale práva a povinnosti z nej vyplývajúce trvali aj naďalej (napr. povinnosť stavebného dozora zabezpečiť nadobudnutie právoplatnosti kolaudačných rozhodnutí a ďalšie).“*
12. Podľa kontrolovaného teda **skutočnosť, že zmluvné strany pristúpili k uzatvoreniu Dodatku č. 2 po uplynutí dojednanej lehoty plnenia, neznamena, že došlo k uzatvoreniu Dodatku č. 2 po skončení trvania zmluvy.** Uplynutím lehoty plnenia k zániku zmluvy nedošlo, zmluva naďalej trvala, a teda v čase uzatvorenia Dodatku č. 2 bola zmluva účinná. Na základe uvedeného je kontrolovaný toho názoru, že postupom kontrolovaného nedošlo k uzatvoreniu Dodatku č. 2 v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný preto **nesúhlasí** s tvrdením úradu, že kontrolovaný stanovil časové ohraničenie trvania zmluvy, tzn. jasne definoval jej trvanie.
13. Kontrolovaný ďalej v odvolaní uvádza, že zo samotného názvu čl. 2 zmluvy „Čas plnenia, doba platnosti zmluvy a miesto poskytnutia služby“ je zrejmé, že zmluvné strany rozlišovali medzi pojmi „čas plnenia“ a „doba platnosti zmluvy“, pričom v **čl. 2 zmluvy došlo len k úprave času plnenia vo význame lehoty plnenia, a k samotnej úprave doby platnosti zmluvy zmluvné strany nepristúpili.** Kontrolovaný taktiež poukazuje na zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“), tretiu časť, hlavu 1, Diel VII, oddiel 3 „Čas plnenia“, z ktorého je podľa kontrolovaného zrejmé, že čas plnenia je vymedzenie časového obdobia, v ktorom je dlžník povinný splniť svoj záväzok zo zmluvy, a nejde o časové ohraničenie trvania zmluvy.
14. Podľa kontrolovaného teda z ustanovení zmluvy, ktoré citoval úrad v rozhodnutí a ani z iných ustanovení zmluvy, ako ani z účelu, na ktorý bola zmluva uzavretá, **nevyplýva, že zmluva bola uzavretá na dobu určitú.**
15. Kontrolovaný zároveň opätovne poukazuje na svoje vyjadrenie zo dňa 04. 06. 2020 k skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, cit.: *„si nie je vedomý toho, že by v procese verejného obstarávania, ako ani po uzavretí zmluvy postupoval v rozpore s princípom transparentnosti, ako ani toho, aký vplyv na výsledok verejného obstarávania by vytýkané údajné porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať (ktorý vo výzve ani nie je nijak bližšie špecifikovaný).“* Nakoľko podľa kontrolovaného bol

Dodatok č. 2 uzavretý k platnej a účinnej zmluve, kontrolovaný **nesúhlasí** s tvrdením úradu, že umožnil úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, pričom toto porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Kontrolovaný je toho názoru, že svojím konaním neposkytol žiadnu výhodu úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. oproti ostatným hospodárskym subjektom. Kontrolovaný má taktiež za to, že zmluva uzavretá s DEC International s.r.o. je výsledkom verejného obstarávania, v rámci ktorého boli dodržané všetky princípy platné vo verejnom obstarávaní (vrátane princípu transparentnosti), a že aj pri zmene zmluvy postupoval kontrolovaný v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a princípmi platnými vo verejnom obstarávaní.

16. Vzhľadom na uvedené skutočnosti kontrolovaný navrhuje, aby rada zmenila rozhodnutie úradu tak, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného zastaví podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. z dôvodu, že nebolo zistené porušenie tohto zákona, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Zistenia rady

17. Kontrolovaný ako objednávateľ uzavrel dňa **25. 09. 2014** s úspešným uchádzačom DEC International s.r.o. ako poskytovateľom Zmluvu na poskytnutie služby, číslo zmluvy: 2014/ZOS/1, Názov zmluvy: Stavebný dozor na stavbe „ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., II. etapa – (úsek Považská Teplá/mimo/ – Žilina/mimo/)“ so zmluvnou cenou vo výške 754 970 eur bez DPH (t. j. 905 964 eur s DPH) a lehotou plnenia do 06. 05. 2017 (ďalej len „**Zmluva**“), ako výsledok postupu zadávania nadlimitnej zákazky na poskytnutie služby na predmet „Stavebný dozor na stavbe ŽSR, Modernizácia trate Púchov – Žilina, pre rýchlosť do 160 km/hod., II. etapa – (úsek Považská Teplá /mimo/ – Žilina /mimo/)“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 100/2014 zo dňa 26. 05. 2014 pod značkou 8989 – MSS a v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2014/S 101 dňa 27. 05. 2014 pod značkou 176931.
18. V bode II.1.2 „Druh zákazky a miesto uskutočňovania prác, dodania tovarov alebo poskytovania služieb“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania sú ako druh zákazky uvedené „**Služby**“. V bode II.1.5 „Stručný opis zákazky alebo nákupu (nákupov)“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania je o. i. uvedené nasledovné, cit.: „**Predmetom zákazky je výber poskytovateľa služby: Stavebný dozor na stavbe (...)** podľa zmluvy na poskytnutie služby a v súlade so zmluvou o dielo na stavebné práce.“
19. V časti „Preambula“ Zmluvy je o. i. uvedené nasledovné, cit.: „**Táto zmluva na poskytnutie služby (...)**“. Aj v ďalších častiach zmluvy a v jej prílohách je uvedené, že prostredníctvom predmetnej zmluvy **sa zabezpečujú služby stavebného dozoru**.
20. Dňa **13. 07. 2017** kontrolovaný uzatvoril s poskytovateľom DEC International s.r.o. Dodatok č. 1 k Zmluve (ďalej len „**Dodatok č. 1**“), ktorým sa o. i. predĺžila lehota plnenia do 31. 03. 2018. Predmetný Dodatok č. 1 bol uzatvorený s odkazom na § 18 ods. 1 písm. a) a písm. c) a/alebo písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.
21. V **preambule** Dodatku č. 1 je o. i. uvedené nasledovné, cit.: „Vzhľadom k tomu, že výstavba stavby v súvislosti s ktorou poskytovateľ poskytuje službu v zmysle zmluvy nebude ku dňu uplynutia aktuálnej dohodnutej predpokladanej doby poskytovania služby ukončená, **zmluvné strany sa dohodli na predĺžení konečného termínu, do ktorého bude poskytovateľ službu stavebného dozoru poskytovať. (...)**“.
22. Dňa **18. 12. 2018** kontrolovaný uzatvoril s poskytovateľom DEC International s.r.o. Dodatok č. 2 k Zmluve (ďalej len „**Dodatok č. 2**“), ktorým prišlo k úprave času plnenia nasledovne: „Poskytovateľ sa zaväzuje plniť predmet zmluvy aj po uplynutí dňa 31. 03. 2018 a to až do splnenia celého predmetu zmluvy“, ako aj k úprave platobných podmienok. Predmetný

Dodatok č. 2 bol uzatvorený s odkazom na § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný vo väzbe k predmetnému Dodatku č. 2 vystavil celkom 3 faktúry v celkovom objeme 229 460 eur bez DPH (275 352 eur s DPH).

23. V **preambule** Dodatku č. 2 je o. i. uvedené nasledovné, cit.: „S prihliadnutím k tomu, že počas výstavby stavby došlo k takým udalostiam, že **nie je objektívne možné splniť predmet zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora bez jej úpravy**, zmluvné strany uzatvárajú tento Dodatok č. 2 s nasledovným zdôvodnením opodstatnenosti jeho uzavretia vrátane zdôvodnenia súladu s § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa predmetu zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora je poskytovateľ povinný poskytovať službu stavebného dozora na stavbu realizovanú v zmysle zmluvy o dielo na stavebné práce a projektovej dokumentácie stavby. V priebehu výstavby stavby došlo v dôsledku petície občanov Dolný Hričov k zmene projektovej dokumentácie a následne k zmene objektivej skladby stavby. Vzhľadom k tomu, že výstavba stavby bola ukončená a **pôvodne dohodnutý čas plnenia služby stavebného dozora v súlade s podmienkami podľa zmluvy na poskytnutie služby stavebného dozora uplynul, potreba poskytovania služby stavebného dozora** pre stavebné objekty a prevádzkové súbory dotknuté zmenou objektivej skladby trvá aj po uplynutí času plnenia podľa zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora. **Bez dohody na predĺžení času plnenia nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil, čím sa pôvodne dohodnutý účel zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora nenaplní.**“
24. Listom č. 10228-9000/2020 zo dňa 05. 08. 2020, doručeným kontrolovanému dňa 06. 08. 2020, rada v súlade s § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa vychádza z § 177 ods. 9 tohto zákona primerane použije aj v odvolacom konaní, **vyzvala kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam, ktoré rada zistila v odvolacom konaní.** V tejto výzve rada uviedla, že má za to, že kontrolovaný svojím konaním pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 **neporušil len princíp transparentnosti** zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (ako konštatoval úrad v odvolaní napadnutom rozhodnutí), ale že kontrolovaný svojím konaním pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 **porušil aj samotný § 18 zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko v zmysle § 18 tohto zákona je možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, k čomu však v tomto prípade nedošlo, a teda kontrolovaný uzatvoril Dodatok č. 2 bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie [kontrolovaný uzatvoril predmetný Dodatok č. 2 s odkazom na § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní], **a tiež princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania** zakotvený v § 10 ods. 2 tohto zákona, keďže kontrolovaný sa tým, že zmenil zmluvu po jej ukončení, vyhol postupu verejného obstarávania a zamedzil hospodársku súťaž, čím zvýhodnil súčasného dodávateľa/poskytovateľa.
25. Kontrolovaný dňa 12. 08. 2020, v stanovenej lehote, doručil svoje vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v odvolacom konaní, v ktorom uvádza, že trvá na tom, že pri zmene Zmluvy postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a pridŕža sa svojich tvrdení uvedených v podanom odvolaní. Kontrolovaný ďalej uvádza, že čas/lehotu plnenia a čas/dobu trvania zmluvy nemožno stotožňovať. Uplynutím doby/času trvania zmluvy záväzkovoprávny vzťah zaniká, avšak uplynutie času/lehoty plnenia predmetný následok nespôsobuje. Kontrolovaný opätovne uvádza, že čas plnenia bol Zmluvou ohraničený, avšak čas trvania Zmluvy upravený nebol. K predĺženiu lehoty plnenia podľa kontrolovaného došlo síce po uplynutí pôvodnej lehoty plnenia, avšak nakoľko Zmluva nebola uzatváraná na konkrétne časové obdobie, Zmluva bola v čase jej zmeny Dodatkom č. 2 platná a účinná. Kontrolovaný teda trvá na tom, že k uzatvoreniu Dodatku č. 2 došlo počas trvania Zmluvy, v súlade s § 18 zákona o verejnom obstarávaní a svojím konaním neporušil princíp transparentnosti, ani princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania, ani iné princípy platné vo verejnom obstarávaní. Kontrolovaný v závere dodáva, že si je vedomý toho, že v záujme zachovania právnej istoty oboch zmluvných strán by bolo najvhodnejšie, keby k predĺženiu lehoty/času plnenia došlo ešte pred uplynutím

pôvodne dojednanej lehoty plnenia, avšak procesy v rámci kontrolovaného, ako aj vo vzťahu k externému prostrediu, sú pomerne zložité, a v danom prípade si vyžiadali viac času, ako sa pôvodne predpokladalo. Z tohto dôvodu, napriek tomu, že rokovania začali ešte pred uplynutím lehoty/času plnenia, nebolo možné pristúpiť k uzatvoreniu Dodatku č. 2 skôr.

Právny rámec

26. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
27. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
28. Podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu **možno zmeniť počas jej trvania** bez nového verejného obstarávania, ak pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcií a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.
29. Podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu **možno zmeniť počas jej trvania** bez nového verejného obstarávania, ak potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.
30. Podľa § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu **možno zmeniť počas jej trvania** bez nového verejného obstarávania, ak, nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy bez ohľadu na hodnotu tejto zmeny.

Právne posúdenie radou

31. Pokiaľ ide o procesné náležitosti podaného odvolania, rada konštatuje, že odvolanie bolo podané oprávnenou osobou a v lehote podľa § 177 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, pričom s podaním odvolania bola zložená kaucia, ktorá bola pripísaná na účet úradu v lehote podľa § 177 ods. 7 tohto zákona a vo výške podľa § 177 ods. 8 tohto zákona. Podané odvolanie zároveň obsahuje všetky náležitosti podľa § 177 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
32. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu v celom rozsahu, pričom uvádza nasledovné:
33. Kontrolovaný v odvolaní namieta, že úrad v rozhodnutí nevenoval náležitú pozornosť jeho argumentom, ktoré uviedol v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, čo má podľa kontrolovaného za následok nedostatočné a nesprávne posúdenie jeho konania pri uzatváraní Dodatku č. 2. V tejto súvislosti rada uvádza, že predmetnú argumentáciu kontrolovaného je možné rozdeliť do troch bodov.
34. **Po prvé, kontrolovaný argumentuje tým, že predmetná zmluva na poskytnutie služby (vrátane dodatkov), uzavretá medzi kontrolovaným a poskytovateľom služby DEC International s.r.o., nie je vo svojej podstate ani obsahovo zmluvou na poskytnutie služby, ale ide v skutočnosti o zmluvu o dielo.** V súlade so zásadou posudzovania úkonov podľa obsahu a nie podľa formy, má kontrolovaný za to, že všetky činnosti, ktoré bol poskytovateľ povinný vykonať, tvoria vo svojej podstate dielo. Predmetné dielo pritom možno považovať za vykonané až splnením poslednej povinnosti (zrealizovaním poslednej činnosti), na ktorú sa poskytovateľ v zmluve zaviazal. V nadväznosti na uvedené má kontrolovaný za to, že čas

plnenia zmluvy stanovený v bode 2.1 zmluvy nemožno chápať ako časové ohraničenie trvania zmluvy, a teda nejde o zmluvu na dobu určitú, ale ako lehotu plnenia, v ktorej bol poskytovateľ povinný vykonať dielo, t. j. zrealizovať všetky činnosti v zmysle zmluvy. Ich nevykonaním v lehote stanovenej v zmluve podľa kontrolovaného nedošlo k zániku zmluvy, ale práva a povinnosti z nej vyplývajúce trvali aj naďalej.

35. V nadväznosti na uvedené rada poukazuje na predmetné „Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania“, v ktorom kontrolovaný v bode II.1.2 „Druh zákazky a miesto uskutočňovania prác, dodania tovarov alebo poskytovania služieb“ ako druh zákazky uviedol „**služby**“. V bode II.1.5 tohto oznámenia kontrolovaný zároveň uviedol, že „**Predmetom zákazky je výber poskytovateľa služby: Stavebný dozor na stavbe (...) podľa zmluvy na poskytnutie služby a v súlade so zmluvou o dielo na stavebné práce.**“ Zo samotného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania teda podľa rady jednoznačne vyplýva, že kontrolovaný rozlišuje samotnú zmluvu na poskytnutie služby (stavebný dozor), ktorá je výsledkom predmetného verejného obstarávania a zmluvu o dielo na stavebné práce, s ktorou má byť predmetná zmluva zabezpečujúca poskytovanie stavebného dozoru v súlade.
36. V nadväznosti na uvedené rada podotýka, že taktiež v samotnej zmluve na poskytnutie služby kontrolovaný v časti „Preambula“ uviedol, že ide o „**zmluvu na poskytnutie služby**“. Aj v nasledovných častiach zmluvy a v jej prílohách sa pritom uvádza, že prostredníctvom predmetnej Zmluvy **sa zabezpečujú služby stavebného dozora.**
37. V tejto súvislosti rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že z preambuly Dodatku č. 1 (bod 21 tohto rozhodnutia) vyplýva, že vzhľadom k tomu, že výstavba stavby, v súvislosti s ktorou poskytovateľ **poskytuje službu** (stavebný dozor) v zmysle Zmluvy, nebude ku dňu uplynutia aktuálnej dohodnutej predpokladanej doby poskytovania služby ukončená, **zmluvné strany sa dohodli na predĺžení konečného termínu, do ktorého bude poskytovateľ službu stavebného dozora poskytovať.**
38. Z preambuly Dodatku č. 2 (bod 23 tohto rozhodnutia) pritom vyplýva, že nakoľko počas výstavby stavby došlo k takým udalostiam, že **nie je objektívne možné splniť predmet Zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora bez jej úpravy**, zmluvné strany uzatvárajú Dodatok č. 2, s odôvodnením, že **pôvodne dohodnutý čas plnenia služby stavebného dozora v súlade s podmienkami podľa Zmluvy uplynul, pričom potreba poskytovania služby stavebného dozora trvá aj po uplynutí času plnenia podľa Zmluvy.** V tejto časti Dodatku č. 2 je tiež uvedené, že **bez dohody na predĺžení času plnenia nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil**, čím sa pôvodne dohodnutý účel zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora nenaplní.
39. Vychádzajúc z uvedeného rada konštatuje, že **skutočnosti, ktoré kontrolovaný deklaroval v predmetnej Zmluve**, konkrétne, že „*prostredníctvom predmetnej Zmluvy sa zabezpečujú služby stavebného dozora*“, **a následne v preskúmanom Dodatku č. 2**, a síce, že „*nie je objektívne možné splniť predmet Zmluvy bez jej úpravy*“, resp. „*pôvodne dohodnutý čas plnenia služby stavebného dozora v súlade s podmienkami podľa Zmluvy uplynul*“, pričom „*bez dohody na predĺžení času plnenia nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil, čím sa pôvodne dohodnutý účel zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora nenaplní*“, **vôbec nekorešponujú s argumentáciou kontrolovaného v podanom odvolaní**, v ktorom uvádza, že predmetné dielo (majúc na mysli výkon stavebného dozoru) možno považovať za vykonané až splnením poslednej povinnosti (zrealizovaním poslednej činnosti), na ktorú sa poskytovateľ v Zmluve zaviazal, pričom nevykonaním všetkých týchto činností v lehote stanovenej v Zmluve nedošlo k zániku zmluvy, ale práva a povinnosti z nej vyplývajúce trvali aj naďalej.
40. Rada tiež poukazuje na skutočnosť, že v samotnej Zmluve je uvedené, že je **uzavretá podľa § 269 ods. 2 a nasl. Obchodného zákonníka.** V súvislosti s uvedeným rada podotýka, že podľa

§ 269 ods. 2 Obchodného zákonníka, môžu účastníci uzavrieť aj takú zmluvu, ktorá nie je upravená ako typ zmluvy. Podľa predmetného ustanovenia sa uzatvára aj zmluva na poskytnutie služby, ktorá netvorí samostatný zmluvný typ, na rozdiel od zmluvy o dielo, ktorá je osobitne upravená v § 536 Obchodného zákonníka ako samostatný zmluvný typ.

41. Z § 536 Obchodného zákonníka pritom vyplýva, že **zmluvou o dielo sa zaväzuje zhotoviteľ vykonať určité dielo** a objednávateľ sa zaväzuje zaplatiť cenu za jeho vykonanie. Dielom sa pritom rozumie zhotovenie určitej veci, pokiaľ nespadá pod kúpnu zmluvu, montáž určitej veci, jej údržba, vykonanie dohodnutej opravy alebo úpravy určitej veci alebo hmotne zachytený výsledok inej činnosti. **Dielom sa rozumie vždy zhotovenie, montáž, údržba, oprava alebo úprava stavby alebo jej časti.**
42. Zo všetkých uvedených skutočností podľa rady vyplýva, že zo znenia Zmluvy na poskytnutie služby vrátane jej dodatkov, ani z preskúmaného Dodatku č. 2, ani zo žiadneho prejavu vôle kontrolovaného, ako ani z ustanovení Obchodného zákonníka, nie je možné vyvodit' záver, že by v prípade predmetnej zmluvy na poskytnutie služby stavebného dozora išlo *de facto* o zmluvu o dielo tak, ako tvrdí kontrolovaný, nakoľko aj v zmysle zásady posudzovania úkonov podľa obsahu a nie podľa formy, predmetná Zmluva obsahovo aj vo svojej podstate zodpovedá zmluve na poskytnutie služby (stavebného dozora ako intelektuálnej služby).
43. Rada pre úplnosť dodáva, že k vyššie uvedeným skutočnostiam, ktoré rada kontrolovanému uviedla vo svojej výzve podľa § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní (bod 24 tohto rozhodnutia), sa kontrolovaný vo svojom vyjadrení ku skutočnostiam zisteným radou v odvolacom konaní (bod 25 tohto rozhodnutia) žiadnym spôsobom nevyjadril, iba uviedol, že zotrváva na svojich predchádzajúcich vyjadreniach, na základe čoho má rada za to, že vyššie uvedené závery rady v odvolacom konaní kontrolovaný žiadnym spôsobom nespochybnil.
44. **Po druhé, kontrolovaný argumentuje tým, že skutočnosť, že zmluvné strany pristúpili k uzatvoreniu Dodatku č. 2 po uplynutí dojednanej lehoty plnenia, neznamená, že došlo k uzatvoreniu Dodatku č. 2 po skončení trvania Zmluvy.** Zo samotného názvu článku 2 Zmluvy „*Čas plnenia, doba platnosti zmluvy a miesto poskytnutia služby*“ je podľa kontrolovaného zrejmé, že zmluvné strany rozlišovali medzi pojmi „čas plnenia“ a „doba platnosti“ Zmluvy, a teda v súvislosti s uzatretím Dodatku č. 2 došlo len k úprave času plnenia vo význame lehoty plnenia, pričom k samotnej úprave doby platnosti Zmluvy nedošlo. Podľa kontrolovaného z ustanovení Zmluvy, ktoré citoval úrad v rozhodnutí a ani z iných ustanovení Zmluvy, ako ani z účelu, na ktorý bola Zmluva uzavretá, **nevyplyva, že by táto Zmluva bola uzavretá na dobu určitú.**
45. Pokiaľ ide o argumentáciu kontrolovaného, že z ustanovení Zmluvy nevyplyva, že by táto zmluva na poskytnutie služby bola uzavretá na dobu určitú, rada poukazuje na:
 - bod 2.1 Zmluvy, v ktorom je uvedené, cit.: „**Čas plnenia tejto zmluvy je do 06. 05. 2017.** Začiatok času plnenia závisí od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy. Poskytovateľ sa zaväzuje objednávateľovi poskytnúť službu počas lehoty výstavby stavby a 90 dní po uplynutí lehoty výstavby stavby, **t. j. do 06. 05. 2017.**“
 - bod 2.2 Zmluvy, v ktorom je uvedené, cit.: „Lehota výstavby stavby podľa zmluvy o dielo na stavebné práce je 36 mesiacov, t. j. 1096 dní od odovzdania prvého staveniska zhotoviteľovi, t. j. od 06. 02. 2014 **do 05. 02. 2017.**“
 - bod 2.1 Zmluvy v znení Dodatku č. 1, v ktorom je uvedené, cit.: „**Čas plnenia tejto zmluvy je do 31. 03. 2018.** Začiatok času plnenia závisí od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy. Poskytovateľ sa zaväzuje objednávateľovi poskytnúť službu počas výstavby stavby a 90 dní po ukončení výstavby stavby.“

- bod 2.2 Zmluvy v znení Dodatku č. 1, v ktorom je uvedené, cit.: „Predpokladaná doba výstavby stavby je od 06. 02. 2014 **do 31. 12. 2017**.“
 - bod 2.1 Zmluvy v znení Dodatku č. 2, v ktorom je uvedené, cit.: „**Čas plnenia tejto zmluvy je do 31. 03. 2018**. Začiatok času plnenia závisí od dátumu nadobudnutia účinnosti tejto zmluvy. Poskytovateľ sa zaväzuje objednávateľovi poskytnúť službu počas výstavby stavby a 90 dní po ukončení výstavby stavby. **Poskytovateľ sa zaväzuje plniť predmet zmluvy aj po uplynutí dňa 31. 03. 2018 a to až do splnenia celého predmetu zmluvy.**“
46. **Z uvedeného podľa rady jednoznačne vyplýva, že čas poskytovania služby stavebného dozora bol v znení Dodatku č. 1 ohraničený, a to v trvaní do 31. 03. 2018.**
 47. **Dodatok č. 2**, ktorý je predmetom konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného v danej veci, bol pritom **uzatvorený až dňa 18. 12. 2018**, tzn. **viac ako 8 mesiacov po skončení trvania Zmluvy** (času plnenia predmetu Zmluvy) **v znení Dodatku č. 1**.
 48. Rada zároveň v tejto súvislosti poukazuje na skutočnosť, že v Správe z vládneho auditu č. A961 orgán auditu o. i. v súvislosti s uzatvorením predmetného Dodatku č. 2 vytkol, že Dodatok č. 2 bol uzatvorený na dobu neurčitú. Riadiaci orgán pritom v rámci námietok k zisteniam orgánu auditu argumentoval tým, že predmetným dodatkom nedošlo k predĺženiu lehoty poskytovania činnosti stavebným dozorom na dobu neurčitú, nakoľko vyjadrenie určitosti je vyjadrené slovným spojením „do splnenia celého predmetu zmluvy“. Zväzok stavebného dozora je podľa riadiaceho orgánu presne časovo vymedzený účelom činnosti stavebného dozora, ktorý tvorí hlavný predmet uzavretej zmluvy, pričom **v prípade zmlúv na výkon činností stavebného dozoru nikdy nejde o zmluvy uzavreté na dobu neurčitú, nakoľko to už samotná povaha a účel zmluvy nepripúšťa**. Ak uvedené podľa riadiaceho orgánu platí pri ohraničení trvania zmluvy: „do splnenia celého predmetu zmluvy“, uvedené musí podľa rady o to viac platiť pri ohraničení trvania zmluvy: „do 31. 03. 2018“.
 49. Na základe uvedeného má rada za to, že predmetná Zmluva v znení Dodatku č. 1 bola uzavretá na dobu určitú, a to do 31. 03. 2018, pričom kontrolovaný trvanie tejto Zmluvy (poskytovania predmetu Zmluvy na poskytnutie služby) predĺžil až dňa 18. 12. 2018, tzn. viac ako 8 mesiacov po jej uplynutí.
 50. Rada teda konštatuje, že doba poskytovania služby (výkonu stavebného dozoru) bola v Zmluve v znení Dodatku č. 1 **jasne vymedzená**, pričom kontrolovaný predmetný (preskúmaný) Dodatok č. 2 uzatvoril až dňa 18. 12. 2018, tzn. viac ako 8 mesiacov po jej uplynutí. **V zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní je však možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania**, k čomu však v tomto prípade nedošlo. Rada má na základe uvedeného za to, že k uzatvoreniu Dodatku č. 2 došlo bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie.
 51. Rada v tejto súvislosti príkladmo poukazuje aj na metodické usmernenie úradu č. 9745-5000/2016 zo dňa 14. 06. 2016, v ktorom úrad o. i. uviedol, cit.: „*Prípadné predĺženie kontraktu je možné za podmienok uvedených v § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. ak s tým počítala pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ stanovil jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy. Ak došlo k solúcii zmluvného vzťahu uplynutím platnosti zmluvy, máme za to, že nie je možné pokračovať v jej plnení a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ má realizovať nové verejné obstarávanie.*“
 52. K tvrdeniu kontrolovaného, že Zmluva aj pred uzatvorením Dodatku č. 2 naďalej trvala, a teda v čase uzatvorenia Dodatku č. 2 bola Zmluva účinná, rada dodáva, že takáto argumentácia kontrolovaného je nelogická, nakoľko ak by tomu tak skutočne bolo, a poskytovateľ služby by stále mal povinnosť poskytovať stavebný dozor (až do ukončenia poslednej činnosti) tak, ako tvrdí kontrolovaný, uzatvorenie Dodatku č. 2 k tejto Zmluve a predĺženie doby plnenia

podľa tejto Zmluvy by nebolo vôbec potrebné. Rada zároveň poukazuje na preambulu Dodatku č. 2 (bod 23 tohto rozhodnutia), v ktorej je tiež výslovne uvedené nasledovné, cit.: „**počas výstavby stavby došlo k takým udalostiam, že nie je objektívne možné splniť predmet zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora bez jej úpravy (...)** Vzhľadom k tomu, že výstavba stavby bola ukončená a pôvodne dohodnutý čas plnenia služby stavebného dozora v súlade s podmienkami podľa zmluvy na poskytnutie služby stavebného dozora uplynul, potreba poskytovania služby stavebného dozora pre stavebné objekty a prevádzkové súbory dotknuté zmenou objektovej skladby trvá aj po uplynutí času plnenia podľa zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora. **Bez dohody na predĺžení času plnenia nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil, čím sa pôvodne dohodnutý účel zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora nenaplní.**“

53. Z uvedeného podľa rady vyplýva, že sám kontrolovaný v preambule preskúmaného Dodatku č. 2 odôvodnil potrebu uzatvorenia predmetného dodatku tým, že počas výstavby stavby došlo k takým udalostiam, že nie je objektívne možné splniť predmet Zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora bez jej úpravy, pričom **pôvodne dohodnutý čas plnenia služby stavebného dozora** v súlade s podmienkami podľa Zmluvy na poskytnutie služby stavebného dozora **uplynul** a bez dohody na predĺžení času plnenia **nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil**. Z uvedeného podľa rady zároveň vyplýva, že tvrdenia kontrolovaného, ktorými argumentuje v podanom odvolaní, vôbec nezodpovedajú dôvodom pre uzatvorenie predmetného Dodatku č. 2, ktoré deklaroval samotný kontrolovaný pri uzatváraní tohto Dodatku č. 2.
54. Kontrolovaný v tejto súvislosti vo svojom vyjadrení k zisteniam rady v odvolacom konaní (bod 25 tohto rozhodnutia) opätovne uvádza, že čas plnenia bol Zmluvou ohraničený, avšak čas trvania Zmluvy upravený nebol. K predĺženiu lehoty plnenia podľa kontrolovaného došlo síce po uplynutí pôvodnej lehoty plnenia, avšak nakoľko Zmluva nebola uzatváraná na konkrétne časové obdobie, Zmluva bola v čase jej zmeny Dodatkom č. 2 platná a účinná.
55. K uvedenému tvrdeniu kontrolovaného rada poukazuje na svoj vyššie uvedený záver, že podľa rady bola doba poskytovania služby (výkonu stavebného dozoru) v Zmluve v znení Dodatku č. 1 jasne vymedzená, a teda predmetná Zmluva v znení Dodatku č. 1 bola uzavretá na dobu určitú, a to do 31. 03. 2018, pričom kontrolovaný trvanie tejto Zmluvy (poskytovania predmetu Zmluvy na poskytnutie služby stavebného dozoru) predĺžil až dňa 18. 12. 2018. V zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní je však možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, k čomu však v tomto prípade nedošlo. Rada má za to, že pokiaľ by súčasný poskytovateľ služby stavebného dozoru nepristúpil k uzatvoreniu predmetného Dodatku č. 2 s kontrolovaným, kontrolovaný by nemal ďalej zabezpečené poskytovanie služieb stavebného dozoru na predmetnej stavbe, čomu zodpovedá aj samotné znenie Dodatku č. 2, v ktorom kontrolovaný uvádza, že „**bez dohody na predĺžení času plnenia nie je možné, aby poskytovateľ ďalej predmet zmluvy plnil, čím sa pôvodne dohodnutý účel zmluvy na poskytovanie služby stavebného dozora nenaplní**“. Podľa rady preto **nie je možné súhlasiť s tvrdením kontrolovaného, že by predmetná Zmluva nebola uzatvorená na konkrétne časové obdobie.**
56. K tvrdeniu rady uvedenému v predmetnej výzve na vyjadrenie sa k zisteným skutočnostiam v odvolacom konaní, a síce, že *argumentácia kontrolovaného, že Zmluva aj pred uzatvorením Dodatku č. 2 naďalej trvala, a teda v čase uzatvorenia Dodatku č. 2 bola Zmluva účinná, je nelogická, nakoľko ak by tomu tak skutočne bolo, a poskytovateľ služby by stále mal povinnosť poskytovať stavebný dozor (až do ukončenia poslednej činnosti) tak, ako tvrdí kontrolovaný, uzatvorenie Dodatku č. 2 k tejto Zmluve a predĺženie doby plnenia podľa tejto Zmluvy by nebolo vôbec potrebné*, kontrolovaný vo svojom vyjadrení k zisteniam rady v odvolacom konaní uvádza, že na predĺžení času/lehoty plnenia nevidí nič nelogické. Počas trvania zmlúv môže podľa kontrolovaného dôjsť k rôznym udalostiam, pre ktoré nie je

objektívne možné splniť predmet zmluvy v pôvodne dojednanom čase/lehote plnenia, avšak uplynutím lehoty/času plnenia nedochádza ani k zániku zmluvného vzťahu a ani k zániku konkrétnej povinnosti tej-ktorej zmluvnej strany. V takomto prípade sa podľa kontrolovaného zmluvnej strany môžu dohodnúť na novom čase/lehote plnenia.

57. V tejto súvislosti rada uvádza, že nerozporuje, že počas trvania zmlúv môže dôjsť k rôznym udalostiam, pre ktoré nie je objektívne možné splniť predmet zmluvy v pôvodne dojednanom čase/lehote plnenia, rada však zdôrazňuje, že **k akejkoľvek zmene zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, môže dôjsť len za splnenia podmienok podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní, pričom hneď prvou podmienkou je, že k zmene zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, môže v zmysle § 18 tohto zákona dôjsť len počas jej trvania**, čo v tomto prípade splnené nebolo. Rada opätovne poukazuje na skutočnosť, že pokiaľ by poskytovateľ služby stavebného dozoru nepristúpil k uzatvoreniu predmetného Dodatku č. 2 s kontrolovaným, kontrolovaný by nemal ďalej zabezpečené poskytovanie služieb stavebného dozoru.
58. Kontrolovaný v závere svojho vyjadrenia k zisteniam rady dodáva, že si je vedomý toho, že v záujme zachovania právnej istoty oboch zmluvných strán by bolo najvhodnejšie, keby k predĺženiu lehoty/času plnenia došlo ešte pred uplynutím pôvodne dojednanej lehoty plnenia, avšak procesy v rámci kontrolovaného, ako aj vo vzťahu k externému prostrediu, sú pomerne zložité, a v danom prípade si vyžiadali viac času, ako sa pôvodne predpokladalo. Z tohto dôvodu, napriek tomu, že rokovania začali ešte pred uplynutím lehoty/času plnenia, nebolo podľa kontrolovaného možné pristúpiť k uzatvoreniu Dodatku č. 2 skôr.
59. Uvedené vyjadrenie kontrolovaného je podľa rady možné interpretovať tak, že sám kontrolovaný si je vedomý podstaty porušenia zákona o verejnom obstarávaní konštatovaného úradom v predmetnom konaní, a následne radou v odvolacom konaní, a teda, že k uzatvoreniu dodatku k zmluve, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, je možné pristúpiť iba po splnení podmienok uvedených v § 18 zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj podmienky, že k zmene zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, môže dôjsť iba počas jej trvania. Interné, ako ani externé procesy kontrolovaného, nemôžu podľa rady odôvodňovať nesplnenie podmienok, ktoré vyžaduje § 18 zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti rada zároveň dodáva, že v tomto prípade k uzatvoreniu preskúmaného Dodatku č. 2 došlo **viac ako 8 mesiacov po uplynutí doby plnenia podľa Zmluvy**.
60. **V nadväznosti na všetky uvedené skutočnosti rada konštatuje, že doba poskytovania služby (výkonu stavebného dozoru) bola v Zmluve v znení Dodatku č. 1 jasne vymedzená, a to do 31. 03. 2018, pričom kontrolovaný predmetný Dodatok č. 2 uzatvoril až dňa 18. 12. 2018. V zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní je však možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, k čomu však v tomto prípade nedošlo, na základe čoho má rada za to, že k uzatvoreniu Dodatku č. 2 došlo bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní.**
61. Rada na základe uvedených skutočností v tomto odvolacom konaní dospela k záveru, že kontrolovaný svojím konaním pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 neporušil len princíp transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ale kontrolovaný svojím konaním pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 porušil aj samotný § 18 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v zmysle § 18 tohto zákona je možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, k čomu však v tomto prípade nedošlo, a teda kontrolovaný uzatvoril Dodatok č. 2 bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie [kontrolovaný uzatvoril predmetný Dodatok č. 2 s odkazom na § 18 ods. 1 písm. c) a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní], a tiež princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania zakotvený v § 10 ods. 2 tohto zákona, keďže kontrolovaný

sa tým, že zmenil zmluvu po jej ukončení, vyhol postupu verejného obstarávania a zamedzil hospodársku súťaž, čím zvýhodnil súčasného dodávateľa/poskytovateľa.

62. Na základe uvedeného rada konštatuje, že v **predmetnom odvolacom konaní identifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu.**
63. **Po tretie, kontrolovaný argumentuje tým, že nakoľko Dodatok č. 2 bol uzatvorený k platnej a účinnej Zmluve, kontrolovaný nesúhlasí s tvrdením úradu, že umožnil úspešnému uchádzačovi plniť predmet Zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, pričom toto porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.** Kontrolovaný má za to, že neposkytol žiadnu výhodu úspešnému uchádzačovi DEC International s.r.o. oproti ostatným hospodárskym subjektom, a že pri zmene Zmluvy postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a princípmi platnými vo verejnom obstarávaní.
64. Ako už bolo uvedené, rada sa v tomto odvolacom konaní nestotožnila s argumentáciou kontrolovaného, že pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 k Zmluve, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania, postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko v zmysle § 18 zákona o verejnom obstarávaní je možné zmluvu zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, k čomu však v tomto prípade nedošlo, na základe čoho má rada za to, že k uzatvoreniu Dodatku č. 2 došlo bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Ako už tiež rada uviedla, pokiaľ by poskytovateľ služby stavebného dozoru nepristúpil k uzatvoreniu predmetného Dodatku č. 2 s kontrolovaným, kontrolovaný by nemal ďalej zabezpečené poskytovanie služieb stavebného dozoru, čomu zodpovedá aj samotné znenie Dodatku č. 2.
65. Vychádzajúc z uvedeného je podľa rady nevyhnutné konštatovať, že nakoľko kontrolovaný v tomto prípade uzatvoril Dodatok č. 2 bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie, konanie kontrolovaného pri uzatváraní Dodatku č. 2 **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania**, keďže kontrolovaný nepostupoval podľa ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, ale uzatvorením Dodatku č. 2, z obsahu ktorého je zrejmé, že predĺžil lehotu plnenia predmetu Zmluvy (poskytovania služieb stavebného dozoru) až po uplynutí lehoty trvania/plnenia Zmluvy v znení jej Dodatku č. 1, kontrolovaný v rozpore s týmto zákonom umožnil poskytovateľovi DEC International s.r.o. plniť predmet Zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania. Kontrolovaný sa zároveň tým, že zmenil Zmluvu až po uplynutí lehoty trvania/plnenia tejto Zmluvy v znení jej Dodatku č. 1, vyhol postupu verejného obstarávania a zamedzil hospodársku súťaž, čím zvýhodnil súčasného poskytovateľa DEC International s.r.o., keďže v tomto prípade v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní zamedzil účasti iných hospodárskych subjektov na hospodárskej súťaži.
66. **V nadväznosti na všetky uvedené skutočnosti rada konštatuje, že kontrolovaný svojím konaním pri uzatváraní predmetného Dodatku č. 2 porušil § 18 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko zmluvu je možné zmeniť bez nového verejného obstarávania len počas jej trvania, a teda kontrolovaný uzatvoril Dodatok č. 2 bez splnenia zákonných podmienok pre jeho uzatvorenie, § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp transparentnosti, keď uzatvorením Dodatku č. 2, z obsahu ustanovení ktorého je zrejmé, že predĺžil lehotu plnenia až po uplynutí lehoty trvania/plnenia Zmluvy na poskytnutie služby v znení jej Dodatku č. 1, kontrolovaný v rozpore s týmto zákonom umožnil poskytovateľovi DEC International s.r.o. plniť predmet zmluvy aj v čase po uplynutí jej trvania, ako aj § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania, keďže kontrolovaný sa tým, že zmenil zmluvu po jej ukončení, vyhol postupu verejného obstarávania a zamedzil hospodársku súťaž, čím zvýhodnil súčasného poskytovateľa DEC International s.r.o., pričom uvedené porušenia mali vplyv na výsledok verejného obstarávania.**

67. V nadväznosti na § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa na základe § 177 ods. 9 tohto zákona aplikuje aj na odvolacie konanie, rada uvádza stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Rada v tejto súvislosti kontrolovanému odporúča, aby v budúcnosti k uzatvoreniu dodatku k zmluve, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, pristúpil iba po splnení podmienok uvedených v § 18 zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj splnení podmienky, že k zmene zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, môže dôjsť iba počas jej trvania.
68. Podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní rada v odvolacom konaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú pre to dôvody, rada rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
69. Vzhľadom na skutočnosť, že **rada v predmetnom prípade identifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu**, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

70. Podľa § 177 ods. 7 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.
71. Vychádzajúc z predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti kauciu zloženú kontrolovaným s podaním odvolania do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia kontrolovanému.

P o u č e n i e

Podľa § 178 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 178 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajskom súde v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

JUDr. Miroslav Hlivák, PhD., LL.M.
predseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí
Železnice Slovenskej republiky, Klemensova 8, 813 61 Bratislava – kontrolovaný