

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00003328 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie 19. 4. 2019 pod značkou 2019/S 078-184873 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 79/2019 z 23. 4. 2019 pod značkou 8455– MSP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje** verejnému obstarávateľovi **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava, IČO: 00003328 vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“ **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne:

vykonať opravu **v bode 3.3, ČI. 3 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti - podľa § 34 zákon o VO“**, Časť 1.2 „Podmienky účasti uchádzačov“, Zväzku 1 „Pokyny pre uchádzačov“ súťažných podkladov, ako aj v nadväzujúcich ustanoveniach súťažných podkladov vo forme **odstránenia diskriminačných podmienok účasti týkajúcich sa predloženia údajov o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác vo vzťahu:**

- i. k stroju a vybaveniu na živičné práce - **Výrobňa obalovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA,**
- ii. k inému špeciálnemu stroju a vybaveniu - **Betonáreň s hodinovým výkonom min 80m³/b 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 200m³/b**

a to tak, aby z uvedených ustanovení súťažných podkladov nevyplývala uchádzačom povinnosť predloženia údajov k vyššie uvedenému strojovému vybaveniu pod bodom i., ii. tohto rozhodnutia na preukázanie splnenia podmienok účasti.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) 20. 5. 2019, podal námietky v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) 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“) proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých

kontrolovaným. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 20. 5. 2019 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizovalo t. j. cez systém EVO.

2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Za preukázanie záujmu o účasť vo verejnom obstarávaní je možné považovať skutočnosť, že konkrétny subjekt pristúpil k prevzatíu súťažných podkladov a následnému oboznámeniu sa s ich obsahom.¹ Z obsahu predložených námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením súťažných podkladov primerane oboznámil.
3. Podľa ust. § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.
4. Z ust. § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 10 000 EUR.
5. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 20. 5. 2019 kauciu vo výške 10 000 EUR.
6. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.

Námietky navrhovateľa

7. Navrhovateľ v námietkach poukazuje na znenie bodu 3.3, ČI. 3 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti - podľa § 34 zákon o VO“, Časť 1.2 „Podmienky účasti uchádzačov“, Zväzku 1 „Pokyny pre uchádzačov“ súťažných podkladov, kde kontrolovaný vyžadoval, predložiť údaje o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác (viď bod 27 tohto rozhodnutia).
8. V nadväznosti na položku **Výrobňa obal'ovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA** pri „Strojoch a vybavení na živičné práce“ a položku **Betonáreň s hodinovým výkonom min 130m³/h 2 ks (nové znenie: Betonárne s hodinovým výkonom min 80m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 200m³/h)** pri „Iných špeciálnych strojoch a vybavení“ navrhovateľ uvádza, že predmetom zákazky je dodanie stavebných prác súvisiacich s vybudovaním stavby Cesta I/Šaľa - obchvat. Navrhovateľ má za to, že z podrobné vymedzenie predmetu vyplýva, že predmetom zákazky, nie je dodávka tovaru/stavebných hmôt, ale stavebné práce.
9. Navrhovateľ uvádza, že vzhľadom na skutočnosť, že predmetom zákazky sú stavebné práce, musia byť podmienky účasti primerané a musia spĺňať požiadavky stanovené v § 38 ods. 5

¹ porov. napr. rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 7467-9000/2018 zo dňa 09. 07. 2018
Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

zákona o verejnom obstarávaní, teda že musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie.

10. Navrhovateľ má za to, že Výrobňa obalovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA, nie je strojom a vybavením na živičné práce a Betonárne s hodinovým výkonom min 80m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkovým výkonom 200m³/h, nie je iným špeciálnym strojom a vybavením.
11. Uvedené položky podľa navrhovateľa predstavujú výrobné podniky/výrobne, v ktorých sa vyrábajú a spracovávajú obalovacie zmesi, ako i betón, od ktorých stavebné spoločnosti odoberajú konkrétne produkty/materiály/stavebné hmoty, pričom následne stavebné spoločnosti použijú uvedené materiály pri vykonávaní stavebných prác, keďže stavebné spoločnosti disponujú dostatočným personálnym substrátom, ako i strojovým a technickým vybavením na ich zabudovanie.
12. Navrhovateľ uvádza, že väčšina stavebných spoločností naprieč spektrom v Slovenskej republike, ako i mimo územia Slovenskej republiky, nemajú vo vlastníctve, či prenájme dotknuté výrobné podniky, ale na základe osobitného zmluvného vzťahu (napr. zmluva o kúpe), t.j. subdodávateľského právneho vzťahu, odoberajú/kupujú konkrétne stavebné produkty/materiály/stavebné hmoty zodpovedajúce charakteristike stavebného diela, a ktoré následne stavebné Spoločnosti zabudujú do stavby.
13. Požiadavky kontrolovaného, aby mal záujemca/uchádzač vo vlastníctve, či prenájme takéto výrobné podniky/výrobne sa teda vo vzťahu k charakteru predmetu zákazky javia navrhovateľovi ako neprimerané, keďže predmetom zákazky nie je dodanie materiálu, t. j. obalovacích zmesí, či betónu, ale stavebné práce. Navrhovateľ príkladmo uvádza, že pokiaľ existuje požiadavka, aby bolo pri výkone stavebných prác zapracované kamenivo, je neprijateľná požiadavka, aby záujemca mal vo vlastníctve, či v nájme lom alebo v prípade požiadavky, aby do diela boli zapracované prefabrikáty, je taktiež neprijateľná požiadavka, aby záujemca mal vo vlastníctve, či nájme certifikovanú výrobnú prefabrikátov a pod.
14. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný je povinný postupovať tak, aby bezdôvodne nezužoval hospodársku súťaž. Jedným zo základných cieľov verejného obstarávania je totiž vytvárať rovnaké príležitosti pre podniky a podporovať súťaž, ktorá je spravodlivá, čím sa následne vytvára predpoklad na zdravé konkurenčné prostredie a dosiahnutie najlepšej hodnoty za vynaložené prostriedky. Snahou verejného obstarávateľa by tak malo byť, aby mu v súťaži bolo doručených čo najviac relevantných ponúk.
15. Navrhovateľ má za to, že namietané podmienky účasti sú diskriminačné, keďže umelo zužujú okruh hospodárskych subjektov, ktorí majú možnosť zúčastniť sa verejného obstarávania, čím sa postupom kontrolovaného bráni čestnej hospodárskej súťaži a sú zároveň neprimerané, keďže nesúvisia s predmetom zákazky.
16. Navrhovateľ má zato, že predmetná zákazka je koncipovaná tak, že neumožňuje čestnú a otvorenú hospodársku súťaž, je preukázateľne spôsobilá odradiť potencionálnych uchádzačov a teda porušenie, ktorého sa kontrolovaný dopustil môže mať reálny vplyv na výsledok verejného obstarávania.
17. Na záver navrhovateľ poukazuje na verejné obstarávania stavebných prác na území Slovenskej republiky (a to aj pri tých rozsahom najväčších stavebných prácach), v ktorých verejní obstarávatelia nepožadovali ako podmienku účasti vlastníctvo, či prenájom výrobných podnikov/výrobní, v ktorých sa vyrábajú a spracovávajú obalovacie zmesi, ako i betón.

18. Keďže navrhovateľ má za to, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, navrhovateľ žiada, aby úrad v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného v súlade s § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutím nariadil odstrániť protiprávny stav, a to vo forme odstránenia týchto diskriminačných podmienok účasti vo všetkých príslušných ustanoveniach Súťažných podkladov. Navrhovateľ alternatívne žiada úrad v prípade, že odstránenie protiprávneho stavu nie je možné, aby úrad rozhodol v súlade s § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a nariadil kontrolovanému zrušiť použitý postup zadávania zákazky.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

19. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa **20. 5. 2019**.

20. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok. Dňa **28. 5. 2019** kontrolovaný doručil úradu písomného vyjadrenia k podaným námietkam a dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu a zároveň zriadil v prospech úradu prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

21. Kontrolovaný k podaným námietkam uvádza, že nevyžaduje vlastníctvo či prenájom strojového, prevádzkového alebo technického vybavenia. Naopak v zmysle súťažných podkladov, ako aj v zmysle Oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu pripúšťa možnosť splnenia predmetnej podmienky technickej spôsobilosti prostredníctvom inej osoby, teda v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

22. Kontrolovaný uvádza, že sporná podmienka účasti je primeraná, predstavuje reálnu potrebu preukázania strojového vybavenia, nakoľko jej nevyhnutnosť vychádza zo samotného plnenia predmetu zákazky. Primeranosť podmienky priamo podľa kontrolovaného vyplýva aj z povinnosti používať technicko-kvalitatívnych podmienok v zmysle Zväzku 2 časť 2.3, konkrétne TKP 06 8.1 Obal'ovacia súprava.

23. Kontrolovaný ďalej vo vyjadrení uvádza, že nepovažoval za dôležité sa v oznámení o vybavení žiadosti o nápravu vyjadrovať k formálnym nedostatkom, na ktorých navrhovateľ postavil svoju žiadosť o nápravu a zároveň námietky a to, že výrobná obal'ovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA, nie je strojom a vybavením na živičné práce a Betonáreň s hodinovým výkonom min. 130m³/h 2 ks, nie je iným špeciálnym strojom a vybavením. Kontrolovaný s týmto tvrdením nesúhlasí, nakoľko podľa neho toto zariadenie je možné v plnej miere považovať za vybavenie.

24. K samotným námietkam kontrolovaný uvádza:

- Kontrolovaný nevyžaduje vlastníctvo, či prenájom strojového, prevádzkového alebo technického vybavenia a bude akceptovať využitie kapacít inej osoby na účel splnenia podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

- Na základe nápravy boli upravené podmienky účasti, tak aby boli primerané požiadavkám trhu, čím bola odstránená podmienka neprimeranosti a diskriminácie.
- Výrobňa obalovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA je legitímna požiadavka verejného obstarávateľa aj v zmysle plnenia TKP 06 a z dôvodu preukázania kapacity, ktorá vyplýva z kvalitatívneho a objemového plnenia predmetu diela.

25. Kontrolovaný považuje námietky navrhovateľa za neopodstatnené.

Zistenia úradu

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

26. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „Cesta I/75 Šaľa - obchvat“, vo Vestníku verejného obstarávania č. 79/2019 dňa 23. 4. 2019 pod značkou 8455 - MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 60 316 898 Eur bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na stavebné práce. Dňa 3. 5. 2019 doručil navrhovateľ kontrolovanému žiadosť o nápravu, ktorá bola vybavená listom „Oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu“ odoslaným/doručeným prostredníctvom systému EVO dňa 9. 5. 2019. Dňa 20. 5. 2019 navrhovateľ doručil námietky úradu v listinnej a kontrolovanému v elektronickej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným.
27. V bode 3.3 , ČI. 3 „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti - podľa § 34 zákon o VO“, Časť 1.2 „Podmienky účasti uchádzačov“, Zväzku 1 „Pokyny pre uchádzačov“ súťažných podkladov kontrolovaný vyžadoval, cit.: „...predložiť údaje o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác.

(...)

Stroje a vybavenie na živičné práce:

- ...
- **Výrobňa obalovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA**

Iné špeciálne stroje a vybavenia

- ...
- **Betonáreň s hodinovým výkonom min 130m³/h 2 ks (nové znenie: Betonáreň s hodinovým výkonom min 80m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 200m³/h)**

k týmto strojom a zariadeniam uchádzač uvedie:

- popis (Typ/Značka/Model/Výkon/kapacita)
- počet ks, vek (roky)
- či je vo vlastníctve, % podiel vlastníctva (V) alebo si ho prenájme (P) alebo ho vlastní subdodávateľ (S)
- krajina pôvodu
- fotokópiu technického preukazu predkladá len úspešný uchádzač v rámci výzvy
na súčinnosť

28. Navrhovateľ dňa 3. 5 2019 doručil kontrolovanému prostredníctvom systému EVO „Žiadosť o nápravu“, v ktorej namietal vyššie uvedené podmienky účasti a žiadal kontrolovaného o vymazanie položiek výrobná obal'ovacej zmesi a betonáreň zo súťažných podkladov.
29. Okrem navrhovateľa podali žiadosť o nápravu ďalší 4 záujemcovia, pričom tri žiadosti o nápravu sa týkali podmienok účasti na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní. Prvý záujemca žiadal o úpravu podmienky účasti vo vzťahu k betonárni na znenie „Betonáreň s celkovým hodinovým výkonom 150 m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 150m³/h“. Kontrolovaný vybavil túto žiadosť o nápravu tak, že zmenil znenie namietanej podmienky účasti na „Betonáreň s hodinovým výkonom min 80m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 200m³/h“. Úrad pre doplnenie uvádza, že túto zmenu kontrolovaný oznámil vo vestníku až dňa 21. 5. 2019 Oznámením o dodatočných informáciách, informáciách o neukončenom konaní alebo korigende č. 100/2019, 13198-IOX. Druhý záujemca v doručenej žiadosti o nápravu žiadal upustiť od požiadavky na predloženie údajov vo vzťahu k betonárni. Tretí záujemca žiadal zrušiť verejné obstarávanie a prepracovať súťažné podklady, aby tieto boli v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Tento záujemca namietal celkovo až 5 položiek z požadovaného strojového vybavenia, okrem iného aj výrobu obal'ovacích zmesi a betonáreň.

Právny rámec

30. 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.
31. 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.
32. Podľa § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní príprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov sa nesmú realizovať so zámerom nedovoleného uplatnenia výnimky z tohto zákona alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov.
33. Podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:
- j) údajmi o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby,
34. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej

kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.

35. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

Právne posúdenie námietok navrhovateľa úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

36. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ stanoví také podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktoré vytvárajú predpoklad, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa zabezpečí jej bezproblémové plnenie. Ide predovšetkým o to, aby uchádzač, resp. záujemca preukázal svoje schopnosti a skúsenosti úspešne realizovať verejným obstarávateľom, resp. obstarávateľom definovaný predmet zákazky. Určením podmienok účasti vo verejnom obstarávaní nemôže teda verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov, ale musí umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú objektívne schopní zrealizovať predmet zákazky. Rovnako je verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinný v súlade s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní vymedziť požiadavky na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti len na tie, ktoré sú primerané a súvisia s predmetom zákazky, čo neznamena len priamu vecnú súvislosť s predmetom zákazky, ale i adekvátnosť rozsahu požiadaviek verejného obstarávateľa a obstarávateľa, t. j. ich primeranosť.
37. Kontrolovaný v zmysle § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní požadoval predloženie dokladov k údajom o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, okrem iného na výrobu obalovacej zmesi s automatickým dávkovaním celulóznych vlákien a automatickým dávkovaním tekutých prísad pre výrobu SMA (ďalej len „výrobňa obalovacej zmesi“) a na betonáreň s hodinovým výkonom min 80m³/h 2 ks, alebo ekvivalent iného počtu betonárok s požadovaným celkových výkonom 200m³/h (ďalej len „betonáreň“).
38. Úrad v súvislosti s namietanou podmienkou účasti dáva do pozornosti dva rozsudky Najvyššieho správneho soudu ČR (ďalej len „NSS ČR“), a to č. j. 1 Afs 66/2012-64 a č.j. Afs 20/2013-47, ktoré sa týkajú uvedenej problematiky.
39. Z rozsudku č.j. Afs 20/2013-47 vyplýva, že NSS ČR sa stotožnil s názorom krajského súdu, ktorý uviedol, že postupom verejného obstarávateľa, ktorý požadoval preukázať vlastníctvo Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytláčený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

výrobne asfaltového betónu, alebo zazmluvnenie takejto výroby, došlo k obmedzeniu počtu dodávateľov, ktorí sa mohli o predmetnú verejnú zákazku uchádzať. Súd označil uvedenú požiadavku za skrytú formu neprípustnej diskriminácie, ktorá spočívala v tom, že niektorým dodávateľom bolo znemožnené uchádzať sa o verejnú zákazku stanovením takých podmienok účasti, kde požadovaná úroveň technickej spôsobilosti je zjavne neprimeraná vo vzťahu k veľkosti, zložitosti a technickej náročnosti konkrétnej verejnej zákazky. Samotná skutočnosť, že uchádzač vlastní výrobu asfaltového betónu alebo má uzatvorenú s vlastníkom výroby zmluvu o budúcej zmluve, verejnému obstarávateľovi nijako nezaručuje kvalitu poskytnutého asfaltového betónu, a teda riadne plnenie zákazky. Zárukou toho, že sa verejného obstarávania zúčastnia iba tí uchádzači, ktorí sú schopní po stránke technickej a materiálnej túto zákazku v prípade úspechu vo verejnom obstarávaní po pridelení verejnej zákazky aj reálne plniť, je podľa názoru súdu skôr predloženie zoznamu obdobných prác uskutočnených v posledných rokoch. Súd nepovažoval za nutné, aby uchádzač v predmetnom verejnom obstarávaní už vo fáze preukazovania splnenia podmienok účasti disponoval výrobňou asfaltového betónu alebo mal uzatvorenú s vlastníkom výroby zmluvu o budúcej zmluve.

40. Úrad uvádza, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je overiť si postavenie záujemcu, resp. uchádzača v tomto prípade z hľadiska technickej alebo odbornej spôsobilosti, čím by sa kontrolovaný ubezpečil, že plnenie zmluvy bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom v požadovanom rozsahu a kvalite. Úrad sa stotožnil s názorom NSS ČR, že samotná skutočnosť, že uchádzač vlastní výrobu obalovacej zmesi a betonáreň alebo má uzatvorenú s vlastníkom zmluvu o budúcej zmluve, kontrolovanému nijako nezaručuje riadne plnenie zákazky, a preto takto určenými podmienkami účasti nie je naplnený účel stanovenia podmienok účasti.
41. NSS ČR v predmetnom rozsudku ďalej uviedol, že nie je možné obmedzovať zákaz diskriminácie iba na diskrimináciu zjavnú, spočívajúcu v rozdielnom, inom prístupe k jednotlivcovi ako k ostatným, ale pod zákaz diskriminácie treba zahrnúť aj tzv. skrytú diskrimináciu, ktorej kľúčový problémom je zjavná neprimeranosť podmienok účasti vo vzťahu k predmetu konkrétnej zákazky. V závere NSS ČR dodáva, že nenašiel objektívne vysvetlenie toho, prečo verejný obstarávateľ kládol dôraz práve na zabezpečenie asfaltového betónu a obdobné požiadavky neuplatnil aj vo vzťahu k iným stavebným materiálom.
42. V rozsudku č. j. 1Afs 66/2012-64 sa uvádza, že za skrytú formu neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní je potrebné považovať aj taký postup, keď verejný obstarávateľ znemožní niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek týkajúcich sa technickej spôsobilosti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu k veľkosti, zložitosti a technickej náročnosti konkrétnej verejnej zákazky. Niektorí dodávatelia majú v takomto prípade a priori znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatní dodávatelia. Takýmto postupom sa znemožňuje dosiahnutie cieľa sledovaného zákonom o verejnom obstarávaní, a to zaistenie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi. Súd ďalej uvádza, že primeranosť požiadavky na vlastníctvo výroby alebo jej zmluvné zaistenie v čase verejného obstarávania je v takomto prípade dosť pochybná, nakoľko ide o požiadavku k pomerne malej časti dodávky materiálu v rámci veľkej zákazky. Takáto požiadavka by musela byť odôvodnená objektívnymi okolnosťami verejnej zákazky, resp. legitímnymi ekonomickými záujmami verejného obstarávateľa. NSS ČR v zhode s krajským súdom nenašiel žiadnu súvislosť medzi vlastníctvom alebo zmluvným zaistením výroby vo fáze verejného obstarávania a kvalitou poskytnutej asfaltovej zmesi, resp. s riadnym plnením verejnej zákazky úspešným uchádzačom. Záruka riadneho plnenia verejnej zákazky by mala naopak vychádzať z požadovaného zoznamu obdobných prác

uskutočnených uchádzačmi v minulých rokoch. Na jeho základe by mal verejný obstarávateľ usúdiť, či je ten ktorý uchádzač spôsobilý požadovanú zákazku riadne plniť. Z rozsudku ďalej vyplýva, že predmetná požiadavka na technickú spôsobilosť nemôže byť odôvodnená ani tým, že plnenie verejnej zákazky sa nezaobíde bez zaistenia dodávok produkovaných výrobnou asfaltových zmesí a že úspešný uchádzač by aj tak musel uzatvoriť zmluvu s výrobňou. Plnenie verejnej zákazky sa určite nezaobíde bez zaistenia dodávok celej rady ďalších materiálov a služieb, lebo úspešný uchádzač s veľkou pravdepodobnosťou nebude vlastniť doly na piesok, štrk, vápenec a kamene alebo studne na vodu. NSS ČR nenašiel objektívne vysvetlenie, prečo verejný obstarávateľ kládol taký dôraz práve na asfaltové zmesi.

43. Úrad uvádza, že súčasná právna úprava už nevyžaduje odôvodnenie primeranosti každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. V zákone o verejnom obstarávaní je však naďalej zakotvená povinnosť stanoviť len také podmienky účasti, ktoré sú primerané a súvisia s predmetom zákazky. Preto neboli verejní obstarávatelia zbavení povinnosti odôvodniť nimi určené podmienky účasti práve z pohľadu primeranosti a súvislosti s predmetom zákazky, najmä v prípade, ak niektorá zo stanovených podmienok účasti je namietaná, či už v žiadosti o nápravu, resp. následne v námietkach.
44. Odôvodnenie stanovenia tejto podmienky účasti zo strany kontrolovaného je uvedené v bode 22 tohto rozhodnutia. Úrad po posúdení predmetnej podmienky účasti a doručeného odôvodnenia jej primeranosti vo vyjadrení kontrolovaného dospel k záveru, že kontrolovaným stanovená podmienka účasti nebola dostatočne odôvodnená a nepreukázal primeranosť takto určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti. Uvedeným postupom, kedy kontrolovaný znemožnil niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek týkajúcich sa technickej spôsobilosti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke, došlo zo strany kontrolovaného **ku skrytej forme neprípustnej diskriminácie** vo verejnom obstarávaní, a takýto postup kontrolovaného je potrebné považovať v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a princípom nediskriminácie uchádzačov a záujemcov a hospodárnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené konanie je v rozpore aj s § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a to možným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Úrad konštatuje, že zistené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko minimálne štyria záujemcovia, ktorí doručili kontrolovanému žiadosť o nápravu, považovali postup kontrolovaného za obmedzenie hospodárskej súťaže a odrazenie od predloženia ponuky.
45. Pokiaľ ide o tvrdenie kontrolovaného, že nevyžadoval vlastníctvo alebo nájom výrobné obalovacích zmesí a betonárne, ale uvedenú podmienku účasti mohli uchádzači preukázať aj prostredníctvom inej osoby, úrad uvádza, že ani táto skutočnosť nič nemení na tom, že postupom kontrolovaného došlo k obmedzeniu počtu dodávateľov / uchádzačov, a to z toho dôvodu, že vlastníckmi týchto výrobní obalovacích zmesí a betonárni sú často veľké stavebné spoločnosti, ktoré sa rovnako majú / mohli mať záujem zúčastniť predmetnej zákazky a preto nie sú motivovaní s inými záujemcami / uchádzačmi uzatvoriť zmluvu, ktorou by títo preukazovali splnenie podmienok účasti.
46. Úrad ďalej poukazuje na skutočnosť, že navrhovateľom namietanú podmienku účasti považovali okrem navrhovateľa za neprimeranú a diskriminačnú aj ďalší traja záujemcovia. Uvedené tak potvrdzuje záver úradu, že kontrolovaný znemožnil niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku, čím došlo zo strany kontrolovaného ku skrytej forme neprípustnej diskriminácie.

47. V kontexte uvedeného je potrebné uviesť, že verejný obstarávateľ je povinný obmedziť rozsah požadovaných podmienok len na tie, ktoré bezprostredne súvisia s predmetom zákazky, a ktoré nie sú neprimerané k veľkosti, zložitosti a technickej náročnosti konkrétnej zákazky. V prípade kontrolovaným stanovenej podmienky technickej spôsobilosti, nemožno hovoriť, že by požadovanie predloženia dokladov o strojovom, prevádzkovom alebo technickom vybavení, ktoré má uchádzač alebo záujemca k dispozícii na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, v prípade výrobné obal'ovacie zmeny a betonárne bolo primerané s ohľadom na veľkosť, zložitosť a náročnosť predmetnej zákazky. Takto stanovená podmienka technickej spôsobilosti je neodôvodnená a neprimeraná z hľadiska potrieb kontrolovaného. Podmienky účasti musia byť splniteľné, nediskriminačné, transparentné, jasné, primerané a stanovené vždy vo vzťahu k predmetu zákazky. Úrad má za to, že nebolo nevyhnutné, aby uchádzač v predmetnom verejnom obstarávaní už vo fáze preukazovania splnenia podmienok účasti disponoval výrobňou obal'ovacej zmesi a betonárňou alebo mal uzatvorenú s vlastníkami zmluvu o nájme, resp. zmluvu o budúcej zmluve.
48. Podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke odstrániť protiprávny stav.
49. Podľa § 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Úrad má za to, že **kontrolovaný znemožnil niektorým dodávateľom uchádzať sa o verejnú zákazku nastavením takých požiadaviek na preukazovanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke, čím došlo zo strany kontrolovaného ku skrytej forme neprípustnej diskriminácie vo verejnom obstarávaní**, a takýto postup kontrolovaného je potrebné považovať **v rozpore s § 38 ods. 5** zákona o verejnom obstarávaní a princípom nediskriminácie uchádzačov a záujemcov a hospodárnosti podľa **§ 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené konanie je v rozpore aj s **§ 10 ods. 3** zákona o verejnom obstarávaní a to možným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Zistené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
50. Podľa § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. Kontrolovaný by sa mal v budúcnosti vyhnúť určeniu podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti spôsobom, ktorý bezdôvodne obmedzí okruh záujemcov/uchádzačov. Úrad odporúča kontrolovanému, aby v budúcnosti pri stanovení podmienok technickej a odbornej spôsobilosti stanovil podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní tak, aby umožnil rovnaké príležitosti všetkým záujemcom/uchádzačom, ktorí sú objektívne schopní zrealizovať predmet zákazky.
51. Na základe odôvodnenia, uvedeného v bodoch 36 až 50 tohto rozhodnutia, úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa považuje **za opodstatnené.**

Kaucia

52. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým
- Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie

boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

53. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.
54. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.
55. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí

1. XY- navrhovateľ
2. Slovenská správa ciest, Miletičova 19, 826 19 Bratislava – kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka