



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 24. 01. 2019
Číslo spisu: 14373-9000/2018

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 verejného obstarávateľa **Obec Žabokreky**, Žabokreky 145, 038 40 Žabokreky (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 8911-6000/2018-OD/7 zo dňa 29. 11. 2018, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu pri zadávaní zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet „**Modernizácia a prestavba budov a areálu Materskej školy Žabokreky – stavebné úpravy**“, vyhlásenej kontrolovaným vo Vestníku verejného obstarávania č. 64/2017 zo dňa 30. 03. 2017 pod značkou 3950 – WYP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie kontrolovaného **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 8911-6000/2018-OD/7 zo dňa 29. 11. 2018 **potvrdzuje** podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Dňa 11. 12. 2018 doručil kontrolovaný úradu odvolanie proti rozhodnutiu č. 8911-6000/2018-OD/7 zo dňa 29. 11. 2018 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy pri zadávaní predmetnej zákazky začatom podľa § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní z vlastného podnetu úradu.

Rozhodnutie úradu

2. Z rozhodnutia úradu vyplýva, že úrad konštatoval tri porušenia zákona o verejnom obstarávaní. Pokiaľ ide o **zistenú skutočnosť č. 1**, kontrolovaný požadoval, aby uchádzači vo svojich ponukách predložili návrh zmluvy o dielo podpísaný (i) štatutárnym zástupcom uchádzača a zároveň (ii) ručiteľom ako fyzickou osobou, pričom táto fyzická osoba mala byť zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača. Kontrolovaný teda požadoval **zabezpečenie záväzku ručením** podľa § 303 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka (ďalej len „Obchodný zákonník“), ktoré však **obmedzil výlučne na ručenie fyzickou osobou, ktorá mala zároveň byť aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača**. Táto osoba pritom mala **ručiť za neuhradenie zmluvných pokút, ako aj za škodu spôsobenú uchádzačom ako zhotoviteľom (body 31 a 32 tohto rozhodnutia)**.
3. Úrad v rozhodnutí konštatoval, že banková záruka ako zabezpečovací inštitút **prináša do zmluvných vzťahov väčšiu istotu** (v prípade banky ide o subjekt s kontrolovanou Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

a deklarovanou bonitou). V prípade vystavenia bankovej záruky má veriteľ istotu získania finančných prostriedkov v prípade, že dlžník nesplní svoj záväzok zo zmluvy, získava tak veľmi kvalitné zabezpečenie svojej pohľadávky, resp. plnenia zákazky a následných povinností. Úrad preto konštatoval, že banková záruka poskytuje rovnakú mieru istoty zabezpečenia splnenia záväzkov zhotoviteľa, ako je to v prípade, ak ručiteľom za záväzky zhotoviteľa je fyzická osoba, ktorá je zároveň aj štatutárom/spoločníkom zhotoviteľa.

4. Kontrolovaný podľa úradu nemal obmedziť okruh subjektov v postavení ručiteľa len na fyzickú osobu, ktorá mala byť zároveň aj štatutárom/spoločníkom uchádzača, keďže takto stanovenou požiadavkou mohli byť diskriminovaní a od predloženia ponúk odradení potenciálni uchádzači (čoho dôkazom môže byť aj skutočnosť, že ponuku predložil len 1 uchádzač), ktorí by vedeli danú požiadavku na zabezpečenie záväzku formou ručenia splniť prostredníctvom iného subjektu, a to inej fyzickej osoby, ako je štatutár/spoločník uchádzača, resp. právnickej osoby alebo inštitúcie akou môže byť banka, čím by v ich prípade síce bol vytvorený predpoklad pre riadne plnenie predmetu zákazky, avšak títo uchádzači by kontrolovaným stanovenú požiadavku na subjekt v postavení ručiteľa nespĺnili.
5. Úrad mal za to, že takto stanovenou zmluvnou požiadavkou kontrolovaný umožnil účasť vo verejnom obstarávaní len obchodnej spoločnosti, v ktorej spoločníkom je aspoň jedna fyzická osoba, ktorá môže alebo nemusí byť štatutárnym orgánom, príp. členom štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti. Podľa úradu kontrolovaný vylúčil z účasti na verejnom obstarávaní napr. akciovú spoločnosť, ktorej akcionárom/akcionármi sú právnické osoby a členmi predstavenstva (štatutárneho orgánu) sú iné fyzické osoby, pri ktorých nie je v možnostiach uchádzača (akciovej spoločnosti) žiadať, aby táto fyzická osoba ručila svojím osobným majetkom, nakoľko štatutárny orgán spoločnosti je zodpovedný za vedenie spoločnosti a jeho povinnosti mu vyplývajú z príslušnej legislatívy, interných dokumentov spoločnosti a zmluvy o výkone funkcie, pričom nie je osobne zodpovedný za záväzky tejto spoločnosti. Rovnako to platí v prípade spoločnosti s ručením obmedzením, v ktorej je spoločníkom právnická osoba a konateľom/konateľmi (štatutárnym orgánom) sú iné fyzické osoby, pri ktorých nie je v možnostiach uchádzača (spoločnosti s ručením obmedzeným) žiadať, aby táto fyzická osoba ručila svojím osobným majetkom.
6. Kontrolovaný tak podľa úradu ohrozil riadnu hospodársku súťaž, keďže takto stanovená zmluvná požiadavka mohla mať za následok zúženie okruhu potenciálnych uchádzačov, ktorí by boli schopní a ochotní zúčastniť sa daného verejného obstarávania, pričom nemožno akceptovať také stanovenie zmluvnej požiadavky, ktoré by mohlo v zásadnej miere odradiť potenciálnych uchádzačov od účasti vo verejnom obstarávaní, a tak nepriamo obmedziť zdravú hospodársku súťaž.
7. K inému verejnému obstarávaniu (Obec Brvnište), na ktoré poukazoval kontrolovaný, a v ktorom bola stanovená totožná zmluvná podmienka, pričom úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vydal rozhodnutie, ktorým zastavil konanie z dôvodu, že nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, úrad uviedol, že toto nie je možné akceptovať ako poľahčujúce alebo ospravedlňujúce konanie kontrolovaného, ktorým došlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, keďže každé zadávanie zákazky je samostatným procesom, za ktorý zodpovedá sám verejný obstarávateľ.
8. Na základe uvedených skutočností úrad konštatoval, že kontrolovaný požiadavkou, aby ručiteľom bola fyzická osoba, ktorá je zároveň aj štatutárom/spoločníkom uchádzača, postupoval v rozpore s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a rovnakého zaobchádzania, nakoľko neumožnil uchádzačom zabezpečiť záväzok formou ručenia prostredníctvom iného subjektu (napr. prostredníctvom inej fyzickej osoby, právnickej osoby). Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

alebo banky) aj napriek tomu, že skutočnosť, že ručiteľom je fyzická osoba, ktorá je zároveň aj štatutárom/spoločníkom uchádzača, nemá z hľadiska riadneho a včasného plnenia predmetu zákazky žiadny vplyv.

9. Keďže úrad **v rámci zistenej skutočnosti č. 1** zistil porušenie tohto zákona, ktoré mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a zároveň v predmetnom verejnom obstarávaní došlo k uplynutiu lehoty na predkladanie ponúk (a teda žiadnym iným spôsobom nebolo možné odstrániť protiprávny stav), úrad **nariadil zrušiť použitý postup zadávania zákazky**.
10. Okrem vyššie uvedeného úrad konštatoval ďalšie dve porušenia zákona o verejnom obstarávaní. Pokiaľ ide o **zistenú skutočnosť č. 2**, kontrolovaný požadoval preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania v súhrnnej hodnote nad 270 000 eur. Úspešný uchádzač XX k predmetnej podmienke účasti predložil potvrdenie o vykonaní stavebných prác podpísané konateľom spoločnosti YY (body 34 a 35 tohto rozhodnutia).
11. Úrad v rozhodnutí konštatoval, že z uvedeného dokumentu je zrejmé, že konečným odberateľom stavebných prác bol verejný obstarávateľ (Obec Bučany), pričom z predložených dokumentov nie je zrejmé postavenie spoločnosti YY vo vzťahu k tomuto verejnému obstarávateľovi. Úrad taktiež uviedol, že nie je jednoznačne určený a vyčíslený finančný podiel úspešného uchádzača (ak sa na realizácii stavebných prác zúčastňoval napr. ako subdodávateľ).
12. Úrad tiež poukázal na príslušnú zmluvu o dielo¹, ktorú uzatvoril verejný obstarávateľ Obec Bučany so spoločnosťou ZZ. Podľa úradu z predloženej dokumentácie nebolo zrejmé postavenie spoločnosti YY pri plnení uvedených stavebných prác, a teda nebolo zrejmé, z akého dôvodu výkon týchto stavebných prác potvrdzovala spoločnosť YY.
13. Z dokumentácie pritom podľa úradu nevyplývalo, že by kontrolovaný požiadal úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie dokladov, a to aj napriek skutočnosti, že z predložených dokumentov tohto uchádzača nevyplýva splnenie predmetnej podmienky účasti. Komisia kontrolovaného napriek tomu skonštatovala, že úspešný uchádzač predložil všetky požadované dokumenty a splnil všetky podmienky účasti.
14. Kontrolovaný argumentoval tým, že v čase vyhodnocovania ponúk spoločnosť YY už neexistovala (zanikla v roku 2016). Toto tvrdenie však úrad považoval za irelevantné, nakoľko splnenie podmienky účasti preukazoval úspešný uchádzač, teda on bol ten, ktorého mal kontrolovaný požiadať o vysvetlenie, a nie už neexistujúcu spoločnosť.
15. Kontrolovaný ďalej argumentoval tým, že nemal dôvod a ani právny nárok skúmať postavenie spoločnosti YY voči spoločnosti ZZ, keďže táto nemá nijakú povinnosť poskytovať informácie o svojich subdodávateľoch a ich právnom postavení. Spoločnosť YY pritom nemusela byť priamym subdodávateľom spoločnosti ZZ (mohla byť napr. subdodávateľom v 2., 3. alebo 4. rade a úspešný uchádzač pre ňu realizoval práce v uvedenom rozsahu). Úrad k tomuto uviedol, že pokiaľ z dôkazu o plnení, resp. z referencie predloženej uchádzačom jednoznačne vyplýva, že odberateľom je iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ a z predloženého dokladu môže posúdiť splnenie podmienky účasti, nie je povinný si overovať pravdivosť údajov vyplývajúcich z takto predloženého dokladu. V danom prípade však z predloženého dokumentu je už len z predmetu zmluvy „*Obnova Nyárovej kúrie na kultúrno-spoločenské centrum Obce Bučany a revitalizácia príľahlého historického parku*“

¹ Zmluva o dielo č. 04700/1-MSP na zhotovenie stavby „Obnova Nyárovej kúrie na kultúrno-spoločenské centrum Obce Bučany a revitalizácia príľahlého historického parku“ zo dňa 24. 09. 2013 v hodnote 882 926,86 eur bez DPH.

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

zrejme, že konečným odberateľom stavebných prác bol verejný obstarávateľ, a to obec Bučany. Podľa úradu mal preto kontrolovaný za účelom jednoznačného preukázania splnenia danej podmienky účasti a potvrdenia skutočností uvedených v predloženom dokumente požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predloženého dokladu.

16. Vzhľadom na uvedené skutočnosti úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, konkrétne v rozpore s § 114 ods. 9 a § 113 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 4 a § 10 ods. 2 tohto zákona, keď **nepožiadal úspešného uchádzača o doplnenie/vysvetlenie predložených dokladov**, a to aj napriek skutočnosti, že z nich nevyplývalo splnenie danej podmienky účasti.
17. Pokiaľ ide o **zistenú skutočnosť č. 3**, kontrolovaný v rámci technickej alebo odbornej spôsobilosti požadoval tiež kľúčového odborníka: stavbyvedúceho pre pozemné stavby s minimálne 5 ročnou praxou a s platným osvedčením o vykonaní odbornej skúšky. Úspešný uchádzač na preukázanie splnenia danej podmienky účasti o. i. predložil profesijný životopis xxxxx, z ktorého vyplývalo, že tento kľúčový odborník vykonával odbornú prax v pozícii stavbyvedúceho od marca 2015 ako SZČO (body 36 a 37 tohto rozhodnutia).
18. Úrad v rozhodnutí konštatoval, že z predloženého životopisu kľúčového odborníka **nevyplýva požadovaná prax** (odborná prax v pozícii stavbyvedúceho pre pozemné stavby) v trvaní min. 5 rokov, a teda úspešný uchádzač nepreukázal splnenie danej podmienky účasti tak, ako to kontrolovaný požadoval vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch.
19. Úrad ďalej uviedol, že z predloženého životopisu kľúčového odborníka je zrejme, že daný odborník je SZČO, pričom úspešný uchádzač v rámci svojej ponuky predložil aj čestné vyhlásenie tohto kľúčového odborníka, že mu bude k dispozícii na plnenie predmetu zákazky počas celej doby jeho realizácie. Z uvedeného bolo teda podľa úradu zrejme, že úspešný uchádzač za účelom preukázania splnenia danej podmienky účasti **využil odborné kapacity inej osoby** v súlade s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
20. Z § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pritom vyplýva, že ak uchádzač na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti využije technické/odborné kapacity inej osoby, musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva, pričom túto skutočnosť preukazuje uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou a táto osoba musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia. V danom prípade však komisia kontrolovaného nezohľadnila skutočnosť, že v ponuke úspešného uchádzača **absentovala písomná zmluva uzavretá s kľúčovým odborníkom a súčasne absentovali aj doklady preukazujúce, že daný kľúčový odborník**, ktorého kapacity úspešný uchádzač využil na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti, **spĺňa podmienky účasti osobného postavenia** (vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté). Napriek uvedeným skutočnostiam komisia kontrolovaného skonštatovala, že úspešný uchádzač splnil všetky stanovené podmienky účasti.
21. Kontrolovaný argumentoval tým, že vyhodnocoval splnenie danej podmienky účasti na základe predloženého osvedčenia vydaného SKSI dňa 14. 05. 2004. To, že kľúčový odborník v životopise vyslovene neuviedol, že vykonával pozíciu stavbyvedúceho, komisia nepovažovala za nesplnenie danej podmienky účasti. K tomuto úrad uviedol, že skutočnosť, že navrhovaný odborník má vydané osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky, automaticky neznamená, že aj vykonáva prax na príslušnej pozícii (v pozícii stavbyvedúceho pre pozemné stavby).

22. Podľa úradu z predložených dokladov nebolo možné posúdiť splnenie danej podmienky účasti, a preto mal kontrolovaný v danom prípade požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, a to vo vzťahu k preukázaniu, že ním navrhovaný kľúčový odborník spĺňa požiadavku na min. 5-ročnú prax v pozícii stavbyvedúceho pre pozemné stavby a súčasne požiadať tohto uchádzača o predloženie písomnej zmluvy uzavretej s týmto kľúčovým odborníkom, vrátane dokladov preukazujúcich, že tento kľúčový odborník, ktorého kapacity využil na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti, spĺňa podmienky účasti osobného postavenia (vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté).
23. Na základe uvedených skutočností úrad konštatoval, že kontrolovaný postupoval v rozpore s princípom transparentnosti a v rozpore s § 114 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní, keď nevyhodnocoval splnenie danej podmienky účasti v súlade s jej znením stanoveným vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch a následne v rozpore s § 113 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 4 tohto zákona, keď nepožiadaval úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov.

Odvolaie kontrolovaného

24. V podanom odvolaní kontrolovaný k zistenej skutočnosti č. 1 uvádza, že úrad prekročil svoju právomoc, čo malo za následok vydanie nezákonného rozhodnutia. Úrad podľa kontrolovaného predmetným rozhodnutím ako tretia strana nezákonne zasahuje do voľby zákonných zmluvných podmienok, ktoré verejný obstarávateľ zadáva do svojej zmluvy s potenciálnym dodávateľom. Úradu pritom neprináleží právomoc vyberať verejnému obstarávateľovi zmluvné podmienky, ktoré by boli podľa jeho úsudku vhodnejšie.
25. Podľa kontrolovaného sa predmetná zmluvná podmienka v konaní nepreukázala ako nezákonná (úrad v rozhodnutí nikde neuviedol, že takáto zmluvná podmienka je nezákonná). Ručenie je pritom jedným zo štyroch zabezpečovacích inštitútov podľa Obchodného zákonníka (zmluvná pokuta, ručenie, banková záruka, uznanie záväzku). Dôvodom na zrušenie súťaže podľa kontrolovaného nemôže byť, že úrad pokladá za lepšiu zabezpečovací inštitút bankovú záruku.
26. Kontrolovaný ďalej uvádza, že sa nejedná o zmluvné ustanovenie, ktoré mohlo mať za následok zúženie okruhu potenciálnych uchádzačov, pretože táto zmluvná podmienka nevylučuje žiadneho potenciálneho uchádzača, keďže každý jeden subjekt na trhu, bez ohľadu na právnu formu, má štatutárneho zástupcu alebo spoločníka. V prípade, že je spoločníkom právnická osoba, má spoločnosť štatutárneho zástupcu, ktorým je vždy konkrétna fyzická osoba (aj v prípade kolektívnych štatutárnych orgánov). Z verejného obstarávania tak touto zmluvnou podmienkou nebol vylúčený ani jeden subjekt.
27. Kontrolovaný tiež poukazuje na rozhodnutie úradu č. 6946-6000/2018-OD zo dňa 21. 06. 2018 (zákazka na predmet „Zníženie energetickej náročnosti verejných budov – Obecný úrad v Brvništi“, vyhlásená kontrolovaným Obec Brvnište vo Vestníku verejného obstarávania č. 65/2017 pod [značkou 4031 – WYP](#)), kde bola podľa kontrolovaného stanovená identická zmluvná podmienka, pričom úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Úrad preto podľa kontrolovaného postupoval v rozpore s princípmi rovnakého zaobchádzania a právnej istoty.
28. Pokiaľ ide o zistené skutočnosti č. 2 a 3, tieto neboli dôvodom zrušenia súťaže, a preto proti nim odvolanie kontrolovaného nesmeruje, avšak kontrolovaný uvádza, že zásadne nesúhlasí so zistením č. 2, nakoľko podľa neho uchádzač splnil všetky požiadavky stanovené zákonom

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný na základe uvedených skutočností navrhuje, aby bolo odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu zrušené.

Zistenia rady

29. Po preskúmaní dokumentácie kontrolovaného k predmetnej zákazke a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy rada zistila nasledovné skutočnosti:
30. Kontrolovaný vo Vestníku verejného obstarávania č. 64/2017 zo dňa 30. 03. 2017 pod značkou 3950 – WYP uverejnil výzvu na predkladanie ponúk na obstaranie predmetu zákazky „Modernizácia a prestavba budov a areálu Materskej školy Žabokreky - stavebné úpravy“. Pri zadávaní tejto zákazky kontrolovaný zvolil postup zadávania podlimitných zákaziek bez využitia elektronického trhu podľa § 108 ods. 1 písm. b) v nadväznosti na § 113 až § 116 zákona o verejnom obstarávaní. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 284 496,31 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Táto zákazka má byť financovaná z fondov Európskej únie, konkrétne z Operačného programu Kvalita životného prostredia. Kontrolovaný evidoval v predmetnom verejnom obstarávaní 1 záujemcu. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 27. 04. 2017 do 10:00 hod. predložil ponuku 1 uchádzača, a to spoločnosť XX, ktorého kontrolovaný vyhodnotil ako úspešného uchádzača.
31. V časti IV „Obsah ponuky“ v bode 16. 2. 7 súťažných podkladov kontrolovaný stanovil, cit.: „**Návrh zmluvy** bez uvedenia návrhov na plnenie stanovených kritérií v jednom vyhotovení doplnený a **podpísaný štatutárnym zástupcom uchádzača a ručiteľom ako fyzickou osobou (fyzická osoba musí byť zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača)** bez príloh zmluvy. V prípade ak ponuku predkladá fyzická osoba podpisuje zmluvu len jeden krát.“
32. V čl. 8 „Zmluvné pokuty“, v bode 8. 10 návrhu Zmluvy o dielo, ktorý bol súčasťou súťažných podkladov, kontrolovaný stanovil, cit.: „Pokiaľ si Zhotoviteľ neplní záväzky z tejto zmluvy, je zaviazaný na úhradu zmluvnej pokuty. **Ak Zhotoviteľ neuhradí zmluvnú pokutu Objednávateľovi, je Objednávateľ oprávnený požadovať jej zaplatenie od ručiteľa Zhotoviteľa. Ak Zhotoviteľ svojím konaním spôsobí Objednávateľovi škodu, ručí podľa § 303 a nasl. Obchodného zákonníka za túto škodu spoločne a nerozdielne v plnom rozsahu aj ručiteľ Zhotoviteľa**, čo svojím vlastnoručným podpisom na tejto zmluve aj potvrdzuje.“
33. Popri skutočnostiach uvedených v odvolaní, kontrolovaný vo vyjadrení ku kontrolným zisteniam úradu vo vzťahu k zistenej skutočnosti č. 1 argumentuje tiež tým, že ručenie prostredníctvom banky je pre uchádzačov oveľa drahší a administratívne náročnejší spôsob ručenia. Formu ručenia prostredníctvom spoločníka/konateľa pritom zvolil z nasledovných dôvodov:
 - Spoločník/konateľ zhotoviteľa sú priamo zainteresovaní na riadnom plnení záväzkov spoločnosti vyplývajúcich zo zmluvy o dielo, preto ručenie týchto osôb zásadným spôsobom zvyšuje ich záujem na riadnom plnení záväzkov. V bankovom, leasingovom a obdobnom peňažnom styku je ručenie spoločníkom/konateľom úplne štandardným nástrojom na ochranu záujmov veriteľa.
 - Pre obec je investícia takéhoto rozsahu natoľko zásadná, že prípadné nesplnenie záväzkov a nevykonalnosť od právnickej osoby by fakticky znamenala pre obec automaticky nútenú správu, preto je potrebné zabezpečiť záväzky zhotoviteľa aj takýmto doplnkovým právnym inštitútom. Postavenie spoločníka/konateľa v spoločnosti zakladá najsilnejší ručiteľský záväzok (keďže tieto osoby sú priamo zainteresované na splnení záväzkov vyplývajúcich zo zmluvy o dielo).

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

- Ručenie akoukoľvek fyzickou alebo právnickou osobou, ktorá nemá (nemusí mať) nijaký právny vzťah k dielu ani k zhotoviteľovi, je prakticky neúčinné. Verejný obstarávateľ nemá možnosť ani právomoc kontrolovať totožnosť ručiteľa, a teda nemôže vylúčiť, aby ručiteľom bol tzv. biely kôň alebo právnická osoba, ktorá je v konkurze alebo zahraničný subjekt (či už skutočný alebo fiktívny), kedy by bol takýto ručiteľský záväzok pri praktickom uplatnení nepoužiteľný, neúčinný a zbytočný. Takýmto spôsobom by sa tento inštitút mohol stať nevyhnutným a pre kontrolovaného by neplnil ochrannú funkciu zabezpečenia záväzku.

34. V bode III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk kontrolovaný stanovil nasledovnú podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „(...) uchádzač preukáže svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác (...). Uchádzač preukáže realizáciu stavebných prác v predmete zákazky, pričom minimálna súhrnná hodnota musí byť nad 270 000,00 €/ bez DPH (...).“ V súťažných podkladoch k danej podmienke účasti kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: „V prípade, že zákazka bola realizovaná uchádzačom len z časti (napr. člen združenia, skupiny dodávateľov a pod.) musí byť zo zoznamu stavebných prác resp. z potvrdenia odberateľa pre objektívne posúdenie splnenia podmienky účasti zrejmé, v akom finančnom objeme boli realizované stavebné práce počas stanoveného referenčného obdobia.“
35. Úspešný uchádzač k predmetnej podmienke účasti týkajúcej sa preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil potvrdenie o vykonaní stavebných prác podpísané konateľom spoločnosti YY, v ktorom bolo o. i. uvedené nasledovné:

Uchádzač	XX (úspešný uchádzač)
Zmluvný partner	YY
Predmet zmluvy	Obnova Nyáriovskej kúrie na kultúrno spoločenské centrum obce Bučany
Cena za predmet zmluvy	510 765,60 eur bez DPH
Zmluvná doba plnenia	10/2013
Skutočná doba plnenia	11/2014

36. V bode III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk kontrolovaný stanovil nasledovnú podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „(...) uchádzač preukáže svoju technickú alebo odbornú spôsobilosť údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo riadiacich zamestnancov. (...) Uchádzač preukáže odbornú úroveň personálneho zabezpečenia plnenia predmetu zákazky prostredníctvom nasledujúcich kľúčových odborníkov: Kľúčový odborník č. 1: Stavbyvedúci pre pozemné stavby.“ V súťažných podkladoch k danej podmienke účasti kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: „**Stavbyvedúci pre pozemné stavby s minimálne 5 ročnou praxou** a s platným osvedčením o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektov a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov, resp. obdobného osvedčenia vydaného príslušným orgánom v krajine sídla osoby zodpovednej za riadenie stavebných prác (...).“ Predložený profesijný životopis mal o. i. obsahovať „prehľad profesijnej praxe vzťahujúcej sa k plneniu predmetu obstarávania“.
37. Úspešný uchádzač k predmetnej podmienke účasti týkajúcej sa preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil životopis xxxxx, z ktorého vyplýva, že tento Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

klúčový odborník vykonával odbornú prax v pozícii stavbyvedúceho od marca 2015 ako SZČO. Úspešný uchádzač tiež predložil osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním: pozemné stavby, vydané SKSI tomuto klúčovému odborníkovi dňa 14. 05. 2004.

Právny rámec

38. 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.
39. 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.
40. 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 týkajúcej 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.
41. Podľa § 40 ods. 4 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.
42. Podľa § 113 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní podlimitných zákaziek bez využitia elektronického trhu verejný obstarávateľ postupuje podľa prvej časti a druhej časti prvej hlavy, ak nie je v § 113 až 116 ustanovené inak; nepoužije sa § 26, § 27, § 28 ods. 2 až 4, § 29, § 30 ods. 5 až 22, § 31, § 45 a § 62.
43. Podľa § 114 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti v súlade s výzvou na predkladanie ponúk. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch, nesmú byť v rozpore s výzvou na predkladanie ponúk.

Právne posúdenie odvolania radou

44. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala napadnuté rozhodnutie úradu v celom rozsahu, pričom uvádza nasledovné:

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

45. Predmetom sporu v odvolacom konaní je požiadavka kontrolovaného, aby za neuhradenie zmluvných pokút, ako aj za škodu spôsobenú uchádzačom (zhotoviteľom), ručila fyzická osoba, ktorá mala byť zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom tohto uchádzača. Úrad mal za to, že kontrolovaný takto stanovenou požiadavkou postupoval v rozpore s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a rovnakého zaobchádzania, keďže neumožnil uchádzačom zabezpečiť záväzok formou ručenia prostredníctvom iného subjektu (napr. prostredníctvom inej fyzickej osoby, právnickej osoby alebo banky), na základe čoho kontrolovanému nariadil zrušiť použitý postup zadávania zákazky. Podľa kontrolovaného však ide o zákonnú zmluvnú podmienku, pričom úradu neprináleží právomoc vyberať verejnému obstarávateľovi zmluvné podmienky, ktoré by boli podľa úsudku úradu vhodnejšie.
46. **Úlohou rady v odvolacom konaní** preto bolo posúdiť, či skutočnosť, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní ručenie obmedzil výlučne na ručenie fyzickou osobou, ktorá mala byť zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača, je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
47. Rada na úvod svojho posúdenia uvádza, že žiadnym spôsobom nespochybňuje uplatňovanie zabezpečovacích inštitútov súkromného práva vo sfére verejného obstarávania. Naopak, podľa rady je zodpovedné, ak sa verejný obstarávateľ rozhodne zabezpečiť pohľadávku zo zmluvy, ktorá bude výsledkom verejného obstarávania, pričom na to využije dostupné a bežne uplatňované súkromnoprávne inštitúty tak, ako tomu bolo aj v tomto prípade, keď sa kontrolovaný rozhodol uplatniť inštitút ručenia podľa § 303 Obchodného zákonníka. Takáto snaha verejného obstarávateľa totiž prispieva k ochrane verejných financií (rovnako, ako dôkladná príprava verejného obstarávania a celý jeho transparentný a nediskriminačný priebeh v prostredí čestnej a čo najširšej hospodárskej súťaže). Rada preto takúto snahu verejných obstarávateľov považuje za legitímnu, o to viac, ak je verejným obstarávateľom obec, pre ktorú je vynakladaná investícia natoľko zásadná, že prípadné nesplnenie záväzkov a ich nevymožiteľnosť by fakticky mohla znamenať pre obec nútenú správu. Na základe uvedeného **rada konštatuje, že zabezpečenie pohľadávky (uplatnenie zabezpečovacích inštitútov súkromného práva) vo verejnom obstarávaní považuje za legitímne.**
48. Preto aj **zabezpečenie pohľadávky ručením**, ako jedným zo zabezpečovacích inštitútov podľa § 303 Obchodného zákonníka, je podľa rady **nevyhnutné vo sfére verejného obstarávania považovať za legitímne.** Úrad, a ani rada, pritom nemajú právomoc skúmať, či verejným obstarávateľom uplatnený zabezpečovací inštitút súkromného práva (v tomto prípade inštitút ručenia) je v súlade so súkromnoprávnymi predpismi.
49. V tejto súvislosti však rada poukazuje na **Výkladové stanovisko úradu č. 3/2016 zo dňa 15. 04. 2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania**, v ktorom sa uvádza, cit.: „Úrad pre verejné obstarávanie pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. Preskúmvacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na **skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi**, a to z pohľadu, či verejný obstarávateľ, obstarávateľ alebo osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní nastavili zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania.“ V tomto výkladovom stanovisku je tiež uvedené, že „**zmluvné podmienky musia podporovať čestnú hospodársku súťaž**“, pričom „verejný obstarávateľ/obstarávateľ/osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní sú **povinní nastaviť zmluvné podmienky v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania**“.

50. V nadväznosti na uvedené rada v odvolacom konaní posudzovala, či zabezpečenie záväzku ručením tak, ako ho v tomto verejnom obstarávaní vymedzil kontrolovaný, keď ručenie obmedzil výlučne na ručenie fyzickou osobou, ktorá mala zároveň byť aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača, je v súlade s princípmi verejného obstarávania, a či takto nastavené zmluvné podmienky podporujú čestnú hospodársku súťaž.
51. Je síce na verejnom obstarávateľovi, aby si sám vymedzil zmluvné podmienky, pretože on najlepšie pozná svoje vlastné potreby, avšak ani k výberu zmluvných podmienok nemôže verejný obstarávateľ pristupovať svojvoľne. V celom procese verejného obstarávania je totiž viazaný princípmi verejného obstarávania upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Malo by byť pritom v prioritnom záujme každého verejného obstarávateľa zabezpečiť podmienky pre vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže a primeraného konkurenčného prostredia, pretože tieto sú dôležitými predpokladmi pre vygenerovanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky (resp. primeranej ceny vo vzťahu k predmetu zákazky), čo je jeden zo základných princípov a zmyslov procesu verejného obstarávania. Teda aj zmluvné požiadavky, ktoré si verejní obstarávatelia stanovujú, musia byť primerané, nesmú ísť nad rámec toho, čo je na zabezpečenie sledovaného účelu potrebné a nesmú nikoho zvyhodňovať alebo znevýhodňovať v porovnaní s ostatnými subjektami v rovnakom postavení.
52. Majúc na zreteli uvedené, rada posúdila aj konkrétne dopady, ktoré môže mať takto stanovená zmluvná požiadavka na jednotlivé hospodárske subjekty s ohľadom na ich právnu formu. V tejto súvislosti rada dospela k záveru, že kontrolovaný sťažil účasť vo verejnom obstarávaní napr. akciovým spoločnostiam. Pokiaľ sú akcionármi takejto spoločnosti výlučne právnické osoby, ručiť za záväzky takéhoto potenciálneho uchádzača by v zmysle kontrolovaným stanovenou požiadavky mohli jedine predstavenstvo alebo člen predstavenstva, od ktorých však nie je možné rozumne očakávať (a nie je ani v možnostiach potenciálneho uchádzača žiadať), aby tieto fyzické osoby ručili svojím osobným majetkom za záväzky akciovej spoločnosti. Pokiaľ by aj akcionármi takejto spoločnosti boli fyzické osoby, môže ísť o situácie, kedy majú akcionári rovnaký (resp. približne rovnaký) počet akcií (podiel), od ktorých tiež nie je možné rozumne očakávať, aby ručili svojím osobným majetkom za záväzky akciovej spoločnosti, keďže síce zaiste majú záujem na plnení záväzkov spoločnosti, avšak jednotlivo nemôžu ovplyvniť jej zásadné (strategické) rozhodnutia, nakoľko môžu byť prehlasovaní.
53. V nadväznosti na uvedené sa rada síce nestotožňuje so záverom úradu, že kontrolovaný takto stanovenou zmluvnou požiadavkou vylúčil takéto akciové spoločnosti z účasti v tomto verejnom obstarávaní, pravdou však je, že im účasť vo verejnom obstarávaní výrazne sťažil. Takáto akciová spoločnosť by pritom vedela svoje záväzky v danom verejnom obstarávaní plnohodnotne zabezpečiť napr. bankovou zárukou, na ktorú poukázal úrad. Aj podľa rady totiž banková záruka poskytuje rovnakú mieru istoty zabezpečenia splnenia záväzkov zhotoviteľa, ako je to v prípade, ak ručiteľom za záväzky zhotoviteľa je fyzická osoba, ktorá je zároveň aj jeho štatutárom/spoločníkom.
54. Rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že v predmetnom verejnom obstarávaní predložil ponuku jediný uchádzač. Aj v ďalšom radou posudzovanom prípade č. k. 14346-9000/2018 (Obec Bystrička) pri rovnako nastavených podmienkach súťaže a pri identickej zmluvnej požiadavke predložil ponuku jediný (ten istý) uchádzač. Do tretice, aj v prípade č. k. 14611-9000/2018 (Obec Varín) predložil ponuku jediný uchádzač. Dokonca, aj v prípade, na ktorý poukazuje odvolaný (Obec Brvnište), taktiež predložil ponuku jediný uchádzač.
55. Z uvedeného vyplýva, že zmluvná požiadavka kontrolovaného tak, ako bola stanovená, môže predstavovať aspekt, ktorý potenciálnych uchádzačov odrádza od účasti v takomto verejnom obstarávaní. Nespochybniteľné však podľa rady je, že kontrolovaný v posudzovanom prípade
- Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

nevytvoril podmienky pre vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže a primeraného konkurenčného prostredia.

56. Rada pritom dospela k záveru, že na dosiahnutie sledovaného cieľa (ktorý je podľa rady legítimný), a teda zabezpečenie záväzku zo zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto verejného obstarávania, nie je nevyhnutné, aby kontrolovaný požadoval výlučne ručenie fyzickou osobou, ktorá je zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača. Ako už rada uviedla, má za to, že napr. banková záruka poskytuje rovnakú mieru istoty zabezpečenia splnenia záväzkov zhotoviteľa.
57. Na základe uvedeného rada konštatuje, že **kontrolovaný nemal požadovať výlučne ručenie fyzickou osobou, ktorá je zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača, keďže takto stanovenou požiadavkou mohli byť diskriminovaní a od predloženia ponúk odradení potenciálni uchádzači (čoho dôkazom môže byť aj skutočnosť, že ponuku predložil len 1 uchádzač), ktorí by vedeli danú požiadavku kontrolovaného na zabezpečenie záväzku zo zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto verejného obstarávania, splniť iným, avšak plnohodnotným spôsobom** (napr. prostredníctvom bankovej záruky ako ďalšieho zákonného zabezpečovacieho inštitútu). Takto neprimerane stanovená požiadavka kontrolovaného ide pritom podľa rady v rozpore s princípom proporcionality nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie sledovaného cieľa, a teda zabezpečenia záväzku zo zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto verejného obstarávania.
58. Rada má za to, že riadna a čestná hospodárska súťaž nemusela byť v tomto verejnom obstarávaní obmedzená, pokiaľ by kontrolovaný popri ručení fyzickou osobou, ktorá je zároveň štatutárom/spoločníkom uchádzača, umožnil ručenie prostredníctvom akejkoľvek fyzickej alebo právnickej osoby. Pokiaľ však mal kontrolovaný za to, že ručenie akoukoľvek fyzickou alebo právnickou osobou, ktorá nemá nijaký právny vzťah k dielu ani k zhotoviteľovi, je prakticky neúčinné, mohol popri ručení fyzickou osobou, ktorá je zároveň štatutárom/spoločníkom uchádzača, umožniť splniť požiadavku na zabezpečenie záväzku iným, avšak plnohodnotným spôsobom (napr. prostredníctvom bankovej záruky ako ďalšieho zákonného zabezpečovacieho inštitútu).
59. Na tomto mieste rada dodáva, že v žiadnom prípade nemá ambíciu vyberať kontrolovanému zmluvné podmienky, ktoré by boli podľa jej úsudku vhodnejšie, avšak na základe vyššie uvedených skutočností musí konštatovať, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní stanovenou zmluvnou požiadavkou, **bez umožnenia alternatívneho spôsobu zabezpečenia záväzku zo zmluvy, de facto** v konečnom dôsledku vylúčil hospodársku súťaž, čo je nepochybne v rozpore s princípom hospodárnosti.
60. Na základe uvedených skutočností rada konštatuje, že **predmetná zmluvná požiadavka tak, ako ju kontrolovaný stanovil v tomto verejnom obstarávaní, tzn. aby za záväzky zo zmluvy ručila výlučne fyzická osoba, ktorá mala zároveň byť aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača, bez umožnenia alternatívneho spôsobu zabezpečenia záväzku zo zmluvy, je v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, a to najmä v rozpore s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a rovnakého zaobchádzania, princípom proporcionality, ako aj princípom hospodárnosti.
61. Pokiaľ ide o rozhodnutie úradu č. 6946-6000/2018-OD zo dňa 21. 06. 2018, na ktoré poukazuje kontrolovaný (bod 27 tohto rozhodnutia), v ktorom úrad nevytkol podľa kontrolovaného identicky stanovenú zmluvnú podmienku, rada dospela k záveru, že za účelom zjednotenia rozhodovacej praxe úradu preskúma predmetné rozhodnutie úradu mimo odvolacieho konania.

62. Vychádzajúc zo všetkých uvedených skutočností rada konštatuje, že **v odvolacom konaní neidentifikovala dôvod na zmenu odvolaním napádaného rozhodnutia úradu.**
63. Ako už bolo uvedené, úrad okrem spornej požiadavky na ručenie štatutárom/spoločníkom uchádzača ako fyzickou osobou (zistená skutočnosť č. 1) konštatoval ďalšie dve porušenia zákona o verejnom obstarávaní (zistené skutočnosti č. 2 a 3), tieto však neboli dôvodom na zrušenie súťaže a odvolanie kontrolovaného preto proti týmto skutočnostiam nesmerovalo. Rada má však povinnosť preskúmať odvolaním napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu, a preto bolo potrebné posúdiť aj tieto skutočnosti. Posúdenie týchto skutočností však nemá vplyv na výrok rozhodnutia rady, preto rada len v stručnosti uvádza závery, ku ktorým v rámci tohto posúdenia dospela.
64. Pokiaľ ide o zistenú skutočnosť č. 2 (body 10 až 16 tohto rozhodnutia), rada **sa plne stotožňuje s posúdením úradu.** V tejto súvislosti rada zdôrazňuje, že úrad v rozhodnutí nekonštatoval, že úspešný uchádzač danú podmienku účasti nesplnil, ale že z predložených dokladov nebolo možné posúdiť splnenie danej podmienky účasti. Preto sa mal kontrolovaný podľa úradu touto skutočnosťou zaoberať a požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov.
65. Po preskúmaní dokladov, ktoré za účelom preukázania splnenia danej podmienky účasti predložil úspešný uchádzač, rada konštatuje, že z nich nevyplýva, aký bol vzťah medzi spoločnosťou ZZ (ktorá bola uvedená ako zhotoviteľ v zmluve o dielo uzatvorenej s verejným obstarávateľom Obec Bučany), spoločnosťou YY (ktorá úspešnému uchádzačovi potvrdila vykonanie stavebných prác) a spoločnosťou XX (úspešný uchádzač). **Nie je teda zrejmé, z akého dôvodu (a či oprávnene) výkon týchto stavebných prác potvrdzovala spoločnosť YY, ako ani to, akú časť uvedených stavebných prác (v akom finančnom objeme) skutočne realizoval úspešný uchádzač, a teda či úspešný uchádzač splnil danú podmienku účasti tak, ako ju kontrolovaný stanovil.**
66. Z § 114 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní pritom vyplýva povinnosť kontrolovaného posudzovať splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s ich znením stanoveným vo výzve na predkladanie ponúk (resp. v súťažných podkladoch). V tejto súvislosti rada poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný vo výzve, ako aj v súťažných podkladoch, požadoval preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania v súhrnnej hodnote nad 270 000 eur. V súťažných podkladoch k danej podmienke účasti kontrolovaný tiež uviedol, že v prípade, že zákazka bola realizovaná uchádzačom len z časti, „musí byť zo zoznamu stavebných prác resp. z potvrdenia odberateľa pre objektívne posúdenie splnenia podmienky účasti zrejmé, v akom finančnom objeme boli realizované stavebné práce počas stanoveného referenčného obdobia“.
67. Vychádzajúc z vyššie uvedeného je však potrebné konštatovať, že z predložených dokladov nebolo možné jednoznačne posúdiť, akú časť uvedených stavebných prác (v akom finančnom objeme) skutočne realizoval úspešný uchádzač, a teda nebolo možné jednoznačne posúdiť ani to, či úspešný uchádzač splnil danú podmienku účasti tak, ako ju kontrolovaný stanovil (min. 270 000 eur za požadované obdobie). Pokiaľ však z predložených dokladov nie je možné jednoznačne posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, resp. ak existujú určité (dôvodné) pochybnosti o tom, či predložené doklady preukazujú splnenie podmienok účasti, je verejný obstarávateľ povinný písomne požiadať uchádzača o vysvetlenie alebo o doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
68. Podľa rady sa preto kontrolovaný mal uvedenými skutočnosťami zaoberať a požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov. Z dokumentácie pritom

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

nevyplýva, že by kontrolovaný požiadal úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, a to aj napriek skutočnosti, že z predložených dokumentov jednoznačne nevyplýva splnenie predmetnej podmienky účasti.

69. Vzhľadom na uvedené skutočnosti rada v súlade s rozhodnutím úradu konštatuje, že **kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní**, konkrétne v rozpore s § 114 ods. 9 a § 113 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 4 a § 10 ods. 2 tohto zákona, **keď nepožiadaval úspešného uchádzača o doplnenie/vysvetlenie predložených dokladov, a to aj napriek skutočnosti, že z nich nevyplývalo splnenie danej podmienky účasti tak, ako ju stanovil kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch.**
70. **Pokiaľ ide o zistenú skutočnosť č. 3 (body 17 až 23 tohto rozhodnutia), rada sa nestotožňuje s posúdením úradu v tej časti, že z predloženého profesijného životopisu kľúčového odborníka nevyplýva kontrolovaným požadovaná prax tohto odborníka. Úrad mal totiž za to, že tento kľúčový odborník musel preukázať min. 5-ročnú odbornú prax v pozícii stavbyvedúceho pre pozemné stavby. Podľa rady však takýto výklad z kontrolovaným stanovenéj podmienky účasti jednoznačne nevyplýva.**
71. **Kontrolovaný totiž požadoval „kľúčového odborníka: stavbyvedúceho pre pozemné stavby s minimálne 5-ročnou praxou“. Uvedené je však podľa rady možné interpretovať aj tak, že stavbyvedúci musel mať 5-ročnú prax, táto však nemusela byť výlučne v pozícii stavbyvedúceho. V tejto súvislosti rada uvádza, že predpokladom získania odbornej spôsobilosti (ktorú kľúčový odborník preukázal) je prax v trvaní 3 až 5 rokov v závislosti od typu vzdelania (vysokoškolské/stredoškolské). V tomto prípade pritom ide o prax, ktorá nevyplýva z pôsobenia v pozícii stavbyvedúci, ale ide o čas pred získaním tejto spôsobilosti. Ak teda k 3-ročnej praxi potrebnej na získanie odbornej spôsobilosti pripočítame 2 roky praxe v pozícii stavbyvedúceho pre pozemné stavby, ktoré vyplývajú zo životopisu kľúčového odborníka, úspešný uchádzač preukázal dostatočnú (požadovanú) prax kľúčového odborníka. Pokiaľ by aj rada pripustila výklad danej podmienky účasti, ktorý použil úrad, nejednoznačne stanovená podmienka účasti nemôže ísť na ťarchu uchádzača.**
72. Rada sa však **plne stotožňuje** s posúdením úradu, že v prípade tohto kľúčového odborníka (stavbyvedúceho) úspešného uchádzača, ktorý je SZČO, **ide o využitie odborných kapacít inej osoby** v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úspešný uchádzač mal preto predložiť aj písomnú zmluvu uzavretú s týmto kľúčovým odborníkom, ako aj doklady preukazujúce, že daný kľúčový odborník, ktorého kapacity úspešný uchádzač využil na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti, spĺňa podmienky účasti osobného postavenia (vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté).
73. Úrad preto správne konštatoval, že v danom prípade **kontrolovaný mal požiadať úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov** (predloženie písomnej zmluvy uzavretej s týmto kľúčovým odborníkom a dokladov preukazujúcich osobné postavenie tohto kľúčového odborníka).
74. V tejto súvislosti tiež rada poukazuje na skutočnosť, že v bode III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ výzvy na predkladanie ponúk, ako aj v súťažných podkladoch, kontrolovaný jednoznačne uviedol, že „uchádzač môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade sa postupuje podľa § 34 ods. 3 ZVO.“ Z § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pritom vyplýva, že ak uchádzač na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti využije kapacity inej osoby, musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva, pričom túto skutočnosť

preukazuje uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou a táto osoba musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia.

75. Na základe uvedených skutočností rada v súlade s rozhodnutím úradu konštatuje, že **kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní**, konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti a v rozpore s § 114 ods. 9 a § 113 ods. 1 v spojení s § 40 ods. 4 tohto zákona, **keď nevyhodnocoval splnenie danej podmienky účasti v súlade s jej znením stanoveným vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch a nepožiadaval úspešného uchádzača o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov**.
76. 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 porušeniam tohto zákona. Rada v tejto súvislosti kontrolovanému v prvom rade odporúča, aby v budúcnosti zabezpečenie záväzku zo zmluvy neobmedzil výlučne na ručenie fyzickou osobou, ktorá je zároveň aj štatutárom alebo spoločníkom uchádzača, ale umožnil ručenie prostredníctvom akejkoľvek fyzickej alebo právnickej osoby. Pokiaľ by však mal kontrolovaný za to, že ručenie akoukoľvek fyzickou alebo právnickou osobou, ktorá nemá nijaký právny vzťah k dielu ani k zhotoviteľovi, je prakticky neúčinné, rada kontrolovanému odporúča, aby popri ručení fyzickou osobou, ktorá je zároveň štatutárom/spoločníkom uchádzača, umožnil splniť požiadavku na zabezpečenie záväzku aj iným, avšak plnohodnotným spôsobom (napr. prostredníctvom bankovej záruky ako ďalšieho zákonného zabezpečovacieho inštitútu). Vo všeobecnosti rada kontrolovanému odporúča, aby nastaveniu zmluvných požiadaviek venoval náležitú pozornosť tak, aby vytvoril podmienky pre vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže.
77. Rada zároveň kontrolovanému odporúča, aby splnenie podmienok účasti uchádzačmi vyhodnocoval v súlade so znením, ako ich stanovil vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch a v prípade, ak z predložených dokladov nie je možné jednoznačne posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, resp. ak existujú určité (dôvodné) pochybnosti o tom, či predložené doklady preukazujú splnenie ním stanovených podmienok účasti, aby písomne požiadaval uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný by mal totiž využiť všetky možnosti na preskúmanie skutočností, či uchádzač posudzovanú podmienku účasti splnil a ku konštatovaniu, že uchádzač splnil všetky podmienky účasti by mal kontrolovaný pristúpiť až po dôkladnom (a preskúmateľnom) preverení všetkých skutočností, a po utvrdení sa, že všetky podmienky účasti boli splnené.
78. 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.
79. Keďže rada v predmetnom prípade neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

80. 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.

81. Vychádzajúc z predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená kontrolovaným v konaní o odvolaní stane príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia.

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
Obec Žabokreky, Žabokreky 145, 038 40 Žabokreky – kontrolovaný

Na vedomie
MP Profit PB, s.r.o., Hliníky 712/25, 017 01 Považská Bystrica – kontaktné miesto
kontrolovaného
XX – uchádzač

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.