



# ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

Dunajská 68, P. O. BOX 58, 820 04 Bratislava 24

Odbor konania o námietkach

Obec Marianka		
Dátum	20-03-2012	
Číslo	9/2012	Ref.
Znak	1337	

Bratislava 15.03.2012  
Číslo: 1158-6000/2011-ON/379

Komisia pre rozhodovanie v konaní o námietkach (ďalej len „komisia úradu“) Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) ako ústredného orgánu štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 109 a orgánu príslušného podľa § 137 ods. 2 písm. a) a písm. b) a § 140 ods. 5 a ods. 8 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu UNISTAV spol. s.r.o., Priemyselná 279, 905 01 Senica (ďalej len „navrhovateľ“) proti vylúčeniu záujemcu z užšej súťaže na predmet zákazky „Obec Marianka – splašková kanalizácia“, vyhlásenej verejným obstarávateľom Obec Marianka, Školská 32, 900 33 Marianka (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 187/2011 dňa 27.09.2011 pod značkou 07548 – MUP, vydáva toto

## rozhodnutie:

Úrad podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nariaďuje **zrušiť** užšiu súťaž na predmet zákazky „Obec Marianka – splašková kanalizácia“ vyhlásenú verejným obstarávateľom Obec Marianka, Školská 32, 900 33 Marianka vo Vestníku verejného obstarávania č. 187/2011 dňa 27.09.2011 pod značkou 07548 – MUP, a to **do 30 dní** od doručenia tohto rozhodnutia.

## Odôvodnenie:

Navrhovateľ listom zo dňa 30.11.2011, ktorý bol doručený úradu dňa 01.12.2011 osobne, podal námietky proti vylúčeniu záujemcu z užšej súťaže podľa § 138 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“). Námietky boli doručené v lehote podľa § 138 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 138 ods. 6 a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.

Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že na základe skutočnosti, že postup kontrolovaného v tejto užšej súťaži považuje za odporujúci zákonu, pričom postup kontrolovaného môže mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, podáva v zákonnej lehote námietky a zároveň úradu navrhuje, aby zrušil rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa z procesu verejného obstarávania.

Navrhovateľ následne vysvetľuje, že doručil kontrolovanému doklady za účelom preukázania splnenia podmienok účasti v užšej súťaži, pričom mu kontrolovaný doručil dňa

08.11.2011 oznámenie o jeho vylúčení, v ktorom kontrolovaný podľa navrhovateľa uviedol, že na základe posúdenia overenej fotokópie potvrdenia o zapísaní do zoznamu podnikateľov, nie je navrhovateľ oprávnený vykonávať projekčnú činnosť, ktorá je predmetom zákazky.

Navrhovateľ poukazuje na to, že nakoľko bol presvedčený, že za účelom preukázania splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní stanovených kontrolovaným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, nie je povinný mať v predmete podnikania zapísanú projekčnú činnosť, doručil osobne dňa 18.11.2011 žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, v ktorej kontrolovaného žiadal, aby zrušil rozhodnutie o jeho vylúčení. Navrhovateľ ďalej uvádza, že mu kontrolovaný dňa 22.11.2011 doručil zamietnutie jeho žiadosti o nápravu s odôvodnením, že trvá na dôvode vylúčenia.

Navrhovateľ naďalej trvá na tom, že spĺňa podmienky účasti stanovené kontrolovaným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, pričom podľa jeho názoru realizáciu projektovej dokumentácie nemožno v žiadnom prípade považovať za stavebné práce, ale v prípade obstarávania takejto činnosti sa jedná o služby.

Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný v zamietnutí žiadosti o nápravu argumentuje tým, že ako druh zákazky uviedol stavebné práce, nakoľko je možné určiť len jeden druh zákazky, pričom sa určuje ten, ktorého predpokladaná hodnota prevyšuje, pričom povinnosť mať v predmete činnosti aj projekčnú činnosť má byť uchádzačovi zrejme z minimálne troch bodov oznámenia, ktoré však kontrolovaný podľa navrhovateľa nešpecifikoval.

Podľa navrhovateľa podmienky, ktorých splnenie kontrolovaný požaduje za účelom účasti vo verejnom obstarávaní, majú byť jasne, zrozumiteľne a dostatočne formulované v bodoch osobné postavenie, ekonomické a finančné postavenie a technická alebo odborná spôsobilosť. Následne sa navrhovateľ odvoláva na bod III.2.1 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania k čomu uvádza, že potvrdením o zapísaní do zoznamu podnikateľov podľa § 128 zákona o verejnom obstarávaní dostatočne preukázal splnenie tejto podmienky kontrolovaného.

Následne sa navrhovateľ odvoláva na bod III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, k čomu uvádza, že predložil vo svojej žiadosti o účasť dôkaz o úspešnom zrealizovaní kanalizácie v objeme vyššom ako 1,8 mil. Eur bez DPH, čím túto podmienku účasti splnil v plnom rozsahu. Navrhovateľ poukazuje na to, že napriek tomu, že kontrolovaný považuje ním obstarávanú výstavbu kanalizácie za mimoriadne náročnú, ktorá sa má vykonávať v najzložitejších pomeroch, v hĺbkach nad 2,5 m od úrovne terénu a v stiesnených pomeroch, postačuje mu za účelom preukázania technickej a odbornej spôsobilosti iba preukázanie realizácie kanalizácie s podobným a vyšším rozpočtovým nákladom, pričom navrhovateľ podotýka, že kontrolovaný v bode III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania nepožaduje od uchádzačov, aby preukázali, že disponujú oprávnenými osobami v zmysle právnych predpisov na realizáciu predmetu zákazky, prípadne preukázali ich primeranú odbornú prax.

Navrhovateľ zdôrazňuje, že ide o štvrtý pokus kontrolovaného vybrať zhotoviteľa na zhotovenie splaškovej kanalizácie v obci Marianka, pričom navrhovateľ sa okrem aktuálneho zúčastnil aj jemu bezprostredne predchádzajúceho verejného obstarávania a podľa jeho názoru podmienky verejného obstarávania boli stanovené prísnejšie ako je tomu v aktuálnom verejnom obstarávaní, pričom predmet tohto obstarávania bol podľa

navrhovateľa definovaný obsahovo zhodne s aktuálnym verejným obstarávaním. Ďalej vysvetľuje, že kontrolovaný ako výsledok vyhodnotenia žiadostí o účasť navrhovateľa v bezprostredne predchádzajúcom verejnom obstarávaní konštatoval, že navrhovateľ predloženými dokladmi na splnenie podmienok účasti splnil podmienky a požiadavky kontrolovaného, a preto je pre navrhovateľa nepochopiteľné, čo sa zmenilo, keďže v predchádzajúcom verejnom obstarávaní, ktoré bolo prísnejšie ako terajšie, navrhovateľ spĺňal všetky podmienky účasti stanovené kontrolovaným.

Navrhovateľ uvádza, že vo svojej žiadosti o nápravu poukázal aj na neopodstatnenosť, resp. nehospodárnosť obstarávania realizačnej projektovej dokumentácie, nakoľko uchádzač s relevantnými skúsenosťami s výstavbou kanalizácií by mal byť schopný zhotoviť dielo aj na základe dostupnej projektovej dokumentácie pre stavebné povolenie, ktorou kontrolovaný disponuje. Následne vysvetľuje, že postup obstarávania stavebných prác podľa žltého FIDIC-u, t. j. uchádzač si sám volí technické riešenie stavby, ku ktorému si zabezpečí projekt, na základe ktorého túto stavbu zrealizuje, umožňuje preniesť zodpovednosť za naviac práce na zhotoviteľa.

Navrhovateľ má za to, že nedostatky v definovaní požiadaviek na oprávnených uchádzačov kontrolovaným, nemôžu byť dôvodom na vylúčenie navrhovateľa z procesu verejného obstarávania, nakoľko podľa navrhovateľa skutočnosť, že spĺňa podmienky účasti potvrdil kontrolovaný už v prechádzajúcom verejnom obstarávaní.

Navrhovateľ k odporúčaniam kontrolovaného na využívanie inštitútu vysvetľovania podmienok účasti uvádza, že podmienky verejného obstarávania mu boli jasné a naďalej trvá na tom, že dostatočne preukázal splnenie kritérií stanovených kontrolovaným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania na to, aby bol vyzvaný na predloženie ponuky kontrolovaným, a preto nepovažoval za potrebné využiť tento inštitút.

Na záver navrhovateľ uvádza, že v tejto užšej súťaži postupuje v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a požiadavkami samotného kontrolovaného.

Kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli dňa 16. 12. 2011. Nakoľko dokumentácia k predmetnému verejnému obstarávaniu nebola kompletná, úrad rozhodnutím č. 1238-6000/2011-ON/412-P zo dňa 11.01.2012 konanie o námietkach prerušil. Kontrolovaný doplnil predmetnú dokumentáciu listom „Obec Marianka – splašková kanalizácia - vysvetlenie“ dňa 23.01.2012.

Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k podaným námietkam uvádza, že v požadovanej lehote predložilo žiadosť o účasť 24 záujemcov, vrátane navrhovateľa, pričom pri kontrole dokladov preukazujúcich splnenie podmienky účasti bolo zistené, že navrhovateľ podľa predložených dokladov v zmysle § 28 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní splnil podmienky v technickej alebo odbornej spôsobilosti. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že na preukázanie osobného postavenia navrhovateľ predložil overenú fotokópiu potvrdenia o zapísaní do zoznamu podnikateľov, podľa ktorej v predmete zákazky je oprávnený na vykonávanie inžinierskych stavieb, vodohospodárskych stavieb, potrubných a líniových stavieb, a nie je oprávnený vykonávať projekčnú činnosť. Kontrolovaný dodáva, že v zmysle právnych predpisov môže každý vykonávať len činnosti, na ktoré je oprávnený. Keďže podľa názoru kontrolovaného navrhovateľ na projekčnú činnosť oprávnený nie je, nemôže ju teda

ani vykonávať, nakoľko by sa jednalo o neoprávnené podnikanie, čím podľa kontrolovaného teda navrhovateľ nespĺnil podmienky účasti v súťaži a bol zo súťaže vylúčený.

Kontrolovaný uvádza, že nakoľko navrhovateľ vo svojej žiadosti o nápravu nijakým spôsobom nepreukázal, že je oprávnený poskytovať službu, ktorá je predmetom zákazky, predmetnú žiadosť o nápravu zamietol. Kontrolovaný ďalej uvádza, že požiadavky na predkladanie dokladov podľa § 28 zákona o verejnom obstarávaní nie sú povinné, a to platí aj pre § 27 zákona o verejnom obstarávaní, pričom je na kontrolovanom, či sa rozhodne požadovať predkladanie dokladov podľa niektorého z ustanovení § 28 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný má za to, že ak je niekto oprávnený poskytovať službu „projekčnej činnosti“, nemusí ju vykonávať priamo, no môže ju podľa jeho názoru poskytnúť prostredníctvom tretej osoby, ako tzv. subdodávateľom, pričom však naďalej ostáva pre kontrolovaného jeho dodávateľom. Kontrolovaný je toho názoru, že ak niekto nie je oprávnený poskytovať takúto službu, je v rozpore s platnými právnymi predpismi, aby uzavrel zmluvu na poskytnutie služby, na ktorú nie je oprávnený a následne ju zadal tretej osobe. Doklady podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní môže podľa kontrolovaného navrhovateľ využiť len v prípade splnenia podmienky účasti podľa § 26 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko záujemcom je on. Podľa kontrolovaného, keďže navrhovateľ nebol vylúčený pre nesplnenie podmienok účasti v technickej alebo odbornej spôsobilosti, nebol porušený zákon o verejnom obstarávaní a kontrolovaný je toho názoru, že konal v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko nijakým spôsobom neobmedzoval formu záujemcov, a tí mohli využiť všetky dostupné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní na to, aby splnili podmienky účasti.

Kontrolovaný sa následne odvoláva na tvrdenia navrhovateľa ohľadne bezprostredne predchádzajúceho verejného obstarávania, k čomu uvádza, že nie je pravda, že predmet tohto verejného obstarávania je definovaný obsahovo zhodne s predmetom toho predchádzajúceho, čím nemožno vzťahovať poukazovanie navrhovateľa, že splnil podmienky účasti v predchádzajúcej súťaži pri inom predmete zákazky. Kontrolovaný má za to, že tvrdenie o nehospodárnosti zadávania tejto zákazky možno vzhľadom na predchádzajúce kroky navrhovateľa považovať za odpútavanie pozornosti od merita veci, ktorou je skutočnosť, že nespĺnil podmienky účasti. Podľa kontrolovaného je v plnej kompetencii verejných obstarávateľov čo obstarávajú, vzhľadom na ich vnútorné potreby zabezpečenia činností, ktoré musia vykonávať alebo vykonávajú, pričom je mu známa situácia na trhu, kde je záujem každého poskytovateľa získať zákazky za každú cenu, avšak práve konaním, ktoré si zvolil, chce zamedziť takýmto nekalým prístupom majúcim vplyv na dodatočné zvyšovanie výdavkov verejných financií po uzavretí zmluvy.

Komisia úradu v konaní o námietkach vzhľadom na odborný charakter namietaných skutočností požiadala o odborné stanoviská. Nakoľko komisia úradu bez odborných stanovísk viažucich sa k predmetnému verejnému obstarávaniu nemohla o námietkach navrhovateľa kvalifikovane rozhodnúť, úrad konanie o námietkach podľa § 138 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní prerušil rozhodnutím č. 1158-6000/2011-ON/379-P zo dňa 24.01.2012 až do doručenia vyžiadaných odborných stanovísk.

Z predloženej dokumentácie komisia úradu zistila nasledovné skutočnosti:

Kontrolovaný vyhlásil užšiu súťaž podľa § 50 ods. 4 písm. a) v spojení s § 91 zákona o verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Obec Marianka – splašková kanalizácia“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 187/2011 dňa 27.09.2011 pod značkou 07548 – MUP

(ďalej len „oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania“). V lehote na predkladanie žiadostí o účasť, t. j. do 17.10.2011 predložilo žiadosť o účasť 24 záujemcov vrátane navrhovateľa. Vyhodnotenie žiadostí o účasť sa uskutočnilo dňa 17.10.2011. Dňa 08.11.2011 doručil kontrolovaný navrhovateľovi list „Obec Marianka – splašková kanalizácia - oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“ zo dňa 04.11.2011. Navrhovateľ listom zo dňa 16.11.2011, ktorý bol kontrolovanému doručený dňa 18.11.2011, podal žiadosť o nápravu proti vylúčeniu záujemcu z užšej súťaže podľa § 136 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 22.11.2011 oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu, na základe ktorého navrhovateľ podal dňa 01.12.2011 námietky úradu a dňa 02.12.2011 kontrolovanému.

Komisia úradu preskúmala postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní vo vzájomných súvislostiach a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam a navrhovateľom namietaných skutočností, uvádza nasledovné:

Podľa § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní sa pri zadávaní zákaziek musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 3 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zákazka na uskutočnenie stavebných prác na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác alebo vypracovanie projektovej dokumentácie a uskutočnenie stavebných prác súvisiacich s niektorou z činností uvedených v prílohe č. 1, alebo uskutočnenie stavby.

Podľa § 3 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zákazka na poskytnutie služby na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je poskytnutie služby uvedenej v prílohe č. 2 alebo 3, okrem zákazky uvedenej v odsekoch 2 a 3. Zákazka, ktorej predmetom je poskytnutie služby podľa prílohy č. 2 alebo 3 a ktorá zahŕňa ako vedľajšiu činnosť stavebné práce podľa prílohy č. 1, sa považuje za zákazku na poskytnutie služby.

Podľa § 13 zákona o verejnom obstarávaní záujemca na účely tohto zákona je fyzická osoba, právnická osoba alebo skupina takýchto osôb, ktorá na trhu dodáva tovar, uskutočňuje stavebné práce alebo poskytuje službu a má záujem o účasť v užšej súťaži, v rokovacom konaní alebo v súťažnom dialógu, alebo si vo verejnej súťaži prevzala súťažné podklady.

Podľa § 26 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia:

- a) nebol on ani jeho štatutárny orgán, ani člen štatutárneho orgánu právoplatne odsúdený za trestný čin korupcie, za trestný čin poškodzovania finančných záujmov Európskych spoločenstiev, za trestný čin legalizácie príjmu z trestnej činnosti, za trestný čin založenia, zosnovania a podporovania zločineckej skupiny alebo za trestný čin založenia, zosnovania alebo podporovania teroristickej skupiny,
- b) nebol on ani jeho štatutárny orgán, ani člen štatutárneho orgánu právoplatne odsúdený za trestný čin, ktorého skutková podstata súvisí s podnikaním,
- c) nie je voči nemu vedené konkurzné konanie, nie je v konkurze, v likvidácii ani nebol proti nemu zamietnutý návrh na vyhlásenie konkurzu pre nedostatok majetku,
- d) nemá evidované nedoplatky poisťného na zdravotné poistenie, sociálne poistenie a príspevkov na starobné dôchodkové sporenie, ktoré sa vymáhajú výkonom rozhodnutia,
- e) nemá evidované daňové nedoplatky, ktoré sa vymáhajú výkonom rozhodnutia,

f) je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu,  
g) nebolo mu v predchádzajúcich troch rokoch preukázané závažné porušenie odborných povinností, ktoré dokáže verejný obstarávateľ a obstarávateľ preukázať.

Podľa § 26 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti podľa odseku 1

- a) písm. a) a b) výpisom z registra trestov nie starším ako tri mesiace,
- b) písm. c) potvrdením príslušného súdu nie starším ako tri mesiace,
- c) písm. d) potvrdením Sociálnej poisťovne a zdravotnej poisťovne nie starším ako tri mesiace,
- d) písm. e) potvrdením miestne príslušného daňového úradu nie starším ako tri mesiace,
- e) písm. f) *dokladom o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu.*

Podľa § 31 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní skupina dodávateľov preukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúcich sa osobného postavenia za každého člena skupiny osobitne a splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti preukazuje spoločne. *Splnenie podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) preukazuje člen skupiny len vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má zabezpečiť.*

Podľa § 33 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak

- a) nesplnil podmienky účasti,
- b) predložil neplatné doklady,
- c) nepredložil po písomnej žiadosti podľa odseku 4 vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov v určenej lehote alebo
- d) poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

V bode II.1.5 „Stručný opis zákazky alebo nákupu (nákupov)“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania je uvedené, cit.: „Stavebné práce na stavbe splaškovej kanalizácie spolu so zabezpečením archeologického prieskumu v zmysle zákona, ak to bude pri realizácii stavebných prác nutné z dôvodu prípadného zistenia archeologického náleziska a realizácia projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby spolu so zabezpečením si všetkých vstupných podkladov pre realizáciu dokumentácie pre realizáciu stavby ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie a pod. (súčasťou súťažných podkladov bude projektová dokumentácia pre stavebné povolenie).“

V bode III.2.1 „Osobné postavenie uchádzačov a záujemcov vrátane požiadaviek týkajúcich sa zápisu do profesijného alebo obchodného registra“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania sa uvádza, cit.: „Uchádzač musí spĺňať podmienky účasti uvedené v § 26 ods. 1 zákona NR SR č. 25/2006 Z. z. v znení neskorších predpisov (ďalej len zákon). Ich splnenie preukáže podľa § 26 zákona predložením dokladov rozsahu a platnosti v zmysle zákona. Uchádzač zapísaný do zoznamu podnikateľov pre verejné obstarávanie môže doklady podľa § 26 ods. 2 zákona nahradiť predložením potvrdenia o svojom zapísaní do zoznamu podnikateľov podľa § 128 ods. 1 zákona v rozsahu a platnosti v zmysle zákona. Skupina dodávateľov preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia v súlade s § 31 ods. 3 zákona. V prípade predloženia dokladov v inom ako slovenskom alebo českom jazyku, vyžaduje sa predloženie v pôvodnom jazyku a zároveň preklad v rozsahu a platnosti v zmysle zákona do štátneho/slovenského jazyka.“

Komisia úradu z predloženej dokumentácie kontrolovaného zistila, že kontrolovaný listom „Obec Marianka – splašková kanalizácia - oznámenie o vylúčení z verejného obstarávania“ oznámil navrhovateľovi jeho vylúčenie, pričom v predmetnom liste okrem iného uviedol nasledovné, cit.: „Oznamujeme Vám, že ste bol vylúčený z tohto verejného obstarávania. V danom prípade predmetom zákazky sú stavebné práce na splaškovej kanalizácii a realizácia projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby, pričom k týmto činnostiam ak to bude potrebné, aj zhotoviteľ zabezpečuje podklady ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie, archeologický prieskum a pod. To znamená, že priamou činnosťou zhotoviteľa bude realizácia stavebných prác a realizácia projektovej dokumentácie, čiže „projekčná činnosť“. Pri kontrole predložených dokladov v rámci žiadosti o účasť bolo zistené, že podľa predloženej overenej fotokópie potvrdenia o zapísaní do zoznamu podnikateľov ste v predmete zákazky oprávnený vykonávať len „vykonávanie inžinierskych stavieb, vodohospodárskych stavieb, potrubných a iných líniových stavieb“. Nie ste oprávnený vykonávať projekčnú činnosť, ktorá je predmetom zákazky. Nakoľko v zmysle platných právnych predpisov môže každý vykonávať len činnosti, na ktoré je oprávnený, tým že nie ste oprávnený na projekčnú činnosť tieto nemôžete vykonávať, nakoľko by sa jednalo o neoprávnené podnikanie, a tým nespĺňate podmienky účasti v súťaži.“

Vo vyžiadanom odbornom stanovisku od odborníka na právo Európskej únie sa uvádza, cit.: „Článok 46 smernice 2004/18/ES s názvom „Spôsobilosť vykonávať odbornú činnosť“ (ďalej aj „profesijná spôsobilosť“) znie: „Od každého hospodárskeho subjektu, ktorý sa chce zúčastniť verejného obstarávania, sa môže vyžadovať, aby preukázal svoju registráciu v jednom z profesijných alebo obchodných registrov, ktorá je predpísaná v členskom štáte, v ktorom má sídlo, alebo aby predložil čestné vyhlásenie alebo potvrdenie, ktoré sú uvedené v prílohe IX A pri verejných zákazkách na práce, v prílohe IX B pri verejných zákazkách na dodávku tovaru a v prílohe IX C pri verejných zákazkách na služby. Pri konaniach pre zadávanie verejných zákaziek na služby, verejný obstarávateľ môže od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby v prípadoch, ak musia mať záujemcovia alebo uchádzači určité povolenie alebo musia byť členmi určitej organizácie na to, aby mohli vo svojej krajine pôvodu poskytovať príslušné služby, preukázali, že takéto potvrdenie majú, alebo aby preukázali členstvo v takejto organizácii.“

Na otázku komisie úradu, či je možné, aby uchádzač, resp. záujemca v prípade, ak sám nemá oprávnenie na vykonávanie tzv. „projekčnej činnosti“, využil na zabezpečenie tzv. „projekčnej činnosti“ subdodávateľa podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní na základe smerníc alebo judikatúry ES sa v odbornom stanovisku uvádza, cit.: „Článok 46 smernice 2004/18/ES sa nezmieňuje o preukazovaní profesijnej spôsobilosti prostredníctvom tretích osôb (tzv. subdodávateľov) ani prostredníctvom aspoň jedného z členov skupiny dodávateľov. Pokiaľ by zákonodarca Únie chcel umožniť preukazovanie profesijnej spôsobilosti aj prostredníctvom tretích osôb alebo členov skupiny dodávateľov, bol by to výslovne uviedol rovnako, ako to urobil v prípade ekonomického a finančného postavenia (pozri články 47 ods. 2 a 3 smernice 2004/18/ES) alebo v prípade technickej alebo odbornej spôsobilosti (pozri články 48 ods. 3 a 4 smernice 2004/18/ES). Fakultatívna formulácia stanovenia podmienok profesijnej spôsobilosti („sa môže vyžadovať“, „môže od záujemcov a uchádzačov vyžadovať“) však znamená, že smernica 2004/18/ES stanovila v tomto smere iba maximálne požiadavky na preukazovanie profesijnej spôsobilosti, a pokiaľ členský štát tieto požiadavky „zjemní“ a prijme menej prísnu právnu úpravu, neporuší tým smernicu, resp. ciele sledované smernicou. Ak teda slovenský zákon o verejnom obstarávaní umožňuje preukazovanie podmienok profesijnej spôsobilosti podľa ustanovení § 31 ods. 3 v spojení s § 26 ods. 1 písm. f) iba samotným záujemcom/uchádzačom alebo



prostredníctvom jednotlivých členov skupiny dodávateľov, ale nie prostredníctvom ostatných tretích osôb (ako je to v prípade finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti), takéto ustanovenia nie sú ani v rozpore so smernicou 2004/18/ES a v žiadnom prípade im nemožno podľa smernice priznať taký výklad, že preukazovanie podmienok profesijnej spôsobilosti je možné aj prostredníctvom tretích osôb odlišných od členov skupiny dodávateľov. Verejný obstarávateľ/Obstarávateľ môže v súlade s § 26 ods. 1 písm. f) požadovať od záujemcov/uchádzačov, aby boli oprávnení „dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu“, avšak túto podmienku účasti musí stanoviť v súlade s princípmi transparentnosti a rovnakého zaobchádzania uvedenými v § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Pokiaľ teda verejný obstarávateľ/obstarávateľ požaduje, aby bol záujemca/uchádzač oprávnený vykonávať viaceré konkrétne (podnikateľské) činnosti súvisiace s predmetom zákazky (ďalej aj „predmet činnosti záujemcu/uchádzača“), musí v súlade s princípom transparentnosti tieto činnosti výslovne uviesť medzi podmienkami účasti. Nešpecifikovanie požadovaného predmetu činnosti záujemcu/uchádzača medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia nemôže byť totiž na ujmu záujemcu/uchádzača a v takom prípade postačí, ak záujemca/uchádzač preukáže, že má oprávnenie aspoň na jednu činnosť súvisiacu s predmetom zákazky. Ochrana záujemcu/uchádzača v takomto prípade možno navyše odôvodniť aj tým, že v prípade, ak verejný obstarávateľ/obstarávateľ záujemcu/uchádzača z verejného obstarávania vylúči z dôvodu, že nepreukázal verejným obstarávateľom/obstarávateľom údajne požadovaný predmet činnosti, ktorý však nebol výslovne uvedený medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia, dochádza tým k zmareniu práva záujemcu/uchádzača podať proti takejto neuvedenej podmienke účasti prípadné námietky (napríklad z dôvodu jej neprimeranosti vo vzťahu k predmetu zákazky).“

Po posúdení vyššie uvedeného komisia úradu uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní umožňuje obstarávanie aj tzv. „zmiešaných zákaziek“, v predmetom prípade takej zákazky, ktorá zahŕňa obstaranie stavebných prác aj služieb. Ako vyplýva z pozitívnej definície zákazky na stavebné práce uvedenej v § 3 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zákazkou na stavebné práce môže byť zákazka, ktorá zahŕňa vypracovanie projektovej dokumentácie a uskutočnenie stavebných prác súvisiacich s niektorou z činností uvedených v prílohe č. 1. Z definície zákazky na poskytnutie služby je výkladom a contrario možné dospieť k záveru, že zákazka na stavebné práce môže obsahovať/byť spojená so zákazkou na poskytnutie služieb, pokiaľ sú tieto len vedľajšie, resp. svojou hodnotou neprevyšujú predpokladanú hodnotu stavebných prác. Akékoľvek spájanie jednotlivých zákaziek však musí byť v súlade so základnými princípmi verejného obstarávania, z čoho vyplýva požiadavka, aby táto skutočnosť bola transparentne uvedená už v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, a aby takýmto spojením nedochádzalo k nedovolenému obmedzovaniu alebo diskriminácii potenciálnych uchádzačov, resp. k nehospodárnemu konaniu verejného obstarávateľa/ obstarávateľa. Nakoľko v predmetnom prípade, ako vyplýva z vyššie uvedených definícií, je zřejmé, že obstarávané služby bezprostredne súvisia so stavebnými prácami, nakoľko sa budú uskutočňovať v prípade potreby ako vstupné podklady pre realizáciu dokumentácie pre realizáciu stavby, ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie a pod., komisia úradu má za to, že obstarávanie uvedeného predmetu zákazky neodporuje zákonu o verejnom obstarávaní.

V nadväznosti na uvedené komisia úradu má za to, že po splnení uvedených predpokladov sa takejto zákazky (v prípade postupu užšou súťažou ako v tomto prípade) môžu v súlade s § 26 v nadväznosti na § 13 zákona o verejnom obstarávaní zúčastniť len tí záujemcovia, ktorí v rámci svojho osobného postavenia preukážu, že sú oprávnení



realizovať daný predmet zákazky (uskutočňovať obstarávané stavebné práce a aj poskytovať obstarávané služby), pričom požadované činnosti, na vykonávanie ktorých sa vyžaduje príslušné oprávnenie, a to najmä vzhľadom na obstarávanie „zmiešaného“ predmetu zákazky, musia byť jasne a transparentne vopred stanovené. Ako vyplýva z vyžiadaného odborného stanoviska, zákon o verejnom obstarávaní umožňuje preukazovať oprávnenie na uskutočňovanie stavebných prác a na poskytovanie služieb samotným záujemcom /uchádzačom alebo skupinou dodávateľov, pričom v tomto prípade je postačujúce, ak oprávnenie na príslušnú „časť“ predmetu zákazky preukáže ten člen skupiny dodávateľov, ktorý bude danú „časť“ predmetu zákazky zabezpečovať. Uvedenou úpravou je zákon o verejnom obstarávaní plne kompatibilný s európskou smernicou 2004/18/EHS, ktorá v predmetnom prípade umožňuje členským štátom upraviť si možnosti preukazovania „profesijnej spôsobilosti“ aj širším, voľnejším spôsobom (v podmienkach Slovenskej republiky sa tak stalo úpravou § 31 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), v žiadnom prípade tak, ako vyplýva z odborného stanoviska, nie je však možné priznať možnosť preukazovať túto spôsobilosť prostredníctvom tretej osoby len na základe smernice bez toho, aby to zákon o verejnom obstarávaní umožňoval.

Komisia úradu má na základe vyššie uvedeného za to, že vzhľadom na to, že ani z judikatúry ES nevyplýva možnosť na preukazovanie podmienok profesijnej spôsobilosti, resp. osobného postavenia podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní aj prostredníctvom tretích osôb odlišných od záujemcu/uchádzača/členov skupiny dodávateľov, má komisia úradu za to, že ak sa chcel navrhovateľ zúčastniť predmetného verejného obstarávania mal možnosť vytvoriť skupinu dodávateľov, pokiaľ nemal v predmete podnikania všetky činnosti súvisiace s predmetom zákazky, resp. vyplývajúce z opisu predmetu zákazky.

Komisia úradu však v tejto súvislosti zdôrazňuje, že v takomto prípade bolo potrebné v súlade s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti, požadované činnosti, na vykonávanie ktorých sa vyžadovalo predložiť oprávnenie, výslovne uviesť medzi podmienky účasti, nakoľko nešpecifikovanie požadovaného predmetu činnosti každého záujemcu medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia nemôže byť na ujmu záujemcu, resp. uchádzača. Komisia úradu má preto za to, že vylúčenie navrhovateľa z dôvodu, že nepreukázal kontrolovaným požadovaný predmet činnosti (tzv. „projekčnú činnosť“), ktorý však nebol výslovne uvedený medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia, mohlo zmariť jeho práva na účasť v predmetnom verejnom obstarávaní.

Komisia úradu v tejto súvislosti poukazuje na to, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je predovšetkým získať dodávateľa, ktorý je spôsobilý realizovať zákazku, pričom stanovením týchto podmienok môže verejný obstarávateľ /obstarávateľ podstatným spôsobom ovplyvniť okruh možných dodávateľov za predpokladu dodržania základných povinností podľa § 9 zákona o verejnom obstarávaní. Komisia úradu má za to, že kontrolovaný určil podmienky účasti v rámci preukazovania osobného postavenia podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní v rozpore s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti, keď v prípade obstarávania takejto „zmiešanej zákazky“ v rámci predmetného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania neuviedol oprávnenia na aké konkrétne činnosti požaduje preukázať.

V obdržanom odbornom stanovisku Technickej univerzity v Košiciach na otázku komisie úradu, čo možno považovať za tzv. „projekčnú činnosť“, a či je možné subsumovať činnosti uvedené kontrolovaným v opise predmetu zákazky, t. j. zabezpečenie

archeologického prieskumu, geologický prieskum a geodetické zameranie pod tzv. „projekčné činnosti“, sa uvádza nasledovné, cit.: „Projekčná činnosť je komplexné spracovanie predprojektovej a projektovej dokumentácie stavieb, územno-plánovacej dokumentácie. Celá činnosť je previazaná s prácou architektov, ako aj inžinierskou činnosťou pri prejednávaní projektov so správcami inžinierskych sietí, ako aj s orgánmi štátnej správy a samosprávy. Podľa nášho názoru zabezpečenie archeologického prieskumu, geologický prieskum a geodetické zameranie nepatrí pod projekčné činnosti z dôvodu, že pre uvedené činnosti vydávajú osvedčenie o odbornej spôsobilosti príslušné stavovské komory.“

Komisia úradu v súvislosti s definovaným predmetnom zákazky v nadväznosti na uvedené poukazuje na skutočnosť, že pri takto nastavenom opise predmetu zákazky kontrolovaným (t. j. požadovanie zabezpečenia archeologického prieskumu v prípade potreby z dôvodu prípadného zistenia archeologického náleziska, zabezpečenie si všetkých vstupných podkladov pre realizáciu dokumentácie pre realizáciu stavby, ako napr. geologického prieskumu, geodetického zamerania a pod.) by mohla pri reálnom plnení predmetu zákazky nastať situácia, že nastane skutočná potreba vykonať aj tieto činnosti uvedené v opise predmetu zákazky, na ktoré je však potrebné oprávnenie, resp. osvedčenie o odbornej spôsobilosti, ktoré vydáva Komora geodetov a kartografov a pod.

Komisia úradu v nadväznosti na uvedené preskúmala predložené žiadosti o účasť všetkých záujemcov, pričom zistila, že napr. v prípade dvoch záujemcov, ktorí splnili podmienky účasti podľa zápisnice kontrolovaného, ani jeden z nich nemá v predmete podnikania zapísané oprávnenia na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania. Vzhľadom na to, že podľa vyššie uvedeného odborného stanoviska archeologický prieskum, geologický prieskum alebo geodetické zamerania nepatria pod tzv. „projekčné činnosti“, je potrebné ich preukazovať samostatne, a to ich zapísaním v rámci predmetu podnikania jednotlivých záujemcov (ak bude záujemca fyzická osoba alebo právnická osoba, bude potrebné preukázanie týchto činností samostatne alebo, ak pôjde o skupinu dodávateľov, bude potrebné ich preukázanie členom skupiny len vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má zabezpečiť).

Po posúdení vyššie uvedených skutočností a zistení komisia úradu dospela k záveru, že kontrolovaný nevyhodnocoval splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia v súlade s princípom rovnakého obchádzania a nediskriminácie záujemcov / uchádzačov, a to z dôvodu, že nepristúpil k vyhodnoteniu oprávnení na plnenie predmetu zákazky – na uskutočňovanie obstarávaných stavebných prác a na poskytnutie obstarávaných služieb rovnakým spôsobom, keď navrhovateľa pre nepreukázanie oprávnenie na plnenie „časti“ predmetu zákazky (oprávnenia na vykonávanie „projekčnej činnosti“) vylúčil z predmetného verejného obstarávania a minimálne dvoch ďalších záujemcov, ktorí v predmete svojho podnikania nemajú oprávnenie na plnenie „ďalšej časti“ predmetu zákazky (oprávnenie na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania) z predmetnej súťaže nevylúčil.

Podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky do 30 dní od doručenia tohto rozhodnutia. Komisia úradu má za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko stanovil podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia uchádzačov, resp. záujemcov uvedené v § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní pri obstarávaní predmetnej „zmiešanej“

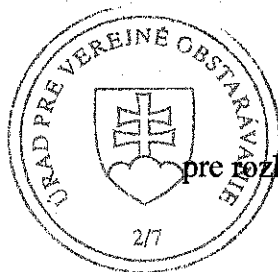
zákazky netransparentne, t. j. v rozpore s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keď neuviedol medzi podmienkami účasti, na ktoré konkrétne (podnikateľské) činnosti súvisiace s predmetom zákazky, žiada predložiť príslušné oprávnenia. Predmetné pochybenie kontrolovaného mohlo mať a malo zásadný vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania, a to z dôvodu, že netransparentné uvedenie všetkých činností, na vykonávanie ktorých je potrebné predložiť oprávnenie, v rámci podmienok účasti malo vplyv na splnenie, resp. nesplnenie osobného postavenia jednotlivými záujemcami, konkrétne pre nepreukázanie oprávnenia na vykonávanie tzv. „projekčnej činnosti“ boli vylúčení minimálne 18 z 24 záujemcov, vrátane navrhovateľa, pričom aj ďalší záujemcovia taktiež nepreukázali oprávnenie na realizáciu archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania, ktoré sú taktiež predmetom zákazky. Komisia úradu v tejto súvislosti uvádza, že jasné a jednoznačné uvedenie všetkých vyžadovaných podmienok účasti je nevyhnutným predpokladom a požiadavkou na následné vyhodnocovanie predložených dokladov v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom jeho nesplnenie nemôže byť na ujmu záujemcov/uchádzačov. Z dôvodu, že predmetné pochybenie kontrolovaného v tejto etape verejného obstarávania, keď už boli predložené a vyhodnotené žiadosti o účasť, nie je možné odstrániť iným spôsobom, pričom mohlo a malo zásadný vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania tak, ako je vyššie uvedené, komisia úradu pristúpila k nariadeniu zrušiť použitý postup zadávania zákazky.


V súlade s § 138 ods. 20 zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti kauciu navrhovateľovi najneskôr do 30 dní od nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.

Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je to uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

### **Poučenie:**

Podľa § 140 ods. 2 a ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania, vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie, je konečné a nemožno proti nemu podať opravný prostriedok. Podľa § 140 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu o námietkach je preskúmateľné súdom, ak je žaloba podaná do desiatich dní od doručenia rozhodnutia.



  
Mgr. Tomáš Heriban  
predseda komisie  
pre rozhodovanie v konaní o námietkach

### Rozhodnutie sa doručí

1. UNISTAV spol. s r.o., Priemyselná 279, 905 01 Senica – navrhovateľ
2. Obec Marianka, Školská 32, 900 33 Marianka – kontrolovaný

### Na vedomie

Podľa rozdeľovníka