

ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Odbor dohľadu
Ružová dolina 10, P.O. Box 98, 820 05 xxxxx

Číslo: 14808-7000/2017-ODII/8

xxxxx 24. 8. 2018

Dodatok č. 1 k Protokolu

o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní

Na základe poverenia predsedu Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) JUDr. Miroslava Hliváka, PhD., LL.M. č. 106/2017 z 9. 10. 2017 zamestnanci úradu, odboru dohľadu

XXX	vedúci skupiny	číslo služobného preukazu: XXX
XXX	členka skupiny	číslo služobného preukazu: XXX

vykonali v čase od 12. 10. 2017 do 4. 4. 2018 podľa ustanovení § 109, § 112 písm. c), § 137 ods. 2 písm. c) a § 146 ods. 4 a 5 v nadväznosti na § 155q ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) a podľa § 140, § 147 písm. c) a § 187b ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov kontrolu verejného obstarávateľa:

Úrad vlády Slovenskej republiky,
Námestie slobody 1, 813 70 xxxxx - Staré Mesto, IČO: 00 151 513
(ďalej len „kontrolovaný“)

so zameraním na kontrolu použitého postupu pri zadávaní nadlimitnej zákazky na poskytnutie služby po uzavretí zmluvy vrátane všetkých dodatkov s názvom predmetu zákazky „Úprava existujúcich a rozširovanie nových funkcionalít ITMS2014+ a poskytnutie servisných služieb a služieb aplikačného rozvoja“, ktorej oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 233/2015 z 25. 11. 2015 pod zn. 23206-MSS a v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 228/2015 z 25. 11. 2015 pod č. 415401 (ďalej len „oznámenie“) a oznámenie o výsledku verejného obstarávania bolo zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 117/2016 z 20. 6. 2016 pod zn. 10026-VSS a v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 116/2016 zo 17. 6. 2016 pod č. 205868.

Vedúci kontrolovaného bol s Protokolom o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní č. 14808-7000/2017-ODII/4 zo 4. 4. 2018 (ďalej len „Protokol“), oboznámený dňom jeho doručenia, prostredníctvom sprievodného listu č. 14808-7000/2017-ODII/5 „Zaslanie Protokolu z výkonu kontroly nad verejným obstarávaním“ zo 4. 4. 2018, ktorý bol kontrolovanému doručený dňa 6. 4. 2018.

Kontrolovaný dňa 18. 4. 2018 doručil úradu list „Žiadosť o predĺženie lehoty na vyjadrenie sa k protokolu“ zo 17. 4. 2018, prostredníctvom ktorého požiadal úrad o predĺženie lehoty na vyjadrenie ku kontrolným zisteniam uvedeným v protokole do 30. 4. 2018. V nadväznosti

na uvedené úrad oznámil kontrolovanému, že súhlasí s predĺžením lehoty na doručenie vyjadrenia ku kontrolným zisteniam uvedeným v protokole, a to najneskôr do 30. 4. 2018.

Kontrolovaný dňa 30. 4. 2018 doručil úradu listom č. 16002/451/2018 „Vyjadrenie k Protokolu o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní“ z 27. 4. 2018 (ďalej len „vyjadrenie“) v súlade s § 146b ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní písomné vyjadrenie ku kontrolným zisteniam uvedeným v Protokole spolu s dôkazom „Vysvetlenie administratívneho pochybenia“ z 25. 4. 2018 (ďalej len „list z 25. 4. 2018“). Následne dňa 18. 6. 2018 bol úradu doručený list č. 22281/451/2018/OVO „Upresnenie informácií uvedených vo Vyjadrení k Protokolu o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní“ z 15. 6. 2018 (ďalej len „upresnenie vyjadrenia“), pričom obsahom tohto listu bolo upresnenie vyjadrenia kontrolovaného ku kontrolnému zisteniu č. 2 uvedenému v Protokole.

Na základe vyjadrenia kontrolovaného v spojení s predloženým dôkazom sa Protokol mení takto:

Vypúšťa sa kontrolné zistenie uvedené v Protokole pod bodom 1 v nasledovnom znení bez nahradenia iným vrátane jeho odôvodnenia, cit.:

„1. Kontrolovaný postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 a § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, keď stanovil neprimeranú a diskriminačnú podmienku účasti týkajúcu sa finančného a ekonomického postavenia.

Kontrolovaný v bode III.2.2) „Ekonomická a finančná spôsobilosť“ oznámenia stanovil okrem iných aj nasledovnú podmienku účasti týkajúcu sa finančného a ekonomického postavenia podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „(...) 2.2 Uchádzač musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa jeho finančného a ekonomického postavenia predložením nasledovných dokladov:

2.2.1 podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona

2.2.1.1 kladným vyjadrením banky/bánk alebo pobočky/pobočiek zahraničnej banky, resp. zahraničných bánk, v ktorej/ktorých je uchádzač klientom, o schopnosti uchádzača plniť finančné záväzky, t.j. že nie je a nebol v debete, v prípade splácania úveru dodržiava splátkový kalendár a že jeho bežný účet nie je a nebol predmetom exekúcie.

Vyjadrenie banky musí byť aktuálne, vydané bankou, nie staršie ako tri mesiace ku dňu lehoty na predkladanie ponúk. Ak má uchádzač účty vo viacerých bankách, verejný obstarávateľ požaduje predložiť doklad od každej z nich.

(...)

Zdôvodnenie primeranosti použitia určených podmienok účasti

Verejný obstarávateľ požadovaním podmienok účasti podľa § 27 ods. 1 písm. a) a d) zákona skúma schopnosť uchádzača plniť si finančné záväzky, schopnosť získať úver na prípadné preklopenie obdobia medzi reálnymi nákladmi spojenými s plnením zmluvy a poskytovaním odplaty zo strany verejného obstarávateľa, skúma výšku obratu a ekonomickú a finančnú stabilitu. Podmienky účasti sú potrebné a primerané vo vzťahu k predmetu zákazky vzhľadom na predpokladanú hodnotu zákazky, rozsah predmetu zákazky a dĺžku trvania zákazky. Uchádzač predloží doklady, ktorými preukazuje svoje finančné a ekonomické postavenie ako dôkazy, že v predchádzajúcom období bol z hľadiska svojho ekonomického a finančného postavenia schopný úspešne plniť zmluvy, resp. v súčasnom období je z hľadiska svojho ekonomického a finančného postavenia schopný včas a riadne plniť takúto zmluvu. Výškou obratu uchádzač tiež preukazuje svoju pozíciu na trhu. (...)

Podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 27 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla

- a) vyjadrením banky alebo pobočky zahraničnej banky, ktorým môže byť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru,
- b) potvrdením o poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone povolania alebo potvrdením o poistení zodpovednosti za škodu podnikateľa, ak takéto poistenie vyžaduje osobitný zákon,
- c) súvahou alebo výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi z nich alebo
- d) prehľadom o celkovom obrate alebo prehľadom o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, pričom požiadavka na výšku obratu za obdobie jedného hospodárskeho roku nesmie presiahnuť trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky vypočítanej na obdobie 12 mesiacov, ak ide o podlimitnú zákazku alebo nesmie presiahnuť predpokladanú hodnotu zákazky vypočítanú na obdobie 12 mesiacov, ak ide o nadlimitnú zákazku.

Podľa § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.

Splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, vrátane podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia uchádzačov alebo záujemcov, by malo byť jedným z predpokladov pre úspešné plnenie predmetu zadávanej zákazky. Podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky, pričom verejný obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň štandardov finančného a ekonomického postavenia (§ 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní). Vzhľadom na uvedené je stanovenie podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia, vrátane ich minimálnej úrovne štandardov, vecou verejného obstarávateľa.

V zmysle cit. ustanovenia § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, verejný obstarávateľ je povinný uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti, najmä teda musí pri stanovovaní podmienok účasti postupovať tak, aby stanovenými podmienkami nezvýhodnil len určitých záujemcov, prípadne aby svojimi požiadavkami neodradil potenciálnych záujemcov, ale aby zabezpečil čo najširšiu hospodársku súťaž.

V tejto súvislosti kontrolná skupina uvádza, že verejný obstarávateľ by mal stanovovať jednotlivé podmienky účasti podľa predmetu zákazky, ktorými vymedzí úroveň spôsobilosti záujemcu splniť predmet verejnej zákazky. Účelom určenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia je overiť si z týchto hľadísk postavenie uchádzača

alebo záujemcu a uistiť sa, že plnenie zmluvy v požadovanom rozsahu a kvalite bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom. Stanovené podmienky účasti svojim rozsahom a charakterom musia mať priamu súvislosť s predmetom zákazky a musia objektívne vyjadrovať odôvodniteľné požiadavky na spôsobilosť záujemcov k jeho plneniu. Verejný obstarávateľ môže vymedziť minimálnu úroveň podmienok účasti iba takým spôsobom, aby bola primeraná a zodpovedala druhu, rozsahu, zložitosti a charakteru (povahe) konkrétneho predmetu zákazky. Verejný obstarávateľ má prostredníctvom minimálnej úrovne podmienok účasti overiť spôsobilosť záujemcu splniť zákazku, nie vytvárať neodôvodnené prekážky pre účasť záujemcov vo verejnom obstarávaní. Stanovením neprimeraných podmienok účasti sa verejný obstarávateľ môže dopustiť konania, prostredníctvom ktorého obmedzí okruh potencionálnych záujemcov a znemožní im účasť vo verejnom obstarávaní. Za formu neprípustnej diskriminácie (skrytej) je potrebné považovať i taký postup verejného obstarávateľa, ktorým verejný obstarávateľ znemožní niektorým záujemcom uchádzať sa o zákazku nastavením takej minimálnej úrovne podmienky účasti, ktorá je zjavne neprimeraná k predmetu zákazky, pričom je zrejmé, že ju môžu splniť len niektorí z potencionálnych záujemcov, hoci by inak boli k plneniu predmetu zákazky objektívne spôsobilí.

K predmetnej podmienke účasti, tak ako ju stanovil kontrolovaný, kontrolná skupina uvádza, že nie je možné identifikovať, za aké obdobie mala byť skutočnosť, že účet záujemcu nebol v debete a nebol predmetom exekúcie v požadovanom vyjadrení banky alebo pobočky zahraničnej banky deklarovaná, nakoľko kontrolovaný nevymedzil obdobie, za ktoré mali uchádzači predmetnú skutočnosť preukazovať. Z doslovného znenia podmienky účasti vyplýva, že uvedené skutočnosti mali záujemcovia deklarovať za celé obdobie existencie toho ktorého účtu.

Vo vzťahu k danému predmetu zákazky, najmä z odôvodnenia jej primeranosti zo strany kontrolovaného, ako aj z predloženej dokumentácie z danej zákazky, nevyplýva žiadna skutočnosť, ktorá by objektívne odôvodňovala stanovenú minimálnu úroveň danej podmienky účasti, a ktorá by odôvodňovala objektívnu potrebu verejného obstarávateľa stanoviť minimálnu úroveň tejto podmienky účasti tak veľmi prísne, excesívne a zjavne neprimerane, a podľa kontrolnej skupiny takto nastavená minimálna úroveň danej podmienky účasti už nenesie reálny rozlišovací dôkaz o finančnom a ekonomickom postavení záujemcu a jeho „finančnej a ekonomickej stabilite“ a jej zjavne neprimerané stanovenie má diskriminačný dopad na okruh záujemcov, ktorí by mohli predmet zákazky realizovať rovnako riadne ako záujemci ostatní.

V tejto súvislosti kontrolná skupina poukazuje aj na skutočnosť, že kontrolovaný v predmetnom postupe zadávania zákazky pri vyhodnocovaní tejto podmienky účasti netrval na jej doslovnom splnení a bez ďalšieho akceptoval všetky predložené vyjadrenia bánk, napriek skutočnosti, že tieto vyjadrenia bánk neobsahovali skutočnosti týkajúce sa celého obdobia existencie toho ktorého účtu. Uvedené len potvrdzuje, že u odôvodnenia primeranosti danej podmienky účasti zo strany kontrolovaného, ako ani z predloženej dokumentácie, nevyplýva žiadna skutočnosť, ktorá by objektívne odôvodňovala minimálnu úroveň danej podmienky účasti tak, ako ju stanovil kontrolovaný.

Na základe uvedeného kontrolná skupina konštatuje, že kontrolovaný tým, že stanovil minimálnu úroveň štandardov predmetnej podmienky účasti podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, týkajúcu sa predloženia vyjadrenia banky/bánk alebo pobočky/pobočiek zahraničnej banky záujemcami tak, že požadoval od záujemcov, aby deklarovali skutočnosť, že ich účet nebol v debete a nebol predmetom exekúcie za celé obdobie existencie daného účtu, postupoval kontrolovaný v rozpore s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko stanovil

neprimeraný rozsah minimálnej úrovne podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia. Táto neprimeraná podmienka účasti na preukázanie finančného a ekonomického postavenia mohla odradiť od účasti v predmetnom postupe zadávania zákazky potenciálnych záujemcov. Záujemca, ktorý poskytuje služby podobného alebo rovnakého charakteru už niekoľko rokov (napr. 20 rokov) a jeho účet bol v minulosti v debete, prípadne bol predmetom exekúcie (napr. pred 15 rokmi), avšak v poslednom období (napr. 10 rokov) jeho účet nebol v debete, resp. nebol predmetom exekúcie bude pravdepodobne dostatočne finančne stabilný a schopný poskytnúť predmetné služby bez rizika týkajúceho sa prípadného neplnenia finančných záväzkov z jeho strany (ďalej len „potenciálny uchádzač s dlhoročnou praxou, ktorého účet bol v minulosti v debete, resp. bol predmetom exekúcie“).

Kontrolná skupina v súvislosti s vyššie uvedeným taktiež konštatuje, že existencia potenciálnych uchádzačov s dlhoročnou praxou, ktorých účet bol v minulosti v debete, resp. bol predmetom exekúcie môže pri takto stanovenej podmienke účasti, keď kontrolovaný v rámci minimálnej požadovanej úrovne štandardov požadoval preukázať skutočnosť, že účet uchádzača nebol v debete a nebol predmetom exekúcie za celé obdobie existencie účtu, spôsobovať diskrimináciu takýchto uchádzačov a odrádzať ich od účasti v predmetnom postupe zadávania zákazky. U uchádzačov s dlhoročnou praxou, ktorých účet bol v minulosti v debete, resp. bol predmetom exekúcie (napr. pred 15 rokmi) je z hľadiska finančného a ekonomického postavenia vytvorený predpoklad pre riadne plnenie predmetu zákazky rovnaký ako by bol u uchádzačov, ktorí poskytujú služby podobného alebo rovnakého charakteru ako je predmet zákazky menší počet rokov (napr. 5 rokov, a počas ktorých ich účet nebol v debete a nebol predmetom exekúcie).

Kontrolná skupina v tejto súvislosti uvádza, že zákaz diskriminácie zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielného zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie v podstate k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo uchádzačmi). V uvedenom prípade, v dôsledku požiadavky na preukázanie skutočnosti, že účet záujemcov nebol v debete, resp. nebol predmetom exekúcie za celé obdobie existencie účtu, mohli prejavovať záujem o účasť v tomto verejnom obstarávaní menej záujemcov, ako by tomu bolo v prípade, keby bolo v predmetnej podmienke účasti stanovené primerané časové obdobie, počas ktorého mali záujemci preukázať skutočnosť, že ich účet nebol v debete, resp. nebol predmetom exekúcie.

Na základe vyššie uvedeného má kontrolná skupina za to, že kontrolovaný v tomto prípade porušil zákon o verejnom obstarávaní, keď stanovil neprimeranú a diskriminačnú podmienku účasti týkajúcu sa ekonomického a finančného postavenia podľa § 27 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

Na základe uvedeného kontrolná skupina uvádza, že v prvom rade zákon o verejnom obstarávaní ukladá verejným obstarávateľom postupovať tak, aby ich konaním nedochádzalo k porušeniu zákazu diskriminácie záujemcov/uchádzačov, z čoho vyplýva, že sú povinní konať tak, aby tento zákaz diskriminácie rešpektovali a nedopúšťali sa ho.

Na základe vyššie uvedeného má kontrolná skupina za preukázané, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 a § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, keď stanovil neprimeranú a diskriminačnú podmienku účasti týkajúcu sa finančného a ekonomického postavenia, pričom uvedené porušenia

zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohli odradiť potenciálnych záujemcov od účasti v danej verejnej súťaži.

Dôkaz:

- bod III.2.2) oznámenia.“

Odôvodnenie:

Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k bodu 1 o. i. uviedol, cit.: „,...(..) Ustanovenia ZVO, ktoré upravujú podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia sú demonštratívne, tj. je na verejnom obstarávateľovi, aké podmienky účasti určí a ako stanoví rozsah požiadaviek kladený na uchádzačov. Nevyhnutnou podmienkou je, aby podmienky účasti boli primerané a súviseli s predmetom zákazky. Schopnosť uchádzača plniť si svoje záväzky, mať vlastné zdroje a schopnosť disponovať finančným krytím nepochybne súvisí s predmetom zákazky, ktorým bola úprava a rozširovanie nových funkcionalít informačného systému ITMS2014+. Primeranosť podmienok účasti môže v tomto kontexte predstavovať obdobie, počas ktorého uchádzač nemá byť v nepovolenom debete, resp. jeho účet predmetom exekúcie. V tomto kontexte je možné uviesť, že zo súťažných podkladov a oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania nie je možné identifikovať, za aké obdobie mala byť deklarovaná skutočnosť, že uchádzač nebol v nepovolenom debete, resp. že účet uchádzača nebol predmetom exekúcie. Na základe gramatického výkladu tak nie je možné dospieť k jednoznačnému záveru, že uvedené požiadavku mali uchádzači deklarovat' za celé obdobie existencie bežného účtu, nakoľko túto informáciu súťažné podklady ani oznámenie výslovne neuvádzajú. Uvedená dikcia podmienky účasti tak nevyučuje, aby uchádzač preukázal splnenie tejto podmienky smerom do minulosti, pričom by sa nemuselo jednať o celé trvanie obchodno-záväzkového vzťahu voči banke.

Pri kvalifikácii primeranosti predmetnej podmienky účasti je však potrebné náležite vyhodnotiť, či uvedené možné pochybenie mohlo mať v danom prípade vplyv na výsledok verejného obstarávania. Opätovne je potrebné zdôrazniť, že oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, ani súťažné podklady výslovne nešpecifikujú, za aké obdobie majú uchádzači deklarovat', že ich bežný účet nebol predmetom exekúcie, resp. že neboli v nepovolenom debete, a teda nikde nebolo výslovne uvedené, že uchádzači majú vyjadrením banky deklarovat', že ich účet nebol nikdy predmetom exekúcie, resp. že nikdy neboli v debete. Nie je tak možné vylúčiť, že niektorí zo záujemcov si mohli danú podmienku účasti vysvetliť menej extenzívne.

V lehote na predkladanie ponúk boli predložené 2 ponuky, pričom skupina dodávateľov, aj druhý uchádzač podmienku účasti splnili, kontrolovaný neaplikoval inštitút žiadosti o vysvetlenie, ani žiadneho z uchádzačov z tohto dôvodu nevyvylúčil. V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že kontrolovaný akceptoval vyjadrenie bánk, ktoré nedeklarovali, že uchádzač nikdy nebol v nepovolenom debete, resp. že účet nebol nikdy za celú dobu jeho existencie predmetom exekúcie. Z uvedeného vyplýva, že ani samotný kontrolovaný neinterpretoval podmienku účasti takým spôsobom, že daný účet nikdy nemohol byť predmetom exekúcie, a teda konštrukcie uvedené v protokole ÚVO, že uchádzač, ktorého účet bol predmetom exekúcie pred 20 rokmi by nesplnil podmienky účasti, sú v kontexte spôsobu vyhodnocovania podmienok účasti irelevantné.

Ďalej je potrebné uviesť, že predmetná požiadavka týkajúca sa splnenia podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia nebola predmetom žiadosti o vysvetlenie žiadneho zo záujemcov, ani žiadosti o nápravu alebo námietok, t. j. nikto nenamietal predmetnú podmienku účasti ako potenciálne diskriminačnú. Kontrolovaný predpokladá, že neexistencia žiadosti o vysvetlenie, resp. žiadosti o nápravu z dôvodu možnej diskriminácie je odôvodniteľná aj tým, že uchádzačovi nič nebráni nahradiť účet, ktorý v minulosti bol predmetom exekúcie novým účtom. Zároveň si dovoľujeme poukázať aj na skutočnosť, že v minulosti bolo kontrolovanému

ÚVOM, v rámci výkonu ex-ante posúdenia podľa § 168 zákona o verejnom obstarávaní (číslo spisu 15110-11000/2016-OP/1 z 2. 9. 2016), pri rovnakej formulácii podmienky účasti odporúčané: „doplniť časový interval, v ktorom požaduje od uchádzača preukázať, že nebol v debete a v ktorom nebol jeho bežný účet predmetom exekúcie (napríklad za predchádzajúce 3 roky, nikdy...)“. V rámci výkonu kontroly zároveň nebolo preukázané, že znenie podmienky účasti mohlo niekoho skutočne odradiť od predloženia ponuky, a preto zastávame názor, že sa jedná o porušenie ZVO, ktoré nemalo vplyv na výsledok verejného obstarávania a žiadame ÚVO, aby prekvalifikoval závažnosť tohto zistenia.“

Kontrolná skupina preskúmala obsah vyjadrenia kontrolovaného ku kontrolnému zisteniu uvedenému pod bodom 1 protokolu, pričom zistila, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení okrem iného poukázal na úradom vykonané ex-ante posúdenie podľa § 168 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorého výsledkom bolo oznámenie úradu č. 15110-11000/2016-OP/1 z 2. 9. 2016. Kontrolná skupina preskúmala uvedené oznámenie č. 15110-11000/2016-OP/1 z 2. 9. 2016, v ktorom sa posudzovala obdobná podmienka účasti týkajúca sa ekonomickej a finančnej spôsobilosti. Kontrolná skupina v tejto súvislosti taktiež poukazuje na Rozhodnutie Rady úradu č. 12102-9000/2017, v ktorom rada úradu okrem iného potvrdila rozhodnutie úradu č. 6620-7000/2017-ODII/5 z 13. 6. 2017, v ktorom sa konštatuje porušenie § 38 ods. 5 a § 10 ods. 2 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, a to z dôvodu diskriminačne stanovenej obdobnej podmienky účasti týkajúcej sa ekonomickej a finančnej spôsobilosti.

V nadväznosti na uvedené kontrolná skupina konštatuje, že kontrolná skupina zobrala do úvahy skutočnosť, že kontrolovaný poukázal na novú rozhodovaciu prax úradu, v zmysle ktorej úrad vytýkal porušenie obdobnej podmienky účasti až na základe „nového“ zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, a nie v čase platnosti a účinnosti zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Kontrolná skupina sa riadne zaoberala vyjadrením kontrolovaného ku kontrolnému zisteniu č. 1, preverila opodstatnenosť jeho vyjadrenia a dospela k záveru, že vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný dostatočne vysvetlil, resp. vyvrátil kontrolnou skupinou identifikované kontrolné zistenie č. 1, kontrolná skupina toto vyjadrenie kontrolovaného akceptuje a predmetné kontrolné zistenie vzhľadom na rozhodovaciu prax ku dňu vyhlásenia predmetnej zákazky v celom rozsahu vrátane odôvodnenia bez nahradenia novým znením vypúšťa.

Vypúšťa sa kontrolné zistenie uvedené v Protokole pod bodom 3 v nasledovnom znení bez nahradenia iným vrátane jeho odôvodnenia, cit.:

„3. Kontrolovaný porušil princíp transparentnosti podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko konanie kontrolovaného v súvislosti s predložením a vyhodnotením dokumentu Certifikát „OMG-Certified UML Professional 2“ vystaveného dňa 15. 12. 2015 je nepreskúmateľné.“

Kontrolovaný na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti záujemcov, resp. uchádzačov v časti III.2.3) „Technická spôsobilosť“ oznámenia okrem iného stanovil nasledovné, cit.: „3.1.2 Uchádzač musí preukázať technickú alebo odbornú spôsobilosť podľa § 28 ods. 1 písm. g) zákona

3.1.2.1 Uchádzač je odborne spôsobilý, ak disponuje osobou/osobami s požadovanou praxou a skúsenosťami v profesii:

3.1.2.1.3 Softvérový analytik/Procesný analytik - 2 osoby zodpovedné za analyzovanie funkčných požiadaviek verejného obstarávateľa a dokumentácie z pohľadu procesov, metodiky, technických možností a inej dokumentácie. Vyžaduje sa:

3.1.2.1.3.1 minimálne 2 roky odbornej praxe v oblasti analýzy informačných systémov

3.1.2.1.3.2 získaný a platný certifikát OMG-Certified UML (Unified Modeling Language) Foundation alebo ekvivalent daného certifikátu vydaný medzinárodne uznávanou akreditačnou a certifikačnou autoritou“.

Na účely preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti kontrolovaného, sa v úrade predloženej ponuke úspešného uchádzača skupine dodávateľov, ktorá nie je pevne zviazaná, nachádzajú vo vzťahu k p. XXX ako jednému z dvoch navrhovaných softvérových/procesných analytikov nasledovné dokumenty:

- životopis podpísaný p. XXX dňa 18. 12. 2015 (ďalej len „životopis p. XXX“),
- dokument „čestné vyhlásenia“ podpísaný p. XXX z 23. 12. 2015 (ďalej len „čestné vyhlásenie z 23. 12. 2015“),
- dokument „Čestné vyhlásenie“ zo 4. 1. 2016, v ktorom skupina dodávateľov čestne vyhlasuje, cit.: „(...) v zmysle § 32 ods. 11 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov čestne vyhlasujú, že spĺňajú podmienku účasti podľa ods. III.2.3) „Technická spôsobilosť“ Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania na daný predmet zákazky, § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, bod 31213 - expert - Softvérový analytik/Procesný analytik - XXX.
Uchádzač - skupina dodávateľov, v prípade úspešnosti jeho ponuky, predloží doklady preukazujúce splnenie danej podmienky účasti verejnému obstarávateľovi v súlade s § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v čase a spôsobom určeným verejným obstarávateľom“ (ďalej len „čestné vyhlásenie zo 4. 1. 2016“),
- Certifikát „OMG-Certified UML Professional 2“ vystavený dňa 15. 12. 2015, úradne preložený a s prekladateľskou doložkou z 15. 1. 2016, pričom ide o notárom osvedčenú fotokópiu z 27. 1. 2016 (ďalej len „certifikát“).

Na CD nosiči, ktorý tvoril súčasť ponuky uchádzača skupiny dodávateľov sa vo vzťahu k p. XXX ako jednému z dvoch navrhovaných softvérových/procesných analytikov nachádza životopis p. XXX, čestné vyhlásenie z 23. 12. 2015 a čestné vyhlásenie zo 4. 1. 2016. Certifikát sa na tomto CD nosiči nenachádza.

Lehota na predkladanie ponúk bola v zmysle bodu IV.3.4) „Lehota na predkladanie ponúk alebo žiadosti o účasť“ oznámenia stanovená do 7. 1. 2016 do 10:00 hod..

Uchádzač skupina dodávateľov svoju ponuku predložil dňa 7. 1. 2016 o 8:23 hod..

Kontrolná skupina po preskúmaní ponuky úspešného uchádzača skupiny dodávateľov uvádza, že certifikát, ktorý sa nachádzal v ponuke tohto uchádzača bol úradne preložený dňa 15. 1. 2016 a notárom osvedčený dňa 27. 1. 2016, z čoho vyplýva, že k úradnému prekladu a k notárskemu osvedčeniu došlo v období, keď už bola ponuka úspešného uchádzača skupiny dodávateľov predložená a keď už uplynula lehota na predkladanie ponúk.

Z vyhodnocovania splnenia podmienok účasti kontrolovaný postupne spísal Zápisnice z vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, pričom z týchto zápisníc je zrejmé, že podmienky účasti splnili obaja uchádzači. Prílohu všetkých týchto zápisníc tvorili prezenčné listiny podpísané členmi komisie. Prílohu „Zápisnice z vyhodnocovania podmienok účasti“

z 2. 3. 2016 tvorili i vyplnené hodnotiace hárky jednotlivých členov komisie, pričom z týchto hodnotiacich hárkov vyplýva iba skutočnosť, že kontrolovaný predmetnú podmienku účasti „splnil“.

Kontrolná skupina konštatuje, že z predloženej dokumentácie nie je možné zistiť, na základe akého úkonu kontrolovaného sa certifikát stal súčasťou ponuky úspešného uchádzača, kedy, akým spôsobom a od koho bol uvedený certifikát kontrolovanému doručený a či predmetný certifikát bol predmetom vyhodnocovania splnenia vyššie uvedenej podmienky účasti zo strany komisie kontrolovaného.

Podľa § 9 ods. 3 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. Povinnosť kontrolovaného postupovať v súlade s princípom transparentnosti, znamená aj tú skutočnosť, že konanie kontrolovaného v procese verejného obstarávania musí byť riadne zdokumentované a prehľadné, a to najmä za tým účelom, aby bolo možné v každej fáze procesu verejného obstarávania riadne preskúmať, či jeho konanie bolo v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Netransparentný a zmätočný postup kontrolovaného nevypovedá o jednotlivých úkonoch kontrolovaného a vnáša pochybnosti a zmätočnosť do postupu zadávania zákazky, čím sa znemožňuje aj následný výkon kontroly postupu verejného obstarávania.

Princíp transparentnosti o. i. vyjadruje požiadavku, aby proces verejného obstarávania prebiehal v plnom súlade s jednotlivými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, pričom v rozpore s týmto princípom je akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Kontrolná skupina poukazuje aj na rozsudok českého Najvyššieho správneho súdu č. 5 Afs 131/2007-131 z 12. 5. 2008, podľa ktorého k porušeniu zásady transparentnosti môže v procese zadávania verejnej zákazky dôjsť v tom prípade, ak by sa v postupoch verejného obstarávateľa vyskytovali také prvky, ktoré by verejné obstarávanie robili nekontrolovateľným, horšie kontrolovateľným, nečitateľným alebo neprehľadným, prípadne prvky, ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov verejného obstarávateľa. Kontrolná skupina v neposlednom rade poukazuje aj na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S 123/11-136, podľa ktorého, cit.: „pokiaľ sa má postupom verejného obstarávateľa zabezpečiť čestná hospodárska súťaž, nie je prípustné, aby sa umožnilo akékoľvek nepreskúmateľné, či nekontrolovateľné konanie verejného obstarávateľa, ktoré umožní ovplyvniť výsledok verejného obstarávania. Je samozrejmé, že zákonu sa priechi aj taký postup verejného obstarávateľa, ktorý síce nie je v priamom rozpore s jeho textom, ale porušuje princípy verejného obstarávania.“

Kontrolná skupina na základe vyššie uvedených skutočností konštatuje, že kontrolovaný v procese predmetného verejného obstarávania postupoval v rozpore s princípom transparentnosti podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolná skupina nevie z predloženej dokumentácie spätne overiť zákonnosť úkonov spojených s predložením certifikátu a následným vyhodnotením splnenia vyššie uvedenej podmienky účasti úspešného uchádzača.

Pri posudzovaní vplyvu zisteného porušenia zákona o verejnom obstarávaní na výsledok verejného obstarávania má kontrolná skupina za to, že uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko ide o uchádzača, ktorý bol v danom verejnom obstarávaní vyhodnotený ako úspešný.

Dôkazy:

- bod III.2.3) oznámenia,
- ponuka uchádzača,
- dokument „Čestné vyhlásenie“ zo 4. 1. 2016,
- certifikát.“

Odôvodnenie:

Kontrolovaný vo svojom vyjadrení na 12. a 13. strane vyjadrenia v súvislosti s kontrolným zistením č. 3 protokolu popisuje spôsob a dátum akým sa Certifikát „OMG-Certified UML Professional 2“ vystavený dňa 15. 12. 2015 (ďalej len „certifikát“) dostal do dispozičnej sféry komisie na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a na vyhodnotenie ponúk. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukazuje na prekladateľskú doložku certifikátu, ktorá je datovaná z obdobia v čase vyhodnocovania ponúk (15. 1. 2016). Kontrolovaný zároveň poukazuje na zápisnicu z vyhodnotenia časti ponúk označených ako „Ostatné“ zo 16. 2. 2016, a na zápisnicu z vyhodnocovania podmienok účasti z 2. 3. 2016. Kontrolovaný zároveň v prílohe vyjadrenia predložil úradu nový dôkaz, a to list z 25. 4. 2018 od spoločnosti XXX (ďalej len „XXX“), ktorá tvorila jedného z členov skupiny dodávateľov, ktorá sa stala úspešným uchádzačom.

V liste z 25. 4. 2018 sa uvádza nasledovné, cit.: „(...) Do písomnej ponuky ako aj na CD nosič, ktorý tvoril súčasť ponuky uchádzača skupiny dodávateľov sa vo vzťahu k p. XXX ako jednému z dvoch navrhovaných softvérových/procesných analytikov nachádza životopis p. XXX, a súčasne čestné vyhlásenie z 23. 12. 2015, že XXX úspešne vykonal skúšku na - Certifikát „OMG-Certified UML Professional 2“. Certifikát bol testovacou autoritou vystavený s dátumom dňa 15. 12. 2015, ale v tlačenej podobe bol doručený do mocenskej sféry uchádzača až po dátume 7. 1. 2016. Bezodkladne, ako bol certifikát v tlačenej podobe k dispozícii uchádzačovi, zabezpečil jeho úradný preklad (prekladateľská doložka z 15. 1. 2016). Následne kópiu tohto úradne preloženého certifikátu dal uchádzač osvedčiť notárovi dňa 27. 1. 2016 a dňa 11. 2. 2016 priložil k listu s názvom „Vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“. Administratívnym omylom nedošlo k zahrnutiu tohto dokumentu do príloh listu za čo sa touto cestou ospravedľujeme.“

V súvislosti s novo predloženým dôkazom, listom z 25. 4. 2018, v zmysle ktorého XXX priznal administratívny omyl spočívajúci len v nezahrnutí predmetného certifikátu do príloh a zároveň ozrejmil spôsob, akým sa predmetný certifikát dostal do dispozičnej sféry komisie na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a na vyhodnotenie ponúk, kontrolná skupina uvádza, že konanie kontrolovaného v súvislosti s predložením a vyhodnotením certifikátu je tak na základe vyššie uvedených skutočností preskúmateľné a teda také, ktoré nie je v rozpore s § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Po zohľadnení vyššie uvedeného nového dôkazu, ktorý predložil kontrolovaný úradu, kontrolná skupina pristúpila k opätovnému preskúmaniu procesu vyhodnocovania splnenia podmienok účasti a v nadväznosti na novo predložený dôkaz a vyjadrenie kontrolovaného dospela k záveru, že vzhľadom na to, že kontrolovaný poskytol relevantné vysvetlenie a predložil relevantný dôkaz, ktorým kvalifikovane spochybnil, resp. vyvrátil kontrolnou skupinou identifikované kontrolné zistenie. Kontrolná skupina skutočnosti namietané kontrolovaným akceptuje a predmetné kontrolné zistenie v celom rozsahu vrátane odôvodnenia bez nahradenia novým znením vypúšťa.

Zároveň sa vypúšťa v časti „Záver“ v Protokole na str. 25 a 26 text v nasledovnom znení bez nahradenia inou časťou, cit.:

„ - Kontrolovaný postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 a § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to princípom nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, keď stanovil neprimeranú a diskriminačnú podmienku účasti týkajúcu sa finančného a ekonomického postavenia. Uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

- Kontrolovaný porušil princíp transparentnosti podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko konanie kontrolovaného v súvislosti s predložením a vyhodnotením dokumentu Certifikát „OMG-Certified UML Professional 2“ vystaveného dňa 15. 12. 2015 je nepreskúmateľné. Uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.“

Z dôvodu doručenia opodstatneného vyjadrenia, vrátane predloženia nového dôkazu, kontrolovaného ku kontrolným zisteniam uvedeným v Protokole pod bodom č. 1 a č. 3, ktoré vyvrátili predmetné kontrolné zistenia, kontrolná skupina týmto Dodatkom č. 1 k Protokolu vypustila znenia kontrolných zistení č. 1 a č. 3 bez ich nahradenia novými kontrolnými zisteniami, na základe čoho bolo nevyhnutné zmeniť aj časť Protokolu „Záver“, v ktorom kontrolná skupina uvádza výpočet identifikovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní.

Tento Dodatok č. 1 tvorí neoddeliteľnú súčasť Protokolu o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní č. 14808-7000/2017-ODII/4 zo 4. 4. 2018.

Za dohľad nad verejným obstarávaním zamestnanci úradu:

XXX

XXX

Oboznámenie s obsahom Dodatku č. 1 k Protokolu svojim podpisom potvrdzuje:

Úrad vlády Slovenskej republiky vedúci
Úradu vlády Slovenskej republiky

V dňa

Dodatok č. 1 k Protokolu je vyhotovený 4 x, z toho:

- 2 x Úrad pre verejné obstarávanie, Odbor dohľadu, Ružová dolina 10, P.O. Box 98, 820 05 xxxxx,
- 2 x Úrad vlády Slovenskej republiky, Námestie slobody 1, 813 70 xxxxx - Staré Mesto.