

Odborný projekt na tému zadanú komisiou

I.

Úvod

Ako som uviedol v predložennom motivačnom liste, o funkciu člena Rady Úradu pre verejné obstarávanie sa neuchádzam s víziou, že je potrebné niečo od základu „prekopat“ či radikálne zmeniť.

Nemám výhrady všeobecne voči rozhodovaniu Úradu pre verejné obstarávanie ani voči Rozhodovaniu Rady Úradu pre verejné obstarávanie.

Opíšem však jedno rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie, s ktorým sa odborne nestotožňujem a uvediem aj, prečo. O tomto prípade mám znalosť, nakoľko som na ňom ako advokát participoval.

Ide o rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č.k. 3898-6000/2020-OD zo dňa 12. 3. 2020 vo veci námietok zo dňa 6. 2. 2020 podaných odvolateľom podľa § 170 ods. 3 písm. f) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) smerujúcich proti vyhodnoteniu ponúk alebo návrhov – Oznámeniu kontrolovaného o výsledku vyhodnotenia ponúk zo dňa 27. 1. 2020.

II.

Dňa 16. 3. 2020 bolo zo strany Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „Úrad“) doručené odvolateľovi rozhodnutie Úradu č.k. 3898-6000/2020-OD zo dňa 12. 3. 2020 (ďalej len „Napadnuté Rozhodnutie“), ktorým Úrad zamietol námietky odvolateľa ako navrhovateľa v konaní o námietkach zo dňa 6. 2. 2020, špecifikované na prvej strane tohto odvolania (ďalej len „Námietky“). Námietky podal odvolateľ proti oznámeniu o výsledku vyhodnotenia ponúk zo dňa 27. 1. 2020, č. SSC/180/2020/VO-95, ktorým kontrolovaný oznámil odvolateľovi, že neuspel vo verejnom obstarávaní, že sa umiestnil na druhom mieste, a že uspel iný uchádzač (ďalej len „Oznámenie“) a proti súvisiacemu vyhodnoteniu ponúk, vrátane splnenia podmienok účasti a požiadaviek na predmet zákazky ako vyplýva z textu podaných Námietok.

III.

Námietky boli podané najmä z dôvodu, že Oznámenie neobsahovalo žiadne prílohy a nebolo z neho možné zistiť, akým spôsobom kontrolovaný pri vyhodnocovaní ponúk postupoval. Najmä nebolo možné zistiť ani verifikovať, či skutočne víťazný uchádzač spĺňal všetky podmienky súťaže, teda či mal získať zákazku alebo či mal byť vylúčený, aké boli charakteristiky a výhody víťaznej ponuky. Uvedené nebolo možné zistiť ani zo žiadneho iného dokumentu, ktorý by sa v momente podania Námietok nachádzal na profile verejného obstarávateľa. Toto pochybenie a deficit sa odvolateľ snažil odstrániť príslušnou žiadosťou adresovanou kontrolovanému, no tento protiprávny stav neodstránil. Odvolateľ, ktorému bolo postupom kontrolovaného znemožnené akokoľvek preskúmať Oznámenie a postup kontrolovaného a v danej súvislosti podať kvalifikované námietky, bol nútený podať Námietky pre nepreskúmateľnosť postupu kontrolovaného. V súlade s platnými právnymi predpismi, právnou doktrínou a ustálenou judikatúrou nebolo – vzhľadom na flagrantly porušenia práv odvolateľa kontrolovaným – možné s Námietkami naložiť iným spôsobom, než im vyhovieť.

Odvolateľ musel s poľutovaním skonštatovať, že sa Úrad v Napadnutom Rozhodnutí riadne a miestami vôbec nevysporiadal s ťažiskovou argumentáciou odvolateľa v Námietkach, neodstránil úplne zjavný protiprávny stav a porušenia uskutočnené kontrolovaným a arbitrárnym a neprípustným spôsobom, naviac v rozpore s vlastnou rozhodovacou praxou Úradu, Námietky zamietol. Odvolateľ bol preto nútený domáhať sa ochrany svojich práv na Rade Úradu. Ďalšou zásadnou skutočnosťou v celej veci je to, že aj napriek nepreskúmateľnosti Oznámenia sa podarilo z verejne dostupných zdrojov a poznatkov odvolateľa identifikovať, že víťazný uchádzač nespĺňal podmienky súťaže a mal byť zo súťaže vylúčený.

Na uvedené odvolateľ náležite poukázal v Námietkach, no Úrad sa ani s uvedeným riadne nevysporiadal a ako vyplýva z Napadnutého Rozhodnutia, Úrad uvedené ani len neverifikoval a v skutočnosti materiálne nepreskúmal namietané nesplnenie podmienok účasti víťazným uchádzačom. Uvedené bolo zásadným pochybením Úradu poškodzujúcim odvolateľa, ale aj verejné financie.

IV.

Dňa 27. 1. 2020 odvolateľ prostredníctvom systému EVO prevzal Oznámenie.

Verejné obstarávanie sa uskutočnilo v režime tzv. „super reverzu“ teda podľa ust. 66 ods. 7 ZVO. Kontrolovaný prostredníctvom komisie teda pri vyhodnocovaní ponúk uchádzačov posudzoval, či uchádzači umiestnení na prvých troch miestach spĺňali všetky podmienky súťaže. Oznámenie neobsahovalo žiadne prílohy a nebolo z neho možné zistiť, akým spôsobom kontrolovaný pri vyhodnocovaní ponúk postupoval. Najmä nie je možné zistiť ani verifikovať, či skutočne víťazný uchádzač spĺňal všetky podmienky súťaže, teda či mal získať zákazku alebo či mal byť vylúčený, aké boli charakteristiky a výhody víťaznej ponuky. Uvedené nebolo možné zistiť ani zo žiadneho iného dokumentu, ktorý by sa v momente podania námietky nachádzal na profile verejného obstarávateľa. Odvolateľ preto dňa 27. 1. 2020 (t.j. bezodkladne v deň doručenia Oznámenia) požiadal kontrolovaného, aby mu zaslal: - Zápisnicu o posúdení splnenia podmienok účasti úspešným uchádzačom podľa § 40 ods. 12 ZVO vrátane príloh, ako aj všetkých dokumentov, ktoré úspešný uchádzač verejnému obstarávateľovi predložil za účelom posúdenia splnenia podmienok účasti úspešným uchádzačom vo verejnom obstarávaní; - Zápisnicu o vyhodnení ponúk podľa § 52 ods. 9 ZVO zo dňa 22. 1. 2020, vrátane príloh. Uvedené odvolateľ žiadal pre účely kvalifikovaného preskúmania postupu kontrolovaného a pre účely podania námietok v prípade, ak by došlo k porušeniu ZVO. Ak totiž nie je Oznámenie vyčerpávajúco odôvodnené, je jediným legitímnym zdrojom informácií len zápisnica o posúdení splnenia podmienok účasti a zápisnica o vyhodnení ponúk s prílohami. Dňa 30. 1. 2020 bola odvolateľovi doručená odpoveď kontrolovaného zo dňa 30. 1. 2020, ktorou kontrolovaný odvolateľovi bez akéhokoľvek legitímneho alebo zákonného dôvodu odmietol sprístupniť požadovanú zápisnicu. Tým sa kontrolovaný dopustil porušenia ZVO, najmä princípu transparentnosti a zmaril tak odvolateľovi jeho zákonné práva, najmä kvalifikovane preskúmať správnosť posúdenia splnenia podmienok účasti a tým pádom odôvodnenosť Oznámenia, a v prípade nesprávneho postupu možnosť podať vecne odôvodnené námietky. Oznámenie a postup kontrolovaného boli preto v rozpore so ZVO, z dôvodu čoho odvolateľ na Úrad podal v súlade s ust. § 170 ods. 3 písm. f) ZVO v zákonnej lehote Námietky. Námietky, ktoré smerovali proti Oznámeniu, boli podané včas a za splnenia všetkých zákonných formálnych a obsahových náležitostí. Odvolateľ považoval vyhodnotenie ponúk kontrolovaným (v podobe Oznámenia) za nezákonné predovšetkým z dôvodu nepreskúmateľnosti a netransparentnosti. Na základe Oznámenia nebolo možné zistiť, ako kontrolovaný postupoval pri vyhodnení splnenia podmienok účasti, či a ako vôbec kontrolovaný posudzoval splnenie všetkých podmienok súťaže pri prvých troch uchádzačoch. Z Oznámenia nebolo zrejmé, akými ukazovateľmi bola splnená ekonomická spôsobilosť. Taktiež nebolo jasné, akými kapacitami boli doložené personálne a technické capacity,

prípadne aké referencie boli predložené pre doloženie technickej spôsobilosti. Nebolo preto možné vôbec určiť, či víťazný uchádzač skutočne spĺňal všetky podmienky súťaže, ani či bolo uvedené riadne zisťované. Nebolo možné preto určiť ani to, či napr. nemal byť víťazný uchádzač zo súťaže vylúčený a či z týchto dôvodov mal uspieť odvolateľ, ako druhý v poradí.

V.

Postup kontrolovaného predstavoval výrazný zásah do práv odvolateľa, najmä práv majetkových a na slobodný výkon podnikateľskej činnosti, aj v podobe účasti vo verejnom obstarávaní, práva na zachovanie zákonnosti procesu verejného obstarávania, vrátane možnosti uplatniť opravné prostriedky (revízne postupy) a na prístup k verejným zákazkám. K uvedenému došlo tým, že kontrolovaný svojvoľne zapríčinil nepreskúmateľnosť Oznámenia a nepreskúmateľnosť a netransparentnosť verejného obstarávania, čím maril uplatnenie revíznych postupov. Uvedené kontrolovaný nenapravil ani napriek Žiadosti odvolateľa.

VI.

Kľúčové aspekty odvolania

Priorizácia princípov ZVO, najmä transparentnosti, práva na efektívnu kontrolu verejného obstarávania aj zo strany uchádzačov, ako aj princípu materiálnej ochrany práv a s tým súvisiaceho práva odvolateľa na efektívny prieskum a účinný prostriedok ochrany práv, t.j. Námietky (všetko uvedené vyplýva z ustálenej judikatúry, resp. rozhodovacej praxe a právnej doktríny; všetko uvedené predstavuje základné právne imperatívy, ktoré je nevyhnutné dodržiavať) pred priorizáciou formalistického výkladu práva (t.j. že z ust. § 55 ods. 2 ZVO ani iného ustanovenia ZVO expressis verbis nevyplýva kontrolovanému povinnosť uchádzačovi zaslať preskúmateľné a overiteľné informácie o tom, akým spôsobom posudzoval splnenie Podmienok súťaže¹² víťazným uchádzačom). (ii) Skutočnosť, že ani napriek Námietkam smerujúcim okrem vyššie uvedeného aj k skutočnostiam, že víťazný uchádzač nespĺňal Podmienky súťaže (ktoré v rozpore so ZVO nemohol odvolateľ efektívne uplatniť, nakoľko mu v tom protiprávne zabránil kontrolovaný), odvolateľovi nebola poskytnutá relevantná a preskúmateľná odpoveď, či víťazný uchádzač spĺňal Podmienky súťaže a ako bolo ich splnenie posúdené a vyhodnotené, nakoľko Úrad sa v Napadnutom Rozhodnutí obmedzil len na formalistické a nepreskúmateľné konštatovania, že kontrolovaný uvedené posudzoval, teda Úrad neposúdil, či Podmienky súťaže víťazný uchádzač spĺňal alebo či ich nespĺňal a mal byť

vylúčený. Odvolateľ mal za to, že je nevyhnutné prioritizovať zásady upravujúce ZVO, právo na efektívnu kontrolu verejného obstarávania a právo uchádzača – odvolateľa efektívne uplatniť revízne postupy, ktoré mu ZVO priznáva, pred formalistickým výkladom práva, porušujúcim zásady ZVO, znemožňujúcim efektívnu kontrolu verejného obstarávania a zamedzujúcim uplatnenie práv výslovne priznaných odvolateľovi. Odvolateľ mal ďalej za to, že je nevyhnutné odmietnuť formalizmus Napadnutého Rozhodnutia v tom smere, že Úrad ani napriek Námietkam k tomu smerujúcim materiálne nepreskúmal a zároveň nedal preskúmateľnú odpoveď na to, či víťazný uchádzač v skutočnosti splnil Podmienky súťaže.

VII.

Odvolateľ uzavrel, že Napadnuté Rozhodnutie je z vyššie uvedených dôvodov nepreskúmateľné a arbitrárne, nakoľko kontrolovaný znemožnil vlastným protiprávnym konaním odvolateľovi preskúmanie podstatných úkonov kontrolovaného (akým je Oznámenie, proces posúdenia splnenia Podmienok súťaže a s tým súvisiaci výber víťazného uchádzača namiesto oznamovateľa ako druhého v poradí), teda aj náležité uplatnenie revíznych postupov ako sú odvolateľovi priznané; a zároveň Úrad Napadnutým Rozhodnutím takýto protiprávny stav v zjavnom rozpore s právom EÚ, Ústavou SR a ZVO a v rozpore s judikatúrou, rozhodovacou praxou, metodikou Úradu a právnou doktrínou odobril a neposkytol odvolateľovi právnu ochranu a neučinil nápravu protiprávneho stavu v podobe vyhovenia Námietkam.

Súčasne – bez toho, aby to malo vplyv na to, že bolo Námietkam potrebné vyhovieť aj tak – Úrad ani len nepreskúmal to, či víťazný uchádzač skutočne spĺňal všetky Podmienky súťaže, hoci uvedené odvolateľ namietal v Námietkach (v rozsahu, v akom objektívne mohol, nakoľko protiprávnym konaním kontrolovaného mu boli odopreté informácie, na ktoré má nárok, čo samo o sebe vzbudzuje pochybnosti o transparentnosti postupu kontrolovaného a odôvodňuje uloženie povinnosti zrušiť Oznámenie), a či uvedené kontrolovaný správne posúdil. Odvolateľ tak nevedel, nakoľko na to Úrad rezignoval, či nemal zákazku získať odvolateľ namiesto víťazného uchádzača a nevedel, ako kontrolovaný posúdil splnenie Podmienok súťaže víťazným uchádzačom. Úrad tak Napadnutým Rozhodnutím pripustil, aby sa z námietok proti oznámeniu o výbere víťazného uchádzača stal len formálny úkon, ktorý v skutočnosti nemôže smerovať k preskúmaniu postupu kontrolovaného a k odstráneniu prípadného protiprávneho stavu.

VIII.

Na záver ešte dodávam, že v nadväznosti na podané odvolanie Rada Úradu pre verejné obstarávanie zmenila výrok rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie č. 3898-6000/2020-OD tak, že Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne zrušiť výsledok vyhodnotenia ponúk a vyhodnotenie splnenia podmienok účasti a opätovne vyhodnotiť ponuku uchádzača skupiny dodávateľov

JUDr. Roman Hojer

