

**JUDr. Tomáš Giba**

**Projekt kandidáta na člena rady Úradu pre verejné obstarávanie na tému: „Popíšte 1 rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie alebo Rady Úradu pre verejné obstarávanie za posledných 5 rokov, s ktorým sa odborne nestotožňujete a odôvodníte prečo.“**

**Rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 12345-9000/2022** zo dňa 31.10.2022 (ďalej len „Rada“), ktorým zmenil rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 8272-6000/2022-OD zo dňa 05. 09. 2022 (ďalej len „úrad“) podľa § 187i ods. 16 zákona o verejnom obstarávaní vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „**R4 Prešov – severný obchvat (km 4,3 - 14,5)**“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Národná diaľničná spoločnosť, a.s.**, Dúbravská cesta 14, 841 04 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 01. 03. 2022 pod značkou 2022/S 042-107933 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 60/2022 dňa 02. 03. 2022 pod značkou 15367 – MSP a **nariadil** kontrolovanému v predmetnej verejnej súťaži **odstrániť protiprávny stav**, a to konkrétne **odstrániť zo súťažných podkladov kritérium na vyhodnotenie ponúk „K2 – Kvalita tímu odborníkov“**, ktoré kontrolovaný stanovil v časti A2 súťažných podkladov „Kritériá na vyhodnotenie ponúk a pravidlá ich uplatnenia“, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia. Hneď v úvode by som rád upozornil, že predmetné rozhodnutie Rady spolu s rozhodnutím úradu je veľmi rozsiahle a nebolo možné na šiestich stranách rozobrať detailnejšie celú problematiku, preto sa snažím poukázať na najpodstatnejšie pochybenia Rady. V prípade verejného vypočutia som pripravený celý projekt odprezentovať do väčších detailov a súvislostí.

Kontrolovaný stanovil kritériá na vyhodnotenie ponúk s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku za predmet zákazky. Kontrolovaný bude vyhodnocovať ponuky na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality.

| Kritériá na vyhodnotenie ponúk (spolu 100 percent) |  | Váha kritéria |
|--|--|---------------|
| K1   | Navrhovaná celková cena uchádzača - spolu max. 65 bodov (v rámci K1) | 65%           |
| K2   | Kvalita tímu odborníkov - spolu max. 30 bodov (v rámci K2)           | 30%           |
| K3   | Lehota výstavby - spolu max. 5 bodov (v rámci K3)                    | 5%            |

Úrad sa v konaní o námietkach navrhovateľa obrátil na SKSI ako na stavovskú organizáciu, ktorá združuje autorizovaných stavebných inžinierov, a teda mnohých odborníkov zo stavebnej praxe, so 4 otázkami citovanými nižšie, ktorých zodpovedanie bolo nevyhnutné pre kvalifikované posúdenie skutočností relevantných pre konanie a samotné rozhodovanie úradu

o opodstatnenosti podaných námietok, týkajúcich sa nastavenia kritérií na vyhodnotenie ponúk, najmä pokiaľ ide o čiastkové kritérium K2 „Kvalita tímu odborníkov“. Na tomto mieste úrad dodáva, že na účely zodpovedania nastolených otázok poskytol SKSI všetky potrebné dokumenty, medzi ktorými boli aj námietky navrhovateľa ako aj písomné vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam v neanonymizovanej, kompletnej podobe. Úrad oslovil SKSI so žiadosťou o zodpovedanie nasledovných odborných otázok v podobe písomného stanoviska, cit.: „

1. *Je podľa Vášho odborného názoru celková dĺžka ukončených stavieb (v metroch), na ktorých zastával kľúčový odborník požadovanú pozíciu (riaditeľ stavby - predstaviteľ zhotoviteľa, stavbyvedúci pre mosty, stavbyvedúci pre tunely, stavbyvedúci pre cesty), parametrom vystihujúcim jeho praktické skúsenosti a odborné znalosti, ktoré by mohli pozitívne vplývať na kvalitu plnenia predmetu zadávanej zákazky alebo nie? Svoj názor, prosím, odôvodnite.*

2. *Dáva podľa Vášho odborného názoru tento parameter - celková dĺžka ukončených stavieb (v metroch) na požadovanej pozícii určitý predpoklad, že konkrétny odborník (s čo najviac metrami realizovaných objektov/stavieb) má praktické skúsenosti s rôznou geológiou a morfológiou tak, ako tvrdí kontrolovaný alebo nie? Svoj názor, prosím, odôvodnite.*

3. *Podľa Vášho odborného názoru budú mať práve vybraní kľúčoví odborníci (riaditeľ stavby — predstaviteľ zhotoviteľa, stavbyvedúci pre mosty, stavbyvedúci pre tunely, stavbyvedúci pre cesty) vplyv na kvalitu plnenia predmetu zadávanej zákazky alebo existujú iné, významnejšie faktory, od ktorých bude závisieť uskutočnenie obstarávaných stavebných prác v čo najvyššej kvalite? Svoj názor, prosím, odôvodnite.*

4. *Podľa Vášho odborného názoru bolo by v danom prípade žiaduce a v prospech čestnej hospodárskej súťaže, aby kontrolovaný stanovil v rámci kritéria K2 „Kvalita tímu odborníkov“ u jednotlivých pozícií kľúčových odborníkov primeranú hornú hranicu plnenia tohto kritéria, resp. aby kontrolovaný obmedzil celkovú dĺžku ukončených stavieb hornou hranicou, ktorú bude brať pri prideľovaní bodov uchádzačom za dané kritérium do úvahy (napr. 75 km ako maximálnu hodnotu dĺžky ukončených stavieb pri riaditeľovi stavby — predstaviteľovi zhotoviteľa alebo 8 km ako maximálnu hodnotu dĺžky realizovaných mostov pri stavbyvedúcom pre mosty) alebo nie? Svoj názor, prosím, odôvodnite.“*

Vychádzajúc z vyššie parafrázovaných odpovedí SKSI je podľa názoru úradu možné konštatovať, že:

– celková dĺžka ukončených stavieb, na ktorých požadovaný odborník č. 1, 2, 3 a 4 zastával

príslušnú pozíciu, predstavuje parameter vystihujúci jeho praktické skúsenosti a odborné znalosti, pričom

- tieto praktické skúsenosti a znalosti môžu pozitívne vplývať na kvalitu ponuky úspešného uchádzača a v konečnom dôsledku na samotnú kvalitu plnenia predmetu zadávanej zákazky,
- ide o parameter, z ktorého sa dá vyvodiť, že ak konkrétny odborník realizoval v porovnaní s inými najviac metrov stavebných objektov (stavieb, tunelov, mostov, ciest), má aj praktické skúsenosti s rôznou geológiou a morfológiou terénu,
- kľúčoví odborníci ako riaditeľ stavby - predstaviteľ zhotoviteľa, stavbyvedúci pre mosty, stavbyvedúci pre tunely, stavbyvedúci pre cesty budú mať na uskutočnenie obstarávaných stavebných prác v požadovanej kvalite zásadný vplyv, vzhľadom na ich významné oprávnenia a kompetencie, ktorými budú v priebehu výstavby stavebného diela - úseku rýchlostnej cesty R4 disponovať.

Úrad na podklade záverov vyplývajúcich z odborného stanoviska SKSI, konkrétne na základe jej odpovedí na otázky č. 1 až č. 3, prijal záver, že **použitie kritérium K2 bude mať reálny vplyv na vyššiu kvalitu ponuky najlepšie hodnoteného uchádzača za toto kritérium a vzápätí aj na následnú realizáciu diela, ktoré je predmetom dotknutej zákazky.** Na základe toho úrad konštatuje, že nemá v konaní za preukázané, že aplikáciou kvalitatívneho kritéria na vyhodnotenie ponúk K2 „Kvalita tímu odborníkov“ v priebehu vyhodnocovania ponúk predložených uchádzačmi sa nedosiahne výber ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a teda nemá za preukázané porušenie ustanovenia § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného.

Opačný názor uviedla Rada vo svojom rozhodnutí v bode 90., kde uviedla cit.: „(...) závery odborného stanoviska SKSI **jednoznačne nepreukazujú**, že jeden meter ukončenej stavby, na ktorej sa podieľal odborník, znamená vyššiu kvalitu tohto odborníka. Ďalej Rada uviedla, že jej záver ani **nie je rozhodujúci** pre posúdenie kontrolovaným stanoveného kritéria K2 na vyhodnotenie ponúk. Rada má totiž za to, že samotné stanovené kvalitatívne kritérium na vyhodnotenie ponúk **nemusí** verejnemu obstarávateľovi **garantovať obstaranie vyššej kvality**, nakoľko uvedené nie je v tejto fáze verejného obstarávania ani objektívne možné, keďže nie je možné mať za jednoznačne garantované, že akýkoľvek uchádzač disponujúci tímom odborníkov, ktorí sú na určitej kvalitatívnej úrovni, a na takejto kvalitatívnej úrovni tento uchádzač prostredníctvom týchto odborníkov v minulosti realizoval iné stavby, rovnako „kvalitne“ zrealizuje aj obstarávané stavebné práce v danom verejnom obstarávaní. Podľa

*rady by stanovené kvalitatívne kritérium na vyhodnotenie ponúk malo dávať verejnému obstarávateľovi objektívny (a odôvodniteľný) predpoklad obstarania vyššej kvality, pričom na zabezpečenie dodania (plnenia) predmetu zákazky na kvalitatívnej úrovni, v akej uchádzač deklaroval jej plnenie v návrhu na plnenie kritérií vo svojej ponuke, by mali slúžiť iné inštitúty vo verejnom obstarávaní (najmä zmluvné podmienky nastavené verejným obstarávateľom v danom verejnom obstarávaní).“.*

Rada v bode 97. rozhodnutia ďalej uviedla nasledovné, cit.: „(...) **plne podporuje stanovovanie kvalitatívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk vo verejných obstarávaníach**, pričom samotné nastavenie kvalitatívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk, ako aj stanovenie ich relatívnych váh a spôsobu ich uplatnenia, by malo byť vo výlučnej právomoci verejného obstarávateľa, a teda nie je úlohou, a ani v kompetencii uchádzačov diktovať verejnému obstarávateľovi, čo má (môže) považovať za vyššiu kvalitu plnenia zákazky, a naopak, čo nemôže verejný obstarávateľ považovať za vyššiu kvalitu plnenia predmetu zákazky. Rada má však zároveň za to, že pokiaľ sú verejným obstarávateľom nastavené kritériá na vyhodnotenie ponúk v danom verejnom obstarávaní niektorým z uchádzačov namietané z hľadiska, že nesmerujú k výberu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, verejný obstarávateľ by si mal vedieť ustáť, a teda odôvodniť ich opodstatnenosť, a teda, na základe akých skutočností má verejný obstarávateľ za to, že ním nastavené kritériá na vyhodnotenie ponúk smerujú k výberu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky“.

S uvedenou argumentáciou Rady sa nestotožňujem, a to na základe nasledovných skutočností:

#### **Absencia kontra posudku, resp. stanoviska**

Každé rozhodnutie Rady by malo byť racionálne a presvedčivo odôvodnené a predovšetkým by malo vychádzať z dostatočne zisteného skutkového stavu vo veci. Z môjho pohľadu je neprípustné, aby v situácii, keď sa Rada nestotožnila so závermi odborného stanoviska SKSI, svoju argumentáciu neodôvodnila na podklade kontra odborného stanoviska, resp. vypracovaného znaleckého posudku. Otázka absencie kontra odborného stanoviska, resp. znaleckého posudku, je o to viac relevantná, ak samotná Rada v bode 88. rozhodnutia uviedla, cit.: „Predmetné otázky úradu teda podľa rady **nepredstavovali otázky právneho charakteru**, pričom ani odpovede SKSI podľa rady nie je možné považovať za právne posúdenie úradom položených otázok. Na základe uvedeného má rada za to, že tento odvolací dôvod navrhovateľa je **nedôvodný**, a teda odborné stanovisko SKSI, z ktorého záverov vychádzal úrad v rozhodnutí, bolo **po právnej stránke spôsobilým podkladom pre vydanie rozhodnutia úradu**“.

uvedeného rozhodnutia Rady vyplýva, že Rada bez akéhokoľvek vysvetlenia neodôvodnila, prečo si neosvojila záver odborného stanoviska SKSI, ktorý mal podstatný vplyv pre vydanie rozhodnutia úradu, navyše ak samotná Rada konštatovala, že otázky položené úradom boli vecnej problematiky. Takéto rozhodnutie Rady sa môže javiť ako svojvoľné – teda neobhájiteľné, prijaté bez opory v práve a nelegitímne.

### **Kritérium najlepšieho pomeru ceny a kvality**

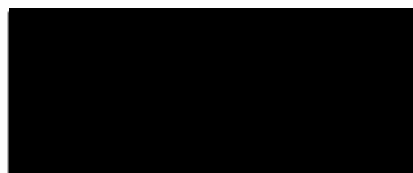
Z obsahu rozhodnutia Rady ako aj v kontexte bodu 112. rozhodnutia, cit.: „*Kontrolovaný si teda v rámci zmeny súťažných podkladov v zmysle výroku tohto rozhodnutia môže v tomto verejnom obstarávaní opätovne stanoviť taktiež kritérium týkajúce sa kvality tímu vybraných kľúčových odborníkov, avšak takým spôsobom, aby smerovalo k výberu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky*“ sa javí, že došlo pri posudzovaní kritérií o nepochopenie samotnej podstaty, tzv. MEAT kritéria (Most economically advantageous tender/Ekonomicky najvýhodnejšia ponuka). Základom tohto kritéria je vyhodnotenie skutočných potrieb verejného obstarávateľa vo vzťahu k predmetu zákazky a účelu. Verejný obstarávateľ si volí subkritériá, ktorým priraduje rôznu váhu odzrkadľujúcu jeho potrebu. Spomínané subkritériá možno v zásade rozdeliť na dve hlavné kategórie, a to nákladové kritériá a nenákladové kritériá. Z podstaty pomenovania daného kritéria vyplýva, že nákladovým kritériom je cena, ktorá môže byť stanovená pevne alebo vo forme nákladov. Na druhej strane nenákladové subkritériá možno označiť za základ a podstatu aplikácie tohto druhu kritéria na vyhodnotenie ponúk. Rada tak ako uviedla v bode 112. rozhodnutia, že namietané kritérium „K2 – Kvalita tímu odborníkov“ (ďalej len „K2“) má smerovať k výberu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, t. j. samotné kvalitatívne kritérium K2 má v sebe obsahovať ekonomický faktor, je neobhájiteľné. Ekonomický faktor sa prejavuje až v celkovej ponuke, ktorá je výsledkom súčtu pomeru ceny s váhou 65% a súčtu dvoch kvalitatívnych subkritérií s váhou 35%. Uvedený názor Rady je v príkrom rozpore s rozhodnutím Rady č. 3782-9000/2021 zo dňa 19.04.2021, ktoré úrad pre verejné obstarávanie dáva za príklad dobrej praxe s MEAT kritériami. V uvedenom prípade si verejný obstarávateľ pri obstaraní klavíra zvolil možnosť vyhodnocovať ponuky uchádzačov na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality, pričom si určil dve čiastkové kritériá – kvalitatívne s váhou 60% a cenové s váhou 40%. V rámci predmetného verejného obstarávania bolo vedené aj konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, ktoré bolo následne preskúmané Radou. Tá sa vtedy vyjadrila, že pokiaľ ide o hodnotenie zvukovo farebných a mechanických kritérií, tieto kvality nemožno hodnotiť na základe **objektívne merateľných hodnôt**, a teda ide o subjektívne hodnotenie každého jednotlivého člena odbornej

komisie. Uvedené zároveň neznamená, že takéto hodnotenie je automaticky svojvoľné, účelové či nesprávne. Naopak, v tomto prípade sa Rada vyjadrila aj napriek záverom SKSI o merateľnosti nastavených parametrov, že neboli preukázateľné bez náležitého odôvodnenia.

Rozhodnutie Rady v čase, kedy aj samotný úrad pre verejné obstarávanie nabáda verejných obstarávateľov k častejšiemu implementovaniu MEAT kritérií do súťaží vo verejnom obstarávaní, vnímam kriticky aj z toho pohľadu, že samotné rozhodnutie Rady v oblasti MEAT kritérií je koncipované všeobecne a nie je viazané na konkrétnu verejnú súťaž, čo v konečnom dôsledku môže v budúcnosti ešte viac odradiť verejných obstarávateľov od začatia implementovania MEAT kritérií, ktoré majú svoje opodstatnenie vo verejnom obstarávaní a budeme na Slovensku obstarávať, tzv. na istotu, kde jediné kritérium bude najnižšia cena. Používanie kritérií MEAT od roku 2017 neustále klesá. Celkový pokles možno vysvetliť aj skutočnosťou, že zákon o verejnom obstarávaní neposkytuje žiadne usmernenia, pokiaľ ide o kritériá na vyhodnotenie ponúk a príslušné nástroje na rozhodovanie v procese vyhodnocovania ponúk. Nedostatok usmernenia pre kontrolovaného sa prejavuje aj v samotnom rozhodnutí v bode 117., kde Rada len veľmi všeobecne bez presnejšieho návodu odporúča kontrolovanému, aby nastavil kvalitatívne kritériá na vyhodnotenie ponúk vo verejnom obstarávaní tak, aby smerovali k výberu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Kontrolovaný, aj s príspevom neadresnosti rozhodnutia Rady, bude pri opätovnom nastavení kritéria K2 v neistote a domnievam sa, že pri verejnej súťaži s predpokladanou hodnotou 263.000.000 bez DPH, by práve adresnosť bola vítaná.

Na záver si dovoľujem konštatovať, že v oblasti uplatňovania MEAT kritérií, vytvorila Rada precedens, ktorý môže mať vplyv pri nastavovaní MEAT kritérií budúcich verejných súťaží. Považujem za absolútne kľúčové, aby v tak zásadných otázkach, akým je inštitút MEAT kritérií, rozhodnutia Rady vychádzali z dostatočne zisteného skutkového stavu vo veci a boli riadne a presvedčivo odôvodnené.

V Bratislave 19.12.2022



JUDr. Tomáš Giba