

Zadávatel':

Národná diaľničná spoločnosť, a. s.

Dúbravská cesta 14

841 04 Bratislava

IČO: 35 919 001

DIČ: 2021937775

ODBORNÉ STANOVISKO

k Rozhodnutiu č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021 ohľadne rozhodnutia úradu pri zákazke „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany, II. etapa“

ÚČEL odborného stanoviska:

Odborné stanovisko k Rozhodnutiu č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021 k zákazke „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek“, ktorá bola vyhlásená uverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 252/2018 dňa 27. 12. 2018 pod značkou 18535 – MSP a v Úradnom vestníku EÚ č. 2018/S 247 z 22. 12. 2018 pod zn. 567097.

OBSAH odborného stanoviska:

- A. Úvod a poskytnuté podklady
- B. Popis situácie a vybrané zistenia z Rozhodnutia č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021
- C. Závery z odborného stanoviska

VYPRACOVALI:

doc. Ing. Peter Mésároš, PhD.

prof. Ing. Dušan Katunský, CSc.

Dátum vyhotovenia: 04.01.2022

Počet strán: 7

Počet odovzdaných vyhotovení: 2

A. Úvod a poskytnuté podklady

Predkladané odborné stanovisko sa podáva na základe písomnej objednávky od spoločnosti Národná diaľničná spoločnosť, a. s. zo dňa 30.12.2021. V zmysle tejto objednávky bolo potrebné vypracovať Odborné stanovisko k Rozhodnutiu č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021 k zákazke „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek“, ktorá bola vyhlásená zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 252/2018 dňa 27. 12. 2018 pod značkou 18535 – MSP a v Úradnom vestníku EÚ č. 2018/S 247 z 22. 12. 2018 pod zn. 567097. Odborné stanovisko sa má vyjadriť k podmienkam stanoveným pre splnenie účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov týkajúcich sa kľúčových odborníkov uvedených v súťažných podkladoch k zákazke „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek“.

Zo strany zadávateľa boli poskytnuté nasledovné podklady:

- Objednávka zo dňa 30.12.2021
- Rozhodnutie č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021
- Vyjadrenie spoločnosti Národná diaľničná spoločnosť, a. s. zo dňa 22.11.2021 k Výzve č. 9846-6000/2021-OD/2 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 7.10.2021

B. Popis situácie a vybrané zistenia z Rozhodnutia č. 9846-6000/2021-OD/6 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 20.12.2021

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c), § 167 ods. 2 písm. b), § 169 ods. 1 písm. b) v spojení s § 169 ods. 2 a §187e ods. 6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy na základe podnetu verejného obstarávateľa Národná diaľničná spoločnosť, a. s., Dúbravská cesta 14, 841 04 Bratislava, IČO: 35 919 001 (ďalej len „kontrolovaný“) pri zadávaní nadlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Olšany II. úsek“ postupom verejnej súťaže, zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 252/2018 dňa 27. 12. 2018 pod značkou 18535 – MSP a v Úradnom vestníku EÚ č. 2018/S 247 z 22. 12. 2018 pod zn. 567097, vydal dňa 20.12.2021 Rozhodnutie č. 9846-6000/2021-OD/6.

Kontrolovaný v podbode III.1.3.2.7 súťažných podkladov uviedol:

III.1.3.2.7.1 Uchádzať je povinný preukázať, že Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa má odbornú prax za rozhodné obdobie za nasledovných podmienok:

- a) Účasť na realizácii** minimálne jedného projektu pri stavbách diaľnic alebo rýchlostných ciest, ktorých súčasťou bol most s dĺžkou minimálne 250 m; kde zmluvné podmienky vychádzali zo zmluvných podmienok FIDIC;(…)

Kontrolovaný v podbode III.1.3.2.7 súťažných podkladov ďalej uviedol:

III.1.3.2.7.2 Uchádzať je povinný preukázať, že hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa) má odbornú prax za rozhodné obdobie 10 rokov s výkonom činnosti stavbyvedúceho s odborným zameraním na inžinierske stavby za nasledovných podmienok:

- a) Účasť na realizácii** minimálne 2 projektov na stavbách diaľnic alebo rýchlostných ciest, kde zmluvné podmienky vychádzali zo zmluvných podmienok FIDIC (akýchkoľvek);(…)

Úrad pre verejné obstarávanie v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 8 v bode 24. uvádza:

„Na základe podmienok stanovených pre splnenie účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní týkajúcich sa kľúčových odborníkov „Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa“ a „hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa)“ je zrejmé, že kontrolovaný požadoval preukázať skúsenosti s projektom, ktorého zmluvné podmienky vychádzali z akýchkoľvek zmluvných podmienok FIDIC. Kontrolovaný v oznámení, resp. v súťažných podkladoch neumožnil preukázanie skúseností s inými zmluvnými štandardmi ako napr. VOB (Verdingungsordnung für Bauleistungen), JCT (Joint Contracts Tribunal) alebo DBIA (Design–Built Institute of America) a pod.“

Úrad pre verejné obstarávanie v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 8 v bode 25. uvádza:

„Úrad uvádza, že kontrolovaný stanovením požiadavky na preukazovanie odbornej práce kľúčového odborníka „Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa“ a kľúčového odborníka „hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa)“ výlučne podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných štandardov FIDIC spôsobil, že mohli byť diskriminovaní a od účasti v predmetnom postupe odradení potenciálni záujemcovia/uchádzači pôsobiaci na relevantnom trhu, ktorých zamestnanci zodpovední za riadenie stavebných prác, zastávajúci funkciu riaditeľ stavby a hlavný stavbyvedúci, ktorí v rámci svojej odbornej praxe riadili stavebné práce na požadovaných projektoch pri stavbách diaľnic alebo rýchlostných ciest v požadovanej kvalite a rozsahu, avšak tieto stavby neboli realizované výhradne podľa zmluvných podmienok FIDIC, alebo boli realizované podľa iných zmluvných podmienok, ktoré sú rovnako založené na medzinárodne uznávaných zmluvných podmienkach (EBRD, EIB, alebo Svetovej banky, resp. iné).“

Úrad pre verejné obstarávanie v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 15 a 16 v bode 47. uvádza:

„Úrad má na základe vyššie uvedeného za to, že kontrolovaný stanovením vyššie citovanej požiadavky v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní porušil § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne princíp nediskriminácie a princíp rovnakého zaobchádzania. V predmetnom prípade, v dôsledku kontrolovaným stanovenej požiadavky na preukazovanie odbornej praxe kľúčového odborníka „Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa“ a kľúčového odborníka „hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa)“, viazanej na skúsenosti výlučne so stavbou realizovanou podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných podmienok FIDIC, boli potenciálni záujemcovia/ uchádzači limitovaní v palete medzinárodných zmluvných podmienok, v dôsledku čoho mohlo prejavíť záujem o účasť v tomto verejnom obstarávaní menej záujemcov, ako by tomu mohlo byť v prípade, keby bolo umožnené záujemcom preukazovať odbornú prax navrhovaných osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác účasťou na projektoch realizovaných nie len podľa zmluvných podmienok FIDIC, ale aj podľa iných medzinárodne uznávaných zmluvných podmienok.“

Úrad pre verejné obstarávanie v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 16 v bode 48. uvádza:

„Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že kontrolovaný vyššie citovanou požiadavkou – výlučne podľa zmluvných podmienok FIDIC, pri stanovovaní podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to s princípom nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a zároveň postupoval v prípade kľúčového odborníka vo funkcii „Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa“ a kľúčového odborníka „hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa)“ aj v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, neprimerane, nakoľko neodôvodnil opodstatnenosť stanovenia tejto podmienky účasti.“

Kontrolovaný vo Vyjadrení kontrolovaného zo dňa 22.11.2021 k Výzve č. č. 9846-6000/2021-OD/2 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 7.10.2021 na strane 3 uvádza:

„Ako ďalej vyplýva z odborného stanoviska SACE, vo vzťahu k štandardným podmienkam EBRD, EIB a Svetovej banky, tieto organizácie používajú FIDIC štandardné zmluvné podmienky MDB (Multilateral Development Banks) Harmonised Construction Contract vydané v roku 2006, a preto tieto štandardy patria medzi „akékoľvek Zmluvné podmienky FIDIC“ a teda by kontrolovaným boli považované za splnenie požiadavky na preukázanie požadovanej odbornej spôsobilosti príslušného kľúčového odborníka.“

Táto skutočnosť je spomínaná aj v bode 39. na strane 12 a 13 v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021.

C. Závery z odborného stanoviska

Zmluvné podmienky FIDIC - štandardizované zmluvné vzory vydané Medzinárodnou federáciou konzultačných inžinierov (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – FIDIC) sídliacou v Ženeve - sú medzinárodne uznávané štandardné zmluvné podmienky. Patria medzi najpoužívanejšie zmluvné štandardy na medzinárodnej úrovni. Zmluvné podmienky FIDIC sú nemenné na celom svete a prístupné bez relevantných obmedzení pre záujemcov/uchádzačov (zo Slovenska aj zo zahraničia).

Zmluvné podmienky FIDIC znamenajú pre budúcich účastníkov zmluvy „praxou preverené“ zmluvné podmienky, zabezpečujúce im určitý stupeň istoty a transparentnosti zmluvného vzťahu a účelnú alokáciu, t.j. rozdelenie rizík medzi objednávateľom a zhotoviteľom. Dodržiavanie zmluvných podmienok FIDIC dáva predpoklady k tomu, aby bola stavba dokončená v požadovanej kvalite, v určenom čase, v predpokladanej dohodnutej cene resp. v cene podľa zmluvne dohodnutého spôsobu určenia, s príslušným ohľadom na životné prostredie.

Dá sa konštatovať, že zmluvné podmienky FIDIC sú všeobecne rozšírené a známe medzi relevantnými stavebnými spoločnosťami na trhu v Slovenskej republike, ktoré realizujú stavby rovnakého alebo obdobného charakteru a rozsahu ako stavba „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Oľšany II. úsek“, resp. sú v pozícii záujemcov/uchádzačov o tieto stavby. Zmluvné podmienky FIDIC sú u obstarávateľov a zhotoviteľov v Slovenskej republike využívané už viac ako dvadsať rokov, čo aj vzhľadom na využívanie zmluvných podmienok FIDIC v zahraničí (vo výrazne dlhšom časovom rámci ako v Slovenskej republike) dáva dostatočné predpoklady na to, aby **požiadavka využitia zmluvných podmienok FIDIC pre stavbu „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Oľšany II. úsek“, ako aj pre stavby rovnakého alebo obdobného charakteru a rozsahu, ako je predmetná stavba, nemala byť vnímaná ako požiadavka diskriminačná.**

Zo strany kontrolovaného bolo zvolené a v súťažných podmienkach špecifikované, že zmluvné podmienky realizácie zákazky „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Oľšany II. úsek“ sa spravujú zmluvnými podmienkami FIDIC (červená kniha).

Dá sa predpokladať, že práve relevantná skúsenosť v odbornej praxi kľúčových odborníkov so stavbami, kde zmluvné podmienky vychádzali zo zmluvných podmienok FIDIC, je dôvodným predpokladom, resp. zárukou, že zhotoviteľ prostredníctvom týchto osôb bude schopný realizovať zákazku v súlade s postupmi na základe požadovaných zmluvných podmienok FIDIC. Aplikovanie požiadavky skúsenosti so stavbou/stavbami realizovanými podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných podmienok FIDIC nie je zamerané iba na riadenie stavby technicky odborne, ale aj na riadenie a administrovanie zmluvy/zákazky zmluvne odborne takým spôsobom, aby bola stavba dokončená v požadovanej kvalite, čase a cene za dodržiavania všetkých platných právnych predpisov.

Požiadavkou na preukazovanie odbornej praxe kľúčových odborníkov viazanú na skúsenosti so stavbou/stavbami realizovanými podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných podmienok FIDIC podľa nášho názoru nie je spochybnená schopnosť uchádzačov riadiť stavbu podľa štandardných národných zmluvných podmienok, resp. iných zmluvných podmienok, ani nie je spochybnená schopnosť dokončiť stavbu kvalitne a načas. Nedostatok skúsenosti so stavbou/stavbami realizovanými podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných podmienok FIDIC sa ale môže prejavíť v neznalosti požiadaviek a postupov zmluvy zvolenej na realizáciu stavby (FIDIC) a v následných problémoch pri komunikácii medzi zhotoviteľom, stavebným dozorom a objednávateľom, čo následne môže spôsobiť nedodržanie dokončenia stavby v požadovanej kvalite, čase a cene.

Čo sa týka iných zmluvných štandardov, ako napr. VOB (Verdingungsordnung für Bauleistungen), JCT (Joint Contracts Tribunal), DBIA (Design–Built Institute of America), ktoré Úrad pre verejné obstarávanie spomína mimo iného v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 8 v bode 24, sme toho názoru, že tieto iné zmluvné štandardy (VOB, JCT, DBIA) nie je možné považovať za ekvivalentné k zmluvným podmienkam FIDIC, vzhľadom na to, že podľa nášho názoru nejde o medzinárodne uznávané zmluvné podmienky, ale len o národne uznávané podmienky, ktoré nie je možné bez výraznejších úprav aplikovať v našich podmienkach, pretože sú prispôbené príslušnej národnej legislatíve, tým pádom ani skúsenosť s týmito inými zmluvnými štandardmi nie je možné považovať za ekvivalentnú ku skúsenosti so zmluvnými podmienkami FIDIC. Na základe to by podľa nášho názoru nemalo by neumožnenie preukázania odbornej praxe/skúseností kľúčových odborníkov s inými zmluvnými štandardmi (VOB, JCT, DBIA) vnímané tak, že by tým Kontrolovaný spôsobil, že mohli byť diskriminovaní a od účasti v predmetnom postupe odradení potenciálni záujemcovia/uchádzači pôsobiaci na relevantnom trhu.

Čo sa týka medzinárodne uznávaných zmluvných podmienok (EBRD, EIB, alebo Svetovej banky), ktoré Úrad pre verejné obstarávanie spomína mimo iného v Rozhodnutí č. 9846-6000/2021-OD/6 zo dňa 20.12.2021 na strane 8 v bode 25, sme toho názoru, že ide o medzinárodne uznávané zmluvné podmienky používajúce FIDIC štandardné zmluvné podmienky MDB (Multilateral Development Banks) Harmonised Construction Contract vydané v roku 2006, a teda je možné tieto medzinárodne uznávané podmienky (EBRD, EIB, Svetová banka) zaradiť medzi „akékoľvek Zmluvné podmienky FIDIC“. Na základe toho sa dá predpokladať, že v prípade, ak by uchádzač predložil preukázanie odbornej praxe/skúseností kľúčových odborníkov na základe týchto medzinárodne uznávaných podmienok (EBRD, EIB, Svetová banka), bola by táto stanovená podmienka zo strany Kontrolovaného považovaná za splnenú. Túto skutočnosť uvádza aj Kontrolovaný vo Vyjadrení kontrolovaného zo dňa 22.11.2021 k Výzve č. č. 9846-6000/2021-OD/2 Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 7.10.2021 na strane 3. Na základe to by podľa nášho názoru nemala byť táto skutočnosť vnímaná tak, že by tým Kontrolovaný spôsobil, že mohli byť diskriminovaní a od účasti v predmetnom postupe odradení potenciálni záujemcovia/uchádzači pôsobiaci na relevantnom trhu.

Vzhľadom na charakter a rozsah stavby „Rýchlostná cesta R2 Šaca - Košické Oľšany II. úsek“ a s tým predpokladanú zložitosť projektu je z nášho pohľadu možné hodnotiť požiadavku na preukazovanie odbornej praxe kľúčových odborníkov – v prípade predmetnej stavby kľúčového odborníka „Riaditeľ stavby – Predstaviteľ zhotoviteľa“ a kľúčového odborníka „hlavný stavbyvedúci (zástupca riaditeľa)“ – viazanú na skúsenosti so stavbou/stavbami realizovanými podľa zmluvných podmienok vychádzajúcich zo zmluvných podmienok FIDIC, za nediskriminačnú, opodstatnenú a dôležitú.



doc. Ing. Peter Mésároš, PhD.
dekan Stavebnej fakulty Technickej univerzity v Košiciach