



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
predseda úradu
Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Bratislava 02. 01. 2024
Číslo spisu: 16089-9000/2023

Predseda Úradu pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava (ďalej len „druhostupňový správny orgán“) ako orgán príslušný na konanie podľa § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“) vo veci rozkladu zo dňa 24. 10. 2023, doručeného Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“ alebo „prvostupňový správny orgán“) dňa 24. 10. 2023, ktorý podal účastník konania **Banskobystrický samosprávny kraj**, Námestie SNP 23, 974 01 Banská Bystrica, IČO: 37 828 100 (ďalej len „účastník konania“), proti rozhodnutiu úradu č. spisu **11957-3000/2023 zo dňa 09. 10. 2023**, vydanému vo veci správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 08. 03. 2022 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“),

r o z h o d o l

takto:

Rozhodnutie úradu č. spisu 11957-3000/2023 zo dňa 09. 10. 2023, ktorým úrad účastníkovi konania **uložil pokutu** v celkovej výške **2 500 eur** (slovom: dvetisícpäťsto eur) za to, že naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 08. 03. 2022 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) tým, že pri zadávaní nadlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet „Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. okr. BB/ZV – Zvolenská Slatina“, vyhlásenej uverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 114/2021 zo dňa 15. 06. 2021 pod č. 298503 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 141/2021 zo dňa 16. 06. 2021 pod zn. 29598 – MSP, postupoval v rozpore s § 40 ods. 1, § 40 ods. 4 a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, keď nevyhodnotil splnenie podmienok účasti úspešným uchádzačom **VIAKORP, s. r. o.**, Strážska cesta 7892, 960 01 Zvolen, IČO: 50228455 (ďalej len „**VIAKORP, s. r. o.**“ alebo „**úspešný uchádzač**“) v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keďže tento bol účastníkom konania vyhodnotený ako úspešný uchádzač pre časť 1 aj časť 2 predmetu zákazky a ako spĺňajúci všetky podmienky účasti bez toho, aby bol v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní požiadaný o vysvetlenie, resp. doplnenie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k navrhovanému expertovi Ing. **XX. YY.** na pozíciu stavbyvedúceho pre mosty, nakoľko z ponuky **VIAKORP, s. r. o.** nevyplývalo, že ide o vlastné kapacity **VIAKORP, s. r. o.**, čo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania,

mením,

a to čo do **výšky uloženej pokuty** tak, že účastníkovi konania sa podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov

v znení účinnom do 08. 03. 2022 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) ukladá pokutu vo výške **500 eur** (slovom: päťsto eur) za to, že účastník konania naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní tým, že pri zadávaní nadlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet „Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. okr. BB/ZV – Zvolenská Slatina“, vyhlásenej uverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 114/2021 zo dňa 15. 06. 2021 pod č. 298503 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 141/2021 zo dňa 16. 6. 2021 pod zn. 29598 – MSP, postupoval v rozpore s § 40 ods. 1, § 40 ods. 4 a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, keď nevyhodnotil splnenie podmienok účasti úspešným uchádzačom VIAKORP, s. r. o., Strážska cesta 7892, 960 01 Zvolen, IČO: 50228455 (ďalej len „VIAKORP, s. r. o.“ alebo „úspešný uchádzač“) v súlade s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keďže tento bol účastníkom konania vyhodnotený ako úspešný uchádzač pre časť 1 aj časť 2 predmetu zákazky a ako spĺňajúci všetky podmienky účasti bez toho, aby bol v zmysle § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní požiadaný o vysvetlenie, resp. doplnenie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k navrhovanému expertovi Ing. XX. YY. na pozíciu stavbyvedúceho na mosty, nakoľko z ponuky VIAKORP, s. r. o. nevyplývalo, že ide o vlastné kapacity VIAKORP, s. r. o., čo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

V ostatnom rozklad účastníka konania zo dňa 24. 10. 2023 podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku zamietam a prvostupňové rozhodnutie č. spisu 11957-3000/2023 zo dňa 09. 10. 2023 potvrdzujem.

Účastník konania je povinný uloženú pokutu zaplatiť v lehote **do 15 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet správneho orgánu číslo **IBAN: SK10 8180 0000 0070 0006 2713**, vedený v Štátnej pokladnici s uvedením identifikačného variabilného symbolu **119573000** a konštantného symbolu **0558**.

O d ô v o d n e n i e

1. Dňa 24. 10. 2023 bol úradu doručený list účastníka konania s označením „Rozklad voči rozhodnutiu č. 11957-3000/2023 zo dňa 09. 10. 2023“ zo dňa 24. 10. 2023 (ďalej len „rozklad“). Rozklad účastníka konania bol podaný v zmysle § 61 správneho poriadku v zákonom stanovenej lehote, t. j. do 15 dní od doručenia napadnutého rozhodnutia.
2. Keďže prvostupňový správny orgán sám nerozhodol o rozklade účastníka konania, v zmysle § 57 ods. 2 v spojení s § 61 správneho poriadku predložil dňa 22. 11. 2023 druhostupňovému správnenému orgánu rozklad účastníka konania spolu so spisovým materiálom.

Rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu

3. Prvostupňový správny orgán napadnutým rozhodnutím uložil účastníkovi konania pokutu vo výške 2 500 eur podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní za to, že pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti zo strany úspešného uchádzača VIAKORP, s. r. o. v rámci zadávania predmetnej zákazky postupoval v rozpore s § 40 ods. 1, § 40 ods. 4 a s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne s princípom transparentnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, keďže tento uchádzač bol účastníkom konania vyhodnotený ako spĺňajúci všetky podmienky účasti bez toho, aby bol v zmysle § 40 ods. 4 tohto zákona požiadaný o vysvetlenie, resp. doplnenie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienky účasti stanovenej podľa § 34 ods. 1 písm. g) tohto zákona vo vzťahu k navrhovanému expertovi p. Ing. Ing. XX. YY.

na pozíciu stavbyvedúceho na mosty (ďalej aj „podmienka účasti týkajúca sa stavbyvedúceho na mosty“), nakoľko z ponuky uchádzača VIAKORP, s. r. o. nevyplývalo, že ide o vlastné kapacity tohto uchádzača, čo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

4. Prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí uviedol, že z jednotlivých zápisníc zachytávajúcich zasadnutia komisie zriadenej účastníkom konania na účely vyhodnotenia splnenia podmienok účasti **nevyplýva, že by sa komisia zaoberala postavením p. Ing. XX. YY. ako navrhovaného experta na pozíciu stavbyvedúceho na mosty z hľadiska posúdenia otázky, či išlo o internú/vlastnú kapacitu úspešného uchádzača alebo o inú osobu poskytujúcu úspešnému uchádzačovi svoje kapacity v nadväznosti na ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**
5. V tejto súvislosti prvostupňový správny orgán poukázal na to, že uchádzač VIAKORP, s. r. o. predložil vo svojej ponuke za účelom preukázania svojho vzťahu s navrhovaným expertom pre pozíciu stavbyvedúceho na mosty dokument „Pracovná zmluva“, na ktorom absentuje dátum podpisu. Z predmetnej Pracovnej zmluvy vyplýva, že zmluvné strany sa dohodli, že **deň vzniku pracovného pomeru bude deň doručenia akceptácie ponuky predloženej uchádzačom VIAKORP, s. r. o. do predmetného verejného obstarávania, a teda Pracovná zmluva deklaruje vznik pracovného pomeru v budúcnosti, a to len za podmienky, že uchádzač VIAKORP, s. r. o. bude v danom verejnom obstarávaní úspešný.**
6. Prvostupňový správny orgán uviedol, že uchádzač môže splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorou sa preukazuje vzdelanie, odborná kvalifikácia a odborná prax osoby určenej na plnenie zmluvy alebo riadiaceho zamestnanca, preukázať:
 - a) svojimi internými kapacitami, t. j. kapacitami, ktoré má uchádzač v čase predkladania ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako svojimi vlastnými alebo
 - b) kapacitami inej osoby, ktoré v čase predloženia ponuky nie sú jeho vlastnými kapacitami v tom zmysle, že by ich v tomto čase mal k dispozícii a mohol by s nimi voľne nakladať, keďže ide o kapacity, ktoré uchádzač len bude mať k dispozícii v čase plnenia zmluvy, ktorá bude uzavretá ako výsledok verejného obstarávania – ide teda o kapacity, ktoré možno vnímať ako budúce kapacity uchádzača, ktoré však uchádzač v čase predkladania ponuky nemá k dispozícii, keďže nie sú jeho kapacitami, ale kapacitami inej osoby, ktorá sa zaviazala tieto kapacity v budúcnosti poskytnúť uchádzačovi na plnenie danej zmluvy.
7. Interným kapacitám, ktoré má uchádzač v čase predkladania ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako svojimi vlastnými, podľa prvostupňového správneho orgánu zodpovedajú kapacity zamestnancov uchádzača, ktorí pre uchádzača v pracovnom pomere vykonávajú závislú prácu podľa pokynov uchádzača a vo vzťahu podriadenosti voči uchádzačovi ako zamestnávateľovi. S odbornými kapacitami svojich zamestnancov je uchádzač ako ich zamestnávateľ oprávnený disponovať ako so svojou pracovnou silou.
8. Kapacitami inej osoby ako uchádzača sú kapacity, ktoré nie sú jeho internými kapacitami, avšak má ich prisľúbené, resp. zmluvne nakontrahované do budúcnosti (na účely budúceho plnenia zmluvy, ktorú uchádzač potenciálne uzavrie s verejným obstarávateľom), čo preukazuje zmluvným záväzkom uzavretým s inou osobou, napr. zmluvou o budúcej zmluve.
9. Prvostupňový správny orgán poukázal na § 42 ods. 1 Zákonníka práce, podľa ktorého **pracovný pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou** medzi zamestnávateľom a zamestnancom, ak tento zákon neustanovuje inak. V tejto súvislosti dal do pozornosti rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „NS SR“) sp. zn. 3 M Cdo 14/2010 zo dňa 30. 03. 2011, cit.: *„Pracovný pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom (§ 42 ods. 1 ZP). Pracovnou zmluvou možno založiť pracovný pomer ešte pred jeho vznikom. Zákonník práce ani iný pracovnoprávny predpis neustanovuje, v akom časovom predstihu možno založiť pracovný pomer pred jeho vznikom. Pracovné zmluvy uzatvorené s určitým časovým predstihom pred vznikom pracovného pomeru v aplikačnej*

praxi nahrádzajú predzmluvné typy, akým je napríklad zmluva o budúcej pracovnej zmluve, ktorú podľa znenia ustanovenia § 1 Zákonníka práce nemožno považovať za právnu skutočnosť zakladajúcu pracovnoprávny vzťah.“

10. Ďalej prvostupňový správny orgán uviedol, že podľa § 43 ods. 1 Zákonníka práce je zamestnávateľ povinný v pracovnej zmluve so zamestnancom dohodnúť podstatné náležitosti, ktorou je, okrem druhu práce a jeho stručnej charakteristiky, miesta výkonu práce a mzdových podmienok, aj **deň nástupu do práce**, s ktorým § 46 Zákonníka práce spája aj vznik pracovného pomeru, keďže **pracovný pomer vzniká odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve ako deň nástupu do práce**. V tejto súvislosti prvostupňový správny orgán dodal, že v rozsudku citovanom v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia NS SR tiež uviedol, cit.: „*Najvyšší súd súhlasí s tým, že deň nástupu do práce môže byť dohodnutý nielen priamym časovým určením, ale tiež iným, dostatočne presným a nezameniteľným určením, ktoré je založené na použití skutočností nevymedzených konkrétnym dňom.*“
11. Prvostupňový správny orgán sa v tejto súvislosti zaoberal zmluvným ustanovením čl. II Pracovnej zmluvy, cit.: „*Deň vzniku pracovného pomeru je deň doručenia akceptácie ponuky predloženej zamestnávateľom do verejného obstarávania (...)*“, na základe ktorého dospel k záveru, že v Pracovnej zmluve nie je výslovne stanovený deň nástupu do práce, ale len deň vzniku pracovného pomeru. Deň vzniku pracovného pomeru je totiž v uvedenom prípade v Pracovnej zmluve viazaný na skutočnosť, ktorá nemusí s určitosťou nastať. Ide teda o dojednanie vzniku pracovného pomeru viazaného na odkladaciu podmienku, ktorá nemusí byť nikdy splnená a pracovný pomer na základe predmetnej Pracovnej zmluvy nemusí nikdy vzniknúť. V Pracovnej zmluve tak nie je dostatočne presne a určito zafinovaný deň vzniku pracovného pomeru (deň nástupu do práce). Z uvedeného dôvodu prvostupňový správny orgán nepovažoval predloženú Pracovnú zmluvu ako dostatočnú na preukázanie skutočnosti, že navrhovaný expert pre pozíciu stavbyvedúceho pre mosty p. Ing. XX. YY. bol v čase predloženia ponuky uchádzača VIAKORP, s. r. o. jeho vlastnou kapacitou.
12. Prvostupňový správny orgán konštatoval, že **v Pracovnej zmluve bol vznik pracovného pomeru dohodnutý do budúcnosti, a to len v prípade úspešnosti ponuky predloženej uchádzačom VIAKORP, s. r. o. do verejného obstarávania, konkrétne v deň doručenia akceptácie tejto ponuky**. Z predmetného vyplýva, že v čase predloženia ponuky tohto uchádzača na základe predmetnej Pracovnej zmluvy pracovný pomer ešte nevznikol. Keďže bol v Pracovnej zmluve vznik pracovného pomeru definovaný dňom doručenia akceptácie ponuky predloženej uchádzačom do verejného obstarávania, podľa názoru prvostupňového správneho orgánu **nebolo možné takúto zmluvu považovať za dôkaz o poskytnutí vlastných kapacít uchádzača VIAKORP, s. r. o.**
13. Prvostupňový správny orgán dodal, že z rozhodovacej praxe úradu, ako aj z jeho metodickéj činnosti, vyplýva, že úrad sa opakovane zaoberal problematikou, či je možné za vlastnú kapacitu uchádzača považovať osobu budúceho zamestnanca, ktorá deklaruje výkon činnosti, ktorá má byť predmetom zákazky, napríklad prostredníctvom uzatvorenej zmluvy o budúcej pracovnej zmluve. Napríklad v **metodickom usmernení č. 12336-5000/2018** zo dňa 12. 11. 2018 úrad uviedol, že **zmluvy medzi záujemcom/uchádzačom a fyzickými osobami, z ktorých vyplynie, že tieto osoby so záujemcom/uchádzačom, v budúcnosti v prípade jeho úspešnosti, uzatvoria pracovné zmluvy, nie sú dôkazom o poskytnutí vlastných kapacít záujemcu/uchádzača, ide o kapacity inej osoby** (§ 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní). Ďalej sa úrad predmetnou problematikou zaoberal napríklad aj vo svojom rozhodnutí č. 17082-6000/2019 zo dňa 31. 01. 2020 v spojení s rozhodnutím Rady úradu č. 4031-9000/2020 zo dňa 19. 03. 2020 a v rozhodnutí č. 4052-6000/2019 zo dňa 12. 04. 2019 v spojení s rozhodnutím Rady úradu č. 7614-9000/2019 zo dňa 01. 07. 2019, z ktorých vyplýva, že **osobu, ktorej vzťah k uchádzačovi tento deklaruje zmluvou o budúcej pracovnej zmluve, je potrebné kvalifikovať ako inú osobu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**

14. V kontexte vyššie uvedeného prvostupňový správny orgán **predmetnú Pracovnú zmluvu** s navrhovaným expertom pre pozíciu stavbyvedúceho na mosty **nepovažoval za dôkaz preukazujúci, že odborná spôsobilosť danej osoby možného budúceho zamestnanca** (jeho vzdelanie, odborná kvalifikácia a odborná prax) **je internou „vlastnou“ kapacitou uchádzača**. Pojem **vlastná kapacita uchádzača** by sa podľa prvostupňového správneho orgánu **mal vykladať s ohľadom na pracovné a obdobné predpisy a malo by ísť o všetky formy pracovnoprávných a iných obdobných vzťahov**. V súvislosti s pojmom obdobného pracovnoprávneho vzťahu prvostupňový správny orgán poukázal na **metodické usmernenie úradu č. 6394-5000/2019** zo dňa 27. 03. 2019, cit.: *„Závislá práca môže byť vykonávaná výlučne v pracovnom pomere alebo v obdobnom pracovnom vzťahu. Iba výnimočne, za podmienok ustanovených v zákone aj v inom pracovnoprávnom vzťahu. Pracovný pomer je pomer založený pracovnou zmluvou. Závislá práca teda nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodnoprávnom vzťahu.“*
15. V nadväznosti na vyššie uvedené skutočnosti, samotný obsah Pracovnej zmluvy predloženej v ponuke uchádzača VIAKORP, s. r. o. a ustálenú rozhodovaciu prax úradu, prvostupňový správny orgán konštatoval, že **úspešným uchádzačom predloženú Pracovnú zmluvu nemožno považovať za dôkaz o poskytnutí vlastných kapacít uchádzača**. Predmetná Pracovná zmluva totiž nepreukazuje **existujúci pracovný pomer medzi navrhovaným expertom pre pozíciu stavbyvedúceho na mosty a úspešným uchádzačom**. Naopak, z predloženej Pracovnej zmluvy vyplýva, že vznik pracovného pomeru je v danom prípade podmienený splnením stanovenej podmienky **akceptácie ponuky predloženej zamestnávateľom do verejného obstarávania v budúcnosti**. Pracovná zmluva teda odpovedá na otázku, prečo v životopise p. Ing. XX. YY., ktorého predloženie účastník konania požadoval, absentuje uvedenie pracovného pomeru na aktuálne obdobie. Tento životopis podľa prvostupňového správneho orgánu preukázateľne vniesol do posudzovania splnenia podmienok účasti zjavnú nezrovnalosť, ktorou sa bolo potrebné zaoberať.
16. Prvostupňový správny orgán preto konštatoval, že **účastník konania sa mal v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti uchádzačom VIAKORP, s. r. o. vysporiadať so skutočnosťou, či p. Ing. XX. YY., ako navrhovaný expert na pozíciu stavbyvedúceho na mosty, je alebo nie je v čase predloženia ponuky vlastnou kapacitou tohto uchádzača**.
17. K argumentácii účastníka konania, že na preukázanie splnenia podmienky účasti požadoval predložiť iba profesijný životopis osoby určenej na plnenie zmluvy, takže ďalšie dokumenty predložené nad rámec požadovaného komisia účastníka konania nebrala do úvahy, a že tiež nepožadoval, aby v životopise bolo uvedené aj jej súčasné zamestnanie, preto sa danou skutočnosťou nezaoberal a na posúdenie splnenia podmienky účasti by tento údaj nemal žiadny vplyv, prvostupňový správny orgán uviedol, že **splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti môže uchádzač preukázať vlastnou/internou kapacitou uchádzača, ktorá spĺňa odborné predpoklady alebo ju preukáže prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 tohto zákona, ktoré upravuje osobitné pravidlá**. Konkrétne toto ustanovenie vyžaduje, že osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7. Podľa prvostupňového správneho orgánu bolo preto potrebné mať ujasnené, či navrhovaný odborník je internou kapacitou uchádzača, alebo externou kapacitou. Prvostupňový správny orgán uviedol, že preskúmal dokumenty predložené uchádzačom VIAKORP, s. r. o. na preukázanie splnenia predmetnej podmienky účasti (profesný životopis, Pracovnú zmluvu), na základe čoho dospel k záveru, že z predložených dokladov nie je možné konštatovať, že navrhovaný expert pre pozíciu stavbyvedúceho na mosty bol v čase predloženia ponuky uchádzača VIAKORP, s. r. o. vlastnou kapacitou tohto uchádzača.

18. Prvostupňový správny orgán dodal, že v prípade preukazovania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti vlastnou kapacitou uchádzača, a teda v prípade pracovnoprávneho vzťahu s fyzickou osobou, ktorá spĺňa požadované odborné predpoklady, táto fyzická osoba nie je povinná preukazovať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia, ktoré sú stanovené zákonom, nakolko ich preukazuje samotný uchádzač. Avšak, ak uchádzač splnenie predmetnej podmienky účasti preukazuje prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, táto osoba preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu sa preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity uchádzačovi poskytnuté.
19. K poukazu účastníka konania na **metodické usmernenie č. 4196-5000/2014** zo dňa 20. 05. 2014 prvostupňový správny orgán uviedol, že v tomto metodickom usmernení sa rieši najmä preukazovanie zmluvného záväzku podľa § 28 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov písomnou zmluvou uzavretou medzi uchádzačom a inou osobou, ktorej odbornej kapacity využíva uchádzač pri preukazovaní podmienky účasti podľa § 28 ods. 1 písm. g) tohto zákona a tiež status tejto inej osoby. Úrad v predmetnom metodickom usmernení v odpovedi na otázku č. 2, či môže uchádzač preukázať splnenie danej podmienky účasti prostredníctvom osoby, s ktorou nemá v čase predkladania ponuky uzatvorenú pracovnú zmluvu, ale v prípade získania predmetnej zákazky by s touto osobou pracovnú zmluvu uzatvoril, a to napríklad zmluvou o budúcej pracovnej zmluve, uviedol, že uchádzač môže s fyzickou osobou nepodnikateľom uzatvoriť zmluvný vzťah, avšak z uvedeného metodického usmernenia nevyplýva, že takýmto dokladom uchádzač preukáže, že ide o jeho vlastnú kapacitu.
20. K argumentácii účastníka konania vo vzťahu k ustanoveniu § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, čl. 14 a bod 58 Preambuly Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica 2014/24/EÚ“) konkrétne, že podmienky účasti sa stanovujú pre „hospodárske subjekty“, a to vrátane podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a ďalej, že pod pojmom „iná osoba“, tak ako je uvedené v § 34 ods. 3 tohto zákona, sa nemôže chápať fyzická osoba – nepodnikateľ, ale hospodársky subjekt, ktorý by bol oprávnený sám predložiť ponuku vo verejnom obstarávaní, prvostupňový správny orgán uviedol, že v **metodickom usmernení č. 4196-5000/2014** zo dňa 20. 05. 2014, na ktoré sa odvoláva aj účastník konania, sa o. i. uvádza, cit.: „*Pokiaľ ide o status inej osoby, ktorej technické a odborné kapacity uchádzač/záujemca využíva (§ 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní) na preukázanie splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, zákon o verejnom obstarávaní bližšie neurčuje postavenie takejto osoby, preto máme za to, že nie je vylúčené, že môže ísť nielen o právnickú osobu, prípadne o fyzickú osobu – podnikateľa, ale aj o fyzickú osobu – nepodnikateľa.*“ Prvostupňový správny orgán ďalej uviedol, že aj smernica 2014/24/EÚ používa v čl. 63 „Spoliehanie sa na kapacity iných subjektov“ pojem „iný subjekt“ a dodal, že danú problematiku preukazovania splnenia podmienky účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní s poukazom na využitie kapacít inej osoby uchádzačom a potrebou preukazovania splnenia podmienok účasti osobného postavenia v zmysle § 32 ods. 1 tohto zákona touto inou osobou, rieši napr. **metodické usmernenie č. 5313-5000/2018** zo dňa 12. 04. 2018 a metodické usmernenie č. **6392-5000/2018** zo dňa 03. 05. 2018, ako aj napr. **rozhodnutie Rady úradu č. 10677-9000/2019** zo dňa 09. 09. 2019.
21. Prvostupňový správny orgán tiež dal do pozornosti, že v metodickom usmernení č. **5313-5000/2018** zo dňa 12. 04. 2018 na otázky:

I. Uchádzač využil na preukázanie splnenia podmienky účasti **kapacity inej osoby – fyzickej osoby nepodnikateľa**. Verejný obstarávateľ stanovil, že iná osoba je povinná preukázať splnenie všetkých podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Vaša otázka znie, či **preukazuje fyzická osoba nepodnikateľ splnenie podmienok účasti osobného postavenia dokladmi podľa § 32 ods. 2 písm. a), b), c), d)-okrem likvidácie a reštrukturalizácie, e) a f)?**

II. Na preukázanie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač využije **kapacity – fyzickej osoby nepodnikateľa a v súlade s § 34 ods. 3 uchádzač predloží písomnú zmluvu s touto osobou, ktorou je Zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy**. V čase predloženia ponuky teda nie je zamestnancom uchádzača ale je zamestnancom spoločnosti X. Vaša otázka znie, či preukazuje splnenie podmienok účasti osobného postavenia priamo táto fyzická osoba alebo spoločnosť X, ktorá je v čase predloženia ponuky zamestnávateľom fyzickej osoby nepodnikateľa,

úrad poskytol nasledovné vyjadrenie, cit.:

„Pokiaľ ide o tretiu osobu s právnym statusom fyzickej osoby (nepodnikateľa) a možnosti/povinnosti predkladania jednotlivých dokladov preukazujúcich podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, Vám dávame do pozornosti metodické usmernenia úradu: č. 513-5000/2014, č. 6934-5000/2014, č. 8845-5000/2014, č. 12277-5000/2014 a č. 14567-5000/2014. Závery v nich obsiahnuté možno, samozrejme s prihliadnutím na relevantné zmeny, či už samotného zákona o verejnom obstarávaní alebo príslušných právnych predpisov, na ktoré sa predmetné metodické usmernenia odvolávajú, využiť pri riešení problematiky fyzickej osoby – nepodnikateľa v postavení uchádzača (tretej osoby/subdodávateľa). **Vo všeobecnosti možno konštatovať, že takáto iná osoba preukazuje svoje osobné postavenie vo vzťahu k tým skutočnostiam, vo vzťahu ku ktorým je to vzhľadom na jej právne postavenie (status), vychádzajúc z existujúcej zákonnej úpravy relevantné a z praktického hľadiska aj overiteľné. V zásade v rozsahu a dokladmi, ktoré ste uviedli vo svojej žiadosti.**

Hospodárskym subjektom sa na účely zákona o verejnom obstarávaní rozumie fyzická osoba, právnická osoba alebo skupina takýchto osôb, ktorá na trh dodáva tovar, uskutočňuje stavebné práce alebo poskytuje službu (§ 2 ods. 5 písm. a)). Na predmetné definičné ustanovenie nadväzuje podmienka účasti týkajúca sa osobného postavenia uvedená v § 32 ods. 1 písm. e), podľa ktorej sa môže verejného obstarávania zúčastniť len ten, kto je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu. Podľa § 32 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti podľa odseku 1 písm. e) dokladom o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu, ktorý zodpovedá predmetu zákazky. (...).

Čo sa týka Vašej druhej otázky, nakoľko v danom prípade je inou/treťou osobou (ktorej kapacity budú uchádzačovi poskytnuté na preukázanie odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g)), priamo fyzická osoba nepodnikateľ, tak splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní preukazuje samotná táto osoba, bez ohľadu na jej súčasný zamestnanecký pomer v spoločnosti X.“

22. Prvostupňový správny orgán ďalej poukázal na **metodické usmernenie úradu č. 6392-5000/2018** zo dňa 03. 05. 2018, cit.: „Splnenie podmienky účasti týkajúcej sa odbornej spôsobilosti podľa ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní môže uchádzač preukázať tak, že preukáže pracovnoprávny vzťah s fyzickou osobou, ktorá spĺňa odborné predpoklady (v danom prípade napr. spôsobilosť vykonávať murárske práce) alebo ju preukáže prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. V prípade pracovnoprávneho vzťahu s fyzickou osobou, ktorá spĺňa požadované odborné predpoklady, táto fyzická osoba nie je povinná preukazovať splnenie podmienky účasti podľa ustanovenia § 32 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní,

ani ostatné podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, ktoré sú stanovené zákonom (nadlimitný postup) alebo boli vyžadované/určené verejným obstarávateľom (podlimitný postup), nakoľko ich preukazuje samotný uchádzač. Ak by uchádzač splnenie predmetnej podmienky preukazoval prostredníctvom využitia kapacít inej osoby podľa ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, táto osoba by preukazovala splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia podľa ustanovenia § 32 ods. 1 písm. e) cit. zákona vo vzťahu k požadovanému oprávneniu z toho dôvodu, že ustanovenie § 34 ods. 3 tohto zákona kladie tejto osobe za povinnosť, že musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia, k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté [§ 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní]. Takáto osoba by preukazovala aj splnenie všetkých ostatných podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia, ktoré sú stanovené zákonom v § 32 ods. 1 (nadlimitný postup) alebo boli vyžadované/určené verejným obstarávateľom (podlimitný postup).“

23. Vzhľadom na vyššie uvedené sa prvostupňový správny orgán nestotožnil so záverom účastníka konania, že komisia sa nezaoberala skutočnosťou, či v prípade navrhovaného experta p. Ing. XX. YY. ide o interného zamestnanca alebo nie, nakoľko táto otázka podľa názoru účastníka konania nebola a nemohla byť predmetom posudzovania v súvislosti so splnením predmetnej podmienky účasti. Prvostupňový správny orgán mal za to, že doklady doručené zo strany úspešného uchádzača mali účastníkovi konania, resp. jeho komisii, evokovať, že v danom prípade možno mať pochybnosť o tom, či p. Ing. XX. YY. je internou kapacitou úspešného uchádzača, t. j. pochybnosť o tom, či sú splnené podmienky účasti tak, ako to ukladá § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
24. K otázke účastníka konania, aký je faktický a legálny rozdiel medzi osobou, ktorá je zamestnancom uchádzača a osobou, ktorá jeho zamestnancom nie je, vo vzťahu k preukazovaniu splnenia podmienok účasti osobného postavenia v zmysle § 32 zákona o verejnom obstarávaní, prvostupňový správny orgán opätovne uviedol, že v prípade, že by navrhovaný expert bol vlastnou kapacitou uchádzača, a teda jeho vlastným zamestnancom, táto fyzická osoba nie je povinná preukazovať splnenie podmienky účasti osobného postavenia, nakoľko podmienky preukazuje samotný uchádzač. Zamestnanec uchádzača nie je chápaný ako „iný subjekt“, resp. „iná osoba“ odlišná od uchádzača. Ide o „využitie“ vlastných kapacít uchádzača, teda o uchádzača samotného, a nie o využitie iného subjektu, t. j. kapacít „inej osoby“. Okrem toho, zákon o verejnom obstarávaní explicitne vyžaduje preukázanie splnenia podmienky účasti osobného postavenia zo strany inej osoby. Tejto povinnosti si účastník konania ako skúsený verejný obstarávateľ musel byť vedomý.
25. Prvostupňový správny orgán ďalej poukázal na rozhodnutie Rady úradu č. 4784-9000/2021 zo dňa 14. 01. 2022, v ktorom sa Rada úradu taktiež zaoberala uchádzačom predloženými pracovnými zmluvami. Rada úradu pritom uviedla, cit.: „**Úlohou rady v tomto odvolacom konaní bolo o. i. zodpovedať otázku, či navrhovateľom predložené uzatvorené pracovné zmluvy, v ktorých si zmluvné strany deň nástupu do práce dojednali tak, že zamestnanec nastúpi do práce najneskôr v deň podpisu zmluvy medzi zamestnávateľom (XA) a verejným obstarávateľom (kontrolovaným), uzatvorenej na základe výsledku daného verejného obstarávania, pričom zamestnávateľ oznámi zamestnancovi deň nástupu najmenej 10 kalendárnych dní vopred, a teda deň nástupu do práce zmluvné strany naviazali na skutočnosť, o ktorej nie je zrejmé, či s určitosťou nastane (skutočnosť, ktorá môže a nemusí v budúcnosti nastať), splňajú všetky obligatorne náležitosti pracovnoprávných predpisov v nadväznosti na príslušnú judikatúru. Pre posúdenie podaného odvolania bolo teda podľa rady dôležité odborné posúdenie, či navrhovateľom predložené uzatvorené pracovné zmluvy splňajú všetky obligatorne náležitosti pracovnej zmluvy vyžadované pracovnoprávnymi predpismi v kontexte relevantnej judikatúry. Na základe uvedeného rada v tomto odvolacom konaní požiadala o poskytnutie odborného stanoviska Právnickú fakultu Univerzity Komenského v Bratislave, Právnickú fakultu Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,**

ako aj Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky (body 81 a 83 tohto rozhodnutia). Na základe takto zodpovedanej otázky **bolo následne úlohou rady v tomto odvolacom konaní posúdiť, či takýmito predloženými pracovnými zmluvami navrhovateľ kontrolovanému preukázal, že dotknuté osoby (kľúčoví odborníci), ktorými navrhovateľ v tomto verejnom obstarávaní preukazoval splnenie danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, sú internými (vlastnými) kapacitami navrhovateľa.** Rada na tomto mieste považuje za potrebné zdôrazniť, že predmetom odborného posúdenia, a teda zodpovedania otázok rady položených osloveným subjektom, **nemalo byť posúdenie platnosti, či neplatnosti navrhovateľom predložených pracovných zmlúv, nakoľko uvedené nespadá do kompetencií rady, ale uvedená právomoc patrí výlučne do pôsobnosti súdov.** Predmetom daného odborného posúdenia, za účelom ktorého rada opakovane prerušila toto odvolacie konanie, bolo výlučne zodpovedanie otázky, či pracovné zmluvy uzatvorené s uvedenými kľúčovými odborníkmi, prostredníctvom ktorých navrhovateľ preukazoval splnenie danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktoré navrhovateľ v tomto verejnom obstarávaní predložil kontrolovanému, spĺňajú všetky obligatórne náležitosti pracovnej zmluvy vyžadované pracovnoprávnymi predpismi, a teda, či navrhovateľ takýmito predloženými pracovnými zmluvami kontrolovanému preukázal, že dotknutí kľúčoví odborníci sú internými (vlastnými) kapacitami navrhovateľa. (...) Vychádzajúc z týchto záverov doručených odborných stanovísk, ktoré si rada vyžiadala v tomto odvolacom konaní, je podľa rady nevyhnutné konštatovať, že **predmetné pracovné zmluvy s kľúčovými odborníkmi, prostredníctvom ktorých navrhovateľ preukazoval splnenie danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktoré navrhovateľ predložil kontrolovanému v tomto verejnom obstarávaní, nepreukazujú skutočnosť, že v prípade týchto kľúčových odborníkov ide o zamestnancov navrhovateľa** (k lehote na predkladanie ponúk, ktorá bola v tomto verejnom obstarávaní určená dňom 26. 10. 2020), **a teda o jeho vlastné kapacity.** (...) Na základe všetkých uvedených skutočností, vychádzajúc pritom zo záverov odborných stanovísk, ktoré si rada vyžiadala v tomto odvolacom konaní, je podľa rady v tomto odvolacom konaní nevyhnutné uzavrieť, že navrhovateľ predmetnými pracovnými zmluvami s kľúčovými odborníkmi, prostredníctvom ktorých navrhovateľ preukazoval splnenie danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktoré navrhovateľ predložil kontrolovanému v tomto verejnom obstarávaní, **kontrolovanému nepreukázal skutočnosť, že v prípade týchto kľúčových odborníkov ide o zamestnancov navrhovateľa** (k lehote na predkladanie ponúk), **a teda o jeho vlastné (interné) kapacity, pričom splnenie danej podmienky účasti navrhovateľ nepreukázal ani tzv. „inými osobami“ v zmysle § 34 ods. 3 tohto zákona, na základe čoho rada konštatuje, že v tomto prípade bol daný zákonný dôvod na vylúčenie navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.**”

26. Na základe uvedeného prvostupňový správny orgán konštatoval, že účastník konania **konal v rozpore s princípom transparentnosti**, pretože jeho konanie, keď vyhodnotil ako úspešného uchádzača spoločnosť VIAKORP, s. r. o., bolo nepredvídateľné. Postup účastníka konania bol podľa názoru prvostupňového správneho orgánu tiež v rozpore s § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, najmä účastník konania nepostupoval pri posudzovaní splnenia podmienok účasti v súlade s dokumentami potrebnými na preukázanie splnenia podmienok účasti a uvedeného uchádzača nepožiadaval v zmysle § 40 ods. 4 tohto zákona o vysvetlenie, hoci z predložených dokladov nebolo možné overiť splnenie podmienok účasti vo vzťahu k externému expertovi. Prvostupňový správny orgán mal tiež za to, že účastník konania postupoval aj v rozpore s princípom **rovnakého zaobchádzania**, pretože či úmyselne, alebo neúmyselne, zvýhodnil úspešného uchádzača bez toho, aby ho požiadaval o vysvetlenie, resp. doplnenie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti vo vzťahu k navrhovanému expertovi Ing. XX. YY. na pozíciu stavbyvedúceho na mosty a takisto postupoval v rozpore s princípom **nediskriminácie hospodárskych subjektov**, keď vyhodnotil spoločnosť VIAKORP, s. r. o. ako úspešného uchádzača aj napriek tomu, že nemohol mať preukázané splnenie podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho

na mosty. Predmetné porušenia zákona o verejnom obstarávaní pritom mohli **mať vplyv na výsledok verejného obstarávania**, keďže uchádzač VIAKORP, s. r. o. bol vyhodnotený ako úspešný uchádzač pre časť 1 a časť 2 predmetu zákazky bez toho, aby účastník konania urobil vyššie uvedené úkony a bolo deklarované splnenie podmienok účasti.

27. K poukazu účastníka konania na to, že v danom prípade došlo k uzavretiu Dohody o ukončení zmluvy o dielo č. 642/2022/ODDIPVSI a č. 643/2022/ODDIPVIS (ďalej len „Dohoda o ukončení“), a že nedošlo k žiadnemu zmluvnému plneniu, a teda ani k žiadnej ujme na právach alebo právom chránených záujmoch ostatných uchádzačov, keďže verejné obstarávanie bolo zopakované a účastníci trhu dostali príležitosť zúčastniť sa ho opakovane, prvostupňový správny orgán uviedol, že tieto skutočnosti nie sú z hľadiska posúdenia naplnenia skutkovej podstaty správneho deliktu relevantné, keďže k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní preukázateľne došlo, avšak uvedené berie na vedomie a zohľadní ako poľahčujúce okolnosti v rámci správnej úvahy o výške pokuty.
28. V súvislosti s výškou pokuty ukladanej za správny delikt podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní, prvostupňový správny orgán uviedol, že je v jeho diskrečnej právomoci určiť výšku pokuty v rámci zákonom stanoveného rozpätia od 500 eur do 30 000 eur, a to s prihliadnutím na povahu, závažnosť, spôsob a následky porušenia povinnosti.
29. V nadväznosti na uvedené prvostupňový správny orgán uviedol, že pri posudzovaní povahy, závažnosti, spôsobu a následkov porušenia v súvislosti s určením výšky pokuty zohľadnil priťažujúce i poľahčujúce okolnosti. Za poľahčujúcu okolnosť majúcu vplyv na uloženie pokuty v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia považoval skutočnosť, že sa uvedeného porušenia účastník konania dopustil prvýkrát. Prvostupňový správny orgán zohľadnil aj status účastníka konania ako verejného obstarávateľa podľa § 7 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, a to vyšší územný celok, v tom zmysle, že ide o subjekt, ktorý plní najmä rôzne sociálne a vzdelávacie kompetencie, v prípade ktorého by príliš vysoká pokuta mohla mať negatívny dopad na zraniteľné vrstvy obyvateľstva a na kvalitu poskytovania týchto verejných služieb, pričom by súčasne nezabezpečila splnenie účelu ukladania sankcií za daný správny delikt. Prvostupňový správny orgán zohľadnil skutočnosti verejne dostupné na finstat.sk, najmä celkovú zadlženosť účastníka konania 43,4 % pre rok 2022, ako i výsledok hospodárenia pre rok 2022 – 2 134 070 eur.
30. Prvostupňový správny orgán uviedol, že zohľadnil tiež skutočnosť deklarovajúcu účastníkom konania, a to že zhotoviteľ nevykonával na diele žiadne práce, okrem prípravných prác smerujúcich k prevzatíu staveniska a **nedošlo tak k žiadnemu plneniu vyplývajúcemu zo zmluvy** (vecnému či finančnému), čo vyplýva aj z Dohody o ukončení, konkrétne z jej čl. II bod. 2. Prvostupňový správny orgán konštatoval, že verejné obstarávanie bolo zopakované, pričom v novom verejnom obstarávaní už účastník konania zobral na vedomie porušenia, ktoré mu boli vytýkané v rozhodnutí úradu č. 6493-6000/2022-OD/7 zo dňa 26. 08. 2022 (rozhodnutie vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, ktoré bolo podkladom pre začatie tohto správneho konania o uložení pokuty), keď odkázal aj na § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom účastníci trhu dostali príležitosť zúčastniť sa verejného obstarávania opakovane. Prvostupňový správny orgán preto považoval za výrazne znížený vplyv porušenia zo strany účastníka konania na hospodársku súťaž.
31. Prvostupňový správny orgán však v tejto súvislosti uviedol, že účastník konania, ktorý nie je nováčikom v oblasti verejných obstarávaní, sa porušení dopustil pri zadávaní nadlimitnej zákazky na stavebné práce s celkovou predpokladanou hodnotou zákazky vo výške 6 079 456,63 eur bez DPH, ktorá mala byť financovaná z fondov Európskej únie, čo podľa názoru účastníka konania možno označiť za obzvlášť priťažujúcu skutočnosť, ktorú bolo nevyhnutné pri určovaní výšky pokuty za tento správny delikt zohľadniť.

32. Na základe uvedeného sa prvostupňový správny orgán rozhodol uložiť pokutu v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia, a to vo výške 2 500 eur, aby nebola neprimerane mierna, a zároveň aby spĺňala výchovný účel a do budúcnosti motivovala účastníka konania na dôsledné plnenie povinností vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní.

Rozklad podaný účastníkom konania

33. Účastník konania v rozklade uvádza, že na preukázanie splnenia podmienky účasti požadoval predložiť iba profesijný životopis osoby určenej na plnenie zmluvy, takže ďalšie dokumenty predložil úspešný uchádzač nad rámec požadovaného, komisia účastníka konania ich tak nebrala pri vyhodnocovaní splnenia podmienky účasti do úvahy a brala ich iba ako dopĺňujúce/podporné doklady k predloženému životopisu. Z predloženého životopisu bolo zrejmé to, čo kontrolovaný požadoval v súťažných podkladoch, t. j. že deklarovaná osoba stavbyvedúceho má odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho na mostoch (rekonštrukcia alebo výstavba mostov) v dĺžke minimálne 3 roky. Účastník konania uvádza, že nepožadoval, aby v životopise predmetnej osoby bolo uvedené aj jej súčasné zamestnanie, preto sa danou skutočnosťou ani nezaoberal a na posúdenie splnenia predmetnej podmienky účasti by tento údaj nemal absolútne žiaden vplyv.
34. Účastník konania poukazuje na znenie § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a uvádza, že verejný obstarávateľ má možnosť určiť minimálnu úroveň podmienky účasti, a to, akými dokladmi má uchádzač preukázať splnenie podmienky účasti, čo účastník konania aj vykonal, pričom zo zadefinovanej podmienky účasti je zrejmé, že účastník konania nepožadoval preukázať pracovnoprávny, zmluvný, resp. iný vzťah medzi uchádzačmi a osobami stavbyvedúcich; účastník konania stanovil iba podmienku, že navrhovaný expert v pozícii stavbyvedúceho na mosty musí mať odbornú prax s výkonom stavbyvedúceho na mostoch v dĺžke minimálne 3 roky, čo preukáže predložením profesijného životopisu so zoznamom odborných skúseností preukazujúcich požadovanú odbornú prax, v takom rozsahu, aby bolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti.
35. Účastník konania má za to, že ak by kontrolovaný požadoval údaj týkajúci sa súčasného statusu stavbyvedúceho ako zamestnanca, mohla by byť takáto podmienka účasti vyhodnotená ako diskriminačná, keďže zo samotnej zákonnej formulácie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní takáto povinnosť, resp. požiadavka nevyplýva. Vyplýva z nej možnosť buď uviesť údaje o vzdelaní, odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo uviesť údaje o vzdelaní, odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, pričom ani v prípade riadiacich zamestnancov nie je uvedené, že má ísť o zamestnancov uchádzača, ale o zamestnancov vo všeobecnosti. Samotný pojem zamestnanec pritom vylučuje, že by malo ísť o hospodársky subjekt (právnickú osobu, fyzickú osobu – podnikateľa), keďže zamestnanec je v definícii podľa zákonníka práce fyzická osoba, ktorá v pracovnoprávných vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch, vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu.
36. Tento výklad predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní podľa účastníka konania podporuje aj **metodické usmernenie** úradu č. **4196-5000/2014** zo dňa 20. 05. 2014, kde úrad na otázku: „*Môže uchádzač preukázať splnenie podmienok účasti podľa § 28 ods. 1 písmeno g) (pozn. analogicky § 34 ods. 1 písm. g) zákona č. 343/2015) prostredníctvom osoby, s ktorou nemá v čase predkladania ponuky uzatvorenú pracovnú zmluvu, ale v prípade získania predmetnej zákazky by s touto osobou pracovnú zmluvu uzatvoril? Preukázať sa to môže napríklad zmluvou o budúcej pracovnej zmluve.*“ odpovedal, cit.: „*V prípade, ak fyzická osoba nepodnikateľ, ktorá nemá v čase verejného obstarávania s uchádzačom uzatvorený pracovnoprávny vzťah, je možné, aby sa medzi uchádzačom a touto osobou uzatvoril zmluvný vzťah, z ktorého obsahu bude zrejmé, že v prípade úspechu uchádzača vo verejnom obstarávaní nastúpi dotknutá fyzická osoba na výkon požadovaných prác alebo služieb. Každopádne však musí dôjsť k reálnemu záväzku, z ktorého vyplýva jednoznačné poskytnutie a prijatie určitých*

technických alebo odborných kapacít. “ Podľa názoru účastníka konania v takomto prípade ide o aplikáciu § 28 ods. 1 písm. g) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a analogicky aplikáciu § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, a teda nie je nutné preukazovať splnenie podmienok účasti podľa § 32 ods. 1 tohto zákona pre tieto osoby.

37. Ďalej účastník konania poukazuje na znenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, znenie bodu 12 preambuly smernice 2014/24/EÚ, cit.: „*Malo by sa spresniť, že pojem „hospodárske subjekty“ by sa mal vykladať široko, aby zahŕňal všetky osoby a/alebo subjekty, ktoré ponúkajú uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb na trhu, a to bez ohľadu na právnu formu, ktorú si zvolili pre svoje fungovanie. Preto by sa pojem hospodársky subjekt mal vzťahovať na všetky firmy, pobočky, dcérske spoločnosti, verejné obchodné spoločnosti, družstevné spoločenstvá, spoločnosti s ručením obmedzeným, univerzity, či už verejné alebo súkromné, a iné formy subjektov, než sú fyzické osoby, a to za každých okolností bez ohľadu na to, či ide o „právnické osoby.“*, čl. 58 smernice 2014/24/EÚ, cit.: „*1. Podmienky účasti sa môžu týkať: a) spôsobilosti vykonávať odbornú činnosť; b) ekonomického a finančného postavenia; c) technickej a odbornej spôsobilosti. Verejní obstarávatelia môžu ako požiadavky na účasť stanoviť pre hospodárske subjekty len podmienky uvedené v odsekoch 2, 3 a 4. (...) 2. Vzhľadom na spôsobilosť vykonávať odbornú činnosť verejní obstarávatelia môžu od hospodárskych subjektov požadovať, aby boli zapísané v jednom z profesijných alebo obchodných registrov vedených v členskom štáte usadenia v súlade s prílohou XI alebo aby spĺňali akúkoľvek inú požiadavku, ktorá je v nej stanovená.*“, ako aj na Prílohu č. XI smernice 2014/24/EÚ, cit.: „*Príslušné profesijné a obchodné registre a zodpovedajúce vyhlásenia a osvedčenia pre jednotlivé členské štáty sú: „(...) – na Slovensku „Obchodný register.“*
38. Z uvedeného podľa názoru účastníka konania vyplývajú nasledovné skutočnosti:
- v prípade, ak uchádzač (v postavení hospodárskeho subjektu, ktorým nemôže byť fyzická osoba bez oprávnenia podnikateľ) nepreukazuje splnenie podmienok účasti vlastnými kapacitami, môže na preukázanie splnenia podmienok účasti využiť kapacity „inej osoby“;
 - pod „inou osobou“ sa myslí osoba, ktorá musí spĺňať podmienky účasti osobného postavenia (§ 32 zákona o verejnom obstarávaní), a teda musí spĺňať podmienku účasti podľa § 32 ods. 1 písm. e) – musí byť oprávnená dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu; t. j. musí byť spôsobilá vykonávať odbornú činnosť;
 - podmienky účasti sa stanovujú pre hospodárske subjekty, a to vrátane podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní,
 - pod „inou osobou“ tak, ako je uvedená v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, sa tak nemôže chápať fyzická osoba – nepodnikateľ, ale hospodársky subjekt, t. j. subjekt, ktorý by bol oprávnený sám predložiť ponuku vo verejnom obstarávaní.
39. Účastník konania uvádza, že jeho komisia sa nezaoberala postavením p. Ing. XX. YY. ako navrhovaného experta na pozíciu stavbyvedúceho na mosty z hľadiska posúdenia otázky, či sa jednalo o internú/vlastnú kapacitu úspešného uchádzača alebo o inú osobu poskytujúcu úspešnému uchádzačovi svoje kapacity podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže z predložených dokladov bolo zrejmé, že navrhovaný expert na pozíciu stavbyvedúceho na mosty spĺňa podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti a skutočnosť, či ide o interného zamestnanca alebo nie, nebola a nemohla byť predmetom posudzovania v súvislosti so splnením predmetnej podmienky účasti.
40. Účastník konania konštatuje, že mu nie je zrejmé, z akého dôvodu si úrad podmienku účasti a jej aplikáciu vysvetľuje tak, ako uvádza vo svojej výzve, ale považuje za zrejmé, že úrad vychádza z nesprávneho výkladu tak § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ako aj § 34 ods. 3 tohto zákona a svojvoľne (bez riadnej argumentácie) rozširuje znenie

predmetných zákonných ustanovení. Účastník konania sa zároveň pýta, aký je faktický a legálny rozdiel medzi osobou, ktorá je zamestnancom hospodárskeho subjektu (uchádzača) a osobou, ktorá jeho zamestnancom nie je, vo vzťahu k preukazovaniu podmienok účasti osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní. Účastník konania má za to, že podľa logiky úradu by mala byť každá entita, iná ako uchádzač samotný (ako hospodársky subjekt, ktorý predkladá ponuku), posudzovaná ako iná osoba podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj zamestnanec uchádzača. Zamestnanec uchádzača predsa nie je uchádzačom ako takým.

41. Účastník konania ďalej uvádza že v nadväznosti na doručené vyjadrenie k výzve úrad prostredníctvom listu č. 6493-6000/2022-OD/5 zo dňa 15. 08. 2022 nariadil ústne pojednávanie podľa § 173 ods. 15 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa uskutočnilo dňa 19. 08. 2022 o 10:00 hod. a bola z neho vyhotovená zápisnica. Počas priebehu ústneho pojednávania účastník konania uviedol, že posúdením dokladov predložených úspešným uchádzačom vo vzťahu k preukazovaniu splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti bol navrhovaný expert komisiou posúdený ako interná kapacita úspešného uchádzača, a že si uvedomuje, že sa úrad pri posúdení danej problematiky pridrižiava svojej aplikačnej a rozhodovacej praxe, ako aj metodických usmernení, avšak posúdenie sporných dokumentov úradom považuje za formalistické. Zároveň účastník konania poukázal na prax pri plnení stavebných zákaziek navrhovanými expertami. Na základe vyššie uvedených skutočností má účastník konania za to, že sa nedopustil žiadneho porušenia zákona o verejnom obstarávaní, a už vôbec nie takého, ktoré mohlo alebo malo vplyv na výsledok verejného obstarávania a ktoré by zakladalo akýkoľvek dôvod na udelenie správneho deliktu.
42. Účastník konania v závere rozkladu uvádza, že realizačná zmluva, ktorá bola uzatvorená na základe predmetného verejného obstarávania, bola ukončená predčasne Dohodami o ukončení, a to z dôvodov zásahu nepredvídaných okolností spočívajúcich v enormnom a nepredpokladanom navýšení cien materiálov a prác nevyhnutných pre realizáciu diela, a to aj v súvislosti s pandémiou spôsobenou vírusom SARS-COV-19, a že zhotoviteľ (úspešný uchádzač) nevykonával na diele žiadne práce, okrem prípravných prác smerujúcich k prevzatíu staveniska, čiže nedošlo k žiadnemu plneniu vyplývajúcejmu zo zmluvy (vecnému či finančnému), pričom zhotoviteľ vyhlásil, že nie je schopný svoje záväzky vyplývajúce zo zmluvy naplniť, preto sa spolu s účastníkom konania dohodli na uzavretí Dohôd o ukončení, a to s poukazom na ust. Čl. XII. Ods. 1.3, č. XVI. Ods. 1 Zmluvy o dielo.
43. V nadväznosti na uvedené účastník konania dodáva, že ak úrad udelil túto pokutu ako preventívny prostriedok, aby nedochádzalo k porušovaniu zákona o verejnom obstarávaní, tak účastník konania takúto sebareflexiu vykonal, keďže v následne vyhlásenom verejnom obstarávaní na daný predmet zákazky (vyhlásenom v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 115/2022 zo dňa 10. 10. 2022 pod č. 551639 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 220/2022 zo dňa 11. 10. 2022 pod zn. 43038 – MSP) boli upravené podmienky účasti, aj konkrétne o túto „spornú“ podmienku účasti, ktorú účastník konania vypustil zo súťažných podkladov, t. j. nepožadoval predložiť doklady k preukázaniu jej splnenia. Pre účastníka konania je udelená pokuta prvá a má za to, že ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní neporušil. Ak by sa však tak aj stalo, tak ukončením pôvodnej zmluvy dohodou nedošlo k žiadnej ujme na právach alebo právom chránených záujmoch ostatných uchádzačov, keďže verejné obstarávanie bolo zopakované a účastníci trhu dostali príležitosť zúčastniť sa verejného obstarávania opakovane. Z uvedeného dôvodu účastník konania žiada o upustenie od uloženia pokuty, resp. o uloženie pokuty v minimálnej sadzbe.

Právny rámec

44. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

45. Podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ak nie sú kritériom na vyhodnotenie ponúk.
46. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky alebo koncesie, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa odseku 1 písm. g), uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.
47. Podľa § 40 ods. 4 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, ak z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.
48. Podľa § 42 ods. 1 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce (ďalej len „Zákonník práce“) pracovný pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom, ak tento zákon neustanovuje inak. Jedno písomné vyhotovenie pracovnej zmluvy je zamestnávateľ povinný vydať zamestnancovi.
49. Podľa § 43 ods. 1 Zákonníka práce v pracovnej zmluve je zamestnávateľ povinný so zamestnancom dohodnúť podstatné náležitosti, ktorými sú:
- a) druh práce a jeho stručná charakteristika,
 - b) miesto výkonu práce (obec, časť obce alebo inak určené miesto) alebo miesta výkonu práce, ak ich je viac, alebo pravidlo, že miesto výkonu práce určuje zamestnanec,
 - c) deň nástupu do práce,
 - d) mzdové podmienky.
50. Podľa § 46 Zákonníka práce pracovný pomer vzniká odo dňa, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve ako deň nástupu do práce.
51. Podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu od 500 eur do 30 000 eur, ak v postupe verejného obstarávania porušil pravidlá ustanovené týmto zákonom okrem správnych deliktov podľa odseku 1 a písmen a) až p) a toto porušenie mohlo mať alebo malo vplyv na výsledok verejného obstarávania.

52. Podľa § 182 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní pri ukladaní pokuty podľa odsekov 2 a 3 úrad prihliada najmä na povahu, závažnosť, spôsob a následky porušenia povinnosti. Ak sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v jednom verejnom obstarávaní dopustí viacerých správnych deliktov, úrad uloží pokutu len za ten správny delikt, za ktorý možno uložiť najvyššiu pokutu; tým nie je dotknuté uloženie pokuty podľa odseku 2 písm. b).
53. Podľa § 187h ods. 10 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov za konanie, ku ktorému došlo do 30. marca 2022, je možné uložiť sankciu podľa predpisov účinných do 30. marca 2022; to neplatí pre zníženie pokuty podľa § 182 ods. 10.

Zistenia a právne posúdenie druhostupňového správneho orgánu

54. Prvostupňový správny orgán v doručenom rozklade neidentifikoval žiadne skutočnosti, ktoré by odôvodňovali o veci rozhodnúť v rámci autoremedúry podľa § 57 ods. 1 správneho poriadku a v súlade s § 57 ods. 2 správneho poriadku postúpil rozklad spolu so súvisiacim spisovým materiálom na rozhodnutie druhostupňovému správneho orgánu. O uvedenej skutočnosti prvostupňový správny orgán informoval účastníka konania listom „Upovedomenie o predložení rozkladu odvolaciemu orgánu“ č. spisu 11957-3000/2023 zo dňa 22. 11. 2023.
55. Druhostupňový správny orgán podľa § 59 ods. 1 správneho poriadku preskúmal napadnuté rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu v celom rozsahu, taktiež preskúmal postup prvostupňového správneho orgánu pri vydaní napadnutého rozhodnutia, pričom v súvislosti so skutočnosťami uvedenými v rozklade účastníka konania dospel k ďalej uvedeným zisteniam.
56. Účastník konania v časti F „Podmienky účasti uchádzačov“ súťažných podkladov o. i. uviedol nasledovnú **podmienku účasti** technickej alebo odbornej spôsobilosti, cit.:

„3. TECHNICKÁ ALEBO ODBORNÁ SPÔSOBILOSŤ.

Podmienky účasti technickej a odbornej spôsobilosti preukáže uchádzač predložením nasledujúcich dokladov: (...)

2. Uchádzač preukáže splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO predložením údajov o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo riadiacich zamestnancov. Požaduje sa predložiť údaje o odbornej kvalifikácii osôb, ktoré budú zodpovedné za realizáciu stavebných prác a budú určené na plnenie zmluvy.

- *Pre časť predmetu zákazky č. 1 - **Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica - hr. okr. BB/ZV - Zvolenská Slatina - II. Etapa - I. etapa** (...)*

b) Minimálne jedna osoba vo funkcii stavbyvedúceho na mosty musí spĺňať nasledovné minimálne požiadavky:

- *musí mať odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho na mostoch (rekonštrukcia alebo výstavba mostov) v dĺžke minimálne 3 roky.*

Uchádzač predloží:

- *profesijný životopis so zoznamom odborných skúseností preukazujúcich požadovanú odbornú prax, v takom rozsahu, aby bolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti.*
- *Pre časť predmetu zákazky č. 2 - **Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica - hr. okr. BB/ZV - Zvolenská Slatina - II. Etapa - II. etapa** (...)*

b) Minimálne jedna osoba vo funkcii stavbyvedúceho na mosty musí spĺňať nasledovné minimálne požiadavky:

- *musí mať odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho na mostoch (rekonštrukcia alebo výstavba mostov) v dĺžke minimálne 3 roky.*

Uchádzač predloží:

- profesijný životopis so zoznamom odborných skúseností preukazujúcich požadovanú odbornú prax, v takom rozsahu, aby bolo možné posúdiť splnenie podmienky účasti.

3. Uchádzač môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač verejnemu obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s osobou, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť. Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. **Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7; oprávnenie dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce, alebo poskytovať službu preukazuje vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté. Ak ide o požiadavku súvisiacu so vzdelaním, odbornou kvalifikáciou alebo relevantnými odbornými skúsenosťami najmä podľa ust. § 34 ods. 1 písm. g), ZVO uchádzač alebo záujemca môže využiť kapacity inej osoby len, ak táto bude reálne vykonávať stavebné práce alebo služby, na ktoré sa kapacity vyžadujú.**

57. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 20. 08. 2021 do 9:00 hod. predložilo ponuku na časť 1 zákazky šesť uchádzačov a na časť 2 zákazky sedem uchádzačov. Otváranie ponúk sa uskutočnilo dňa 20. 08. 2021 o 11:00 hod. Po vyhodnotení ponúk nebol vylúčený žiaden uchádzač. Na základe stanoveného kritéria na vyhodnotenie ponúk, a to „celková cena za predmet zákazky v EUR bez DPH“ účastník konania vyhodnotil pre časť 1 zákazky ako prvého v poradí uchádzača CESTY SK s.r.o., Mojmirova 8, 040 01 Košice, IČO: 36580058 s návrhom na plnenie kritéria v hodnote 5 397 600,00 eur s DPH. Keďže však uvedený uchádzač neposkytol účastníkovi konania riadnu súčinnosť na uzavretie zmluvy, účastník konania pristúpil k hodnoteniu ponuky uchádzača VIAKORP, s. r. o., ktorý sa umiestnil na druhom mieste v poradí s návrhom na plnenie kritéria v hodnote 5 504 283,38 eur s DPH. Pre časť 2 zákazky ako prvého v poradí účastník konania vyhodnotil uchádzača VIAKORP, s. r. o. s ponukovou cenou vo výške 541 166,39 eur s DPH. Následne po vyhodnotení splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní a vyhodnotení ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky podľa § 53 tohto zákona sa uchádzač VIAKORP, s. r. o. stal úspešným v danej verejnej súťaži pre časť 1 a 2. Výsledkom zadávania predmetnej zákazky pre časť 1 zákazky bolo uzavretie Zmluvy o dielo medzi účastníkom konania a uchádzačom VIAKORP, s. r. o. dňa 01. 04. 2022 a pre časť 2 zákazky uzavretie Zmluvy o dielo medzi účastníkom konania a uchádzačom VIAKORP, s. r. o. dňa 01. 04. 2022.
58. **Úspešný uchádzač VIAKORP, s. r. o. vo svojej ponuke na preukázanie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa **pozície stavbyvedúceho na mosty predložil nasledovné dokumenty:****
- Životopis stavbyvedúceho – údaje o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii“ p. Ing. XX. YY. zo dňa 18. 08. 2021, kde posledný pracovný pomer je uvedený v období od 12/2014 do 12/2020,
 - Osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky pre činnosť stavbyvedúci s odborným zameraním Inžinierske stavby – dopravné stavby, mosty, tunely, vodohospodárske stavby, potrúbné, energetické a iné líniové stavby pre osobu p. Ing. XX. YY. vydané Slovenskou komorou stavebných inžinierov,
 - Pracovnú zmluvu uzavretú podľa § 42 a nasl. Zákona č. 311/2001 Z. z. bez datovania,

- Čestné vyhlásenie zo dňa 18. 08. 2021 deklarujúce, že p. Ing. XX. YY. bude k dispozícii počas celej doby výstavby a v čase plnenia zmluvy.
59. Z predloženého **životopisu** p. Ing. XX. YY. zo dňa 18. 08. 2021 nevyplýva informácia o jeho aktuálnom zamestnávateľovi a nevyplýva z neho ani to, že by bol zamestnancom uchádzača VIAKORP, s. r. o.
60. V **Pracovnej zmluve** podpísanej medzi p. Ing. XX. YY. ako „Zamestnancom“ a uchádzačom VIAKORP, s. r. o. ako „Zamestnávateľom“, bez datovania podpísania tejto zmluvy (ďalej len „Pracovná zmluva“) sa v čl. I. uvádza, cit.:
- „Predmetom tejto pracovnej zmluvy je záväzok zamestnanca vykonávať pre zamestnávateľa prácu v rozsahu podľa článku II. tejto zmluvy a záväzok zamestnávateľa vyplatiť zamestnancovi odmenu za vykonanú prácu dohodnutú v článku IV. tejto zmluvy. Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. BB/ZV – Zvolenská Slatina, ktoré bolo vyhlásené vo vestníku verejného obstarávania č. 141/2021 – 16.06.2021, 29598 – MSP verejným obstarávateľom Banskobystrický samosprávny kraj.“*
61. V čl. II. Pracovnej zmluvy sa uvádza, cit.: *„I. Druh práce: Stavbyvedúci*
Charakteristika druhu práce/náplň práce/: Stavbyvedúci
Miesto výkonu práce: „Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. BB/ZV – Zvolenská Slatina“
Deň vzniku pracovného pomeru je deň doručenia akceptácie ponuky predloženej zamestnávateľom do verejného obstarávania: Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. BB/ZV – Zvolenská Slatina“, ktorá bola zverejnená vo Vestníku verejného obstarávania č. 141/2021 – 16.06.2021, pod číslom: 29598 – MSP verejným obstarávateľom Banskobystrický samosprávny kraj.“
62. V čl. III. Pracovnej zmluvy sa uvádza, cit.: **„Pracovný pomer je dohodnutý: na celú dobu realizácie „Rekonštrukcia cesty a mostov II/591 Banská Bystrica – hr. BB/ZV – Zvolenská Slatina“**
- 1. Dohodnutá skúšobná doba: 3 mesiace. Skúšobná doba sa predlžuje o čas prekážok v práci na strane zamestnanca.*
- 2. Počas tejto doby môže ktorákoľvek zo zmluvných strán pracovný pomer zrušiť z akéhokoľvek dôvodu, alebo bez uvedenia dôvodu písomným oznámením druhému účastníkovi.“*
63. V čl. IV. Pracovnej zmluvy sa uvádza, cit.:
- „1. Základná mzda 2 000,- EUR (dvetisíc 00/100 EUR) mesačne.*
- 2. Výplatný termín: najneskôr 15 deň nasledujúceho kalendárneho mesiaca. Mzda bude poukazovaná na bankový účet č.: SK.....*
- 3. Zamestnancovi patrí dovolenka vo výmere v súlade s ustanoveniami § 103 Zákonníka práce odst. 1 a odst. 2.*
- 4. Výpovedná doba a dôvody výpovede sa riadia príslušnými ustanoveniami Zákonníka práce.“*
64. Z jednotlivých zápisníc zachycujúcich zasadnutia komisie účastníka konania pre vyhodnotenie splnenia podmienok účasti **nevyplýva, že by sa komisia účastníka konania zaoberala postavením p. Ing. XX. YY. ako navrhovaného experta na pozíciu stavbyvedúceho na mosty z hľadiska posúdenia otázky, či išlo o internú/vlastnú kapacitu uchádzača VIAKORP, s. r. o. alebo o inú osobu poskytujúcu tomuto uchádzačovi svoje kapacity v nadväznosti na ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.**

65. Na základe uvedených skutočností prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí konštatoval, že účastník konania sa dopustil správneho deliktu, ktorý je špecifikovaný vo výroku tohto rozhodnutia.

K porušeniu zákona o verejnom obstarávaní konštatovanému v napadnutom rozhodnutí

66. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti vo všeobecnosti uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní umožňuje uchádzačom preukázať splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti buď vlastnými kapacitami alebo kapacitami inej osoby (§ 33, ods. 2 a § 34 ods. 3). Účel **inštitútu využitia kapacít inej osoby** na účely preukázania splnenia podmienok účasti vyplýva napr. z rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci **C-176/98 (Ballast Nedam)**, podľa ktorého sa umožňuje, aby sa poskytovateľ služieb, ktorý sám nespĺňa minimálne požiadavky na účasť v postupe verejného obstarávania, pred verejným obstarávateľom spoliehal na spôsobilosť iných strán, ktorých zdroje navrhuje použiť, ak mu bude zadaná zmluva (bod 27).
67. Účelom predmetného inštitútu teda nepochybne je umožniť účasť vo verejnom obstarávaní aj takému hospodárskemu subjektu, ktorý svojimi vlastnými kapacitami nie je schopný preukázať splnenie podmienok účasti určených v určitom konkrétnom verejnom obstarávaní, avšak splnenie týchto podmienok účasti je schopný preukázať prostredníctvom kapacít iných osôb, ktoré zamýšľa použiť na plnenie danej zákazky, ak mu táto zákazka bude v budúcnosti zadaná. Ide teda o spoliehanie sa na kapacity (zdroje) iných osôb, ktoré nie sú kapacitami (zdrojmi) uchádzača v čase, keď predkladá ponuku vo verejnom obstarávaní, keďže ide o kapacity (zdroje) iných osôb, ktoré uchádzač bude mať k dispozícii v budúcnosti na plnenie danej zákazky v prípade, ak sa stane úspešným uchádzačom, ktorému bude zákazka zadaná.
68. Druhostupňový správny orgán dáva do pozornosti napr. **rozhodnutie Rady úradu č. 7614-9000/2019** zo dňa 01. 07. 2019 (body 183 – 186), z ktorého vyplýva, že je vecou uchádzača, či sa splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, ktorou sa preukazuje vzdelanie, odborná kvalifikácia a odborná prax osoby určenej na plnenie zmluvy alebo riadiaceho zamestnanca, rozhodne preukázať svojimi internými kapacitami alebo kapacitami inej osoby (bez ohľadu na ich právny vzťah). Uchádzač teda môže splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní preukázať:
- svojimi internými kapacitami, t. j. kapacitami, ktoré má v čase predkladania ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako so svojimi vlastnými** – interným kapacitám, ktoré uchádzač má v čase predloženia ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako so svojimi vlastnými, zodpovedajú kapacity zamestnancov uchádzača, ktorí pre uchádzača v pracovnom pomere vykonávajú závislú prácu podľa pokynov uchádzača a vo vzťahu podriadenosti voči uchádzačovi ako zamestnávateľovi; je totiž zrejmé, že s odbornými kapacitami svojich zamestnancov je uchádzač ako ich zamestnávateľ oprávnený disponovať ako so svojou pracovnou silou alebo
 - kapacitami inej osoby, ktoré v čase predkladania ponuky nie sú jeho vlastnými kapacitami v tom zmysle, že by ich v tomto čase mal k dispozícii a mohol by s nimi voľne nakladať, keďže ide o kapacity, ktoré uchádzač len bude mať k dispozícii v čase plnenia zmluvy, ktorá bude uzavretá ako výsledok verejného obstarávania** – ide teda o kapacity, ktoré možno vnímať ako budúce kapacity uchádzača, ktoré však uchádzač v čase predkladania ponuky nemá k dispozícii, keďže nie sú jeho kapacitami, ale kapacitami inej osoby, ktorá sa zaviazala tieto kapacity v budúcnosti poskytnúť uchádzačovi na plnenie danej zmluvy – kapacitami inej osoby ako uchádzača sú kapacity, ktoré nie sú jeho kapacitami, avšak má ich prisľúbené, resp. zmluvne nakontrahované do budúcnosti (na účely budúceho plnenia zmluvy, ktorú uchádzač potenciálne uzavrie s verejným obstarávateľom), čo preukazuje zmluvným záväzkom uzavretým s inou osobou, napr. zmluvou o budúcej zmluve.

69. Druhostupňový správny orgán pre úplnosť dodáva, že obdobné závery konštatovala **Rada úradu** napr. aj v **rozhodnutí č. 14283-9000/2020** zo dňa 16. 11. 2020 (body 126 – 133), ako aj v rozhodnutí č. **4031-9000/2020** zo dňa 19. 03. 2020 (body 111 – 115).
70. V aktuálne posudzovanom prípade **úspešný uchádzač v ponuke predložil** dokumenty uvedené v bode 58 tohto rozhodnutia, o. i. **životopis stavbyvedúceho na mosty** – p. Ing. XX. YY. , z ktorého nevyplýval jeho aktuálny zamestnávateľ (nebolo z neho zrejmé, či je stavbyvedúci zamestnancom uchádzača VIAKORP, s. r. o. alebo či je zamestnaný u iného zamestnávateľa, príp. či má status samostatne zárobkovo činnnej osoby) a **Pracovnú zmluvu** uzavretú medzi uchádzačom VIAKORP, s. r. o. a p. Ing. XX. YY. (bez uvedenia dátumu jej uzavretia), v ktorej sa zmluvné strany dohodli, že deň vzniku pracovného pomeru bude deň doručenia akceptácie ponuky predloženej uchádzačom VIAKORP, s. r. o. do predmetného verejného obstarávania. Uvedená Pracovná zmluva teda deklarovala vznik pracovného pomeru v budúcnosti, a to len za podmienky, že ponuka uchádzača VIAKORP, s. r. o. bude v danom verejnom obstarávaní akceptovaná zo strany účastníka konania (bude ním určený za úspešného uchádzača).
71. Z uvedeného je zrejmé, že v čase predloženia ponuky úspešným uchádzačom do predmetnej verejnej súťaže a ani v čase, keď účastník konania, resp. ním zriadená komisia na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti, vyhodnocovala splnenie podmienok účasti zo strany uchádzača VIAKORP, s. r. o., pracovný pomer p. Ing. XX. YY., založený predmetnou Pracovnou zmluvou uzavretou s uchádzačom VIAKORP, s. r. o., ešte nevznikol.
72. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukazuje na **rozhodnutie Rady úradu** vydané v odvolacom konaní č. **4784-9000/2021** zo dňa 14. 01. 2022 (bod 120), v ktorom Rada úradu dospela k záveru, že **posúdenie, či v danom prípade posudzované pracovné zmluvy preukazujú skutočnosť, že dotknuté osoby sú zamestnancami uchádzača, je potrebné vykonať k lehote na predkladanie ponúk**. Konkrétne sa Rada úradu v tomto odvolacom konaní zaoberala otázkou, či uchádzačom predložené uzatvorené pracovné zmluvy, v ktorých si zmluvné strany deň nástupu do práce dojednali tak, že zamestnanec nastúpi do práce najneskôr v deň podpisu zmluvy medzi uchádzačom a verejným obstarávateľom, uzatvorenej na základe výsledku daného verejného obstarávania, pričom uchádzač ako zamestnávateľ oznámi zamestnancovi deň nástupu najmenej 10 kalendárnych dní vopred, a teda deň nástupu do práce zmluvné strany naviazali na skutočnosť, o ktorej nie je zrejmé, či s určitosťou nastane (skutočnosť, ktorá môže a nemusí v budúcnosti nastať), spĺňajú všetky obligatórne náležitosti pracovnoprávných predpisov v nadväznosti na príslušnú judikatúru.
73. V predmetnom odvolacom konaní si rada úradu vyžiadala **odborné stanovisko od Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach**, v ktorom UPJŠ o. i. konštatovala, cit.: *„Z teoreticko-právneho pohľadu je zamestnanec prvkom právneho vzťahu, konkrétne pracovnoprávneho vzťahu alebo obdobného pracovného vzťahu. O prvkoch právneho vzťahu (subjekty, objekt a obsah právneho vzťahu) možno hovoriť za predpokladu, že existuje právny vzťah. Existencia právneho vzťahu pritom predpokladá, že tento vzťah vznikol. **Ak boli vytvorené len predpoklady vzniku právneho vzťahu (napr. uzatvorením pracovnej zmluvy došlo k založeniu pracovného pomeru), nemožno hovoriť o tom, že fyzická osoba je v postavení zamestnanca.** Okrem toho treba uviesť, že legálne vymedzenie zamestnanca (§ 11 ods. 1 ZP) sa neviaže len na jeho postavenie ako subjektu právneho vzťahu, ale aj na objekt právneho vzťahu, ktorým je **výkon závislej práce**. V čase, keď bola uzatvorená pracovná zmluva, ale nenastal dohodnutý deň nástupu do práce, sa tento objekt nemôže realizovať. **Až dohodnutým dňom nástupu do práce vznikne pracovný pomer, ktorého objektom bude výkon závislej práce zamestnancom.** (...)“*
74. Predmetné všeobecné závery odborného stanoviska, ktoré si Rada úradu vyžiadala v odvolacom konaní č. 4784-9000/2021, možno podľa názoru druhostupňového správneho orgánu aplikovať aj na aktuálne posudzovaný prípad, v ktorom došlo k obdobnej situácii, keďže

Pracovnou zmluvou uzavretou medzi úspešným uchádzačom a p. Ing. XX. YY. síce došlo k založeniu pracovného pomeru, avšak tým, že deň vzniku pracovného pomeru si zmluvné strany v Pracovnej zmluve dohodli ako deň doručenia akceptácie ponuky predloženej úspešným uchádzačom zo strany účastníka konania (t. j. deň, ktorý v čase predloženia ponuky a ani v čase jej vyhodnotenia ešte nenastal), **pracovný pomer v čase predloženia ponuky a ani v čase hodnotenia splnenia podmienok účasti v predmetnom verejnom obstarávaní ešte nevznikol, a teda v relevantnom čase p. Ing. XX. YY. nebol v postavení zamestnanca vo vzťahu k úspešnému uchádzačovi a nebol ani realizovaný objekt pracovného vzťahu, ktorým je výkon závislej práce zamestnancom pre zamestnávateľa.**

75. Druhostupňový správny orgán sa preto stotožňuje so záverom prvostupňového správneho orgánu, ktorý v napadnutom rozhodnutí konštatoval, že **uchádzačom VIAKORP, s. r. o. predloženú Pracovnú zmluvu nemožno považovať za dôkaz o poskytnutí vlastných kapacít tohto uchádzača, keďže predmetná Pracovná zmluva nepreukazuje existujúci pracovný pomer medzi p. Ing. XX. YY. a uchádzačom VIAKORP, s. r. o.**
76. Účastník konania v rozklade v tejto súvislosti uvádza, že na preukázanie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty požadoval predložiť iba profesijný životopis osoby určenej na plnenie zmluvy, takže ďalšie dokumenty predložil uchádzač VIAKORP, s. r. o. nad rámec požadovaného, a preto komisia účastníka konania tieto ďalšie dokumenty (napr. Pracovnú zmluvu) nebrala pri vyhodnocovaní splnenia podmienky účasti do úvahy a brala ich iba ako doplňujúce/podporné doklady k predloženému životopisu.
77. Účastník konania tiež v rozklade uvádza, že z predloženého životopisu bolo zrejmé to, čo bolo požadované v súťažných podkladoch, t. j. že deklarovaná osoba stavbyvedúceho má odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho na mostoch v dĺžke minimálne 3 roky. Účastník konania dodáva, že keďže nepožadoval, aby v životopise stavbyvedúceho na mosty bolo uvedené aj jeho súčasné zamestnanie, danou skutočnosťou sa ani nezaoberal, a že na posúdenie splnenia podmienky účasti by tento údaj nemal absolútne žiaden vplyv.
78. Druhostupňový správny orgán v nadväznosti na uvedené uvádza, že predmetný postup komisie účastníka konania pri vyhodnotení splnenia podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty nemožno považovať za súladný so zákonom o verejnom obstarávaní. Nemožno totiž opomenúť, že samotné ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (ktorého znenie účastník konania dokonca odcitoval v súťažných podkladoch – bod 56 tohto rozhodnutia) výslovne uvádza, že **uchádzač môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby**, bez ohľadu na ich právny vzťah, pričom však súčasne predmetné zákonné ustanovenie reglementuje **obligatorne podmienky, za splnenia ktorých je uchádzač oprávnený takto postupovať, t. j. za splnenia ktorých je oprávnený využiť technické alebo odborné kapacity inej osoby na účely preukázania splnenia podmienky účasti.**
79. Jednou z týchto obligatórnych podmienok, vyjadrených v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, je práve skutočnosť, že ***osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7.*** Z uvedeného je zrejmé, že povinnosť verejného obstarávateľa zaoberať sa posúdením toho, či uchádzač preukazuje splnenie podmienky účasti určenej na základe § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní svojimi vlastnými kapacitami alebo kapacitami inej osoby, je daná samotným zákonom o verejnom obstarávaní, keďže v situácii, keď uchádzač využije technické alebo odborné kapacity inej osoby, tento zákon ukladá, že predmetná iná osoba musí spĺňať podmienky účasti osobného postavenia (§ 32) a súčasne ukladá, že u tejto inej osoby nesmú byť dané dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7. Povinnosť preskúmať a posúdiť splnenie podmienok účasti osobného postavenia u inej osoby, ako aj absenciu predmetných dôvodov na vylúčenie

u inej osoby, prirodzene spočívajúca na verejnom obstarávateľovi, resp. na jeho komisii kreovanej na účely vyhodnotenia splnenia podmienok účasti.

80. Na základe uvedeného **sa s argumentáciou účastníka konania**, založenou na konštatovaní, že keďže v podmienke účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty nepožadoval preukázať súčasné zamestnanie stavbyvedúceho, nemusel sa pri vyhodnotení splnenia podmienky účasti vôbec zaoberať tým, či je stavbyvedúci zamestnancom (a teda vlastnou kapacitou) uchádzača alebo či je stavbyvedúci inou osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, **nemožno stotožniť**. Účastníka konania totiž bol zo zákona povinný zaoberať sa posúdením toho, či úspešný uchádzač preukazuje splnenie podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty vlastnými kapacitami alebo kapacitami inej osoby.
81. Z rovnakých dôvodov sa **nemožno stotožniť ani s argumentáciou účastníka konania**, podľa ktorej keďže účastník konania nepožadoval, aby v životopise stavbyvedúceho na mosty bolo uvedené aj jeho súčasné zamestnanie, na posúdenie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty by tento údaj (o jeho súčasnom zamestnaní) nemal žiaden vplyv. Ako je totiž zo znenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zjavné, v prípade ak sa uchádzač rozhodne preukázať splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti (napr. týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty) prostredníctvom kapacít inej osoby, nepostačuje vyhodnotiť len to, či táto iná osoba spĺňa podmienku účasti, ktorú účastník konania určil pre stavbyvedúceho na mosty (3-ročnú odbornú prax s výkonom činnosti stavbyvedúceho na mostoch). Účastník konania je totiž v takýchto prípadoch **povinný vyhodnotiť i to, či iná osoba** (navrhovaný stavbyvedúci na mosty, ktorý nie je vlastnou kapacitou uchádzača) **spĺňa podmienky účasti osobného postavenia a či u nej neexistuje dôvod na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7** zákona o verejnom obstarávaní. Prípadné zistenie účastníka konania, že iná osoba nespĺňa podmienky účasti osobného postavenia, resp. že je u nej daný niektorý z predmetných dôvodov na vylúčenie, by preto nepochybne malo zásadný vplyv na vyhodnotenie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty.
82. Niet pritom sporu o tom, že k zisteniu, či je naplnená zákonná podmienka, podľa ktorej *osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcej sa osobného postavenia a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až g) a ods. 7*, môže účastník konania, resp. ním kreovaná komisia na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti dospieť len za predpokladu, že sa posúdením splnenia podmienok účasti osobného postavenia a posúdením neexistencie dôvodu na vylúčenie u inej osoby skutočne zaoberá.
83. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti dáva do pozornosti uznesenie Súdneho dvora Európskej únie vo veci **C-469/22 (Ambisig)**, v ktorom Súdny dvor o. i. konštatoval, cit.:
- „23. V tejto súvislosti treba pripomenúť, že článok 63 ods. 1 smernice 2014/24 stanovuje právo hospodárskeho subjektu, pokiaľ ide o konkrétnu zákazku, využiť kapacity iných subjektov nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s nimi má, s cieľom splniť tak kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia stanovené v článku 58 ods. 3 tejto smernice, ako aj kritériá súvisiace s technickou a odbornou spôsobilosťou stanovené v článku 58 ods. 4 uvedenej smernice (pozri v tomto zmysle rozsudky z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, body 29 a 33, ako aj zo 7. septembra 2021, Klaipeđos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, bod 150).*
24. *Hospodársky subjekt, ktorý sa chce dovolávať tohto práva, môže v súlade s článkom 60 ods. 1 druhým pododsekom smernice 2014/24 použiť akékoľvek vhodné prostriedky na to, aby verejnemu obstarávateľovi preukázal, že bude mať k dispozícii potrebné prostriedky. V tejto súvislosti článok 63 ods. 1 tretia veta tejto smernice uvádza ako príklad možnosť tohto hospodárskeho subjektu predložiť na tento účel záväzok týchto subjektov. Uvedený*

hospodársky subjekt môže tiež v súlade s článkom 59 ods. 1 druhým a tretím pododsekom uvedenej smernice v spojení s jej odôvodnením 84 tretím pododsekom predložiť verejnému obstarávateľovi pri podaní svojej žiadosti o účasť alebo ponuky jednotný európsky dokument pre obstarávanie, aby na jednej strane potvrdil, že ani on sám, ani žiadny zo subjektov, ktorých kapacity zamýšľa využiť, sa nenachádzajú v jednej zo situácií uvedených v článku 57 tej istej smernice, ktoré musia alebo môžu viesť k vylúčeniu hospodárskeho subjektu, a na druhej strane, že príslušná podmienka alebo podmienky účasti boli splnené. V každom prípade každý hospodársky subjekt, ktorý chce využiť kapacity iných subjektov, musí verejnému obstarávateľovi predložiť dôkaz, že bude mať k dispozícii prostriedky potrebné na splnenie podmienok účasti uvedených v článku 58 smernice 2014/24.

25. *Podľa článku 63 ods. 1 druhého pododseku smernice 2014/24 prináleží verejnému obstarávateľovi, aby v súlade s článkami 59 až 61 tejto smernice po prvé overil, či subjekty, ktorých kapacity chce hospodársky subjekt využiť, splňajú relevantné podmienky účasti, a po druhé, či existujú dôvody na vylúčenie uvedené v článku 57 tejto smernice týkajúce sa týchto subjektov.*“
84. Na základe uvedeného má druhostupňový správny orgán za to, že účastník konania bol v predmetnom prípade povinný sa pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti zo strany uchádzača VIAKORP, s. r. o. zaoberať aj posúdením skutočnosti, či p. Ing. XX. YY. bol v čase predloženia ponuky tohto uchádzača jeho vlastnou (internou) kapacitou alebo či išlo o inú osobu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá poskytuje uchádzačovi svoje technické alebo odborné kapacity na účely preukázania splnenia podmienky účasti týkajúcej sa stavbyvedúceho na mosty a za týmto účelom využiť inštitút vysvetlenia predložených dokladov v súlade s § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.
85. Účastník konania ďalej v rozklade poukazuje na **bod 12 preambuly smernice 2014/24/EÚ**, cit.: „Malo by sa spresniť, že **pojem „hospodárske subjekty“** by sa mal vykladať široko, aby zahŕňal všetky osoby a/alebo subjekty, ktoré ponúkajú uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb na trhu, a to bez ohľadu na právnu formu, ktorú si zvolili pre svoje fungovanie. Preto by sa pojem hospodársky subjekt mal vzťahovať na všetky firmy, pobočky, dcérske spoločnosti, verejné obchodné spoločnosti, družstevné spoločenstvá, spoločnosti s ručením obmedzeným, univerzity, či už verejné alebo súkromné, a iné formy subjektov, než sú fyzické osoby, a to za každých okolností bez ohľadu na to, či ide o „právnické osoby.“, **čl. 58** smernice 2014/24/EÚ, cit.: „1. Podmienky účasti sa môžu týkať: a) spôsobilosti vykonávať odbornú činnosť; b) ekonomického a finančného postavenia; c) technickej a odbornej spôsobilosti. Verejní obstarávatelia môžu ako požiadavky na účasť stanoviť pre hospodárske subjekty len podmienky uvedené v odsekoch 2, 3 a 4. (...) 2. Vzhľadom na spôsobilosť vykonávať odbornú činnosť verejní obstarávatelia môžu od hospodárskych subjektov požadovať, aby boli zapísané v jednom z profesijných alebo obchodných registrov vedených v členskom štáte usadenia v súlade s prílohou XI alebo aby spĺňali akúkoľvek inú požiadavku, ktorá je v nej stanovená.“, ako aj na **Prílohu č. XI** smernice 2014/24/EÚ, cit.: „Príslušné profesijné a obchodné registre a zodpovedajúce vyhlásenia a osvedčenia pre jednotlivé členské štáty sú: „(...) – na Slovensku „Obchodný register.““
86. Vychádzajúc z predmetných ustanovení smernice 2014/24/EÚ účastník konania formuluje závery uvedené v bode 38 tohto rozhodnutia, predovšetkým záver, podľa ktorého, cit.: „(...) pod ‚inou osobou‘ tak, ako je uvedená v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, sa tak nemôže chápať fyzická osoba – nepodnikateľ, ale hospodársky subjekt, t. j. subjekt, ktorý by bol oprávnený sám predložiť ponuku vo verejnom obstarávaní.“
87. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukazuje na **definíciu pojmu hospodársky subjekt**, ktorá je upravená v čl. 2 ods. 10 smernice 2014/24/EÚ, a to konkrétne „hospodársky subjekt“ je akákoľvek fyzická alebo právnická osoba alebo verejný subjekt alebo skupina

takýchto osôb a/alebo subjektov vrátane akéhokoľvek dočasného združenia podnikov, ktoré na trhu ponúkajú uskutočnenie stavebných prác a/alebo uskutočnenie stavby, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb.¹

88. Súčasne je v tejto súvislosti dať do pozornosti znenie **čl. 63** smernice 2014/24/EÚ „**Spoliehanie sa na kapacity iných subjektov**“, v ktorom sa napr. v ods. 1 uvádza, cit.:

*„1. **Hospodársky subjekt sa môže** vzhľadom na kritériá týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia stanovené podľa článku 58 ods. 3 a kritériá týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti stanovené podľa článku 58 ods. 4, keď to prichádza do úvahy a pokiaľ ide o konkrétnu zákazku, **spoliehať na kapacity iných subjektov** nezávisle od právnej povahy prepojení, ktoré s nimi má. Pokiaľ však ide o kritériá súvisiace so vzdelaním a odbornou kvalifikáciou, ako sa stanovuje v prílohe XII časti II písm. f), alebo relevantnými odbornými skúsenosťami, **hospodárske subjekty sa môžu spoliehať na kapacity iných subjektov len v prípade, keď tieto iné subjekty budú vykonávať práce alebo poskytovať služby, pre ktoré sa tieto kapacity vyžadujú. Ak sa chce hospodársky subjekt spoliehať na kapacity iných subjektov, verejnému obstarávateľovi preukáže, že bude mať k dispozícii potrebné zdroje, napríklad predložením záväzku týchto subjektov v uvedenom zmysle.**“*

89. Na základe uvedeného je potrebné konštatovať, že **smernica 2014/24/EÚ používa iný pojem na označenie „hospodárskeho subjektu“ a iný pojem na označenie „subjektu, na ktorého kapacity sa hospodársky subjekt spolieha.**“ Predmetná odlišná terminológia je ešte markantnejšia z anglickej verzie smernice, v ktorej sa v čl. 63 „*Reliance on the capacities of other entities*“ ods. 1 uvádza, cit.:

*„1. **With regard to criteria relating to economic and financial standing as set out pursuant to Article 58(3), and to criteria relating to technical and professional ability as set out pursuant to Article 58(4), an economic operator may, where appropriate and for a particular contract, rely on the capacities of other entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them. With regard to criteria relating to the educational and professional qualifications as set out in point (f) of Annex XII Part II, or to the relevant professional experience, economic operators may however only rely on the capacities of other entities where the latter will perform the works or services for which these capacities are required. Where an economic operator wants to rely on the capacities of other entities, it shall prove to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary, for example, by producing a commitment by those entities to that effect.**“*

90. Z uvedeného je zrejmé, že **čl. 63** smernice 2014/24/EÚ (ktorý je transponovaný v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní) nekonštatuje, že hospodársky subjekt sa môže spoliehať len na kapacity iných hospodárskych subjektov (ktoré by boli oprávnené samostatne predložiť ponuku do verejného obstarávania), ako sa mylne domnieva účastník konania. Práve naopak, predmetné ustanovenie smernice **umožňuje hospodárskym subjektom „spoliehať sa“ na kapacity akýchkoľvek iných „entít“, ktoré vôbec nemusia napĺňať definíciu pojmu „hospodársky subjekt“.** Uvedeným prístupom čl. 63 smernice 2014/24/EÚ podstatne rozširuje možnosti hospodárskych subjektov preukázať splnenie podmienok účasti prostredníctvom využitia kapacít iných osôb, keďže hospodárskym subjektom umožňuje „spoliehať sa“ nielen na kapacity iných hospodárskych subjektov, ktoré by boli oprávnené aj samostatne predložiť ponuku, ale aj na kapacity takých osôb, ktoré nespĺňajú definíciu hospodárskeho subjektu.

¹ Obdobne je definícia pojmu hospodársky subjekt upravená aj v § 2 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní: Na účely tohto zákona sa rozumie hospodárskym subjektom fyzická osoba, právnická osoba alebo skupina takýchto osôb, ktorá na trh dodáva tovar, uskutočňuje stavebné práce alebo poskytuje službu.

91. Predmetná filozofia čl. 63 smernice 2014/24/EÚ sa pretavila aj do ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý uvádza, že *uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby*, t. j. rovnako **používa odlišné pojmy na označenie týchto subjektov**, a to na jednej strane **pojmy „uchádzač“ a „záujemca“**, ktoré tento zákon definuje ako hospodárske subjekty² a na druhej strane **pojmem „iná osoba, ktorej kapacity uchádzač alebo záujemca využíva“**, ktorú tento zákon nedefinuje ako hospodársky subjekt. V rovnakom duchu sú preto koncipované aj metodické usmernenia úradu k uvedenej problematike, na ktoré v napadnutom rozhodnutí poukázal prvostupňový správny orgán (body 20 a 21 tohto rozhodnutia).
92. Na základe uvedeného má druhostupňový správny orgán za to, že **sa nemožno stotožniť** s argumentáciou, ktorá podľa názoru účastníka konania vyplýva z ustanovení smernice 2014/24/EÚ, podľa ktorej, cit.: *„(...) pod ‚inou osobou‘ tak, ako je uvedená v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, sa tak nemôže chápať fyzická osoba – nepodnikateľ, ale hospodársky subjekt, t. j. subjekt, ktorý by bol oprávnený sám predložiť ponuku vo verejnom obstarávaní.“*, keďže takýto výklad **nemá oporu** v predmetnej smernici, na ktorú účastník konania poukazuje.

K výške pokuty uloženej účastníkovi konania

93. V závere rozkladu účastník konania poukazuje na skutočnosť, že **zmluvy o dielo**, ktoré boli uzavreté s úspešným uchádzačom ako výsledok predmetného verejného obstarávania, **boli predčasne ukončené Dohodami o ukončení** z dôvodu navýšenia cien prác a materiálov, v dôsledku čoho **nedošlo k žiadnemu vecnému či finančnému plneniu zmluvy**. Účastník konania tiež dodáva, že **následne vyhlásil nové verejné obstarávanie** na daný predmet zákazky, ktorého sa účastníci trhu mohli zúčastniť, a teda nedošlo k žiadnej ujme na právach alebo právom chránených záujmoch ostatných uchádzačov (body 43 a 44 tohto rozhodnutia).
94. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti uvádza, že predmetný argument uplatnil účastník konania už v konaní pred prvostupňovým správnym orgánom, ktorý v tejto súvislosti v napadnutom rozhodnutí konštatoval, že uvedené skutočnosti zohľadní ako poľahčujúce okolnosti v rámci správnej úvahy o výške pokuty. Následne v bodoch 96 – 98 napadnutého rozhodnutia prvostupňový správny orgán konštatoval, cit.:

„96. Pri posudzovaní povahy, závažnosti, spôsobu a následkov porušenia preto správny orgán pri určení výšky pokuty zohľadnil priťažujúce i poľahčujúce okolnosti. Za poľahčujúcu okolnosť majúcu vplyv na uloženie pokuty v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia správny orgán považuje skutočnosť, že sa uvedeného porušenia účastník konania dopustil prvýkrát. Správny orgán zohľadnil aj status účastníka konania ako verejného obstarávateľa podľa § 7 ods. 1 písm. c) ZVO, a to vyšší územný celok v tom zmysle, že ide o subjekt, ktorý plní najmä rôzne sociálne a vzdelávacie kompetencie, v prípade ktorého príliš vysoká pokuta by mohla mať negatívny dopad na zraniteľné vrstvy obyvateľstva a na kvalitu poskytovania týchto verejných služieb, pričom by súčasne nezabezpečila splnenie účelu ukladania sankcií za daný správny delikt. Správny orgán zohľadnil skutočnosti verejne dostupné na finstat.sk, najmä celkovú zadlženosť účastníka konania 43,4% pre rok 2022 ako i výsledok hospodárenia pre rok 2022 – 2 134 070 EUR. Správny orgán tiež zohľadnil skutočnosť deklarovanú účastníkom konania a to, že zhotoviteľ nevykonával na diele žiadne práce, okrem prípravných prác smerujúcich k prevzatíu staveniska a nedošlo tak k žiadnemu plneniu vyplývajúcemu zo zmluvy (vecnému či finančnému). Uvedené vyplýva aj z Dohody o ukončení zmluvy o dielo č. 642/2022/ODDIPVSI a č. 643/2022/ODDIPVIS2 zverejnenej v centrálnom registri zmlúv, konkrétne z čl. II bod. 2 tejto dohody. Správny orgán konštatuje, že verejné obstarávanie bolo

² Podľa § 2 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní na účely tohto zákona sa rozumie

b) **záujemcom** hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní,

c) **uchádzačom** hospodársky subjekt, ktorý predložil ponuku.

zopakované, pričom v novom verejnom obstarávaní už účastník konania zobral na vedomie porušenia mu vytykané v Rozhodnutí úradu č. 6493-6000/2022-OD/7 zo dňa 26. 8. 2022, keď odkázal aj na ust. § 34 ods. 3 ZVO pričom relevantní účastníci trhu dostali príležitosť zúčastniť sa verejného obstarávania opakovane. Správny orgán preto považuje za výrazne znížený vplyv porušenia zo strany účastníka konania na hospodársku súťaž.

97. Správny orgán však podotýka, že účastník konania, ktorý nie je nováčikom v oblasti verejných obstarávaní, sa porušení dopustil pri zadávaní nadlimitnej zákazky na stavebné práce s celkovou predpokladanou hodnotou zákazky vo výške 6 079 456,63 eur bez DPH, ktorá mala byť financovaná z fondov Európskej únie, čo možno označiť za obzvlášť priťažujúcu skutočnosť, ktorú bolo nevyhnutné pri určovaní výšky pokuty za tento správny delikt zohľadniť.

98. Na základe týchto skutočností sa správny orgán rozhodol uložiť pokutu v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia, a to vo výške 2 500 eur, teda tak, aby nebola neprimerane mierna, a zároveň aby spĺňala výchovný účel a do budúcnosti motivovala účastníka konania na dôsledné plnenie povinností vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní.“

95. Z predmetného odôvodnenia výšky pokuty uloženej v napadnutom rozhodnutí (2 500 eur), konkrétne z jeho bodu 97, vyplýva, že **prvostupňový správny orgán považoval za obzvlášť priťažujúcu skutočnosť** to, že, cit.: „*účastník konania, ktorý nie je nováčikom v oblasti verejných obstarávaní, sa porušení dopustil pri zadávaní nadlimitnej zákazky na stavebné práce s celkovou predpokladanou hodnotou zákazky vo výške 6 079 456,63 eur bez DPH, ktorá mala byť financovaná z fondov Európskej únie.*“ Druhostupňový správny orgán k tomu uvádza, že z citovanej formulácie vyplýva, že za obzvlášť priťažujúcu okolnosť prvostupňový správny orgán považoval kumuláciu troch skutočností, a to: (i) účastník konania nie je nováčikom v oblasti verejných obstarávaní, (ii) výšku predpokladanej hodnoty predmetnej nadlimitnej zákazky a (iii) financovanie predmetnej zákazky z fondov Európskej únie.
96. Vo vzťahu ku skutočnosti (i) druhostupňový správny orgán uvádza, že skutočnosť, že nejde o nováčika v oblasti verejných obstarávaní, je charakteristická a typická pre drvivú väčšinu verejných obstarávateľov a obstarávateľov v Slovenskej republike, a preto by automaticky (bez bližšieho zdôvodnenia) nemala byť považovaná za obzvlášť priťažujúcu okolnosť. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti zdôrazňuje, že v skutočnosti (i) prvostupňový správny orgán nekonštatoval, že by v danom prípade malo ísť zo strany účastníka konania o recidívu; prvostupňový správny orgán len všeobecne konštatoval, že účastník konania nie je nováčikom v oblasti verejných obstarávaní.
97. Čo sa týka skutočnosti (ii), má druhostupňový správny orgán za to, že v tejto súvislosti rozhodujúcou pre prvostupňový správny orgán zrejme bola skutočnosť, že ide o nadlimitnú zákazku; súčasne je však potrebné poukázať na to, že v čase vyhlásenia predmetnej zákazky predstavoval finančný limit nadlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác sumu 5 350 000 eur bez DPH. Aj keď teda v danom prípade išlo o nadlimitnú zákazku (6 079 456,63 eur bez DPH), nemožno ju považovať za nadlimitnú zákazku značnej (enormnej) hodnoty.
98. Druhostupňový správny orgán však najmä považuje za potrebné poukázať na skutočnosť (iii), z ktorej je zrejme, že prvostupňový správny orgán prihliadol na zdroj financovania predmetnej zákazky, konkrétne z fondov Európskej únie, pričom však túto priťažujúcu okolnosť nijak bližšie neobjasnil a neuviedol žiadne svoje úvahy, na základe ktorých dospel k záveru, že zdroj financovania zákazky (v danom prípade fondy Európskej únie) by mal byť určujúcou skutočnosťou pri rozhodovaní o výške uloženej pokuty za porušenie zákona o verejnom obstarávaní predstavujúce správny delikt podľa tohto zákona. Rovnako prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí neuviedol svoje úvahy, na základe ktorých dospel k záveru, že zdroj financovania zákazky spočívajúci vo fondoch Európskej únie, by mal byť považovaný za priťažujúcu okolnosť, prípadne dokonca za obzvlášť priťažujúcu okolnosť.

99. Na základe uvedeného druhostupňový správny orgán konštatuje, že mu **nie sú známe žiadne konkrétne skutočnosti, ktoré by mohli opodstatňovať záver, že zdroj financovania predmetnej zákazky (z fondov Európskej únie) by mal byť považovaný za prítiažujúcu okolnosť, prípadne dokonca za obzvlášť prítiažujúcu okolnosť**, pričom úvahy, ktoré prvostupňový správny orgán priviedli k tomuto záveru, nie je možné, vzhľadom na ich absenciu v napadnutom rozhodnutí, podrobiť preskúmaniu. Z uvedeného dôvodu druhostupňový správny orgán dospel k záveru, že zdroj financovania predmetnej zákazky (z fondov Európskej únie) v danom prípade nemôže predstavovať prítiažujúcu okolnosť, a prirodzene teda nemôže predstavovať ani obzvlášť prítiažujúcu okolnosť, a to ani samostatne a ani v kumulácii s vyššie uvedenými skutočnosťami (i) a (ii), ktoré rovnako nemožno považovať za obzvlášť prítiažujúcu okolnosť.
100. Pre úplnosť druhostupňový správny orgán uvádza, že v liste „Zaslanie vyjadrenia k rozkladu proti rozhodnutiu č. 11957-3000/2023 zo dňa 9. 10. 2023“ č. spisu 11957-3000/2023 zo dňa 22. 11. 2023, ktorým mu prvostupňový správny orgán oznámil, že rozkladu účastníka konania nevyhovelo podľa § 57 ods. 3 správneho poriadku, a preto mu postupuje rozklad spolu so súvisiacim spisovým materiálom, prvostupňový správny orgán o. i. uviedol, cit.: „*K žiadosti účastníka konania o upustenie od uloženia pokuty, resp. o uloženie pokuty v minimálnej sadzbe 500 eur, prvostupňový správny orgán uvádza, že vzhľadom na závažnosť konania definovaného vo výroku napadnutého rozhodnutia s potenciálnym vplyvom na výsledok verejného obstarávania, uvedené musí byť reflektované vo výške uloženej sankcie. Prvostupňový správny orgán je toho názoru, že stanovenie sankcie vo výške 500 eur by nedokázalo zabezpečiť represiu v potrebnej miere a ani výchovný účel uloženej sankcie. Sankcia v uvedenej výške by ani nezodpovedala rozhodovacej praxe úradu, ktorá napomáha právnej istote účastníkov konania.*“ V tejto súvislosti druhostupňový správny orgán uvádza, že prvostupňový správny orgán v predmetnom liste a ani v napadnutom rozhodnutí nepoukázal na žiadnu konkrétnu rozhodovaciu prax úradu, ktorej podľa názoru prvostupňového správneho orgánu pokuta vo výške 2 500 eur (za okolností podobných okolnostiam daného prípadu) zodpovedá.
101. Okrem uvedeného druhostupňový správny orgán v súvislosti s výškou pokuty uloženej účastníkovi konania považuje za potrebné poukázať na to, že v nadväznosti na skutočnosti tvrdené účastníkom konania (body 43 a 44 tohto rozhodnutia), spočívajúce v tom, že vzhľadom na Dohodu o ukončení nedošlo k žiadnemu vecnému či finančnému plneniu zo zmlúv uzavretých ako výsledok predmetného verejného obstarávania, a že účastník konania vyhlásil nové verejné obstarávanie na daný predmet zákazky, ktorého sa účastníci trhu mohli opätovne zúčastniť, ktoré prvostupňový správny orgán nespochybňuje, sa v závere bodu 96 napadnutého rozhodnutia (obsahujúceho výpočet poľahčujúcich okolností, na ktoré prvostupňový správny orgán prihliadol pri určení výšky pokuty) konštatuje, cit.: „*Správny orgán preto považuje za výrazne znížený vplyv porušenia zo strany účastníka konania na hospodársku súťaž.*“
102. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti uvádza, že **sa stotožňuje s konštatovaním prvostupňového správneho orgánu**, podľa ktorého, pokiaľ došlo k predčasnému ukončeniu zmlúv, pričom, ako uvádza prvostupňový správny orgán, nedošlo k žiadnemu zmluvnému plneniu, a súčasne účastník konania vyhlásil novú nadlimitnú zákazku na uvedený predmet zákazky, v ktorej mohli predložiť svoje ponuky všetky hospodárske subjekty, bol vplyv konštatovaného porušenia zákona o verejnom obstarávaní na hospodársku súťaž výrazne znížený, keďže **v konečnom dôsledku nedošlo k plneniu daného predmetu zákazky úspešným uchádzačom, pri vyhodnotení ktorého sa účastník konania dopustil predmetného správneho deliktu a navyše, účastník konania vyhlásením novej nadlimitnej zákazky (verejnej súťaže) vytvoril podmienky pre otvorenú hospodársku súťaž, ktorá je cieľom právnej úpravy verejného obstarávania**, ako ostatne potvrdzuje aj judikatúra Súdneho dvora Európskej únie, napr. vo veci **C-298/15** (Borta), bod 48, cit.: „*Pokiaľ ide o verejné zákazky, je v záujme Únie, aby zadávacie konanie bolo čo najviac otvorené hospodárskej súťaži, a to aj v prípade zákaziek, na ktoré sa nevzťahuje smernica 2004/17*

(pozri v tomto zmysle rozsudky z 10. júla 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 29, ako aj z 28. januára 2016, *CASTA a i.*, C-50/14, EU:C:2016:56, bod 55).“, C-63/18 (*Vitali SpA*), bod 23, cit.: „Treba pripomenúť, že cieľom tejto smernice je, ako to v podstate vyplýva z jej odôvodnenia 1, zabezpečiť v rámci verejného obstarávania dodržiavanie predovšetkým voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobodného poskytovania služieb, ako aj zásad, ktoré z nich vyplývajú, osobitne rovnosť zaobchádzania, zákaz diskriminácie, zásadu proporcionality a zásadu transparentnosti, a zabezpečiť, aby verejné obstarávanie bolo otvorené hospodárskej súťaži.“, a tiež C-305/08 (*CoNISMa*, bod 37), cit.: „Súdny dvor tiež rozhodol, že jedným z cieľov pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je otvorenie čo možno najširšej hospodárskej súťaže (pozri v tomto zmysle najmä rozsudok *Bayerischer Rundfunk a i.*, už citovaný, bod 39) a že je v záujme práva Spoločenstva, aby bola zabezpečená čo najširšia možná účasť uchádzačov na verejnom obstarávaní (rozsudok z 19. mája 2009, *Assitur*, C-538/07, Zb. s. I-4219, bod 26). V tejto súvislosti treba dodať, že otvorenie čo možno najširšej hospodárskej súťaže je v záujme nielen vzhľadom na cieľ Spoločenstva v oblasti voľného pohybu tovaru a služieb, ale aj vo vlastnom záujme dotknutého verejného obstarávateľa, ktorý tak bude mať širší výber najvýhodnejšej ponuky, ktorá bude najlepšie spĺňať potreby dotknutej verejnosti (...).“

103. Druhostupňový správny orgán má súčasne za to, že **uvedená skutočnosť** (po zohľadnení vyššie uvedenej redukcie priťažujúcich okolností, na ktoré prihliadal prvostupňový správny orgán pri určení pokuty vo výške 2 500 eur) **opodstatňuje zníženie pokuty** uloženej účastníkovi konania na dolnú hranicu zákonom stanoveného sankčného rozpätia, t. j. **500 eur**. Druhostupňový správny orgán má tiež za to, že v danom prípade nie je dôvod predpokladať, že by pokuta vo výške 500 eur nemohla splniť výchovný účel, a že by do budúcnosti nemohla motivovať účastníka konania k dôslednému vyhodnocovaniu splnenia podmienok účasti u iných osôb, ktorých kapacity uchádzači alebo záujemcovia využívajú napr. na účely preukázania splnenia podmienok účasti určených podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené druhostupňový správny orgán konštatuje aj vzhľadom na skutočnosť deklarovanú prvostupňovým správnym orgánom (v bode 96 napadnutého rozhodnutia), a síce, že účastník konania sa uvedeného porušenia zákona o verejnom obstarávaní dopustil prvýkrát, a teda nejde o recidivistu, ktorý by sa uvedeného porušenia dopúšťal opakovane (aj potom, ako by už v minulosti bol za toto porušenie sankcionovaný).
104. **Po preskúmaní odôvodnenia napadnutého rozhodnutia o uložení pokuty, ako aj po vykonaní vlastného vyhodnotenia všetkých okolností vplývajúcich na výšku uloženej pokuty, druhostupňový správny orgán dospel k záveru, že sa stotožňuje s poľahčujúcimi okolnosťami, ktoré zohľadnil prvostupňový správny orgán. Druhostupňový správny orgán má súčasne za to, že vzhľadom na výrazne znížený vplyv porušenia zo strany účastníka konania na hospodársku súťaž možno v danom prípade pristúpiť k zníženiu uloženej pokuty na dolnú hranicu jej zákonného rozpätia, a to aj vzhľadom na skutočnosť, že druhostupňový správny orgán sa v danom prípade nestotožnil so záverom prvostupňového správneho orgánu o existencii obzvlášť priťažujúcej okolnosti, ktorá by mala byť zohľadnená pri určení výšky pokuty.**
105. Vo vzťahu k žiadosti účastníka konania o upustenie od uloženia pokuty, druhostupňový správny orgán uvádza, zákon o verejnom obstarávaní v § 182 ods. 9 ustanovuje, že od uloženia sankcie podľa odsekov 1 až 3 možno upustiť, ak
- osoba, ktorá sa dopustila správneho deliktu oznámi túto skutočnosť úradu pred začatím konania o uložení sankcie za tento správny delikt,
 - úrad začal konanie o uložení sankcie na základe oznámenia podľa písmena a) a
 - vzhľadom na povahu protiprávneho konania, ktoré je predmetom konania o uložení sankcie, ako aj skutočnosť, že účastník konania nebol v minulosti sankcionovaný

za rovnaký správny delikt možno dôvodne očakávať, že už samotné prejednanie správneho deliktu postačí na nápravu účastníka konania.

106. Od uloženia pokuty je teda úrad oprávnený upustiť, avšak len za predpokladu naplnenia predmetných troch podmienok, ktoré sú v § 182 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní vyjadrené kumulatívnym spôsobom, a teda musia byť naplnené súčasne, čo v danom prípade nie je splnené, keďže zjavne absentuje naplnenie podmienok uvedených pod písm. a) a b). Druhostupňový správny orgán teda nie je oprávnený v tomto správnom konaní upustiť od uloženia pokuty účastníkovi konania.
107. Podľa § 59 ods. 1 správneho poriadku odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu, ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni.
108. Podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
109. Vychádzajúc z uvedených dôvodov a na základe návrhu ustanovenej osobitnej komisie druhostupňový správny orgán v tomto konaní o rozklade účastníka konania **preskúmal napadnuté rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu v celom rozsahu, pričom neidentifikoval dôvody na jeho zmenu alebo zrušenie v časti, v ktorej prvostupňový správny orgán konštatoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktorým účastník konania naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní. Druhostupňový správny orgán však identifikoval dôvody na zmenu napadnutého rozhodnutia, čo sa týka výšky pokuty uloženej účastníkovi konania, a preto pristúpil k jej zníženiu zo sumy 2 500 eur na sumu 500 eur.**
110. Na základe uvedených skutočností druhostupňový správny orgán rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e

Podľa § 61 ods. 2 správneho poriadku sa proti tomuto rozhodnutiu nemožno odvolať. Rozhodnutie je preskúmateľné súdom.

(elektronický podpis)

JUDr. Peter Kubovič
predseda
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí
Banskobystrický samosprávny kraj, Námestie SNP 23, 974 01 Banská Bystrica,
IČO: 37 828 100