



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 09. 09. 2019
Číslo spisu: 11125-9000/2019

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 a orgán príslušný podľa § 146 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) vo veci odvolania navrhovateľa **Power Service Int. s. r. o.**, Šustekova 16, 851 04 Bratislava (ďalej len „navrhovateľ“) proti rozhodnutiu úradu č. 4666-6000/2019-OD/2 zo dňa 15. 07. 2019, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa smerujúcich proti vylúčeniu v užšej súťaži na predmet zákazky „Transformácia 400/110 kV Bystričany – T401, T402 – realizácia stavby“, vyhlásenej obstarávateľom **Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s.**, Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 07. 03. 2018 pod značkou 2018/S 046-101711 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 48/2018 zo dňa 08. 03. 2018 pod značkou 3369 – MUP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie navrhovateľa Power Service Int. s. r. o., Šustekova 16, 851 04 Bratislava **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 4666-6000/2019-OD/2 zo dňa 15. 07. 2019 **potvrďuje** podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Navrhovateľ dňa 24. 07. 2019 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 4666-6000/2019-OD/2 zo dňa 15. 07. 2019 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania, ktorým úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zamietol námietky navrhovateľa.

Rozhodnutie úradu

2. Z rozhodnutia úradu vyplýva, že kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovil o. i. podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorej požadoval obsadiť kľúčových odborníkov pre pozície uvedené v bode 28 tohto rozhodnutia.
3. Úrad zistil, že navrhovateľ využil na preukázanie danej podmienky účasti kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže obsadil jednotlivé pozície predmetných kľúčových pracovníkov fyzickými osobami – nepodnikateľmi, ktoré sa v budúcnosti stanú jeho zamestnancami za predpokladu, že sa stane úspešným uchádzačom

inej osoby. Úrad následne uviedol, že kľúčovou a zásadnou právnou otázkou v tomto konaní pre posúdenie skutočnosti, či kontrolovaný vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní alebo nie, je posúdenie toho, či je možné za vlastné kapacity inej osoby JV Energy s.r.o. považovať uvedené fyzické osoby – nepodnikateľov, ktoré deklarujú výkon činnosti, ktoré majú byť predmetom zákazky, prostredníctvom uzatvorených príkazných zmlúv, resp. či v danom prípade došlo k reťazeniu kapacít. V tejto súvislosti úrad poukázal na Výkladové stanovisko č. 5/2018, v ktorom sa zaoberal problematikou reťazenia kapacít (bod 54 tohto rozhodnutia).

7. V nadväznosti na uvedené úrad konštatoval, že z ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní explicitne vyplýva, že **iná (tretia) osoba môže poskytnúť záujemcovi**, resp. uchádzačovi za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti **iba svoje vlastné kapacity**. Pojem vlastná kapacita inej osoby by sa mal pritom podľa úradu vykladať s ohľadom na pracovné a obdobné predpisy a malo by teda ísť o všetky formy pracovnoprávných a iných obdobných vzťahov.
8. V tejto súvislosti úrad poukázal tiež na metodické usmernenie úradu č. 6394-5000/2019 zo dňa 27. 03. 2019, podľa ktorého, cit.: „*Závislá práca môže byť vykonávaná výlučne v pracovnom pomere alebo 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.*“ Interná kapacita, ktorú má iná osoba k dispozícii a s ktorou môže nakladať ako svojimi vlastnými kapacitami, podľa úradu zodpovedá kapacitám zamestnancov inej osoby, ktorí pre inú osobu v pracovnom pomere vykonávajú závislú prácu vo vzťahu podriadenosti voči inej osobe ako zamestnávateľovi. Je totiž zrejmé, že s odbornými kapacitami svojich zamestnancov je iná osoba ako ich zamestnávateľ oprávnená disponovať ako so svojou pracovnou silou, t. j. vlastnou kapacitou.
9. Úrad následne uviedol, že Zákonník práce pritom nepozná zmluvný typ príkaznej zmluvy. Jej uzatvorením nikdy nevzniká pracovnoprávny vzťah, a teda nie je možné objektívne zamestnať osobu na základe tohto zmluvného typu, t. j. fyzická osoba – nepodnikateľ, ktorá má plniť úlohy, resp. vykonávať určité činnosti na základe tohto zmluvného typu, nemá status zamestnanca tak, ako v prípade pracovnej zmluvy. Príkazná zmluva ako zmluvný typ je upravená v § 724 až 741 Občianskeho zákonníka. Príkazná zmluva je obstarávateľský typ zmluvy, ktorou sa zaväzuje príkazník, že pre príkazcu obstará určitú vec alebo vykoná činnosť. Jej uzatvorením vzniká občianskoprávny vzťah založený na koncepte, kde zmluvné strany sú v rovnoprávnom postavení, nevzniká medzi zmluvnými stranami vzťah podriadenosti, ako je to pri pracovnoprávnych vzťahoch. Miera dispozície s fyzickou osobou – nepodnikateľom, ktorá vzniká občianskoprávnym vzťahom na základe príkaznej zmluvy, je limitovaná, a teda je odlišná ako pri právnom vzťahu, ktorý vzniká na základe pracovnej zmluvy. Uzavretím príkaznej zmluvy (ktorú Zákonník práce ako zmluvný typ zakladajúci pracovnoprávny vzťah neupravuje) sa totiž príkazník nestáva zamestnancom inej osoby (príkazcu), a teda nevzniká vzťah podriadenosti tejto osoby voči inej osobe, v dôsledku ktorej by iná osoba mohla s kapacitami v podobe fyzickej osoby – nepodnikateľa nakladať ako so svojimi vlastnými.
10. Na základe uvedeného úrad konštatoval, že **príkazné zmluvy uzatvorené medzi spoločnosťou JV Energy s.r.o. a fyzickými osobami – nepodnikateľmi nie je možné vnímať ako dôkazy preukazujúce, že odborné spôsobilosti týchto fyzických osôb – nepodnikateľov (**
) sú internou „vlastnou“ kapacitou inej osoby, t. j. spoločnosti JV Energy s.r.o. V nadväznosti na uvedené mal úrad za to, že tieto fyzické osoby – nepodnikatelia nie sú vlastnými, t. j. internými kapacitami inej osoby spoločnosti JV Energy s.r.o., prostredníctvom ktorej navrhovateľ

preukazoval splnenie danej podmienky účasti, nakoľko v danom prípade ide o kapacity inej osoby v druhom rade. Podľa úradu medzi navrhovateľom a týmito odbornými kapacitami, t. j. fyzickými osobami – nepodnikateľmi, s ktorými má spoločnosť JV Energy s.r.o. uzatvorené príkazné zmluvy, neexistuje priamy právny vzťah. Úrad mal preto za preukázané, že nahradením iných osôb uskutočneným spôsobom zo strany navrhovateľa pri preukazovaní danej podmienky účasti technickej/odbornej spôsobilosti **došlo pri inej osobe JV Energy s.r.o. k poskytnutiu kapacít cez „reťaz“ iných (tretích) osôb, čo je v rozpore s § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**. Kontrolovaný podľa úradu postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď vylúčil navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. k) tohto zákona.

11. Vzhľadom na uvedené skutočnosti úrad podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní námietky navrhovateľa **zamietol**.

Odvolanie navrhovateľa

12. Proti rozhodnutiu úradu podal navrhovateľ odvolanie, v ktorom uvádza, že rozhodnutie úradu považuje v celom rozsahu za nezákonné, nakoľko úrad sa v plnom rozsahu nevysporiadal so skutočnosťami a argumentáciou navrhovateľa uvedenými v podaných námietkach, pričom úrad svoje rozhodnutie založil výlučne na vlastnom právnom názore, ktorý nemá oporu v žiadnom ustanovení platných právnych predpisov.
13. V prvom rade navrhovateľ poukazuje na konštatovanie úradu, že v príslušnom čase nerozporoval využitie inštitútu nahradenia inej osoby, a keďže úrad je viazaný obsahom námietok, v predmetnom konaní sa nemôže zaoberať procesom vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, ktorý predchádzal využitiu inštitútu nahradenia inej osoby. Podľa navrhovateľa je uvedené v priamom rozpore so skutkovým stavom veci, nakoľko z obsahu dokumentácie, ako aj z textu samotných námietok je zrejmé, že nezákonnosť aplikácie inštitútu nahradenia inej osoby navrhovateľ od počiatku až doposiaľ namietal (podľa navrhovateľa je zjavné, že zákonnosť postupu kontrolovaného, resp. nezákonnosť aplikácie inštitútu nahradenia inej osoby navrhovateľ od počiatku namietal, spochybňoval a trval na tom, že podmienky technickej a odbornej spôsobilosti splnil, avšak vyslovene v záujme kontrolovaného inej osoby nahradil).
14. V tejto súvislosti navrhovateľ cituje z podaných námietok, kde o. i. uviedol, cit.: *„Už z vyššie popísanej chronológie vzájomnej komunikácie je zrejماً nezákonnosť postupu obstarávateľa. Predložená žiadosť o účasť obsahovala všetky doklady vyžadované zákonom o VO a obstarávateľom na splnenie podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti. Obstarávateľ však spochybnil zmluvu, ktorú sme mali uzatvorenú s požadovanými odborne spôsobilými osobami. (...) obstarávateľ doposiaľ v žiadnom inom verejnom obstarávaní nikdy nevyhodnotil takéto isté zmluvy uzatvorené medzi záujemcom a odborne spôsobilými osobami, ktorými sa tieto osoby zaviazali, že budú pre záujemcu vykonávať príslušnú odbornú činnosť ako jeho zamestnanci, za pochybné a nejasné. Práve na základe takýchto zmlúv, prostredníctvom ktorých záujemca preukazoval obstarávateľovi, že požadované odborné kapacity bude mať počas realizácie zákazky k dispozícii, ako svojich budúcich zamestnancov, obstarávateľ doposiaľ vždy považoval podmienky technickej a odbornej spôsobilosti za riadne splnené. Podotýkame, že obstarávateľ takéto zmluvy v iných verejných obstarávaníach štandardne akceptoval aj v prípade iných záujemcov. (...) Postup obstarávateľa (kontrolovaného), ktorý doposiaľ v identických prípadoch uplatnil na vyhodnotenie splnenie podmienok technickej alebo odbornej spôsobilosti na základe obsahovo identických zmluvných vzťahov s požadovanými odborne spôsobilými osobami a mal ich za riadne preukázané (podľa vedomostí odvolateľa nikdy odborne spôsobilé fyzické osoby - nepodnikateľov, na základe takýchto zmluvných vzťahov nekvalifikoval ako tretie osoby), považuje odvolateľ za hrubé porušenie princípu transparentnosti verejného obstarávania, ktorý je obstarávateľ (kontrolovaný) povinný v zmysle § 10 ods. 2 zákona o VO rešpektovať. (...).“*

15. **Nakoľko nezákonnosť využitia inštitútu nahradenia inej osoby navrhovateľ od počiatku namieta, pričom táto skutočnosť bola aj obsahom námietok, úrad bol podľa navrhovateľa povinný sa touto namietanou skutočnosťou zaoberať.**
16. Navrhovateľ ďalej uvádza, že sa opodstatnene spoliehal na to, že tie isté doklady, ktoré ten istý obstarávateľ v predchádzajúcich obstarávaníach akceptoval, pričom k žiadnej zmene právnej úpravy v tomto smere nedošlo, budú logicky postačujúce aj v prípade tohto verejného obstarávania. Úrad sa však k uvedeným skutočnostiam, na ktoré navrhovateľ poukazoval v námietkach, vôbec nevyjadril (úrad sa teda podľa navrhovateľa nevysporiadal s jeho námietkami ohľadom nerovnakého zaobchádzania a diskriminácie), na základe čoho je rozhodnutie podľa navrhovateľa arbitrárne a nepreskúmateľné.
17. Pokiaľ ide o posúdenie úradu, či je možné uvedené fyzické osoby – nepodnikateľov na základe príkazných zmlúv považovať za vlastné kapacity inej osoby JV Energy s.r.o., navrhovateľ v prvom rade uvádza, že ak splnenie podmienky účasti preukazoval prostredníctvom tretích osôb, tak pri tejto tretej osobe je potrebné preukázať len splnenie podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity navrhovateľovi poskytnuté. Zákonodarca v žiadnom platnom právnom predpise nestanovil, že táto tretia osoba musí disponovať kľúčovými odborníkmi ako svojimi vlastnými zamestnancami. Kontrolovaný, ako aj úrad však napriek tomu nad rámec svojich kompetencií skúmali a požadovali, aby tretie osoby (resp. jedna z tretích osôb) disponovali kľúčovými odborníkmi ako svojimi vlastnými zamestnancami.
18. Navrhovateľ ďalej uvádza, že JV Energy, s.r.o. nie je žiadnym sprostredkovateľom kapacít, ktorými v skutočnosti disponuje iný hospodársky subjekt. Spoločnosť JV Energy, s.r.o. (u ktorej bol kontrolovaný podľa navrhovateľa oprávnený preverovať len splnenie podmienok osobného postavenia) priamo disponuje odbornými kapacitami na základe platne uzatvorených príkazných zmlúv s fyzickými osobami – nepodnikateľmi. Odborné kapacity teda nie sú kapacitami iného hospodárskeho subjektu a svoju odbornú činnosť nevykonávajú samostatne vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť ako sústavnú činnosť (t. j. nejde o podnikateľov). Pojem vlastné kapacity si sám úrad svojvoľne zúžil na súčasných zamestnancov, avšak zo žiadneho právneho predpisu nevyplýva, že tretia osoba musí disponovať kľúčovými odborníkmi výlučne ako svojimi vlastnými zamestnancami.
19. Už zo samotného charakteru príkaznej zmluvy je podľa navrhovateľa zrejmé, že odborne spôsobilé osoby budú svoju činnosť vykonávať v mene a na účet tretej osoby (príkazcu), a teda argumentácia úradu, že JV Energy, s.r.o. je len sprostredkovateľom kapacít, neobstojí. Fakt, že odbornú činnosť tieto osoby ani nemôžu vykonávať vo vlastnom mene a na svoj účet, vyplýva napokon už aj z toho, že nejde o podnikateľov oprávnených poskytovať svoje odborné služby v rámci výkonu podnikateľskej činnosti, ale ide o fyzické osoby – nepodnikateľov, ktoré sú však odborne spôsobilé na výkon požadovanej odbornej činnosti.
20. Vzťah nadriadenosti a podriadenosti, ktorý je charakteristický pre pracovnoprávne vzťahy, pritom podľa navrhovateľa žiadnym spôsobom negarantuje, že ide o „kvalitnejšie“ a „istejšie“ vlastné kapacity, resp. podľa úradu jediné možné vlastné kapacity. Argumentácia úradu ohľadom nevyhnutnosti existencie pracovnoprávneho vzťahu kľúčových odborníkov vo vzťahu k tretej osobe, prostredníctvom ktorej navrhovateľ preukazoval splnenie podmienok technickej/odbornej spôsobilosti, podľa navrhovateľa nemá žiadne právne ani logické opodstatnenie. Navrhovateľ má za to, že úrad v tomto prípade konal nad rámec zákona o verejnom obstarávaní tým, že posudzoval právne otázky, ktoré sú nad rámec jeho kompetencie, pričom neprihliadal na aplikáciu a výklad práva EÚ. Úrad pritom vylúčenie navrhovateľa potvrdil len na základe vlastného výkladu zákona o verejnom obstarávaní bez toho, aby poukázal na konkrétne zákonné ustanovenie, ktoré navrhovateľ porušil.

21. Navrhovateľ poukazuje tiež na to, že v prípade strojového vybavenia úrad úplne logicky akceptuje, že zákon o verejnom obstarávaní nestanovuje ako podmienku týchto vlastných kapacít vlastníctvo strojového vybavenia. V tejto súvislosti navrhovateľ poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 3309-5000/2018, podľa ktorého, cit.: „*Zákon v prípade podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. j) výslovne od uchádzača nevyžaduje, aby potrebné strojové vybavenie uchádzač aj vlastnil. Postačuje, ak vie preukázať, že také strojové vybavenie má k dispozícii, napr. aj na základe nájomnej zmluvy, ktorá mu zakladá právo disponovať s určitou vecou namiesto jej vlastníka (za čo vlastníkovi platí nájomné).*“ Naopak, v prípade odborných kapacít, pri ktorých podľa navrhovateľa zákon o verejnom obstarávaní takisto nevyžaduje, aby boli zamestnancami záujemcu či tretej osoby, zaujal úrad úplne opačný názor a bez opory v tomto zákone uzavrel, že musí ísť o vlastných zamestnancov (napriek tomu, že odborne spôsobilé osoby neboli zabezpečené spôsobom, ktorý by sa prial zákazku tzv. reťazenia). **Úrad teda podľa navrhovateľa bez akejkoľvek zákonnej opory dospel k záveru, že tretia osoba musí požadovanými kľúčovými odborníkmi disponovať výlučne ako vlastnými zamestnancami.**
22. Navrhovateľ navrhuje, aby rada rozhodnutie úradu zmenila tak, že námietkam navrhovateľa vyhovie.

Vyjadrenie kontrolovaného k odvolaniu navrhovateľa

23. Dňa 30. 07. 2019 kontrolovaný doručil úradu vyjadrenie k podanému odvolaniu, v ktorom uvádza, že sa k argumentácii navrhovateľa v odvolaní dostatočne vyjadril už vo svojom vyjadrení k námietkam, pričom naďalej trvá na tomto vyjadrení v celom rozsahu.
24. Kontrolovaný následne poukazuje na rozhodnutie rady č. 7614-9000/2019 zo dňa 01. 07. 2019, v ktorom podľa kontrolovaného rada potvrdila ako správne vnímať interné kapacity a kapacity inej osoby v kontexte preukazovania splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.
25. Podľa kontrolovaného bolo vylúčenie navrhovateľa z predmetnej užšej súťaže oprávnené a v súlade s § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný sa preto v celom rozsahu stotožňuje s rozhodnutím úradu a navrhuje, aby rada odvolanie navrhovateľa zamietla a napadnuté rozhodnutie potvrdila.

Zistenia rady

26. Po preskúmaní dokumentácie kontrolovaného k predmetnej zákazke a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa rada zistila nasledovné skutočnosti:
27. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 07. 03. 2018 pod značkou 2018/S 046-101711 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 48/2018 zo dňa 08. 03. 2018 pod značkou 3369 – MUP **užšiu súťaž** na predmet zákazky „Transformácia 400/110 kV Bystričany – T401, T402“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 17 100 000 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Žiadosť o účasť v predmetnej užšej súťaži predložili 8 záujemcovia vrátane navrhovateľa. Kontrolovaný listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ z 29. 06. 2018 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, na čo navrhovateľ odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ z 02. 07. 2019. Listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ z 19. 09. 2018 kontrolovaný požiadal navrhovateľa opätovne o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, na čo navrhovateľ odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ z 28. 09. 2018. Kontrolovaný následne listom „Žiadosť o nahradenie iných osôb a žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov“ z 03. 12. 2018 požiadal navrhovateľa o nahradenie iných

osôb a vysvetlenie predložených dokladov, na čo navrhovateľ reagoval listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ z 13. 12. 2018. Kontrolovaný následne listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ z 15. 01. 2019 požiadal navrhovateľa o vysvetlenie/doplnenie predložených dokladov, na čo navrhovateľ odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ z 24. 01. 2019. Následne kontrolovaný dňa 04. 02. 2019 doručil navrhovateľovi oznámenie o vylúčení, proti čomu podal navrhovateľ námietky (doručené úradu aj kontrolovanému dňa 12. 02. 2019). O týchto námietkach úrad rozhodol tak, ako je uvedené v bode 11 tohto rozhodnutia. Proti rozhodnutiu úradu podal kontrolovaný odvolanie.

28. V bode III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, ako aj v časti A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov, kontrolovaný v rámci stanovenej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní požadoval od záujemcov predložiť nasledovné doklady, cit.:

„**3.1.3** (...) úradne osvedčené fotokópie autorizačných osvedčení/osvedčení alebo fotokópie autorizačných osvedčení/osvedčení s originálom odtlačku pečiatky a podpisom autorizovanej osoby na vybrané činnosti vo výstavbe podľa zákona č. 50/1976 Z. z. v znení neskorších predpisov a podľa zákona č. 138/1992 Z. z. o autorizovaných architektoch a stavebných inžinieroch v platnom znení alebo rovnocenné doklady vydané v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu:

3.1.3.1 Autorizačné osvedčenia inžinierov v nasledovných kategóriách:

3.1.3.1.1 (...) komplexné architektonické a inžinierske služby a súvisiace technické poradenstvo (...) a

3.1.3.1.2 (...) inžinier pre statiku stavieb (...) a

3.1.3.1.3 (...) inžinier pre technické, technologické a energetické vybavenie stavieb (...).

3.1.3.2 Osvedčenia pre činnosť stavbyvedúci v nasledovnej kategórii:

3.1.3.2.1 stavbyvedúci pre technické, technologické a energetické vybavenie stavieb s odborným zameraním – elektrotechnické zariadenia a

3.1.3.2.2 stavbyvedúci pre pozemné stavby a

3.1.3.2.3 stavbyvedúci pre inžinierske stavby.

(...)

3.1.4 (...) úradne osvedčenú fotokópiu platného oprávnenia alebo fotokópiu s originálom odtlačku pečiatky a podpisom autorizovanej osoby na vybrané činnosti vo výstavbe podľa zákona č. 50/1976 Z. z. v znení neskorších predpisov a podľa § 5 ods. 1 zákona č. 216/1995 Z. z. o Komore geodetov a kartografov, pričom musí spĺňať § 6 zákona č. 215/1995 Z. z. o geodézii a kartografii v plnom rozsahu alebo rovnocenný doklad vydaný v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu.

3.1.5 (...) úradne osvedčené fotokópie platných osvedčení podľa § 21 alebo § 22 vyhlášky MPSVaR SR č. 508/2009 Z. z. bez obmedzenia napätia, ktorou sa ustanovujú podrobnosti na zaistenie bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci s technickými zariadeniami tlakovými, zdvíhacími, elektrickými a plynovými a ktorou sa ustanovujú technické zariadenia, ktoré sa považujú za vyhradené technické zariadenia a zákona č. 124/2006 Z. z. alebo rovnocenný doklad vydaný v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu – pre 8 pracovníkov.

3.1.6 (...) úradne osvedčené fotokópie platných osvedčení podľa § 23 Vyhlášky MPSVaR SR č. 508/2009 Z. z. bez obmedzenia napätia (...) – pre 2 pracovníkov.

3.1.7 (...) úradne osvedčenú fotokópiu platného osvedčenia podľa § 24 Vyhlášky MPSVaR SR č. 508/2009 Z. z. bez obmedzenia napätia (...) – pre jedného pracovníka.

3.1.8 (...) úradne osvedčenú fotokópiu oprávnenia na výkon funkcie koordinátora bezpečnosti podľa § 6 NV č. 396/2006 Z. z. o minimálnych bezpečnostných a zdravotných požiadavkách na stavenisko predložením oprávnenia:

a) na výkon činnosti stavbyvedúceho alebo

b) na výkon činnosti stavebného dozoru alebo

c) autorizovaný bezpečnostný technik podľa § 24 zákona č. 124/2006 Z. z.

Oprávnenie podľa bodu 3.1.8 písm. a) a b) preukazuje predložením úradne osvedčenej fotokópie osvedčenia alebo fotokópie osvedčenia s originálom odtlačku pečiatky a podpisom autorizovanej osoby na vybrané činnosti vo výstavbe podľa zákona č. 50/1976 Zb. v znení neskorších predpisov a podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a stavebných inžinieroch v platnom znení alebo rovnocenný doklad vydaný v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu. Oprávnenie podľa bodu 3.1.8 písm. c) preukazuje predložením osvedčenia autorizovaného bezpečnostného technika podľa § 24 zákona č. 124/2006 Z. z. alebo rovnocenného dokladu vydaného v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu.

3.1.9 (...) doklad (osvedčenú fotokópiu) o odbornej spôsobilosti pre manipuláciu s elektrickými zariadeniami s obsahom SF6 v zmysle zákona č. 286/2009 Z. z. o fluórovaných skleníkových plynach a v zmysle nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č.517/2014 alebo rovnocenný doklad vydaný v štáte sídla alebo miesta podnikania subjektu.“

29. V žiadosti o účasť navrhovateľ za účelom preukázania danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti predložil nasledovné doklady:

Podmienka účasti	Predložené doklady		Kľúčový odborník
3.1.3.1.1	Autorizačné osvedčenie: komplexné architektonické a inžinierske služby a súvisiace technické poradenstvo v kategórii/podkategórii – inžinierske stavby/líniové vedenia a rozvody	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.3.1.2	Autorizačné osvedčenie: inžinier pre statiku stavieb	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.3.1.3	Autorizačné osvedčenie: inžinier pre technické, technologické a energetické vybavenie stavieb/elektrotechnické zariadenia	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.3.2.1	Osvedčenie pre činnosti stavbyvedúci pre technické, technologické a energetické vybavenie stavieb/elektrotechnické zariadenia	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.3.2.2	Osvedčenie pre činnosti stavbyvedúci pre pozemné stavby	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.3.2.3	Osvedčenie pre stavbyvedúci pre inžinierske stavby	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.4	Autorizačné osvedčenie na vybrané činnosti vo výstavbe podľa zákona č. 50/1976 Z. z. v znení neskorších predpisov a podľa § 5 ods. 1 zákona č. 216/1995 Z. z. o Komore geodetov a kartografov	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.5	Osvedčenia podľa § 21 alebo § 22 vyhlášky Ministerstva práce č. 508/2009	Čestné vyhlásenie (preukázanie vlastných kapacít)	██████████ ██████████
3.1.5	Osvedčenia podľa § 21 alebo § 22 vyhlášky Ministerstva práce č. 508/2009	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████ ██████████ ██████████ ██████████ ██████████
3.1.6	Osvedčenia podľa § 23 vyhlášky Ministerstva práce č. 508/2009	Zmluvy o poskytnutí kapacít	██████████ ██████████
3.1.7	Osvedčenie podľa § 24 vyhlášky Ministerstva práce č. 508/2009	Čestné vyhlásenie (preukázanie vlastných kapacít)	██████████
3.1.7	Osvedčenie podľa § 24 vyhlášky Ministerstva práce č. 508/2009	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.8	Osvedčenie na výkon funkcie koordinátora bezpečnosti podľa § 6 nariadenia vlády č. 396/2006 Z. z.	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████
3.1.9	Osvedčenie o odbornej spôsobilosti pre manipuláciu s elektrickými zariadeniami s obsahom SF6	Zmluva o poskytnutí kapacít	██████████

Zmluvy o poskytnutí kapacít obsahujú v článku I nasledovný text, cit.: „1. Objednávateľ má záujem uchádzať sa o realizáciu predmetu zákazky (užšej súťaže) s názvom „Transformácia 400/110 kV Bystričany – T401, T402“ – realizácia stavby vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania – vybrané odvetvia – číslo Vestníka 48/2018 z 8. 3. 2018 pod číslom 3369 – MUP. 2. Poskytovateľ je odborne spôsobilá osoba na výkon činnosti (...), a to na základe Osvedčenia (...) 3. Zmluvné strany sa dohodli, že v prípade, ak bude Objednávateľova ponuka na realizáciu Projektu vyhodnotená ako úspešná a obstarávateľ uzatvorí s Objednávateľom platnú zmluvu na realizáciu Projektu (ďalej len „Zmluva“), Poskytovateľ sa zaväzuje vykonávať pre Objednávateľa technickú a odbornú činnosť pri realizácii Projektu podľa požiadaviek a pokynov Objednávateľa v rozsahu svojej odbornej spôsobilosti podľa ods. 2, a to počas celého trvania Zmluvy. Objednávateľ sa zaväzuje zaplatiť poskytovateľovi odmenu za výkon činnosti podľa predchádzajúcej vety vo výške uvedenej v mzdovom dekréte, v súlade so zákonníkom práce.“

Čestné vyhlásenie obsahuje nasledovný text, cit.: „Dolupodpísaní štatutárni zástupcovia spoločnosti Power Service Int. s.r.o. (...) čestne vyhlasujeme, že nižšie uvedení pracovníci sú zamestnancami spoločnosti Power Service Int. s.r.o., ktorými spoločnosť preukazuje vlastnú technickú a odbornú spôsobilosť.“

30. Kontrolovaný listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ zo dňa 19. 09. 2018 o. i. požiadal navrhovateľa o vysvetlenie, či nižšie uvedené osoby

- 1) 3.1.3.1.1 – [REDACTED] – (...),
- 2) 3.1.3.1.2 – [REDACTED] – (...),
- 3) 3.1.3.1.3 – [REDACTED] – (...),
- 4) 3.1.3.2.1 – [REDACTED] – (...),
- 5) 3.1.3.2.2 – [REDACTED] – (...),
- 6) 3.1.3.2.3 – [REDACTED] – (...),
- 7) 3.1.4 – [REDACTED] – (...),
- 8) 3.1.5 a 3.1.6 – [REDACTED] – (...),
- 9) 3.1.7 – [REDACTED] – (...),
- 10) 3.1.8 – [REDACTED] – (...),
- 11) 3.1.9 – [REDACTED] – (...),

sú jeho zamestnancami v pracovnom pomere vykonávajúci prácu na základe pracovnej zmluvy alebo ide o iné osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

31. Navrhovateľ na predmetnú žiadosť odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 28. 09. 2018, v ktorom o. i. uviedol, cit.: „(...) Vychádzajúc z obsahu týchto zmlúv je teda zrejmé, že každá z osôb uvedených v bode 1-11 sa zaviazala, že ak bude ponuka záujemcu úspešná, tak bude pre záujemcu vykonávať dohodnutú činnosť, za ktorú mu záujemca zaplatí odmenu – mzdu. **To znamená, že záujemca si týmto spôsobom zabezpečil a obstarávateľovi preukázal budúce vlastné kapacity pre prípad, ak bude jeho ponuka úspešná. Ako teda vyplýva aj z predložených zmlúv, odborne spôsobilé osoby 1 – 11 sú budúcimi zamestnancami záujemcu.** Dovoľujeme si ešte upozorniť, že predloženie čestného vyhlásenia o troch vlastných zamestnancoch, žiadnym spôsobom nespochybňuje vyššie uvedené vysvetlenie. Záujemca logicky nemohol do čestného vyhlásenia zahrnúť aj odborne spôsobilé osoby uvedené v bode 1- 11, keďže v súčasnosti ešte nie sú zamestnancami záujemcu. (...) Ako sme už uviedli, tak **odborne spôsobilé osoby 1- 11 sú budúcimi zamestnancami záujemcu – (fyzické osoby) nepodnikatelia, čo vyplýva aj z predložených zmlúv. (...).**“

32. Kontrolovaný listom „Žiadosť o nahradenie osôb a žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov“ zo dňa 03. 12. 2018 o. i. požiadal navrhovateľa podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom

obstarávaní o nahradenie iných osôb. V tejto žiadosti kontrolovaný o. i. uviedol tiež nasledovné, cit.: „Na základe Vášho vysvetlenia, v ktorom uvádzate, že uvedené osoby sú Vašimi budúcimi zamestnancami, keďže takýto status zákon o VO nedefinuje, obstarávateľ (...) požiadal ÚVO o vyjadrenie, či je možné podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o VO preukázať aj budúcimi vlastnými zamestnancami, s ktorými uchádzač nemá v čase predkladania ponúk uzatvorené pracovné zmluvy, ani dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru? Dňa 15. 11. 2018 bolo obstarávateľovi doručené metodické usmernenie ÚVO č. 12336-5000/2018 zo dňa 12. 11. 2018 (...), z ktorého vyplýva nasledovné, citujeme: „Ak záujemca/uchádzač nedisponuje vlastnými technickými a odbornými kapacitami, ktorými by preukázal splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, má možnosť, tak ako je to uvedené v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a tak ako správne uvádzate vo Vašej žiadosti, využiť kapacity akejkoľvek inej osoby odlišnej od záujemcu/uchádzača. Zdôrazňujeme, 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).“ (...) Na základe uvedeného metodického usmernenia ÚVO, obstarávateľ konštatuje, že osoby podľa pozícií uvedených vyššie v bodoch 1 – 11 preukazujete prostredníctvom využitia kapacít iných osôb, ktorými sú fyzické osoby – nepodnikatelia.

(...) Na základe uvedených skutočností obstarávateľ konštatuje, že ste v žiadosti o účasť za iné osoby, ktorých kapacity využívate na preukázanie podmienok účasti (...) nepredložili:

- Výpis z registra trestov jednotlivých iných osôb podľa § 32 ods. 2 písm. a) zákona o VO, čím uvedené iné osoby nepreukázali splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. a) v nadväznosti na § 34 ods. 3 zákona o VO,
- potvrdenia príslušnej zdravotnej poisťovne a Sociálnej poisťovne jednotlivých iných osôb podľa § 32 ods. 2 písm. b) zákona o VO, čím uvedené iné osoby nepreukázali splnenie podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. b) v nadväznosti na § 34 ods. 3 zákona o VO,
- alebo JED uvedených iných osôb, ktorým by v súlade s § 39 zákona o VO predbežne nahradili doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti za uvedené iné osoby.

Na základe horeuvedených skutočností, keďže existujú dôvody na vylúčenie iných osôb, ktorým preukazujete nasledovné podmienky účasti podľa kapitoly A.2 súťažných podkladov a bodu III.1.3) oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania:

- 1) 3.1.3.1.1 – [REDACTED] – (...),
- 2) 3.1.3.1.2 – [REDACTED] – (...),
- 3) 3.1.3.1.3 – [REDACTED] – (...),
- 4) 3.1.3.2.1 – [REDACTED] – (...),
- 5) 3.1.3.2.2 – [REDACTED] – (...),
- 6) 3.1.3.2.3 – [REDACTED] – (...),
- 7) 3.1.4 – [REDACTED] – (...),
- 8) 3.1.5 a 3.1.6 – [REDACTED] – (...),
- 9) 3.1.7 – [REDACTED] – (...),
- 10) 3.1.8 – [REDACTED] – (...),
- 11) 3.1.9 – [REDACTED] – (...),

Vás v súlade s § 40 ods. 5 zákona o VO žiadame o nahradenie vyššie uvedených iných osôb novými subjektami, ktoré príslušnú podmienku účasti v celom rozsahu a v súlade so zákonom o VO splnia, ak nepreukážete, kde a akými dokladmi v predloženej žiadosti o účasť preukazujete za uvedené iné osoby splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 od. 1 zákona o VO v nadväznosti na § 34 ods. 3 zákona o VO.

Nahradené iné osoby, ktorých kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia preukázať splnenie podmienok podľa § 34 ods. 3 zákona

o VO, ako aj podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a nesmú u nich existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o VO. (...).“

33. Navrhovateľ na predmetnú žiadosť odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 13. 12. 2018, v ktorom o. i. uviedol, cit.: „(...) V prvom rade uvádzame, že s názorom ÚVO prezentovaným v cit. metodickom usmernení sa nestotožňujeme a naďalej trváme na našom vyjadrení doručenom (...) 28. 09. 2018. Poznnamenávame, že metodické usmernenie nie je právne záväzné, nehovoriac o tom, že ÚVO žiadne konkrétne zmluvné vzťahy neskúmalo. Opätovne poukazujeme na fakt, že nejde o prvý prípad, kedy záujemca predložil obstarávateľovi zmluvy s rovnakým obsahom, t. j. zmluvy o budúcich vlastných kapacitách a ten istý obstarávateľ ich v predchádzajúcich verejných obstarávaníach nenamietal a bez výhrad akceptoval, o čom svedčí to, že podmienky účasti v týchto verejných obstarávaníach záujemca splnil. Konkrétne ide napr. o verejné obstarávanie na realizáciu zákazky: (...). Napriek tomu v nadväznosti na požiadavku obstarávateľa o nahradenie dotknutých osôb novými subjektmi a pre vyvrátenie akýchkoľvek pochybností o technickej a odbornej spôsobilosti, predkladáme obstarávateľovi zmluvy o spolupráci a poskytnutí odborných a technických kapacít s novými subjektmi, a to konkrétne: 1. so spoločnosťou **GeodetS s.r.o.** (...), 2. so spoločnosťou **JV Energy s.r.o.** (...), 3. so spoločnosťou **Montáže Čakovice Bratislava, a.s.** (...), 4. so spoločnosťou **Sprecher Automation, spol. s r.o.** (...) Splnenie podmienok týkajúcich sa účasti (...) tretích osôb/vlastných kapacít preukazujeme nasledovnými dokladmi:

1. Zmluva o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít medzi spoločnosťou Power Service Int. s.r.o. a **JV Energy s.r.o.** vrátane príloh autorizačných osvedčení, a osvedčení osôb ([REDACTED])
2. Zmluva o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít medzi spoločnosťou Power Service Int. s.r.o. a **Montáže Čakovice Bratislava, a.s.** vrátane príloh osvedčení osôb ([REDACTED])
3. Zmluva o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít medzi spoločnosťou Power Service Int. s.r.o. a **Sprecher Automation, spol. s r.o.** vrátane príloh osvedčení osôb ([REDACTED])
4. Zmluva o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít medzi spoločnosťou Power Service Int. s.r.o. a **GeodetS s.r.o.** vrátane prílohy osvedčenia osoby ([REDACTED])
5. Čestné vyhlásenie spoločnosti Power Service Int. s.r.o. vrátane príloh osvedčení osôb ([REDACTED]).“

Zmluva o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít uzatvorená medzi navrhovateľom a spoločnosťou JV Energy s.r.o. obsahuje v článku III nasledovný text, cit.: „(...)“

2. Poskytovateľ sa zaväzuje poskytnúť objednávateľovi svoje technické a odborné kapacity definované v bode 3 tohto článku zmluvy za účelom:
 - a) Preukázania technickej a odbornej spôsobilosti Objednávateľa v zmysle § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v rámci verejného obstarávania na realizáciu zákazky a
 - b) Realizácie časti zákazky v rozsahu podľa tejto zmluvy v súlade s časovým a vecným harmonogramom odsúhlaseným zmluvnými stranami.
3. Technické a odborné kapacity podľa tejto zmluvy sa poskytovateľ zaväzuje poskytnúť objednávateľovi počas celého trvania zmluvného vzťahu medzi objednávateľom a obstarávateľom na realizáciu zákazky. Podrobnosti týkajúce sa poskytnutia technických a odborných kapacít budú špecifikované v zmluve uzatvorenej medzi objednávateľom a poskytovateľom, ktorú zmluvné strany uzatvoria v prípade, ak objednávateľ bude víťaz

verejného obstarávania na realizáciu zákazky. V prípade, ak nedôjde k uzatvoreniu zmluvy podľa predchádzajúcej vety, poskytovateľ je povinný poskytnúť technické a odborné kapacity podľa tejto zmluvy za obvyklých podmienok v danom mieste a čase.

4. Poskytovateľ sa zaväzuje poskytnúť objednávateľovi nasledovné odborné a technické kapacity – „Technická alebo odborná spôsobilosť podľa § 34 ZVO“ a za účelom preukázania predložiť tieto doklady:
 1. Autorizovaný stavebný inžinier pre komplexné architektonické a inžinierske služby a súvisiace technické poradenstvo (...) – [REDACTED]
 2. Autorizovaný stavebný inžinier pre statiku stavieb – [REDACTED]
 3. Autorizovaný stavebný inžinier pre technické, technologické a energetické vybavenie stavieb/elektrotechnické zariadenia – [REDACTED]
 4. Stavbyvedúci pre pozemné stavby – [REDACTED]
 5. Stavbyvedúci pre inžinierske stavby – [REDACTED]
 6. Elektrotechnik § 21 (...) – [REDACTED]
 7. Elektrotechnik § 21 (...) – [REDACTED]
 8. Elektrotechnik § 21 (...) – [REDACTED]
 9. Revízy technik vyhradeného technického zariadenia elektrického § 24 (...) – [REDACTED]
 10. Koordinátor bezpečnosti podľa § 6 nariadenia vlády č. 396/2006 – [REDACTED]
 11. Manipulácia s elektrickými zariadeniami s obsahom SF6 (...) – [REDACTED]. (...)
5. Zmluvné strany potvrdzujú, že poskytovateľ spĺňa podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú sa poskytuje objednávateľovi svoje technické a odborné kapacity podľa tejto zmluvy.“

34. Kontrolovaný listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ zo dňa 15. 01. 2019 opätovne požiadal navrhovateľa podľa § 40 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov. V predmetnej žiadosti kontrolovaný o. i. uviedol, cit.: „(...) Presun nasledovných fyzických osôb:

[REDACTED]

o ktorých v predchádzajúcom vysvetlení zo dňa 28. 09. 2019 tvrdili, že sú Vašimi vlastnými budúcimi zamestnancami, pod kapacity iných právnických osôb vyvoláva u obstarávateľa pochybnosť, či tieto osoby boli k dátumu nahradenia, t. j. k 13. 12. 2018, a naďalej sú v pracovnom pomere s uvedenými právnickými osobami na základe uzatvorených pracovných zmlúv v súlade s legislatívou platnou v oblasti pracovného práva a legálneho zamestnávania.

Pochybnosť o vlastných kapacitách najmä inej osoby JV Energy s.r.o., Šustekova 16, 851 04 Bratislava vychádza zo skutočnosti, že z verejnej dostupných zdrojov obstarávateľ zistil, že spoločnosť JV Energy s.r.o. (...), ktorá poskytla vyššie uvedené fyzické osoby ako svoje kapacity, nemá podľa verejne dostupných zdrojov (Štatistický úrad Slovenskej republiky <https://slovak.statistics.sk>, register účtovných závierok vedený Ministerstvom financií Slovenskej republiky www.registeruz.sk) žiadnych zamestnancov, ani nevykazuje žiadne tržby za roky 2014 – 2016, pričom spoločnosť vznikla v novembri 2013. Za rok 2017 uvedená

spoločnosť nemá ani k 10. 01. 2019 zverejnenú účtovnú závierku v registri účtovných závierok. (...)

Vzhľadom na vyššie uvedené pochybnosti, ktoré evokujú možné reťazenie iných osôb, obstarávateľ upriamuje pozornosť na Výkladové stanovisko Úradu pre verejné obstarávanie č. 5/2018 zo dňa 15. 11. 2018, z ktorého vyplýva, že ak záujemca využije na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti technické a odborné kapacity inej osoby (§ 34 ods. 3 zákona o VO), musí ísť o osoby, ktoré reálne danými kapacitami samy disponujú. Iné osoby musia poskytovať kapacity priamo záujemcovi a teda sa nemôžu spoliehať na kapacity iných subjektov v rade za sebou, tzn., že nie je možné, aby došlo k poskytovaniu kapacít cez „reťaz“ iných (tretích) osôb. (...)

Obstarávateľ na základe podrobného preskúmania predložených dokladov konštatuje, že ani z predložených dokladov, ani zo zmlúv o spolupráci a poskytnutí technických a odborných kapacít s uvedenými novými inými osobami nevyplýva, že by fyzické osoby, ktoré definujete ako kapacity daných právnických osôb, boli k dátumu ich nahradenia, t. j. k 13. 12. 2018, a stále sú, v pracovnom pomere s danými právnickými osobami na základe uzatvorených pracovných zmlúv v súlade s legislatívou platnou v oblasti pracovného práva a legálneho zamestnávania.

Pretože na základe predložených dokladov obstarávateľ nemôže posúdiť, či nedošlo k reťazeniu iných osôb, ktoré ste definovali vo vysvetlení zo dňa 13. 12. 2018, v dôsledku čoho nie je možné posúdiť splnenie podmienok účasti podľa § 34 ods. 3 zákona o VO, Vás v súlade s § 40 ods. 4 zákona o VO žiadame o doplnenie predložených dokladov o originály alebo úradne osvedčené fotokópie potvrdení Sociálnej poisťovne, že nasledovné právnické osoby mali ku dňu 13. 12. 2018 prihlásené nižšie uvedené fyzické osoby v registri poistencov a sporiteľov starobného dôchodkového sporenia na základe uzatvorených pracovných zmlúv s pravidelným mesačným príjmom v súlade s legislatívou v oblasti pracovného práva a legálneho zamestnávania: 1. GeodetS s.r.o. (...), 2. JV Energy s.r.o. (...), 3. Montáže Čakovice Bratislava, a.s. (...), 4. Sprecher Automation, spol. s r.o. (...).“

35. Navrhovateľ na predmetnú žiadosť odpovedal listom „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 24. 01. 2019, v ktorom o. i. uviedol, cit.: „(...) Rovnako neexistuje žiadna objektívna pochybnosť o tom, že tieto osoby majú k dispozícii odborné spôsobilé fyzické osoby nepodnikateľov, ktorí sú pripravení poskytnúť svoje odborné a technické kapacity pri realizácii zákazky. V tejto súvislosti podotýkame, že žiaden platný právny predpis neopravňuje obstarávateľa vyžadovať, aby odborne spôsobilé osoby tretej osoby boli jej zamestnancami (...). Všetky súťažné podmienky stanovené obstarávateľom sme splnili v súlade s § 34 ods. 3 v spojení s § 34 ods. 1 písm. g) zákona o VO prostredníctvom tretích osôb spĺňajúcich podmienky osobnej účasti. Podotýkame, že odborné spôsobilé fyzické osoby nepodnikatelia nie sú samostatné hospodárske subjekty, keďže tieto fyzické osoby nebudú vykonávať predmetnú odbornú činnosť vo vlastnom mene, ale v mene tretej osoby, pre ktorú sa túto činnosť zaviazali vykonať na základe písomne uzatvorenej príkaznej zmluvy. Pre objasnenie uvádzame, že tieto fyzické osoby ako príkazníci budú konať v mene príkazcu, t. j. v mene tretej osoby, pre ktorú sa zaviazali vykonať odbornú činnosť, čo znamená, že práva a povinnosti z činnosti odborne spôsobilých osôb vzniknú priamo tejto tretej osobe. Z uvedeného tak jasne vyplýva, že niet pochyb o tom, že napriek tomu, že odborne spôsobilé fyzické osoby nepodnikatelia nie sú v súčasnosti zamestnancami tretej osoby (žiadny platný právny predpis nevyžaduje, aby boli zamestnancami tretej osoby a zákon o VO ani nepripúšťa, aby obstarávateľ existenciu pracovného pomeru vyžadoval), pri realizácii zákazky budú vykonávať odbornú činnosť v mene tretej osoby. Zároveň je vylúčené, aby za takéhoto stavu došlo čo i len k podozreniu z tzv. reťazenia kapacít, nakoľko tretia osoba neposkytne kapacity cez reťaz žiadnych iných osôb, ale použije svoje vlastné kapacity – fyzické osoby nepodnikateľov konajúcich v jej vlastnom mene, t. j. tretia osoba nie je žiadnym sprostredkovateľom kapacít, ktorými by v skutočnosti disponoval iný hospodársky subjekt. (...) Ako z predložených dokladov vyplýva, tak podmienky technickej a odbornej spôsobilosti

sme splnili prostredníctvom vlastných zamestnancov a súčasne prostredníctvom tretích osôb, ktoré disponujú odborne spôsobilými kapacitami jednak na základe pracovnoprávneho vzťahu alebo na základe príkazných zmlúv na základe ktorých sa odborne spôsobilé osoby poskytnú požadovanú odbornú činnosť v menej tretej osoby. V záujme definitívneho odstránenia pochybností obstarávateľa o splnení podmienok technickej a odbornej spôsobilosti a preukázania reálnej schopnosti predmetnú zákazku zrealizovať bez toho, aby došlo čo i len k podozreniu z možného reťazenia kapacít, predkladáme obstarávateľovi nad rámec našich povinností nasledovné doklady:

- čestné vyhlásenie tretej osoby Sprecher Automation, spol. s r.o. o jej zamestnancoch (špecifikovaných vo vyhlásení), že sú pripravení pracovať na realizácii zákazky v rozsahu svojej technickej a odbornej spôsobilosti,
- čestné vyhlásenie tretej osoby Montáže Čakovice Bratislava, a.s. o jej zamestnancoch (špecifikovaných vo vyhlásení), že sú pripravení pracovať na realizácii zákazky v rozsahu svojej technickej a odbornej spôsobilosti,
- čestné vyhlásenie tretej osoby GeodetS, s.r.o., že [REDAKOVANÉ] prostredníctvom ktorého Spoločnosť zabezpečuje odborné vykonávanie činnosti počas prevádzkovania živnosti geodetickej a kartografickej práce je pripravení pracovať na realizácii zákazky v rozsahu svojej technickej a odbornej spôsobilosti,
- **príkazné zmluvy uzatvorené medzi odborne spôsobilými osobami a spoločnosťou JV Energy, s.r.o.**

Vzhľadom na vyššie uvedené je zrejmé, že splnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti sme preukázali v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a akékoľvek pochybnosti obstarávateľa o ich splnení boli objektívnym spôsobom definitívne odstránené. (...).“

36. Predložené príkazné zmluvy uzatvorené medzi odborne spôsobilými osobami a spoločnosťou JV Energy, s.r.o. obsahujú nasledovný text, cit.: „Príkazná zmluva uzatvorená podľa § 724 a nasledujúcich Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov medzi zmluvnými stranami: (...).

Článok I

Predmet zmluvy

1. Príkazník je odborne spôsobilá osoba na výkon činnosti (...).
2. Príkazca sa zaviazal poskytnúť technické a odborné kapacity pri realizácii predmetu zákazky (užšej súťaže) s názvom „Transformácia 400/110 kV Bystričany – T401, T402 (...) (ďalej len „Projekt“).
3. Predmetom tejto zmluvy je záväzok Príkazníka poskytnúť výkon technickej a odbornej činnosti pri realizácii časti Projektu podľa požiadaviek a pokynov Príkazcu v rozsahu svojej odbornej spôsobilosti podľa ods. 2, za podmienky, že Príkazca bude realizovať časť Projektu, a to počas celej realizácie časti Projektu Príkazcom.
4. Príkazník sa zaväzuje, že pre Príkazcu osobne vykoná činnosti podľa ods. 3 tohto článku zmluvy. Príkazník sa ďalej zaväzuje, že dohodnutú činnosť vykoná podľa svojich najlepších schopností a znalostí a v súlade s platnými predpismi a záväznými pokynmi Príkazcu. (...).“

37. Kontrolovaný v liste „Oznámenie o vylúčení záujemcu z užšej súťaže“ zo dňa 04. 02. 2019 o. i. uviedol, cit.: „(...) V súlade s § 40 ods. 6 písm. k) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (...) Vám obstarávateľ oznamuje, že Vás ako záujemcu vylučuje z verejného obstarávania na predmetnú zákazku z dôvodu, že ste **nenahradili iné osoby**, prostredníctvom ktorých preukazujete splnenie podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktoré nespĺňajú určené požiadavky, v určenej lehote **inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky**.

Odôvodnenie: (...) Dňa 25. 01. 2019 ste v stanovenej lehote prostredníctvom SEPS PORTÁL VO doručili svoju odpoveď, v rámci ktorej ste požadované potvrdenia Sociálnej poisťovne, ani písomné súhlasy dotknutých právnických osôb nepredložili. Za iné osoby: 1. GeodetS s.r.o., 2. Montáže Čakovice Bratislava a.s., 3. Sprecher Automation, spol. s r.o. ste vo vysvetlení doručenom dňa 25. 01. 2019 predložili čestné vyhlásenia, v ktorých uvedené iné osoby vyhlásili, že dotknuté osoby ku 13. 12. 2018 boli a naďalej sú zamestnancami príslušnej inej osoby, v prípade GeodetS s.r.o., že daná osoba je zodpovedný zástupca spoločnosti, prostredníctvom ktorého spoločnosť zabezpečuje odborné vykonávanie činnosti počas prevádzkovania živnosti geodetické a kartografické práce. (...)

Za inú osobu JV Energy s.r.o. ste vo vysvetlení doručenom dňa 25. 01. 2019 predložili 11 Príkazných zmlúv uzatvorených s nasledovnými fyzickými osobami podľa § 724 a nasl. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov: (...)

Z predložených zmlúv vyplýva, že príkazca sa zaväzuje poskytnúť technické a odborné kapacity pri realizácii predmetu zákazky.

Z Vášho vysvetlenia doručeného dňa 25. 01. 2019 vyplýva, citujeme: „(...) *tretie osoby majú k dispozícii odborné spôsobilé fyzické osoby nepodnikateľov, ktorí sú pripravení poskytnúť svoje odborné a technické kapacity pri realizácii zákazky (...) odborné spôsobilé fyzické osoby nepodnikatelia nie sú samostatné hospodárske subjekty, keďže tieto fyzické osoby nebudú vykonávať predmetnú odbornú činnosť vo vlastnom mene, ale v mene tretej osoby, pre ktorú sa túto činnosť zaviazali vykonať na základe písomne uzatvorenej príkaznej zmluvy (...) **odborne spôsobilé fyzické osoby nepodnikatelia nie sú v súčasnosti zamestnancami tretej osoby (...).***“

Z odpovede Národného inšpektorátu práce (ďalej len „NIP“) na často kladené otázky (...) citujeme: „*V zmysle § 1 ods. 3 Zákonníka práce môže byť závislá práca vykonávaná výlučne v pracovnom pomere (pracovná zmluva), v obdobnom pracovnom právnom vzťahu (napr. pracovný vzťah uzatvorený podľa zákona č. 73/1998 Z. z. o štátnej službe pracovníkov Policajného zboru, Slovenskej informačnej služby, ...) alebo výnimočne za podmienok ustanovených v Zákonníku práce aj v inom pracovnoprávnom vzťahu (dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru). Ustanovenia Zákonníka práce neumožňujú zamestnávateľovi uzatvárať žiadne iné zmluvy, na základe ktorých fyzická osoba vykonáva u zamestnávateľa závislú prácu. **Závislá práca teda nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu (napr. príkazná zmluva) alebo v zmluvnom obchodno-právnom vzťahu (napr. zmluva o dielo) podľa osobitných predpisov.** (...) Ak by zamestnávateľ využíval závislú prácu fyzickej osoby, nemal by s ňou uzatvorený pracovnoprávny vzťah a nesplnil aj povinnosť prihlásiť ju do Sociálnej poisťovne išlo by o nelegálne zamestnávanie v zmysle zákona č. 82/2005 Z. z. o nelegálnej práci a nelegálnom zamestnávaní (...).*“

Obstarávateľ si vyjadrenie NIP osvojil, stotožňuje sa s ním a na základe uvedeného konštatuje, že vzhľadom na predmet zákazky a z neho vyplývajúci charakter činností, ktoré jednoznačne vykazujú znaky závislej činnosti, je možné tieto činnosti vykonávať iba na základe uzatvorenej pracovnej zmluvy. V opačnom prípade by išlo o nelegálne zamestnávanie. Vykonávanie týchto činností nie je možné na základe príkazných zmlúv podľa § 724 a nasl. Občianskeho zákonníka, nakoľko závislá práca nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu (napr. príkazná zmluva). Obstarávateľ má za to, že príkazná zmluva sa obvykle využíva na vykonanie určitej náhodnej alebo príležitostnej činnosti. Je potrebné dávať pozor, aby sa touto zmluvou nezakrývala činnosť, ktorá by mala byť predmetom napr. pracovnoprávneho vzťahu. Závislá práca pritom nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodnoprávnom vzťahu podľa osobitných predpisov.

Zároveň obstarávateľ opätovne upriamuje pozornosť na metodické usmernenie ÚVO č. 12336-5000/2018 zo dňa 12. 11. 2018 (...), z ktorého citujeme: „*Ak záujemca/uchádzač nedisponuje vlastnými technickými a odbornými kapacitami, ktorými by preukázal splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, má možnosť, tak ako je to uvedené v § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a tak ako to správne uvádzate vo vašej*

žiadosti, využiť kapacity akejkoľvek inej osoby odlišnej od záujemcu/uchádzača. Zdôrazňujeme, že zmluva 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).“

Z predložených príkazných zmlúv vyplýva, že iná osoba JV Energy s.r.o. zabezpečuje dané činnosti prostredníctvom fyzických osôb – nepodnikateľov, z čoho vyplýva reťazenie iných osôb v rade. Na základe uvedeného obstarávateľ požiadal ÚVO o vyjadrenie. ÚVO v rámci metodického usmernenia č. 3411-5000/2019 zo dňa 24. 01. 2019 potvrdil závery vyjadrené obstarávateľom a odkazuje na Výkladové stanovisko ÚVO č. 5/2018 zo dňa 15. 11. 2018 „Reťazenie kapacít“, na ktoré Vás už obstarávateľ upozornil v predchádzajúcej žiadosti (...) zo dňa 15. 01. 2019 (...). Z uvedeného Výkladového stanoviska ÚVO opätovne uvádzame, že ak záujemca využije na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti technické a odborné kapacity inej osoby (§ 34 ods. 3 zákona o VO), musí ísť o osoby, ktoré reálne danými kapacitami samy disponujú. Iné osoby musia poskytovať kapacity priamo záujemcovi a teda sa nemôžu spoliehať na kapacity iných subjektov v rade za sebou, tzn. že nie je možné, aby došlo k poskytnutiu kapacít cez „reťaz“ iných (tretích) osôb. (...)

V súlade s uvedeným obstarávateľ na základe podrobného preskúmania predložených dokladov konštatuje, že na základe Vášho vysvetlenia zo dňa 25. 01. 2019, ako aj na základe predložených príkazných zmlúv (na základe ktorých však nie je možné vykonávať závislú činnosť), ste nepreukázali priamy právny vzťah v zmysle uvedeného Výkladového stanoviska ÚVO, t. j. nepreukázali ste, že osoby, ktoré majú s inou osobou JV Energy s.r.o. uzatvorené príkazné zmluvy podľa § 724 a nasl. Občianskeho zákonníka sú priamo jej kapacitami, ktorými sama disponuje.

Na základe Vášho vysvetlenia zo dňa 25. 01. 2019 obstarávateľ konštatuje, že **osoby, ktoré majú s inou osobou JV Energy s.r.o. uzatvorené príkazné zmluvy podľa § 724 a nasl. Občianskeho zákonníka, sú ďalšími inými osobami v rade, čo je v rozpore s § 34 ods. 3 zákona o VO. V danom prípade teda ide o poskytnutie kapacít cez „reťaz“ iných (tretích) osôb, čo nepripúšťa ani Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ, ani zákon o VO.**

Na základe uvedených skutočností obstarávateľ konštatuje, že ste nenahradili iné osoby (ktoré nespĺňajú podmienky účasti podľa § 32 ods. 1 písm. a) a b) v nadväznosti na § 34 ods. 3 zákona o VO), prostredníctvom ktorých preukazujete splnenie podmienok účasti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, v určenej lehote inou osobou, ktorá by určené požiadavky spĺňala. (...).“

Právny rámec

38. 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.
39. 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.
40. 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.

41. Podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca je tak povinný urobiť do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti.
42. Podľa § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, ktorá nespĺňa určené požiadavky, v určenej lehote inou osobou, ktorá spĺňa určené požiadavky.

Právne posúdenie odvolania radou

43. Pokiaľ ide o procesné náležitosti podaného odvolania, rada konštatuje, že odvolanie bolo podané oprávnenou osobou a v lehote podľa § 177 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, pričom s podaním odvolania bola zložená kaucia, ktorá bola pripísaná na účet úradu v lehote podľa § 177 ods. 7 tohto zákona a vo výške podľa § 177 ods. 8 tohto zákona. Podané odvolanie zároveň obsahuje všetky náležitosti podľa § 177 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
44. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu v celom rozsahu, pričom uvádza nasledovné:
45. Kontrolovaný v rámci preukázania splnenia podmienky účasti technickej/odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní požadoval viacerých kľúčových odborníkov. Navrhovateľ túto podmienku účasti v predloženej žiadosti o účasť preukazoval o. i. prostredníctvom odborníkov v postavení fyzických osôb – nepodnikateľov, a to na základe zmlúv o poskytnutí kapacít. Keďže podľa kontrolovaného nešlo o vlastné kapacity navrhovateľa, ale tretie osoby v zmysle § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom navrhovateľ nepreukázal osobné postavenie za tieto osoby, kontrolovaný navrhovateľa požiadal o nahradenie týchto osôb. Navrhovateľ nahradil tieto osoby štyrmi právnickými osobami, pričom jedna z týchto právnických osôb (JV Energy s.r.o.) deklarovala dispozíciu požadovanými odbornými kapacitami prostredníctvom uzatvorených príkazných zmlúv s uvedenými odborníkmi. Kontrolovaný mal za to, že ide o nedovolené reťazenie kapacít (tzn. že príkazná zmluva nepreukazuje vlastné kapacity tretej osoby) a vylúčil navrhovateľa pre nenahradenie iných osôb, prostredníctvom ktorých preukazoval splnenie danej podmienky

účasti, proti čomu navrhovateľ namieta. Úrad námietky navrhovateľa zamietol, proti čomu podal navrhovateľ odvolanie.

46. Navrhovateľ v prvej časti odvolania napáda konštatovanie úradu, že v príslušnom čase nerozporoval využitie inštitútu nahradenia inej osoby, a keďže úrad je viazaný obsahom námietok, v predmetnom konaní sa nemohol zaoberať procesom vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, ktorý predchádzal využitiu inštitútu nahradenia inej osoby. Podľa navrhovateľa je uvedené v priamom rozpore so skutkovým stavom veci, nakoľko nezákonnosť aplikácie inštitútu nahradenia inej osoby navrhovateľ namieta už pri nahradení iných osôb (avšak v záujme kontrolovaného iné osoby nahradil), ako aj v podaných námietkach.
47. V tejto súvislosti je v prvom rade potrebné uviesť, že podľa názoru rady navrhovateľ nesprávne interpretuje predmetné posúdenie úradu. Podľa rady je totiž uvedené potrebné správne interpretovať tak, že úrad mal za to, že sa v rozhodnutí o námietkach navrhovateľa proti vylúčeniu nemohol zaoberať skutočnosťou, či kontrolovaný uplatnil inštitút nahradenia inej osoby v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, nakoľko túto skutočnosť mal navrhovateľ namietať vo chvíli, keď bol požiadaný o nahradenie iných osôb (tzn. v príslušnom čase), a to ako iný úkon kontrolovaného (a nie až v námietkach podaných proti vylúčeniu). Úrad teda v rozhodnutí nekonštatoval, že navrhovateľ pri uplatnení inštitútu nahradenia inej osoby nespochybňoval postup kontrolovaného, ale že vo chvíli, keď bol požiadaný o nahradenie iných osôb, nepodal námietky proti výzve kontrolovaného na nahradenie iných osôb (proti inému úkonu kontrolovaného), a to v zákonom ustanovenej lehote (tzn. do 10 dní odo dňa doručenia žiadosti kontrolovaného o nahradenie inej osoby).
48. Úlohou rady v odvolacom konaní teda bolo v prvom rade posúdiť, či sa úrad v predmetnom konaní o námietkach navrhovateľa proti vylúčeniu mal zaoberať tiež skutočnosťou, či kontrolovaný v danom prípade uplatnil inštitút nahradenia inej osoby v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
49. V rámci tohto posúdenia rada konštatuje, že z predloženej dokumentácie vyplýva, že v liste „Žiadosť o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 13. 12. 2018 (bod 33 tohto rozhodnutia) navrhovateľ pri nahradení iných osôb spochybňoval zákonnosť kontrolovaným uplatneného inštitútu nahradenia inej osoby. V tejto súvislosti rada zároveň poukazuje na skutočnosť, že o nahradenie iných osôb podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní bol navrhovateľ kontrolovaným požiadaný listom „Žiadosť o nahradenie osôb a žiadosť o vysvetlenie predložených dokladov“ zo dňa 03. 12. 2018 (bod 32 tohto rozhodnutia). **Ak mal teda navrhovateľ pochybnosti o zákonnosti postupu kontrolovaného, resp. bol presvedčený o nezákonnosti takéhoto postupu, mal podľa rady podať úradu a kontrolovanému námietky v zmysle § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. námietky proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f), konkrétne proti výzve kontrolovaného na nahradenie uvedených iných osôb, a to v zákonom ustanovenej lehote, t. j. do 10 dní odo dňa doručenia žiadosti kontrolovaného o nahradenie inej osoby.**
50. V nadväznosti na uvedené rada konštatuje, že **navrhovateľ námietky** podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f), konkrétne proti výzve kontrolovaného na nahradenie uvedených iných osôb, **v zákonom ustanovenej lehote nepodal**. Naopak, navrhovateľ žiadosti kontrolovaného o nahradenie uvedených iných osôb vyhovel a uvedené iné osoby nahradil, pričom nezákonnosť takéhoto postupu kontrolovaného navrhovateľ namieta až v námietkach podaných proti vylúčeniu (námietky podané úradu dňa 12. 02. 2019).
51. Na základe uvedeného rada dospela k záveru, že úrad v danom prípade postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, keď sa v predmetnom konaní o námietkach navrhovateľa nezaoberal skutočnosťou, či kontrolovaný uplatnil inštitút nahradenia inej osoby v súlade

s týmto zákonom, nakoľko túto skutočnosť mal navrhovateľ namietat' vo chvíli, keď bol požiadaný o nahradenie iných osôb (tzn. v zákonom ustanovenej lehote, t. j. do 10 dní odo dňa doručenia žiadosti kontrolovaného o nahradenie inej osoby), a to ako iný úkon kontrolovaného. Rada preto v odvolacom konaní **neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu v tejto časti.**

52. Rada sa následne v odvolacom konaní zaoberala posúdením vylúčenia navrhovateľa v kontexte kontrolovaným uvedeného dôvodu vylúčenia, a teda, či navrhovateľ nahradil iné osoby, prostredníctvom ktorých preukazoval technickú/odbornú spôsobilosť, osobami, ktoré spĺňajú podmienky účasti v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný totiž vylúčil navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní, tzn. z dôvodu, že nenahradil iné osoby, prostredníctvom ktorých preukazoval splnenie podmienok účasti technickej/odbornej spôsobilosti, ktoré nespĺňali určené požiadavky, v určenej lehote inými osobami, ktoré spĺňajú určené požiadavky (bod 37 tohto rozhodnutia).
53. V rámci tohto posúdenia rada konštatuje, že v odvolacom konaní je sporné, a teda úlohou rady v odvolacom konaní bolo posúdiť, či je možné na základe predložených príkazných zmlúv medzi treťou osobou JV Energy s.r.o. a uvedenými fyzickými osobami – nepodnikateľmi [REDAKOVANÉ], tieto fyzické osoby – nepodnikateľov považovať za vlastné kapacity tretej osoby JV Energy s.r.o. alebo nie, a teda či v tomto prípade došlo k neprípustnému reťazeniu kapacít alebo nie.
54. V tejto súvislosti rada poukazuje na výkladové stanovisko úradu č. 5/2018 k „reťazeniu“ kapacít, v zmysle ktorého v prípade, ak uchádzač/záujemca na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti využije technické/odborné kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, **musí ísť o osoby, ktoré reálne danými zdrojmi, či kapacitami samy disponujú.** Iné osoby musia poskytovať kapacity **priamo** uchádzačovi/záujemcovi, a teda sa nemôžu spoliehať na kapacity iných subjektov v rade za sebou, tzn. že **nie je možné, aby došlo k poskytnutiu kapacít cez „reťaz“ iných (tretích) osôb.** Uchádzač/záujemca môže využiť na preukázanie technickej/odbornej spôsobilosti **aj viaceré iné osoby, ktoré však musia byť v rovnocennom postavení, t. j. v prvom rade** (na rovnakej prvej úrovni), nakoľko musí ísť o priamy právny vzťah (bez ohľadu na jeho právnu povahu) medzi hospodárskym subjektom (uchádzačom, záujemcom) a týmito osobami, ktorých kapacity mieni využiť.
55. Rada zároveň poukazuje na odôvodnenie tohto výkladového stanoviska úradu, podľa ktorého, vychádzajúc zo znenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj článku 63 ods. 1 Smernice 2014/24/EÚ, ktoré výslovne neupravujú spoliehanie sa na kapacity iných subjektov „v reťazi“, ale naopak vyžadujú priamy právny vzťah medzi hospodárskym subjektom (záujemcom, uchádzačom) a osobou, ktorej zdroje alebo kapacity majú byť použité, **musí ísť v prípade iných osôb o osoby, ktoré majú svoje kapacity a nie sú len sprostredkovateľom kapacít, ktorými v skutočnosti disponuje iný hospodársky subjekt.** Jedine pri takomto priamom vzťahu medzi uchádzačom a inou (treťou) osobou má verejný obstarávateľ možnosť reálne preveriť u nej splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia a neexistenciu dôvodov na vylúčenie na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní a v kontexte toho, v prípade ich nespĺňania, postupovať v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. požiadať uchádzača o nahradenie inej osoby. V prípade, ak by za inou osobou nasledovali v rade ďalšie osoby, ktoré by poskytovali kapacity osobe, ktorá nasleduje v rade pred nimi (tzv. reťazenie), nebolo by možné preveriť splnenie vyššie uvedených podmienok u osoby, ktorá by ako posledná v rade skutočne kapacity poskytla, nakoľko zákon o verejnom obstarávaní túto povinnosť ukladá verejnému obstarávateľovi len vo vzťahu k inej (tretej) osobe, s ktorou má uchádzač/záujemca priamy vzťah (preukázaný písomnou zmluvou). Uvedené by v konečnom dôsledku mohlo vyústiť do situácie, že časť zákazky (v prípade, ak by kapacity/zdroje inej osoby, ktorá bola x-tou

v poradí v rámci reťazenia pri realizácii zákazky uchádzač využil) v skutočnosti bude realizovať hospodársky subjekt, ktorý nespĺňa niektorú/é z podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia alebo u neho existuje niektorý z dôvodov na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.

56. V nadväznosti na uvedené rada dodáva, že je vecou uchádzača/záujemcu, či sa splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní rozhodne preukázať svojimi internými kapacitami alebo kapacitami inej osoby (bez ohľadu na ich právny vzťah). Ak sa však rozhodne využiť **kapacity inej osoby**, vychádzajúc z § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní platí, že musí obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude skutočne používať kapacity osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie odbornej spôsobilosti, čo uchádzač/záujemca preukazuje písomnou zmluvou uzavretou s inou osobou, pričom z tejto **písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok inej osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu**.
57. Z uvedeného podľa rady vyplýva, že uchádzač/záujemca môže 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, preukázať
- a) svojimi internými kapacitami, t. j. kapacitami, ktoré má v čase predkladania ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako svojimi vlastnými alebo
 - b) 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/záujemca 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/záujemcu, ktoré však uchádzač/záujemca 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/záujemcovi na plnenie danej zmluvy.
58. Z ustanovenia § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pritom podľa rady explicitne vyplýva, že **iná (tretia) osoba môže poskytnúť záujemcovi**, resp. uchádzačovi za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti **iba svoje vlastné kapacity**. Pojem vlastná kapacita inej osoby by sa mal pritom aj podľa rady (rovnako, ako to konštatoval úrad v rozhodnutí o námietkach navrhovateľa) vykladať s ohľadom na pracovné a obdobné predpisy a malo by teda ísť o všetky formy pracovnoprávných a iných obdobných vzťahov.
59. Kapacitám podľa bodu 57 písm. a) tohto rozhodnutia, t. j. interným kapacitám, ktoré uchádzač/záujemca má v čase predloženia ponuky k dispozícii a s ktorými môže nakladať ako svojimi vlastnými, teda podľa rady zodpovedajú kapacity zamestnancov uchádzača/záujemcu, ktorí pre uchádzača v pracovnom pomere vykonávajú závislú prácu podľa pokynov uchádzača/záujemcu a vo vzťahu podriadenosti voči uchádzačovi/záujemcovi ako zamestnávateľovi. Je totiž zrejmé, že s odbornými kapacitami svojich zamestnancov je uchádzač/záujemca ako ich zamestnávateľ oprávnený disponovať ako so svojou pracovnou silou.
60. Na druhej strane kapacitami podľa bodu 57 písm. b) tohto rozhodnutia, t. j. kapacitami inej osoby ako uchádzača/záujemcu sú kapacity, ktoré nie sú vlastnými (internými) kapacitami uchádzača/záujemcu, avšak tento ich má prisľúbené, resp. zmluvne nakontrahované do budúcnosti (na účely budúceho plnenia zmluvy, ktorú uchádzač/záujemca potenciálne uzavrie s obstarávateľom), čo preukazuje zmluvným záväzkom uzavretým s inou osobou, napr. zmluvou o budúcej zmluve. **Aj pre tieto kapacity inej osoby však podľa rady musí obdobne platiť, že im môžu zodpovedať iba kapacity zamestnancov tretej osoby, ktorí pre tretiu osobu v pracovnom pomere vykonávajú závislú prácu podľa pokynov tejto tretej osoby a vo vzťahu podriadenosti voči tretej osobe ako zamestnávateľovi.** Je totiž

splnenia danej podmienky účasti „vložil“ iný právny subjekt. V tejto súvislosti pritom rada súhlasí s kontrolovaným, že navrhovateľ takýmto postupom nenahradil dotknuté iné osoby v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pretože dané fyzické osoby (kľúčových odborníkov) v konečnom dôsledku nezamenil novými osobami (navrhovateľ tie isté fyzické osoby použil opätovne, len ich uviedol ako kapacity novej – právnickej – osoby).

66. Nakoľko príkazné zmluvy uzatvorené medzi spoločnosťou JV Energy s.r.o. a uvedenými fyzickými osobami – nepodnikateľmi (kľúčovými odborníkmi) podľa rady nepreukazujú interné „vlastné“ kapacity spoločnosti JV Energy s.r.o., rada má za to, že navrhovateľ nenahradil iné osoby, prostredníctvom ktorých preukazoval technickú/odbornú spôsobilosť, osobami, ktoré spĺňajú podmienky účasti v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, na základe čoho kontrolovaný vylúčil navrhovateľa v súlade s § 40 ods. 6 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní. Rada preto v odvolacom konaní **neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu v tejto časti.**
67. Podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní rada v odvolacom konaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú pre to dôvody, rada rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
68. Keďže rada v predmetnom prípade neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

69. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní je kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.
70. Podľa § 177 ods. 7 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.
71. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená navrhovateľom v konaní o odvolaní stane príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia účastníkom konania. Kaucia zložená navrhovateľom v konaní o námietkach sa stane príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e

Podľa § 178 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 178 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajskom súde v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

Mgr. Juraj Bugala
podpredseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí

1. Power Service Int. s. r. o., Šustekova 16, 851 04 Bratislava – navrhovateľ
2. Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava – kontrolovaný