



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
odbor legislatívno-právny
Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Bratislava 15. 11. 2023
Číslo spisu: 14397-3000/2023

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“ alebo „správny orgán“) ako ústredný orgán štátnej správy pre oblasť verejného obstarávania a orgán príslušný podľa § 140, § 147 písm. b), c) a j), § 167 ods. 2 písm. c) a § 182 v spojení s § 185 a § 187h ods. 10 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a v súlade s § 5, § 46 a § 47 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“) v správnom konaní začatom voči účastníkovi konania **mesto Michalovce, Nám. osloboditeľov 30, 071 01 Michalovce, IČO: 00325490** (ďalej len „účastník konania“), vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Účastníkovi konania sa **ukladá pokuta** v celkovej výške **5 000 eur** (slovom: päťtisíc 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 5. 5. 2021 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“ alebo „ZVO“) tým, že účastník konania pri zadávaní podlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet zákazky „Michalovce – modernizácia mestskej plavárne“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 47/2021 zo dňa 15. 2. 2021 pod značkou 13290 – WYP postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona ZVO, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 ZVO a § 112 ods. 5 ZVO nakoľko stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, keď požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, a zároveň požadoval, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov, pričom všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Účastník konania je povinný uložení 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**, vedeného v Štátnej pokladnici s uvedením identifikačného variabilného symbolu **143973000** a konštantného symbolu **0558**.

O d ô v o d n e n i e :

1. Správne konanie vo veci vyššie uvedeného správneho deliktu začal správny orgán z úradnej povinnosti.
2. Správny orgán v súlade s § 18 správneho poriadku a v súlade s § 17 ods. 1 a § 29 zákona č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov oznámil účastníkovi konania začatie správneho konania listom č. 14397-3000/2023 „Oznámenie o začatí správneho

konania“ zo dňa 3. 10. 2023, ktorý mu bol doručený elektronicky prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy dňa 3. 10. 2023 (ďalej len „Oznámenie o začatí správneho konania“).

3. V Oznámení o začatí správneho konania správny orgán uviedol podklady pre rozhodnutie v správnom konaní a v súlade s § 33 ods. 2 správneho poriadku vyzval účastníka konania, aby sa v prípade, ak sú uvedené podklady pre rozhodnutie účastníkovi konania známe, k nim písomne vyjadril do 7 pracovných dní od doručenia Oznámenia o začatí správneho konania. Účastníkovi konania bolo tiež umožnené v prípade záujmu zúčastniť sa osobného oboznámenia sa s podkladmi pre rozhodnutie.
4. Účastník konania v stanovenej lehote správneho orgánu nezaslal písomné vyjadrenie k podkladom pre rozhodnutie ani nepožiadala správny orgán o stanovenie termínu osobného oboznámenia sa s podkladmi pre rozhodnutie.
5. V súvislosti s predchádzajúcimi bodmi tak podklad pre vydanie rozhodnutia tvorí:
 - list úradu č. 12680-6000/2022-OD/5 „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy“ zo dňa 24. 6. 2022,
 - list účastníka konania „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy - odpoveď“ zo dňa 30. 6. 2022,
 - Rozhodnutie úradu č. 12680-6000/2021-OD/6 zo dňa 14. 7. 2022,
 - list účastníka konania „Odvolanie proti rozhodnutiu č. 12680-6000/2021-OD/6“ zo dňa 25. 7. 2022,
 - Rozhodnutie Rady úradu č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022,
 - Dokumentácia z predmetného verejného obstarávania predložená v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy,
 - Oznámenie o začatí správneho konania.

Skutkové okolnosti vyplývajúce z podkladu pre rozhodnutie

6. Účastník konania je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. b) ZVO.
7. Na obstaranie vyššie uvedeného predmetu zákazky účastník konania použil postup pre zadávanie podlimitných zákaziek bez využitia elektronického trhoviska podľa § 108 ods. 1 písm. b) v nadväznosti na § 112 až § 116 ZVO.
8. V závislosti od predmetu zákazky, typu účastníka konania a predpokladanej hodnoty zákazky (ďalej len „PHZ“) vo výške 3 435 284,34 eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác.
9. V lehote na predkladanie ponúk predložili ponuku piati uchádzači, pričom žiadny uchádzač nebol v tomto verejnom obstarávaní vylúčený.
10. Po vyhodnotení ponúk podľa stanoveného kritéria „najnižšia cena s DPH“ vyhodnotila komisia účastníka konania ako úspešného uchádzača spoločnosť SYTIQ a. s., Mlynské Nivy 49, 821 09 Bratislava, IČO: 52286843 (ďalej len „úspešný uchádzač“) s cenovou ponukou v hodnote 3 177 603,28 eur s DPH. Informácia o výsledku verejného obstarávania bola uverejnená vo Vestníku verejného obstarávania č. 138/2021 zo dňa 11. 6. 2021 pod značkou 29267 – IPP.
11. Výsledkom tohto verejného obstarávania bolo uzavretie Zmluvy o dielo zo dňa 8. 6. 2021 s úspešným uchádzačom, ku ktorej účastník konania uzatvoril s úspešným uchádzačom Dodatok č. 1 zo dňa 10. 12. 2021 a Dodatok č. 2 zo dňa 9. 5. 2022.
12. Účastník konania v časti II.2.4 „Opis obstarávania“ Výzvy na predkladanie ponúk uviedol, cit.: *„Predmetom zákazky je rekonštrukcia existujúceho objektu plavárne s prístavbou vrátane bazénovej technológie pre vnútorné bazény. V bazénovej časti sa rieši vynovenie vnútorných priestorov a zlepšenie hygienických pomerov objektu. Bazénová časť objektu bude prístavbou*

rozšírená o dva ďalšie bazény (bazén pre neplavcov a detský bazén). Pre oddych budú na druhom podlaží prvého dilatačného celku vytvorené wellness priestory so štyrmi novo navrhovanými saunami a priestranou oddychovou miestnosťou. Objekt je napojený na existujúce verejné inžinierske siete. Potreby tepla sú zabezpečované zo spoločnej kotolne s objektom Zlatého bažanta. V mestskej plavárni sú uvažované tieto bazény:

Bazén B1 Plavecký - rozmery 25,03 x 12,58 x 1,8/1,3 m

Bazén B2 Výukový - rozmery 10 x 4 x 0,8 m

Bazén B3 Detský - rozmery 4 x 2,5 x 0,3 m

Podrobné vymedzenie predmetu zákazky vrátane vypracovaných technických špecifikácií je uvedené v časti „B.1 Opis predmetu zákazky“.

13. V časti III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ Výzvy na predkladanie ponúk a v časti A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov účastník konania stanovil nasledovnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, cit.: „**Údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky**“. V časti „Minimálna požadovaná úroveň“ vo vzťahu k predmetnej podmienke účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti účastník konania stanovil, cit.: „**Uchádzač, ako dôkaz predloží potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky. Požaduje sa, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov.**“
14. Rada úradu listom „Žiadosť o vyjadrenie“ č. 10539-9000/2022-V zo dňa 7. 9. 2022 požiadala Sociálnu poisťovňu, ústredie, Ul. 29. augusta č. 8, 813 63 Bratislava (ďalej len „Sociálna poisťovňa“) o poskytnutie vyjadrenia k nasledovným otázkam, cit.: „(...)
 1. Vydáva Sociálna poisťovňa potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky? Ak áno, v akej lehote?
 - 1.1 Ak Sociálna poisťovňa vydáva takéto potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, je možné o vydanie tohto potvrdenia požiadať aj elektronicky? Je vydanie tohto potvrdenia spojené s úhradou poplatku?
 2. Vystaví Sociálna poisťovňa potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov zamestnávateľa za predchádzajúce tri roky aj na žiadosť iného subjektu odlišného od daného zamestnávateľa?
 - 2.1 Môže o vystavenie takéhoto potvrdenia požiadať napríklad verejný obstarávateľ, ktorý si chce overiť informácie uvádzané uchádzačom vo verejnom obstarávaní?
 3. Existuje iný spôsob overenia tohto údaja (priemerného ročného počtu zamestnancov za predchádzajúce tri roky) okrem uvedeného potvrdenia?“
15. Dňa 21. 9. 2022 doručila Sociálna poisťovňa Rade úradu nasledovné vyjadrenie, cit.: „(...)

Príslušná pobočka Sociálnej poisťovne vydáva na základe žiadosti zamestnávateľa potvrdenie o počte zamestnancov prihlásených na sociálne poistenie k určitému dátumu. O vydanie potvrdenia môže požiadať zamestnávateľ aj elektronicky prostredníctvom e-schránky a jeho vydanie nie je spojené s peňažnou úhradou. **Potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky nevystavuje, nakoľko informačný systém Sociálnej poisťovne takýmito údajmi nedisponuje.** Podľa zákona č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o sociálnom poistení“) Sociálna poisťovňa zhromažďuje údaje na výkon sociálneho poistenia a starobného dôchodkového sporenia v rozsahu ustanovenom osobitným predpisom vo vlastnom informačnom systéme. Používanie údajov zhromaždených v informačnom systéme je výhradným právom Sociálnej poisťovne. Sociálna poisťovňa môže poskytovať údaje zo svojho informačného systému len so súhlasom fyzických osôb a právnických osôb, ktorých sa údaje priamo týkajú, ak tento zákon alebo

osobitný predpis neustanovuje inak. V zákone o sociálnom poistení v § 170 sú ustanovené subjekty, ktorým môže Sociálna poisťovňa poskytnúť údaje zo svojho informačného systému, na aký účel a za akých podmienok.“

16. Úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy pri zadávaní predmetnej zákazky vydal dňa 14. 7. 2022 Rozhodnutie č. 12680-6000/2021-OD/6, v ktorom konštatoval, že účastník konania ako kontrolovaný svojím konaním pri zadávaní tejto zákazky porušil § 10 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, princíp transparentnosti a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, a to v súvislosti s § 34 ods. 1 písm. i) ZVO tým, že stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti v časti požiadavky v rámci minimálnej požadovanej úrovne štandardov, ktorá je nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, keď požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, pričom súčasne požadoval, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov. Úrad tiež konštatoval, že samotné vyžadovanie konkrétneho pracovného pomeru je neprimerané, a preto je predmetná časť tejto podmienky účasti aj v rozpore s § 38 ods. 5 a súčasne s § 112 ods. 5 ZVO, pričom všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
17. Rada úradu rozhodnutím č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022 zamietla odvolanie účastníka konania ako kontrolovaného a potvrdila rozhodnutie úradu č. 12680-6000/2021-OD/6 zo dňa 14. 7. 2022.
18. V liste „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy - odpoveď“ zo dňa 30. 6. 2022 (ďalej len „Vyjadrenie“) účastník konania uviedol, že podľa neho stanovením predmetnej podmienky účasti nedošlo k porušeniu § 34 ods. 1 písm. i) ZVO ani k porušeniu § 10 ods. 2 ZVO. Účastník konania vyjadril presvedčenie, že stanovil legitímnu podmienku účasti v zmysle § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, keď požadoval preukázanie podmienky účasti údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky. Účastník konania poukázal na § 38 ods. 1 písm. c) ZVO, z ktorého je podľa neho zrejmé, že ZVO požaduje, aby verejný obstarávateľ stanovil nielen podmienku účasti, ale aj doklady, ktoré budú slúžiť na preukázanie podmienky účasti. Tiež poukázal na to, že § 34 ods. 1 ZVO iba v niektorých písmenách vymedzuje aj konkrétny doklad na preukázanie tej ktorej konkrétnej podmienky účasti (napr. § 34 ods. 1 písm. b) ZVO), a v niektorých písmenách nedefinuje konkrétny doklad (napr. § 34 ods. 1 písm. c), g), i) ZVO). Podľa účastníka konania tak legitímne a v súlade s § 38 ods. 1 písm. c) ZVO stanovil doklad, ktorým žiadal preukázať konkrétnu podmienku účasti. Požadovaný doklad „potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne“ možno podľa účastníka konania považovať za legitímny doklad, preukazujúci splnenie definovanej podmienky účasti. Zároveň ide o potvrdenie vydané jediným relevantným orgánom verejnej moci, ktorý môže jednoznačne preukázať (potvrdiť) splnenie predmetnej podmienky účasti. Údaje, ktoré sú predmetom konkrétnej podmienky účasti (počet zamestnancov) nie je možné overiť na základe iných dostupných údajov a databáz, ktoré by boli potvrdené relevantným orgánom verejnej moci.
19. Účastník konania vo Vyjadrení tiež uviedol, že v súlade s metodickou činnosťou a metodickými usmerneniami úradu podstatou stanovenia podmienky účasti nie je len samotné stanovenie podmienky účasti, ale hlavne overenie splnenia tejto podmienky účasti, a to počas celého procesu verejného obstarávania. Ak by bola podmienka účasti stanovená bez konkrétneho dokladu, ktorým má byť preukázaná, takto stanovená podmienka účasti by bola iba formálna, nevyhodnotiteľná, stanovená v rozpore s § 38 ZVO a v rozpore s princípom transparentnosti

a proporcionality. Podľa účastníka konania je požadovaný doklad pre hospodárske subjekty relatívne jednoducho dostupný a ziskateľný a v bežnej podnikateľskej praxi nie je ničím výnimočný a jeho získanie nie je pre hospodársky subjekt nijako obmedzujúce v porovnaní s inými úkonmi, ktoré hospodársky subjekt realizuje v záujme získania zákazky v rámci podnikateľskej činnosti.

20. Účastník konania vo Vyjadrení uviedol, že považuje za neakceptovateľné tvrdenie úradu, že požadoval doklad nad rámec zákona, nakoľko požadovanie dokladu stanovuje verejnému obstarávateľovi § 38 ods. 1 písm. c) ZVO, pričom § 34 ods. 1 písm. i) ZVO definuje iba vecnú podstatu podmienky účasti bez vymedzenia akéhokoľvek dokladu na základe čoho bol verejný obstarávateľ povinný tento doklad stanoviť, pričom stanovil doklad, z ktorého je možné objektívne vyhodnotiť predmetnú podmienku účasti bez pochybností o pravdivosti vykazovaného údajja. Podľa účastníka konania sa preto nedopustil vytýkaného správneho deliktu. O primeranosti požadovaného dokladu podľa neho svedčí aj neuplatnenie revízneho postupu voči súťažným podmienkam od potenciálnych záujemcov, ktorých podľa názoru úradu odradil od predmetného verejného obstarávania.
21. Požiadavku na preukázanie minimálne 25 zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere považoval účastník konania za legitímnu a v súlade so zákonom, zároveň za primeranú danej zákazke z pohľadu objemu vykonávaných prác, rozsahu a predmetu zákazky.
22. Účastník konania ďalej poukázal na definíciu zamestnanca v § 11 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonníka práce (ďalej len „Zákonník práce“), cit.: *„Zamestnanec je fyzická osoba, ktorá v pracovnoprávných vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu.“* Vychádzajúc z dikcie § 34 ZVO a z § 11 Zákonníka práce sa podľa účastníka konania ustanovenie § 34 ods. 1 písm. i) ZVO vzťahuje na skúmanie počtu zamestnancov a nie na skúmanie počtu osôb zúčastňujúcich sa realizácie zákazky na základe iných obchodných vzťahov na základe napr. občianskeho alebo obchodného zákonníka. Účastník konania tiež poukázal na to, že Zákonník práce zároveň v § 223 pripúšťa zabezpečenie úloh zamestnávateľa na základe dohôd mimo pracovného pomeru iba vo výnimočných prípadoch.
23. Vzhľadom na rozsah zákazky (PHZ 3 435 284,34 eur bez DPH) a vzhľadom na rozsah realizovaných prác a administratívnu náročnosť riadenia a spracovania zákazky považoval účastník konania za primerané požadovať splnenie podmienok účasti v požadovanom rozsahu. Podľa účastníka konania z predmetnej podmienky účasti nevyplýva, že by nejakým spôsobom obmedzoval dodávateľa vo využívaní aj iných foriem realizácie a výkonu stavebných prác prostredníctvom vzťahov uzatvorených v zmysle napr. občianskeho alebo obchodného zákonníka. Účastník konania však považoval za primerané, v záujme plnenia predmetu zákazky po odbornej, administratívnej stránke, v záujme hospodárneho vynakladania verejných prostriedkov, aby uchádzač preukázal stanovený počet zamestnancov v intenciách určenej podmienky účasti. Realizácia zákazky takéhoto rozsahu podľa účastníka konania vyžaduje určitý počet zamestnancov a obsahuje práce charakteru, ktoré môžu byť vykonávané iba formou závislej práce, na čo je podľa neho nevyhnutný vznik „hlavného pracovného pomeru“, aby boli naplnené požiadavky a náležitosti Zákonníka práce. Účastník konania tiež poukázal na to, že vykonávanie prác, ktoré majú charakter závislej práce formou iného ako zamestnaneckého pracovnoprávneho vzťahu je v rozpore s osobitnými predpismi (napr. Zákonník práce a Zákon o nelegálnej práci), zároveň osobitné predpisy zakotvujú aj správny delikt prijatia nelegálnej práce. Ak by účastník konania umožnil realizovať celú zákazku iba formou obchodno-dodávateľských vzťahov aj v prípade prác, ktoré naplňajú znaky závislej práce, vystavil by sa porušeniu osobitných predpisov. Zároveň podotkol, že v prípade, že zákon nedefinuje jednotlivé pojmy prípadne povinnosti jednoznačne a je prípustný rôzny právny výklad, mal by orgán verejnej moci uplatniť právnu zásadu in dubio pro reo.

24. V liste účastníka konania „Odvolanie proti rozhodnutiu č. 12680-6000/2021-OD/6“ zo dňa 25. 7. 2022 (ďalej len „Odvolanie“) poukázal na § 46 a § 47 ods. 3 správneho poriadku a § 175 ods. 4 ZVO, v zmysle ktorého je podľa neho potrebné rozlišovať dve nezávislé skutočnosti, ktoré musia byť kumulatívne splnené, a to (i) je potrebné „v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy zistiť, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon“, (ii) do takej miery, že zistené „porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.“ Účastník konania poukázal na to, že medzi porušením zákonných ustanovení do takej miery, že malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, je určitá príčinná súvislosť, ktorú je s prihliadnutím na základné princípy správneho konania (princíp legality, zásada materiálnej pravdy, zásada informovanosti) potrebné preukázať.
25. Účastník konania v Odvolaní uviedol, že nemal úmysel požadovaním predloženia „potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne“ porušiť princíp transparentnosti, ale naopak, požadovaním tohto dokladu sa snažil o naplnenie metodických usmernení úradu, podľa ktorých podstatou stanovenia podmienky účasti je nielen samotné stanovenie podmienky účasti, ale hlavne overenie splnenia tejto podmienky účasti, a to počas celého procesu verejného obstarávania. Opätovne poukázal na to, že požadovaný doklad je podľa neho pre hospodárske subjekty relatívne jednoducho dostupný a získateľný a v bežnej podnikateľskej praxi nie je ničím výnimočný a jeho získanie nie je pre hospodársky subjekt nijako obmedzujúce v porovnaní s inými úkonmi, ktoré hospodársky subjekt realizuje v záujme získania zákazky (verejnej alebo súkromnej) v rámci podnikateľskej činnosti.
26. Účastník konania v Odvolaní zdôraznil, že do verejného obstarávania ponuku predložilo 5 uchádzačov, čo podľa neho nejaví znaky obmedzenia súťaže. V prípade, ak mal úrad za to, že stanovenie predloženia dokladu „potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne“ mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, je podľa účastníka konania potrebné toto tvrdenie odôvodniť, pričom z rozhodnutia úradu nie je podľa neho zrejmé, do akej miery mohlo mať uvedené porušenie vplyv na výsledok verejného obstarávania. Úrad podľa účastníka konania v odôvodnení rozhodnutia vytvoril domnienku, že v prípade nepožadovania tohto dokladu sa do súťaže mohli prihlásiť aj iní záujemcovia, avšak tejto skutočnosti z procesu verejného obstarávania nič nenasvedčuje. V priebehu procesu tohto verejného obstarávania totiž neboli zo strany žiadneho uchádzača predložené žiadosti o vysvetlenie požadovaného dokladu, resp. vysvetlenie pojmu „hlavný pracovný pomer“, a tiež zo strany účastníka konania nedošlo k vylúčeniu žiadneho z uchádzačov z dôvodu nepredloženia požadovaného dokladu.
27. Účastník konania ďalej súhlasil s tvrdením úradu, že pojem „hlavný pracovný pomer“ môže pre odborne zdatnú právnu verejnosť pôsobiť „zmätočne a nejednoznačne“, ale podľa neho za žiadnych okolností nie diskriminačne. Účastník konania poukázal na to, že uchádzač, ktorý má v úmysle predložiť ponuku do verejného obstarávania a považuje niektorú zo stanovených podmienok za nejednoznačnú, má právo požiadať o jej vysvetlenie. V prípade, že k takejto skutočnosti počas procesu verejného obstarávania nedošlo, je podľa účastníka konania logickejší záver, že daná podmienka bola pre uchádzačov zrozumiteľná, a nie predpoklad vytvorený úradom, že je diskriminačná.
28. Účastník konania v Odvolaní tiež zdôraznil, že podľa § 2 zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní, cit.: „Živnosťou je sústavná činnosť prevádzkovaná samostatne, vo vlastnom mene, na vlastnú zodpovednosť, za účelom dosiahnutia zisku alebo za účelom dosiahnutia merateľného pozitívneho sociálneho vplyvu, ak ide o hospodársku činnosť registrovaného sociálneho podniku podľa osobitného predpisu, a za podmienok ustanovených týmto zákonom.“, a teda tieto osoby v žiadnom prípade nemožno považovať za zamestnancov uchádzača, ale subdodávateľov.
29. V závere Odvolania účastník konania uviedol, že uvádzané porušenia zákona o verejnom obstarávaní podľa neho nemohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Právny rámec

30. Podľa § 10 ods. 1 ZVO verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
31. Podľa § 10 ods. 2 ZVO verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
32. Podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO 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 priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky.
33. Podľa § 38 ods. 1 písm. c) ZVO verejný obstarávateľ uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente, ak boli uverejnené podľa § 43 ods. 2 písm. c) podmienky účasti týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti a doklady na ich preukázanie podľa § 34 až 36, ak sa vyžadujú.
34. Podľa § 38 ods. 5 ZVO podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.
35. Podľa § 112 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ uvedie vo výzve na predkladanie ponúk alebo v súťažných podkladoch, ak boli zverejnené podľa § 113 ods. 5, podmienky účasti, doklady, ktorými ich možno preukázať, a podmienku podľa § 40 ods. 6 písm. g), ak sa uplatňuje. Podmienky účasti verejný obstarávateľ určí tak, že a) vyžaduje podmienky podľa § 32 ods. 1 písm. e) a f) a b) môže vyžadovať podmienky podľa § 32 ods. 1 písm. a) až d), g) a h) a § 33 až 36.
36. Podľa § 112 ods. 5 ZVO pri určení podmienok účasti verejný obstarávateľ postupuje podľa § 38 ods. 4 až 13. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch, nesmú byť v rozpore s výzvou na predkladanie ponúk. Pri preukazovaní splnenia určených podmienok účasti, ktoré sa týkajú osobného postavenia, sa postupuje podľa § 32 ods. 2 a 3.
37. Podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO 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.
38. Podľa § 182 ods. 4 ZVO 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).
39. 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.

40. Podľa § 47 ods. 1 správneho poriadku rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie o odvolaní (rozklade). Odôvodnenie nie je potrebné, ak sa všetkým účastníkom konania vyhovuje v plnom rozsahu.
41. Podľa § 47 ods. 2 správneho poriadku výrok obsahuje rozhodnutie vo veci s uvedením ustanovenia právneho predpisu, podľa ktorého sa rozhodlo, prípadne aj rozhodnutie o povinnosti nahradiť trovy konania. Pokiaľ sa v rozhodnutí ukladá účastníkovi konania povinnosť na plnenie, správny orgán určí pre ňu lehotu; lehota nesmie byť kratšia, než ustanovuje osobitný zákon.
42. Podľa § 47 ods. 3 správneho poriadku v odôvodnení rozhodnutia správny orgán uvedie, ktoré skutočnosti boli podkladom na rozhodnutie, akými úvahami bol vedený pri hodnotení dôkazov, ako použil správnu úvahu pri použití právnych predpisov, na základe ktorých rozhodoval, a ako sa vyrovnal s návrhmi a námietkami účastníkov konania a s ich vyjadreniami k podkladom rozhodnutia.

Zistenia správneho orgánu

43. Účastník konania je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. b) ZVO, a preto bol podľa § 10 ods. 1 ZVO pri zadávaní predmetnej zákazky povinný postupovať v súlade s týmto zákonom.
44. Splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, vrátane podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzačov alebo záujemcov, by malo byť jedným z predpokladov pre úspešné plnenie predmetu zadávanej zákazky. **Podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky, pričom verejný obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň štandardov technickej alebo odbornej spôsobilosti.** Vzhľadom na uvedené je stanovenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, vrátane ich minimálnej úrovne štandardov vo výlučnej kompetencii verejného obstarávateľa.
45. Z hľadiska základných princípov verejného obstarávania uvedených v § 10 ods. 2 ZVO musia byť podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti **nediskriminačné, primerané a stanovené vždy vo vzťahu k predmetu zákazky a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.**
46. **Zákaz diskriminácie** zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielneho zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie v podstate k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo uchádzačmi). Za skrytú diskrimináciu pri zadávaní zákaziek treba považovať aj taký postup verejného obstarávateľa, keď nezabezpečí, aby mal každý uchádzač/záujemca rovnaké možnosti vo verejnom obstarávaní, čím v konečnom dôsledku neumožní zdravú hospodársku súťaž.
47. **Princíp nediskriminácie záujemcov, resp. uchádzačov** vyplývajúci z § 10 ods. 2 ZVO vo svojej podstate znamená, že určením podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti **nemôže verejný obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov, ale musí umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú schopní plniť predmet zákazky.**
48. **Princíp transparentnosti** podľa judikatúry Súdneho dvora EÚ zabezpečuje pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci prístupnosť trhu pre hospodársku súťaž, ako aj kontrolu neustrannosti postupov (prípady C-324/98 Telaustria, bod 62; C-458/03 ParkingBrixen, bod 49). Účelom princípu transparentnosti je **predchádzať**

riziku akéhokolvek zvýhodňovania alebo svojvôle na strane verejného obstarávateľa. Princíp transparentnosti procesu verejného obstarávania vyjadruje požiadavku, aby tento proces prebiehal priehľadným a predvídateľným spôsobom, v plnom súlade s jednotlivými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, ako i to, že rozhodnutia v rámci obstarávania musia byť preskúmateľné a záujemcovia a uchádzači musia mať dostatočné informácie. Predvídateľnosť tohto procesu a najmä postupu verejného obstarávateľa korešponduje s ústavným princípom právnej istoty, vytvára priestor pre efektívnu konkurenciu medzi uchádzačmi, ktorá by mala viesť k účelnému vynakladaniu verejných prostriedkov a tým aj k udržaniu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania. V rozpore s týmto princípom je akékoľvek konanie verejného obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Najvyšší správny súd ČR v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12. 5. 2008 skonštatoval, že **k porušeniu princípu transparentnosti môže dôjsť aj vtedy, keď sa v postupe obstarávateľa vyskytujú také prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa.** Tento záver je taktiež v plnom súlade s výkladom tohto princípu zo strany Súdneho dvora EÚ; napr. stanovisko generálnej advokátky Stix-Hackel zo dňa 12. 4. 2005 vo veci C-231/03 Coname z hľadiska princípu transparentnosti uvádza, že **transparentnosť podľa smerníc zahŕňa viac ako len aspekty spojené s publicitou konkrétnych postupov verejného obstarávania** (bod 88). Zásada transparentnosti okrem toho predstavuje vedúcu zásadu pre celé verejné obstarávanie. K tomu patria takisto napr. preskúmateľnosť rozhodnutí verejného obstarávateľa **a vo všeobecnosti objektívny postup počas verejného obstarávania** (bod 90).

49. V nadväznosti na uvedené, princíp transparentnosti nezahŕňa len aspekty spojené so zverejnením konkrétnych postupov verejného obstarávania. **Podmienkou dodržania princípu transparentnosti je teda priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí ako férový a riadny.** Motívy jednotlivých osôb participujúcich na výbere uchádzačov o zákazku (či by išlo o motívy plne zákonné, dané len neschopnosťou navonok pôsobiť férovo a riadne, event. nezákonné alebo dokonca kriminálne) sú v tomto ohľade pre posúdenie porušenia princípu transparentnosti irelevantné. Porušenie princípu transparentnosti nastáva nezávisle na tom, či sa podarí preukázať konkrétne porušenie niektorej konkrétnej zákonnej povinnosti (rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR č. 1Afs 45/2010-170 zo dňa 15. 9. 2010, bod 44).
50. Z hľadiska princípov verejného obstarávania úrad uvádza, že pod **princípom transparentnosti**, sa rozumie aj to, že bude prebiehať jasné konanie, popri jasných definíciách, v tomto prípade, **svojvôľa zo strany verejného obstarávateľa** alebo obstarávateľa, resp. osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní **nie je z hľadiska dodržania princípov verejného obstarávania prípustná**, nakoľko transparentnosť procesu verejného obstarávania je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. K princípu transparentnosti zároveň treba uviesť, že **verejný obstarávateľ je povinný explicitne dodržiavať všetky pravidlá, resp. podmienky, ktoré sa na použitý postup verejného obstarávania vzťahujú.**
51. Správny orgán zdôrazňuje, že **ak je ohrozená alebo narušená nestranná a objektívna realizácia verejného obstarávania, ktorej následkom môže byť narušenie čestnej hospodárskej súťaže alebo ohrozenie zásady rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi, ide o stav, ktorý je v rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania.** Verejný obstarávateľ je povinný počas celého procesu verejného obstarávania rešpektovať princípy verejného obstarávania, t. j. dodržiavať najmä princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti

a princíp hospodárnosti a efektívnosti. **Cieľom vyššie uvedených princípov je napomôcť rozvoju skutočnej hospodárskej súťaže a účelnému vynakladaniu verejných prostriedkov, ako aj zabrániť riziku uprednostňovania určitých uchádzačov a svojvoľnému prístupu verejného obstarávateľa.** V súlade s týmito princípmi sa uchádzači musia nachádzať v rovnakej situácii, tak v čase vypracovania ponúk, ako aj v čase ich hodnotenia.

52. V tejto súvislosti správny orgán uvádza, že verejný obstarávateľ by mal stanovovať jednotlivé podmienky účasti v nadväznosti na predmet zákazky, ktorými vymedzí úroveň spôsobilosti záujemcu splniť predmet verejnej zákazky riadne. Účelom určenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti je overiť si z týchto hľadísk postavenie uchádzača alebo záujemcu a uistiť sa, že plnenie zmluvy v požadovanom rozsahu a kvalite bude zabezpečované spôsobilým zmluvným partnerom. Stanovené podmienky účasti svojim rozsahom a charakterom musia mať priamu súvislosť s predmetom zákazky a musia objektívne vyjadrovať odôvodniteľné požiadavky na spôsobilosť záujemcov k jeho plneniu. **Verejný obstarávateľ môže vymedziť minimálnu úroveň podmienok účasti iba takým spôsobom, aby bola primeraná a zodpovedala druhu, rozsahu, zložitosti a charakteru (povahe) konkrétneho predmetu zákazky. Verejný obstarávateľ má prostredníctvom minimálnej úrovne podmienok účasti overiť spôsobilosť záujemcu splniť zákazku, nie vytvárať neodôvodnené prekážky pre účasť záujemcov vo verejnom obstarávaní.** Stanovením nezákonných, nejasných a zmätočných podmienok účasti sa verejný obstarávateľ dopúšťa konania, prostredníctvom ktorého môže obmedziť okruh potenciálnych záujemcov a znemožní im účasť vo verejnom obstarávaní. Za formu neprípustnej diskriminácie (skrytej) je potrebné považovať i taký postup verejného obstarávateľa, ktorým verejný obstarávateľ znemožní niektorým záujemcom uchádzať sa o zákazku nastavením takej minimálnej úrovne podmienky účasti, ktorá je zjavne neproporčná k predmetu zákazky, pričom je zrejmé, že ju môžu splniť len niektorí z potenciálnych záujemcov, hoci by inak boli k plneniu predmetu zákazky objektívne spôsobilí.
53. Účastník konania v časti III.1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ Výzvy na predkladanie ponúk a v časti A.2 „Podmienky účasti“ súťažných podkladov stanovil nasledovnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, cit.: *„Údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky“*. V časti „Minimálna požadovaná úroveň“ k danej podmienke účasti účastník konania požadoval, cit.: *„Uchádzač, ako dôkaz predloží potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky. Požaduje sa, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov.“*
54. Správny orgán v tejto súvislosti poukazuje na § 34 ods. 1 ZVO, ktorý obsahuje taxatívne vymedzený rozsah dokladov, ktorými uchádzači preukazujú technickú alebo odbornú spôsobilosť v procese verejného obstarávania. Uvedená taxatívnosť rozsahu dokladov znamená, že verejný obstarávateľ má pri príprave požiadaviek na preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti možnosť vybrať si jednu alebo niekoľko z podmienok účasti uvedených v predmetnom ustanovení tohto zákona, **nie je však oprávnený stanoviť si podmienky účasti na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti nad rámec možností upravených v § 34 ods. 1 ZVO, resp. ich taxatívny rozsah akýmkoľvek spôsobom meniť.**
55. Zákon o verejnom obstarávaní v § 34 ods. 1 uvádza, cit.: *„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 (...).“* Predmetné ustanovenie predstavuje transpozíciu čl. 60 ods. 4 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“), v ktorom sa uvádza, cit.: „*Podľa povahy, množstva alebo dôležitosti, ako aj využitia prác, tovaru alebo služieb, možno technickú spôsobilosť hospodárskych subjektov preukázať jedným alebo viacerými spôsobmi uvedenými v prílohe XII časti II.*“ Podľa písm. h) časti II „Technická spôsobilosť“ prílohy XII Smernice 2014/24/EÚ, cit.: „*Prostriedky poskytujúce dôkaz o technickej spôsobilosti hospodárskeho subjektu podľa článku 58: **uviedenie ročného priemeru počtu pracovných síl poskytovateľa služieb alebo dodávateľa a počtu riadiacich pracovníkov za posledné tri roky.***“ Uvedenému zodpovedá **znenie § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, podľa ktorého technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať, ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky.**

56. Správny orgán na tomto mieste dáva do pozornosti rozsudok Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len „SD EÚ“) zo dňa 7. 7. 2016 vo veci C-46/15, v ktorom SD EÚ objasnil význam čl. 48 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (ďalej len „Smernica 2004/18/ES“). Smernica 2004/18/ES síce bola Smernicou 2014/24/EÚ zrušená, vzhľadom na takmer identické znenie jej čl. 48 s čl. 60 ods. 4 Smernice 2014/24/EÚ, sú však závery tohto rozsudku naďalej aktuálne. Konkrétne SD EÚ v predmetnom rozsudku (body 49 – 56) uviedol, cit.: „*Pokiaľ ide o celkovú systematiku článku 48 ods. 2 písm. a) bodu ii) druhej zarážky smernice 2004/18, ako bola pripomenutá aj v bode 36 tohto rozsudku, tento článok vytvára uzavretý systém, ktorý obmedzuje možnosť, aby verejní obstarávatelia stanovovali **nové dôkazné prostriedky alebo formulovali dodatočné požiadavky prinášajúce podstatnú zmenu, pokiaľ ide o povahu a podmienky predkladania už stanovených dôkazných prostriedkov.** Treba konštatovať, že požiadavka, aby podpis uvedený na potvrdení kupujúceho bol overený, by zaviedla formalizmus znamenajúci takú podstatnú zmenu prvého z dvoch dôkazných prostriedkov uvedených v článku 48 ods. 2 písm. a) bode ii) druhej zarážke smernice 2004/18, **sťažujúcu kroky, ktoré musí hospodársky subjekt splniť na účely splnenia požiadaviek dôkazného bremena, čo sa javí byť v rozpore s celkovou systematikou tohto článku.** Pokiaľ ide o účel smernice 2004/18, treba pripomenúť, že ako vyplýva z jej odôvodnení 1 a 2, smernica stanovuje pravidlá koordinácie s cieľom predovšetkým zjednodušiť a modernizovať vnútroštátne postupy zadávania verejných zákaziek na účely uľahčenia voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa, slobody poskytovať služby a otvorenia zadávania verejných zákaziek hospodárskej súťaži. **Konkrétne, ako vyplýva z judikatúry Súdneho dvora, táto smernica má za cieľ uľahčiť prístup malých a stredných podnikov k verejným zákazkám, ako uvádza jej odôvodnenie 32 (pozri v tomto zmysle rozsudky z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34, a zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 34).**“*
57. Podľa správneho orgánu **SD EÚ v predmetnom rozsudku objasnil taxatívnosť predmetného článku smernice tak, že tento článok vytvára uzavretý systém, ktorý obmedzuje možnosť, aby verejní obstarávatelia stanovovali nové dôkazné prostriedky alebo formulovali dodatočné požiadavky prinášajúce podstatnú zmenu, pokiaľ ide o povahu a podmienky predkladania už stanovených dôkazných prostriedkov.** Ďalej z predmetného rozsudku SD EÚ vyplýva, že v rámci posúdenia požiadavky stanovenej v danom prípade (požiadavka, aby podpis uvedený na potvrdení kupujúceho bol overený), SD EÚ nevychádzal len z jazykového znenia tejto požiadavky a nepovažoval ju za neprípustnú len z toho dôvodu, že by predstavovala dôkazný prostriedok nad rámec uzatvoreného systému vytvoreného gramatickým znením príslušného článku smernice. Práve naopak, **SD EÚ sa zaoberal posúdením praktických dôsledkov predmetnej požiadavky na procesy verejného obstarávania, pričom dospel k záveru, že táto požiadavka by mohla odradiť hospodárske**

subjekty od účasti v postupoch zadávania zákaziek, a to z dôvodu rozdielov existujúcich v rôznych vnútroštátnych právnych predpisoch. S poukazom na uvedené by podľa správneho orgánu mala byť rovnakým spôsobom posúdená taktiež požiadavka, ktorú v rámci predmetnej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti určil účastník konania v tomto verejnom obstarávaní (predloženie potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky).

58. Správny orgán v tomto kontexte odkazuje na rozhodnutie Rady úradu č. 13893-9000/2018 zo dňa 4. 2. 2019, v ktorom Rada úradu konštatovala nasledovné, cit.: „Zo záverov uvedených v správe z vládneho auditu (...) rade vyplýva, že vládny audit poukazuje na to, že podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti sú v § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vymedzené taxatívne, čo znamená, že nakoľko vyhlásenie o disponibilite odborníka nemožno považovať za údaj o vzdelaní, odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii, nebolo ho možné od uchádzačov požadovať. (...) V tejto súvislosti rada poukazuje na to, že požadované vyhlásenie odborníka o jeho disponibilite malo byť vyhotovené a podpísané samotným odborníkom, t. j. internou kapacitou uchádzača. Nevyžadovalo sa teda vyhlásenie (potvrdenie) vystavené inštitúciou, odlišnou od uchádzača, ktorého získanie by mohlo byť pre uchádzača obťažné, a teda by mu mohlo komplikovať účasť v súťaži (napr. z časových dôvodov), resp. ho od tejto účasti odradiť. Okrem toho z ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že osoba (odborník), ktorej vzdelaním, odbornou praxou alebo odbornou kvalifikáciou sa preukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti, je osoba určená na plnenie zmluvy, čo znamená, že bude musieť byť k dispozícii pri jej plnení. Predmetnou požiadavkou sa preto nevyžaduje preukázanie žiadnej inej skutočnosti, než ktorá implicitne vyplýva z ustanovenia § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Tiež je potrebné uviesť, že predmetná podmienka účasti sa bežne preukazuje najmä profesijným životopisom odborníka s jeho vlastnoručným podpisom napriek tomu, že ustanovenie § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní nepožaduje, aby údaje o vzdelaní, odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii boli podpísané odborníkom. Inak tomu nebolo ani v tomto prípade, keďže kontrolovaný v bode 34.3 súťažných podkladov uviedol, cit.: „Každý odborník predloží profesný životopis podpísaný odborníkom.“ Ak teda nie je neprimerané požadovať predloženie profesijného životopisu podpísaného odborníkom, podľa rady by nemala byť považovaná za neprimeranú ani požiadavka predložiť vyhlásenie odborníka o jeho disponibilite podpísané odborníkom. Rada má tiež za to, že ak odborník poskytuje uchádzačovi svoj podpísaný profesijný životopis, nejaví sa byť komplikované poskytnúť mu súčasne aj podpísané vyhlásenie o svojej disponibilite. **Kontrolovaný okrem toho nestanovil žiadne osobitné náležitosti, ktoré by predmetné vyhlásenie odborníka o disponibilite malo obsahovať (napr. overenie notárom a pod.). Predmetnou požiadavkou ani nevyžadoval od odborníka alebo uchádzača vytvorenie nejakého zložitého dokumentu, ktorého spracovanie by na ktoréhokolvek z nich kládlo zvýšené časové nároky.** (...) Na základe uvedeného má rada za to, že predmetná požiadavka kontrolovaného predložiť vyhlásenia odborníkov o ich disponibilite počas plnenia zmluvy nebola v predmetnom prípade stanovená samoučelne a že ju možno považovať za požiadavku, ktorou chcel kontrolovaný v rámci technickej a odbornej spôsobilosti zabezpečiť, aby uchádzači mali k dispozícii ľudské a technické zdroje a skúsenosti potrebné na plnenie zákazky na primeranej kvalitatívnej úrovni v súlade s článkom 58 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ. Rada však v nadväznosti na uvedené zdôrazňuje, že **požiadavky, ktoré verejní obstarávatelia v tejto súvislosti určia, musia byť primerané, nesmú ísť nad rámec toho, čo je na zabezpečenie sledovaného účelu potrebné, nesmú uchádzačom komplikovať preukázanie splnenia podmienok účasti (napr. spôsobom opísaným v citovanom rozsudku Súdneho dvora Európskej únie) a samozrejme, nesmú nikoho zvýhodňovať alebo znevýhodňovať v porovnaní s ostatnými subjektami v rovnakom postavení.** Rada má za to, že požiadavka predložiť vyhlásenie odborníka o jeho disponibilite, ktorú určil kontrolovaný v predmetnom verejnom

obstarávaní, tieto atribúty splňa. O odlišnú situáciu by zaiste išlo v prípade, ak by kontrolovaný vyžadoval napr. predloženie potvrdenia referenčných zákaziek/projektov odborníkov ich odberateľmi alebo predchádzajúcimi zamestnávateľmi, pretože **potreba zabezpečiť potvrdenie subjektu odlišného od uchádzača, ktorý navyše ani nie je povinný takéto potvrdenie vystaviť, uchádzačovi objektívne sťažuje preukázanie splnenia podmienok účasti.** Takáto požiadavka by navyše mohla zvýhodňovať uchádzačov, ktorí dlhodobo zamestnávajú odborníka, a teda mu môžu sami toto potvrdenie realizovaných referenčných projektov vystaviť, v porovnaní s uchádzačmi, ktorí odborníka zamestnali v nedávnom období, a teda musia o potvrdenie požiadať jeho predchádzajúcich zamestnávateľov, ktorí mu potrebné potvrdenie z rôznych dôvodov (napr. aj s cieľom eliminácie konkurencie) nebudú ochotní vystaviť.“ A práve uvedené skutočnosti správny orgán považuje za markantné pre posúdenie konania účastníka konania v predmetnom verejnom obstarávaní.

59. Aj napriek tomu, že sa účastník konania v tomto správnom konaní nevyjadril, správny orgán považuje za dôležité najskôr reagovať na argument účastníka konania prezentovaný vo Vyjadrení, a to argument v súvislosti s poukazom účastníka konania na § 38 ods. 1 písm. c) ZVO, z ktorého vyplýva, že zákon požaduje, aby verejný obstarávateľ stanovil nielen podmienku účasti, ale aj doklady, ktoré budú slúžiť na preukázanie stanovenej podmienky účasti, pričom podstatou stanovenia podmienky účasti je nielen jej samotné stanovenie, ale hlavne overenie splnenia tejto podmienky účasti, pričom uvádza, že tieto **doklady vyžadované verejným obstarávateľom na preukázanie stanovenej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nesmú ísť nad rámec možností taxatívne upravených v § 34 ods. 1 ZVO, resp. nesmú tento taxatívne stanovený rozsah dokladov akýmkoľvek spôsobom obchádzať, či meniť.**
60. Ďalej v súvislosti s argumentáciou účastníka konania, že § 34 ods. 1 ZVO iba v niektorých písmenách vymedzuje konkrétny doklad na preukázanie splnenia danej podmienky účasti, pričom v niektorých písmenách nedefinuje konkrétny doklad (napr. § 34 ods. 1 písm. i) ZVO), správny orgán poukazuje na skutočnosť, že vo vyššie citovanom rozhodnutí č. 13893-9000/2018 zo dňa 4. 2. 2019 Rada úradu pripustila možnosť, že verejní obstarávatelia si môžu stanoviť určité požiadavky k dokladom požadovaným na účely preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti (teda aj požiadavky nad rámec právnej úpravy uvedenej v § 34 ods. 1 ZVO) za predpokladu, že ide o požiadavky smerujúce k zabezpečeniu dispozície uchádzača ľudskými zdrojmi potrebnými na realizáciu zákazky, pokiaľ verejní obstarávatelia nestanovia osobitné náležitosti, ktoré by predmetná požiadavka mala obsahovať (napr. overenie notárom, potvrdenie predchádzajúcim zamestnávateľom, a pod.), pričom Rada úradu v tejto súvislosti konštatovala, že **potreba zabezpečiť potvrdenie subjektu odlišného od uchádzača, ktorý navyše ani nie je povinný takéto potvrdenie vystaviť, uchádzačovi objektívne sťažuje preukázanie splnenia podmienok účasti. Požiadavky, ktoré verejní obstarávatelia v tejto súvislosti určia, pritom musia byť primerané, nesmú ísť nad rámec toho, čo je na zabezpečenie sledovaného účelu potrebné, nesmú uchádzačom komplikovať preukázanie splnenia podmienok účasti** (napr. spôsobom opísaným v citovanom rozsudku SD EÚ vo veci C-46/15) **a samozrejme, nesmú nikoho zvýhodňovať alebo znevýhodňovať v porovnaní s ostatnými subjektami v rovnakom postavení.** Inak povedané, takáto požiadavka verejného obstarávateľa (nad rámec právnej úpravy uvedenej v § 34 ods. 1 ZVO) nesmie pre uchádzačov vytvárať praktickú obťažnosť splniť túto požiadavku, najmä vzhľadom na dĺžku lehoty na predkladanie ponúk a podmienky vydávania požadovaného dokladu ustanovené v iných členských štátoch Európskej únie. Tieto závery pritom vyplývajú z vyššie citovaného rozsudku SD EÚ vo veci C-46/15, z ktorého vyplýva, že **taxatívnosť dokladov (dôkazných prostriedkov) vymedzených Smernicou 2014/24/EÚ (a teda tiež ustanovením § 34 ods. 1 ZVO, ktorý predstavuje transpozíciu čl. 60 ods. 4 tejto smernice) na preukázanie podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti**

obmedzuje možnosť verejných obstarávateľov stanovovať nové dôkazné prostriedky alebo formulovať dodatočné požiadavky prinášajúce podstatnú zmenu, pokiaľ ide o povahu a podmienky predkladania dôkazných prostriedkov stanovených Smernicou 2014/24/EÚ (resp. § 34 ods. 1 ZVO), ktoré by sťažovali kroky, ktoré musí hospodársky subjekt splniť na účely preukázania splnenia stanovenej podmienky účasti.

61. Účastník konania v tomto verejnom obstarávaní ako doklad (dôkazný prostriedok) na preukázanie splnenia danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, ktorá sa v zmysle predmetného ustanovenia preukazuje „údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky“, požadoval od uchádzačov predloženie potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky. Účastník konania teda na preukázanie splnenia danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil doklad, ktorý § 34 ods. 1 ZVO nevymedzuje, a ktorý zároveň ani nie je v dispozícii samotného uchádzača, nakoľko na získanie takéhoto dokladu uchádzač musel osloviť štátnu inštitúciu (príslušnú pobočku Sociálnej poisťovne, resp. obdobnú inštitúciu v krajine sídla uchádzača, ak ide o zahraničného uchádzača), aby tento doklad získal.
62. V nadväznosti na uvedené správny orgán konštatuje, že požiadavka účastníka konania na predloženie potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky za účelom preukázania splnenia stanovenej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO uchádzačom mohla uchádzačom sťažiť preukázanie splnenia danej podmienky účasti, prípadne mohla odradiť od účasti v tomto verejnom obstarávaní zahraničné hospodárske subjekty, pre ktoré by získanie takéhoto potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne mohlo byť z rôznych dôvodov obťažné. Správny orgán tiež zdôrazňuje, že požadovaný doklad nevystavuje priamo uchádzač, ale je vyhotovený inštitúciou „Sociálna poisťovňa“. Požadovanie predmetného dokladu neprispieva ani k zníženiu administratívnej záťaže v procese verejného obstarávania. Správny orgán tiež podotýka, že takýmto dokladom by nebolo možné danú podmienku účasti preukázať zo strany tých uchádzačov, ktorí napr. nemajú sídlo v Slovenskej republike, pretože v ostatných členských štátoch Európskej únie sa inštitúcia s názvom „Sociálna poisťovňa“ nemusí vyskytovať.
63. K tvrdeniu účastníka konania uvedenom vo Vyjadrení, že v prípade potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne ide o doklad vydaný jediným relevantným orgánom verejnej moci, ktorý môže jednoznačne preukázať (potvrdiť) splnenie danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, pričom údaje (počet zamestnancov), ktoré sú predmetom danej podmienky účasti, nie je možné overiť na základe iných dostupných údajov a databáz, ktoré by boli potvrdené relevantným orgánom verejnej moci, správny orgán uvádza, že Smernica 2014/24/EÚ, ani § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, pri danej podmienke účasti nevyžadujú ako dôkazný prostriedok na preukázanie jej splnenia doklad vydaný orgánom verejnej moci, ale vyžadujú údaje o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky (uvedenie ročného priemeru počtu pracovných síl za posledné tri roky).
64. Správny orgán sa preto v kontexte svojich argumentov uvedených vyššie nestotožnil ani s argumentáciou účastníka konania, podľa ktorého, ak by bola predmetná podmienka účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovená bez konkrétneho dokladu (potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne), ktorým mala byť preukázaná, takto stanovená podmienka účasti by bola iba formálna a nevyhodnotiteľná, nakoľko v prípade, ak by účastník konania dodržal taxatívne znenie § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, uchádzači by boli povinní poskytnúť účastníkovi konania požadované údaje o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky (napr. vo forme čestného vyhlásenia uchádzača), na základe čoho

by bolo objektívne možné vyhodnotiť danú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti. Uvedené zároveň nebráni možnosti verejného obstarávateľa v prípade dôvodných pochybností požadovať od uchádzača preukázanie pravdivosti údajov o priemernom ročnom počte zamestnancov (resp. o počte riadiacich zamestnancov) za predchádzajúce tri roky, ktoré tento uchádzač deklaroval v ponuke.

65. Správny orgán konštatuje nesprávnosť predpokladu účastníka konania, že požadovaný doklad (potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne) je pre uchádzačov relatívne jednoducho dostupný a získateľný, a teda jeho získanie nie je pre hospodársky subjekt nijako obmedzujúce v porovnaní s inými úkonmi, ktoré tento hospodársky subjekt realizuje v záujme získania zákazky. Je nevyhnutné zdôrazniť, že záujemcovia boli povinní požiadať príslušnú Sociálnu poisťovňu o vydanie takéhoto dokladu, pričom nevedeli predpokladať v akom časovom horizonte (či bezodkladne, do 30 dní, resp. do 60 dní) im Sociálna poisťovňa takýto doklad vystaví, pričom, ako sama Sociálna poisťovňa poukázala vo svojom vyjadrení doručenom Rade úradu dňa 21. 9. 2022 **potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky nevystavuje, nakoľko informačný systém Sociálnej poisťovne takýmito údajmi nedisponuje.** Zároveň správny orgán opätovne poukazuje na to, že § 34 ods. 1 písm. i) ZVO neumožňuje vyžadovať takýto doklad (potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky).
66. Správny orgán v súvislosti s vyjadrením Sociálnej poisťovne (bod 15 tohto rozhodnutia) ďalej uvádza, že z neho vyplýva, že **príslušná pobočka Sociálnej poisťovne vydáva na základe žiadosti zamestnávateľa potvrdenie o počte zamestnancov prihlásených na sociálne poistenie k určitému dátumu** (a teda príslušná pobočka Sociálnej poisťovne vydáva doklad, ktorý účastník konania nepožadoval), pričom potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky (a teda doklad, ktorý účastník konania požadoval) príslušná pobočka Sociálnej poisťovne nevystavuje, nakoľko informačný systém Sociálnej poisťovne takýmito údajmi nedisponuje. **Sociálna poisťovňa nevydáva doklad, aký požadoval účastník konania v predmetnom verejnom obstarávaní, a teda potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, ale Sociálna poisťovňa vydáva doklad, na základe ktorého je možné zistiť priemerný ročný počet zamestnancov za predchádzajúce tri roky.**
67. Uvedené potvrdzuje aj dokument úspešného uvádzača, tvoriaci súčasť dokumentácie účastníka konania k predmetnému verejnému obstarávaniu, kde úspešný uchádzač za účelom preukázania splnenia danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní predložil „Potvrdenie“ zo dňa 5. 3. 2021, v ktorom bolo uvedené, cit.: *„Sociálna poisťovňa, pobočka Bratislava potvrdzuje, že zamestnávateľ SYTIQ a. s., IČO: 52 286 843, Mlynské nivy 49, 821 09 Bratislava je podľa údajov evidovaných Sociálnou poisťovňou ku dňu vystavenia tohto potvrdenia evidovaný v registri zamestnávateľov vedenom Sociálnou poisťovňou od 1. 4. 2019, variabilný symbol 1004072619. Sociálna poisťovňa, pobočka Bratislava potvrdzuje, že zamestnávateľ SYTIQ a. s. podľa údajov evidovaných Sociálnou poisťovňou má od 1. 4. 2019 do 31. 12. 2020 tieto počty zamestnancov:*

mesiac/ rok	počet zamestnancov	mesiac/ rok	počet zamestnancov
04/2019	10	01/2020	46
05/2019	26	02/2020	47
06/2019	36	03/2020	42
07/2019	41	04/2020	41
08/2019	42	05/2020	44
09/2019	43	06/2020	49
10/2019	43	07/2020	55
11/2019	43	08/2020	57
12/2019	44	09/2020	56
		10/2020	56
		11/2020	57
		12/2020	58

68. Z predmetného potvrdenia jednoznačne vyplýva, že Sociálna poisťovňa vydala úspešnému uchádzačovi doklad, **na základe ktorého je možné zistiť** priemerný ročný počet zamestnancov za predchádzajúce tri roky, avšak nevydala doklad, aký požadoval účastník konania v predmetnom verejnom obstarávaní, a teda **potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky.**
69. Správny orgán zároveň podotýka, že SD EÚ v už správny orgánom vyššie uvedenom rozsudku vo veci C-46/15 nepovažoval za nevyhnutné preukázať, že uchádzači so sídlom v inom členskom štáte mali sťažené postavenie pri získaní požadovaného dokladu, ale **podľa SD EÚ postačovala samotná možnosť odradenia od predloženia ponuky**, cit.: „Z dôvodu krátkych lehôt obvykle stanovených na predloženie žiadostí v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania, ako aj rozdielov existujúcich v rôznych vnútroštátnych právnych predpisoch, pokiaľ ide o overovanie podpisov aktov, totiž nie je vylúčené, že mnohé subjekty, najmä zahraničné, by mohli byť odradené od predloženia svojich ponúk vzhľadom na praktickú obťažnosť predložiť v členskom štáte, ktorého sa zadávanie zákazky týka, potvrdenie, ktorého podpis bol riadne overený.“
70. Na základe uvedených skutočností správny orgán konštatuje, že účastník konania v tomto prípade stanovil predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti **nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO**, keď okrem údajov o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky požadoval od uchádzačov predložiť taktiež potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov, pričom samotná Sociálna poisťovňa potvrdila, že takýto doklad nedokáže vystaviť, nakoľko jej informačný systém takýmito údajmi nedisponuje, čo je vlastne preukázané aj v samotnom Potvrdení úspešného uchádzača uvedeného v bode 68 tohto rozhodnutia. Okrem toho, že účastník konania takýmto konaním išiel nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, svojím konaním takisto **porušil princíp transparentnosti, pretože účastník konania nepostupoval prehľadným a predvídateľným spôsobom plne v súlade s § 34 ods. 1 písm. i) ZVO**, čo malo za následok, že jeho konanie bolo **nejednoznačné a zároveň porušil princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, keďže takýmto dokladom by nebolo možné danú podmienku účasti preukázať** zo strany tých uchádzačov, ktorí napr. nemajú sídlo

v Slovenskej republike, pretože v ostatných členských štátoch Európskej únie sa inštitúcia s názvom „Sociálna poisťovňa“ nemusí vyskytovať.

71. Správny orgán ďalej k argumentom účastníka konania uvedeným v Odvolaní konštatuje, že podmienka účasti bola v časti vyžadovania konkrétneho druhu pracovného pomeru ako „hlavného pracovného pomeru“ nejednoznačná, resp. nejasná, nakoľko pojem „hlavný pracovný pomer“ nie je v oblasti pracovného práva (v Zákonníku práce) definovaný. **Nakoľko účastník konania v rámci danej podmienky účasti bližšie nešpecifikoval, čo rozumie pod pojmom „hlavný pracovný pomer“, je takáto požiadavka podľa správneho orgánu v rozpore s princípom transparentnosti.** Napokon, sám účastník konania v Odvolaní súhlasil s tvrdením úradu, že pojem „hlavný pracovný pomer“ môže pôsobiť „zmätočne a nejednoznačne“, aj keď podľa neho nie diskriminačne. Účastník konania však relevantným spôsobom neodôvodnil takto stanovenú požiadavku, aby išlo min. o 25 zamestnancov výlučne v hlavnom pracovnom pomere, a teda požiadavku na konkrétny druh pracovného pomeru.
72. Účastník konania argumentoval aj tým, že v zmysle živnostenského zákona osoby, ktoré uskutočňujú požadované činnosti na základe tohto zákona, nie je možné považovať za zamestnancov uchádzača, ale ide o subdodávateľov uchádzača, pričom podľa účastníka konania sa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO vzťahuje výlučne na skúmanie počtu zamestnancov, a nevzťahuje sa na skúmanie počtu osôb zúčastňujúcich sa realizácie zákazky na základe iných obchodných vzťahov. Správny orgán s týmto tvrdením nesúhlasí a uvádza, že § 34 ods. 1 písm. i) ZVO síce svojím znením smeruje k „skúmaniu počtu zamestnancov“, avšak neviaže sa na žiadnu konkrétnu formu, ani druh pracovnoprávneho vzťahu, resp. neobmedzuje sa iba na zamestnancov „v hlavnom pracovnom pomere“. Podľa správneho orgánu požadovanie konkrétneho pracovnoprávneho vzťahu v rámci danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nemá žiadnu výpovednú hodnotu a neznižuje, ani nezvyšuje schopnosť uchádzača realizovať predmet zákazky.
73. Predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO je zároveň potrebné vnímať vo svetle znenia a účelu Smernice 2014/24/EÚ. Podľa čl. 58 ods. 4 Smernice 2014/24/EÚ, cit.: *„Pokiaľ ide o technickú a odbornú spôsobilosť, verejní obstarávatelia môžu stanoviť požiadavky, ktorými sa zabezpečí, aby hospodárske subjekty mali k dispozícii ľudské a technické zdroje a skúsenosti potrebné na plnenie zákazky na primeranej kvalitatívnej úrovni.“* Podľa čl. 60 ods. 4 Smernice 2014/24/EÚ, cit.: *„Podľa povahy, množstva alebo dôležitosti, ako aj využitia prác, tovaru alebo služieb, možno technickú spôsobilosť hospodárskych subjektov preukázať jedným alebo viacerými spôsobmi uvedenými v prílohe XII časti II.“* Podľa písm. h) časti II „Technická spôsobilosť“ prílohy XII Smernice 2014/24/EÚ, cit.: *„Prostriedky poskytujúce dôkaz o technickej spôsobilosti hospodárskeho subjektu podľa článku 58: uvedenie ročného priemeru počtu pracovných síl poskytovateľa služieb alebo dodávateľa a počtu riadiacich pracovníkov za posledné tri roky“.* Z uvedeného teda vyplýva, že **Smernica 2014/24/EÚ predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti neviaže na konkrétny druh (formu) pracovnoprávneho vzťahu, resp. neodkazuje na skúmanie počtu zamestnancov uchádzača v konkrétnom pracovnoprávnom vzťahu (v pracovnom pomere)** tak, ako predmetnú podmienku účasti vykladá účastník konania, keďže Smernica 2014/24/EÚ používa pojem „pracovné sily“, pričom výklad účastníka konania nevyplýva ani zo samotného účelu § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, ktorým je overiť, či daný uchádzač disponuje potrebnými ľudskými zdrojmi na realizáciu (plnenie) predmetu zákazky, a to bez ohľadu na konkrétny právny vzťah.
74. V kontexte argumentácie účastníka konania, že považoval za primerané (v záujme plnenia predmetu danej zákazky po odbornej a administratívnej stránke), aby uchádzač preukázal stanovený počet zamestnancov, pričom podľa neho realizácia zákazky takéhoto rozsahu vyžaduje určitý počet zamestnancov a obsahuje práce takého charakteru, ktoré môžu byť

vykonávané iba formou závislej práce, na čo je nevyhnutný vznik „hlavného pracovného pomeru“, správny orgán upozorňuje, že takto stanovenú podmienku účasti by spĺňal taktiež uchádzač, ktorý by síce mal 25 zamestnancov v „hlavnom pracovnom pomere“, avšak išlo by o zamestnancov, ktorí by u tohto uchádzača vykonávali napr. administratívne, ekonomické, IT činnosti, pričom žiadny z týchto zamestnancov v „hlavnom pracovnom pomere“ by nebol zamestnancom zaoberajúcim sa stavebnou činnosťou, a teda u uchádzača by nevykonával stavebné činnosti (stavebné práce by aj takýto uchádzač mohol realizovať napr. osobami, ktoré uskutočňujú dané činnosti na základe oprávnenia podľa živnostenského zákona). Účastníkom konania stanovenú podmienku účasti by spĺňal taktiež uchádzač, ktorý by nemal reálne k dispozícii dostatok ľudských zdrojov na kvalitné zrealizovanie predmetu danej zákazky. Na druhú stranu, takto stanovenú podmienku účasti by zároveň nespĺňal ten uchádzač, ktorý by síce nemal 25 zamestnancov v „hlavnom pracovnom pomere“, avšak mal by k dispozícii dostatok ľudských zdrojov na kvalitné zrealizovanie predmetu danej zákazky (napr. osoby, ktoré uskutočňujú dané činnosti na základe oprávnenia podľa živnostenského zákona). Podľa správneho orgánu teda takto stanovená podmienka účasti ako ani odôvodnenie účastníka konania nepreukazuje spôsobilosť uchádzača, resp. disponovanie potrebnými ľudskými zdrojmi, vo vzťahu k realizácii predmetu danej zákazky.

75. Zároveň správny orgán podotýka, že **vyžadovanie konkrétneho druhu pracovného pomeru je diskriminačné**, nakoľko neumožňuje účasť na predmetnom zadávaní zákazky tým uchádzačom, ktorí svoje personálne kapacity, ktoré využívajú alebo ich majú k dispozícii na základe uzavretých rôznych druhov pracovnoprávných vzťahov v zmysle Zákonníka práce, podľa ktorého môže byť zamestnanec v pracovnoprávnom vzťahu na základe pracovného pomeru alebo na základe dohôd vykonávaných mimo pracovného pomeru.
76. Správny orgán zdôrazňuje, že **§ 34 ods. 1 písm. i) ZVO síce obsahom smeruje k „skúmaniu počtu zamestnancov“, avšak neviaže sa na žiadnu formu ani druh pracovnoprávneho vzťahu, resp. neobmedzuje sa iba na zamestnancov „v hlavnom pracovnom pomere“**. Podľa správneho orgánu požiadavka účastníka konania, aby išlo min. o 25 zamestnancov výlučne v hlavnom pracovnom pomere, a teda požiadavka na konkrétny druh pracovného pomeru, nesúvisí s predmetom obstarávanej zákazky, nedosahuje sledovaný cieľ, a teda **ide nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie sledovaného cieľa, na základe čoho je takáto požiadavka na konkrétny pracovný pomer neprimeraná vo vzťahu k predmetu obstarávanej zákazky**. Účastník konania teda predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil v rozpore s § 38 ods. 5 v spojení s § 112 ods. 5 ZVO, a tiež princípmi transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 ZVO.
77. Pokiaľ ide o argumentáciu účastníka konania uvedenú v Odvolaní o nepreukázaní vplyvu uvedených porušení zákona o verejnom obstarávaní na výsledok verejného obstarávania, správny orgán akcentuje, že **zákon o verejnom obstarávaní je koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu na výsledok verejného obstarávania** (rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 154/2011 zo dňa 21. 11. 2012 a č. k. 2S 153/2011-96 zo dňa 7. 11. 2012, ktorý bol potvrdený rozsudkom Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf 56/2013 zo dňa 25. 5. 2015). **Postačuje teda vždy len reálna možnosť, potencialita vplyvu na výsledok verejného obstarávania, za ktorý sa považuje možnosť odradenia uchádzačov od účasti v súťaži, napr. stanovením diskriminačnej podmienky účasti**. V kontexte tohto konkrétneho prípadu správny orgán považuje za dôležité uviesť, že má preukázané, že porušenie princípu transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov a zároveň § 38 ods. 5 ZVO a 112 ods. 5 ZVO **mohlo mať vplyv** na výsledok verejného obstarávania, nakoľko, ak by účastník konania transparentným a nediskriminačným spôsobom zafinoval predmetnú podmienku účasti, ktorá by nešla nad rámec taxatívneho znenia podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, nie je možné vylúčiť, že by táto skutočnosť mohla mať vplyv na účasť v predmetnom verejnom

obstarávaní, v dôsledku čoho by mohla byť predložená výhodnejšia ponuka, ktorá sa mohla stať úspešnou. Zároveň už len zo samej podstaty princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov vyplýva, že postup v rozpore s týmto princípom môže mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

78. K tvrdeniu účastníka konania že v prípade ak zákon nedefinuje jednotlivé pojmy prípadne povinnosti jednoznačne a je prípustný rôzny právny výklad, mal by orgán verejnej moci uplatniť právnu zásadu „in dubio pro reo“ správny orgán uvádza, že § 34 ods. 1 ZVO ako aj § 10 ods. 2 ZVO sú dostatočne určité a zrozumiteľné, a preto argumentácia účastníka konania o nejednoznačnosti právnej úpravy neobstojí. Správny orgán riadne zistil skutkový (aj skutočný) stav veci a má za **riadne preukázané, bez akýchkoľvek pochybností, že účastník konania konal v rozpore s § 34 ods. 1 písm. i) a § 10 ods. 2 ZVO ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 ZVO a § 112 ods. 5 ZVO**
79. Na základe uvedených skutočností správny orgán konštatuje, že účastník konania postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to princípmi transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov v súvislosti s § 34 ods. 1 písm. i) ZVO tým, že stanovil predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, keď okrem údajov o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky požadoval od uchádzačov predložiť taktiež potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, pričom súčasne požadoval preukázanie priemerného ročného počtu zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere. Nakoľko vyžadovanie konkrétneho pracovného pomeru bolo neprimerané k predmetu zákazky, účastník konania zároveň postupoval v rozpore s § 38 ods. 5 v spojení s § 112 ods. 5 ZVO.
80. **Preskúmaním skutkového stavu považuje správny orgán za preukázané, že účastník konania pri zadávaní podlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác na predmet zákazky „Michalovce – modernizácia mestskej plavárne“, vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 47/2021 zo dňa 15. 2. 2021 pod značkou 13290 – WYP postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona ZVO, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 ZVO a § 112 ods. 5 ZVO nakoľko stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, keď požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, a zároveň požadoval, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov, pričom všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohli mať za následok odradenie od predloženia ponuky v tomto verejnom obstarávaní, a teda obmedzenie účasti hospodárskych subjektov v danom verejnom obstarávaní, čím mohlo dôjsť k zníženiu konkurencie a hospodárskej súťaže, ktorá má viesť k predloženiu najvýhodnejšej ponuky. Týmto konaním účastník konania naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO.**
81. Správny orgán konštatuje, že skutková podstata správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO sa skladá zo subjektu, objektu a objektívnej stránky, ktorých naplnenie má správny orgán za preukázané.
82. Subjektívna stránka sa u správnych deliktov právnických osôb neskúma, teda je právne irelevantné, či právnická osoba spáchala správny delikt úmyselne alebo neúmyselne, podstatným je samotné porušenie ZVO. Inými slovami, na spáchanie správneho deliktu

postačuje naplnenie formálnych znakov skutkovej podstaty s prihliadnutím na fakt, že skutková podstata správnych deliktov nezhrňa materiálny prvok.¹

83. Subjektom správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO je verejný obstarávateľ, teda aj účastník konania ako obec, ktorý ZVO v ustanovení § 7 ods. 1 písm. b) považuje za verejného obstarávateľa.
84. Objektom správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO je záujem chránený ZVO a príslušnými smernicami pre oblasť verejného obstarávania, teda dodržiavanie pravidiel ustanovených týmto zákonom, a teda aj § 10 ods. 2 ZVO, § 38 ods. 5 ZVO a § 112 ods. 5 ZVO.
85. Objektívnou stránkou správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO je porušenie pravidiel ustanovených týmto zákonom.
86. Nakoľko všetky znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO boli naplnené kumulatívne, správny orgán konštatuje, že došlo k spáchaniu uvedeného správneho deliktu.
87. Správny orgán určil rozsah a spôsob zisťovania podkladov pre rozhodnutie, pričom vychádzal zo zisteného skutočného stavu veci a za týmto účelom mal zaobstarané podklady pre rozhodnutie. Z uvedeného dôvodu správny orgán rozhodol na základe hodnotenia jemu už známych a vykonaných dôkazov postačujúcich pre vydanie rozhodnutia v merite veci.

Sankcia

88. Správny orgán uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní je v časti správneho trestania koncipovaný na princípe objektívnej zodpovednosti, ktorej podstata spočíva v tom, že pri naplnení zákonom stanovenej skutkovej podstaty správneho deliktu správny orgán neskúma subjektívnu stránku porušenia zákona (úmysel - nedbanlivosť), ale len rozpor právneho stavu so stavom skutočným, ktorý má správny orgán na základe vykonaného dokazovania a z podkladu pre rozhodnutie za dostatočne a jednoznačne preukázaný.
89. Na základe vyššie uvedených skutočností správny orgán konštatuje, že účastník konania naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO, pričom pri určovaní výšky sankcie správny orgán postupoval na základe § 182 ods. 4 ZVO.
90. V súvislosti s výškou pokuty ukladanej za správny delikt podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO, správny orgán uvádza, 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.
91. Pri posudzovaní povahy, závažnosti, spôsobu a následkov porušenia preto správny orgán pri určení výšky pokuty zohľadnil priťažujúce i poľahčujúce okolnosti. Pre určenie výšky pokuty správny orgán zohľadnil status účastníka konania, jeho finančné postavenie, ako aj druh zákazky a následky konania účastníka konania s reálnym dopadom na verejné obstarávanie.
92. 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. b) ZVO, a to obec 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

¹ Pozri napr. rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 6S/142/2019 zo dňa 27. 8. 2020

dostupné na finstat.sk, najmä celkovú zadlženosť účastníka konania 33,8 % pre rok 2022 ako i výsledok hospodárenia pre rok 2022 - 953 833 eur.

93. Zároveň je potrebné konštatovať, že v danom verejnom obstarávaní išlo o podlimitnú zákazku, s PHZ vo výške 3 435 284,34 eur bez DPH. Účastník konania sa teda dopustil správneho deliktu v súvislosti so zákazkou relatívne významnou pre trh v oblasti stavebníctva. Avšak chránený záujem zabezpečovaný prostredníctvom postupov verejného obstarávania tu bol nižší, ako keby išlo o nadlimitnú zákazku s potenciálnym významom pre celý vnútorný trh Európskej únie.
94. Správny orgán však nemohol opomenúť skutočnosť, že porušenia zákona o verejnom obstarávaní, ktorých sa dopustil účastník konania, mohli obmedziť účasť hospodárskych subjektov na danom zadávaní zákazky, čím mohlo dôjsť k zníženiu konkurencie a hospodárskej súťaže, ktorá má viesť k predloženiu najvýhodnejšej ponuky. Uvedené bolo potrebné zohľadniť ako prítiažujúcu okolnosť pri určovaní výšky pokuty.
95. Na základe týchto skutočností sa správny orgán rozhodol uložiť pokutu v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia, a to vo výške 5 000 eur, čo s ohľadom na predpokladanú hodnotu zákazky správny orgán vníma ako primerané. Uložená pokuta by v prípade nižšie určenej výšky nezodpovedala charakteru porušenia zákona o verejnom obstarávaní a nebola spôsobilá motivovať účastníka konania na dôsledné plnenie dodržiavanie ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.
96. Správny orgán preskúmal a vyhodnotil všetky relevantné dôkazy jednotlivo a vo vzájomných súvislostiach a dospel k záveru, že účastník konania sa dopustil správneho deliktu tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.
97. Správny orgán vzhľadom na predchádzajúce skutočnosti rozhodol o uložení pokuty tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e :

Proti tomuto rozhodnutiu je možné podľa § 61 správneho poriadku podať rozklad na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 15 dní odo dňa jeho doručenia. Rozhodnutie nie je možné preskúmať súdom.

(elektronický podpis)

JUDr. Paulína Vargicová, PhD.
riaditeľka odboru

Doručuje sa:

Mesto Michalovce, Nám. osloboditeľov 30, 071 01 Michalovce, URI: ico://sk/00325490