



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

Bratislava 06. 03. 2024
Číslo spisu: 5114-9000/2024

Predseda Úradu pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava (ďalej len „druhostupňový správny orgán“) ako orgán príslušný na konanie podľa § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“) vo veci rozkladu zo dňa 25. 11. 2023, doručenom Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej ako „prvostupňový správny orgán“ alebo „úrad“) dňa 30. 11. 2023, ktorý podal účastník konania **mesto Michalovce**, Nám. osloboditeľov 30, 071 01 Michalovce, IČO: 00 325 490 (ďalej len „účastník konania“) proti rozhodnutiu úradu č. 14397-3000/2023 zo dňa 15. 11. 2023

r o z h o d o l

takto:

Rozhodnutie úradu č. 14397-3000/2023 zo dňa 15. 11. 2023, ktorým úrad účastníkovi konania uložil pokutu v celkovej výške 5 000 eur (slovom: päťtisíc eur) 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 05. 05. 2021 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) za to, 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. 02. 2021 pod značkou 13290 – WYP postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, 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,

mením

podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku v časti výroku týkajúceho sa celkovej výšky uloženej pokuty, a to tak, že účastníkovi konania sa **ukladá pokuta** v celkovej výške **1 000 eur** (slovom: jedentisíc eur) za to, že naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu **podľa § 182 ods. 2 písm. q)** zákona o verejnom obstarávaní 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. 02. 2021 pod značkou 13290 – WYP postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, 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.

V ostatnom rozklad účastníka konania zo dňa 25. 11. 2023 podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku zamietam a prvostupňové rozhodnutie č. 14397-3000/2023 zo dňa 15. 11. 2023 potvrdzujem.

Účastník konania je povinný uloženú pokutu zaplatiť v lehote **do 15 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet správneho orgánu číslo **IBAN: SK10 8180 0000 0070 0006 2713**, vedený v Štátnej pokladnici s uvedením identifikačného variabilného symbolu **143973000** a konštantného symbolu **0558**.

O d ô v o d n e n i e

Účastník konania podal proti rozhodnutiu úradu č. 14397-3000/2023 zo dňa 15. 11. 2023 (ďalej len „napadnuté rozhodnutie“) rozklad podľa § 61 správneho poriadku v zákonom stanovenej lehote na správnom orgáne, ktorý napadnuté rozhodnutie vydal.

Rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu

1. Prvostupňový správny orgán napadnutým rozhodnutím uložil účastníkovi konania pokutu vo výške 5 000 eur za to, že naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní, a to tým, že 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. 02. 2021 pod značkou 13290 – WYP postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 a § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní nad rámec taxatívneho znenia predmetného ustanovenia, keď **požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky**, a zároveň keď požadoval, **aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov**. Všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní podľa prvostupňového správneho orgánu mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Rozklad podaný účastníkom konania

2. Vychádzajúc zo znenia ustanovenia § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní účastník konania v úvode svojho rozkladu vyjadruje svoju úvahu, že v rámci skúmania predmetného prípadu je potrebné rozlišovať dve nezávislé skutočnosti, ktoré musia byť kumulatívne splnené, a to konkrétne, či v postupe verejného obstarávania obstarávateľ porušil pravidlá ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní do takej miery, že zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
3. Účastník konania vo vzťahu k tomu uvádza, že z hľadiska dodržania princípov správneho konania, akými sú princíp legality, zásada materiálnej pravdy a zásada informovanosti, je potrebné preukázať príčinnú súvislosť medzi porušením zákonných ustanovení a možným vplyvom predmetného porušenia na výsledok verejného obstarávania.
4. V predmetnej súvislosti účastník konania ďalej konštatuje, že aj naďalej zotrváva na svojich doterajších vyjadreniach predložených v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, v zmysle ktorých, s odkazom na § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom

obstarávaní, má úrad povinnosť odôvodniť, že konštatované porušenie princípov transparentnosti a zákazu diskriminácie malo, resp. mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

5. Účastník konania nepovažuje za postačujúce konštatovanie úradu uvedené v napadnutom rozhodnutí, že zákon o verejnom obstarávaní je koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu na výsledok verejného obstarávania, a teda že existuje len potenciálna možnosť vplyvu porušenia na výsledok verejného obstarávania. Účastník konania zastáva názor, že správna úvaha úradu v napadnutom rozhodnutí neobsahuje konkrétnu ilustráciu toho, akým spôsobom mala byť sporná povinnosť uchádzačov predložiť doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní spôsobilá porušiť princíp transparentnosti a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov.
6. Účastník konania zároveň poukazuje na skutočnosť, že verejný obstarávateľ disponuje právomocou stanoviť si minimálnu úroveň predmetnej požiadavky, ktorá by mala byť stanovená s ohľadom na predmet zákazky, a teda primerane a nediskriminačne. Účastník konania zastáva názor, že v danom prípade stanovil len minimálnu úroveň štandardov uvedenej požiadavky, ktorej formálna úprava v platnej právnej úprave absentuje. Účastník konania zároveň dodáva, že požadovaním predloženia uvedeného dokladu bola snaha o naplnenie metodických usmernení úradu, podľa ktorých podstatou stanovenia podmienky účasti je nielen samotné stanovenie podmienky účasti, ale najmä overenie jej splnenia, a to počas celého procesu verejného obstarávania, a teda overenie toho, či uchádzač disponuje potrebnými ľudskými zdrojmi na realizáciu predmetu podlimitnej zákazky s predpokladanou hodnotou vo výške 3 435 284,34 eur bez DPH.
7. Účastník konania ďalej dodáva, že požadovaný doklad je pre hospodárske subjekty relatívne ľahko dostupný a že v bežnej podnikateľskej praxi nie je výnimočný, pričom jeho získanie nie je pre hospodársky subjekt nijako obmedzujúce v porovnaní s inými úkonmi, ktoré hospodársky subjekt realizuje v záujme získania zákazky. Z uvedeného dôvodu podľa účastníka konania stanovením spornej požiadavky nemohlo dôjsť k diskriminácii potenciálnych záujemcov, ktorú úrad konštatoval v napadnutom rozhodnutí. Účastník má za to, že potenciálni uchádzači nemohli byť odradení od účasti na predmetnom verejnom obstarávaní, nakoľko každý potenciálny uchádzač mohol predložiť predmetný alebo porovnateľný dôkaz (pozri bod 14 a 15 napadnutého rozhodnutia, kde je uvedené, že Sociálna poisťovňa požadovaný doklad nevydáva, ale vydáva potvrdenie o počte zamestnancov prihlásených k určitému dátumu na sociálne poistenie), pričom je oň možné požiadať aj elektronicky a vydanie tohto potvrdenia nie je spojené so žiadnou úhradou. V zmysle uvedeného mali podľa účastníka konania všetci uchádzači stanovené rovnaké podmienky a požadovaním dokladu nemohlo dôjsť k porušeniu princípu nediskriminácie, resp. transparentnosti. Uvedené podľa účastníka konania potvrdzuje aj skutočnosť, že v rámci verejného obstarávania predložilo ponuku 5 uchádzačov, čo nejaví známky obmedzenia súťaže.
8. Účastník konania zároveň uvádza, že zo strany úradu bolo potrebné náležite odôvodniť tvrdenie, že stanovenie požiadavky na predloženie sporného dokladu mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Účastník konania má ďalej za to, že okrem konštatovania úradu uvedeného v bode 80 napadnutého rozhodnutia, a teda že úrad, cit.: „(...) *preskúmaním skutkového stavu veci považuje za preukázané, že kontrolovaný konal v rozpore s § 10 ods. 2, § 38 ods. 5 ZVO a § 112 ods. 5 ZVO, nakoľko stanovil podmienky účasti týkajúce sa preukázania splnenia technickej a odbornej spôsobilosti nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) ZVO, a to tým, že požadoval predloženie potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom počte zamestnancov a zároveň požadoval aby priemerný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší než 25 zamestnancov, pričom všetky uvedené*

porušenia mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohli mať za následok odradenie od predloženia ponuky, čím mohlo dôjsť k zníženiu konkurencie a hospodárskej súťaže, týmto mal účastník konania naplniť znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) ZVO.“, úrad ďalej nevysvetľuje, do akej miery mohlo mať uvedené porušenie vplyv na výsledok verejného obstarávania.

9. Účastník konania má za to, že úrad v odôvodnení napadnutého rozhodnutia vytvoril domnienku/hypotézu, že v prípade nepožadovania sporného dokladu sa do súťaže mohli prihlásiť aj iní záujemcovia, avšak podľa účastníka konania danej skutočnosti z procesu verejného obstarávania nič nenasvedčuje. Poukazuje pritom na to, že v rámci priebehu verejného obstarávania neboli zo strany záujemcov doručené žiadne žiadosti o vysvetlenie požiadavky na predloženie tohto dokladu, resp. o vysvetlenie pojmu „hlavný pracovný pomer“. Rovnako poukazuje na to, že nedošlo k vylúčeniu žiadneho z uchádzačov z dôvodu nepredloženia požadovaného dokladu, a preto podľa názoru účastníka konania ostáva v rovine hypotézy i to, či by k takému vylúčeniu došlo v prípade, že požadovaný doklad by v procese verejného obstarávania predložený nebol.
10. Podľa názoru účastníka konania, pokiaľ úrad dospeje k záveru, že sú splnené podmienky pre uloženie sankcie, ako je tomu v predmetnom prípade, je jeho povinnosťou svoje rozhodnutie riadne odôvodniť. V odôvodnení rozhodnutia je povinnosťou úradu sa riadne vysporiadať so všetkými skutočnosťami, ktoré zisťoval a posudzoval, pričom jeho rozhodnutie musí byť presvedčivé. Ako však ďalej uvádza účastník konania v podanom rozklade, úrad v rozhodnutí uviedol len strohé konštatovanie, že porušenie zákona mohlo mať vplyv na výsledok súťaže, ale argumentačne nevymedzil, akým spôsobom, kým účastník konania podľa svojho názoru jasne preukázal, že do predmetnej súťaže bolo predložených 5 ponúk a že všetci uchádzači doložili sporné potvrdenie a že žiaden z týchto subjektov nenamietal predmetnú podmienku účasti.
11. V neposlednom rade, ako ďalej uvádza účastník konania v podanom rozklade, v jeho prospech svedčí aj odlišné stanovisko člena Rady úradu [REDAKOVANÉ] k rozhodnutiu Rady úradu (ďalej len „rada“) č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022, v ktorom [REDAKOVANÉ] zastáva odlišný názor na posúdenie vplyvu predmetného porušenia na výsledok verejného obstarávania, cit: „*Vzhľadom na uvedené som v danom verejnom obstarávaní neidentifikoval možnosť vplyvu požiadavky na predloženie uvedeného potvrdenia Sociálnej poisťovne na výsledok verejného obstarávania a preto sa nestotožňujem s odôvodnením vplyvu na výsledok verejného obstarávania v rozhodnutí rady č. 10539-9000/2022 zo dňa 17.10.2022 a považujem za vhodné na to poukázať.*“
12. Účastník konania na tomto mieste dáva zároveň do pozornosti aj rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej Republiky zo dňa 29. 09. 2011, spisová značka: 5Sžf/35/2011, v ktorom Najvyšší súd Slovenskej republiky konštatoval, cit.: „*(...) z ustanovenia § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že na zrušenie použitého postupu zadávania zákazky nepostačuje iba samotná skutočnosť, že uchádzač by mohol byť odradený od účasti v súťaži, ale musí byť preukázaná skutočnosť, že porušenie postupu zo strany žalobkyne mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.*“
13. Vzhľadom na skutočnosť, že zákon o verejnom obstarávaní je koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu porušenia zákona na výsledok verejného obstarávania, ako to konštatoval i úrad v napadnutom rozhodnutí, účastník konania zastáva názor, že úrad by mal v každom prípade jednotlivo preukázať, že konštatované porušenie pravidiel ustanovených zákonom o verejnom obstarávaní naozaj mohlo mať vplyv na výsledok súťaže. V predmetnej súvislosti účastník konania ďalej poukazuje na to, že ak by zákonodarca mal za to, že na naplnenie skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní postačí len naplnenie časti objektívnej stránky správneho deliktu, ktorým je

porušenie pravidiel ustanovených týmto zákonom, bez kumulatívneho splnenia požiadavky vplyvu na výsledok verejného obstarávania, obmedzil by sa v predmetnom ustanovení len na prvú časť vety, a nestanovil by povinnosť na kumulatívne splnenie uvedených podmienok.

14. Účastník konania vo vzťahu k princípu transparentnosti dodáva, že v prípade nevymedzenia minimálneho štandardu a konkrétneho obsahu predmetného potvrdenia, ktorým mal potenciálny uchádzač preukazovať požiadavky stanovené v § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, by toto konanie javilo známky nejasnosti, zmätočnosti a zároveň netransparentnosti. Účastník konania zároveň dodáva, že splnenie uvedenej podmienky sa vyžadovalo od každého uchádzača rovnako.
15. K stanovenej požiadavke na „hlavný pracovný pomer“, ktorá nepredstavuje legálnu definíciu v zmysle legislatívy v oblasti pracovného práva (zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov), účastník konania uvádza, že môže na prvý pohľad pôsobiť zmätočne a nejednoznačne, avšak, v tomto prípade účastník konania zastáva názor, že na odstránenie obdobných diskrepancií zákonodarca zaviedol inštitút vysvetľovania. Vzhľadom na skutočnosť, že v priebehu dotknutého verejného obstarávania nedošlo zo strany záujemcov k využitiu predmetného inštitútu, účastník konania má za to, že uvedená podmienka bola pre uchádzačov zrozumiteľná a nebola v rozpore s princípom transparentnosti, ako to uvádza úrad v napadnutom rozhodnutí. Vo vzťahu k uvedenej podmienke účastník konania dodáva, že v danom prípade sa mohlo jednať maximálne o individuálne pochybenie zamestnanca účastníka konania, ktorý nesprávne terminologicky zafinoval v súťažných podkladoch pojem „zamestnanec“. Uvedené tak podľa účastníka konania potvrdzuje jeho tvrdenie, že nie každé pochybenie je v úmysle porušenia zákona o verejnom obstarávaní.
16. Účastník konania považuje poňatie celého prvostupňového správneho konania zo strany úradu za vysoko teoretické, v dôsledku čoho dochádza k neopodstatnenému uloženiu sankcie z dôvodov, ktoré nemali žiaden vplyv na proces verejného obstarávania. V prípade, že by účastník konania pristupoval k výkladu ustanovení zákona o verejnom obstarávaní rovnakým rigidným spôsobom, má za to, že by sa nenaplnil cieľ samotného obstarávania, ktorým je nepochybne uspokojenie potreby verejného obstarávateľa, najmä, ale nie len, zabezpečiť vykonanie zákazky spôsobilým uchádzačom, ktorý má silné postavenie na trhu, dostatočné personálne vybavenie a v neposlednom rade za čo najnižšiu cenu, pri dodržaní všetkých kvalitatívnych a kvantitatívnych parametrov, za súčasného dodržania princípu nediskriminácie, rovnakého zaobchádzania, transparentnosti, efektívnosti a hospodárnosti.
17. Účastník konania má za to, že princípy uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nie sú v zákone jasne definované. Vystáva podľa neho preto otázka, na základe čoho môže úrad objektívne konštatovať, že bol porušený niektorý z uvedených princíпов, ak v platnej právnej norme neexistuje záväzný/jednotný výklad týchto princíпов. To podľa jeho názoru potvrdzuje aj úrad, keď v bodoch 46 a 47 napadnutého rozhodnutia odkazuje len na všeobecný význam týchto pojmov, a to bez spojitosti na konkrétne ustanovenie zákona, resp. odkazuje na judikatúru Súdneho dvora Európskej únie.
18. Podľa účastníka konania je však ešte otáznejšie, ako môže úrad konštatovať, že porušenie pravidiel a princíпов konania, ktoré ustanovuje zákon o verejnom obstarávaní, mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Aj keď úradu nevzniká povinnosť preukázať príčinnú súvislosť medzi porušením povinnosti účastníka konania a vplyvom na výsledok verejného obstarávania, podľa názoru účastníka konania, vychádzajúc zo znenia zákona a z objektívnej stránky správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní, táto príčinná súvislosť tam byť musí a úrad má v správnom konaní dodržať jednak princípy správneho konania a v nadväznosti na uvedené aj § 46 správneho poriadku,

podľa ktorého rozhodnutie musí byť v súlade so zákonmi a ostatnými právnymi predpismi a zároveň musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu vecí.

19. V zmysle uvedeného podľa účastníka konania teda nie je sporné, či účastník konania porušil princíp transparentnosti alebo princíp nediskriminácie, ale len forma požadovaného dokladu, resp. spôsob zadefinovania tohto dokladu účastníkom konania, keďže verejnému obstarávateľovi, vzhľadom na princípy verejného obstarávania ustanovené o. i. v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, prináleží právo požadovať preukázanie splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní.
20. V zmysle svojich tvrdení účastník konania navrhuje druhostupňovému správne mu orgánu, aby napadnuté rozhodnutie úradu **zrušil** alebo **zmenil**, keďže úradom uvádzané porušenia podľa názoru účastníka konania nie sú dostatočne preukázané, pričom konštatované porušenia pravidiel zákona o verejnom obstarávaní nemohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
21. Alternatívne, ak sa druhostupňový správny orgán stotožní s argumentáciou úradu v merite vecí, účastník konania navrhuje, **aby mu bola znížená úradom uložená pokuta**, a to na dolnú hranicu sadzby za predmetné porušenie, ktorá sa pohybuje v rozpätí od 500 eur do 30 000 eur. Zníženie výšky uloženej pokuty účastník konania požaduje s prihliadnutím na povahu, závažnosť, spôsob a následky konštatovaných porušení zákona, berúc do úvahy i odlišné stanovisko člena rady vyjadrené v odvolacom konaní (bod 11 tohto rozhodnutia), vzťahujúce sa k príčinnej súvislosti medzi porušením pravidiel ustanovených zákonom a ich vplyvom na výsledok verejného obstarávania. Účastník konania má za to, že aktuálne uložená výška pokuty pôsobí vo vzťahu k účastníkovi konania skôr represívne a nie preventívne, čo by nemalo byť účelom správneho trestania. Účastník konania zároveň dodáva, že výška pokuty, ktorá mu bola úradom uložená, je spôsobilá, vzhľadom na finančnú situáciu účastníka konania, prehliť jeho celkovú zadlženosť, pričom jej zníženie by viac korešpondovalo konštatovaným porušeniam zákona o verejnom obstarávaní a zároveň by vo vzťahu k účastníkovi konania zníženie pokuty pôsobilo motivačne a viedlo ho k dôslednému dodržiavaniu ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.

Právny rámec

22. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek postupovať podľa tohto zákona.
23. 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.
24. Podľa § 34 ods. 1 písm. i) 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 priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky.
25. Podľa § 38 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente, ak boli uverejnené podľa § 43 ods. 2 podmienky účasti týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti a doklady na ich preukázanie podľa § 34 až 36, ak sa vyžadujú.
26. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní 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.

27. 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.
28. Podľa § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní 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.
29. Podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu od 500 eur do 30 000 eur, ak v postupe verejného obstarávania porušil pravidlá ustanovené týmto zákonom okrem správnych deliktov podľa odseku 1 a písmen a) až p) a toto porušenie mohlo mať alebo malo vplyv na výsledok verejného obstarávania.
30. Podľa § 182 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní (v znení neskorších predpisov) pri ukladaní pokuty podľa odsekov 2 až 4 úrad prihliada najmä na povahu, závažnosť, spôsob a následky porušenia povinnosti ako aj na to, či už bola účastníkovi konania v minulosti uložená pokuta za ten istý správny delikt. Ak sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v jednom verejnom obstarávaní dopustí viacerých správnych deliktov, ktoré sú prejednávané v jednom konaní, 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) až d), g) a i). Uloženie pokuty za správny delikt v konkrétnom verejnom obstarávaní nebráni uloženiu pokuty tomu istému verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi za správny delikt v inom verejnom obstarávaní.
31. Podľa § 182 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní konanie o uložení pokuty možno začať do jedného roka odo dňa, keď sa úrad dozvedel o porušení zákona, najneskôr do troch rokov odo dňa, keď k porušeniu došlo. Konanie o uložení pokuty za porušenie zákona, o ktorom sa úrad dozvie v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, možno začať do jedného roka odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.
32. Podľa § 187h ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní (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.
33. Podľa § 14 ods. 1 správneho poriadku, účastníkom konania je ten, o koho právach, právom chránených záujmoch alebo povinnostiach sa má konať alebo koho práva, právom chránené záujmy alebo povinnosti môžu byť rozhodnutím priamo dotknuté; účastníkom konania je aj ten, kto tvrdí, že môže byť rozhodnutím vo svojich právach, právom chránených záujmoch alebo povinnostiach priamo dotknutý, a to až do času, kým sa preukáže opak.
34. 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.
35. 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.

36. 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.
37. Podľa § 59 ods. 1 správneho poriadku odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu, ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni.
38. Podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
39. Podľa § 61 ods. 2 správneho poriadku o rozklade rozhoduje vedúci ústredného orgánu štátnej správy na základe návrhu ním ustanovenej osobitnej komisie. Proti tomuto rozhodnutiu sa nemožno odvolať.
40. Podľa § 61 ods. 3 správneho poriadku ustanovenia o odvolacom konaní sa primerane vzťahujú aj na konanie o rozklade.

Zistenia druhostupňového správneho orgánu

41. Vzhľadom na to, že prvostupňový správny orgán v rozklade neidentifikoval žiadne skutočnosti, ktoré by odôvodňovali o veci rozhodnúť v rámci autoremedúry podľa § 57 ods. 1 správneho poriadku, v súlade s § 57 ods. 2 správneho poriadku postúpil spis na rozhodnutie druhostupňovému správneému orgánu.
42. Druhostupňový správny orgán pri rozhodovaní o rozklade skúmal a posudzoval najmä nasledovný spisový materiál:
 - rozhodnutie úradu č. 12680-6000/2021-OD/6 zo dňa 14. 07. 2022 spolu so súvisiacim spisovým materiálom (ďalej len „rozhodnutie úradu“),
 - dokumentáciu z predmetného verejného obstarávania predloženú účastníkom konania v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy (vrátane jej elektronickej podoby evidovanej v IS ActiveProcurement),¹
 - rozhodnutie rady o odvolaní č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022 spolu so súvisiacim spisovým materiálom z odvolacieho konania (ďalej len „rozhodnutie rady“),
 - odlišné stanovisko člena rady [REDAKOVANÉ] k rozhodnutiu rady č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022,
 - napadnuté rozhodnutie spolu so súvisiacim spisovým materiálom z prvostupňového správneho konania,
 - rozklad účastníka konania zo dňa 25. 11. 2023.
43. Druhostupňový správny orgán preskúmal postup prvostupňového správneho orgánu pri vydaní napadnutého rozhodnutia, pričom v súvislosti so skutočnosťami uvádzanými v rozklade dospel k ďalej uvedeným zisteniam.
44. Na úvod druhostupňový správny orgán považuje za potrebné vysporiadať sa s argumentáciou účastníka konania týkajúcou sa povinnosti a potreby odôvodnenia a preukázania vplyvu

¹ <https://cloud.e-obstaranie.sk/>

úradom konštatovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní v napadnutom rozhodnutí na výsledok verejného obstarávania. Účastník konania v rozklade uvádza, že nepovažuje za postačujúce konštatovanie úradu uvedené v napadnutom rozhodnutí, že zákon o verejnom obstarávaní je koncipovaný na báze **potenciálneho vplyvu na výsledok verejného obstarávania**, a teda, že postačuje len potenciálna možnosť vplyvu zisteného porušenia na výsledok verejného obstarávania.

45. Vo vzťahu k tejto argumentácii účastníka konania druhostupňový správny orgán uvádza tak, ako na to poukázal aj prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí (bod 77), že zákon o verejnom obstarávaní je **koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu na výsledok verejného obstarávania**, čo znamená, že v prípade posudzovania porušení zákona z hľadiska toho, či ich následkom bolo alebo mohlo byť obmedzenie riadnej hospodárskej súťaže, je postačujúca len reálna možnosť, potencialita vplyvu konkrétnych porušení zákona na výsledok verejného obstarávania. Za takýto potenciálny vplyv identifikovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní sa v rozhodovacej praxi úradu i súdov Slovenskej republiky považuje najmä možnosť odrazenia hospodárskych subjektov od účasti v súťaži, napr. stanovením diskriminačnej podmienky účasti. Uvedený prístup k posudzovaniu následku konania, ktoré nebolo súladné so zákonom o verejnom obstarávaní, potvrdil v minulosti Krajský súd v rozsudku sp. zn. 2S 154/2011 zo dňa 21. 11. 2012, ktorý bol potvrdený rozsudkom Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf 56/2013 zo dňa 25. 05. 2015. V konečnom dôsledku i sám účastník konania v rozklade priznáva, cit.: „(...) *fakt, že úrad považuje ZVO vo vzťahu k preukazovaniu vplyvu porušenia zákona na výsledok verejného obstarávania koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu, teda na báze hypotézy, (...)*“, z čoho vyplýva, že si bol a je vedomý toho, že zákon o verejnom obstarávaní sankcionuje aj také protiprávne konanie, ktoré (len) mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, a teda aj také, ktoré mohlo ohroziť ním sledovaný cieľ zabezpečiť transparentné, férové a efektívne súťaženie hospodárskych subjektov o predmet zákazky financovaný z verejných rozpočtov.

Okrem rozhodovacej praxe slovenských súdov možno podporne poukázať i na zhodné vnímanie predmetnej problematiky o posudzovaní vplyvu zistených porušení pravidiel verejného obstarávania na jeho výsledok v judikatúre Českej republiky. V predmetnej súvislosti si dovoľuje druhostupňový správny orgán poukázať na rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže Českej republiky, sp. zn. [ÚOHS-S0909/2014/VZ-49432/2016/521/ZKu](#), zo dňa 15. 12. 2016 (ktoré bolo následne potvrdené rozsudkom Krajského súdu v Brne, sp. zn. 62 Af 48/2017, ako aj rozsudkom Najvyššieho správneho súdu ČR, sp. zn. 10 As 53/2019-72, ktorý zamietol kasačnú sťažnosť proti rozsudku Krajského súdu v Brne), podľa ktorého, cit.: „(...) *K naplnění skutkové podstaty deliktu dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona přitom postačí, pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tedy aniž by k němu nutně došlo. Uvedené vyplývá z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy např. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 konstatoval, že „z dikce , podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu...již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.*

K tomu druhostupňový správny orgán dodáva, že v Českej republike ide o dlhodobu ustálenú prax súdov, pričom uvedené potvrdzuje napríklad rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 9 AfS 78/2012 zo dňa 25. 07. 2013, cit.: „*Nejvyšší správní soud se ztotožnil s úvahou krajského soudu o možnosti získání zakázky jiným dodavatelem, resp. o dalších možných*

dodavatelích, kteří se mohli do zadávacího řízení přihlásit, neboť znění zadávací dokumentace je pro potenciální dodavatele klíčové. V projednávané věci je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom *expressis verbis* plyne, že **ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.** Ze zákona je tedy zřejmé, že **postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (...).** Námitku stěžovatele o výběru nejlevnější přihlášené nabídky je třeba odmítnout ze stejných důvodů, které jsou uvedeny výše, neboť **pro spáchání předmětného deliktu postačí potencialita, nikoliv skutečné narušení hospodářské soutěže.**“ alebo rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 5 As 461/2019 zo dňa 24. 05. 2021, v ktorom je uvedené, cit.:„(...)“, že posuzovaný delikt je deliktom ohrozovacím, pričom **pri spáchaní ohrozovacího deliktu nemusí dojsť ke konkrétnym následkům (tj. narušení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě vyloučení konkrétního dodavatele ze soutěže), nýbrž postačí potencialita takových následků (tj. ohrožení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě možnosti, že některý z dodavatelů by mohl nabídnout výrobky jiné, a to i za výhodnějších podmínek)(...).** V případě ohrozovacích deliktů logicky nelze hodnotit konkrétnější skutečnosti, než právě onu potencialitu, která mohla nastat.“²

46. V tejto súvislosti poukazuje druhostupňový správny orgán na to, že úrad v napadnutom rozhodnutí (bod 77) v kontexte daného prípadu náležite vysvetlil, prečo ním konštatované porušenie princípu transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov, a zároveň porušenie § 38 ods. 5 a § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Možný vplyv na výsledok verejného obstarávania konkretizoval tým, že **ak by účastník konania transparentným a nediskriminačným spôsobom zadefinoval predmetnú podmienku účasti, ktorá by nešla nad rámec taxatívneho znenia ustanovenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, nie je možné vylúčiť, že by táto skutočnosť mohla mať pozitívny vplyv na účasť iných uchádzačov v predmetnom verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho by mohla byť predložená výhodnejšia ponuka, ktorá by v konečnom dôsledku mohla byť vyhodnotená ako úspešná.**
47. Z uvedeného dôvodu sa druhostupňový správny orgán nemôže stotožniť s tvrdením účastníka konania o tom, že **prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí nijako nekonkretizoval, ako mohla stanovená požiadavka na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní byť spôsobilá ovplyvniť výsledok verejného obstarávania.**
48. Zároveň nemožno súhlasiť ani s argumentom účastníka konania, ktorý v rozklade tvrdí, že správna úvaha úradu v napadnutom rozhodnutí neobsahuje konkrétnu ilustráciu toho,

² Zhodné posúdenie potenciality vplyvu porušenia zákona na výsledok verejného obstarávania bolo premietnuté aj v ďalšej rozhodovacej praxi českých súdov, a to napr. v rozsudku Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 4 As 61/2016 zo dňa 28. 06. 2016, rozsudku Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 9 As 63/2016 zo dňa 18. 08. 2016 alebo v rozsudku Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 1 Afs 39/2018 zo dňa 25. 04. 2019. V tejto súvislosti je relevantné i uznesenie Ústavného súdu ČR sp. zn. III ÚS 2609/19 zo dňa 31. 03. 2020, cit.: „Ústavní soud v tomto směru dospěl k závěru, že krajský soud i Nejvyšší správní soud v napadených rozhodnutích řádně a podrobně objasnily, že z dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu obsáhle citované v napadeném rozsudku krajského soudu vyplývá, že ke spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách **postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.** Úřad pro ochranu hospodářské soutěže tedy není u ohrozovací formy předmětného správního deliktu povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. **Postačí proto, aby v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku, a to podstatným způsobem.**“

akým spôsobom mala byť sporná povinnosť uchádzačov predložiť doklad preukazujúci splnenie podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní spôsobilá porušiť princíp transparentnosti a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov. Druhostupňový správny orgán si v nasledujúcich bodoch tohto rozhodnutia dovoľí poukázať na konkrétne časti odôvodnenia napadnutého rozhodnutia (najmä body 62, 66, 70, 71, 75, 76 a 77), ktoré vyvracajú účastníkom konania namietanú absenciu správnej úvahy prvostupňového správneho orgánu o porušení zmienených princípov verejného obstarávania.

49. V súvislosti s požiadavkou na predloženie „potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky“ prvostupňový správny orgán konkrétnym spôsobom poukázal na jej problematické aspekty nasledovne, cit.: „(...) *za účelom preukázania splnenia stanovenej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) ZVO (...) 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 obtiažné.*“ Prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí k tomu dodal, že **požadovanie predmetného dokladu neprispieva ani k znižovaniu administratívnej záťaže v procese verejného obstarávania a že takýmto dokladom by nebolo možné danú podmienku účasti preukázať zo strany tých uchádzačov, ktorí napr. nemajú sídlo v Slovenskej republike**, keďže v ostatných členských štátoch Európskej únie sa inštitúcia s názvom „Sociálna poisťovňa“ nemusí vyskytovať. Následne prvostupňový správny orgán poukázal i na **vyjadrenie samotnej Sociálnej poisťovne** poskytnuté rade na účely súvisiaceho odvolacieho konania, z ktorého vyplýva, že cit.: „(...) *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.*“ Na základe uvedených odôvodnení prvostupňový správny orgán dospel v bode 70 napadnutého rozhodnutia k správnejmu záveru, že účastník konania v tomto prípade stanovil predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, pričom porušil princíp transparentnosti, pretože účastník konania nepostupoval prehľadným a predvídateľným spôsobom plne v súlade s § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, čo malo za následok, že jeho konanie bolo nejednoznačné a že 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.
50. Pokiaľ ide o požiadavku na konkrétny druh pracovného pomeru, ktorý v tomto prípade účastník konania požadoval od uchádzačov v rámci predmetnej podmienky účasti, resp. aby priemerný ročný počet zamestnancov toho-ktorého uchádzača v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov, prvostupňový správny orgán konkrétne dôvodil, že táto požiadavka je, cit.: „(...) *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 diskriminačné.*“ Zároveň v súvislosti s tým prvostupňový správny orgán odôvodnil, na základe čoho je vyžadovanie konkrétneho druhu pracovného pomeru diskriminačné,

nakoľko účastník konania, cit.: „(...) **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.**“ V neposlednom rade prvostupňový správny orgán v bode 76 napadnutého rozhodnutia zdôraznil, že cit.: „(...) § 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.“

51. Vzhľadom na vyššie citované časti odôvodnenia napadnutého rozhodnutia sa druhostupňový správny orgán **nestotožňuje** s argumentáciou účastníka konania o tom, že sa prvostupňový správny orgán argumentačne nevysporiadal s tým, akým spôsobom mala mať sporná podmienka účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní za následok porušenie princípu transparentnosti a princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov. Podľa druhostupňového správneho orgánu teda nemožno prisvedčiť tejto časti rozkladu účastníka konania, keďže **prvostupňový správny orgán jednoznačne preukázal príčinnú súvislosť medzi porušením zákonných ustanovení a jeho možným vplyvom na výsledok verejného obstarávania.**
52. Ako už z predchádzajúcich častí tohto rozhodnutia vyplýva, účastník konania si ako verejný obstarávateľ stanovil podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, a teda požadoval od uchádzačov preukázanie ich technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom **uvedenia údajov o priemernom ročnom počte zamestnancov** a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky. V rámci tejto podmienky účasti, v časti „Minimálna požadovaná úroveň štandardov“, účastník konania požadoval predložiť doklad, a to, cit.: „(...) **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.**“
53. Keďže druhostupňový správny orgán nadobudol v predmetnom konaní o rozklade dojem, že účastník konania si nie je vedomý skutočnosti, resp. popiera skutočnosť, že v súvislosti s predmetnou podmienkou účasti porušil zákon o verejnom obstarávaní s možným vplyvom na výsledok verejného obstarávania, a to napriek tomu, že **uvedené konštatovala i rada v jej právoplatnom rozhodnutí č. 10539-9000/2022 zo dňa 17. 10. 2022,** ktoré tvorilo podklad pre prvostupňové správne konanie a **ktorým bol prvostupňový správny orgán v zmysle § 40 ods. 1 správneho poriadku viazaný,**³ v nasledujúcej časti tohto rozhodnutia si dovoľí uviesť svoje posúdenie k obom aspektom dotknutej podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne k:

³ Podľa predmetného ustanovenia správneho poriadku, ak sa v konaní vyskytne otázka, o ktorej už právoplatne rozhodol príslušný orgán, je správny orgán takým rozhodnutím viazaný.

- a) požiadavke na **predloženie potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne** o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, ku ktorému si rada vo vyššie zmienenom rozhodnutí vyžiadala stanovisko priamo od Sociálnej poisťovne,
- b) podmienke „**hlavného pracovného pomeru**“ stanovenej v rámci požiadavky na priemerný ročný počet zamestnancov (minimálne 25 zamestnancov).

Ad a)

54. Na úvod posúdenia tejto časti rozkladu si druhostupňový správny orgán dovoľuje poukázať na samotné znenie § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom je ustanovené, že 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) zákona o verejnom obstarávaní, 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.**
55. Druhostupňový správny orgán v danej súvislosti na tomto mieste dáva zároveň do pozornosti rozsudok Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len „SD EÚ“) zo dňa 07. 07. 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, ale vzhľadom na takmer identické znenie jej čl. 48 s čl. 60 ods. 4 Smernice 2014/24/EÚ, sú závery tohto rozsudku naďalej aktuálne a aplikovateľné na predmetný prípad. 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, **sľazujúcu 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). Ako uviedol generálny advokát v bodoch 80 a 81 svojich návrhov, podmienenie dôkaznej hodnoty potvrdenia súkromného kupujúceho overením jeho podpisu treťou stranou by zaviedlo formalizmus, ktorý by mohol nie čo najviac otvoriť verejné zákazky konkurencii, ale naopak **brániť v účasti hospodárskych subjektov, predovšetkým cudzincov, na takých zákazkách a obmedzovať ich účasť**. 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 obtiažnosť predložiť v členskom štáte, ktorého sa zadávanie zákazky týka, potvrdenie, ktorého podpis bol riadne overený**.“

56. SD EÚ v uvedenom 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 mala byť rovnakým spôsobom posúdená aj 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)**.
57. Druhostupňový správny orgán uvádza, že účastník konania ako doklad (dôkazný prostriedok) na preukázanie splnenia podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, ktorá sa v zmysle predmetného ustanovenia preukazuje, cit.: „*údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky*“, požadoval od uchádzačov predloženie **potvrdení príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte ich zamestnancov za predchádzajúce tri roky**. Účastník konania teda na preukázanie splnenia danej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil doklad, ktorý § 34 ods. 1 písm. i) **nevymedzuje, a ktorý zároveň ani nie je v dispozícii samotného uchádzača**, keďže na získanie takéhoto dokladu musel osloviť štátnu inštitúciu (príslušnú pobočku Sociálnej poisťovne, resp. obdobnú inštitúciu v krajine sídla uchádzača, ak ide o zahraničného uchádzača a ak v krajine jeho sídla takáto inštitúcia existuje), aby tento doklad získal. **Doklady vyžadované verejným obstarávateľom** na preukázanie stanovenej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti pritom nesmú ísť nad rámec možností taxatívne upravených v § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, resp. **nesmú tento taxatívne stanovený rozsah dokladov akýmkoľvek spôsobom obchádzať či meniť**.
58. Druhostupňový správny orgán má rovnako, ako ten prvostupňový, za to, že požiadavka účastníka konania na predloženie predmetného potvrdenia príslušnej Sociálnej poisťovne **mohla uchádzačom sťažiť preukázanie splnenia danej podmienky účasti**, prípadne **mohla**

odradit' od účasti v tomto verejnom obstarávaní zahraničné hospodárske subjekty, pre ktoré by získanie takéhoto potvrdenia mohlo byť z rôznych dôvodov sťažené. V danej súvislosti je potrebné dodať, že takáto požiadavka neprispieva ani k znižovaniu administratívnej záťaže v procese verejného obstarávania, pričom predmetnú podmienku účasti by nebolo možné preukázať zo strany tých uchádzačov, ktorí napr. nemajú sídlo v Slovenskej republike, pretože v iných členských štátoch Európskej únie inštitúcia s názvom „Sociálna poisťovňa“ nemusí existovať. Na všetky tieto problematické aspekty predmetnej požiadavky pritom prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí poukázal.

59. Druhostupňový správny orgán zároveň podotýka, že SD EÚ vo vyššie uvedenom rozsudku vo veci C-46/15 nepovažoval za nevyhnutné preukázať, že uchádzači so sídlom v inom členskom štáte mali sťažené postavenie pri získavaní dokladu požadovaného v rámci preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti, 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.“
60. V nadväznosti na uvedené **nemožno súhlasiť** ani s tvrdením účastníka konania prezentovaným v rozklade o tom, že bol požadovaný doklad (potvrdenie Sociálnej poisťovne) pre uchádzačov relatívne ľahko dostupný a získateľný, a teda že jeho získanie nebolo pre hospodársky subjekt žiadnym spôsobom obmedzujúce a zložité vo vzťahu k ďalším úkonom, ktoré hospodársky subjekt realizuje v procese uchádzania sa o plnenie zákazky (verejnej či súkromnej). V tejto súvislosti druhostupňový správny orgán dáva do pozornosti skutočnosť, že záujemcovia o predmetnú zákazku boli povinní požiadať príslušnú Sociálnu poisťovňu o vydanie takéhoto dokladu, pričom nevedeli predpokladať, v akom časovom horizonte im Sociálna poisťovňa takýto doklad vystaví, a zároveň, ako uviedla i samotná Sociálna poisťovňa v rámci vyjadrenia poskytnutého rade dňa 21. 09. 2022 v rámci odvolacieho konania č. 10539-9000/2022, **potvrdenie o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky ani nevystavuje**, nakoľko **informačný systém Sociálnej poisťovne takýmito údajmi nedisponuje**.⁴
61. O uvedenom napokon svedčí aj dokument predložený úspešným uchádzačom, tvoriaci súčasť dokumentácie účastníka konania k predmetnému verejnému obstarávaniu, keďže 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 05. 03. 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:*

⁴ Dňa 21. 09. 2022 doručila Sociálna poisťovňa v rámci odvolacieho konania rade 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.“

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

62. Z predmetného potvrdenia jednoznačne vyplýva, že Sociálna poisťovňa vydala úspešnému uchádzačovi iba 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.**
63. Z uvedených zistení teda vyplýva, ako konštatoval prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí, že účastník konania stanovením spornej podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní **nesprávne aplikoval a nedovolené rozšíril existujúce zákonné ustanovenie nad rámec možného výkladu**, keď okrem údajov o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov, ktoré **nie je v dispozícii** samotného uchádzača, keďže na získanie takéhoto dokladu uchádzač **musel osloviť štátnu inštitúciu**, aby tento doklad získal.
64. Okrem toho, účastník konania žiadal predložiť taký doklad, ktorý ani samotná Sociálna poisťovňa nedokáže vystaviť, nakoľko jej informačný systém takýmito údajmi nedisponuje. Takáto požiadavka mohla zároveň pôsobiť i **diskriminačne voči zahraničným hospodárskym subjektom**, ktoré by mali o zákazku potenciálny záujem, avšak v zmysle uvedeného preukázateľne nedisponovali rovnakými možnosťami získania predmetného potvrdenia. Uvedená požiadavka tak 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.
65. V nadväznosti na uvedené skutočnosti, a teda že účastník konania takýmto konaním išiel nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, je možné stotožniť sa so závermi prvostupňového správneho orgánu o tom, že účastník konania postupoval **v rozpore s princípom transparentnosti**, nakoľko účastník konania nepostupoval prehl'adným a predvídateľným spôsobom plne v súlade s § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, čo malo za následok, že jeho konanie bolo **nejednoznačné**. V tejto súvislosti je možné poukázať na názor Najvyššieho správneho súdu ČR, ktorý v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12. 05. 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.

66. Druhostupňový správny orgán ďalej poukazuje na to, že 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**, ako vyplýva z § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, pričom verejný obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň štandardov technickej alebo odbornej spôsobilosti.
67. Rovnako je potrebné podotknúť, že aj napriek skutočnosti, že stanovenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, vrátane ich minimálnej úrovne štandardov, je vo výlučnej kompetencii verejného obstarávateľa, požiadavky stanovené nad rámec právnej úpravy uvedenej v § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré si verejní obstarávatelia v tejto súvislosti určia, musia byť **primerané, nesmú ísť nad rámec toho, čo je na zabezpečenie sledovaného účelu potrebné** a nesmú uchádzačom komplikovať preukázanie splnenia podmienok účasti (napr. rozsudok SD EÚ vo veci C-46/15).
68. Druhostupňový správny orgán sa v tomto bode plne stotožňuje so závermi prvostupňového správneho orgánu, a to v tom, že podmienky účasti týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti a doklady na ich preukázanie sú v **§ 34 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní **stanovené taxatívne, čo znamená, že verejný obstarávateľ si môže zvoliť jeden alebo viaceré v tomto ustanovení stanovené doklady, musí sa teda držať ich rámca a nemôže si zvoliť iné doklady**. Verejný obstarávateľ je súčasne povinný podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní vymedziť požiadavky na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti len na tie, ktoré bezprostredne súvisia s predmetom zákazky, čo neznamená len priamu vecnú súvislosť s predmetom zákazky, ale i adekvátnosť rozsahu požiadaviek vo vzťahu k predmetu zadávanej zákazky. Inak povedané, podmienky účasti musia byť **primerané**. Za účelom stanovenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti môže verejný obstarávateľ **pri dokladoch požadovaných v súlade s § 34 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní určiť ich minimálnu úroveň, tzn. rozsah požiadaviek na ich preukázanie pri dodržaní ich primeranosti a vzťahu k predmetu zákazky.
69. Druhostupňový správny orgán nerozporuje, že v zmysle § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní **je prípustné požadovať od uchádzačov, aby preukázali dostatočný personálny substrát, ktorým mienia realizovať predmet zadávanej zákazky v zmysle požiadaviek stanovených verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom**. Aj pri tejto podmienke účasti, tak, ako aj pri iných, je prípustné, aby si verejný obstarávateľ stanovil minimálnu úroveň danej požiadavky, avšak **súčasne treba dbať na to, aby táto minimálna úroveň bola stanovená s ohľadom na predmet zákazky, čo znamená primerane**. Uvedené vyplýva i zo základných princípov verejného obstarávania uvedených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých musia byť podmienky verejného obstarávania, vrátane podmienok, ktoré verejný obstarávateľ určí na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, v súlade s princípom proporcionality, a teda **primerané a stanovené vždy vo vzťahu k predmetu zákazky**.
70. V tejto súvislosti nepostačuje tvrdenie, s akým obhajuje svoj postup účastník konania, že predmetná podmienka účasti bola súladná s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, keďže v tejto súvislosti len stanovil minimálnu úroveň štandardov uvedenej požiadavky, ktorej formálna úprava v platnej právnej úprave absentuje. Účastník konania žiadnym spôsobom nepreukázal, a to ani v podanom rozklade, že predmetná požiadavka na predloženie

potvrdenia Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky bola stanovená primerane a opodstatnene vo vzťahu k predmetu zákazky, ako ani to, že bola stanovená v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho princípmi.

71. Na základe uvedených skutočností sa druhostupňový správny orgán stotožňuje so závermi uvedenými v napadnutom rozhodnutí, a teda že účastník konania v tomto prípade stanovil predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, 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. Okrem toho, že účastník konania takýmto konaním išiel nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, **porušil aj princíp transparentnosti, pretože nepostupoval prehľadným a predvídateľným spôsobom plne v súlade s § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň druhostupňový správny orgán považuje za správne a náležité odôvodnené konštatovanie prvostupňového správneho orgánu o tom, že účastník konania porušil aj princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov,** nakoľko splnenie danej podmienky účasti nebolo možné preukázať zo strany tých záujemcov, ktorí nemajú sídlo v Slovenskej republike, keďže v ostatných členských štátoch Európskej únie sa inštitúcia s názvom „Sociálna poisťovňa“ nemusí vyskytovať.
72. Zároveň, s poukazom na správnu úvahu prvostupňového správneho orgánu obsiahnutú v bodoch 62, 66, 70 napadnutého rozhodnutia, ktoré sa zaoberajú konkrétnym dopadom identifikovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní v dôsledku konania účastníka konania, a ktorých obsah je zároveň súhlasne premietnutý v bodoch 58, 60, 62, 63 a 64 tohto rozhodnutia, **tieto porušenia mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko mohli mať za následok odradenie a obmedzenie účasti hospodárskych subjektov na danom zadávaní zákazky, čím mohlo dôjsť k zníženiu konkurencie aj hospodárskej súťaže, ktorá má viesť k predloženiu najvýhodnejšej ponuky. Zároveň, tieto porušenia mohli viesť aj k odradeniu uchádzačov od predloženia ponuky, čo má vplyv na samotný počet predložených ponúk.**
- Ad b)**
73. Vo vzťahu k spornej podmienke účasti v časti týkajúcej sa vyžadovania konkrétneho druhu pracovného pomeru ako „**hlavného pracovného pomeru**“, druhostupňový správny orgán sa stotožňuje s napadnutým rozhodnutím, a teda s tým, že tento pojem nie je v rámci legislatívy v oblasti pracovného práva⁵ legálne definovaný. Vzhľadom na to, že účastník konania v rámci danej podmienky účasti bližšie nešpecifikoval, čo rozumie pod pojmom „hlavný pracovný pomer“, je takáto požiadavka podľa druhostupňového správneho orgánu **zmätočná a nejednoznačná**, čo napokon v rámci rozkladu (bod 15 tohto rozhodnutia) priznáva i samotný účastník konania.
74. Ako už na to bolo bližšie poukázané v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia (bod 65), medzi základné princípy verejného obstarávania, ktoré sú zakotvené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, spadá i **princíp transparentnosti**, ktorý predstavuje vedúcu zásadu pre celé verejné obstarávanie ako také. Princíp transparentnosti zahŕňa viac ako len aspekty spojené s publicitou konkrétnych postupov verejného obstarávania,⁶ keďže k porušeniu princípu transparentnosti môže dôjsť aj vtedy, keď sa v postupe obstarávateľa vyskytujú také

⁵ Zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákonník práce“).

⁶ Stanovisko generálnej advokátky Stix-Hackel zo dňa 12. 04. 2005 vo veci C-231/03 Coname (SD EÚ)

prvky, ktoré by obstarávanie urobili nekontrolovateľným, **neprehľadným** alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov obstarávateľa.⁷ **Podmienkou dodržania princípu transparentnosti je teda priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý sa navonok javí ako jasný, férový a riadny. Vzhľadom na to, že účastník konania bližšie nešpecifikoval, čo rozumie pod pojmom „hlavný pracovný pomer“, následkom čoho takáto požiadavka nie je stanovená jasne a jednoznačne, prvostupňový správny orgán postupoval správne, keď v napadnutom rozhodnutí konštatoval rozpor dotknutej podmienky účasti s princípom transparentnosti.**

75. Prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí ďalej k požiadavke účastníka konania týkajúcej sa vyžadovania konkrétneho druhu pracovného pomeru uviedol, že takáto požiadavka je **diskriminačná**, nakoľko uvedená podmienka neumožňuje účasť vo verejnom obstarávaní tým uchádzačom, ktorí svoje personálne kapacity využívajú alebo ich majú k dispozícii na základe rôznych uzavretých druhov pracovnoprávných vzťahov v zmysle Zákonníka práce, ako ani osobám, ktoré uskutočňujú činnosti na základe oprávnenia podľa zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „živnostenský zákon“).
76. Účastník konania v rozklade k napadnutému rozhodnutiu v nadväznosti na to uviedol, že prvostupňový správny orgán v odôvodnení napadnutého rozhodnutia len vytvoril akúsi domnienku, že v prípade vynechania požiadavky na „hlavný pracovný pomer“ sa do súťaže mohli prihlásiť aj iní záujemcovia, pričom toto svoje tvrdenie riadne neodôvodnil. Prvostupňový správny orgán sa podľa účastníka konania obmedzil v napadnutom rozhodnutí len na strohé konštatovanie, že predmetné porušenie mohlo mať vplyv na výsledok súťaže, ale argumentačne nevymedzil, akým spôsobom.
77. Druhostupňový správny orgán si v predmetnej súvislosti dovoľuje poukázať na body 72-74 napadnutého rozhodnutia, v ktorých sa prvostupňový správny orgán s uvedeným dostatočne vysporiadal, a to nasledovne:

Ad 1) Ustanovenie § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní síce svojím znením smeruje k „skúmaniu počtu zamestnancov“, avšak neviaže sa na žiadnu konkrétnu formu, ani druh pracovnoprávného vzťahu, resp. **neobmedzuje** sa iba na zamestnancov „**v hlavnom pracovnom pomere**“.

Ad 2) Zákon o verejnom obstarávaní v § 34 ods. 1 písm. i) ustanovuje, že 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: ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o priemernom ročnom počte zamestnancov a o počte riadiacich zamestnancov za predchádzajúce tri roky.*“ Predmetné ustanovenie predstavuje transpozíciu čl. 60 ods. 4 Smernice 2014/24/EÚ, ktorá v písm. h), v časti II „Technická spôsobilosť“ jej prílohy XII uvádza, 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 **ani Smernica 2014/24/EÚ predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti neviaže na konkrétny druh (formu) pracovnoprávného vzťahu**. Tomu zodpovedá aj znenie § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, s ktorým podmienka účasti stanovená účastníkom konania kolide.

Ad 3) V nadväznosti na argumentáciu účastníka konania uvedenú v rámci prvostupňového správneho konania v súvislosti s nevyhnutnou potrebou existencie „hlavného pracovného

⁷ Na túto skutočnosť poukázal i Najvyšší správny súd ČR v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 zo dňa 12. 05. 2008.

pomeru“ na výkon prác v rámci plnenia predmetu zákazky, prvostupňový správny orgán konštatoval a náležite ilustroval, 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. Z uvedeného vyplýva, že **takto stanovenú podmienku účasti by teda spĺňal i uchádzač, ktorý by nemal reálne k dispozícii dostatok ľudských zdrojov na kvalitné zrealizovanie predmetu danej zákazky.**

Ad 4) Prvostupňový správny orgán rovnako uviedol i opačný prípad, a teda skutočnosť, že **takto stanovenú podmienku účasti by 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. cez subdodávateľov alebo osoby, ktoré uskutočňujú dané činnosti na základe oprávnenia podľa živnostenského zákona).

78. V nadväznosti na uvedené argumenty prvostupňový správny orgán dospel k záveru, že **vyžadovanie konkrétneho druhu pracovného pomeru je diskriminačné**, a že predmetná požiadavka preukázateľne neumožnila účasť na predmetnom zadávaní zákazky tým uchádzačom, ktorí svoje personálne kapacity 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.
79. Druhostupňový správny orgán sa v nadväznosti na uvedenú príkladnú argumentáciu prvostupňového správneho orgánu o diskriminačnom charaktere spornej požiadavky na preukázanie konkrétneho druhu pracovného pomeru, uvedenú v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia, nestotožňuje s tvrdením účastníka konania uvedeným v rozklade o tom, že prvostupňový správny orgán svoje závery dostatočne a riadne neodôvodnil.
80. Druhostupňový správny orgán v plnej miere súhlasí s názorom prvostupňového správneho orgánu, podľa ktorého je vyžadovanie konkrétneho druhu pracovného pomeru **diskriminačné**. Takáto požiadavka totiž neumožňuje účasť na predmetnom zadávaní zákazky tým potenciálnym uchádzačom, ktorí svoje odborne kvalifikované personálne kapacity využívajú alebo ich inak majú k dispozícii na základe iných pracovnoprávných alebo zmluvných vzťahov, napr. subdodávateľských. V tomto smere je podľa názoru druhostupňového správneho orgánu potrebné konštatovať, že účastník konania pri stanovení dotknutej podmienky účasti na uvedené nebral žiaden ohľad.
81. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti zároveň uvádza, že účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je overiť si postavenie záujemcu, resp. uchádzača, **s cieľom umožniť súperenie o zákazku iba spôsobilým hospodárskym subjektom, u ktorých existuje predpoklad riadneho plnenia zákazky.** V nadväznosti na požadovaný **druh pracovnoprávneho vzťahu (pracovný pomer)** je potrebné konštatovať, že **takáto požiadavka na uchádzača nemá žiadnu výpovednú hodnotu k posúdeniu vyššej miery jeho odbornej spôsobilosti a nemá vplyv na posúdenie jeho schopnosti realizácie samotného predmetu zákazky.** Prvostupňový správny orgán tak správne posúdil, že 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 zadávanej zákazky. Takto stanovená podmienka účasti **nepreukazuje spôsobilosť uchádzača, resp. disponovanie potrebnými ľudskými zdrojmi vo vzťahu k úspešnej realizácii predmetu danej zákazky.**

82. Na základe uvedených skutočností druhostupňový správny orgán konštatuje, že predmetná požiadavka kontrolovaného, aby išlo min. o 25 zamestnancov **výlučne v hlavnom pracovnom pomere**, a teda požiadavka na **konkrétny pracovný pomer**, 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. Ako teda správne konštatoval prvostupňový správny orgán v napadnutom rozhodnutí, účastník konania predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil neprimerane, a teda v rozpore s § 38 ods. 5 v spojení s § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
83. Druhostupňový správny orgán sa v nadväznosti na uvedené stotožňuje so záverom uvedeným v napadnutom rozhodnutí, podľa ktorého účastník konania predmetnú podmienku účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní stanovil v rozpore § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v rozpore s princípmi transparentnosti a nediskriminácie hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 tohto zákona tým, že v rámci danej podmienky účasti požadoval, aby išlo min. o 25 zamestnancov výlučne v hlavnom pracovnom pomere, pričom takéto vyžadovanie konkrétneho druhu pracovného pomeru bolo neprimerané a nesúvisiace s predmetom zadávanej zákazky.
84. Pokiaľ ide o poukaz účastníka konania na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf/35/2011 zo dňa 29. 09. 2011 (bod 12 tohto rozhodnutia), tento považuje druhostupňový správny orgán **za irelevantný**, nakoľko tento sa týkal aplikácie ustanovenia § 139 ods. 2 písm. a) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „predchádzajúci zákon o verejnom obstarávaní“), v zmysle ktorého cit.: „(...) ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a **porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo súťaže návrhov.**“ Ako z uvedeného vyplýva, v danom prípade nielen že išlo o odlišný skutkový stav, a teda o podmienku na nariadenie zrušenia použitého postupu zadávania zákazky zo strany úradu, nie o podmienku na uloženie sankcie za spáchanie správneho deliktu, ale išlo zároveň o odlišnú právnu úpravu, ako je tá, ktorá bola platná v čase uloženia sankcie účastníkovi konania za spáchanie správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní v tomto prípade. Uvedené potvrdzuje i dôvetok konštatovaný v predmetnom rozhodnutí Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, a teda že, cit.: „*Je nesporné, že diskriminačné podmienky zužujú okruh záujemcov a pre aplikáciu výroku stačí identifikovať i len potenciálny zásadný vplyv. Uvedené je v právnej norme vyjadrené slovami „mohlo mať zásadný vplyv.“*“
85. Uvedená právna norma, a teda ustanovenie § 139 ods. 2 písm. a) predchádzajúceho zákona o verejnom obstarávaní bolo zákonom č. 28/2013 Z. z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov zmenené, pričom **formulácia obsahujúca slovné spojenie „zásadný vplyv“ bola gramaticky i významovo z prechádzajúceho zákona o verejnom obstarávaní odstránená** a nebola opätovne prenesená ani do právnej úpravy (zákona o verejnom obstarávaní) platnej v čase uloženia sankcie účastníkovi konania za správny delikt podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní prvostupňovým správnym orgánom.
86. Predmetná zmena spočívajúca v požiadavke na preukázanie možného „zásadného vplyvu na výsledok verejného obstarávania“ bola následne odzrkadlená i v neskoršej rozhodovacej praxi Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, konkrétne v rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf 56/2013 zo dňa 25. 05. 2015, na ktorý poukazuje

druhostupňový správny orgán v bode 45 tohto rozhodnutia a ktorý potvrdzuje, že zákon o verejnom obstarávaní je **koncipovaný na báze potenciálneho vplyvu na výsledok verejného obstarávania**, čo znamená, že v prípade posudzovania porušenia zákona na výsledok hospodárskej súťaže je postačujúca len reálna možnosť, potencialita vplyvu konkrétnych porušení zákona na výsledok verejného obstarávania, a nie je potrebné preukázanie zásadného vplyvu zistených porušení na jeho výsledok. V predmetnej súvislosti druhostupňový správny orgán podporne dáva do pozornosti aj bod 45 tohto rozhodnutia.

87. K poukazu účastníka konania na odlišné stanovisko člena rady (bod 11 tohto rozhodnutia) [REDAKOVANÉ] k rozhodnutiu rady, druhostupňový správny orgán uvádza, že v zmysle platnej legislatívy účinnej v čase vydania rozhodnutia rady, ku ktorému si člen rady [REDAKOVANÉ] vyhradil zaujať odlišné stanovisko, podľa § 143 ods. 1 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní (v znení účinnom do 30. marca 2022)⁸ rada mala deväť členov. V nadväznosti na uvedené v zmysle § 146 ods. 4 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní (v znení účinnom do 30. marca 2021)⁹ na prijatie rozhodnutia rady v konaní o odvolaní, ktorého výsledkom bolo predmetné rozhodnutie rady, bol potrebný súhlas nadpolovičnej väčšiny všetkých členov rady. Z administratívneho spisu k predmetnému prípadu vyplýva, že v danom prípade **nadpolovičná väčšina všetkých členov rady z ôsmich nevyklúčených členov rady hlasovali za zamietnutie odvolania účastníka konania a potvrdenie rozhodnutia úradu (č. 12680-6000/2021-OD/6 zo dňa 14. 07. 2022)**, ktorého obsah bol následne premietnutý aj do napadnutého rozhodnutia. **Jedno odlišné stanovisko člena rady vo vzťahu k vplyvu na výsledok verejného obstarávania tak podľa druhostupňového správneho orgánu nemôže byť spôsobilé spochybniť závery vyjadrené prvostupňovým správnym orgánom v napadnutom rozhodnutí.**
88. Po preskúmaní napadnutého rozhodnutia v kontexte argumentácie predostretej účastníkom konania v podanom rozklade má druhostupňový správny orgán za to, že napadnuté rozhodnutie obsahuje **odôvodnené a jednoznačne preukázané naplnenie skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní**, pričom z rozkladu účastníka konania nevyplývajú žiadne nové skutočnosti alebo dôkazy, ktoré by spochybňovali zistenia konštatované prvostupňovým správnym orgánom v napadnutom rozhodnutí.
89. Prvostupňový správny orgán napadnuté rozhodnutie založil na riadne zistenom skutkovom stave a na jeho správnom právnom posúdení, pričom svoje úvahy, ktoré ho viedli ku konštatovaniu o naplnení všetkých znakov skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní dostatočne a zrozumiteľne v napadnutom rozhodnutí vyjadril.
90. V danej súvislosti nemožno odhliadnuť i od toho, že závery prvostupňového správneho orgánu v plnej miere reflektujú na aktuálnu rozhodovaciu prax úradu o obdobnej problematike, t. j. o obdobne stanovenej podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní v inom verejnom obstarávaní. Vo vzťahu k tomu si druhostupňový správny orgán dovoľuje poukázať na rozhodnutie úradu č. [14530-6000/2022-OD/9](#) zo dňa 25. 10. 2023, ktorým úrad nemenovanému verejnému obstarávateľovi uložil pokutu vo výške 72 650,32 eur o. i. i za to, že porušil, cit.: „(...) § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to princíp transparentnosti a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, keď nad rámec

⁸ Podľa § 187i ods. 25 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 31. 03. 2022, podľa ktorého rada postupovala v nadväznosti na ustanovenie § 187h ods. 15 tohto zákona, na radu a členov rady sa vzťahujú ustanovenia o zložení Rady úradu, funkčnom období členov Rady úradu a o postavení Rady úradu a jej členov podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.

⁹ Podľa § 187i ods. 12 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 31. 03. 2022, podľa ktorého rada postupovala v nadväznosti na ustanovenie § 187h ods. 15 tohto zákona, na postup pri rokovaní a rozhodovaní sa použijú ustanovenia § 146 ods. 3 až 8 v znení účinnom do 30. marca 2021.

taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní stanovil minimálnu požadovanú úroveň štandardov podmienky účasti týkajúcej sa preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti tým, že požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za aktuálne obdobie nie staršie ako 3 mesiace od lehoty na predkladanie ponúk, pričom súčasne požadoval, aby minimálny počet zamestnancov v pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov. Stanovením predmetnej neprimeranej podmienky účasti spočívajúcej v požadovaní preukázania stanoveného počtu zamestnancov výlučne v pracovnom pomere postupoval aj v rozpore s § 112 ods. 5 v spojení s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, pričom všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania (...).“

91. Vzhľadom na vyššie uvedené má druhostupňový správny orgán za to, že napadnuté rozhodnutie, čo do spáchania správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní účastníkom konania, vychádza z dostatočne zisteného skutkového stavu, že prvostupňový správny orgán pri jeho vydaní dospel k správnym skutkovým zisteniam a že vec správne právne posúdil. Druhostupňový správny orgán sa preto stotožňuje s právnou vetou uvedenou prvostupňovým správnym orgánom v odôvodnení napadnutého rozhodnutia, podľa ktorej účastník konania svojím konaním naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní tým, že postupoval v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a § 112 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, keďže stanovil podmienku účasti týkajúcu sa preukázania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní nad rámec taxatívneho znenia § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, keď požadoval od uchádzačov predložiť potvrdenie príslušnej Sociálnej poisťovne o priemernom ročnom počte zamestnancov za predchádzajúce tri roky, a keď zároveň požadoval, aby priemerný ročný počet zamestnancov v hlavnom pracovnom pomere nebol nižší ako 25 zamestnancov. Pritom všetky uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. V tejto časti považuje druhostupňový správny orgán rozklad účastníka konania za **neopodstatnený**.

K sankcii

92. V neposlednom rade sa druhostupňový správny orgán zaoberal aj tvrdeniami účastníka konania vzťahujúcimi sa k uloženiu sankcie prvostupňovým správnym orgánom vo výške 5 000 eur. Účastník konania v rozklade navrhuje, aby mu bola znížená úradom uložená pokuta, a to na dolnú hranicu sadzby za predmetné porušenie, ktorá sa pohybuje v rozpätí od 500 eur do 30 000 eur. Zníženie výšky uloženej pokuty účastník konania požaduje s prihliadnutím na povahu, závažnosť, spôsob a následky konštatovaných porušení zákona. Účastník konania má za to, že aktuálne uložená výška pokuty pôsobí vo vzťahu k účastníkovi konania skôr represívne a nie preventívne, čo by nemalo byť účelom správneho trestania.
93. Druhostupňový správny orgán k tomu v prvom rade 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. Zákon o verejnom obstarávaní neupravuje dôvody zániku zodpovednosti za správny delikt, v dôsledku čoho sa účastník konania nemôže exkulovať z deliktuálnej zodpovednosti.

94. Po preskúmaní napadnutého rozhodnutia druhostupňový správny orgán zistil, že pri posudzovaní povahy, závažnosti, spôsobu a následkov konštatovaných porušení zákona o verejnom obstarávaní prvostupňový správny orgán pri určovaní výšky pokuty zohľadnil prít'azujúce i poľahčujúce okolnosti, ako aj status účastníka konania, jeho finančné postavenie, ako aj druh zákazky a následky konania účastníka konania s reálnym dopadom na verejné obstarávanie.
95. Ako poľahčujúce okolnosti majúce vplyv na výšku uloženej pokuty prvostupňový správny orgán uviedol nasledovné skutočnosti: (i) porušenia sa účastník konania dopustil prvýkrát, (ii) status účastníka konania ako verejného obstarávateľa, 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 obyvateľstvo mesta, ďalej správny orgán zohľadnil zároveň (iii) celkovú zadlženosť účastníka konania 33,8 % pre rok 2022, ako i nepriaznivé výsledky hospodárenia pre rok 2022. Za prít'azujúcu okolnosť považoval prvostupňový správny orgán 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.
96. Hoci prvostupňový správny orgán v rámci svojich záverov o naplnení znakov skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní účastníkom konania postupoval správne, pokiaľ ide o odôvodnenie výšky uloženej sankcie uvedené v napadnutom rozhodnutí, **druhostupňový správny orgán dospel k zisteniu, že pri jej stanovení a odôvodnení došlo k opomenutiu ďalších poľahčujúcich okolností, ktoré neboli náležite zohľadnené prvostupňovým správnym orgánom.**
97. Druhostupňový správny orgán má za to, že pri vyčíslení výšky uloženej pokuty za správny delikt, v nadväznosti na konštatovanie o obmedzení účasti hospodárskych subjektov a znížení konkurencie s negatívnym vplyvom na hospodársku súťaž, bolo potrebné prihliadnuť zároveň aj na neuplatnenie revízných postupov v procese verejného obstarávania zo strany záujemcov, vzťahujúcich sa k obsahu spornej podmienky účasti. Rovnako prvostupňovým správnym orgánom nebol zohľadnený ani počet ponúk predložených do verejného obstarávania, ktorých bolo celkovo päť,¹⁰ čo vyplýva z dokumentácie k verejnému obstarávaniu predloženej účastníkom konania, ktorú mal prvostupňový správny orgán k dispozícii.
98. Ďalej, ako uvádza aj samotný účastník konania v podanom rozklade, v rámci priebehu predmetného verejného obstarávania neboli zo strany záujemcov doručené účastníkovi konania žiadne žiadosti o vysvetlenie požiadavky na predloženie dokladu – potvrdenia Sociálnej poisťovne, resp. žiadosti o vysvetlenie pojmu „hlavný pracovný pomer“. V danej súvislosti je tiež potrebné uviesť, že zo strany účastníka konania nedošlo k vylúčeniu žiadneho z uchádzačov z dôvodu nepredloženia predmetného dokladu. Aj napriek skutočnosti, že účastník konania stanovením spornej podmienky účasti týkajúcej sa preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti nepochybne konal v rozpore s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako sa uvádza v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia, druhostupňový správny orgán má za to, že priama **účasť piatich hospodárskych subjektov preukazuje dostatočnú mieru hospodárskej súťaže**, ktorá by mala byť braná do úvahy ako poľahčujúca okolnosť znižujúca mieru závažnosti zistených porušení zákona o verejnom obstarávaní a ich negatívnych následkov na verejné obstarávanie.
99. Pre ilustráciu druhostupňový správny orgán poukazuje na štatistické údaje týkajúce sa procesov verejného obstarávania, ktoré sumarizuje a vyhodnocuje úrad ako ústredný orgán štátnej správy

¹⁰ Ponuky v súťaži predložili spoločnosti: 1. Oraving, s.r.o., 2. SYTIQ a.s., 3. Reintner s.r.o., 4. Metrostav Slovakia a.s., 5. Chemkostav, a.s.

pre verejné obstarávanie v rámci svojej činnosti, zverejnené v rámci dokumentov „Informácia o celkovom štatistickom vyhodnotení procesu verejného obstarávania“ pre roky [2020](#), [2021](#) a [2022](#), z ktorých vyplýva, že priemerný počet predložených ponúk uchádzačov vo verejnom obstarávaní v Slovenskej republike v roku 2022 predstavoval 2,85 ponuky na zmluvu, v roku 2021 to boli 3,53 ponuky na zmluvu a v roku 2020 priemerný počet predložených ponúk predstavoval 3,48 ponuky na zmluvu. V danej súvislosti druhostupňový správny orgán poukazuje aj na dokument s názvom „Osobitná správa: Verejné obstarávanie v EÚ Menšia hospodárska súťaž v prípade zákaziek zadaných na práce, tovar a služby za desať rokov do roku 2021“, vypracovaný Európskym dvorom audítorov, v rámci ktorej európski audítori posudzovali úroveň hospodárskej súťaže v Európskej únii v období rokov 2011 až 2021, pričom dospeli k zisteniu, že za posledných 10 rokov sa takmer zdvojnásobil počet verejných obstarávaní s jednou ponukou, a to z 23,5 % v roku 2011 na 41,8 % v roku 2021. V rámci členských krajín Európskej únie v sledovanom období taktiež klesal aj priemerný počet zapojených uchádzačov. V roku 2011 sa jednej zákazky zúčastňovalo v priemere 5,7 uchádzača, v roku 2021 to bolo už len 3,2 uchádzača. To znamená, že aj z pohľadu štatistických údajov z procesov verejného obstarávania za uplynulé roky bol v rámci Slovenskej republiky a iných členských štátov Európskej únie priemerný počet predložených ponúk vo verejných obstarávaní nižší, ako počet ponúk predložených v predmetnom verejnom obstarávaní. Vzhľadom na skutočnosť, že o účasť v predmetnej súťaži prejavilo záujem až päť hospodárskych subjektov, je potrebné prihliadať na preukázateľne zníženú mieru závažnosti a následkov konštatovaných porušení, ktorých sa dopustil účastník konania v predmetnom verejnom obstarávaní a uvedené zohľadniť ako zásadnú okolnosť majúcu dopad na správne určenie výšky pokuty.

100. Sumarizujúc vyššie uvedené, podľa druhostupňového správneho orgánu sa v predmetnom prípade vyskytujú ďalšie poľahčujúce okolnosti, ktoré je a bolo potrebné zohľadniť aj pri určení výšky ukladanej sankcie, a to tak, aby výška pokuty, aj vzhľadom na status účastníka konania, plnila najmä preventívny a výchovný účinok, pokiaľ možno s čo najmiernejším represívnym charakterom. Druhostupňový správny orgán má v tejto súvislosti za to, že v danom prípade nie je dôvod predpokladať, že by pokuta vo výške 1 000 eur nemohla splniť výchovný účel, a že by do budúcnosti nemohla motivovať účastníka konania k dôslednému stanovovaniu podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené druhostupňový správny orgán konštatuje aj vzhľadom na skutočnosť deklarovanú prvostupňovým správnym orgánom, a síce, že účastník konania sa uvedených porušení zákona o verejnom obstarávaní dopustil prvýkrát, a teda nejde o recidivistu, ktorý by sa týchto porušení dopúšťal opakovane (aj potom, ako by už v minulosti bol za tieto porušenia sankcionovaný).
101. V predmetnej súvislosti je však potrebné podotknúť, že vyššie **uvedené poľahčujúce okolnosti sa nedotýkajú naplnenia znakov skutkovej podstaty správneho deliktu spáchaného účastníkom konania (objektívnej stránky)**, ktorý v postupe predmetného verejného obstarávania porušil pravidlá ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní a ani tej skutočnosti, že porušenia identifikované prvostupňovým správnym orgánom mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
102. Keďže správne konanie o uložení pokuty za správny delikt a rozhodnutie, ktoré je jeho výsledkom, má mať nielen sankčný, ale hlavne výchovný účinok, druhostupňový správny orgán apeluje na účastníka konania, aby dôsledne dodržiaval ustanovenia právnych predpisov upravujúcich verejné obstarávanie, najmä, aby sa vyhol stanovovaniu podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti nad rámec ustanovenia § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a aby sa najmä vyhol konaniu, ktoré je rozporné s jedným z najdôležitejších princípov verejného obstarávania, s princípom transparentnosti.

103. Podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
104. Vychádzajúc z uvedených dôvodov a na základe návrhu ustanovenej osobitnej komisie druhostupňový správny orgán v tomto konaní o rozklade účastníka konania preskúmal napadnuté rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu v celom rozsahu, pričom neidentifikoval dôvody na jeho zmenu alebo zrušenie v časti, v ktorej prvostupňový správny orgán konštatoval porušenia zákona o verejnom obstarávaní, ktorými účastník konania naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. q) zákona o verejnom obstarávaní. Druhostupňový správny orgán však identifikoval dôvody na zmenu napadnutého rozhodnutia, čo sa týka výšky pokuty uloženej účastníkovi konania, a preto pristúpil k jej zníženiu zo sumy 5 000 eur na sumu 1 000 eur.
105. Na základe uvedených skutočností druhostupňový správny orgán na základe návrhu ním ustanovenej osobitnej komisie rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e :

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

(elektronický podpis)

JUDr. Peter Kubovič
predseda
Úradu pre verejné obstarávanie

Doručuje sa:

Mesto Michalovce, Nám. osloboditeľov 30, 071 01 Michalovce – účastník konania