

Číslo: 7496-5000/2017
Bratislava: 18. 4. 2017

E-mailom z 21. 3. 2017 ste Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) požiadali o metodické usmernenie k zákonu č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

V žiadosti uvádzate nasledovné: „... V praxi verejní obstarávatelia pravidelne požadujú, aby uchádzač uviedol zoznam fyzických osôb, ktoré budú tvoriť tím, ktorý sa má zúčastňovať na plnení zákazky (poskytovaní služby). Tieto fyzické osoby („Fyzické osoby tvoriace tím“) bývajú zároveň osobami:

- ktorými sa preukazujú podmienky účasti – konkrétne technická a odborná spôsobilosť (§ 34 ods. 1 písm. g) ZVO – vzdelanie, odborná prax a odborná kvalifikácia osôb určených na plnenie zmluvy alebo riadiacich zamestnancov) a/alebo
- ktorými sa preukazuje plnenie kritérií na vyhodnotenie ponúk (§ 44 ods. 4 ZVO – organizácia, kvalifikácia a skúsenosti zamestnancov určených na plnenie zmluvy, ak kvalita týchto zamestnancov môže mať významný vplyv na úroveň plnenia).

A. Uchádzač patriaci do nadnárodnej skupiny spoločnosti

Uchádzačom je slovenská spoločnosť (ďalej len „Uchádzač“), ktorá patrí do nadnárodnej skupiny spoločnosti, ktorú tvoria okrem Uchádzača aj iné spoločnosti so sídlami v členských štátoch EÚ, ktoré sú materskými alebo sesterskými spoločnosťami Uchádzača („Spriaznené spoločnosti“). Spriaznené spoločnosti však s Uchádzačom nevytvárajú skupinu dodávateľov podľa § 37 ZVO.

1. Máme za to, že v prípade, ak sú takéto Fyzické osoby tvoriace tím zamestnancami Uchádzača (či už ide o pracovný pomer s uchádzačom alebo dohoda o vykonaní práce s uchádzačom), tak nemajú postavenie subdodávateľa Uchádzača.

2. Máme za to, že v prípade, ak sú takéto Fyzické osoby tvoriace tím zamestnancami Spriaznenej spoločnosti, ktorá zároveň poskytuje Uchádzačovi svoje technické a odborné kapacity ako tzv. iná osoba (napr. podľa § 34 ods. 1 písm. a) ZVO), tak nemajú postavenie subdodávateľa Uchádzača.

Činnosť týchto fyzických osôb je totiž činnosťou Spriaznenej spoločnosti ako inej osoby, ktorá takto (prostredníctvom svojich zamestnancov) vlastne poskytuje svoje kapacity Uchádzačovi.

3. Máme za to, že v prípade, ak sú takéto Fyzické osoby tvoriace tím zamestnancami Spriaznenej spoločnosti, ktorá je zároveň subdodávateľom Uchádzača, tak nemajú postavenie subdodávateľa Uchádzača.

Činnosť týchto fyzických osôb je totiž činnosťou Spriaznenej spoločnosti ako subdodávateľa.

4. Otázkou je, aké postavenie majú takéto Fyzické osoby tvoriace tím v prípade, ak sú zamestnancami Spriaznenej spoločnosti, ale zároveň Spriaznená spoločnosť nevystupuje vo vzťahu k Uchádzačovi pri danej zákazke ako iná osoba poskytujúca svoje kapacity(vid' bod 2 vyššie) ani ako subdodávateľ)vid' bod 3 vyššie)?

Stačí samotný fakt, že tieto Fyzické osoby tvoriace tím patria ako zamestnanci Spriaznenej spoločnosti do jednej nadnárodnej skupiny spoločností, do ktorej patrí aj Uchádzač na to, aby neboli brané ako externé osoby (subdodávateľa) Uchádzača ani ako iné osoby poskytujúce svoje kapacity Uchádzačovi (ak je určená aj podmienka účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) ZVO), ale ako „interné“ osoby Uchádzača s obdobným statusom ako zamestnanci Uchádzača?

Podotýkame, že tieto Fyzické osoby tvoriace tím spravidla nemajú podnikateľský status a nemusia byť odmeňované zo svoju činnosť pri plnení zákazky priamo Uchádzačom (môžu byť odmeňované ako zamestnanci Spriaznenej spoločnosti, keďže ich činnosť pre celú skupinu je vnímaná ako prirodzená súčasť ich práce pre Spriaznenú spoločnosť), čo nabáda k záveru, že nejde o subdodávateľov.

Rovnako z praktického hľadiska sú vnímané ako súčasť nadnárodnej skupiny, a je preto problematické (a aj dosť administratívne náročné a nákladné) vyžadovať od nich preukazovanie podmienok osobného postavenia (ako od subdodávateľov alebo iných osôb poskytujúcich kapacity) a prípadne aj zápis v registri partnerov verejného sektora.

B. Iné fyzické osoby ako zamestnanci uchádzača, iných osôb a subdodávateľov

Vo vzťahu k pojmu zamestnanec použitom v § 44 ods. 4 ZVO sa ÚVO vyjadrilo nasledovne: „V rámci hodnotenia kritéria kvalifikácia a skúsenosti zamestnancov určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy sa má akceptovať nielen kvalifikácia a skúsenosti zamestnancov uchádzača, ale aj zamestnancov iných osôb, prostredníctvom ktorých uchádzač/záujemca preukazoval splnenie podmienok účasti, príp. aj zamestnancov subdodávateľov uchádzača/záujemcu, ako aj SZČO (napr. živnostníkov), prostredníctvom ktorých bude uchádzač/záujemca plniť zmluvu (napr. lektori jazykovej výučby, ktorí nie sú zamestnancami uchádzača/záujemcu a spolupracujú s uchádzačom/záujemcom na zmluvnom základe).

Pojem „zamestnanec“ použitý v ustanovení § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, je teda potrebné interpretovať širšie a zahŕňa v sebe nielen zamestnanca – fyzickú osobu, ktorá je v pracovnoprávnom vzťahu, resp. v obdobnom pracovnom vzťahu vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu, ale aj každú inú fyzickú osobu (pracovník), ktorej kvalifikácia a skúsenosti sa budú využívať pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy.“

(Metodické usmernenie ÚVO č. 10192-5000/2016)

Vo zvýraznených častiach sa referuje na fyzické osoby, ktoré však nie sú uvádzané ako subdodávateľa ani ako iné osoby poskytujúce zdroje (kapacity).

Znamená to, že tieto fyzické osoby nemusia mať status subdodávateľa ani iných osôb poskytujúcich kapacity? Ide o nejakú ďalšiu kategóriu?“

K uvedenému Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie.

Úrad realizuje svoju kompetenciu podľa § 147 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní voči účastníkom procesu verejného obstarávania. Podľa uznesenia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 5Sžnč/5/2012 „predmetom metodického usmernenia úradu nemôže byť poskytovanie právnych služieb ani riešenie hypotetických otázok. Ak si žiadateľ nevie na otázky odpovedať sám, môže sa obrátiť na kvalifikovaného advokáta, resp. advokátsku kanceláriu podľa zákona o advokácii, ktorí mu príslušný právny rozbor vypracujú“.

Napriek uvedenému sa Vám pokúsime poskytnúť informácie na základe, ktorých môžete formulovať svoj právny názor:

Podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie finančného a ekonomického postavenia využiť finančné zdroje **inej osoby**, bez ohľadu na ich právny vzťah. **V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude skutočne používať zdroje osoby, ktorej postavenie využíva na preukázanie** finančného a ekonomického postavenia. Skutočnosť podľa druhej vety preukazuje záujemca alebo uchádzač **písomnou zmluvou** uzavretou s osobou, ktorej zdrojmi mieni preukázať svoje finančné a ekonomické postavenie. **Z písomnej zmluvy musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu.** Osoba, ktorej zdroje majú byť použité na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia okrem § 32 ods. 1 písm. e) a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7.

Obdobne je koncipované ustanovenie § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Z uvedeného vyplýva, že kapacity akejkoľvek inej osoby odlišnej od záujemcu/uchádzača (vrátane skupiny dodávateľov) musia byť poskytnuté v súlade s týmito ustanoveniami, t.j. medzi takouto inou osobou a záujemcom/uchádzačom (vrátane skupiny dodávateľov) musí byť kontrahovaná písomná zmluva z ktorej vyplýva záväzok „skutočného používania zdrojov“ tejto inej osoby v prospech záujemcu/uchádzača (vrátane skupiny dodávateľov). V tejto súvislosti zákon o verejnom obstarávaní nerozlišuje, či sa jedná o inú osobu pôsobiacu v rámci „spriaznených“ právnických osôb. Stále ide o kapacity inej osoby, nie o kapacity záujemcu/uchádzača alebo skupiny dodávateľov. Predmetné ustanovenia majú za cieľ jednoznačne verifikovať „vzťah poskytnutia kapacít“ medzi právne odlišnými subjektami, hoci môže ísť o kapacity „spriaznených osôb“.