

Bratislava 12. 04. 2019
Číslo: 4052-6000/2019

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 187e ods. 6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok uchádzača **XY** proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet zákazky „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, úsek trate Liptovský Mikuláš – Poprad Tatry (mimo), 1.etapa (Poprad – Lučivná)“, vyhlásenej osobou podľa § 8 ods. 5 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 25. 09. 2018 **Železnice Slovenskej republiky, Bratislava**, Klemensova 8, 813 61 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2017/S 123-248592 dňa 30. 6. 2017 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 129/2017 dňa 03. 07. 2017 pod značkou 9284-MSP, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **zamieta** námietky navrhovateľa XY.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom zo dňa 28. 01. 2019, doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) toho istého dňa, podal námietky v listinnej podobe podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) smerujúce proti vylúčeniu z predmetného verejného obstarávania. Námietky navrhovateľa boli úradu, ako aj kontrolovanému doručené v lehote podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 170 ods. 5 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní. Námietky boli úradu doručené po otvorení častí ponúk, označených ako „Kritériá“.

Námietky navrhovateľa

2. Navrhovateľ v podaných námietkach namieta jeho vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. j) v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z dôvodu, že nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej dobe a nespĺnil podmienky účasti (bod 43 tohto rozhodnutia). Uvádza, že vylúčenie sa týka nespĺnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko podľa kontrolovaného nebolo preukázané, že fyzická osoba,

ktorou navrhovateľ preukazuje splnenie požiadaviek na pozíciu kľúčového pracovníka – Geodeta stavby, je jeho vlastnou kapacitou.

3. Navrhovateľ v prvom rade poukazuje na bod II.1.4 „Stručný opis“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania (bod 31 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorého je hlavným predmetom zákazky dodanie stavebných prác, na ktorých vykonávanie podľa jeho názoru nie je nevyhnutné, aby mal uchádzač v pracovnom pomere geodeta stavby a jeho odmena je v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky zanedbateľná. Navrhovateľ tvrdí, že vo verejnom obstarávaní je zaužívanou praxou, že si stavebné spoločnosti takéto služby zazmluvňujú do budúca, a to formou budúceho zamestnanca, alebo subdodávky.
4. Navrhovateľ v druhom rade odmieta tvrdenie kontrolovaného, že, cit.: „(...) budúci zamestnanec nemá v tomto záväzkovom vzťahu rovnaký právny status ako zamestnanec“, čo navrhovateľ odôvodňuje názorom o právnej neudržateľnosti a prehnaným formalizmom pri posudzovaní podmienok účasti v časti dodávky, ktorá ani nie je jej hlavnou činnosťou.
5. V treťom rade podľa navrhovateľa odvolávajúc sa na zásadu nediskriminácie, nesmie verejný obstarávateľ od záujemcu alebo uchádzača vyžadovať nič, čo nepotrebuje pre svoju bežnú podnikateľskú činnosť. Argumentuje tým, že stavebný podnikateľ nepotrebuje mať pre svoju bežnú podnikateľskú činnosť v pracovnoprávnom vzťahu geodeta stavby. Obvykle si takéto služby najíma formou budúcich pracovných zmlúv pri vlastných kapacitách, prípadne subdodávkach a týchto zamestnancov, či subdodávateľov je počas výstavby oprávnený meniť. Verejný obstarávateľ nie je podľa navrhovateľa oprávnený zasahovať do formálnej stránky podnikania a do spôsobu podnikania záujemcu alebo uchádzača.
6. V štvrtom rade navrhovateľ odmieta tvrdenie kontrolovaného, že, cit.: „Z metodického usmernenia č. 12336-5000/2018 zo dňa 12. 11. 2018 vyplýva, že Úrad pre verejné obstarávanie rovnako ako verejný obstarávateľ nepovažuje budúceho zamestnanca za vlastnú kapacitu uchádzača“. Navrhovateľ pritom spochybňuje aplikáciu metodického usmernenia na predmetný prípad z dôvodu jeho spätnej účinnosti – retroaktivity. V čase, keď navrhovateľ predkladal ponuku, bola podľa jeho tvrdenia prax verejných obstarávateľov aj úradu jednotná v tom, že akceptovali s cieľom preukázania odbornej a technickej spôsobilosti fyzickú osobu – ako vlastnú kapacitu, ktorá mala uzavretú zmluvu o budúcej pracovnej zmluve. Zároveň v súvislosti s predmetným metodickým usmernením navrhovateľ konštatuje, že z Rozsudku Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 21 Cdo 3411/2014 zo dňa 19. 02. 2016 takýto právny záver nevyplýva, práve naopak, zmluva o budúcej pracovnej zmluve môže založiť pracovný pomer, pretože súd môže na jej základe nahradiť prejav vôle zamestnanca.
7. V piatom rade navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný nespochybnil kvalifikáciu Geodeta stavby, ale len jeho právne postavenie vo vzťahu k navrhovateľovi ako uchádzačovi. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný ho bol povinný vyzvať na odstránenie uvedeného nedostatku s poučením, aké právne postavenie daného zamestnanca bude akceptovať. Zákon o verejnom obstarávaní, podľa jeho tvrdenia, takýto procesný úkon upravuje napr. v § 39 a na základe toho bol kontrolovaný oprávnený vylúčiť navrhovateľa podľa § 40 ods. 6 písm. k), l), m) zákona o verejnom obstarávaní. Podľa navrhovateľa mal teda kontrolovaný aplikovať uvedený mechanizmus, t. j. výzvu na nahradenie osoby aj na zamestnanca, ktorý je vlastnou kapacitou.
8. Navrhovateľ ďalej uvádza, že na str. 89 až 106 svojej ponuky predložil jednotný európsky dokument člena skupiny dodávateľov, spoločnosti CC a listom zo dňa 02. 10. 2018 predložil

na základe výzvy kontrolovaného všetky požadované doklady, ktoré boli nahradené jednotným európskym dokumentom. Poznomenáva, že jedným z dokumentov bola aj Zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy s Ing. XX zo dňa 10. 10. 2017 (bod 38 tohto rozhodnutia) a v rámci vysvetlenia dokladov aj jej vyhlásenie zo dňa 17. 12. 2018 (bod 40 tohto rozhodnutia). Podľa navrhovateľa z písomnej Zmluvy o budúcej zmluve vyplýva záväzok fyzickej osoby, že poskytne spoločnosti CC svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu a zároveň vyplýva záväzok Ing. XX vykonávať závislú prácu v postavení zamestnanca pre spoločnosť CC, ktorá v rámci tohto vzťahu bude zabezpečovať práce na zákazke ako Geodet stavby. Navrhovateľ je toho názoru, že takisto vyhlásenie Ing. XX preukazuje, že sa cíti byť viazaná Zmluvou o budúcej pracovnej zmluve a že tento zmluvný vzťah považuje za vzťah pracovno-právny. Podľa navrhovateľa je zrejmé, že Ing. XX nevyhlásila, že je v pracovnom pomere, ale že má uzavretý pracovnoprávny vzťah. Navrhovateľ sa domnieva, že kontrolovaný nesprávne posúdil postavenie Ing. XX vo vzťahu k spoločnosti CC.

9. Navrhovateľ sa nestotožňuje s tvrdením kontrolovaného o tom, že Ing. XX nie je vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou uchádzača, t. j. Združenia „xxx“, resp. niektorého z jeho členov, keďže ako uvádza, z obsahu jeho ponuky a neskorších vysvetlení vyplýva jednoznačný zaver, že p. Ing. XX je vlastnou technickou a odbornou kapacitou člena tohto združenia, a to spoločnosti CC. Navrhovateľ má za to, že keby aj pripustil prísne formálny výklad práva kontrolovaným, že predložená zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy vytvára len právne predpoklady pre uzavretie pracovnej zmluvy s p. Ing. XX, t. j. do momentu uzatvorenia pracovnej zmluvy medzi spoločnosťou CC a s p. Ing. XX by navrhovateľ využíval technické alebo odborné kapacity inej osoby, zasiahlo by sa podľa navrhovateľa do jeho postavenia, ako aj do jeho práv zásadným a neproporcionálnym spôsobom.
10. Navrhovateľ konštatuje, že v danom prípade treba rozlišovať vznik, resp. uzavretie pracovnej zmluvy a vznik pracovného pomeru, pri ktorých okamihoch ich vzniku nemusí byť totožný, pričom poukazuje na rozhodnutie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 3 M Cdo 14/2010 z 30. marca 2011. Ako navrhovateľ ďalej uvádza, pracovné zmluvy uzatvorené s určitým časovým predstihom pred vznikom pracovného pomeru v aplikačnej praxi nahrádzajú predzmluvné typy, akým je napríklad zmluva o budúcej pracovnej zmluve. Poukazuje aj na to, že nedodržanie písomnej formy pracovnej zmluvy nemá za následok neplatnosť tohto právneho úkonu, to znamená, že pracovnú zmluvu možno platne uzavrieť aj ústne alebo konkludentným prejavom vôle. Kontrolovaný sa podľa názoru navrhovateľa vôbec nevysporiadal so zákonníkom práce, pretože z vyhlásenia Ing. XX vyplýva fakt, že mohla mať so spoločnosťou CC uzavretú ústnu pracovnú zmluvu s odkladacou podmienkou.
11. Navrhovateľ má za to, že súčasná právna úprava umožňuje uzavretie Zmluvy o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy, preto takáto zmluva uzavretá medzi Ing. XX a CC, v pozícii zamestnanca – Geodet stavby je platná a účinná v celom rozsahu a kontrolovaný musí na ňu prihliadať ako na doklad, ktorý preukazuje pracovnoprávny vzťah.
12. Navrhovateľ tvrdiac, že v dobrej viere postupoval podľa zaužívanej praxe verejných obstarávateľov, ako aj úradu, má za to, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu princípov verejného obstarávania a princípu právnej istoty. Ďalej má za to, že Zmluvou o budúcej pracovnej zmluve sa sledovalo do budúcnosti, aby navrhovateľ mohol disponovať vlastnými kapacitami v prípade uzavretia zmluvy o dielo s kontrolovaným a domnieva

sa, že kontrolovaný porušil princíp proporcionality, pretože opatrenie vo forme vylúčenia zo súťaže jednoznačne išlo nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľa.

13. Navrhovateľ uvádza, že nakoľko kontrolovaný spochybnil právne postavenie zamestnanca Ing. XX vo vzťahu k navrhovateľovi, kontrolovaný bol povinný vyzvať navrhovateľa na odstránenie tohto nedostatku s poučením, aké právne postavenie daného zamestnanca bude akceptovať. Ak mal teda kontrolovaný pochybnosti o osobe Ing. XX, ako vlastnej kapacity, mal vyzvať navrhovateľa, podľa jeho názoru, na nahradenie tejto osoby v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.
14. Na základe vyššie uvedeného navrhovateľ žiada, aby úrad nariadil odstrániť protiprávny stav, a to zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa a znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

15. Úrad uvádza, že dňa 25. 01. 2019 doručil kontrolovaný úradu informáciu podľa § 166 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného a v súlade s § 171 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo jedenásty deň odo dňa doručenia predmetnej informácie, t. j. dňa 05. 02. 2019.
16. Úrad uvádza, že 01. 01. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon o verejnom obstarávaní.
17. Podľa § 187e ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 01. 01. 2019 v konaní začatom po 31. decembri 2018, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa postupuje podľa predpisov účinných do 31. decembra 2018; to neplatí pre konanie na základe podnetu podľa § 169 ods. 2, pre zníženie pokuty podľa § 173 ods. 14, § 175 ods. 4 tretej vety a pre vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 4 druhej vety.
18. Vzhľadom na vyššie uvedené bude úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa postupovať podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018, t. j. podľa zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom do 31. 12. 2018.
19. V súlade s § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní úrad listom č. 4052-6000/2019-V zo dňa 07. 02. 2019 vyzval kontrolovaného na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli a písomného vyjadrenia k podaným námietkam. Kontrolovaný doručil úradu dokumentáciu v origináli a písomné vyjadrenie k podaným námietkam dňa 18. 02. 2019. Vzhľadom na to, že kontrolovaným doručená dokumentácia nebola kompletná, úrad rozhodnutím č. 4052-6000/2019-P zo dňa 27. 02. 2019 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. Kontrolovaný doplnil dokumentáciu dňa 13. 03. 2019.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

20. Kontrolovaný v písomnom vyjadrení k námietkam navrhovateľa uvádza, že nesúhlasí s tvrdeniami navrhovateľa, ktoré sú obsahom námietok. Ďalej uvádza, že navrhovateľ vo vzťahu k preukázaniu splnenia podmienok účasti predložil v rámci jeho ponuky jednotný európsky dokument za všetkých členov skupiny dodávateľov. Okrem toho predložil jednotný európsky dokument aj za štyri hospodárske subjekty, ktoré mali v zmysle ponuky postavenie inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to spoločnosti DD, EE, FF a GG. Zároveň boli kontrolovanému, ako uvádza, predložené zmluvy o budúcich zmluvách medzi členmi skupiny dodávateľov a jednotlivými hospodárskymi subjektmi v postavení iných osôb podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
21. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ po vyzvaní na predloženie dokladov nahradených v ponuke jednotným európskym dokumentom, predložil vo vzťahu k podmienke účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti Zmluvu o uzatvorení budúcej pracovnej zmluvy, uzatvorenú medzi spoločnosťou CC ako budúcim zamestnávateľom a Ing. XX ako budúcim zamestnancom, a ďalšie doklady, ktoré kontrolovaný vo vyjadrení menuje, súvisiace s preukázaním splnenia technickej a odbornej spôsobilosti Ing. XX. Kontrolovaný následne vyzval navrhovateľa na vysvetlenie predložených dokladov, v rámci ktorého podľa jeho tvrdenia žiadal o vysvetlenie, okrem iného skutočnosti, či Ing. XX je vlastnou technickou kapacitou spoločnosti CC alebo využíva technické alebo odborné kapacity inej osoby, pričom v rámci odpovede mal navrhovateľ uviesť, ktoré doklady v ponuke/vysvetleniach danú skutočnosť preukazujú. Podľa kontrolovaného navrhovateľ v nadväznosti na uvedenú žiadosť uviedol, že Ing. XX je vlastnou technickou a odbornou kapacitou člena skupiny dodávateľov XX a tiež potvrdil, že nevyužíva kapacity Ing. XX ako inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a preto sa v jeho ponuke nenachádza jednotný európsky dokument za predmetnú osobu.
22. Kontrolovaný má za to, že z dokumentov predložených v rámci ponuky navrhovateľa vyplýva, že pri predkladaní ponuky mal záujem preukázať splnenie podmienky účasti vo vzťahu k jednému z kľúčových pracovníkov – Geodetovi stavby prostredníctvom vlastných kapacít, čo navrhovateľ opätovne potvrdil aj v rámci vysvetlenia predložených dokladov. Kontrolovaný podľa jeho vyjadrenia právo navrhovateľa preukázať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom kapacít nepodnikajúcej fyzickej osoby nikdy nespochybňoval a táto skutočnosť ani nebola dôvodom jeho vylúčenia zo súťaže. Kontrolovaný v nadväznosti na argumentáciu navrhovateľa považuje za neprípustné, aby uchádzači ospravedlňovali nedodržanie povinností v zmysle zákona o verejnom obstarávaní prílišným formalizmom a očakávali, že verejný obstarávateľ upustí od aplikácie zákonných ustanovení v prípade, ak uchádzač nepreukázal splnenie podmienok účasti spôsobom, ktorý mu ukladá zákon v dôsledku jeho nesprávneho výkladu.
23. Kontrolovaný má za to, že zákonník práce rozlišuje pracovnoprávne vzťahy na tie, ktoré vznikajú na základe pracovnej zmluvy (pracovný pomer) a tie ktoré vznikajú na základe dohôd vykonávaných mimo pracovného pomeru, pričom na jednej strane akéhokoľvek z týchto pracovnoprávných vzťahov vystupuje zamestnávateľ a na druhej strane zamestnanec. S ohľadom na charakter pracovnoprávných vzťahov, ktorý súvisí s výkonom závislej práce, je podľa kontrolovaného možné dospieť k záveru, že zamestnávateľ je oprávnený disponovať zamestnancami v rámci svojej vlastnej podnikateľskej činnosti. Zamestnanci ako fyzické osoby vykonávajúce závislú prácu v osobnej a hospodárskej závislosti od zamestnávateľa,

preto podľa názoru kontrolovaného predstavujú kapacity daného hospodárskeho subjektu (zamestnávateľa). Kontrolovaný poznamenáva, že vymedzenie pojmu „vlastná technická alebo odborná kapacita hospodárskeho subjektu“ je potrebné pri kľúčových odborníkoch odvodzovať od dispozičnej právomoci uchádzača, ktorá determinuje možnosť využitia tejto technickej alebo odbornej kapacity pri plnení predmetu zákazky bez účasti/vôle inej osoby. To znamená, že hospodársky subjekt v postavení uchádzača je subjektom, ktorý je ako jediný oprávnený rozhodnúť o tom, či fyzickú osobu s príslušnou odbornou spôsobilosťou obsadí na pozíciu kľúčového odborníka za účelom plnenia predmetu zákazky.

24. Vzhľadom na uvedené má kontrolovaný za to, že za vlastnú kapacitu hospodárskeho subjektu možno v zmysle zákona o verejnom obstarávaní považovať fyzickú osobu, ktorá má právny status zamestnanca hospodárskeho subjektu alebo právny status štatutárneho orgánu alebo člena štatutárneho orgánu hospodárskeho subjektu alebo právny status prokuristu hospodárskeho subjektu. Kontrolovaný sa ďalej odvoláva na rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 3 M Cdo 14/2010 zo dňa 30. 03. 2011, podľa ktorého, cit.: „Pracovnoprávne vzťahy vznikajú najskôr od uzatvorenia pracovnej zmluvy alebo dohody o práci vykonávanej mimo pracovného pomeru, ak tento zákon alebo osobitný predpis neustanovuje inak (§ 1 ods. 3 Zákonníka práce). Z uvedeného ustanovenia, ktoré upravuje najskorší možný okamih vzniku pracovnoprávneho vzťahu vyplýva, že právny vzťah založený pred uzavretím pracovnej zmluvy nemožno kvalifikovať ako pracovnoprávny vzťah.“
25. Kontrolovaný sa domnieva, že fyzickú osobu v postavení budúceho zamestnanca, ktorá má s hospodárskym subjektom uzatvorený právny vzťah založený na základe zmluvy o budúcej pracovnej zmluve, ktorý nie je pracovnoprávnym vzťahom, nie je možné v kontexte preukazovania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti vnímať ako vlastnú kapacitu predmetného hospodárskeho subjektu. Zmluva o budúcej pracovnej zmluve obsahuje len predbežnú zhodnú vôľu zmluvných strán vyjadrenú v písomnej forme o tom, že v dohodnutej dobe uzavrú zmluvu, ktorou založia pracovný pomer. Až uzatvorením pracovnej zmluvy sa jeden účastník (zamestnanec) zaväzuje vykonávať pre druhého účastníka (zamestnávateľ) prácu, za ktorú sa mu tento účastník zaväzuje platiť mzdu (odmenu za prácu). Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľom predložená zmluva neobsahovala dojednanie náležitostí typických pre zmluvný typ pracovnej zmluvy, a to ani v minimálnom rozsahu tzv. podstatných náležitostí pracovnej zmluvy.
26. V kontexte verejného obstarávania je podľa kontrolovaného nutné vnímať Ing. XX ako inú osobu, ktorá poskytuje svoje odborné kapacity spoločnosti CC a navrhovateľom predloženú zmluvu len ako zmluvu, ktorou uchádzač preukazuje budúcu disponibilitu kapacitami tretej osoby Ing. XX. Kontrolovaný konštatuje, že Ing. XX jasne potvrdila, že svoj vzťah so spoločnosťou CC zakladá výlučne na predloženej zmluve o budúcej pracovnej zmluve (t. j. nie na ústnej ani akejkoľvek inej zmluve, ako naznačuje navrhovateľ v podaných námietkach), na základe ktorej sa mylne domnievala, že má voči spoločnosti postavenie zamestnanca. Skutočnosť, že Ing. XX nesprávne právne kvalifikovala tento vzťah ako zamestnanecký vzťah, nie je podľa kontrolovaného v tomto smere rozhodujúca a predložené vyhlásenie nemožno považovať za dôkaz preukazujúci, že Ing. XX je internou kapacitou navrhovateľa.
27. Kontrolovaný uvádza, že pokiaľ navrhovateľ zamýšľal preukázať splnenie podmienky účasti vo vzťahu k osobe Geodeta stavby prostredníctvom Ing. XX, ktorá nie je zamestnancom spoločnosti CC, bol v kontexte § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní povinný v rámci

ponuky predložiť doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia za Ing. XX, a to s výnimkou dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti, ktoré nie je možné u nepodnikajúcej fyzickej osoby predložiť z dôvodu, že nepodnikajúca fyzická osoba nemôže byť registrovaná v zodpovedajúcich zoznamoch resp. registroch. Keďže navrhovateľ v ponuke nepredložil jednotlivé doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia za Ing. XX, pričom tieto doklady vo svojej ponuke predbežne nenahradil jednotným európskym dokumentom v súlade s § 39 zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný, ako uvádza, nemohol využiť inštitút nahradenia inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienky účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Má za to, že k využitiu tohto inštitútu nevznikli zákonné predpoklady.

28. Vzhľadom na vyššie uvedené má kontrolovaný za to, že k vylúčeniu navrhovateľa prišlo oprávnené a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, preto žiada, aby úrad námietky navrhovateľa zamietol.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie o predmetnom verejnom obstarávaní úrad zistil nasledovné skutočnosti:

29. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, úsek trate Liptovský Mikuláš – Poprad Tatry (mimo), 1.etapa (Poprad – Lučivná)“ v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2017/S 123-248592 dňa 30. 6. 2017 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 129/2017 dňa 03. 07. 2017 pod značkou 9284-MSP. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 95 502 992,71 Eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Súťažné podklady k predmetnému verejnému obstarávaniu kontrolovaný poskytol 42 záujemcom. V lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 25. 10. 2017 do 8:30 hod., predložili ponuku 9 uchádzači, vrátane navrhovateľa. Otváranie častí ponúk označených ako „Ostatné“ sa uskutočnilo 25. 10. 2017 o 10:00 hod. a otváranie častí ponúk označených ako „Kritériá“ sa uskutočnilo 01. 08. 2018 o 10:00 hod.
30. Po vyhodnotení ponúk kontrolovaný v súlade s § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní požiadal listom „Výzva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti“ zo dňa 19. 09. 2018 navrhovateľa o predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti nahradených jednotným európskym dokumentom. Navrhovateľ listom „Výzva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti – odpoveď“ zo dňa 02. 10. 2018 doručil kontrolovanému doklady, ktoré v ponuke nahradil jednotným európskym dokumentom. Kontrolovaný žiadal navrhovateľa o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, okrem iného aj žiadosťou zo dňa 04. 12. 2018, na ktorú navrhovateľ odpovedal listom „Vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 18. 12. 2018. Následne kontrolovaný oznámil navrhovateľovi jeho vylúčenie z verejnej súťaže listom „Oznámenie o vylúčení“ zo dňa 17. 01. 2019, ktorý bol navrhovateľovi doručený 18. 01. 2019. Navrhovateľ doručil námietky v listinnej podobe podľa § 170 ods. 3 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní úradu a kontrolovanému dňa 28. 01. 2019.
31. V bode II.1.4 „Stručný opis“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania je uvedené, cit.: „(...) Účelom stavby je modernizovať technickú infraštruktúru trate na predmetnom úseku, ktorý je súčasťou siete TEN-T a európskeho železničného koridoru

č. Va pre dosiahnutie parametrov v zmysle legislatívy Európskej únie/ Európskeho spoločenstva (napr. Technické špecifikácie interoperability), európskych noriem, legislatívy a noriem Slovenskej republiky a dohôd AGC a AGTC. Hlavnou úlohou je umožniť lepšiu prístupnosť k Transeurópskej dopravnej sieti a k dopravnej sieti susediacich štátov. Navrhovaná stavba musí po realizácii spĺňať požiadavky na zaistenie interoperability Európskeho železničného systému v zmysle zákona č. 513/2009 Z. z. o dráhach a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. (...).“.

32. V bode 8.2 časti E. „Podmienky účasti uchádzačov“ súťažných podkladov kontrolovaný žiadal preukázať podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti aj dokladom podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, a to nasledovne, cit.: „Údaje o vzdelaní a odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác. Požaduje sa predložiť zoznam kľúčových pracovníkov navrhovaných na vykonanie diela podľa vzoru Formulár „B“. K Formuláru „B“ uchádzač priloží pracovný životopis kľúčových pracovníkov (Formulár „B1“), referenčný list (Formulár „B2“), doklad o najvyššom dosiahnutom vzdelaní a doklad o odbornej spôsobilosti. Uchádzač preukáže odbornú prax každého kľúčového pracovníka v minimálnom rozsahu prechádzajúcich 10 rokov vo svojom obore týkajúcom sa predmetu zákazky podľa vzoru Formulár „B1“, ak nie je v príslušnom bode uvedené inak a skúsenosti s realizáciou zákaziek rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky v minimálnom rozsahu uvedenom pri jednotlivých kľúčových pracovníkoch podľa vzoru Formulár „B2“. Za kľúčových pracovníkov sa na účely tohto verejného obstarávania považujú: Predstaviteľ Zhotoviteľa/Riaditeľa výstavby, Zástupca Predstaviteľa Zhotoviteľa/Riaditeľa výstavby, Špecialista pre železničný zvršok a spodok, Špecialista pre zabezpečovacie zariadenia, Špecialista pre trakčné vedenia a silnoprúd, **Geodet stavby** a Pracovník zodpovedný za BOZP. Jednotliví kľúčoví pracovníci musia spĺňať nasledovné kritéria: (...)

f) Geodet stavby

- ukončené vysokoškolské vzdelanie technického zamerania a doklad o najvyššom dosiahnutom vzdelaní
 - realizácia minimálne 1 projektu modernizácie, prípadne komplexnej rekonštrukcie železničnej infraštruktúry, na ktorom boli uskutočnené stavebné práce v minimálnej hodnote 30 000 000 EUR bez DPH na pozícií zodpovedného geodeta stavby.
 - realizácia minimálne 1 projektu modernizácie, prípadne komplexnej rekonštrukcie železničnej infraštruktúry, ktorej súčasťou bola výstavba mostného objektu
 - oprávnenie autorizovaného geodeta a kartografa podľa § 6 zákona NR SR č. 216/1995 Z. z. v znení neskorších predpisov alebo ekvivalent takéhoto osvedčenia.“.
33. V bode 11 časti E. „Podmienky účasti uchádzačov“ súťažných podkladov je uvedené, cit.: „Uchádzač môže predbežne nahradiť doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti predložením JED. V takom prípade vždy vyplní časti I až III a VI JED. Uchádzač v časti IV JED môže vyplniť len oddiel α bez toho, aby musel vyplniť iné oddiely časti IV JED.“.
34. Úrad z predloženej dokumentácie zistil, že navrhovateľ predložil ponuku ako skupina dodávateľov „xxx“, zložená z nasledujúcich členov, za ktorých v ponuke s cieľom preukázania splnenia podmienok účasti predložil jednotný európsky dokument:
- XY (vedúci člen)
 - AA
 - BB
 - CC.

35. Ďalej úrad zistil, že navrhovateľ v ponuke predložil jednotný európsky dokument aj za nižšie uvedené subjekty, ktoré majú vyplývajúce z predložených zmlúv o budúcej zmluve (sú súčasťou ponuky navrhovateľa) postavenie inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní:
- DD
 - EE
 - FF
 - GG.
36. V liste „Výzva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti“ zo dňa 19. 09. 2018 kontrolovaný požiadal navrhovateľa o predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti nahradených v ponuke jednotným európskym dokumentom, a to nasledovne, cit.: „Vo Vašej ponuke (ide o časť ponuky, označenú ako „Ostatné“) (ďalej len „ponuka“) ste predložili JED za vedúceho člena skupiny XY na strane 15 až 32, za člena skupiny AA na strane 37 až 56, za člena skupiny BB na strane 61 až 85 a za člena skupiny CC na strane 89 až 106. Zároveň ste vo Vašej ponuke predložili JED za tretie osoby, prostredníctvom ktorých preukazujete splnenie podmienok účasti – spoločnosť DD na strane 110 až 132, spoločnosť EE na strane 138 až 160, spoločnosť FF na strane 164 až 186 a spoločnosť GG na strane 190 až 207. JED-mi predloženými vo Vašej ponuke ste predbežne nahradili doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti v zmysle § 33 ods. 1 ZVO písm. a) a § 34 ods. 1 písm. b) a g) ZVO, preto Vás žiadame o predloženie dokladov na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti (...)“.
37. Navrhovateľ listom „Výzva na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti – odpoveď“ zo dňa 02. 10. 2018 doručil kontrolovanému doklady, ktoré v ponuke nahradil jednotným európskym dokumentom, pričom ku každej z preukazovaných podmienok účasti uviedol zoznam predkladaných dokumentov. K podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, týkajúcej sa kľúčového pracovníka „Geodet stavby“ navrhovateľ uviedol, že predkladá nasledujúce doklady, cit:
- „- **Zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy** zo dňa 10. 10. 2017 uzatvorená medzi spoločnosťou CC ako budúcim zamestnávateľom a p. Ing. XX ako budúcim zamestnancom,
- životopis kľúčového pracovníka spolu s preukázaním požadovanej odbornej praxe (Formulár „B1“ kapitoly E. súťažných podkladov) p. Ing. XX,
 - referenčný list (Formulár „B2“ kapitoly E. súťažných podkladov) p. Ing. XX,
 - doklad o najvyššom dosiahnutom vzdelaní p. Ing. XX,
 - doklad o odbornej spôsobilosti p. Ing. XX.“.
38. V Zmluve o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy zo dňa 10. 10. 2017, uzatvorenej medzi spoločnosťou CC a p. Ing. XX, je okrem iného uvedené nasledovné, cit.:
- „Čl. II. (...) 1. Obe zmluvné strany dobrovoľne deklarujú touto zmluvou **budúcu spoluprácu** pri realizovaní zákazky „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, (...)“.
2. Po úspešnom vyhodnotení verejnej súťaže, na základe ktorej bude CC (ďalej len „CC“) úspešným záujemcom, sa zmluvné strany zaväzujú, že na základe výzvy a v lehote stanovenej CC, navzájom uzatvoria pracovnú zmluvu podľa § 42 Zákonníka práce.
- Čl. III. (...) 1. Predmetom **budúcej pracovnej zmluvy** bude spolupráca a činnosť **budúceho zamestnanca s budúcim zamestnávateľom** v pozícii: Geodet stavby.
2. **V budúcej pracovnej zmluve** sa zmluvné strany zaväzujú podrobne špecifikovať v súlade s § 42 Zákonníka práce dohodnutú prácu, dohodnutú odmenu za vykonanú prácu, dohodnutý

rozsah pracovného času, ktorý nebude dlhší ako 40 hodín týždenne a doba, na ktorú sa uzatvára. (...).

Čl. IV. (...) 1. Táto zmluva sa uzatvára na dobu určitú, t. j. do vyhodnotenia verejnej súťaže a v prípade úspešnosti záujemcu (pričom do 30 dní odo dňa oznámenia o úspešnosti uzatvorí spol. CC s Ing. XX pracovnú zmluvu), do uzatvorenia pracovnej zmluvy s dobou platnosti pracovnej zmluvy – do 31. 12. 2021. (...)

Čl. V. (...) 5. Táto zmluva zaniká v prípade, že do 1 mesiaca po podpísaní zmluvy budúceho zamestnávateľa CC s verejným obstarávateľom, Ing. XX ako budúci zamestnanec, neuzavrie s budúcim zamestnávateľom pracovnú zmluvu.“.

39. V liste „Vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“ zo dňa 04. 12. 2018, adresovanom navrhovateľovi, kontrolovaný uviedol nasledovné, cit.: „V zmysle § 40 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako „ZVO“) Vás, ako vedúceho člena skupiny dodávateľov Združenie „xxx“, opätovne žiadame o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, pretože vzhľadom na nižšie špecifikované nezrovnalosti v poskytnutých informáciách a predložených dokladoch vyvstali u verejného obstarávateľa v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti viaceré otázky, ktoré je potrebné, aby ste ozrejmili pre účely ďalšieho postupu pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti. (...) Z uvedených skutočností, t. j. informácií, ktoré ste poskytli verejnému obstarávateľovi, vyplýva, že v čase predkladania Vašej ponuky do verejného obstarávania až do dnes nie je p. Ing. XX zamestnancom člena skupiny CC, ale je zamestnancom spoločnosti HH, v ktorej je konateľkou, pričom zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy je právnym predpokladom, na základe ktorého by sa mala v budúcnosti p. Ing. XX stať zamestnancom člena skupiny dodávateľov spoločnosti CC. Na základe týchto skutočností verejný obstarávateľ predpokladá, že v súčasnosti je p. Ing. XX vlastnou technickou odbornou kapacitou spoločnosti HH, nakoľko p. Ing. XX je zamestnancom tejto spoločnosti. Nie je vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou uchádzača Združenie „xxx“, resp. niektorého z členov skupiny dodávateľov Združenie „xxx“.

Vzhľadom na to, že v rámci odpovede na „Výzvu na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti“ zo dňa 02. 10. 2018 ste predložili zmluvu o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy, ktorá vytvára len právne predpoklady pre uzavretie pracovnej zmluvy s p. Ing. XX, (t. j. nie je zmluvou, na základe ktorej by vznikol pracovný pomer s touto osobou), má verejný obstarávateľ za to, že do momentu pokiaľ nebude uzatvorená pracovná zmluva medzi spoločnosťou CC a p. Ing. XX, pri obsadení pozície kľúčového pracovníka Geodet stavby využívate technické alebo odborné kapacity inej osoby, konkrétne technické alebo odborné kapacity p. Ing. XX, ktorá je zamestnancom/konateľkou spoločnosti HH (prípadne technické alebo odborné kapacity inej osoby – fyzickej osoby nepodnikateľa), pričom predmetná spoločnosť HH nie je členom skupiny dodávateľov Združenie „xxx“, resp. fyzická osoba nepodnikateľ nie je uvedená v zozname tretích osôb. V procesoch verejného obstarávania, ak využívate za účelom preukazovania splnenia podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti technické alebo odborné kapacity inej osoby, je potrebné, aby ste v ponuke predložili doklady podľa § 34 ods. 3 ZVO, t. j. písomnú zmluvu, z ktorej musí vyplývať záväzok osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej spôsobilosti, musí preukázať splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia, a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 ZVO.

V zmysle uvedených skutočností je potrebné, aby uchádzač ozrejmil verejnému obstarávateľovi nižšie uvedené:

- 11.1. Je p. Ing. XX, ktorá má byť obsadená na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou spoločnosti CC (člen skupiny dodávateľov Združenie „xxx“)?
 - 11.1.1. Ak, áno, uveďte, ktoré poskytnuté informácie a predložené doklady vo Vašej ponuke/vysvetleniach túto skutočnosť preukazujú.
- 11.2. Ak nie je p. Ing. XX, ktorá má byť obsadená na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou spoločnosti CC (člen skupiny dodávateľov Združenie „xxx“), uveďte, či p. Ing. XX je vlastnou kapacitou iného člena skupiny dodávateľov Združenie „xxx“?
 - 11.2.1. Ak, áno uveďte, ktoré poskytnuté informácie a predložené doklady vo Vašej ponuke/vysvetleniach túto skutočnosť preukazujú.
- 11.3. Pokiaľ na predošlé otázky odpoviete záporne, t. j. že p. Ing. XX, ktorá má byť obsadená na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, nie je vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou uchádzača Združenie „xxx“, uveďte, či je p. Ing. XX, ktorá má byť obsadená na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, technickou alebo odbornou kapacitou inej osoby – fyzická osoba - podnikateľ?
- 11.4. Pokiaľ na predošlú otázku odpoviete kladne, čo by znamenalo, že na pozícii kľúčového pracovníka Geodeta stavby využívate technické alebo odborné kapacity inej osoby - fyzická osoba – podnikateľ:
 - 11.4.1. uveďte, ktoré poskytnuté informácie a predložené doklady vo Vašej ponuke preukazujú, že pri obsadení pozície kľúčového pracovníka Geodeta stavby vo verejnom obstarávaní využijete technické alebo odborné kapacity inej osoby p. Ing. XX?
 - 11.4.2. uveďte, kde v ponuke ste predložili písomnú zmluvu uzavretú s inou osobou p. Ing. XX, z ktorej vyplýva záväzok tejto inej osoby, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu, resp. kde v ponuke sa nachádza JED, ktorým je možné predbežne nahradiť túto písomnú zmluvu? (...)“.

40. Navrhovateľ na vyššie citovanú žiadosť odpovedal listom „Vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov – odpoveď“ zo dňa 18. 12. 2018 s nasledujúcim znením, cit.:

„K bodu 11.1. Žiadosti uchádzač uvádza (...) zo Zmluvy o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy uzatvorenej medzi spoločnosťou CC a p. Ing. XX jednoznačne vyplýva, že je odbornou kapacitou spoločnosti CC. Uvedené potvrdzuje aj čestné vyhlásenie p. Ing. XX, ktoré predkladá uchádzač v Prílohe č. 9 k tomuto Vysvetleniu.

K bodu 11.2., 11.2.1. Žiadosti uchádzač uvádza, že z vyššie uvedených informácií vyplýva, že p. Ing. XX je vlastnou technickou a odbornou kapacitou člena Združenia xxx, a to spoločnosti CC, a teda nie je technickou a odbornou kapacitou iného člena Združenia xxx. Uchádzač poskytol informácie a doklady preukazujúce, že p. Ing. XX je vlastnou odbornou kapacitou spoločnosti CC ako člena Združenia xxx. Z vyššie uvedených dôvodov uchádzač neposkytuje informácie a doklady o tom, že by bola Ing. XX technickou a odbornou kapacitou iného člena Združenia xxx.

K bodu 11.3. Žiadosti uchádzač uvádza, že p. Ing. XX je vlastnou technickou a odbornou kapacitou člena Združenia xxx, a to spoločnosti CC na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, a teda p. Ing. XX, ktorá má byť obsadená na pozícii kľúčového pracovníka Geodet stavby, nie je technickou alebo odbornou kapacitou inej osoby - fyzická osoba - podnikateľ.

K bodu 11.4., 11.4.1. a 11.4.2. Žiadosti (...) Uchádzač k tvrdeniam verejného obstarávateľa o tom, že p. Ing. XX nie je vlastnou technickou alebo odbornou kapacitou uchádzača Združenie xxx, resp. niektorého z členov skupiny dodávateľov Združenie xxx uvádza, že sa s týmto tvrdením nemôže stotožniť, keďže z obsahu jeho ponuky a neskorších vysvetlení vyplýva jednoznačný záver, že p. Ing. XX je vlastnou technickou a odbornou kapacitou člena Združenia xxx, a to spoločnosti CC. (...) V prípade existencie pracovnoprávneho vzťahu medzi uchádzačom a kľúčovým odborníkom potom nie je tento zamestnanec v právnom postavení inej, tzv. tretej osoby podľa § 34 ods. 3 ZoVO, a teda uchádzačovi nevzniká zákonná povinnosť preukazovať osobné postavenie za tohto zamestnanca. (...) Požiadavka na preukázanie osobného postavenia by bola namieste vtedy, ak by bola p. Ing. XX v právnom postavení inej (tretej) osoby podľa § 34 ods. 3 ZoVO, avšak v takom prípade by uvedenú skutočnosť uchádzač preukazoval písomnou zmluvou o poskytnutí technickej alebo odbornej kapacity, čo však nie je prípad ponuky uchádzača. Uchádzač s ohľadom na vyššie uvedené uvádza, že mu nevznikla povinnosť preukazovať splnenie relevantných podmienok účasti osobného postavenia p. Ing. XX, v zmysle ust. § 32 ods. 1 písm. a), b), c), d) – v časti konkurzu a f) ZoVO, keďže p. XX nie je inou (tretou) osobou v zmysle § 34 ods. 3 ZoVO. (...) V Prílohe č. 9 tohto Vysvetlenia predkladá uchádzač z opatrnosti aj čestné vyhlásenie Ing. XX, že je v pracovnoprávnom vzťahu so spoločnosťou CC a ku dňu predkladania ponuky bola v uvedenom pracovnoprávnom vzťahu so spoločnosťou CC. (...) Uchádzač uvádza, že preukázanie pracovnoprávneho vzťahu prostredníctvom Zmluvy o budúcej pracovnej zmluve považuje za dostatočné z dôvodu, že uvedený doklad akceptovali verejní obstarávatelia v iných verejných súťažiach bez výhrad. (...)

Úrad uvádza, že prílohou predmetnej odpovede navrhovateľa na žiadosť kontrolovaného je aj Čestné vyhlásenie zo dňa 17. 12. 2018, v ktorom Ing. XX čestne vyhlasuje nasledovné, cit.: „ku dňu predkladania ponuky vo verejnej súťaži na výber zhotoviteľa stavby „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, (...) **som mala so spoločnosťou CC (...) uzavretý pracovnoprávny vzťah ako zamestnanec, na základe zmluvy o budúcej pracovnej zmluve** zo dňa 10. 10. 2017, pričom tento pracovnoprávny vzťah stále trvá.“

41. Kontrolovaný zároveň dňa 04. 12. 2018 prostredníctvom elektronickej pošty požiadal Ing. XX o poskytnutie informácií listom „Žiadosť o poskytnutie informácií“, v ktorom okrem iného uviedol, cit.: „(...) Na základe vyššie uvedeného Vás žiadame o objasnenie nezrovnalostí alebo nejasností v informáciách uvedených v dokumentoch predložených uchádzačom nasledovne: 1. Žiadame o vysvetlenie, či ste bola v čase predkladania ponúk v pracovno-právnom vzťahu k spoločnosti CC podľa zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov. 1.1 Ak áno, **žadame o uvedenie dátumu podpisu a účinnosti zmluvy o uzatvorení pracovného pomeru.** (...)
42. Na vyššie uvedenú žiadosť kontrolovaného odpovedala Ing. XX listom „Objasnenie nezrovnalostí a nejasností“, doručeným kontrolovanému prostredníctvom elektronickej pošty dňa 09. 12. 2018 s nasledujúcim znením, cit.: „1. Bola uzatvorená zmluva o uzavretí budúcej zmluvy zo dňa 10. 10. 2017, uzatvorená na dobu určitú, s platnosťou do 31. 12. 2021.“
43. V liste „Oznámenie o vylúčení“ zo dňa 17. 01. 2019, doručenom navrhovateľovi 18. 01. 2019, kontrolovaný uviedol, cit.: „(...) Verejný obstarávateľ Vám oznamuje, že ste **podľa § 40 ods. 6 písm. j) v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**

z verejnej súťaže **vylúčený**. Odôvodnenie vylúčenia: (...) Pojmy „vlastná technická alebo odborná kapacita uchádzača“ a „technická alebo odborná kapacita inej osoby“ zákon o verejnom obstarávaní nedefinuje. Vymedzenie pojmu „vlastná technická alebo odborná kapacita uchádzača“ je treba pri kľúčových odborníkoch odvodzovať od dispozičnej právomoci uchádzača, ktorá determinuje možnosť využitia tejto technickej alebo odbornej kapacity pri plnení predmetu zákazky bez účasti/vôle inej osoby. To znamená, že uchádzač je subjektom, ktorý je ako jediný oprávnený rozhodnúť o tom, či fyzickú osobu s príslušnou odbornou spôsobilosťou obsadí na pozíciu kľúčového odborníka za účelom plnenia predmetu zákazky. Za vlastnú kapacitu uchádzača sa v zmysle zákona o verejnom obstarávaní považuje napr. fyzická osoba, ktorá má právny status zamestnanca uchádzača. (...) Pracovný pomer je základným druhom pracovnoprávných vzťahov a jeho vznik, zmenu a skončenie upravuje zákonník práce. Ide o zmluvný a záväzkový vzťah, v rámci ktorého sa jeden účastník (zamestnanec) zaväzuje vykonávať pre druhého účastníka (zamestnávateľ) prácu, za ktorú sa mu tento účastník zaväzuje platiť mzdu (odmenu za prácu). Podľa zákonníka práce sa založenie pracovného pomeru spája s uzatvorením pracovnej zmluvy a vznik pracovného pomeru sa viaže na deň, ktorý je v pracovnej zmluve dohodnutý, ako deň nástupu do práce. Z pohľadu záväzkov je zmluva o budúcej zmluve inštitút, podľa ktorého sa účastníci môžu písomne zaviazat', že v dohodnutej dobe uzavru zmluvu. (...) Zmluvou o budúcej pracovnej zmluve nemôže dôjsť k vzniku pracovného pomeru, na základe ktorého je možné vykonávať závislú prácu tak, ako je to v prípade uzatvorenia pracovnej zmluvy, ide teda len o predzmluvný typ, ktorým sa deklaruje zámer budúceho zamestnávateľa založiť v budúcnosti pracovný pomer s potenciálnym budúcim zamestnancom na základe pracovnej zmluvy tak, ako to predpokladá zákonník práce, a teda nevzniká vzťah podriadenosti zamestnanca voči zamestnávateľovi. (...)

Budúci zamestnanec, ako účastník zmluvy o budúcej pracovnej zmluve, je fyzickou osobou, ktorá nemôže mať právny status zamestnanca uchádzača. Uzatvorením zmluvy o budúcej pracovnej zmluve majú zmluvné strany rovnocenné postavenie, nevzniká osobná závislosť budúceho zamestnanca voči budúcemu zamestnávateľovi, nezaväzuje sa budúci zamestnanec k výkonu závislej práce voči budúcemu zamestnávateľovi, nezaväzuje sa ani do budúca vykonávať prácu pre budúceho zamestnávateľa, budúci zamestnanec sa len zaviazal, že v budúcnosti uzatvorí pracovnú zmluvu s budúcim zamestnávateľom, ak budú splnené podmienky, čo má za následok, že budúci zamestnávateľ, ako účastník zmluvy o budúcej pracovnej zmluve na zmluvnom základe nedisponuje potrebnou právomocou, na základe ktorej by mohol reálne rozhodovať o využití budúceho zamestnanca pri plnení predmetu zákazky a takisto budúci zamestnanec nie je povinný na zmluvnom základe uzatvorenia budúcej pracovnej zmluvy vykonávať závislú prácu pre budúceho zamestnávateľa. Budúceho zamestnanca nemožno teda považovať za aktuálnu vlastnú kapacitu uchádzača, o tejto fyzickej osobe je v procesoch verejného obstarávania možné uvažovať len ako o technickej alebo odbornej kapacite, ktorá sa vlastnou kapacitou uchádzača stane v budúcnosti, a to len za naplnenia predpokladu, že budúci zamestnávateľ a budúci zamestnanec uzatvorí pracovnú zmluvu. (...) Na základe uvedeného verejný obstarávateľ má za to, že budúci zamestnanec nemá v tomto záväzkovom vzťahu rovnaký právny status ako zamestnanec. Budúci zamestnanec sa uzatvorením zmluvy o budúcej pracovnej zmluve stáva vlastnou technickou a odbornou kapacitou uchádzača až v budúcnosti, a to len za naplnenia predpokladu, že v budúcnosti uzavru pracovnú zmluvu. Pre účely preukazovania splnenia podmienok účasti je o budúcim zamestnancovi uchádzača možné uvažovať v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti len ako o technických a odborných kapacitách inej osoby (...).

(...) Z predložených dokladov a vyjadrení uchádzača vyplýva, že v súčasnosti nemá s p. Ing. XX uzatvorenú pracovnú zmluvu, t. j. nie je interným zamestnancom uchádzača. (...) Verejný obstarávateľ zároveň dodáva, že pristúpil aj k vyhodnoteniu obsahu čestného vyhlásenia p. Ing. XX zo dňa 17. 12. 2018 (...). Z čestného vyhlásenia p. Ing. XX, ako aj z jej odpovede na dožiadanie verejného obstarávateľa vyplýva, že iný vzťah ako ten, ktorý zakladá zmluva o uzatvorení budúcej pracovnej zmluvy medzi spoločnosťou CC v postavení budúceho zamestnávateľa a Ing. XX v postavení budúceho zamestnanca ku dňu uplynutia lehoty na predkladanie ponúk a ani v tomto čase neexistuje. Verejný obstarávateľ na záver dáva do pozornosti, že Úrad pre verejné obstarávanie sa rovnakou problematikou zaoberal v metodickom usmernení č. 12336-5000/2018 zo dňa 12.11.2018. (...)

Verejný obstarávateľ má za to, že potom ako bol úspešný uchádzač v súlade s § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyzvaný na predloženie dokladov, ktoré nahradil predbežne predložením JED, nepredložil verejnému obstarávateľovi v určenej lehote doklady, ktoré by preukazovali, že p. Ing. XX, ktorá má vykonávať pozíciu kľúčového odborníka Geodet stavby, je vlastnou technickou a odbornou kapacitou úspešného uchádzača, a teda nepreukázal, že v čase vyhodnocovania splnenia podmienok účasti disponuje touto fyzickou osobou tak, ako deklaruje v ponuke. Podľa predložených dokladov, ktoré úspešný uchádzač nahradil predložením dokumentu JED, p. Ing. XX sa stane vlastnou technickou a odbornou kapacitou úspešného uchádzača až v budúcnosti za predpokladu, že sa stane úspešným uchádzačom a uzavrie pracovnú zmluvu. Technické a odborné kapacity, ktoré úspešný uchádzač nadobudne v budúcnosti, nie je možné považovať v tomto prípade za dostatočné preukázanie splnenia predmetnej podmienky účasti. Na základe uvedeného verejný obstarávateľ vylúčil úspešného uchádzača z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. j) v spojení s § 40 ods. 6 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko úspešný uchádzač po písomnej žiadosti nepredložil doklady nahradené dokumentom JED, čo malo za následok, že nesplnil podmienku účasti § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nebolo preukázané, že fyzická osoba, ktorou preukazuje splnenie požiadaviek na pozíciu kľúčového pracovníka Geodet stavby je jeho vlastnou kapacitou.“

Právny rámec

44. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
45. 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.
46. Podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb doloženým jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov: ak ide o stavebné práce alebo služby, údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy alebo riadiacich zamestnancov, ak nie sú kritériom na vyhodnotenie ponúk.
47. Podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo záujemca **môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah.** V takomto prípade musí

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

48. Podľa § 39 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní jednotný európsky dokument na účely tohto zákona je dokument, ktorým hospodársky subjekt môže predbežne nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.
49. Podľa § 39 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní jednotný európsky dokument obsahuje aktualizované vyhlásenie hospodárskeho subjektu, že
 - a) neexistuje dôvod na jeho vylúčenie,
 - b) spĺňa objektívne a nediskriminačné pravidlá a kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ obmedzil počet záujemcov,
 - c) poskytne verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi na požiadanie doklady, ktoré nahradil jednotným európskym dokumentom.
50. Podľa § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní **ak uchádzač** alebo záujemca **preukazuje** finančné a ekonomické postavenie alebo **technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa odseku 2 aj o tejto osobe.**
51. Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii. Ak sú podmienky účasti uvedené aj v súťažných podkladoch alebo koncesnej dokumentácii, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámením o koncesii.
52. Podľa § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, ak existujú dôvody na vylúčenie. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurčí dlhšiu lehotu, uchádzač alebo záujemca je tak povinný urobiť do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti.

53. Podľa § 40 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak
- a) nesplnil podmienky účasti, (...)
 - j) nepredložil po písomnej žiadosti doklady nahradené jednotným európskym dokumentom v určenej lehote.
54. Podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní ak nedošlo k predloženiu dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti skôr, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní po vyhodnotení ponúk vyhodnotiť splnenie podmienok účasti uchádzačmi, ktorí sa umiestnili na prvom až treťom mieste v poradí. Ak dôjde k vylúčeniu uchádzača alebo uchádzačov, vyhodnotí sa následne splnenie podmienok účasti ďalšieho uchádzača alebo uchádzačov v poradí tak, aby uchádzači umiestnení na prvom až treťom mieste v novo zostavenom poradí spĺňali podmienky účasti za predpokladu, že existuje dostatočný počet uchádzačov. Pri uzatváraní rámcovej dohody s viacerými uchádzačmi sa postupuje primerane podľa prvej vety a druhej vety. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ písomne požiadajú uchádzačov o predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti v lehote nie kratšej ako päť pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti a vyhodnotia ich podľa § 40.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, ako aj navrhovateľom namietaných skutočností konštatuje nasledovné:

55. Úrad uvádza, že predmetom námietok navrhovateľa je jeho vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) a písm. j) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. z dôvodu nesplnenia podmienky účasti a nepredloženia dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom v určenej lehote po písomnej žiadosti kontrolovaného. Vylúčenie sa konkrétne týka nesplnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, v rámci ktorej kontrolovaný žiadal predložiť údaje o vzdelaní a odbornej praxi alebo odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác. V rámci danej podmienky účasti kontrolovaný určil požiadavky, resp. doklady, ktoré mali uchádzači predložiť vo vzťahu k jednotlivým siedmym kľúčovým pracovníkom, ktorým bol v zmysle predmetnej podmienky účasti určený aj Geodet stavby (bod 32 tohto rozhodnutia). Navrhovateľ považuje vylúčenie za nezákonné a má za to, že osoba, prostredníctvom ktorej preukazoval splnenie podmienky účasti vo vzťahu k jednému z kľúčových odborníkov – Geodetovi stavby, t. j. Ing. XX, je jeho vlastnou kapacitou a v dôsledku toho nebolo potrebné preukazovať splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia danej osoby. Uvedený názor navrhovateľ odôvodňuje predloženou Zmluvou o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy, uzatvorenou s Ing. XX. Kontrolovaný má, naopak za to, že predložená Zmluva o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy preukazuje skutočnosť, že Ing. XX je osobou podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. predstavuje technickú alebo odbornú kapacitu inej osoby, na základe čoho zastáva názor, že zo strany navrhovateľa bolo potrebné preukazovať aj splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia tejto osoby.

56. Úrad v prvom rade poukazuje na § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva povinnosť verejného obstarávateľa posudzovať splnenie podmienok účasti v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi. Jedným z argumentov navrhovateľa je totiž tvrdenie, že hlavným predmetom zákazky je dodanie stavebných prác, na ktorých vykonávanie podľa jeho názoru nie je nevyhnutné, aby mal uchádzač v pracovnom pomere geodeta stavby, ktorého odmena je v porovnaní s predpokladanou hodnotou zákazky zanedbateľná. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že nakoľko kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovil podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti, v rámci ktorých žiadal predložiť príslušné doklady aj pre kľúčového odborníka Geodet stavby, musí pri vyhodnotení splnenia podmienok účasti vyhodnotiť všetky stanovené podmienky účasti, t. j. aj vzťahujúce sa ku kľúčovému odborníkovi Geodet stavby, a to v súlade so stanoveným znením danej podmienky účasti. Nie je možné pri prípade nesplnení niektorej zo stanovených podmienok účasti zo strany uchádzača prihliadať na menší či väčší rozsah činnosti daného kľúčového odborníka v rámci obstarávaného predmetu zákazky a v kontexte uvedeného nevylúčiť uchádzača napriek dôvodom, oprávnené zakladajúcim jeho vylúčenie z verejného obstarávania, iba následkom menšieho rozsahu činnosti kľúčového odborníka pri realizácii predmetu zákazky. Takýto postup by bol jednoznačne v rozpore s princípmi verejného obstarávania, najmä s princípom rovnakého zaobchádzania a transparentnosti. Inými slovami, keď kontrolovaný predmetnú podmienku účasti stanovil a nedošlo napríklad v dôsledku využitia revízných postupov zo strany niektorého zo záujemcov alebo uchádzačov k žiadnej zmene z hľadiska jej stanovenia, kontrolovaný musí posudzovať splnenie tejto podmienky účasti v súlade s jej znením v súťažných podkladoch a u každého uchádzača rovnakým spôsobom.
57. Úrad ďalej v nadväznosti na tvrdenie navrhovateľa, že nie je nevyhnutné, aby mal uchádzač v pracovnom pomere geodeta stavby a že je zaužívanou praxou stavebných spoločností zazmluvňovať si príslušné služby do budúcnosti, poukazuje na § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (bod 47 tohto rozhodnutia), ktorý umožňuje v prípade technickej a odbornej spôsobilosti preukázať stanovenú podmienku účasti prostredníctvom tretej osoby. V takom prípade musí uchádzač verejnému obstarávateľovi preukázať právo využívať zdroje tejto osoby pri plnení zmluvy a že bude reálne oprávnený s nimi disponovať. Uvedenú skutočnosť uchádzač preukazuje písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou s presne určenými minimálnymi obsahovými náležitosťami v podobe určenia záväzku, že daná osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvného vzťahu. V tejto súvislosti úrad považuje za potrebné skonštatovať, že z odôvodnenia vylúčenia navrhovateľa obsiahnutého v oznámení o jeho vylúčení nevyplýva zo strany kontrolovaného spochybnenie možnosti uchádzača využiť na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti kapacity tretej osoby. Ide totiž o nespochybniteľné právo ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní a je na rozhodnutí, resp. možnostiach uchádzača, či ho využije. V prípade, ak sa však uchádzač rozhodne na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti využiť kapacity tretej osoby, platí, že musí preukázať aj splnenie podmienok účasti týkajúce sa osobného postavenia tejto osoby a nesmú u nej existovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní.
58. Z procesu verejného obstarávania vyplýva, že navrhovateľ preukazoval podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom jednotného európskeho dokumentu, ktorý v ponuke predložil za každého zo štyroch členov svojej skupiny dodávateľov (bod 34 tohto rozhodnutia). Zároveň v ponuke predložil jednotný európsky dokument za ďalšie štyri subjekty, ktoré označil ako iné osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to spoločnosti DD, EE, FF a GG. Ku každému z uvedených štyroch

subjektov v postavení inej osoby navrhovateľ v ponuke súčasne predložil zmluvu o budúcej zmluve uzatvorenú medzi daným subjektom a niektorým z členov združenia navrhovateľa. Úrad pre úplnosť uvádza, že v jednotlivých jednotných európskych dokumentoch predložených v ponuke navrhovateľa je v súvislosti s preukázaním splnenia podmienok účasti začiarknutý údaj o splnení požadovaných podmienok účasti v oddiele α „Globálny údaj pre všetky podmienky účasti“ bez vyplnenia iných oddielov časti IV. jednotného európskeho dokumentu, čo kontrolovaný umožnil v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch. Po vyhodnotení ponúk bol navrhovateľ v súlade s § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní požiadaný o predloženie dokladov v ponuke nahradených jednotným európskym dokumentom. Ako je uvedené vyššie, dôvodom vylúčenia navrhovateľa, ku ktorému došlo po predložení vyžiadaných dokladov, ako aj po využití inštitútu vysvetlenia predložených dokladov, bolo nesplnenie podmienky účasti v spojení s nepredložením dokladov nahradených jednotným európskym dokumentom v určenej lehote po písomnej žiadosti kontrolovaného.

59. Z námietok navrhovateľa vyplýva, že **spornou skutočnosťou je** v predmetnom prípade **postavenie osoby** kľúčového odborníka – Geodeta stavby, ktorou je navrhovateľom určená **Ing. XX**, vo vzťahu k navrhovateľovi ako uchádzačovi, t. j. či ide o vlastnú kapacitu navrhovateľa alebo ide o kapacity inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Nakoľko účastníci konania majú na uvedenú skutočnosť diametrálne odlišný právny názor, pričom ide o skutočnosť relevantnú pre záver o oprávnenosti alebo neoprávnenosti vylúčenia navrhovateľa, úrad považuje za potrebné vysporiadať sa prioritne s touto otázkou.
60. Úrad konštatuje, že z vysvetlenia predložených dokladov je zrejmé, že navrhovateľ odvolávajúci sa na predloženú Zmluvu o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy má za to, že Ing. XX je jeho vlastná kapacita. Uvedený záver, t. j. že navrhovateľ pri predkladaní ponuky považoval Ing. XX za vlastnú kapacitu, potvrdzuje aj skutočnosť, že v ponuke navrhovateľa sa nenachádzajú žiadne doklady, resp. dokumenty, ktorými by mal navrhovateľ v úmysle preukázať splnenie podmienok účasti osobného postavenia u tejto osoby, čo vyžaduje priamo § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad však pri posúdení postavenia osoby daného kľúčového odborníka nemôže vychádzať len z tvrdenia navrhovateľa o tom, aký bol jeho úmysel pri predkladaní ponuky, resp. pri preukazovaní príslušnej podmienky účasti prostredníctvom Ing. XX, ale musí objektívne vyhodnotiť, či reálny skutkový stav vychádzajúci z navrhovateľom predložených dokladov k tejto osobe, zodpovedá uvedenému úmyslu navrhovateľa.
61. V súvislosti s namietanými skutočnosťami je preto potrebné zodpovedať otázku, či je možné za vlastnú kapacitu uchádzača považovať osobu budúceho zamestnanca, ktorá deklaruje výkon činnosti, ktorá má byť predmetom zákazky, prostredníctvom uzatvorenej zmluvy o budúcej pracovnej zmluve. Úrad poukazuje na **právny názor úradu**, premietnutý aj v metodickom usmernení č. 12336-5000/2018 zo dňa 12. 11. 2018, v ktorom je uvedené, cit.: „(...) **zmluvy medzi záujemcom/uchádzačom a fyzickými osobami, z ktorých vyplynie, že tieto osoby so záujemcom/uchádzačom v budúcnosti v prípade jeho úspešnosti uzatvoria pracovné zmluvy, nie sú dôkazom o poskytnutí vlastných kapacít záujemcu/uchádzača, ide o kapacity inej osoby (§ 34 ods. 3)**“.
62. Z posudzovanej Zmluvy o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy, predloženej navrhovateľom a uzatvorenej medzi Ing. XX a spoločnosťou CC ako členom združenia navrhovateľa, explicitne vyplýva, že predmetná zmluva predstavuje záväzok ich budúcej spolupráce

pri realizovaní zákazky, pričom zmluva definuje postavenie Ing. XX ako **budúceho zamestnanca** a postavenie spoločnosti CC ako budúceho zamestnávateľa a zároveň definuje určité náležitosti **budúcej pracovnej zmluvy** (bod 38 tohto rozhodnutia). V prípade, ak nedôjde k uplatneniu bodu 5. čl. V. predmetnej zmluvy, t. j. nedôjde k jej zániku, má v zmysle čl. IV. uvedenej zmluvy spoločnosť CC uzavrieť pracovnú zmluvu s Ing. XX do 30 dní odo dňa oznámenia o úspešnosti, to znamená, že **k uzavretiu pracovnej zmluvy dôjde v budúcnosti**.

63. **Pojem vlastná kapacita uchádzača by sa mal podľa úradu vykladať s ohľadom na pracovné a obdobné predpisy a malo by teda ísť o všetky formy pracovnoprávných a iných obdobných vzťahov.** V súvislosti s pojmom obdobného pracovnoprávneho vzťahu úrad poukazuje tiež na metodické usmernenie úradu č. 6394-5000/2019 zo dňa 27. 03. 2019, v ktorom je okrem iného uvedené, cit.: „Závislá práca môže byť vykonávaná výlučne v pracovnom pomere alebo v obdobnom pracovnom vzťahu. Iba výnimočne, za podmienok ustanovených v zákone aj v inom pracovnoprávnom vzťahu. Pracovný pomer je pomer založený pracovnou zmluvou. Závislá práca teda nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodnoprávnom vzťahu.“.
64. Úrad považuje za potrebné ďalej poukázať na skutočnosť, že Najvyšší súd SR vo svojom rozhodnutí z 30. marca 2011 sp. zn. 3 M Cdo 14/2010 okrem iného konštatuje, že: „Pracovný pomer sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom (§ 42 ods. 1 ZP). Pracovnou zmluvou možno založiť pracovný pomer ešte pred jeho vznikom. Zákonník práce ani iný pracovnoprávny predpis neustanovuje, v akom časovom predstihu možno založiť pracovný pomer pred jeho vznikom. Pracovné zmluvy uzatvorené s určitým časovým predstihom pred vznikom pracovného pomeru v aplikačnej praxi nahrádzajú **predzmluvné typy, akým je napríklad zmluva o budúcej pracovnej zmluve**, ktorú podľa znenia ustanovenia § 1 Zákonníka práce **nemožno považovať za právnu skutočnosť zakladajúcu pracovnoprávny vzťah**.“.
65. V nadväznosti na vyššie uvedené skutočnosti úrad konštatuje, že **navrhovateľom predložený Zmluvu o uzavretí budúcej pracovnej zmluvy**, uzavretú medzi Ing. XX a spoločnosťou CC, **nemožno považovať za dôkaz o poskytnutí vlastných kapacít uchádzača**. S prihliadnutím na skutočnosť, že sám navrhovateľ v rámci vysvetlenia predložených dokladov uviedol ako dôkaz o postavení osoby Ing. XX ako vlastnej kapacity práve Zmluvu o budúcej pracovnej zmluve, je nevyhnutné dospieť k záveru, že **ide o inú osobu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní**. Uvedený záver de facto potvrdzujú aj vyjadrenia Ing. XX (bod 40 – posledný odsek a bod 42 tohto rozhodnutia), predložené jednak navrhovateľom v rámci vysvetlenia predložených dokladov a tiež v rámci komunikácie uskutočnenej z iniciatívy kontrolovaného medzi ním a uvedenou osobou, v zmysle ktorých sa Ing. XX nepresne považuje za zamestnanca spoločnosti CC **práve na základe zmluvy o budúcej pracovnej zmluve** zo dňa 10. 10. 2017. Predmetná zmluva totiž nepreukazuje existujúci pracovnoprávny alebo iný obdobný vzťah medzi danou osobou a spoločnosťou CC. Úrad poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný s cieľom preveriť nejasnosť ohľadom postavenia osoby požiadal navrhovateľa, ako aj samotnú Ing. XX o vyjadrenie, pričom podľa úradu ani predloženými vyjadreniami **nebolo preukázané, že ide o vlastnú kapacitu** navrhovateľa ako uchádzača.
66. Navrhovateľ v rámci argumentácie obsiahnutej v námietkach uvádza, že kontrolovaný bol povinný vyzvať ho na odstránenie vzniknutého nedostatku s poučením, aké právne postavenie daného zamestnanca bude akceptovať, resp. že mal aplikovať inštitút nahradenia

osoby. Navrhovateľ má zrejme na mysli inštitút zakotvený v § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva povinnosť verejného obstarávateľa požiadať uchádzača o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti, ak u tejto osoby existuje niektorý z dôvodov na vylúčenie. Úrad sa preto ďalej zaoberal posúdením, či v predmetnom prípade vznikla kontrolovanému zákonná povinnosť vyzvať navrhovateľa na nahradenie osoby Ing. XX.

67. Z obsahu námietok vyplýva, že navrhovateľ má za to, že kontrolovaný mal využiť inštitút nahradenia inej osoby aj na zamestnanca, ktorý je vlastnou kapacitou, keďže o osobe Ing. XX navrhovateľ hovorí ako o vlastnej kapacite, čo sa však vzhľadom na právne posúdenie úradu uvedené v bodoch 55 až 65 tohto rozhodnutia nepreukázalo.
68. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že z ustanovenia § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že sa aplikuje vtedy, keď uchádzač využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti **kapacity inej osoby**, u ktorej existuje niektorý z vymedzených dôvodov na vylúčenie. Predmetná právna úprava teda neumožňuje aplikovať toto ustanovenie v prípade, ak uchádzač preukazuje splnenie podmienok účasti vlastnými kapacitami. Otázkou zostáva, či v tomto prípade, keď navrhovateľ preukazoval podmienku účasti týkajúcu sa technickej alebo odbornej spôsobilosti osobou, o ktorej tvrdil, že je jeho vlastná kapacita, čo však v skutočnosti navrhovateľom predložené doklady nepreukazovali, bol kontrolovaný povinný vyzvať navrhovateľa o nahradenie tejto osoby.
69. Úrad konštatuje, že v posudzovanom prípade nemožno prehliadnuť skutočnosti vyplývajúce z ponuky navrhovateľa predloženej vo verejnej súťaži. Ako je zrejmé z bodov 34 a 35 tohto rozhodnutia, navrhovateľ v ponuke preukazoval splnenie podmienok účasti jednotným európskym dokumentom, ktorý predložil jednak za každého zo štyroch členov skupiny dodávateľov navrhovateľa a zároveň za štyri ďalšie subjekty (ktoré v ponuke označil ako iné osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, čo vyplývalo aj z jednotlivých zmlúv o budúcej zmluve, predložených v ponuke navrhovateľa). Jednotný európsky dokument je doklad, resp. formulár, ktorý vo verejnom obstarávaní slúži na predbežné nahradenie dokladov preukazujúcich splnenie všetkých podmienok účasti. Úrad poukazuje na § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého ak uchádzač preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby, jednotný európsky dokument obsahuje informácie podľa § 39 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní aj o tejto osobe. Z obsahu uvedeného ustanovenia teda vyplýva, že uchádzač má mať už v čase predloženia ponuky vedomosť o identite subjektu, ktorým preukazuje splnenie podmienok účasti. To znamená, že formulár sa predkladá aj za poskytovateľov zdrojov alebo kapacít, pokiaľ uchádzač preukazuje niektorú z podmienok účasti týkajúcich sa finančného a ekonomického postavenia alebo technickej alebo odbornej spôsobilosti prostredníctvom tretích osôb. Táto skutočnosť bola zrejme navrhovateľovi známa, keďže za štyri subjekty v postavení inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (DD, EE, FF a GG) v ponuke predložil jednotný európsky dokument, v dôsledku čoho vo vzťahu k týmto osobám naplnil ustanovenie § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
70. Pri posúdení skutočnosti, či bol kontrolovaný povinný vyzvať navrhovateľa na nahradenie osoby Ing. XX, je podľa úradu potrebné vychádzať z obsahu jeho ponuky. Z ponuky navrhovateľa vyplýva, že predloženými dokladmi všetci členovia skupiny dodávateľov

navrhovateľa a štyri subjekty v postavení inej osoby (DD, EE, FF a GG) deklarujú splnenie podmienok účasti. K osobe Ing. XX v ponuke nebol predložený žiadny doklad, t. j. ani jednotný európsky dokument. **Nakoľko sa v tomto konaní nepreukázalo, že Ing. XX je vlastná kapacita navrhovateľa, pričom naopak, ním predložené doklady ju kvalifikujú ako inú osobu podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, mal navrhovateľ v intenciách § 39 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní v jednotnom európskom dokumente uviesť aj informácie o danej osobe, resp. mal predložiť jednotný európsky dokument za danú osobu.** Vzhľadom na skutočnosť, že ponuka navrhovateľa uvedené informácie alebo doklady k osobe Ing. XX neobsahovala, došlo k situácii, keď následne – po výzve kontrolovaného podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, predložené doklady navrhovateľa vo vzťahu k podmienke účasti týkajúcej sa kľúčového odborníka Geodet stavby, nezodpovedali ponuke navrhovateľa. Úrad to odôvodňuje skutočnosťou, že ponuka navrhovateľa neobsahovala vôbec žiadny doklad preukazujúci splnenie podmienok účasti vo vzťahu k Ing. XX ako inej osoby podľa § 34 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

71. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že kontrolovaný v tomto konkrétnom prípade nebol povinný vyzvať navrhovateľa na nahradenie osoby Ing. XX v zmysle § 40 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Opačný výklad, t. j. že nahradiť tretiu osobu by bolo možné aj v prípade, keď by uchádzač v ponuke predložil len jednotný európsky dokument za seba, bez informácií o tretej osobe, pričom verejný obstarávateľ by sa dozvedel o existencii tretej osoby, resp. o preukazovaní podmienky účasti touto treťou osobou až po výzve podľa § 55 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, by predstavoval rozpor s § 39 ods. 3 tohto zákona, ako aj s princípmi verejného obstarávania.
72. Úrad po dôslednom preskúmaní a posúdení existujúceho skutkového stavu v predmetnom prípade dospel k záveru, že **kontrolovaný bol oprávnený vylúčiť navrhovateľa z verejnej súťaže z dôvodu nesplnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, vzťahujúcej sa ku Geodetovi stavby, keďže navrhovateľ nepreukázal jej splnenie vlastnou kapacitou alebo prostredníctvom niektorého zo subjektov identifikovaných v ponuke navrhovateľa ako iných osôb podľa § 34 ods. 3 tohto zákona.**
73. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že v tomto štádiu predmetného verejného obstarávania nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, na ktoré navrhovateľ poukazuje v námietkach proti vylúčeniu, a preto predmetné námietky považuje za **neopodstatnené.**
74. **Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.**

Kaucia

75. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu

o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.

76. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu, vo výške ustanovenej v § 172 zákona o verejnom obstarávaní stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu.
77. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.
78. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok podať odvolanie podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. XY – navrhovateľ
2. XZ – splnomocnený zástupca navrhovateľa
3. Železnice Slovenskej republiky, Bratislava, Klemensova 8, 813 61 Bratislava – kontrolovaný