

Z odôvodnenia rozhodnutia č. 6975-6000/2013-ON/120 vyberáme:

§28 ods. 2

Navrhovateľ preukazoval podmienku účasti - referencie podľa §28 ods. 2 zákona.

Úrad v tejto súvislosti poukazuje na ustanovenie § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré umožňuje záujemcom za účelom preukazovania splnenia podmienok účasti využívať technické alebo odborné kapacity tretích osôb. Zároveň toto ustanovenie taxatívne vymedzuje zákonné podmienky, ktoré musia byť splnené. Jednou z podmienok je predloženie písomnej zmluvy, ktorá však musí obsahovať vôľu tejto tretej osoby poskytnúť svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu záujemcovi za účelom plnenia zmluvy, ktorú uzavrel s verejným obstarávateľom. Ďalšou *conditio sine qua non* je skutočnosť, že osoba prostredníctvom ktorej záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti musí spĺňať podmienku účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli jej kapacity záujemcovi poskytnuté. Úrad poukazuje teda na to, že z dikcie § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva požiadavka, aby tretia osoba bola oprávnená dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli jej kapacity záujemcovi poskytnuté. To znamená, že v prípade preukazovania splnenia podmienok účasti prostredníctvom tretej osoby nie je v zákone zakotvená povinnosť predkladať akýkoľvek doklad, ktorý by potvrdzoval, že táto osoba má oprávnenie poskytovať služby, nakoľko túto povinnosť obligatórne preukazuje dokladom v tomto prípade len záujemca v súlade s § 26 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, na ktorý však v prípade tretích osôb tento zákon v § 28 ods. 2 neodkazuje.

Úrad zároveň však neupiera kontrolovanému právo preveriť si fakt, či osoba, prostredníctvom ktorej bolo preukazované splnenie podmienok účasti, je aj reálne oprávnená na poskytovanie predmetných služieb. V takomto prípade je však dôkazné bremeno na kontrolovanom, aby jednoznačne preukázal, ak dospeje k negatívnemu záveru, že táto osoba nie je oprávnená v potrebnom rozsahu na ich poskytnutie. Verejný obstarávateľ nemôže svojvoľne bez náležitého preskúmania skutkového stavu vyvodiť voči záujemcovi dôsledky, ktoré spočívajú v jeho vylúčení.

Komisia úradu v súvislosti s preukazovaním skutočnosti, či osoba, prostredníctvom ktorej bolo preukazované splnenie podmienok účasti, je aj reálne oprávnená na poskytovanie predmetných služieb uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní nedefinuje subjekt, ktorého kapacity záujemca môže využiť na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti. Zákon o verejnom obstarávaní pojednáva výlučne len o „inej osobe“, pričom tento zákon neobsahuje legálnu definíciu tohto pojmu. Taktiež zo smernice č. 2004/18/ES vyplýva len, že hospodársky subjekt sa môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má, keďže v tejto súvislosti ho charakterizuje iba ako „iný subjekt“ bez bližšej špecifikácie. Možno teda konštatovať, že touto osobou môže byť akýkoľvek subjekt práva, ktorý je nositeľom právnej subjektivity, t. j. má spôsobilosť na práva a povinnosti a zároveň má spôsobilosť na právne úkony minimálne v rozsahu aký zákon o verejnom obstarávaní predpokladá, a teda zaväzovať sa na poskytnutie kapacít v rozsahu v akom tieto budú použité na preukázanie splnenia podmienok účasti. Komisia úradu na základe uvedeného dospela k záveru, že takouto osobou môže byť ako právnická osoba, tak aj fyzická osoba – podnikateľ, ale taktiež aj fyzická osoba – nepodnikateľ.

Komisia úradu má za to, že v prípade právnických osôb a fyzických osôb – podnikateľov, ak túto podmienku účasti spĺňajú, je ju možné v prípade potreby preukázať prostredníctvom, napr. výpisu z obchodného registra, zápisu do zoznamu podnikateľov vedeného úradom, živnostenským oprávnením, či zápisom do iného príslušného registra. Komisia úradu taktiež uvádza, že záujemca je oprávnený preukazovať splnenie podmienok účasti aj prostredníctvom fyzickej osoby – nepodnikateľa, ktorá nie je jeho zamestnancom, nakoľko podľa zákona o verejnom obstarávaní nie je rozhodujúci právny vzťah týchto subjektov. Tak tomu bolo aj v tomto prípade, keď navrhovateľ preukazoval dispozíciu pánom XY prostredníctvom zmluvy o spolupráci, ktorej zmluvnou stranou bola

fyzická osoba nepodnikateľ. Komisia úradu má ďalej za to, že podmienku, podľa ktorej osoba poskytujúca kapacity záujemcovi na preukázanie splnenia podmienok účasti musí byť oprávnená na poskytovanie predmetnej služby, nie je možné u fyzickej osoby – nepodnikateľa preukázať spôsobom ako v prípade právnických osôb alebo fyzických osôb – podnikateľov, keďže z povahy zoznamov a registrov, v ktorých sú tieto osoby zapísané vyplýva, že subjektom spôsobilým na zápis nemôžu byť fyzické osoby – nepodnikatelia. V takomto prípade teda fyzická osoba – nepodnikateľ nemá v zmysle, napr. živnostenského zákona oprávnenie na poskytovanie služby, keďže živnosť je definovaná v § 2 zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) ako sústavná činnosť prevádzkovaná samostatne, vo vlastnom mene, na vlastnú zodpovednosť, za účelom dosiahnutia zisku a za podmienok ustanovených týmto zákonom. Komisia úradu uvádza, že v takomto prípade nemohol kontrolovaný pri posudzovaní oprávnenia poskytovať služby postupovať totožným spôsobom ako pri právnických osobách alebo fyzických osobách – podnikateľoch. Možno teda dospieť k záveru, že fyzická osoba – nepodnikateľ, keďže nie je nositeľom živnostenského oprávnenia alebo oprávnenia podľa osobitného predpisu, nemôže v zmysle platných právnych predpisov preukázať svoju spôsobilosť poskytovať služby, a teda od preukázania tejto skutočnosti u týchto subjektov možno upustiť. V opačnom prípade by bol takýto postup v rozpore s eurokonformným výkladom, nakoľko podľa smernice č. 2004/18/ES subjektom, ktorý poskytuje kapacity záujemcovi za účelom preukázania splnenia podmienok účasti môže byť akýkoľvek právny subjekt bez ohľadu na to, či je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu, a teda nemožno limitovať možnosť využitia jeho kapacít na toto oprávnenie. Kontrolovaný však môže preskúmať schopnosť tejto osoby reálne poskytnúť tieto kapacity, napr. predložením dokladu, ktorý relevantným a právom dovoleným spôsobom preukazuje určitú právnu skutočnosť (napr. doklad o vzdelaní, certifikát, potvrdenie...).

Komisia úradu taktiež dáva do pozornosti, že podnikaním bez živnostenského oprávnenia alebo oprávnenia podľa osobitného zákona, sa môže táto osoba dopustiť priestupku podľa § 24 zákona č. 372/1990 Zb. o priestupkoch alebo trestného činu podľa § 251 zákona č. 300/2005 Z. z. trestný zákon. Preto je v záujme záujemcu, aby dbal na túto skutočnosť, a v prípade úspechu jeho ponuky sa s ňou vysporiadal. Zároveň je potrebné poznamenať, že fakt, že fyzická osoba – nepodnikateľ, prostredníctvom ktorej je preukazované splnenie podmienok účasti v čase predkladania žiadosti o účasť, a teda preukázania splnenia podmienok účasti, nemá oprávnenie poskytovať služby nevyučuje skutočnosť, aby toto oprávnenie do momentu uzavretia zmluvy záujemcu s verejným obstarávateľom, resp. momentu plnenia predmetu zákazky, toto oprávnenie nadobudla alebo uzavrela pracovnoprávny, resp. obdobný vzťah so záujemcom.

Obchodné tajomstvo:

Navrhovateľ vo vysvetlení predložených dokladov na preukázanie splnenia podmienok účasti uviedol, že kontrolovaným požadované presné čiastky pre dané časti dodávky nemôže kontrolovanému sprístupniť z dôvodu obchodného tajomstva, ktoré nie je možné zverejniť čo potvrdil aj odberateľ navrhovateľa, že predmetné informácie sú obchodným tajomstvom.

Komisia úradu je toho názoru, že predmetné informácie, ktoré sú obchodným tajomstvom by mal navrhovateľ, ako aj odberateľ, sprístupniť kontrolovanému za účelom posúdenia splnenia, resp. nesplnenia podmienok účasti.

Kontrolovaný by sa mal podľa názoru komisie úradu podrobnejšie zaoberať predloženými vysvetleniami a náležitým spôsobom preskúmať obchodné tajomstvo...

Komisia úradu má za to, že kontrolovaný mal žiadať odberateľa ako aj samotného navrhovateľa o sprístupnenie obchodného tajomstva v tej časti, ktorá je potrebná na preskúmanie splnenia predmetných podmienok účasti, nakoľko z obsahu predmetnej referencie a ani z predložených vysvetlení nie je možné posúdiť či navrhovateľ splnil predmetné podmienky účasti. Komisia úradu je toho názoru, že navrhovateľ by mal pre účely preukázania splnenia predmetných podmienok účasti sprístupniť predmetné údaje, a to aj napriek tej skutočnosti, že predmetné informácie sú obchodným tajomstvom, z dôvodu, že v prípade, ak sa uchádzač, resp. záujemca chce zúčastniť verejného obstarávania musí preukázať splnenie podmienok účasti, ktoré požaduje kontrolovaný v konkrétnom verejnom obstarávaní. Komisia úradu v tejto súvislosti dáva do pozornosti ustanovenie § 20 zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zachovávať mlčanlivosť o obchodnom tajomstve a o informáciách označených ako dôverné, ktoré im uchádzač alebo záujemca poskytol. Komisia úradu konštatuje, že až po žiadosti o sprístupnenie obchodného tajomstva, v prípade ak by ho navrhovateľ odmietol kontrolovanému sprístupniť požadované informácie, kontrolovaný by mohol vylúčiť navrhovateľa z predmetnej užšej súťaže pre nesplnenie predmetných podmienok účasti v zmysle ustanovenia § 33 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko by nemohol predmetnú referenciu vyhodnotiť, tak že navrhovateľ ňou preukázal splnenie predmetných podmienok účasti, pretože z jej obsahu nie je možné vysloviť takýto záver. Komisia úradu má na základe vyššie uvedeného za to, že kontrolovaný je povinný náležitým spôsobom preskúmať obchodné tajomstvo na ktoré poukazuje pri predmetnej referencii navrhovateľ, ako aj odberateľ Prvá stavebná sporiteľňa, a.s., a vyhodnotiť predmetné obchodné tajomstvo s prihliadnutím na zákon o verejnom obstarávaní, najmä § 9 ods. 4. Komisia úradu uvádza, že len samotné tvrdenie navrhovateľa, ako aj odberateľa Prvá stavebná sporiteľňa, a.s., o tom, že predmetné informácie sú obchodným tajomstvom, nie sú postačujúce na vylúčenie navrhovateľa z predmetného verejného obstarávania.