

PROTOKOL

o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní

Na základe poverenia predsedníčky Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) XXX č. 234/2016 zo dňa 23. 11. 2016 vykonali zamestnanci úradu, odboru dohľadu II:

XXX vedúci skupiny číslo služ. preukazu: 608

XXX člen skupiny číslo služ. preukazu: 621

v čase od 28. 11. 2016 do 6. 2. 2017 podľa § 109, § 112, § 137 ods. 2 písm. c), § 146 ods. 6 a 7 v nadväznosti na § 155q ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) a podľa § 140, § 147 písm. c) a § 187 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon č. 343/2015 Z. z.“) kontrolu postupu verejného obstarávateľa:

Mesto Žarnovica, Nám. SNP 33, 966 81 Žarnovica (ďalej len „kontrolovaný“)

so zameraním na kontrolu použitých postupov kontrolovaného pri uzatváraní

- kúpnej zmluvy ZP2012/01-KZ zo 4. 12. 2012 vrátane jej dodatku, ktorej súčasťou bola zmluva o zriadení predkupného práva na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia § 602 až 606 Občianskeho zákonníka, zmluvy o uzavretí budúcej kúpnej zmluvy na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia §50a a nasl. Občianskeho zákonníka a zmluvy o zriadení záložného práva na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia § 151a a nasl. Občianskeho zákonníka
- kúpnej zmluvy č. 1/2014 z 21. 2. 2014 na predmet „**bytový dom – 35 b.j**“ vrátane jej dodatku“

bez použitia postupu podľa zákona o verejnom obstarávaní.

Dňa 11. 12. 2015 bol úradu doručený podnet na vykonanie kontroly postupu kontrolovaného pri obstarávaní vyššie uvedeného predmetu.

Úrad v nadväznosti na uvedený podnet požiadal v zmysle § 63 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. kontrolovaného listom č. 21741-7000/2015-OK/1 z 31. 5. 2016 o poskytnutí údajov a informácií súvisiacich s predmetnou vecou.

V nadväznosti na informácie a údaje poskytnuté kontrolovaným v zmysle jeho listu zn. 03936/2016 z 9. 6 2016, úrad listom č. 21741-7000/2015-OK/3 z 23. 11. 2016 oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly v uvedenej veci. Oznámenie o začatí kontroly bolo kontrolovanému doručené dňa 28. 11. 2016.

Podľa § 146 ods. 1 v spojení s § 155q ods. 4, § 155p ods. 4, § 155o ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a § 187 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z., kontrola sa začína v deň doručenia oznámenia o jej začatí kontrolovanému. Podľa § 146 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní úrad pri výkone kontroly postupuje podľa § 146a až 146d zákona o verejnom obstarávaní.

V zmysle oznámenia o začatí kontroly bol kontrolovaný v nadväznosti na § 146a ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní súčasne požiadaný o predloženie ďalších podkladov a informácií potrebných pre výkon danej kontroly.

Kontrolovaný dňa 5. 12. 2016 doručil úradu listom zn. 5079/2016/KP-D2 z 5. 12. 2016 podklady pre výkon kontroly.

Cieľom kontroly bolo:

- zistiť, ako kontrolovaný postupoval pri obstarávaní vyššie uvedeného predmetu zákazky,
- zistiť súlad postupu kontrolovaného s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.

VÝSLEDOK KONTROLY

V čase výkonu kontroly je platný a účinný zákon č. 343/2015 Z. z., pričom v čase uzavretia kúpnej zmluvy ZP2012/01-KZ z 4. 12. 2012 a kúpnej zmluvy č. 1/2014 z 21. 2. 2014 bol platný a účinný zákon č. 25/2006 Z. z..

Úrad pri výkone predmetnej kontroly v nadväznosti na § 155q ods. 4, § 155p ods. 4, § 155o ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a § 140, § 147 písm. c), § 187 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. posudzoval postup kontrolovaného pri obstarávaní daného predmetu vo väzbe na zákon o verejnom obstarávaní platný a účinný k dátumu uzavretia vyššie uvedených zmlúv, ktorý v danom čase okrem iného upravoval zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočňovanie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb.

Podľa § 3 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zákazka na účely tohto zákona je zmluva s peňažným plnením uzavretá medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi na jednej strane a jedným alebo viacerými úspešnými uchádzačmi na strane druhej, ktorej predmetom je dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služby.

Kontrolovaný v čase uzavretia predmetných zmlúv bol verejným obstarávateľom podľa § 6 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Podľa § 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ bol povinný pri zadávaní zákaziek postupovať podľa tohto zákona.

Podľa vyjadrenia kontrolovaného (list zn. 03936/2016 z 9. 6. 2016) pri obstarávaní kúpy predmetného bytového domu, t. j. „Bytový dom - 35 b. j.“, **neboli použité postupy podľa zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko pri obstarávaní kúpy bytového domu a súvisiacej technickej vybavenosti a infraštruktúry k bytovému domu **použil výnimku podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní**.

Podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní tento zákon sa nevzťahuje na nadobúdanie alebo nájom nehnuteľností a s tým súvisiacich práv okrem finančných služieb, ktoré s tým súvisia, ak ide o civilnú zákazku.

Podľa § 3 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní civilná zákazka na účely tohto zákona je zákazka na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, ktorá nie je zákazkou v oblasti obrany a bezpečnosti podľa odseku 6.

Obstaranie daného predmetu sa netýka projektu financovaného z fondov EÚ.

Z podkladov, ktoré má kontrolná skupina k dispozícii je v predmetnej veci zrejmé:

Kontrolovaný, ako predávajúci uzavrel dňa 4. 12. 2012 s kupujúcim XXX (ďalej len „XXX“) kúpnu zmluvu ZP2012/01-KZ, ktorej súčasťou bola zmluva o zriadení predkupného práva na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia § 602 až 606 Občianskeho zákonníka, zmluva o uzavretí budúcej kúpnej zmluvy na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia § 50a a nasl. Občianskeho zákonníka a zmluva o zriadení záložného práva na predmet kúpnej zmluvy, uzavretá podľa ustanovenia § 151a a nasl. Občianskeho zákonníka.

V bode 1 článku II. (Predmet kúpnej zmluvy) **predmetnej kúpnej zmluvy** je uvedený, cit.: „Predávajúci predáva kupujúcemu zo svojho výlučného vlastníctva nehnuteľnosť - **pozemok** nachádzajúci sa v meste Žarnovica, okres Žarnovica, kraj Banskobystrický, ktorý je zapísaný na Správe katastra v Žarnovici pre katastrálne územie Žarnovica, v liste vlastníctva č. 1788, registri „C“ parciel evidovaných na katastrálnej mape ako parcela č. 2251/301, druh pozemku zastavanej plochy a nádvoría o výmere 537 m², ktorý kupujúci od predávajúceho kupuje v celosti, t.j. v 1/1 do svojho výlučného vlastníctva.“

V bode 4 článku II. (Predmet kúpnej zmluvy) predmetnej kúpnej zmluvy je uvedený, cit.: „Kupujúci - spoločnosť **XXX**, sa týmto **zaväzuje**, že na vlastné náklady najneskôr v termíne do 31. 12. 2013 **zrealizuje** na pozemku špecifikovanom v ods. 1 tohto článku **výstavbu nájomného bytového domu — 35 b.j.** pre Mesto Žarnovica **podľa odprezentovaného a komisionálne odporúčaného návrhu architektonickej štúdie tohto bytového domu** tak, aby Mesto Žarnovica mohlo najneskôr v roku 2014 požiadať o dotáciu zo štátneho rozpočtu na obstaranie - kúpu týchto nájomných bytov na účel sociálneho bývania podľa zákona NR SR č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov a o úver zo Štátneho fondu rozvoja bývania. Zrealizovaním výstavby nájomného bytového domu sa rozumie deň právoplatnosti kolaudačného rozhodnutia na uvedenú stavbu. V prípade splnenia záväzku kupujúceho v dohodnutom termíne, mesto Žarnovica sa zaväzuje podať žiadosť o dotáciu zo štátneho rozpočtu na obstaranie - kúpu týchto nájomných bytov na účel sociálneho bývania podľa zákona NR SR č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov a o úver zo štátneho fondu rozvoja bývania najneskôr v roku 2014. V tejto súvislosti mesto Žarnovica vyhlasuje, že má schválený program rozvoja bývania obce v súlade s ustanovením § 10 ods. 2 zákona NR SR č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov a spĺňa túto podmienku na poskytnutie dotácie.“

V bode 1 článku V. (Zmluva o uzavretí budúcej kúpnej zmluvy) predmetnej kúpnej zmluvy je uvedený, cit.: „Zmluvné strany — **predávajúci (ako budúci kupujúci)**

a kupujúci (ako budúci predávajúci) sa zaväzujú, že po zrealizovaní výstavby nájomného bytového domu, t.j. 35 bytových jednotiek podľa odprezentovaného a komisionálne odporúčeného návrhu architektonickej štúdie tohto bytového domu na pozemku špecifikovanom v Článku II ods. 1 tejto zmluvy **uzavrú kúpnu zmluvu** (budúcu kúpnu zmluvu), ktorej predmetom bude prevod vlastníckeho práva:

a) k pozemku, ktorý je špecifikovaný v článku II ods. 1 tejto zmluvy, t.j. k pozemku C KN parcela č. 2251/301, druh pozemku zastavané plochy a nádvoria o výmere 537 m² v katastrálnom území Žarnovica (predpokladá sa, že predmetná parcela bude v tom čase už rozdelená v súvislosti so zápisom geometrického plánu vyhotoveného za účelom zamerania stavby bytového domu);

b) **k bytovému domu** (35 bytových jednotiek) zrealizovanému na pozemku uvedenom v písm. a) tohto článku podľa odprezentovaného a komisionálne odporúčeného návrhu architektonickej štúdie tohto bytového domu vrátane príslušnej technickej vybavenosti bytového domu v súlade so zákonom NR SR č. 443/2010 Z. z o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov a o úver zo štátneho fondu rozvoja bývania.“

V bode 3 článku V. (Zmluva o uzavretí budúcej kúpnej zmluvy) predmetnej kúpnej zmluvy je uvedené, cit.: „Kúpna cena nehnuteľnosti bude dohodnutá nasledovne:

- cena pozemku vo výške pôvodnej kúpnej ceny uvedenej v Článku III ods. 1 tejto zmluvy, t.j. vo výške 17 eur/m², čo spolu za výmeru 537 m² činí 9 129 eur, slovom: Deväťtisícsto – dvadsaťdeväť eur;

- cena bytového domu (35 bytových jednotiek) — bytov v bytovom dome vo výške oprávneného nákladu stavby, maximálne však vo výške oprávnených nákladov na obstaranie 1 m² podlahovej plochy bytu podľa zákona NR SR č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov tak, aby mesto Žarnovica na obstaranie — kúpu tohto bytového domu (35 bytových jednotiek) — nájomných bytov mohlo získať dotáciu zo štátneho rozpočtu vo výške 30 % obstarávacích nákladov a úver zo štátneho fondu rozvoja bývania vo výške 70 % obstarávacích nákladov.

- cena technickej vybavenosti bytového domu max. vo výške dotácie na jej kúpu, získanej zo štátneho rozpočtu podľa zákona NR SR č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov.“

Dňa 19. 7. 2013 bol uzavretý dodatok č. 1 ku kúpnej zmluve č. ZP2012/01-KZ, ktorým sa mení a dopĺňa článok V ods. 2. predmetnej zmluvy, a to o.i. o záväzok zmluvných strán uzavrieť kúpnu zmluvu na nehnuteľnosť uvedenú v bode 1. za predpokladu, že stavba bude zapísaná na liste vlastníctva kupujúceho bez akýkoľvek tiarch a práv tretích osôb s výnimkou záložného práva zriadeného v prospech VÚB, a.s..

Kontrolovaný, ako kupujúci uzavrel dňa 21. 2. 2014 s predávajúcim XXX kúpnu zmluvu č. 01/2014 v zmysle ustanovenia § 588 a nasl. zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v platnom znení.

V bode 1 a 2 článku I. (Vlastníctvo predávajúceho a Predmet prevodu na kupujúceho) **predmetnej kúpnej zmluvy je** uvedené, cit.: „1. Predávajúci je výlučným vlastníkom nehnuteľnosti nachádzajúcej sa v katastrálnom území Žarnovica, obec Žarnovica, okres Žarnovica, zapísanej na Liste vlastníctva číslo 4086, a to:

a) pozemku parcela registra „C“ parcelné číslo 2251/301, vedenej ako zastavané plochy a nádvoria o výmere 200 m² a pozemku parcela registra „C“ parcelné číslo 2251/306, vedenej ako zastavané plochy a nádvoria o výmere 337 m² (ďalej len „Pozemok“);

b) stavba súpisne číslo 1616 postavená na parcele registra „C“ parcelné číslo 2251/306, s popisom stavby ako „Nájomný bytový dom Žarnovica - 35 BJ, druh stavby 9 (ďalej len „Bytový dom“), (poznámka: v texte využívaný pojem BJ aj ako bytové jednotky).

2. Predávajúci je ďalej výlučným vlastníkom technickej vybavenosti, súčasti a príslušenstva Bytového domu uvedeného v odseku 1 písm. b) tohto článku, a to:

- Spevnené a odstavné plochy, miestna komunikácia
- Areálová kanalizácia (prípojka kanalizácie)
- Vodovodná prípojka
- Rozšírenie verejného osvetlenia
- Telekomunikačná prípojka

(ďalej len „Technická vybavenosť“ a spolu s Pozemkom a Bytovým domom len „Predmet prevodu“).

V bode 5 článku I. (Vlastníctvo predávajúceho a Predmet prevodu na kupujúceho) **predmetnej kúpnej zmluvy je** uvedené, cit.: „5. Predávajúci predáva kupujúcemu Predmet prevodu uvedený v odseku 1. tohto článku v celosti tak ako stojí a leží a kupujúci kupuje Predmet prevodu uvedený v odseku 1. tohto článku tak ako stojí a leží v celosti do výlučného vlastníctva za kúpnu cenu dojednanú v článku II. tejto zmluvy.“

V bode 1 článku II. (Kúpna cena) **predmetnej kúpnej zmluvy je** uvedené, že Kúpna cena Predmetu prevodu je stanovená dohodou zmluvných strán a v súlade so Zákonom o cenách, a to nasledovne:

a) **Kúpna cena Pozemku**, v zmysle Zmlúv I a predkupného práva, je stanovená na sumu vo výške 7 607,50 EUR bez DPH a **vrátane DPH** je kúpna cena Pozemku vo výške **9 129,00 EUR**,

b) **Kúpna cena Bytového domu** (35 bytových jednotiek) je stanovená celkom vo výške 1 207 072,32 EUR bez DPH a **vrátane DPH** je kúpna cena Bytového domu vo výške **1 448 486,78 EUR**, pričom špecifikácia podlahových výmer bytových jednotiek, na jednotlivých podlažiach Bytového domu - 35 BJ s učením kúpnej ceny každej bytovej jednotky jednotlivo bez DPH a vrátane DPH je uvedená v prílohe č. 2 tejto zmluvy;

c) **Kúpna cena technickej vybavenosti** spolu je 103 500,00 EUR bez DPH a **vrátane DPH** je kúpna cena technickej vybavenosti spolu vo výške **124 200,00 EUR**. Cenu technickej vybavenosti spolu tvoria ceny jednotlivých častí technickej vybavenosti, a to: Spevnené a odstavné plochy, miestna komunikácia je kúpna cena 30 166,67 EUR bez DPH t.j. 36 200,00 EUR vrátane DPH, Areálová kanalizácia (prípojka kanalizácie) je kúpna cena 48 750,00 EUR bez DPH t.j. 58 500,00 EUR vrátane DPH, Vodovodná prípojka je kúpna cena 24 583,33 EUR bez DPH, t.j. 29 500,00 EUR vrátane DPH.

Dňa 2. 7. 2014 bol uzavretý dodatok č. 1 ku kúpnej zmluve č. 01/2014, ktorým sa mení a dopĺňa bod 1 písm. c) článok II. (Kúpna cena), v ktorom je o.i. uvedené, že telekomunikačná prípojka nie je predmetom kúpy podľa Kúpnej zmluvy č. 01/2014 a jej prevod bude riešený samostatnou zmluvou.

Porovnaním vykonaných úkonov kontrolovaného so zákonom o verejnom obstarávaní bolo zistené nasledovné porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania:

1. Kontrolovaný zvolenou formou kombinácie zmluvných vzťahov, t. j. kúpnu zmluvou č. ZP2012/01-KZ, ktorej súčasťou bola aj Zmluva o uzatvorení budúcej kúpnej zmluvy za súčasnej neoprávnenej aplikácie výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní, konal v rozpore s § 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, keď pri obstarávaní bytového domu a súvisiacej technickej vybavenosti k bytovému domu, nepostupoval podľa zákona o verejnom obstarávaní a nepoužil postupy zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní.

Podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní sa tento zákon nevzťahuje na nadobúdanie alebo nájom nehnuteľností a s tým súvisiacich práv okrem finančných služieb, ktoré s tým súvisia, ak ide o civilnú zákazku.

Znamená to, že z pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní sú vyňaté zmluvy, ktorých predmetom je nadobúdanie vlastníckeho práva k nehnuteľnosti alebo na získanie nájomného práva k nehnuteľnosti. Použitie tejto výnimky **je podmienené existenciou nehnuteľnosti**, ktorú verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nadobúda alebo najíma; predmetnú výnimku **nie je možné použiť v prípade, kedy nehnuteľnosť ešte neexistuje** (napr. v prípadoch projektov, pri ktorých sa byty alebo nebytové priestory predávajú alebo prenajímajú ešte pred začatím stavebných prác alebo v ich počiatočnej fáze).

Podľa § 1 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ nesmie zadať zákazku podľa odsekov 2 až 5 s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov zadávania zákaziek podľa tohto zákona. Použitie výnimiek s cieľom vyhnúť sa postupom zadávania zákazky bez objektívnych dôvodov je teda zakázané. Na základe uvedeného v prípade výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní **jej aplikácia neprichádza do úvahy v čase pred samotným uskutočnením stavebných prác**, výsledkom ktorých bude výstavba bytov alebo rekonštrukcia objektov, resp. ich nájom. Pre priznanie statusu výnimky sa vyžaduje, aby sa predmet zákazky týkal nadobúdania alebo nájmu nehnuteľnosti a s tým súvisiacich práv a zároveň **táto nehnuteľnosť musí byť v čase aplikovania výnimky konkrétna, t. j. musí byť existujúca**.

V danej súvislosti kontrolná skupina dáva do pozornosti kontrolovaného metodické usmernenia úradu zverejnené ešte pred dátumom uzavretia kúpnej zmluvy č. 01/2014, ako napr. č. 7006-5000/2013 z 31. 5. 2013, č. 6304-5000/2013 z 3. 6. 2013, č. 14142-5000/2013 z 2. 1. 2014, č. 14358-5000/2013 zo 14. 1. 2014, č. 14513-5000/2013 zo 14. 1. 2014, č. 312-5000/2014 z 22. 1. 2014, predmetom ktorých je aplikácia výnimky zo zákona podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s obstarávaním nehnuteľností.

Úrad je povinný skúmať, či nebol postupom kontrolovaného porušený nielen zákon o verejnom obstarávaní, ale tiež skutočnosť, či postupom kontrolovaného nedošlo k porušeniu komunitárneho práva, keďže je povinný v rámci svojej pôsobnosti aplikovať komunitárne právo z úradnej moci. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, ako i Smernica Európskeho parlamentu

a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby boli prebraté do zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je úrad povinný vykladať eurokonformným spôsobom, t. j. v súlade s uvedenými smernicami, ako aj v súlade s prípadovou praxou Súdneho dvora Európskej únie, ktorá sa týka uvedených smerníc.

Podľa Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, Článok 16 „Osobitné výnimky“, písm. a) sa táto smernica **nevzťahuje na verejné zákazky na služby**, ktorých predmetom je: a) nadobudnutie alebo prenájom pozemkov, **existujúcich stavieb alebo iných nehnuteľností**, alebo práv k nim akýmkoľvek finančným spôsobom; napriek tomu sa táto smernica vzťahuje na zmluvy na finančné služby uzatvorené v akejkoľvek podobe súčasne, pred alebo po zadaní zákazky na nadobudnutie alebo prenájom;

Kontrolná skupina dáva do pozornosti kontrolovaného Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 10. 7. 2014 IMPRESA PIZZAROTTI, C-213/13 EU:C:2014:2067, cit.: „6. Článok 1 ods. 2 smernice 2004/18 stanovuje:

a) „Verejné zákazky“ sú zmluvy s peňažným plnením, uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je vykonanie prác, dodávka výrobkov alebo poskytnutie služieb v zmysle tejto smernice.

b) „**Verejné zákazky na práce**“ sú verejné zákazky, ktorých predmetom je buď **vykonanie prác**, alebo vypracovanie projektovej dokumentácie a vykonanie prác súvisiacich s jednou z činností v zmysle prílohy I, alebo dielo, **alebo realizácia diela akýmkoľvek spôsobom zodpovedajúcim požiadavkám špecifikovaným verejným obstarávateľom**. . . .

7 . Podľa článku 16 uvedenej smernice, nazvaného „**Osobitné výnimky**“:

Táto smernica **sa nevzťahuje na verejné zákazky na služby, ktorých predmetom je:**

a) **nadobudnutie alebo prenájom pozemkov, existujúcich stavieb alebo iných nehnuteľností**, alebo práv k nim akýmkoľvek finančným spôsobom... .

(...)

Za týchto podmienok sa Consiglio di Stato rozhodla prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

1. **Možno zmluvu týkajúcu sa budúceho prenájmu veci**, ktorá sa má uzavrieť, a to aj v poslednej navrhovanej forme záväzku prenajať vec, **považovať za zákazku na práce, i keď s určitými znakmi typickými pre zmluvu o prenájme**, ktorá teda **nemôže byť zahrnutá medzi zmluvy, na ktoré sa [podľa] článku 16 [smernice 2004/18] nevzťahuje právna úprava o verejnom obstarávaní?**

(...)

O prvej otázke

39. Svojou prvou otázkou, ktorú je potrebné preformulovať vzhľadom na ustanovenia práva Únie uplatniteľné *ratione temporis* na konanie vo veci samej, sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa má článok 1 písm. a) smernice 93/37 vykladať v tom zmysle, že **zmluva obsahujúca záväzok prenajať nehnuteľnosť, ktorá ešte nebola vybudovaná, predstavuje napriek jej znakom typickým pre zmluvu o prenájme verejnú zákazku na práce, a preto nemôže byť zahrnutá medzi výnimky uvedené v článku 1 písm. a) bode iii) smernice 92/50.**

40. V tejto súvislosti je potrebné na úvod na jednej strane pripomenúť, že otázka, či plnenie predstavuje verejnú zákazku na práce v zmysle právnej úpravy Únie, patrí do pôsobnosti práva Únie. **Označenie zamýšľanej zmluvy za „zmluvu o prenájme“, ako to zdôrazňujú spoločnosť Pizzarotti a talianska vláda, nie je v tejto súvislosti určujúce** (pozri v tomto zmysle rozsudok Komisia/Nemecko, C-536/07, EU:C:2009:664, bod 54 a citovaných judikatúru).

41. Na druhej strane, ak zmluva obsahuje nielen znaky typické pre verejnú zákazku na práce, ale aj znaky iného druhu zákazky, **je potrebné sa pri určení jej právneho označenia a uplatniteľných pravidiel Únie riadiť jej hlavným predmetom** (pozri v tomto zmysle rozsudky Auroux a i., C-220/05, EU:C:2007:31, bod 37; Komisia/Taliansko, C-412/04, EU:C:2008:102, bod 47, a Komisia/Nemecko, EU:C:2009:664, bod 57).

42. V konaní vo veci samej zo spisu, ktorým disponuje Súdny dvor, vyplýva, že v okamihu, keď Comune di Bari navrhla spoločnosti Pizzarotti uzavrieť predmetnú zmluvu, **výstavba diela dotknutého touto zmluvou sa ešte nezačala.** Za týchto okolností je potrebné sa domnievať, že hlavným predmetom uvedenej zmluvy je daná výstavba, keďže je totiž nevyhnutným predpokladom neskoršieho prenájmu tohto diela (pozri v tomto zmysle rozsudok Komisia/Nemecko, EU:C:2009:664, bod 56).

43. Ako zdôraznila nemecká vláda, aby bolo možné dospieť k záveru o existencii „verejnej zákazky na práce“ v zmysle smernice 93/37, **je potrebné, aby výstavba navrhovaného diela zodpovedala potrebám spresneným obstarávateľom** (rozsudok Komisia/Nemecko, EU:C:2009:664, bod 55).

44. **To platí aj vtedy, ak obstarávateľ prijal opatrenia s cieľom vymedziť charakteristiky diela alebo aspoň podstatne ovplyvniť jeho projektovú dokumentáciu** (pozri v tomto zmysle rozsudok Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, bod 67).

(...)

52. Z vyššie uvedeného vyplýva, že na prvú otázku je potrebné odpovedať, že článok 1 písm. a) smernice 93/37 sa má vykladať v tom zmysle, **že zmluva, ktorej hlavným predmetom je výstavba diela spĺňajúceho potreby uvedené obstarávateľom, predstavuje verejnú zákazku na práce, a preto nemôže byť zahrnutá medzi výnimky stanovené v článku 1 písm. a) bode iii) smernice 92/50, hoci obsahuje záväzok prenajať dotknuté dielo.**

Podľa predmetného rozsudku Súdny dvor (druhá komora) rozhodol takto, cit.: „1. Článok 1 písm. a) smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác sa má vykladať v tom zmysle, že **zmluva, ktorej hlavným predmetom je výstavba diela spĺňajúceho potreby uvedené obstarávateľom, predstavuje**

verejnú zákazku na práce, a preto nemôže byť zahrnutá medzi výnimky stanovené v článku 1 písm. a) bode iii) smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, hoci obsahuje záväzok prenajať dotknuté dielo. ... “

Kontrolná skupina dáva ďalej do pozornosti kontrolovaného Rozsudok Súdneho dvoru EÚ vo veci C-451/08, Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immonilienaufgaben, z ktorého vyplýva, že pojem verejné zákazky na práce v zmysle Článku 1 ods. 2 písm. b) smernice nevyžaduje, aby práce, ktoré sú predmetom zákazky, boli vo vecnom alebo fyzickom zmysle vykonané pre verejného obstarávateľa, pokiaľ mu prinášajú priamy hospodársky úžitok. Pojem verejné zákazky na práce v zmysle Článku 1 ods. 2 písm. b) smernice vyžaduje, aby úspešný uchádzač prevzal priamo alebo nepriamo záväzok vykonať práce, ktoré sú predmetom zákazky, a aby plnenie z tohto záväzku bolo vymožiteľné na súde spôsobmi stanovenými vnútroštátnym právom. Ďalej z uvedeného rozhodnutia C-451/08 vyplýva, že odplatná povaha zmluvy znamená, že verejnému obstarávateľovi, ktorý uzavrel verejnú zákazku na práce, sa na základe tejto zákazky poskytne **plnenie za protihodnotu**. Toto plnenie musí z dôvodu svojej povahy, ako aj systému a cieľov smernice 2004/18, prinášať verejnému obstarávateľovi priamy hospodársky úžitok. Hospodársky úžitok je jednoznačne preukázaný, pokiaľ je stanovené, že verejný obstarávateľ sa stane vlastníkom prác alebo diela, ktoré sú predmetom zákazky. Tento hospodársky úžitok možno tiež konštatovať, ak je stanovené, že verejný obstarávateľ bude mať právny titul, ktorý mu zaručí možnosť s dielami, ktoré sú predmetom zákazky, disponovať vzhľadom na ich verejný účel.

Z bodu 30 a 31 návrhu generálneho advokáta vo veci C-451/08 vyplýva, že bez ohľadu na použitý prístup nemožno zabúdať na to, že charakteristickým znakom všetkých verejných zákaziek na práce je existencia prvku zhotovenia. Inými slovami, vykonávané činnosti musia viesť k vytvoreniu nehnuteľností. **Nadobudnutie už existujúcich nehnuteľností je z rámca pôsobnosti smernice výslovne vyňaté.** Článok 1 smernice výslovne uvádza ďalšie základné znaky zákazky na práce. Uvádza sa totiž, že zákazka na práce je zmluva s peňažným plnením uzavretá písomne. Na základe tohto druhého uvedeného znaku sa teda vyžaduje, aby plneniu úspešného uchádzača zodpovedalo protiplnenie verejného obstarávateľa, ktoré **nemusí nevyhnutne spočívať v peňažnom plnení**, ale v každom prípade musí byť vyčísliteľná jeho hospodárska hodnota.

Kontrolná skupina konštatuje, že v danom prípade ide o civilnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác s peňažným plnením v zmysle § 3 ods. 1, ods. 3 a ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Kombináciou na seba nadväzujúcich úkonov, t. j. uzavretie Kúpnej zmluvy č. ZP2012/01-KZ, ktorej súčasťou je aj zmluva a Zmluvy o uzatvorení budúcej kúpnej zmluvy nastáva postupné naplnenie všetkých znakov zákazky na uskutočnenie stavebných prác s peňažným plnením.

Podľa Zmluvy o uzatvorení budúcej kúpnej zmluvy je zrejмый úmysel kontrolovaného odkúpiť príslušný bytový dom s príslušenstvom po skolaudovaní stavby. Z uvedeného je zrejмый, že ide o odplatný vzťah s peňažným plnením. Predmetom danej stavby mal byť bytový dom s 35. b. j. podľa požiadaviek kontrolovaného, keď v Zmluve o uzatvorení budúcej kúpnej zmluvy je jednoznačne deklarované, že bytový dom bude vybudovaný v súlade s podmienkami uvedenými v zákone č. 607/2003 Z. z. o štátnom fonde rozvoja bývania a v zákone č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a sociálnom bývaní tak, aby boli kontrolovanému vytvorené podmienky pre podanie žiadosti o poskytnutie dotácie so štátneho rozpočtu a žiadosť o úver zo ŠFRB.

Kontrolná skupina považuje za nesporné, že v čase podpísania Kúpnej zmluvy č. ZP2012/01-KZ predmetná nehnuteľnosť, t. j. bytový dom a súvisiaca technická vybavenosť k bytovému domu, reálne neexistovala, v dôsledku čoho postup kontrolovaného nie je možné považovať za nadobúdanie nehnuteľností, nakoľko daná stavba mala byť až následne realizovaná v súlade s požiadavkami kontrolovaného a teda pri obstarávaní danej stavby nie je možné aplikovať výnimku podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní.

Nakoľko kontrolovaný, ktorý je verejným obstarávateľom podľa § 6 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, napriek tomu, že ide o civilnú zákazku s peňažným plnením na uskutočnenie stavebných prác nepoužil postupy zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní, konal v rozpore s § 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Vynakladanie verejných prostriedkov zvolenou formou kombinácie niekoľkých zmluvných vzťahov oproti klasickému spôsobu zadávania zákaziek postupmi stanovenými zákonom o verejnom obstarávaní na uskutočnenie stavebných prác nemôže viesť k možnosti zadať takúto zákazku priamo vybratému subjektu. Takýto postup by umožnil verejným obstarávateľom obchádzať právnu úpravu, ktorej účelom je zaistenie transparentného vynakladania verejných prostriedkov a vytváranie predpokladov pre riadnu hospodársku súťaž.

V dôsledku konania kontrolovaného tak prišlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže, nakoľko ďalší potenciálni záujemcovia a dodávatelia požadovaných prác sa o obstarávaní týchto prác nemali možnosť dozvedieť. Jedným z cieľov uplatňovania zákona o verejnom obstarávaní je podpora účinnej hospodárskej súťaže pri zadávaní zákaziek.

Kontrolná skupina z tohto dôvodu konštatuje, že konanie kontrolovaného **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania**, nakoľko pri obstarávaní bytového domu a súvisiacej technickej vybavenosti k bytovému domu kontrolovaný neoprávnene aplikoval výnimku podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní, v dôsledku čoho nepoužil postupy zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní, pričom ďalší potencionálni zhotovitelia stavebných prác nemali možnosť predložiť ponuku.

Dôkaz:

- Kúpna zmluva ZP2012/01-KZ z 4. 12. 2012,
- Kúpna zmluva č. 1/2014 z 21. 2. 2014.

Z Á V E R

Vykonanou kontrolou bolo v predmetnom prípade zistené konanie kontrolovaného v rozpore s:

- **§ 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní**, keď zvolenou formou kombinácie zmluvných vzťahovou, a to Kúpnou zmluvou ZP2012/01-KZ, ktorej súčasťou bola aj Zmluva o uzatvorení budúcej kúpnej zmluvy za súčasnej neoprávnenej aplikácie výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní pri obstarávaní bytového domu a súvisiacej technickej vybavenosti k bytovému domu, nepostupoval podľa zákona o verejnom obstarávaní a nepoužil postupy zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania**.

Uvedené kontrolné zistenie poukázalo na nedostatky v aplikovaní zákona o verejnom obstarávaní. Príčinu jeho vzniku je možné vidieť v nedôslednom uplatňovaní postupov verejného obstarávania a nesprávnej interpretácii ustanovenia § 1 ods. 2 písm. m) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolná skupina považuje za potrebné upriamiť pozornosť kontrolovaného hlavne na skutočnosť, že princípy verejného obstarávania pri zadávaní zákaziek je potrebné dôsledne uplatňovať v každej fáze verejného obstarávania.

Podľa § 146a ods. 3 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní sú zamestnanci úradu v súvislosti s výkonom kontroly povinní umožniť vedúcemu kontrolovaného oboznámiť sa s protokolom pred jeho prerokovaním a v primeranej lehote určenej zamestnancami úradu umožniť vyjadriť sa ku kontrolným zisteniam; dátum doručenia alebo prevzatia protokolu sa považuje za deň oboznámenia sa s protokolom, na vyjadrenie predložené po určenej lehote sa neprihliada.

Podľa § 146b ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vedúci kontrolovaného subjektu je oprávnený do termínu určeného zamestnancami úradu písomne sa vyjadriť ku kontrolným zisteniam.

V nadväznosti na uvedené ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní sa môže vedúci kontrolovaného subjektu písomne vyjadriť ku kontrolným zisteniam **v lehote do 10 pracovných dní** od doručenia Protokolu o výsledku kontroly. K vyjadreniam predloženým po určenej lehote sa nebude prihliadať.

Písomné vyjadrenie ku kontrolným zisteniam predložte na adresu Úradu pre verejné obstarávanie, Odbor dohľadu II, Ružová dolina 10, P. O. Box 98, 820 05 Bratislava.

Za úrad, odbor dohľadu II:

XXX

.....

XXX

.....

Oboznámenie s obsahom Protokolu o výsledku kontroly svojím podpisom potvrdzuje:

Za kontrolovaný subjekt:

XXX

Primátor mesta Žarnovica

.....

dátum, podpis

Protokol je vyhotovený 4 x, z toho:

2 x Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, P. O. Box 98, 820 05 Bratislava,

2 x Mesto Žarnovica, Nám. SNP 33, 966 81 Žarnovica.