

„ÚVO DZOVKY“

**Prehľad a citácie
zo zaujímavých rozhodnutí
Úradu pre verejné obstarávanie
a európskej judikatúry**

§ 10

§ 5

§ 32

Vypracoval:
Inštitút verejného
obstarávania

Apríl 2021

Úvahy a právne posúdenia obsiahnuté v rozhodnutiach Úradu pre verejné obstarávanie môžu byť dôležitou pomôckou nielen pre verejných obstarávateľov pri príprave a vyhlasovaní zákaziek, ale rovnako aj pre záujemcov či uchádzačov pri rozhodovaní sa o účasti vo verejnom obstarávaní, resp. pri príprave ponuky.

S cieľom upozorniť na najnovšie zaujímavé, dôležité alebo tematicky aktuálne rozhodnutia vám úrad predstavuje výber rozhodnutí, ktoré stoja za povšimnutie a sú hodné bližšej pozornosti¹.

OBSAH

<i>„IT – služby – poskytovanie podpory a údržby prevádzky systému SAP a rozvoja produktov SAP“</i>	<i>3</i>
<i>Nedovolené rozdelenie zákazky a vyhnutie sa použitia prísnejšieho postupu „Výstavba, resp. rekonštrukcia verejného osvetlenia“</i>	<i>16</i>
<i>Zrušené rozhodnutie kontrolovaného o zrušení verejného obstarávania pri zákazke „Zariadenie nemocničnej kuchyne“</i>	<i>26</i>
<i>Z rozhodovacej praxe Súdneho dvora EÚ</i>	<i>36</i>

¹ Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely.

„IT – služby – poskytovanie podpory a údržby prevádzky systému SAP a rozvoja produktov SAP“

Základným predpokladom každého verejného obstarávania je postupovať pri jeho realizácii takým, spôsobom, aby bola zo strany vyhlasovateľov súťaží zabezpečená čestná hospodárska súťaž, ktorej sa bude môcť zúčastniť čo najširšie spektrum hospodárskych subjektov pôsobiacich na relevantnom trhu. Víťazom a budúcim dodávateľom plnenia predmetu zákazky sa stane ten uchádzač, ktorého verejný obstarávateľ s použitím spravodlivých kritérií vyhodnotil ako najúspešnejšieho spomedzi ostatných uchádzačov.

V rámci zákonných postupov existuje aj možnosť zadania zákazky na požadovaný predmet plnenia tzv. napriamo, teda konkrétnemu hospodárskemu subjektu, a to využitím postupu priameho rokovacieho konania (PRK). Je potrebné však zdôrazniť, že tento postup realizovania verejného obstarávania, v ktorom absentuje hospodárska súťaž medzi viacerými potenciálnymi dodávateľmi, sa má využívať len v tých prípadoch, kedy sú striktné naplnené a preukázané všetky zákonné predpoklady jeho použitia.

Číslo rozhodnutia: 2008-9000/2021

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 4823-6000/2020-OD/4

Typ rozhodnutia: odvolanie proti rozhodnutiu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy

Odvolateľ: kontrolovaný/obstarávateľ podľa § 9 ods. 1 písm. a) ZVO

Predmet zákazky: „Poskytovanie podpory a údržby prevádzky systému SAP a rozvoja produktov SAP“

Predpokladaná hodnota zákazky: 6 333 560,- EUR bez DPH

Postup zákazky: priame rokovacie konanie podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO nadlimitná zákazka/ 8633 – DES

Kľúčové slová: priame rokovacie konanie, objektívna výlučnosť, technické dôvody, absencia súťaže, neexistujúca primeraná alternatíva alebo náhrada, umelé zúženie súťaže, unikátnosť zákazky, výhradný poskytovateľ, znalecký posudok, dokazovanie, know-how, vendor lock-in

Stručný priebeh VO

- kontrolovaný zverejnil vo vestníku *Oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti Ex ante*, na poskytovanie služieb v súvislosti s konkrétnymi modulmi a aplikáciami SAP, ako aj poskytovanie služieb servisnej podpory a údržby prevádzky informačného systému SAP a zároveň poskytovanie služieb rozširovania a úpravy funkcií aplikácií a modulov SAP
- v časti *Názov a adresa dodávateľa* bolo uvedené: TORY CONSULTING, a.s.
- v časti *Odôvodnenie výberu rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia výzvy na súťaž v súlade s článkom 50 smernice 2014/25/EÚ* bolo uvedené: Práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt z týchto dôvodov: **chýbajúca hospodárska súťaž z technických dôvodov**
- v profile boli taktiež uverejnené dva dokumenty odôvodňujúce použitie priameho rokovacieho konania:
 - v dokumente *Odôvodnenie použitia postupu priameho rokovacieho konania*, bolo o. i. uvedené: „V súlade s ust. § 98 ods. 1 písm. b) bod 2. ZoVO – **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, a to z technických dôvodov vzhľadom na to, že neexistuje hospodárska súťaž, pričom neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**“
 - v rámci toho istého dokumentu bola uvedená informácia: cit: „Podpora a rozvoj informačných systémov SAP, ktoré sú predmetom zákazky sú poskytované a udržiavané v nepretržitej prevádzke ŽSR od roku 2005, a to na základe:
 - Zmluvy č. 2101/2005 zo dňa 31. 03. 2005 v znení dodatku č. 1 zo dňa 22. 08. 2006
 - Zmluvy č. 2101/2007 zo dňa 31. 12. 2007
 - Zmluvy č. 2101/2009 zo dňa 01. 07. 2009 v znení dodatku č. 1 zo dňa 12. 01. 2012
 - Zmluvy č. 100018199/2012/5400 zo dňa 25. 06. 2012
 - Zmluvy č. 1100060188/2016/5400/025 zo dňa 11. 10. 2016 v znení dodatku č. 1 zo dňa 19. 10. 2016, dodatku č. 2 zo dňa 04. 07. 2018, dodatku č. 3 zo dňa 28. 03. 2019, dodatku č. 4 zo dňa 31. 05. 2019.TORY CONSULTING, a.s. je jediným dodávateľom predmetnej podpory a rozvoja informačných systémov SAP. Spoločnosť TORY CONSULTING, a.s. na základe špecifických potrieb obstarávateľa v minulosti realizoval a odovzdal do produktívnej prevádzky množstvo významných úprav aplikačných modulov, rozšírení a rozhraní SAP a na okolité systémy. (...).“
 - v dokumente *Znalecký posudok č. 104-2019 (znalecký ústav)* bolo v závere uvedené: „Na základe analýzy technických, ekonomických, časových, legislatívnych a iných dôvodov existujú objektívne dôvody pre použitie podmienky pre priame rokovacie konanie smerujúce k vylúčeniu hospodárskej súťaže.“
- dňa 03. 04. 2020 kontrolovaný ako objednávateľ uzatvoril ako výsledok predmetného priameho rokovacieho konania so spoločnosťou TORY CONSULTING, a. s., ako poskytovateľom zmluvu
- v zmluve bolo v súvislosti s licenčnými podmienkami o.i. uvedené:

- „Poskytovateľ poskytuje Objednávateľovi licenciю bez nároku na odmenu keďže táto je zahrnutá v zmluvnej cene.“
 - „Poskytovateľ sa zaväzuje aj po skončení zmluvného vzťahu vyplývajúceho z tejto Zmluvy aj ďalej spolupracovať na ďalšom rozvíjaní už odovzdaných a používaných riešení na základe požiadaviek Objednávateľa a v úzkej súčinnosti s ním.
 - Objednávateľ je oprávnený na ďalšom prevádzkovaní a rozvíjaní odovzdaných a používaných autorských diel pokračovať aj bez spolupráce s Poskytovateľom a aj prostredníctvom tretích osôb pričom za tým účelom Poskytovateľ udeľuje Objednávateľovi bez časového a územného obmedzenia a bez nároku na odmenu právo na užívanie autorských diel v takom rozsahu, aby Objednávateľ alebo tretia osoba boli objektívne schopní plniť všetky úkony za účelom riadneho prevádzkovania a rozširovania autorského diela pre účely Objednávateľa. Pokiaľ uvedený účel nie je možné dosiahnuť bez odovzdania zdrojových kódov s právom zasahovať do zdrojových kódov, Poskytovateľ je povinný na výzvu Objednávateľa zdrojové kódy Objednávateľovi odovzdať, ak ich už neodovzdal skôr.“
- úrad vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam – existencia dôvodov pre oprávnené použitie postupu PRK
 - kontrolovaný v rámci vyjadrenia sa k zisteným skutočnostiam doručil úradu ako dôkaz druhý znalecký posudok č. 13/2019 (prvý znalecký posudok znaleckého ústavu bol uverejnený v profile), ktorý si kontrolovaný z dôvodu opatrnosti nechal vypracovať pred zadaním predmetnej zákazky, a z ktorého vyplývajú rovnaké závery, ako zo znaleckého posudku znaleckého ústavu
 - na základe skúmania úrad rozhodol, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, **nakol'ko kontrolovaný nepreukázal, že existujú dôvody pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania, porušenie malo vplyv na výsledok daného verejného obstarávania**
 - kontrolovaný podal voči rozhodnutie odvolanie o ktorom následne rozhodovala rada

Odvolaie kontrolovaného

- kontrolovaný **má za to**, že prostredníctvom dôkazov - dvoch predložených znaleckých posudkov **preukázal splnenie podmienok na oprávnené použitie PRK** a podľa neho úrad rozhodol bez riadneho vykonania a vyhodnotenia dôkazov predložených z jeho strany
- zároveň uviedol, že spochybnením splnenia uvedených podmienok **úrad spochybňuje samotný znalecký posudok v časti odborných zistení znaleckého ústavu**, avšak právne nerelevantným spôsobom, nakol'ko **formálny obsah znaleckého posudku** ako výsledku špecializovanej odbornej činnosti vykonanej podľa podmienok ustanovených v zákone č. 382/2004 Z. z. o znalcoch, tlmočníkoch a prekladateľoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o znalcoch“) je podľa kontrolovaného **možné spochybníť nie tvrdeniami, ale relevantnými dôkaznými prostriedkami, ktoré by jednoznačne odborné závery znaleckého ústavu spochybnili**

- argumentácia kontrolovaného vychádzala z informácií uvedených v znaleckých posudkoch
- k splneniu prvej podmienky - z technického dôvodu neexistuje hospodárska súťaž, možno argumenty kontrolovaného zhrnúť nasledovne: unikátnosť informačného systému kontrolovaného, požiadavky na kompatibilitu informačného systému, potreba zabezpečovať optimalizáciu technickej akosti informačného systému prostredníctvom vlastností softvéru ako sú pružnosť, presnosť, správnosť, spoľahlivosť, efektívnosť, hospodárnosť a použiteľnosť tohto softvérového riešenia, požiadavky na integráciu a interoperabilitu informačného systému, potreba využiť osobitné know-how, potreba predchádzať vzniku problému s informačným zahltením informačného systému, potreba zabezpečiť nízku chybovosť pri zásahoch do existujúcich informačných systémov, potreba zabezpečiť vnútornú kvalitu informačného systému prostredníctvom zdrojového kódu, prehľadnosť, dobrá organizácia a štruktúra, dostatočne spracované komentáre v kóde, kódová zložitosť
- zároveň taktiež uviedol, že technické dôvody spočívajú aj v súvisiacich technických okolnostiach, obmedzeniach a rizikách, v osobitných požiadavkách na technickú akosť informačného systému (presnosť, správnosť, spoľahlivosť, efektívnosť, hospodárnosť, použiteľnosť), ako aj v osobitných požiadavkách na nízku chybovosť pri zásahoch do integrovaného informačného systému
- kontrolovaný za dôvod, prečo neexistuje hospodárska súťaž označil aj neexistenciu odladených NO SAP modulov integrovateľných do systému SAP, ktoré sú priamo previazané s dodávateľskou verziou SAP, interoperabilitu a integráciu všetkých „domácich“ aj externých systémov, ako aj potrebu využitia osobitného know-how pri zabezpečení podpory prevádzky
- zároveň uviedol, že parciálne delenie na jednotlivé moduly (SAP a NO SAP) nie je možné, pretože takéto delenie by prinieslo extrémne náklady a problematické personálne zabezpečenie odborníkmi z jednotlivých odvetví, ktorí v danej problematike pracujú, pričom ďalším následkom sú zvýšené požiadavky na testovanie a na kvalitu poskytovanej služby, pričom následne aj technologické zabezpečenie (rozhrania) na infraštruktúrnej a aplikačnej časti v prípadoch rozdelenia má za následok trieštenie požiadaviek, ktoré je potrebné prerokovať, pretestovať a nasadiť do ostrej prevádzky, čo je s dodržaním všetkých parametrov zabezpečené pri jednom dodávateľovi komplexnej služby
- použitie PRK odôvodňoval taktiež **osobitosťou samotného informačného systému**, ktorý je o. i. **vybudovaný na produktoch SAP**, a ktorý od roku 2005 vyvíjala a poskytovala mu podporu spoločnosť **TORY CONSULTING, a.s.**, v rámci čoho práve táto spoločnosť získala **špecifické know-how**, na základe čoho v súčasnosti (z technických dôvodov) informačnému systému kontrolovaného **nevie** podľa kontrolovaného **poskytnúť servisnú podporu a údržbu**, ako ani **rozširovanie a úpravu funkcií aplikácií a modulov SAP**, žiadny iný hospodársky subjekt na relevantnom trhu (nevynímajúc zmluvných partnerov spoločnosti SAP, ako ani samotnú spoločnosť SAP) v danom čase a na danom mieste
- pri argumentácii poukázal taktiež na iné rozhodnutie úradu z roku 2012, pričom išlo podľa neho o zadávanie rovnakej zákazky postupom priameho rokovacieho konania a úrad v danom prípade

nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, pričom kontrolovanému nie sú známe nové podstatné okolnosti, ktoré by mohli rozhodnutie úradu v tejto veci zmeniť

- k splneniu druhej podmienky - neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, kontrolovaný uviedol, že z predložených znaleckých posudkov jednoznačne vyplýva, že túto podmienku znalec aj znalecký ústav posudzovali vo vzťahu k relevantnému trhu, ktorým je Európska únia (európsky hospodársky priestor) a zhodne konštatovali, že **primeraná alternatíva, resp. náhradné riešenie, neexistuje**, nakoľko ide o **unikátne inovatívne softvérové technické riešenie**
- zároveň bolo v znaleckom posudku uvedené, že predmetné **softvérové riešenie bolo vytvorené pre jediného konkrétneho zákazníka – kontrolovaného, a to podľa jeho požiadaviek**
- kontrolovaný opäť poukázal, že v danom prípade existujú objektívne technické dôvody, pre ktoré neexistuje žiadne primerané alternatívne, resp. náhradné riešenie, prostredníctvom ktorého by bolo možné zabezpečiť rovnaký, resp. obdobný výsledok inou službou, prostredníctvom iného hospodárskeho subjektu, tak, aby nevznikli neprimerané ťažkosti a náklady pri dosiahnutí splnenia všetkých potrieb vyplývajúcich z legislatívnych požiadaviek určujúcich podmienky prevádzkovania uvedeného systému, nových legislatívnych zmien a zabezpečení všetkých uvedených cieľov pri integrovanom informačnom systéme v rámci kontrolovaného, spoločných moduloch, ako aj súvisiacich informačných systémoch
- pri svojej argumentácii sa odvolal aj na rozsudok Krajského súdu v Brne č. 62 Af62/2010- 367 zo dňa 26. 04. 2012 a rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č. 5 Afs 43/2012-54 zo dňa 11. 01. 2013, v ktorom Najvyšší správny súd uviedol, cit.: „*Pokiaľ žalovaný dôvodí, že realizovať zákazku by mohol aj iný dodávateľ, ale so zvýšenými nákladmi a preto podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania neboli splnené, nemôže s tým súd súhlasiť. V danom prípade by totiž zvýšené náklady spočívali v tom, že by dodávateľ musel znovu dodať plnenie, ktoré už bolo dodané v rámci predchádzajúcich zákaziek. Zadávateľ by teda znovu obdržal plnenia, ktoré má, za ktoré platil a ktoré využíva.*“
- kontrolovaný poukázal aj na rozhodnutie úradu č. 23199-6000/2016-ODI zo dňa 09. 05. 2017, cit.: „*Preštudovaním uvedených rozsudkov je treba dospieť k záveru, že sú postavené na princípe hospodárnosti a ich podstata spočíva v tom, že pokiaľ by zákazku mohol realizovať iný dodávateľ, avšak so zvýšenými nákladmi, možno sa tejto skutočnosti dovolávať ako dôvodu pre použitie priameho rokovacieho konania.*“
- uviedol taktiež, že ide o kontinuálny **vývoj systému od roku 2005, pričom existencia primeranej alternatívy alebo náhrady je absolútne nepravdepodobná**, keďže nejde len o samotnú existenciu alternatívy alebo náhrady, ale aj o to, či zrealizovanie inej dodávky nevyvolá na strane kontrolovaného neprimerané výdavky, a či mu nespôsobí neprimerané ťažkosti a uhradenie nemalej sumy finančných prostriedkov na niečo, čím už kontrolovaný disponuje (a čo bez problémov funguje), by znamenalo neefektívne a neúčelné vynaloženie finančných prostriedkov zo strany kontrolovaného
- kontrolovaný poukázal na znalecký posudok, ktorý predpokladá, že v prípade, **ak by aj primeraná alternatíva existovala (čo neexistuje)**, na vybudovanie nového informačného systému **by**

kontrolovaný musel vynaložiť dvojnásobok celkovej hodnoty doteraz investovaných prostriedkov

- nedostatok alternatívnych riešení je podľa kontrolovaného nestranný a objektívny, pričom alternatívne riešenie skutočne neexistuje, a teda **nedostatok alternatívnych riešení nie je úmyselne spôsobený subjektívnymi faktormi na strane kontrolovaného, ale vychádza predovšetkým z technických dôvodov**
- k splneniu tretej podmienky, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania uviedol, že opis **predmetu zákazky neobsahuje žiadne technické údaje na potrebné implementácie, ktoré by bolo možné považovať za umelé zúženie hospodárskej súťaže** a že vždy zadával zákazku v súlade s právnymi predpismi platnými a účinnými v čase zadávania tej-ktorej zákazky, čo podľa kontrolovaného dokazuje aj neexistencia rozhodnutia úradu o porušení zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k rovnakým zákazkám zadávaným v minulosti
- uviedol, že **záver rozhodnutia úradu, že absenciu hospodárskej súťaže spôsobil sám kontrolovaný**, keďže budoval systém od roku 2005 bez použitia niektorého z postupov podľa zákona o verejnom obstarávaní umožňujúcich otvorenú súťaž, **považuje za svojvoľný a ničím nepodložený a dodal, že budoval systém od roku 2005 bez použitia niektorého z postupov podľa zákona o verejnom obstarávaní umožňujúcich otvorenú súťaž z dôvodu, že žiadna hospodárska súťaž objektívne neexistovala**
- kontrolovaný je presvedčený, že v danom prípade ide o situáciu objektívnej výlučnosti, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný kontrolovaný so zreteľom na budúci postup obstarávania a dodal, že nemal v úmysle umelo obmedzovať hospodársku súťaž, naopak **práve na základe odporúčaní zástupcov úradu sa zameral na hľadanie exit stratégie vo vzťahu k vendor lock-inu a overenie si správnosti postupu nezávislou inštitúciou formou odborného stanoviska, resp. znaleckého posudku**

Posúdenie radou

- rada uviedla, že keďže všetky tri uvedené podmienky v súvislosti s použitím PRK na seba vzájomne nadväzujú, tzn., že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej, teda ak nie je splnená prvá podmienka, nemá žiadny význam skúmať splnenie druhej alebo tretej podmienky a preto **otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady teda podľa rady prichádza do úvahy až po preukázaní, že v danom prípade neexistuje hospodárska súťaž z technických dôvodov, čo zároveň nebolo spôsobené predchádzajúcim konaním obstarávateľa, ani umelým zúžením súčasných parametrov verejného obstarávania**
- rada poukázala, že **smernica 2014/25/EÚ na účely priameho rokovacieho konania uznáva len „situáciu objektívnej výlučnosti“, pričom tejto situácie sa možno dovolávať iba za predpokladu, že ju nevytvoril obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, pričom zároveň je zo smernice podľa rady zrejmé, že po tom, čo obstarávateľ preukáže, že**

nastala situácia takejto objektívnej výlučnosti, má povinnosť zdôvodniť, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia (napr. z akého dôvodu neprichádza do úvahy využitie funkčne porovnateľných služieb, ktoré sú schopné poskytnúť iné hospodárske subjekty)

- rada v zmysle uvedeného posudzovala splnenie zákonných podmienok na použitie PRK nasledovne:

a) Z technických dôvodov neexistujúca hospodárska súťaž

- k špecifickému know-how, ako technickému dôvodu na použitie PRK, rada uviedla, že samotné know-how získané poskytovateľom v rámci predchádzajúceho plnenia služieb servisnej podpory, údržby prevádzky a rozširovania informačného systému SAP kontrolovaného, nie je možné považovať za technický dôvod, ktorý by bránil poskytnutiu služieb iným hospodárskym subjektom, nakoľko počas dlhých rokov získané vedomosti a skúsenosti spoločnosti TORY CONSULTING, a.s. totiž podľa rady nemôžu automaticky zakladať výhradnosť dodávky touto spoločnosťou odvolávajúc sa na technické dôvody
- rada zároveň potvrdila, čo uviedol aj úrad v napadnutom rozhodnutí, že v takom prípade by sa tento subjekt stal automaticky jediným spôsobilým výhradným poskytovateľom požadovaných služieb na neobmedzene dlhú dobu, a to len z dôvodu, že by po celý čas od vytvorenia takéhoto softvéru (informačného systému) cez následné poskytovanie s tým súvisiacich služieb nadobúdala stále väčšie a väčšie know-how
- podľa rady informačné systémy vytvárajú, udržiavajú, obnovujú a rozvíjajú fyzické osoby a nie právnické osoby – firmy, pričom IT špecialisti však na trhu práce fluktuujú, menia spoločnosti a menia aj informačné systémy, (počas doby životnosti, resp. prevádzky informačných systémov dochádza k zmene osôb, ktoré poskytujú napr. podporné služby pre tieto informačné systémy) a preto rada neuznáva automatickú správnosť argumentácie, na základe ktorej by jedna a tá istá firma mala z technických dôvodov (nie z dôvodov založených na práve duševného vlastníctva) teoreticky aj nekonečné právo na údržbu a rozvoj softvéru, a to aj v prípade, keď sa jej zamestnanci mohli aj niekoľkokrát obmeniť a zároveň dodala že ide o jej ustálený právny názor, pričom poukazuje napr. na svoje rozhodnutie č. 13389- 9000/2017 zo dňa 07. 09. 2017
- k uvedenému rada doplnila, že minimálne na európskom trhu existuje množstvo porovnateľne veľkých spoločností (ako je kontrolovaný), ktoré si priebežne zabezpečujú podobné potreby rôznymi IT softvérmi (informačnými systémami) od rôznych dodávateľov
- v súvislosti s unikátnosťou informačného systému kontrolovaného rada opätovne poukazuje na svoje rozhodnutie č. 13389-9000/2017 zo dňa 07. 09. 2017, v ktorom o. i. uviedla, cit.: „Kontrolovaný tvrdí, a rada žiadnym spôsobom nespochybňuje, že jedným z technických dôvodov je potreba zabezpečiť kompatibilitu a interoperabilitu systému CRIS. Podľa rady však systém CRIS dozaista nie je jediným informačným systémom, pri úprave ktorého treba dbať na jeho kompatibilitu a interoperabilitu. V skutočnosti azda všetky na mieru vyrobené informačné systémy čelia rovnakému problému, a teda nejde o ojedinelú alebo výnimočnú prekážku. Taktiež náročnosť

technického riešenia systému CRIS rada nerozporuje, avšak náročnosť tohto systému sa nebude významne líšiť od náročnosti podobne robustných informačných systémov. Niektoré môžu byť menej zložité, iné zas omnoho komplikovanejšie, ale tak či onak, ich náročnosť nie je výnimočná. Do tretice, rada nespochybňuje ani kontrolovaným proklamovanú unikátnosť použitého technického riešenia. Aj tu je však potrebné skonštatovať, že každý na mieru vyrobený softvér je unikátny čo do svojho technického riešenia. Pokiaľ však má byť unikátnosť vlastnosťou všetkých na mieru vyrobených informačných systémov, tak už nepôjde o vlastnosť „unikátnu“, ale úplne bežnú a prirodzenú.

Účelom argumentácie uvedenej v predošlom odseku pritom nie je znižovať hodnotu technického riešenia systému CRIS, ale poukázať na fakt, že každý na mieru vyrobený informačný systém je náročný a unikátny svojím vlastným spôsobom. Inými slovami, rada nespochybňuje technickú náročnosť a unikátnosť systému CRIS a nespochybňuje ani dôležitosť potreby zabezpečiť jeho kompatibilitu a interoperabilitu. Rada poukazuje len na to, že tieto vlastnosti a potreby sú spoločné ak nie každému, tak veľmi vysokému počtu na mieru vyrobených informačných systémov. Ak by teda technická komplikovanosť a unikátnosť systému CRIS odôvodňovali použitie PRK v tomto prípade, odôvodňovalo by to zároveň použitie PRK pri veľkom počte iných informačných systémov. A tie by z časového hľadiska mohli byť priamym rokovacím konaním udržiavané a inovované prakticky donekonečna, keďže ich zložitosť a unikátnosť sa len tak nevytratia.“

- rada uviedla, že citované závery sú plne aplikovateľné aj na tento prípad a taktiež dodala, že to platí aj pre ďalšie dôvody, ktorými kontrolovaný odôvodňuje oprávnenosť použitia PRK -potrebu zabezpečovať optimalizáciu technickej akosti informačného systému prostredníctvom vlastností softvéru ako sú pružnosť, presnosť, správnosť, spoľahlivosť, efektívnosť, hospodárnosť a použiteľnosť tohto softvérového riešenia, potrebu predchádzať vzniku problému s informačným zahltením informačného systému, potrebu zabezpečiť nízku chybovosť pri zásahoch do existujúcich informačných systémov, potrebu zabezpečiť vnútornú kvalitu informačného systému prostredníctvom zdrojového kódu, kódovú zložitosť, ako aj pre požiadavky na technickú akosť informačného systému (presnosť, správnosť, spoľahlivosť, efektívnosť, hospodárnosť, použiteľnosť) a na nízku chybovosť pri zásahoch do integrovaného informačného systému, podľa rady **nejde o také technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, a teda pre ktoré by predmet obstarávaného plnenia nevedel kontrolovanému z technických dôvodov poskytnúť iný hospodársky subjekt, ako súčasný poskytovateľ**
- rada poukázala aj na samotné licenčné zmluvné podmienky, z ktorých rade vyplýva, že kontrolovaný v predmetnej zmluve, ktorú uzatvoril ako výsledok tohto priameho rokovacieho konania, sám počíta s možnosťou, že v budúcnosti by mu predmetnú (obstarávanú) službu mohol poskytovať iný dodávateľ, a práve z toho dôvodu do nej **zakomponoval licenčné podmienky**. Uvedené je pritom podľa rady správnym prístupom kontrolovaného, zároveň však **uvedené jednoznačne neguje argumentáciu kontrolovaného, ako aj predložených znaleckých posudkov, že obstarávaný predmet zákazky nevie z technických**

dôvodov poskytnúť žiadny iný hospodársky subjekt ako súčasný poskytovateľ. Výlučnosť súčasného poskytovateľa teda podľa rady v tomto prípade nespočíva v technických dôvodoch, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, ale v dôvodoch spočívajúcich v samotnej existencii výlučnosti spoločnosti TORY CONSULTING, a.s., ktorá na základe priamych zadaní od roku 2005 kontrolovanému poskytuje obstarávané služby, pričom doteraz si kontrolovaný zmluvne nezabezpečil dispozíciu potrebnými zdrojovými kódmi a autorskými dielami tejto spoločnosti

- v nadväznosti na problematiku s preukazovaním existencie technických dôvodov poukázala rada aj na rozhodnutie č. 13389- 9000/2017 zo dňa 07. 09. 2017, kde konštatovala nasledovné, cit.:
„V tejto súvislosti rada konštatuje, že v prípade na mieru vyrobených IT systémov nie je možné skonštatovať, že pre firmu odlišnú od tvorca IT systému, je „takmer technicky nemožné“ oboznámiť sa s daným systémom a poskytovať mu údržbu. Rada pritom netvrdí, že ide o triviálnu činnosť, práve naopak, vo väčšine prípadov ide o síce veľmi sofistikovanú, ale nie technicky nemožnú službu. Rada taktiež konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal, že v danom prípade iba dodávateľ disponuje „osobitným know-how, nástrojmi alebo prostriedkami“ na poskytnutie služby, pričom za osobitné know-how rada nepovažuje znalosť systému CRIS, ale programovania systémov ako takých, čo je dnes už relatívne bežne ponúkaná služba. Kontrolovaný napokon nepreukázal ani existenciu osobitných požiadaviek na interoperabilitu, požadovaných na zabezpečenie fungovania obstarávaných služieb, ktoré by odôvodňovali skutočnosť, že obstarávaný systém môže dodať len jeden hospodársky subjekt. Rada podporne v daných súvislostiach poukazuje aj na list Európskej komisie citovaný v bode 30 tohto rozhodnutia, ktorý predstavuje pravdepodobne najaktuálnejší výklad Európskej komisie k použitiu priameho rokovacieho konania v daných súvislostiach. Európska komisia v ňom uviedla, že pri posudzovaní odôvodnenosti priameho rokovacieho konania na údržbu a rozvoj „na mieru vyrobeného“ softvéru „ako prvé musí byť preukázané, že neexistuje žiaden iný uchádzač na trhu, ktorý je schopný dodať predmet zmluvy. Čo sa na mieru vyrobeného softvéru týka, takýto dôkaz sa zdá byť problematický, pokiaľ nie je založený na právach duševného vlastníctva.“ Aj podľa názoru Európskej komisie je teda vo vzťahu k informačným systémom problematické preukázať existenciu technických dôvodov, pre ktoré neexistuje na trhu žiadny iný možný dodávateľ.“
- rada sa nestotožňuje s argumentáciou kontrolovaného, z ktorej podľa rady vyplýva a kontrolovaný má za to, že pokiaľ v konaní predložil znalecké posudky, úrad mal na výber de facto medzi dvoma možnosťami, a to alebo bezvýhradne prevziať závery predložených znaleckých posudkov, alebo si nechať vypracovať vlastný znalecký posudok, nakoľko takáto argumentácia je v priamom rozpore so zásadou voľného hodnotenia dôkazov správnym orgánom, v zmysle ktorej je naopak správny orgán povinný zaoberať sa tiež posúdením, či je znalecký posudok dostatočne odôvodnený, či je spôsob vyvodzovania záverov v znaleckom posudku logicky konzistentný, a pod.
- rada v tejto súvislosti poukázala na rozsudok Krajského súdu v Brne, sp. zn. 31 Af 17/2018, v ktorom tento súd uviedol: „Ani znalecký posudek predložený žalobcom po vydání prvostupňového rozhodnutí totiž nelze považovat za důkaz, který by mohl osvědčit druhou z předestřených

povinnosti žalobce. *Ačkoliv soudy ani správní orgány zásadně nejsou oprávněny přehodnocovat „odborné“ závěry znalce, nemohou slepě přejímat jeho závěry, aniž by se zabývaly tím, zda je znalecký posudek dostatečně odůvodněn, zda je způsob vyvozování závěrů logicky konzistentní, zda jsou použita teoretická východiska věrohodná či zda jsou znalcem použité metody spolehlivé. Pro tato hodnocení není často nutné odborné hodnocení ze strany dalšího znalce. Závěr o nedostatečnosti znaleckého posudku předloženého žalobcem přitom neplyne z jakéhokoliv přehodnocování „odborných“ závěrů znalce, nýbrž ze zcela zjevných a zásadních nedostatků znalcem použité metodiky.“*

- zároveň rada taktiež poukázala na rozsudok Ústavného súdu Českej republiky, sp. zn. I. ÚS 49/2006, podľa ktorého, cit.: *„Ústavní soud se ve své judikatuře k povaze znaleckého posudku jako důkazního prostředku vyjádřil již několikrát a dospěl k závěru, že znalecký posudek je nepochybně významným druhem důkazních prostředků a v rámci dokazování v trestním řízení mu přísluší významné místo. „Nelze však pustit ani na okamžik ze zřetele, že ze stěžejních zásad dokazování v novodobém trestním procesu vyplývá požadavek kritického hodnocení všech důkazů, včetně znaleckého posudku. Znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, ani on nepožívá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti.“ [srov. např. nálezy sp. zn. III. ÚS 77/01 ze dne 10. 7. 2001 (N 104/23 SbNU 45), sp. zn. I. ÚS 429/03 ze dne 4. 12. 2003 (N 141/31 SbNU 257) či sp. zn. III. ÚS 299/06 ze dne 30. 4. 2007 (N 73/45 SbNU 149)]. Dále konstatoval, že hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Je třeba trvat na povinnosti orgánů činných v trestním řízení hodnotit znalecký posudek ze všech aspektů shora naznačených, včetně jeho odborné správnosti. Tato zásada je běžně uznávána v odborné procesualistické literatuře (srov. např. Šámal, P.: Trestní právo procesní. 2. vyd. Praha: C. H. Beck 2003, str. 451; Mathern, V.: Znalecký posudok ako dôkazný prostriedok v československom trestnom konaní. Bratislava: Veda 1976, str. 109 a násl.). Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku, slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem podle jeho vnitřního přesvědčení, a naopak privilegiovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze z ústavněprávních hledisek akceptovat.“*
- v nadväznosti na predložené znalecké posudky rada konštatuje, že z nich nevyplýva práve ten technický aspekt, ktorý výlučne z technických dôvodov neumožňuje plniť obstarávaný predmet zákazky iným hospodárskym subjektom ako súčasným poskytovateľom a teda nepreukazujú existenciu technických dôvodov, pre ktoré obstarávané služby nevie poskytnúť iný hospodársky subjekt
- rada v súvislosti s rozhodnutím z roku 2012, na ktoré poukazoval kontrolovaný uviedla, že išlo o rozhodnutie č. č. 272-7000/2012-OK/4 zo dňa 17. 04. 2012, kde predmetom kontroly zo strany

úradu bolo zadávanie rovnakej zákazky postupom priameho rokovacieho konania, v ktorom úrad nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, avšak úrad v danom prípade posudzoval použitie postupu priameho rokovacieho konania kontrolovaným z dôvodu výhradných práv, v ktorom zatiaľ platného právneho stavu výhradné práva spoločnosti TORY CONSULTING, a.s. uznal. V tomto posudzovanom postupe priameho rokovacieho konania sa však kontrolovaný odvoláva na technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, a ktoré kontrolovaný podľa rady v tomto prípade nepreukázal

- rada skonštatovala, že kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal (ani predloženými znaleckými posudkami), že obstarávaný predmet zákazky nevie výlučne z technických dôvodov poskytnúť žiadny iný hospodársky subjekt, ako súčasný poskytovateľ TORY CONSULTING, a.s., a mala za to, že kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal splnenie tejto podmienky na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a síce, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, a teda, že z technických dôvodov existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže danú zákazku realizovať

b) Chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania

- zo smernice 2014/25/EÚ podľa rady vyplýva, že smernica na účely priameho rokovacieho konania uznáva len „situáciu objektívnej výlučnosti“, pričom tejto situácie sa možno dovolávať iba za predpokladu, že ju nevytvoril obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania
- rada v tejto súvislosti poukázala na svoje rozhodnutie č. 13389-9000/2017 zo dňa 07. 09. 2017, v ktorom rada uviedla nasledovné, cit.: „Rada na začiatku považuje za dôležité ozrejniť, čo sa skrýva za slovným spojením „neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania“. Toto ustanovenie totiž možno vykladať tak, že **súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov teraz, v aktuálnom verejnom obstarávaní, ale aj tak, že súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov už niekedy v minulosti.** Odpoveď, ako správne vyložiť predmetné slovné spojenie, nám poskytuje smernica 2014/25/EÚ a z nej vyplýva, že oba výklady sú správne. V bode 61 preambuly tejto smernice je ustanovené, že situácia objektívnej výlučnosti môže odôvodniť použitie priameho rokovacieho konania len „keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania.“ To znamená, že **pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená konaním verejného obstarávateľa v minulosti, priame rokovacie konanie nie je oprávnené.** Druhý výklad vyplýva z článku 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, podľa ktorého priame rokovacie konanie možno uskutočniť len ak „chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania“. To znamená, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená napr. diskriminačným opisom predmetu zákazky v súčasnom, práve prebiehajúcim priamom rokovacom konaní, takýto postup bude nelegálny. Správnosť uvedeného dvojitého výkladu smernice potvrdzuje aj samotná Európska komisia. Vo vyššie spomínanom liste (...) vyslovene uvádza, že **otázka, či existuje alebo neexistuje primeraná alternatíva, prichádza do úvahy iba keď chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom predchádzajúceho konania verejného obstarávateľa a umelého zúženia súčasných parametrov verejného obstarávania**“.

- rada poukázala na skutočnosť, že predmetný **informačný systém je podľa vyjadrení samotného kontrolovaného systematicky budovaný od roku 2005 bez použitia niektorého z postupov umožňujúceho otvorenú hospodársku súťaž**, pričom kontrolovaný si doteraz zmluvne nezabezpečil **dispozíciu potrebnými zdrojovými kódmi a autorskými dielami** spoločnosti TORY CONSULTING, a.s. v dôsledku čoho mala rada za to, že absenciu hospodárskej súťaže v predmetnom prípade vytvoril sám kontrolovaný, a teda v tomto prípade **nejde o situáciu objektívnej výlučnosti**
- v tejto súvislosti dala rada po pozornosti rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S/198/2017 zo dňa 27. 11. 2019, cit.: *„Zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože verejný obstarávateľ je stranou určujúcou obchodné podmienky plnenia zmluvy, ktoré uchádzač nemôže upravovať ani ďalej meniť v procese verejného obstarávania, a teda možnosti participácie dodávateľa na formulovaní zmluvných podmienok sú značne obmedzené. Podľa správneho súdu žalobca ako verejný obstarávateľ túto pozíciu svojím postupom kompromitoval, keď ako nákupca urobil ústupky súkromnej spoločnosti, ktorá odmietla sprístupniť svoj program na úpravu pre tretie osoby. Proprietárne uzamknutie (resp. uzamknutie zákazníka) robí zákazníka závislým na produktoch a službách konkrétneho subjektu tým, že vytvára značné náklady na prechod na produkty a služby iných spoločností. Je to možné dosiahnuť aj použitím neštandardizovaných súčastí produktu, ktoré sú chránené napr. patentom alebo autorským zákonom. Proprietárny softvér tak núti užívateľa do nežiaduceho „vendor lock-in“, teda proprietárneho uzamknutia jedného výrobcu. Uzamknutia, ktoré vytvárajú bariéry pre verejného obstarávateľa negatívne ovplyvňujú možnosť ostatných hospodárskych subjektov plniť danú zákazku. Žalovaný riadne zistil skutkový stav a tento aj správne právne vyhodnotil, kedy žalobca nepreukázal naplnenie ďalších podmienok vyžadovaných v zmysle § 81 písm. b) bod 3 ZVO.“*
- rada mala za to, že **absenciu hospodárskej súťaže v predmetnom prípade vytvoril sám kontrolovaný** a skonštatovala, že kontrolovaný v tomto prípade **nepreukázal splnenie tejto podmienky na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní**, a síce, že **chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**

c) Neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady

- rada mala za to, ak obstarávateľ nepreukáže, že v danom prípade ide o situáciu objektívnej výlučnosti, skúmanie podmienky neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady nemá opodstatnenie a **keďže kontrolovaný nepreukázal existenciu technických dôvodov, pre ktoré v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž a ani nepreukázal, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, resp. že nie je výsledkom predchádzajúceho konania (opomenutia) obstarávateľa, podľa rady skúmanie existencie, resp. neexistencie primeranej alternatívy v tomto prípade nemala opodstatnenie** a poukázala napríklad na svoje rozhodnutia č. 13750-9000/2017 zo dňa 30. 10. 2017, ako aj č. 11953-9000/2017 zo dňa 27. 07. 2017, pričom v týchto prípadoch rada dospela k rovnakému záveru

- rada v závere skonštatovala, že kontrolovaný v tomto **prípade nepreukázal kumulatívne splnenie zákonných podmienok na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO** a na základe uvedeného rada **neidentifikovala žiadny dôvod na zmenu rozhodnutia úradu**, a teda **odvolanie** kontrolovaného považuje v celom rozsahu za **nedôvodné**

Nedovolené rozdelenie zákazky a vyhnutie sa použitia prísnejšieho postupu
„Výstavba, resp. rekonštrukcia verejného osvetlenia“

Verejný obstarávateľ zadal v priebehu jedného roka 14 samostatných zákaziek, ktorých predmetom bola výstavba, resp. rekonštrukcia verejného osvetlenia v meste. Súčet predpokladaných hodnôt týchto zákaziek presiahol finančný limit podlimitnej zákazky na uskutočnenie stavebných prác.

Číslo rozhodnutia: 3326-9000/2021

Číslo prvostupňového rozhodnutia: 8510-6000/2020-OD/6

Typ rozhodnutia: rozhodnutie o odvolaní uchádzača proti rozhodnutiu v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy

Verejný obstarávateľ/odvolateľ: Mesto Malacky

Predmet zákaziek: Výstavba, resp. rekonštrukcia verejného osvetlenia v meste Malacky

Predpokladaná hodnota zákazky: 366 321,17 EUR bez DPH

Postup zákazky: 14 samostatných zákaziek na uskutočnenie stavebných prác zadaných podľa § 117 ZVO – zákazka s nízkou hodnotou

Kľúčové slová: rozdelenie zákazky, časová súvislosť, miestna súvislosť, vecná súvislosť, funkčná súvislosť, použitie menej prísneho postupu

Skutkové okolnosti:

- Verejný obstarávateľ zadal trom rozličným dodávateľom v priebehu kalendárneho roka 14 samostatných zákaziek s nízkou hodnotou, ktorých predmetom bolo:
- **Zákazka č. 1** Osvetlenie garáží na Pribinovej ulici – dodávateľ „A“ (dve objednávky + dve faktúry); objednávky: 3. 1. 2019 a 5. 2. 2019
 - **Zákazka č. 2** Výstavba verejného osvetlenia na Hodžovej ulici – dodávateľ „A“; objednávka: 23. 1. 2019
 - **Zákazka č. 3** Verejné osvetlenie k príjazdovej komunikácii záchytného parkoviska P&R Malacky – dodávateľ „B“; objednávka: 28. 2. 2019
 - **Zákazka č. 4** Rekonštrukcia a technické zhodnotenie verejného osvetlenia na Ceste mládeže – dodávateľ „B“; objednávka: 16. 5. 2019
 - **Zákazka č. 5** Osvetlenie chodníka futbalového štadiónu – dodávateľ „A“;

objednávka: 17. 7. 2019

- **Zákazka č. 6** *Rekonštrukcia a technické zhodnotenie verejného osvetlenia na Ceste mládeže II. etapa* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 7. 8. 2019
 - **Zákazka č. 7** *Verejné osvetlenie cesty mládeže III. etapa* – dodávateľ „C“ ; objednávka: 3. 9. 2019
 - **Zákazka č. 8** *Verejné osvetlenie na Štúrovej ulici* – dodávateľ „C“ ; objednávka: 3. 9. 2019
 - **Zákazka č. 9** *Verejné osvetlenie v Zámočkom parku, RVO, príprava na kamery* - dodávateľ „B“ ; objednávka: 30. 9. 2019
 - **Zákazka č. 10** *Výstavba verejného osvetlenia na ulici Továrenská a Pezinská* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 24. 9. 2019
 - **Zákazka č. 11** *Verejné osvetlenie – vnútroblok na Bernolákovej ulici* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 16. 10. 2019
 - **Zákazka č. 12** *Verejné osvetlenie Továrenská a Pezinská ulica* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 21. 10. 2019
 - **Zákazka č. 13** *Verejné osvetlenie – RVO Dielenská* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 7. 11. 2019
 - **Zákazka č. 14** *Verejné osvetlenie Továrenská - Dielenská* – dodávateľ „B“ ; objednávka: 7. 11. 2019
- Postupom verejného obstarávateľa sa zaoberal úrad v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy.
- Úrad vo svojom rozhodnutí konštatoval, že medzi zákazkami existuje evidentná časová, miestna a vecná súvislosť.
- Na základe všetkých skutočností úrad v rozhodnutí konštatoval, že verejný obstarávateľ zadaním štrnástich samostatných zákaziek v rovnakom časovom období, s predmetnom plnenia na rovnakom geografickom území a s obdobným predmetom plnenia, **obmedzil hospodársku súťaž**, nakoľko neumožnil zúčastniť sa predmetného postupu zadávania zákazky aj iným ako len osloveným a vybraným hospodárskym subjektom.
- Tento postup verejného obstarávateľa bol v rozpore s **§ 10 ods. 1 ZVO**, keď na obstaranie zákaziek č. 1 až č. 14 použil postupy pre zadávanie zákaziek podľa § 117 ZVO, napriek tomu, že v zmysle správneho určenia predpokladanej hodnoty zákazky v uvedenom prípade, v nadväznosti na časovú, miestnu a vecnú súvislosť obstarávaných stavebných prác, mal použiť postup pre zadávanie podlimitných zákaziek, a takisto v rozpore s **§ 6 ods. 16 ZVO**, keď zákazku na uskutočnenie stavebných prác rozdelil, resp. zvolil spôsob určenia jej predpokladanej hodnoty s cieľom znížiť predpokladanú hodnotu zákazky pod finančný limit a vyhnúť sa tak použitiu postupu pre zadávanie podlimitných zákaziek, aj napriek evidentnosti časovej, miestnej a vecnej súvislosti stavebných prác obstarávaných v rámci zákaziek č. 1 až č. 14.
- Verejný obstarávateľ sa proti rozhodnutiu úradu odvolal.

Argumenty odvolateľa:

- Odvolateľ vo svojom odvolaní uviedol, že jednotlivé zákazky boli v priebehu kalendárneho roka zadávané samostatne tak, ako ich zabezpečenie vyplynulo z potrieb bežnej prevádzky mesta, potrieb zabezpečenia funkčnosti systému verejného osvetlenia a potrieb vyvolaných realizáciou iných stavebných diel, ktoré v tom čase nesúviseli s verejným osvetlením, a nebolo ich možné predvídať a už vôbec nie plánovať.
- Odvolateľ uviedol k daným zákazkám niekoľko príkladov, ktoré podľa jeho názoru potvrdzujú ich ad hoc realizáciu. Napríklad:
 - pri zákazke č. 1 išlo o realizáciu osvetlenia na základe žiadosti poslanca za mestský obvod v dôsledku skutočnosti, že pri výstavbe susedného bytového domu developer odstránil pôvodné osvetlenie a v lokalite zostala tma;
 - pri zákazke č. 5 išlo o situáciu, keď v súvislosti s rekonštrukciou detského ihriska sa po vybúraní ihriska zistilo, že pôvodné osvetlenie nie je funkčné, pričom mestská spoločnosť vykonávajúca správu osvetlenia oznámila, že nie je možné sfunkčniť ani rozpadnuté hliníkové podzemné vedenia. V záujme bezpečnosti detí bolo potrebné na vzniknutú situáciu reagovať;
 - zákazka č. 10 bola rovnako neplánovanou zákazkou, ktorá nebola zahrnutá ani do rozpočtu na daný rok 2019, a ktorej realizácia vyplynula z výnimočnej účelovej dotácie od spoločnosti X na základe zmluvy o poskytnutí finančných prostriedkov v roku 2019, pričom oznámenie o plánovanej finančnej dotácii dostal odvolateľ v júni 2019, následne bola v júni 2019 schválená mestským zastupiteľstvom zmena rozpočtu a podpísaná Zmluva, ktorej predmetom je v zmysle jej bodu 1.1 „*dohoda zmluvných strán o spôsobe a podmienkach poskytnutia finančných prostriedkov Poskytovateľa Prijímateľovi pre účely rozšírenia verejného osvetlenia na Továrnskej ulici v Malackách*“;
 - atď.
- Odvolateľ ďalej uviedol, že základným predpokladom pre to, aby bolo možné postup verejného obstarávateľa označiť za porušenie zákazu účelového rozdelenia zákazky v zmysle § 6 ods. 16 ZVO, je fakt, že verejný obstarávateľ plánoval v jednom momente obstaranie určitých plnení, ktoré sa rozhodol rozdeliť do viacerých zákaziek z dôvodu, aby „podliezol“ finančné limity dané zákonom o verejnom obstarávaní. Ak však neexistuje spoločný moment, v ktorom k takémuto rozhodovaniu prišlo, nie je podľa neho v žiadnom prípade možné hovoriť o porušení zákazu účelového rozdelenia zákazky v zmysle predmetného ustanovenia. Ak teda verejný obstarávateľ v čase prípravy a zadávania konkrétnej zákazky nevedel, že bude (hoci aj v blízkom čase) potrebovať a objektívne aj (finančne) môcť zabezpečiť aj ďalšie zákazky, tak z logiky veci vyplýva, že nie je možné o účelovom rozdelení zákazky vôbec hovoriť
- K časovej súvislosti jednotlivých zákaziek uviedol, že v prípade zákaziek č. 10, č. 12 až č. 14 išlo o neplánované zákazky, ktoré neboli zahrnuté ani do rozpočtu na rok 2019, a v prípade ostatných zákaziek išlo o zákazky, ktorých zabezpečenie vyplynulo z potrieb bežnej prevádzky mesta, potrieb zabezpečenia funkčnosti systému verejného osvetlenia a potrieb vyvolaných realizáciou iných stavebných diel, ktoré v tom čase nesúviseli s verejným osvetlením, a nebolo možné ich plánovane predvídať.

- Posudzované zákazky teda neboli a nemohli byť plánované, keďže ich realizácia vyplynula jednak z výnimočných účelových dotácií od súkromných subjektov (zákazky č. 10, č. 13 a č. 14) a jednak z výnimočných okolností vzniknutých pri realizácii iných stavebných prác (napr. zákazka č. 1, č. 5 a č. 11).
- Podľa názoru odvolateľa je logické, že v momente, keď mal možnosť získať neočakávané finančné prostriedky na realizáciu osvetlenia, tak túto príležitosť využil a vybudovanie osvetlenia zrealizoval. Rovnako je podľa neho logické, že v prípade situácie, keď v meste chýba v niektorej jeho časti osvetlenie, tak mesto nemôže nereagovať a musí osvetlenie danej časti bezodkladne zabezpečiť.
- Odvolateľ mal teda za to, že nemohol posudzované zákazky zadávať v jednom postupe verejného obstarávania, keďže o ich existencii nemal vedomosť v jednom časovom okamihu, čo je základný predpoklad k tomu, aby určité zadania mohli byť obstarávané v rámci jednej zákazky. Na základe toho konštatoval, že **medzi posudzovanými zákazkami nie je časová súvislosť** v intenciách, ktoré by mohli indikovať akúkoľvek účelovosť rozdelenia zákazky.
- Odvolateľ takisto uviedol, že nemožnosť riadne naplánovať realizáciu posudzovaných zákaziek bola daná objektívnymi skutočnosťami. Podľa jeho názoru akékoľvek mesto či obec môže plánovať len to, nad čím má objektívne kontrolu. Nemôže plánovať napr. realizáciu zákaziek, ktorých potreba nastala pri realizácii iných zákaziek alebo ktoré boli realizované v dôsledku nepredvídateľných účelových dotácií zo strany súkromného sektora.

Rozhodnutie Rady:

- Úlohou rady v odvolacom konaní bolo posúdiť, či odvolateľ porušil zákon o verejnom obstarávaní, a teda či bol povinný zadať zákazky podlimitným postupom zadávania. Predpokladom je, že medzi zákazkami č. 1 až č. 14 existovala zároveň časová, miestna a vecná (funkčná) súvislosť.
- Rada v úvode svojho rozhodnutia v súvislosti s určením, či ide o viacero samostatných zákaziek alebo o zákazku, ktorá mala byť obstarávaná v rámci jedného postupu verejného obstarávania, poukázala na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky zo dňa 27. 06. 2007, č. j. 2 Afs 198/2006, podľa ktorého, cit.: *„Zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, **nutno** ve smyslu § 67 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických**“*, resp. rozsudok Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 57/2010-535, zo dňa 09. 12. 2010, podľa ktorého, cit.: *„(...) určení toho, zda jde o více předmětů veřejných zakázek (a jde o více veřejných zakázek) nebo zda jde o více částí téhož předmětu veřejné zakázky, je v praxi problém. (...) Proto je třeba vystačit s obecným pravidlem, podle něhož **jde-li o plnění, jež má být ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky uskutečňováno, svým charakterem totožné či obdobné, pak jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, a tedy jde o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou.** (...) Tu lze využít*

prejudikáty Nejvyššího správního soudu, který ve věci sp. zn. 2 Afs 198/2006 (...) judikoval, že zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, je nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických.“

- Vo vzťahu k posúdeniu **časovej súvislosti** obstarávaných zákaziek rada konštatovala, že časová súvislosť znamená najmä rovnaké, prípadne časovo blízke obdobie realizácie jednotlivých procesných úkonov zo strany odvolateľa, napr. vyhlásenie predmetných postupov zadávania zákaziek, uzavretie zmlúv, či rovnaká alebo podobná lehota plnenia zákaziek.
- Rada sa stotožnila s posúdením časovej súvislosti úradom, pričom uviedla, že vzhľadom na skutočnosť, že všetky zákazky boli zadávané v priebehu kalendárneho roka 2019, a to v období od januára do novembra, je zrejmé, že odvolateľ o potrebe uskutočnenia týchto stavebných prác musel, resp. mal mať vedomosť v približne rovnakom časovom období. Obdobie jedenástich kalendárnych mesiacov (v priebehu jedného kalendárneho roka), v priebehu ktorých odvolateľ zadal štrnásť samostatných zákaziek, je podľa rady potrebné považovať za **časovo blízke obdobie** zadávania a realizácie jednotlivých zákaziek.
- Rada v tejto súvislosti poukázala aj na skutočnosť, že napr. zákazky č. 7 a č. 8 boli zadané v ten istý deň objednávkou dodávateľovi „C“; zákazky č. 13 a č. 14 boli zadané objednávkou v ten istý deň, obe dodávateľovi „B“; zákazky č. 11, č. 12 a č. 13 boli dodávateľom „B“ fakturované v rovnaký deň; či napr. zákazky č. 1 a č. 2 boli dodávateľom „A“ takisto fakturované v rovnaký deň.
- Rada dala do pozornosti svoje rozhodnutie č. 13872-9000/2017 zo dňa 06. 10. 2017, v ktorom vo vzťahu k časovej súvislosti konštatovala nasledovné, cit.: *„Rada sa v plnej miere stotožňuje s posúdením aspektu časovej súvislosti úradom. Aj podľa rady je totiž medzi zadávaním 7 zákaziek v priebehu 6 mesiacov evidentná časová súvislosť. Je potrebné si uvedomiť, že v danom prípade ide v priemere o viac ako jednu zákazku na mesiac. Vo verejnom obstarávaní je pritom kľúčovou fázou plánovanie, pri ktorom sú verejní obstarávatelia povinní určiť rozsah svojich potrieb na dlhšie obdobie vopred a vychádzajúc z kumulatívnej hodnoty daných potrieb určiť aj postup, ktorým sa budú riadiť. Opačný postup, t. j. že verejný obstarávateľ by mohol prakticky kedykoľvek, keď to potrebuje, zadávať zákazky samostatne, by viedol k rozdeľovaniu väčších zákaziek a tým aj k obídeniu zákona o verejnom obstarávaní. Ako demonštratívny príklad rada uvádza potrebu rekonštrukcie budovy s dvadsiatimi miestnosťami. Túto rekonštrukciu je verejný obstarávateľ povinný naplánovať a následne na základe predpokladanej hodnoty celkovej ceny za všetkých 20 miestností určiť postup, ktorým sa bude riadiť. Opačný prístup, keď by verejný obstarávateľ zadával objednávky postupne s mesačným odstupom a na každú miestnosť zvlášť, by bol obchádzaním povinností stanovených zákonom o verejnom obstarávaní.“*
- Rada sa vo svojom rozhodnutí vysporiadala aj s argumentami odvolateľa, ktorými pri jednotlivých zákazkách zdôvodňoval, prečo tieto zákazky neboli a nemohli byť plánované, keďže ich realizácia

vyplývala z výnimočných účelových dotácií od súkromných subjektov alebo z výnimočných okolností vzniknutých pri realizácii iných stavebných prác. Napríklad:

- Vo vzťahu k **zákazke č. 1**, pri ktorej odvolateľ uviedol, že išlo o realizáciu osvetlenia na základe žiadosti poslanca za mestský obvod v dôsledku skutočnosti, že pri výstavbe susedného bytového domu developer odstránil pôvodné osvetlenie a v lokalite zostala tma, rada uviedla, že toto tvrdenie odvolateľ žiadnym spôsobom nepreukázal, a preto je **nepreskúmateľné**. Uvedenému tvrdeniu však podľa rady nenásvedčuje skutočnosť, že túto zákazku ešte aj rozdelil a zadával ju na dvakrát, čo nenásvedčuje záveru, že by malo ísť o havarijnú situáciu. Pre úplnosť rada dodala, že prvá objednávka z januára 2019 **sa odvoláva na cenovú ponuku úspešného uchádzača zo dňa 19. 12. 2018**, čo podľa rady preukazuje skutočnosť, že odvolateľ musel mať o potrebe týchto prác vedomosť ešte v roku 2018.
- Pri **zákazke č. 5** odvolateľ uviedol, že išlo o situáciu, keď v súvislosti s rekonštrukciou detského ihriska sa po jeho vybúraní zistilo, že pôvodné osvetlenie nie je funkčné, pričom mestská spoločnosť vykonávajúca správu osvetlenia oznámila, že nie je možné sfunkčniť ani rozpadnuté hliníkové podzemné vedenia a pri **zákazke č. 11** uviedol, že sa počas realizácie rekonštrukcie chodníkov a parkovísk zistilo, že dodávateľ nevie postupovať v prácach, keďže na mieste nových parkovísk sa nachádzajú staré stožiare s podzemným hliníkovým vedením. Ak by prišlo k ich prekládke bez nového vedenia, hliníkové káble by sa rozpadli. V súvislosti s týmito tvrdeniami rada poukázala na skutočnosť, že ešte v rokoch 2015 a 2016 odvolateľ vyhlásil dve podlimitné zákazky na komplexnú modernizáciu osvetlenia mesta, ku ktorým boli vypracované technické správy k zákazke. V uvedených správach bola konštatovaná nutnosť výmeny infraštruktúry verejného osvetlenia v meste. Podľa názoru rady bolo teda odvolateľovi už v roku 2015 známe, že v ďalších etapách modernizácie verejného osvetlenia bude potrebné nutne riešiť problematiku výmeny infraštruktúry verejného osvetlenia v meste, keďže **už v roku 2015 bola v značne zlom stave**. Odvolávať sa teda v roku 2019 na výnimočné okolnosti v súvislosti s funkčnosťou verejného osvetlenia, a tým odôvodňovať nemožnosť zahrnúť predmetné stavebné práce do plánu verejného obstarávania na rok 2019, vo svetle uvedených skutočností podľa rady neobstojí.
- K **zákazke č. 12** odvolateľ okrem iného uviedol, že prepájací kábel prechádza cez časť ulice s rodinnými domami, kde **doteraz nebolo verejné osvetlenie** a ktorú bolo potrebné rozkopáť. Preto bolo osadenie svietidiel a vybudovanie verejného osvetlenia na tejto trase podľa odvolateľa ekonomické a logické, aby bola osvetlená i táto časť mesta. Rada konštatovala, že ani toto tvrdenie odvolateľ žiadnym spôsobom nepreukázal, a preto je nepreskúmateľné. Zároveň rada uviedla, že ak na predmetnej časti ulice nebolo doteraz verejné osvetlenie, celkom zjavne nejde o nepredvídateľnú udalosť ani o neplánovateľné stavebné práce v súvislosti s osvetlením tejto časti ulice.
- Vo vzťahu k **zákazke č. 10**, pri ktorej odvolateľ tvrdil, išlo o neplánovanú zákazku, ktorá nebola zahrnutá ani do rozpočtu na rok 2019, a ktorej realizácia vyplývala z výnimočnej účelovej dotácie od spoločnosti, X rada poukázala na články zverejnené na webovej stránke odvolateľa

z rokov 2018 a 2020. Z týchto podľa rady jasne vyplynula nielen vedomosť odvolateľa o potrebe zabezpečenia verejného osvetlenia v predmetnej časti mesta, ale *de facto* samotný zámer zabezpečiť opravu (doplnenie) verejného osvetlenia taktiež na uliciach, ktoré sa týkajú úradom identifikovaných zákaziek. V tomto pláne, deklarovanom na webovej stránke mesta už vo februári, resp. septembri 2018 sa tiež uvádza aj časť mesta, ktorá bola predmetom zákazky č. 10 (ulice Továrenská, Pezinská a Dielenská), čo podľa rady nasvedčuje záveru, že odvolateľ mal vedomosť o realizácii predmetnej zákazky (resp. potrebe jej realizovania) ešte pred dátumom oznámenia o poskytnutí účelovej dotácie spoločnosťou X.

- Na základe uvedeného je podľa rady možné mať za to, že **zadávanie štrnástich samostatných zákaziek s nízkou hodnotou v priebehu roka 2019 nebolo dôsledkom skutočností, ktoré boli nepredvídateľné a nenaplánovateľné** tak, ako tvrdí odvolateľ, resp. odvolateľ takéto skutočnosti **nepreukázal**.
- Na základe skutočností uvedených radou k argumentom odvolateľa k jednotlivým zákazkám je podľa rady jeho postup možné interpretovať tak, že skutočným problémom nebola nepredvídateľnosť jednotlivých prác, ale problémom bolo práve plánovanie verejného obstarávania odvolateľom.
- Rada zdôraznila, že **vo verejnom obstarávaní je kľúčovou fázou plánovanie**, pri ktorom sú verejní obstarávatelia povinní určiť rozsah svojich potrieb na dlhší čas a z kumulatívnej hodnoty týchto potrieb určiť postup, ktorým budú zabezpečovať naplnenie týchto plánovaných potrieb. Postup, kedy by verejní obstarávatelia mohli prakticky kedykoľvek, keď potrebujú, zadávať zákazky samostatne, by podľa rady totiž viedol k rozdeľovaniu väčších zákaziek, a tým aj k obchádzaniu povinností stanovených zákonom o verejnom obstarávaní.
- V súvislosti s plánovaním verejného obstarávania rada poukázala na metodické usmernenie č. 15723-5000/2019, ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „*Pre stratégiu verejného obstarávateľa pri zadávaní zákaziek je dôležité poznanie trhu, získanie informácií o hospodárskych subjektoch pôsobiacich na trhu a ich činnosti, čo je dôležité na to, aby verejný obstarávateľ urobil správne rozhodnutie o tom, ako bude obstarávanie vykonávať. Jednotlivé plnenia je potrebné posúdiť a určiť druhy zákaziek podľa pravidiel ustanovených v zákone o verejnom obstarávaní, pričom pri posudzovaní, či ide o (nedovolené) rozdelenie zákazky, je dôležité preskúmať vzájomnú súvislosť konkrétnych zákaziek ako celku, a to z hľadiska časovej, vecnej a miestnej súvislosti obstarávaných zákaziek. Časová súvislosť znamená najmä rovnaké, prípadne časovo blízke obdobie vyhlásenia, resp. uskutočnenia zadávania zákaziek a uzavretia zmlúv, či rovnakú alebo podobnú lehotu plnenia zákazky. Miestna súvislosť znamená najmä miesto plnenia zákazky. Vecná či funkčná súvislosť spočíva predovšetkým v posúdení skutočností, či predmetom zákaziek je plnenie rovnakého či podobného charakteru, ktoré je charakteristické pre zadávanie jednej zákazky ako celku v zmysle vyššie uvedeného.*“
- Rada dala zároveň do pozornosti aj rozhodnutie úradu č. 12269-3000/2018, v ktorom úrad pri uložení pokuty verejnému obstarávateľovi za príslušný správny delikt uviedol, cit.: „*S poukazom na vyššie uvedené správny orgán zdôrazňuje, že verejný obstarávateľ pri posudzovaní toho, či ide*

o jednu alebo viacero zákaziek, je povinný prihliadnuť nielen k časovému, miestnemu (geografickému) a vecnému hľadisku. Verejný obstarávateľ je pritom **povinný predvídať svoje budúce potreby a investície**. V tomto kontexte správny orgán zároveň poukazuje na to, že účastník konania je **povinný vynaložiť náležitú odbornú starostlivosť pri príprave, ako aj samotnej realizácii procesu verejného obstarávania, a teda účastník konania bol povinný pred vyhlásením verejného obstarávania riadne vyhodnotiť svoje potreby v súvislosti s počtom obstarávaných tovarov, ktoré bolo nevyhnutné pre jeho potreby obstarat'**. (...) Správny orgán zároveň uvádza, že účastník konania svojím postupom poprel účel verejného obstarávania a obmedzil hospodársku súťaž v nadväznosti na princípy verejného obstarávania podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, obzvlášť princíp transparentnosti a nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov. Účastník konania tiež znemožnil účasť potenciálnych záujemcov, ktorí sa nemohli o obstarávaní predmetnej zákazky vôbec dozvedieť vzhľadom na účastníkom konania použitý postup zadávania zákazky. **Rozdelenie zákazky preto predstavuje jedno z najzávažnejších porušení zákona o verejnom obstarávaní, ktoré má negatívny dopad na hospodársku súťaž.**“ Rada dodáva, že predmetné rozhodnutie úradu bolo potvrdené taktiež v druhostupňovom konaní o rozklade, pričom v rozhodnutí č. 5673-P/2019 zo dňa 04. 03. 2019 je uvedené, cit.: „Druhostupňový správny orgán konštatuje, že v čase zadávania zákaziek č. 1 – 12 na strane účastníka konania absentovalo riziko nepredvídateľnosti svojich potrieb a investícií. Účastník konania preto podľa druhostupňového správneho orgánu **nepostupoval ako dobrý hospodár, keď riadne nevyhodnotil svoje potreby v súvislosti s počtom obstarávaných tovarov, ktoré bolo nevyhnutné pre jeho potreby obstarat' a v nadväznosti na to nezvolil príslušný postup v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.**“

- Na základe všetkých uvedených skutočností sa rada stotožnila s posúdením úradu v rozhodnutí, že medzi zákazkami č. 1 až č. 14 je možné konštatovať **evidentnú časovú súvislosť**.
- Vo vzťahu k **miestnej súvislosti** sa rada, vzhľadom na realizáciu prác v rámci katastrálneho územia mesta, rovnako stotožnila s posúdením úradu v rozhodnutí a konštatovala **evidentnú miestnu súvislosť**.
- Pri posúdení **vecnej (funkčnej) súvislosti** rada konštatovala, že vecná, či funkčná súvislosť v prípade predmetu posudzovaných zákaziek spočíva predovšetkým v posúdení skutočnosti, či predmetom obstarávaných zákaziek je **plnenie rovnakého alebo podobného charakteru**, ktoré je charakteristické pre zadávanie jednej zákazky ako celku, a to s ohľadom na konkrétne možnosti trhu, s dôrazom na zachovanie základných princípov zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti pritom **nie je** v prípade takejto zákazky **vylúčené** v rámci jej zadávania pripustiť **možnosť rozdelenia zákazky na jednotlivé časti** a umožniť predkladať ponuky na jednu alebo viacero častí.
- Rada v tejto súvislosti poukázala na Najvyššieho správneho súdu Českej republiky zo dňa 15. 12. 2010, č. j. 2 Afs 55/2010, podľa ktorého, cit.: „Pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, **je rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné** (např. plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož

zadavatele v témže časovom období a za týchž podmienok co do charakteru plnení), **pak také plnenie musí zadávať ako jedinou verejnou zakázku** podľa zákona č. 137/2006 Sb., o verejných zakázkach. *Není však v prípade zadávania takejto jedinej verejnej zakázky vylúčené pripustiť podávanie nabídek len na jej jednotlivé časti.*“ Rada tiež dáva do pozornosti rozsudok Krajského súdu v Brne zo dňa 20. 03. 2012, sp. zn. 62 Af 58/2010, v ktorom sa uvádza, cit.: „*K naplnění hlediska věcné a funkční souvislosti není totiž nezbytné, aby poptávané přístroje byly z hlediska své funkce zcela totožné, nýbrž zpravidla postačí, jsou-li jejich funkce obdobné.*“

- V súvislosti s tým, že o nedovolené rozdelenie zákazky môže ísť napríklad v situácii, keď verejný obstarávateľ rozdelí rovnaké či obdobné plnenie predmetu zákazky do viacerých zákaziek, a pre každú z nich uskutoční samostatné verejné obstarávanie, a zároveň zadanie takýchto viacerých dodávok v rámci jedného verejného obstarávania by malo za následok použitie prísnejšieho postupu v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, dala rada do pozornosti aj viaceré metodické usmernenia úradu, napr. č. 2628-5000/2017, č. 15723-5000/2019 alebo č. 14235-5000/2019.
- Rada sa aj v tomto prípade stotožnila s názorom úradu, že zo špecifikácie a charakteru predmetov posudzovaných zákaziek je zrejmé, že predmetom bola výlučne výstavba, resp. rekonštrukcia verejného osvetlenia, z čoho vyplýva, že išlo výlučne o uskutočnenie stavebných prác **rovnakého alebo podobného charakteru**, výsledkom ktorých malo byť zabezpečenie funkčného verejného osvetlenia v rámci územnej pôsobnosti mesta. Na základe toho je možné medzi zákazkami č. 1 až č. 14 možné konštatovať **evidentnú vecnú (funkčnú) súvislosť**.
- Na základe všetkých skutočností rada dospela k záveru, že medzi jednotlivými zákazkami existovala evidentná časová, miestna a vecná (funkčná) súvislosť, pričom súčtom predpokladaných hodnôt týchto zákaziek došlo k **prekročeniu finančného limitu**, ktorý odôvodňoval použitie postupu pre zadávanie podlimitných zákaziek, a teda prísnejšieho postupu podľa zákona o verejnom obstarávaní.
- Na základe uvedeného rada ďalej konštatovala, že **odvolateľ mal v tomto prípade postupovať podľa zákonom stanovených pravidiel určených pre zadávanie podlimitných zákaziek**, a teda nie zákaziek s nízkou hodnotou podľa § 117 ZVO.
- Zadaním štrnástich samostatných zákaziek v rovnakom časovom období, s predmetom plnenia na rovnakom geografickom území a s obdobným predmetom plnenia, odvolateľ **obmedzil hospodársku súťaž**, nakoľko neumožnil zúčastniť sa predmetného postupu zadávania zákazky aj iným ako len osloveným a vybratým hospodárskym subjektom.
- V tejto súvislosti dala rada do pozornosti rozhodnutie úradu č. 9229-3000/2019 a takisto metodické usmernenie č. 14235-5000/2019, v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „**Účelové rozdelenie zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov predstavuje jedno z najzávažnejších porušení zákona, keďže pri nižšej predpokladanej hodnote zákazky je predpoklad, že sa o publikácii zákazky dozvie užší okruh hospodárskych subjektov, čo môže v konečnom dôsledku nepriaznivo pôsobiť na hospodársku súťaž.** (...) Je preto vecou verejného obstarávateľa zvážiť, či je predmet zákazky tvorený plneniami rovnakej povahy, resp. plneniami, ktoré svojou povahou (charakterom) neoddeliteľne spolu súvisia, a na základe tohto ďalej posúdiť, či je potrebné takéto plnenia

obstarávať v rámci jednej zákazky, resp. v rámci jednej zákazky rozdelenej na časti, alebo či majú byť tieto plnenia obstarávané samostatne. O nedovolené rozdelenie zákazky môže ísť napríklad v situácii, keď verejný obstarávateľ rozdelí rovnaké či obdobné plnenie predmetu zákazky (ak ide napríklad o plnenia, ktoré z hľadiska funkčného/vecného spolu súvisia) do viacerých zákaziek a pre každú z nich uskutoční samostatné verejné obstarávanie, a zároveň zadanie takýchto viacerých dodávok v rámci jedného verejného obstarávania by malo za následok použitie prísnejšieho postupu v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.

- Na základe všetkých uvedených skutočností rada konštatovala, že odvolateľ postupoval **v rozpore s § 10 ods. 1 ZVO**, keď na obstaranie zákaziek č. 1 až č. 14 použil postupy pre zadávanie zákaziek podľa § 117 ZVO, napriek tomu, že v zmysle správneho určenia predpokladanej hodnoty zákazky v uvedenom prípade, v nadväznosti na časovú, miestnu a vecnú súvislosť obstarávaných stavebných prác, mal použiť postup pre zadávanie podlimitných zákaziek. Rada tiež konštatovala, že verejný obstarávateľ postupoval **aj v rozpore s § 6 ods. 16 ZVO**, keď predmetnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác rozdelil, resp. zvolil spôsob určenia jej predpokladanej hodnoty s cieľom znížiť predpokladanú hodnotu zákazky pod finančný limit prislúchajúci postupu pre zadávanie podlimitných zákaziek.
- V závere rada uviedla, že uvedené konanie **malo vplyv** na výsledok verejného obstarávania, nakoľko ak by všetky samostatne obstarávané zákazky boli zadávané ako jedna zákazka, prípadne jedna zákazka rozdelená na časti, a bol by použitý postup zadávania podlimitných zákaziek na jej obstaranie, zodpovedajúci výške predpokladanej hodnoty tejto zákazky, bol by tento postup prístupnejší viacerým potenciálnym záujemcom. S aplikovaním postupu podlimitného zadávania zákazky totiž taktiež súvisí najmä povinnosť zaslať výzvu na predkladanie ponúk úradu na jej zverejnenie vo Vestníku verejného obstarávania, a súčasne aj ďalšie procesné úkony vyplývajúce z tohto postupu zadávania podlimitných zákaziek. V prípade aplikovania postupu podlimitného zadávania zákazky by tak bola daná možnosť zúčastniť sa takéhoto postupu aj iným, ako osloveným hospodárskym subjektom. V tejto súvislosti rada poukázala napr. na rozhodnutie úradu č. 12269-3000/2018 zo dňa 07. 12. 2018, podľa ktorého, cit.: „*Správny orgán zároveň uvádza, že účastník konania svojím postupom poprel účel verejného obstarávania a obmedzil hospodársku súťaž v nadväznosti na princípy verejného obstarávania podľa § 9 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, obzvlášť princíp transparentnosti a nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov. Účastník konania tiež znemožnil účasť potenciálnych záujemcov, ktorí sa nemohli o obstarávaní predmetnej zákazky vôbec dozvedieť vzhľadom na účastníkom konania použitý postup zadávania zákazky. Rozdelenie zákazky preto predstavuje jedno z najzávažnejších porušení zákona o verejnom obstarávaní, ktoré má negatívny dopad na hospodársku súťaž.*“
- Rada **neidentifikovala** žiadny dôvod na zmenu odvolaním napadnutého rozhodnutia úradu, na základe čoho zároveň konštatovala, že odvolanie považuje v celom rozsahu za **nedôvodné**.

Zrušené rozhodnutie kontrolovaného o zrušení verejného obstarávania pri zákazke „Zariadenie nemocničnej kuchyne“

V predchádzajúcom čísle mesačníka ÚVOdzovky sme rozobrali Rozhodnutie Rady ÚVO č.1829-9000/021 k zrušenému verejnému obstarávaniu Fakultnej nemocnice v Prešove na zákazku „Poskytovanie upratovacích, čistiacich a dezinfekčných služieb“. **V aktuálnom čísle sa budeme venovať ďalšej verejnej súťaži toho istého verejného obstarávateľa, ktorá bola rovnako zrušená, avšak s odlišnými skutkovými okolnosťami.**

V Rozhodnutí Rady ÚVO č.1829-9000/021 (viď mesačník ÚVOdzovky 03/2021), navrhovateľ vo svojom odvolaní argumentuje práve týmto **Rozhodnutím ÚVO č.14742-6000/2020 a č.14772-6000/2020 na predmet zákazky „Zariadenie nemocničnej kuchyne“**, ktoré rovnako ako v prípade zrušeného verejného obstarávania na poskytovanie upratovacích, čistiacich a dezinfekčných služieb, bolo vyhlásené Fakultnou nemocnicou v Prešove ešte za predchádzajúceho vedenia a zrušené po nástupe nového vedenia. Bližšie preto v tomto rozhodnutí úradu na záver vysvetlíme aj ich kvalitatívnu rozdielnosť.

Podľa verejného obstarávateľa bol podkladom pre toto verejné obstarávanie projekt, ktorý počítal s **prípravou celodennej patientskej stravy** v predpokladanom počte 1 200 celodenných jedál. **Do verejného obstarávania sa prihlásili a svoje ponuky aj predložili traja uchádzači.**

V priebehu tohto verejného obstarávania sa podľa kontrolovaného zmenili okolnosti, za ktorých toto verejné obstarávanie pôvodne vyhlasoval. Predovšetkým išlo o skutočnosť, že sa nové vedenie nemocnice rozhodlo oproti pôvodnému zámeru zabezpečiť stravovanie vo vlastnej réžii nie len pre pacientov nemocnice, ale aj pre zamestnancov, ktorým v súčasnosti zabezpečuje stravovanie dodávateľským spôsobom. Z uvedeného dôvodu sa preto **kontrolovaný verejný obstarávateľ rozhodol zrušiť verejné obstarávanie podľa § 57 ods.2 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu zmeny okolností, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo.** Po otvorení ponúk túto skutočnosť oznámil všetkým uchádzačom.

V nadväznosti na zrušenie verejnej súťaže dvaja z uchádzačov, navrhovateľ č.1 a navrhovateľ č.2 doručili verejnému obstarávateľovi a úradu svoje námietky.

Úrad vo svojom rozhodnutí námietkam navrhovateľov vyhovel a nariadil kontrolovanému verejnému obstarávateľovi odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne **zrušiť svoje rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania.**

Číslo rozhodnutia ÚVO: 14742-6000/2020 a 14772-6000/2020 zo dňa 23. 11. 2020

Typ rozhodnutia: rozhodnutie vo veci preskúmania úkonov kontrolovaného na základe námietok uchádzačov proti rozhodnutiu verejného obstarávateľa o zrušení verejného obstarávania

Smerovanie námietok: podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) ustanovenia § 170 ods. 3 písm. a) až f) tohto zákona

Verejný obstarávateľ – kontrolovaný: Fakultná nemocnica s poliklinikou J. A. Reimana v Prešove

Predmet zákazky: „Zariadenie nemocničnej kuchyne“

Predpokladaná hodnota zákazky: 1 561 814,75 eur bez DPH (nadlimitná zákazka)

Postup zákazky: Vestník č. 141/2019 z 16.7.2019 pod značkou/17337 – MST

Kľúčové slová: zrušenie verejného obstarávania, dôvody hodné osobitného zreteľa, výzva na predloženie ponuky, princíp transparentnosti;

Skutkový stav - stručný priebeh VO:

- Kontrolovaný vyhlásil **verejnú súťaž** na predmet zákazky „**Zariadenie nemocničnej kuchyne**“ - **nadlimitná zákazka na poskytnutie tovaru**.
- Predmet zákazky bol rozdelený do dvoch samostatných častí, pričom **súčasťou zákazky mala byť** aj doprava do dohodnutého miesta dodania, vyloženie tovaru v mieste dodania, kompletizácia a uvedenie predmetu zákazky do prevádzky, zaškolenie personálu o správnom užívaní predmetu zákazky s vydaním potvrdenia o zaškolení obsahujúceho menný zoznam zaškoleného personálu a zabezpečenie služieb servisu počas záručnej doby.
- **Kritériom na vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena** za celý predmet zákazky v EUR bez DPH.
- V lehote na predkladanie ponúk, **predložili ponuku traja uchádzači, vrátane dvoch uchádzačov, navrhovateľov č.1 a č.2.**
- Následne po otvorení ponúk kontrolovaný všetkým trom uchádzačom oznámil, že predmetné **verejné obstarávanie podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ruší.**
- V odôvodnení Oznámenia o zrušení verejného obstarávania bolo uvedené, že v priebehu postupu verejného obstarávania sa **vykytli dôvody hodné osobitného zreteľa**, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa požadovať, aby pokračoval vo verejnom obstarávaní.
- Zrušenie verejného obstarávania kontrolovaný odôvodnil tým, že priebehu postupu verejného obstarávania sa zmenili okolnosti, za ktorých bolo vyhlásené. Predmetom zákazky bolo zriadenie nemocničnej kuchyne - dodávka technológie podľa vypracovaného projektu pre potreby patientskej kuchyne, pričom:
 - projekt počítal len s prípravou patientskej stravy;
 - stravovanie zamestnancov bolo zabezpečované dodávateľským spôsobom, a teda nebolo zahrnuté v danej technológii;
 - nové vedenie nemocnice na základe hodnotenia dodávateľskej stravy rozhodlo, že aj stravovanie zamestnancov sa bude realizovať vo vlastnej réžii nemocnice;
 - z uvedeného dôvodu, teda z dôvodu výrazného navýšenia počtu stravných jednotiek, bolo nevyhnutné túto skutočnosť zohľadniť a vypracovať nový technologický projekt;
 - v súvislosti s tým bolo nevyhnutné aj prepracovanie opisu predmetu zákazky;
 - pokračovaním v procese prebiehajúceho obstarávania, by došlo k nenaplneniu základných požiadaviek a zámeru nového vedenia ohľadom zabezpečenia stravovania pre pacientov a zároveň zamestnancov, a tým aj k nenaplneniu požiadaviek na bezprostredne súvisiace technologické vybavenie a dispozičné riešenie.

- Dvaja uchádzači, **navrhovateľ č.1 a navrhovateľ č.2**, ktorí predložili v tomto verejnom obstarávaní svoje ponuky, v reakcii na oznámenie o zrušení verejného obstarávania, **zaslali úradu a kontrolovanému svoje námietky**.
- **Námietky smerovali proti zrušeniu verejnej súťaže.**
- **Úrad námietkam navrhovateľov vyhovel a nariadil kontrolovanému zrušiť svoje rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania.**

Námietky navrhovateľa č.1:

- **Navrhovateľ č. 1 má za to, že žiadny z dôvodov uvedených v oznámení o zrušení verejného obstarávania nemožno považovať za objektívnu príčinu**, ktorá by odôvodňovala záver o zmene okolností, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo a to z dôvodov:
 - a) **Nedostatočnej kapacity navrhovaných zariadení**, resp. že by navrhovaná kapacita mala byť spôsobilá pokryť len potreby stravovania pacientov v počte 1 200 celodenných jedál a nebolo by možné ňou pokryť aj stravovanie zamestnancov nemocnice.
- Navrhovateľ č. 1 s poukázaním na svoje viac ako 20 ročné skúsenosti na trhu gastronomických zariadení ako argument uviedol, že **všetky kuchynské zariadenia, ktoré sú súčasťou predmetu zákazky a sú kľúčové pre prípravu jedál sú dostatočné na to, aby zvládli prípravu ďalších 1 000 stravných jednotiek potrebných pre obedy zamestnancov nemocnice.**
- Kontrolovaný nevie podľa navrhovateľa č.1 spoľahlivo obhájiť údajnú nedostatočnú kapacitu obstarávaných zariadení v situácii, keď ich technické možnosti podľa navrhovateľa č.1 tak či tak spĺňajú obstarávateľom údajne novú požadovanú kapacitu.
 - b) **Potreby obstarania nového technologického projektu** z dôvodu rozšírenia kapacity kuchyne na zabezpečenie stravovania zamestnancov.
- **Navrhovateľ č.1 má za to, že ak kontrolovaný pred vyhlásením verejného obstarávania vedel parametre predmetu zákazky, museli mu byť známe aj jeho vlastnosti a rovnako mu museli byť zrejmé počty pacientov a vlastných zamestnancov a teda aj počet stravných jednotiek, ktoré potrebuje zabezpečiť.**
- Navrhovateľ č.1 zdôrazňuje, že na žiadnom mieste dokumentácie o verejnom obstarávaní sa nespomína kapacita, ani očakávaný počet stravovacích jednotiek. Aj z uvedeného dôvodu **navrhovateľ č.1 spochybňuje fakt, že by spracovanie projektu bolo založené na požiadavke zabezpečiť prípravu celodennej patientskej stravy v počte 1 200 celodenných jedál, čo spochybňujú už samotné vlastnosti obstarávaných zariadení.** Podľa navrhovateľa č.1 je zrejmé, že skutočnosti, ktoré kontrolovaný klasifikoval ako zmenu okolností, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie, mu mohli byť známe už pred vyhlásením predmetnej zákazky, prípadne pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk.
- Navrhovateľ č.1 má tiež za to, že **kontrolovaný svojim postupom porušil §10 ods. 2 ZVO, predovšetkým princíp transparentnosti**, keď vo vzťahu k úkonu zrušenia verejného obstarávania po viac ako roku po tom, ako verejné obstarávanie vyhlásil, pristúpil bez toho, aby vedel preukázať jeho dôvodnosť.

Námietky navrhovateľa č.2:

- Navrhovateľ č. 2 uvádza, že kontrolovaný oprel svoje rozhodnutie o zrušení verejnej súťaže o dôvody zmien okolností, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie, pričom **ako argumenty použil nasledovné fakty, resp. ich súvislosti:**
 - a) **zmena vedenia nemocnice**, ktoré sa rozhodlo pre
 - b) **zmenu spôsobu zabezpečovania stravy pre interných zamestnancov**, ktorí
 - c) **budú dostávať stravu s inými nutričnými hodnotami a kvalitou ako doteraz**
- K bodu a) odôvodnenia navrhovateľ č. 2 uviedol, že ak by mal hodnotiť zmenu vedenia obstarávateľskej organizácie ako podklad pre tie dôvody, ktoré uznáva ZVO ako objektívnu zmenu okolností, za ktorých sa vyhlásila verejná súťaž, zrejme by legislatívnemu zámeru v oblasti regulácie rušenia súťaží vskutku nebolo účinené zadost'. Rušenie postupu verejného obstarávania po lehote na predkladanie ponúk je podľa navrhovateľa č. 2 vážny zásah do práv zúčastnených uchádzačov, ktorí mohli spotrebovať (a aj spotrebovali) nemalú energiu, čas a aj finančné prostriedky na to, aby sa v nej zúčastnili, obzvlášť ak museli svoje práva chrániť prostredníctvom námietok (ako v tomto prípade).
- K bodu b) a c) odôvodnenia navrhovateľ č. 2 uviedol, že on ako uchádzač, a ani nikto iný, kontrolovaného nenútili verejnú súťaž na dodávku kuchyne vyhlásiť, a to v žiadnom časovom horizonte. Cit.: *„Je podľa neho nemysliteľné, že by kontrolovaný pred investičnou akciou nevyhodnotil všetky aspekty, ktoré do nemalej investície vstupujú. Vari pred cca rokom pracovali u kontrolovaného úplne iní zamestnanci? Kvalita stravy bola v poriadku, iba pri rušení verejného obstarávania na novú kuchyňu už prestala vyhovovať? Zmenili sa nutričné potreby zamestnancov? Akým spôsobom a kedy? Bráni niekto kontrolovanému zmeniť dodávateľa stravy, prípadne uplatňovať u neho sankcie za nekvalitnú dodávku predmetu zákazky?“*
- Táto rušená súťaž sa týka patientskej kuchyne, ktorej dominuje unikátny kapsulový výdaj stravy, pri ktorom je zabezpečený kontinuálny a zdravotne nezávadný ohrev až do expedície na patientske izby, kde je strava doručená vo veľmi vysokom štandarde oproti súčasnemu táckovému podávaniu. Cit.: *„Čo má tento predmet spoločné s kuchyňou pre personál, ktorá môže fungovať celkom nezávisle, a dokonca mať funkciu záložnej prípravy jedál?“*
- Navrhovateľ č. 2 uvádza, že na určitú produktívnu plochu kuchyne existuje relatívne konštantná maximálna kapacita jedál, ktorá sa dá v nej pripraviť a dvojnásobok jedál bude potrebné pripraviť v ďalších priestoroch, čo môže byť osobitný projekt pre osobitné plochy, ktoré sa môžu tak či tak stavebne pripraviť nezávisle od tejto hotovej naprojektovanej kuchyne pre pacientov (hoci aj hneď v akýchkoľvek priľahlých priestoroch alebo miestnostiach). Kontrolovaný sa podľa navrhovateľa v zmysle odôvodnenia zrušenia súťaže s týmito otázkami nijako nevysporiadal, hoci je veľmi pravdepodobné, že by dospel k rovnakým záverom a „nová“ kuchyňa by bola iba dodatočná ďalšia miestnosť.

- Taktiež sa navrhovateľ č. 2 domnieva, že toto rozhodnutie o výstavbe novej kuchyne, teda v čase rozhodovania o nej, nie je opatrené rozpočtovým krytím, čo by malo byť pre túto finančnú operáciu nevyhnutným predpokladom.

Vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa č.1:

Kontrolovaný sa nestotožňuje s tvrdením navrhovateľa č. 1, z nasledovných dôvodov:

- Kontrolovaný argumentoval predovšetkým skutočnosťou, že sa rozhodol (nové vedenie nemocnice) oproti pôvodnému zámeru zabezpečiť stravovanie nie len pre pacientov nemocnice, ale aj pre zamestnancov, ktorým v súčasnosti zabezpečuje stravovanie dodávateľským spôsobom.
- Kontrolovaný na podporu svojich tvrdení tiež uviedol, že technologický projekt bol navrhnutý na kapacitu 1000 až 1200 jedál, o čom svedčí, aj dokument, „ponuka projektových prác“, ktorý predložil spolu s vyjadrením k námietkam navrhovateľa č. 1, ako dôkaz. Uvedené podľa kontrolovaného mení doterajšiu situáciu.
- Podľa slov kontrolovaného, nedisponuje potrebným technologickým vybavením, ktorým by vedel zabezpečiť aj stravovanie pre zamestnancov v predpokladanom počte 1000 stravných jednotiek denne a preto rozhodol, že je nevyhnutné vypracovať nový technologický projekt a nové dispozičné rozmiestnenie navrhovanej technológie.
- Ako dôkaz kontrolovaný predložil spolu s vyjadrením k námietkam dokument: Ponuka projektových prác „Zriadenie nemocničnej kuchyne - technologická časť“ zo dňa 09. 11. 2018 projekčnej kancelárie: (...). Kontrolovaný ďalej uviedol, že projekt a dispozičné riešenie, ktoré boli následne súčasťou súťažných podkladov, boli vypracované výlučne pre potreby patientskej kuchyne FNsP Prešov, pre prípravu, výdaj a distribúciu patientskej stravy, ktorá zahŕňa prípravu cca 100 rôznych diét. Z uvedeného je zrejmé, že kontrolovaný už v roku 2018 mal zámer len na dodanie technologického vybavenia pre potreby patientskej kuchyne.
- Kontrolovaný je toho názoru, že s prípravou zamestnaneckej stravy (tzv. nediétnej stravy), ktorá bude druhovo a spôsobom prípravy odlišná od pripravovanej patientskej stravy (diét), dôjde k 100 % navýšeniu počtu spôsobom prípravy druhovo iných jedál, čo logicky vyvoláva potrebu zmeny pôvodného projektu a dispozičného riešenia.
- Navrhovateľ č. 1 podľa kontrolovaného opomína fakt, že sa nejedná len o navarenie počtu porcií, ale aj o prípravu surovín potrebných k príprave jedla a o samotnú prípravu jedla, teda navýšenie pracovných plôch a zariadení, navýšenie skladového priestoru, navýšenie výdajného priestoru v technologickom projekte a v dispozičnom rozmiestnení navrhovanej technológie v kontexte potreby navýšeného počtu zamestnancov, ktorí sú potrební na samotnú prípravu jedál, cyklus varenia a výdaja a distribúcie súčasne patientskej a tiež aj zamestnaneckej stravy.
- Kontrolovaný považuje za irelevantnú argumentáciu navrhovateľa č. 1, že už pred vyhlásením verejného obstarávania mu museli byť zrejmé počty pacientov a zamestnancov a teda aj počet stravných jednotiek, ktoré potrebuje zabezpečiť z dôvodu, že už v roku 2018 kontrolovaný zadal požiadavku na vypracovanie projektu, ktorý by riešil prevádzku výlučne patientskej kuchyne s

dennou kapacitou 1000 - 1200 jedál, keďže stravovanie zamestnancov v čase vyhlásenia zákazky bolo zabezpečené dodávateľským spôsobom.

- Kontrolovaný sa nestotožňuje s tvrdením navrhovateľa č. 1, že kontrolovaný nepreukázal, že k zmene okolností, na základe ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie, došlo až po vyhlásení verejného obstarávania. Rozhodnutie o zmene spôsobu zabezpečenia stravovania pre zamestnancov, a to **prípravou stravy pre zamestnancov vo vlastnej réžii prijal kontrolovaný až po nástupe nového vedenia nemocnice, a je nepopierateľný fakt, že projekt a dispozičné riešenie, ktoré boli súčasťou súťažných podkladov, túto skutočnosť nezohľadňovali.** S ohľadom na vyššie uvedené má kontrolovaný za to, že v danom prípade nie je pre neho akceptovateľné uzavrieť zmluvu na základe výsledku vyhlásenej verejnej súťaže, a jeho rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania je nevyhnutné, legálne a legitímne. Kontrolovaný odmieta tvrdenie navrhovateľa č. 1, že porušil princíp transparentnosti, keď pristúpil k zrušeniu bez riadneho zdôvodnenia. Kontrolovaný má za to, že uviedol v súlade s princípom transparentnosti čo najkonkrétnejšie dôvody vedúce k potrebe zrušenia predmetného verejného obstarávania.

Vyjadrenie kontrolovaného voči námietkam navrhovateľa č.2:

- Kontrolovaný uviedol, že navrhovateľ č. 2 deklaroval ako rozhodujúcu skutočnosť vo svojej námietke, že zmena vedenia obstarávateľskej organizácie, ktoré tu bude na dobu určitú a zmena spôsobu zabezpečovania stravy pre interných zamestnancov nezodpovedá zákonnému vymedzeniu pre zrušenie postupu zadávaniu zákazky. Kontrolovaný sa nestotožňuje s tvrdením navrhovateľa č. 2.
- Zriaďovacia listina FNsP Prešov určuje jedného riaditeľa ako štatutárny orgán, pričom nerozlišuje kompetencie tohto riaditeľa v závislosti od doby jeho funkčného pôsobenia. Každý riaditeľ je oprávnený a zároveň povinný v čase trvania svojej funkcie konať v záujme FNsP Prešov, podľa svojho najlepšieho svedomia a odborného presvedčenia v správnosť svojich krokov, s ktorými je spojená jeho právna aj morálna zodpovednosť. Práve naopak, vopred známa dočasnosť funkcie nezavahuje riaditeľa FNsP Prešov povinnosti prijímať aj nepopulárne alebo zložité rozhodnutia.
- Kontrolovaný považuje za absurdné, aby navrhovateľ č. 2 spochybňoval jeho rozhodnutie o zmene projektu tak, aby získal technológiu pre nemocničnú kuchyňu, ktorá zabezpečí stravovanie aj pre potreby pacientov, a tiež pre potreby zamestnancov, a aby disponoval právomocou diktovať kontrolovanému podmienky zriadenia tejto nemocničnej kuchyne.
- Kontrolovaný má za to, že podanie námietky je špekulatívne, bezpredmetné a neopodstatnené.

Posúdenie úradom:

- Úrad uvádza, že **predmetom námietok navrhovateľov je zrušenie verejnej súťaže, ktoré navrhovatelia považujú za nezákonné a v rozpore s princípom transparentnosti.** Navrhovatelia v podaných námietkach spochybňujú transparentnosť, ale aj legitímnosť zrušenia použitého postupu verejnej súťaže bez naplnenia zákonných dôvodov.

- Úrad uvádza, že spôsoby zrušenia vyhláseného verejného obstarávania upravuje § 57 zákona o verejnom obstarávaní. **Zatiaľ čo právna úprava v odseku 1 predmetného ustanovenia zakotvuje taxatívne dôvody**, pre ktoré je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ povinný pristúpiť k zrušeniu verejného obstarávania, **odsek 2 ustanovenia stanovuje fakultatívne dôvody**, kedy verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže verejné obstarávanie zrušiť. **Existenciu takýchto dôvodov je verejný obstarávateľ povinný preukázať.**
- Z ustanovenia § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní okrem iného vyplýva, že **verejný obstarávateľ môže zrušiť verejné obstarávanie alebo jeho časť aj vtedy, ak sa zmenili okolnosti, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie.** Úrad uvádza, že **zákon o verejnom obstarávaní bližšie nešpecifikuje, k akej konkrétnej zmene okolností musí dôjsť, aby bolo možné pristúpiť k zrušeniu verejného obstarávania.** Pojem „zmena okolností“ však možno chápať ako neurčený právny pojem, ktorý je potrebné vykladať vždy s prihliadnutím na konkrétny prípad. **Zmena okolností však musí vychádzať z objektívnych skutočností brániacich riadnemu dokončeniu verejného obstarávania, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vyhlásení verejného obstarávania predvídať**, t. j. ku ktorým došlo v priebehu verejného obstarávania **z objektívnych príčin, nezavinенých verejným obstarávateľom**, a to do tej miery, že od verejného obstarávateľa nemožno očakávať, aby v zadávaní zákazky pokračoval.
- Ďalej z ustanovenia § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva **možnosť zrušiť verejné obstarávanie aj vtedy, ak sa vyskytli dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval.** Pričom postup viažuci sa k vzniku dôvodov hodných osobitného zreteľa a smerujúci k zrušeniu použitého postupu zadávania zákazky má byť odôvodnený a podporený určitými závažnými skutočnosťami takého významu a intenzity, na základe ktorých nie je od kontrolovaného možné rozumne očakávať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval.
- Pokiaľ by **verejný obstarávateľ disponoval neobmedzenou právomocou zrušiť verejné obstarávanie bez opodstatnených legitímnych dôvodov, takýto postup by predstavoval neprimeraný zásah do práv uchádzačov.**
- Pri posúdení zákonnosti dôvodov, pre ktoré kontrolovaný zrušil predmetné verejné obstarávanie, je **potrebné vychádzať nielen z normatívneho textu zákona o verejnom obstarávaní, ale pri jeho interpretácii nemožno odhliadnuť ani od pravidiel, ktoré vyplývajú z princípov verejného obstarávania.**
- Úrad v tomto prípade poukazuje na princíp transparentnosti zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého zmyslom je, aby všetky úkony a postupy verejných obstarávateľov vykonávané v procese verejného obstarávania mohli podliehať kontrole, a to tak samotnými záujemcami a uchádzačmi, ako aj nestranným orgánom disponujúcim právomocou vykonávať dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa.
- Krajský súd v Bratislave v rozsudku č. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 09. 2011 judikoval, že vyššie uvedená kontrola má právnu oporu v zakotvení zásady transparentnosti, ktorá zabezpečuje,

„aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom“, pretože „transparentnosť procesu zadávania zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov“. Pre posúdenie zákonnosti zrušenia predmetného verejného obstarávania kontrolovaným, a tým aj opodstatnenosti podaných námietok navrhovateľov, je potrebné zodpovedať, či ním uvedené skutočnosti nachádzajú oporu v zákone o verejnom obstarávaní a zakladajú oprávnenie zrušiť verejné obstarávanie.

- Úrad má za to, že kontrolovanému nemožno upierať možnosť zrušenia verejného obstarávania v zmysle § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ak sa naozaj zmenili okolnosti, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo. Kontrolovaný je však povinný v celom procese verejného obstarávania postupovať v súlade s princípmi verejného obstarávania upravenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a preto je potrebné, aby zmenu okolností za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie jednoznačne a nezameniteľne v oznámení o zrušení postupu zadávania zákazky a v oznámení o výsledku verejného obstarávania identifikoval.
- Úrad v prvom rade uvádza, že súhlasí s tvrdeniami navrhovateľov, že zmena vedenia nemocnice nepredstavuje relevantnú skutočnosť v súvislosti so zrušením verejnej súťaže.
- Podľa úradu kontrolovaný v odôvodnení zrušenia preskúmvanej verejnej súťaže neuviedol, konkrétne skutočnosti, ktoré by odôvodňovali zrušenie verejného obstarávania definovaného v § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
- Úrad konštatuje, že kontrolovaný vo vyjadreniach k podaným námietkam a ani v oznámení o zrušení verejného obstarávania nepreukázal, že s technologickým projektom k tejto verejnej súťaži nie je možné kapacitne zabezpečiť aj stravovanie pre zamestnancov.
- Úrad nerozporuje skutočnosť, že technologický projekt bol zadávaný na 1000 až 1200 jedál, uvedené však nevylučuje resp. nepreukazuje, že s predmetným vybavením by nebolo možné zabezpečiť aj 1000 ďalších jedál pre zamestnancov.
- Vo vyjadrení k námietkam navrhovateľa č. 1 kontrolovaný v súvislosti s otázkou kapacity navrhovaných zariadení neuviedol, konkrétne argumenty, dôvody, technické špecifikácie, pre ktoré nie sú navrhované zariadenia spôsobilé zabezpečiť okrem potrieb patientskej kuchyne aj stravu pre zamestnancov.
- Kontrolovaný rovnako nepreukázal a nešpecifikoval, aké konkrétne dispozičné zmeny by bolo potrebné, uskutočniť v súvislosti so zabezpečením stravovania aj pre zamestnancov kontrolovaného (nielen pacientov).
- Zrušenie predmetnej verejnej súťaže preukázal kontrolovaný de facto dvoma dokumentmi (Ponuka projektových prác a Zápisnica z porady vedenia), z ktorých nemožno bez ďalšieho preskúmať a vyhodnotiť dôvodnosť zrušenia predmetnej súťaže, najmä že nastali zmenou okolností, za ktorých sa vyhlásilo predmetné verejné obstarávanie.
- Úrad rozumie tomu, že kontrolovaným prezentované dôvody zrušenia súťaže budú vyžadovať vypracovanie nového technologického projektu, avšak ako už bolo vyššie uvedené bez bližších

informácií (napr. v čom pôvodný technologický projekt nezodpovedá súčasným podmienkam, aké budú predpokladané rozsahy dispozičných zmien, aký budú mať dopad kontrolovaným avizované zmeny na doteraz vyhlásenú verejnú súťaž a realizáciu zákazky), **úrad nemá za preukázané, že takéto dôvody skutočne zakladajú takú zmenu okolností, že nie je možné vo verejnej súťaži pokračovať.**

Rozhodnutie úradu:

- Úrad dospel k záveru, že **postup kontrolovaného v danom verejnom obstarávaní nebol transparentný, nakoľko kontrolovaný hodnoverne a transparentne nepreukázal, že dôvody, ktorými v oznámení o výsledku verejného obstarávania odôvodňuje zrušenie predmetného verejného obstarávania, spočívajú v objektívnych skutočnostiach.** Takýto postup kontrolovaného vzbudzuje **dôvodné pochybnosti o dôvodoch zrušenia predmetného verejného obstarávania.**
- **Netrvanie na náležitom a transparentom preukázaní objektivity dôvodov zakladajúcich rozhodnutie verejného obstarávateľa zrušiť verejné obstarávanie, by mohlo viesť k svojvoľnému, nepreskúmateľnému a teda k netransparentnému zrušovaniu verejných obstarávaní, čo je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a jeho princípmi.**
- Úrad netvrdí, že uvedený dôvod nemôže predstavovať dôvod na zrušenie predmetného verejného obstarávania, avšak úrad má za to, že **kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno, ktoré mu zákon o verejnom obstarávaní v prípade fakultatívneho zrušenia verejnej súťaže podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s jeho § 10 ods. 2, najmä princípom transparentnosti, ukladá.** Úrad konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal, že nie je možné pokračovať v tomto verejnom obstarávaní a že tak ako toto verejné obstarávanie zadal, nebude plniť jeho potreby, ktoré ako tvrdí, sa medzičasom zmenili. **Úrad preto považuje námietky navrhovateľa č. 1 a navrhovateľa č. 2 za opodstatnené.**
- Podľa úradu kontrolovaný v danom verejnom obstarávaní pri zrušení použitého postupu zadávania zákazky **postupoval v rozpore s § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v rozpore s § 10 ods. 2 tohto zákona, najmä s princípom transparentnosti.** Uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní, identifikované v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v tomto rozhodnutí, **mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko v dôsledku jeho nezákonného zrušenia kontrolovaný nepokračoval v procese verejného obstarávania, resp. jeho ďalšej etape, výsledkom ktorej mohlo byť uzatvorenie zmluvy s úspešným uchádzačom.**
- **Úrad pristúpil k rozhodnutiu nariadiť odstránenie protiprávneho stavu podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.**

Odporúčanie úradu:

- **Úrad v tomto prípade kontrolovanému do budúcnosti odporúča, aby pri zrušení verejného obstarávania podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. pri odvolávaní sa na zmenu okolností, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie, ako dôvody zrušenia uvádzal také skutočnosti, ktoré nastali z objektívneho hľadiska a ktoré vie dostatočne preukázať a tiež, že ním deklarované skutočnosti spočívajú v objektívnych skutočnostiach, ktoré kontrolovaný nemohol v čase vyhlásenia verejného obstarávania alebo vyhodnocovania ovplyvniť alebo predvídať.** Je preto vždy potrebné všetky tieto skutočnosti, ako aj okolnosti, ktoré im predchádzali, uviesť a primeraným spôsobom **odôvodniť v oznámení o zrušení verejného obstarávania, čím dôjde k naplneniu princípu transparentnosti, a tým náležitému informovaniu uchádzačov.**

KVALITATÍVNY ROZDIEL MEDZI ZRUŠENÍM VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA z dôvodov hodných osobitného zreteľa pri zákazke „Poskytovanie upratovacích, čistiacich a dezinfekčných služieb“ (Rozhodnutie Rady č. 1829-9000/2021) a zrušením verejného obstarávania pri zákazke „Zariadenie nemocničnej kuchyne“ (Rozhodnutie ÚVO č.14742-6000/2020 a č.14772-6000/2020 Fakultnej nemocnice Prešov:

- **Spoločným znakom** oboch týchto verejných obstarávaní bolo, že pri oboch zákazkách došlo zo strany vyhlasovateľa súťaže k **zrušeniu vyhláseného verejného obstarávania**. Okrem toho, že išlo o toho istého verejného obstarávateľa, **v oboch prípadoch sa verejné obstarávania vyhlasovali ešte za predchádzajúceho vedenia nemocnice a zrušené boli po nástupe nového vedenia** a jeho strategického rozhodnutia.
- Pri zákazke na upratovacie, čistiace a dezinfekčné služby bola dôvodom zrušenia súťaže **skutočnosť, že sa verejný obstarávateľ rozhodol plniť predmet zákazky sám a to hospodárnejšie**. Potreby verejného obstarávateľa sa v tomto prípade nezmenili, nemal v úmysle opätovne verejné obstarávanie vyhlásiť, ale mal v úmysle realizovať predmet zákazky vlastnými kapacitami, teda nie cez dodávateľa. Úrad a aj rada v tomto Rozhodnutí mali za to, že záujem verejného obstarávateľa na hospodárnom a efektívnom narábaní s verejnými financiami pri zabezpečovaní upratovacích, čistiacich a dezinfekčných služieb vlastnými zamestnancami, **má z hľadiska dôležitosti a významu prednosť pred právom úspešného uchádzača na uzavretie zmluvy**. Dôvodom zrušenia tohto verejného obstarávania bola teda skutočnosť, že verejný obstarávateľ na základe odborného vyjadrenia dospel k záveru, že **ak by uzavrel rámcovú dohodu ako výsledok tohto verejného obstarávania, nepostupoval by v súlade s princípom hospodárnosti a efektívnosti uvedeným v §10 ods.2 ZVO a taktiež by nepostupoval v súlade s § 19 ods. 3 zákona o rozpočtových pravidlách, v zmysle ktorého je verejný obstarávateľ pri používaní verejných prostriedkov povinný zachovávať hospodárnosť, efektívnosť a účinnosť ich použitia**.
- Naproti tomu, pri zákazke na zariadenie nemocničnej kuchyne, ktorú v tomto čísle mesačníka rozoberáme, išlo o **zrušenie verejného obstarávania z dôvodu zmeny rozsahu predmetu zákazky a verejný obstarávateľ v tomto prípade neunesol dôkazné bremeno, ktoré mu zákon o verejnom obstarávaní v prípade fakultatívneho zrušenia verejnej súťaže podľa § 57 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s jeho § 10 ods. 2, najmä princípom transparentnosti, ukladá**.
- Úrad v tomto prípade vo svojom rozhodnutí uviedol, že verejný obstarávateľ vo vyjadreniach k podaným námietkam a ani v oznámení o zrušení verejného obstarávania **nepreukázal, že s technologickým projektom k tejto verejnej súťaži nie je možné kapacitne zabezpečiť aj stravovanie pre zamestnancov**. Ako úrad ďalej uviedol, **to neznamená, že uvedený dôvod nemôže predstavovať dôvod na zrušenie predmetného verejného obstarávania**, avšak má za to, že verejný obstarávateľ v danom prípade neunesol dôkazné bremeno.

Z ROZHODOVACEJ PRAXE SÚDNEHO DVORA EÚ

prípád: Vo veci C-220/05 **Jean Auroux a i. proti Commune de Roanne**

Spor sa týkal zábavného centra vo francúzskom meste Roanne, v prípade ktorého bola vypracovaním projektovej dokumentácie a realizáciou poverená bez predchádzajúceho vyhlásenia verejného obstarávania spoločnosť so zmiešaným vlastníctvom zaoberajúca sa urbanistickým rozvojom. Projekt sa vyznačoval predovšetkým tým, že len niektoré časti plánovaného zábavného centra sa po ich dokončení mali previesť na samotné mesto, zatiaľ čo ostatné časti mala stavebná spoločnosť priamo previesť na tretie osoby; bolo však stanovené, že mesto sa bude podieľať na ich financovaní, prevezme v čase ukončenia projektu nepredané časti a v konečnom dôsledku bude znášať finančné riziko.

Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týkal výkladu smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác, zmenenej a doplnenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 97/52/ES z 13. októbra 1997 (ďalej len „smernica“). Hoci ide o smernicu, ktorá bola neskôr nahradená smernicou 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 a táto nahradená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, viaceré princípy uvedené v tomto rozsudku Súdneho dvora EÚ sú platné dodnes.

Návrh bol podaný v rámci žaloby o neplatnosť, ktorú podal pán Auroux a osem ďalších žalobcov (ďalej len „žalobcovia vo veci samej“) proti záverom rokovania mestského zastupiteľstva mesta Roanne, na ktorom bol starosta poverený podpísať zmluvu o realizácii zábavného centra v Roanne so spoločnosťou Société d'équipement du département de la Loire (ďalej len „SEDL“).

Mestské zastupiteľstvo obce Roanne udelilo starostovi mesta súhlas, aby so SEDL podpísal dohodu o realizácii zábavného centra (ďalej len „dohoda“). V zmysle následne podpísanej dohody sa predpokladala realizácia zábavného centra v postupných fázach. V prvej fáze bola zahrnutá výstavba multikina a obchodných priestorov, ktoré mali byť postúpené tretím osobám, ako aj diel, ktoré mali byť odovzdané verejnému obstarávateľovi, a síce parkoviska, prístupových ciest a verejných priestranstiev. Ďalšie fázy, pre ktoré sa vyžadoval podpis dodatku k dohode, sa týkali výstavby ďalších obchodných priestorov alebo prevádzkových priestorov pre služby a hotela.

V zmysle dohody mal SEDL za úlohu predovšetkým nadobudnúť pozemky, zorganizovať súťaž architektonických a/alebo inžinierskych návrhov, dať vykonať štúdie, vykonať stavebné práce, založiť a viesť určité účtovné a správne doklady, zabezpečiť finančné prostriedky, uplatniť účinné nástroje na zabezpečenie odpredaja diel, ako aj všeobecne zabezpečiť správu a koordináciu operácie a informovanie obce.

Z dohody taktiež vyplynulo, že každé zadanie prác zo strany SEDL tretím osobám **podlieha zásadám zverejňovania a vyhlásenia verejného obstarávania**, ktoré sú stanovené v predpisoch verejného obstarávania.

Podľa predbežnej súvahy pripojenej k dohode sa odhadovalo, že celková hodnota príjmov dosiahne výšku 10 227 103 eur za realizáciu prvej fázy operácie a 14 268 341 eur za celkovú realizáciu operácie. Z tejto celkovej hodnoty 2 925 000 eur zaplatí mesto ako protiplnenie za prevod parkoviska. Okrem toho sa odhaduje, že SEDL získa 8 099 000 eur ako protihodnotu za prevod diel tretím osobám. Napokon sa uvádzalo, že mesto Roanne prispeje na financovanie všetkých diel, ktoré sa majú realizovať, sumou 2 443 103 eur v prvej fáze a sumou 3 034 341 eur na všetky práce súhrnne.

Z dohody ďalej vyplývalo, že pri skončení jej platnosti SEDL vydá záverečnú súvahu, ktorú musí schváliť mesto Roanne. Akýkoľvek prebytok súvahy musí previesť na mesto. Navyše sa mesto automaticky stáva vlastníkom všetkých pozemkov a stavieb, ktoré majú byť prevedené na tretie osoby a zatiaľ neboli odpredané. Mesto Roanne tiež zabezpečí vykonávanie platných zmlúv s výnimkou pracovných zmlúv a prevezme dlhy SEDL.

Pred uzavretím verejnej dohody o stavebnej činnosti so SEDL nebol projekt predmetom žiadneho zverejnenia alebo vyhlásenia verejného obstarávania.

Žalobcovia vo veci samej podali na Tribunal administratif de Lyon (ďalej „vnútroštátny súd“) žalobu o neplatnosť proti záverom rokovania mestského zastupiteľstva. V žalobe napadli platnosť tohto rokovania tak z pohľadu vnútroštátneho práva ako aj práva Spoločenstva. Pokiaľ ide o právo Spoločenstva, tvrdili, že uzavretiu dohody malo predchádzať zverejnenie a vyhlásenie verejného obstarávania v súlade s povinnosťami vyplývajúcimi zo smernice.

Za týchto okolností sa vnútroštátny súd rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru EÚ tieto prejudiciálne otázky:

1. Predstavuje dohoda, ktorou jeden verejný obstarávateľ poverí druhého verejného obstarávateľa realizáciou stavebných činností vo verejnom záujme, v rámci ktorej tento druhý verejný obstarávateľ odovzdá prvému obstarávateľovi diela, ktoré majú slúžiť jeho potrebám, a pri skončení ktorej sa prvý verejný obstarávateľ automaticky stáva vlastníkom tých pozemkov a stavieb, ktoré neprešli do vlastníctva tretích osôb, verejnú zmluvu na zhotovenie prác v zmysle ustanovení článku 1 smernice...?

Touto otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, ktoré pravidlá práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania možno na takýto druh činností uplatniť, a osobitne, ako je potrebné vykladať pojem verejnej zmluvy na zhotovenie prác.

2. V prípade kladnej odpovede na prvú otázku, je pri posudzovaní prahu 5 000 000 [SDR] stanoveného v článku 6 tej istej smernice potrebné zohľadniť iba cenu za prevod diel verejnému obstarávateľovi alebo súčet tejto ceny a zaplatených príspevkov, aj keď sú tieto príspevky iba sčasti

určené na zhotovenie daných diel, alebo, napokon, celkovú hodnotu prác, pričom majetok, ktorý nebol prevedený na konci platnosti zmluvy, sa automaticky stáva vlastníctvom prvého verejného obstarávateľa a ten ďalej vykonáva platné zmluvy a preberá dlhy druhého verejného obstarávateľa?

Touto otázkou vnútroštátny súd nadviazal na predchádzajúcu a pýtal sa, či je na určenie hodnoty verejnej zmluvy potrebné zohľadniť celkový rozsah projektu alebo len cenu, ktorú musí verejný obstarávateľ zaplatiť za časti centra, ktoré sú mu určené ako aj jeho prípadnú účasť na celkovom financovaní.

3. V prípade kladnej odpovede na prvé dve otázky, je prvý verejný obstarávateľ pri uzatváraní takejto dohody oslobodený od povinnosti použiť postupy verejného obstarávania stanovené v uvedenej smernici, vzhľadom na to, že táto dohoda môže byť uzavretá len s určitými právnickými osobami a druhý verejný obstarávateľ musí tieto postupy uplatniť na svoje verejné obstarávanie prác?“

O prvej otázke

V prvej otázke sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, či je dohoda verejnou zmluvou na zhotovenie prác v zmysle článku 1 písm. a) smernice. Podľa definície uvedenej v tomto ustanovení smernice verejné zmluvy na zhotovenie prác sú odplátne zmluvy uzavreté písomne medzi zhotoviteľom a verejným obstarávateľom, ktorých predmetom je buď vykonanie prác, alebo súčasne vykonanie prác a vypracovanie projektovej dokumentácie k prácam alebo dielu definovanému v smernici, alebo zhotovenie – akýmkoľvek spôsobom – diela, ktoré zodpovedá požiadavkám určeným verejným obstarávateľom.

V pripomienkach podaných k danej otázke sa uvádzalo, napr. že:

- podľa dohody sa SEDL zaväzuje realizovať investičný projekt, ktorý zahŕňa rôzne úlohy. SEDL teda v zmysle pripomienok nie je zhotoviteľom, ktorý vykoná práce uvedené v zmluve, táto spoločnosť sa len zaväzuje pripraviť a viesť verejné obstarávanie prác. Keďže najdôležitejším prvkom zmluvy je zadať objednávku diel a dohliadať nad ich realizáciou, podľa tvrdení v predložených pripomienkach je dohodu treba kvalifikovať ako „verejnú zmluvu na poskytnutie služieb;
- tá časť zábavného centra, ktorá sa týka realizácie stavieb, pri ktorých sa predpokladá ich predaj tretím osobám, nepredstavuje verejnú zmluvu na zhotovenie prác v zmysle smernice. Práve z dôvodu, že táto časť je určená tretím osobám, nemožno ju vnímať tak, že zodpovedá potrebám mesta. Iba výstavba parkoviska na účet mesta Roanne by v zásade mohla predstavovať verejnú zmluvu na zhotovenie prác. Na túto výstavbu by sa však pritom smernica nevzťahovala, pretože parkovisko bude na miesto prevedené až po jeho dokončení na základe osobitného postupu stanoveného francúzskym právom, tzv. „predaja v budúcom stave dokončenia“, takže

v podstate ide o obyčajné nadobudnutie nehnuteľnosti, ktorého predmetom nie sú ani tak práce, ale skôr predaj diel, ktoré sa majú postaviť.

Súdny dvor EÚ vo svojom rozsudku uviedol, že hoci je pravda, že nad rámec výkonu prác dohoda zveruje SEDL aj dodatočné úlohy, ktoré, ako poznamenali viacerí vedľajší účastníci konania, majú povahu poskytnutia služieb, len zo samotnej skutočnosti, že dohoda obsahuje prvky, ktoré idú nad rámec výkonu prác, však ešte nevyplýva, že sa na ňu smernica nevzťahuje.

Ako totiž vyplýva z judikatúry Súdneho dvora EÚ, **ak určitá zmluva súčasne obsahuje prvky verejnej zmluvy na zhotovenie prác a prvky iného druhu verejnej zmluvy, o tom, ktorá zo smerníc Spoločenstva z oblasti verejného obstarávania sa má v zásade uplatniť, rozhoduje hlavný predmet zmluvy.**

Pokiaľ ide o uplatnenie tejto judikatúry na predmetný prípad, Súdny dvor EÚ zdôraznil, že zmluvný záväzok SEDL sa neobmedzuje na organizáciu prác a súvisiacu administratívu, ale vzťahuje sa tiež na vykonanie predmetných prác. Navyše nato, **aby mohla byť osoba uzatvárajúca zmluvu s verejným obstarávateľom kvalifikovaná ako zhotoviteľ poverený verejnou zmluvou na zhotovenie prác v zmysle smernice sa podľa ustálenej judikatúry nevyžaduje, aby bola táto osoba sama osebe schopná priamo realizovať dohodnuté plnenie z vlastných zdrojov. Z toho vyplýva, že pre posúdenie, či hlavným predmetom dohody je vykonanie diela, je bezvýznamné, že SEDL nevykonáva práca sama, ale zadáva ich vykonanie subdodávateľom.**

K vznesenej pripomienke, že sa nemožno domnievať, že predmetom dohody je zhotovenie diela zodpovedajúceho požiadavkám, ktoré špecifikoval verejný obstarávateľ, Súdny dvor EÚ uviedol, že zo smernice vyplýva, že existenciu diela treba posudzovať vo vzťahu k ekonomickej a technickej funkcii výsledku vykonaných prác. Ako jednoznačne vyplýva z viacerých ustanovení dohody, realizácia zábavného centra má vytvoriť priestor pre obchodné činnosti a služby, takže dohodu treba chápať tak, že spĺňa ekonomickú funkciu.

Okrem toho realizáciu zábavného centra treba chápať tak, že spĺňa požiadavky, ktoré mesto Roanne špecifikovalo v dohode. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že dielo, ktorého sa dohoda týka, je zábavné centrum so všetkými náležitosťami, teda dielo, ktoré zahŕňa výstavbu multikina, prevádzkových priestorov pre služby súvisiace s voľným časom, parkoviska a prípadne hotela. Z viacerých ustanovení dohody vyplýva, že realizáciou zábavného centra ako celku sa mesto Roanne usiluje zmeniť zameranie a zdynamizovať mestskú časť v okolí železničnej stanice.

Pokiaľ ide o ďalšie prvky definície „verejnej zmluvy na zhotovenie práce“ zakotvenej v smernici, je v prvom rade potrebné zdôrazniť, že nebolo spochybnené, že mesto Roanne je ako územný samosprávny celok „verejným obstarávateľom“ v zmysle smernice a že tu existuje písomná zmluva.

Ďalej je nesporné, že SEDL, ako na trhu pôsobiaci hospodársky subjekt, ktorý sa zaväzuje realizovať práce stanovené v dohode, treba kvalifikovať ako zhotoviteľa v zmysle smernice. V tejto súvislosti nie

je podstatné, či SEDL využije subdodávateľov na zabezpečenie vypracovania projektovej dokumentácie a vykonania prác.

Napokon je zjavné, že dohoda bola uzavretá odplatne. Odplatná povaha zmluvy sa týka protiplnenia poskytnutého zhotoviteľovi. Podľa ustanovení dohody SEDL získa určitú sumu od mesta Roanne ako protiplnenie za prevod parkoviska. Mesto sa tiež zaväzuje podieľať sa na výdavkoch na všetky diela, ktoré sa majú realizovať. Napokon má SEDL podľa zmluvy právo prijať platby tretích osôb ako protiplnenie za prevod zhotovených diel.

Z analýzy dohody vyplýva, že jej hlavným predmetom je vykonanie istého súboru prác vedúcich k zhotoveniu diela, a síce zábavného centra. **Prvky služieb obsiahnuté v dohode**, ako napríklad nadobudnutie nehnuteľností, získanie finančných prostriedkov, zorganizovanie súťaže architektonických a/alebo inžinierskych návrhov, ako aj predaj budov, **sú súčasťou riadneho dokončenia tohto diela.**

Vzhľadom na uvedené skutočnosti Súdny dvor EÚ na prvú otázku odpovedal, že dohoda, ktorou jeden verejný obstarávateľ zveruje druhému verejnému obstarávateľovi zhotovenie diela, je verejnou zmluvou na zhotovenie prác v zmysle článku 1 písm. a) smernice bez ohľadu na to, či je stanovené, že prvý verejný obstarávateľ je alebo sa stane vlastníkom celého tohto diela alebo jeho časti.

O druhej otázke

Vo svojej druhej otázke sa vnútroštátny súd Súdného dvora EÚ pýtal na spôsoby, akými je možné určiť hodnotu spornej zmluvy, aby sa dalo rozhodnúť, či bola dosiahnutá prahová hodnota stanovená smernicou.

Súdny dvor EÚ uviedol, že vzhľadom na to, že cieľom postupov verejného obstarávania prác je práve zabezpečiť potenciálnym uchádzačom usadeným v Spoločenstve prístup k verejným zmluvám, o ktoré majú záujem, malo by sa pri výpočte, či hodnota určitej zmluvy dosahuje prahovú hodnotu stanovenú smernicou, vychádzať z ich uhla pohľadu.

V tejto súvislosti je zjavné, že ak hodnotu zmluvy tvoria príjmy plynúce od verejného obstarávateľa a zároveň od tretích osôb, záujem potenciálneho uchádzača o túto zmluvu sa vzťahuje na jej celkovú hodnotu.

Naopak, téza, že pri výpočte hodnoty zmluvy v zmysle smernice by sa mali zohľadniť len sumy zaplatené verejným obstarávateľom, by ohrozila účel smernice. Vyplývalo by z nej, že verejný obstarávateľ by mohol uzavrieť zmluvu v hodnote, ktorá prekračuje stanovenú prahovú a ktorá by mohla zaujímať iných zhotoviteľov pôsobiacich na trhu, bez toho, aby uplatnil postupy verejného obstarávania prác stanovené smernicou.

Napokon je potrebné pripomenúť, že podľa článku 3 smernice koncesie na verejné práce podliehajú pravidlám oznamovania stanoveným v smernici, ak dosahujú prahovú hodnotu zakotvenú v uvedenom ustanovení. Keďže podstatnou vlastnosťou týchto koncesií je, že protiplnenie za práce pochádza úplne alebo sčasti od tretích osôb, bolo by v rozpore s cieľom a systémom, na ktorých stojí smernica, ak by v rámci verejných zmlúv na zhotovenie prác boli sumy pochádzajúce od tretích osôb vylúčené z výpočtu hodnoty zmluvy na účely článku 6 smernice.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti je na druhú otázku Súdny dvor EÚ odpovedal, že pri určení hodnoty zmluvy na účely článku 6 smernice je potrebné zohľadniť celkovú hodnotu zmluvy na zhotovenie prác z hľadiska potenciálneho uchádzača, ktorá zahŕňa nielen všetky sumy, ktoré bude musieť zaplatiť verejný obstarávateľ, ale aj všetky príjmy pochádzajúce od tretích osôb.

O tretej otázke

Svojou treťou otázkou vnútroštátny súd zisťoval, či pri uzavretí takej dohody, aká je vo veci samej, je verejný obstarávateľ zbavený povinnosti použiť postupy verejného obstarávania prác, ktoré sú stanovené v smernici, len z dôvodu, že podľa vnútroštátneho práva možno túto dohodu uzavrieť len s určitými právnickými osobami, ktoré samy majú postavenie verejného obstarávateľa a sú tiež povinné uplatniť tieto postupy pri uzatváraní prípadných následných zmlúv.

Na úvod Súdny dvor EÚ zdôraznil, že jediné povolené výnimky z aplikácie smernice sú tie, ktoré sú v nej výslovne uvedené. Smernica pritom neobsahuje ustanovenie, ktoré z jej pôsobnosti vylučuje verejné zmluvy uzavreté za určitých podmienok s verejnými obstarávateľmi.

Z toho vyplýva, že verejný obstarávateľ nie je zbavený povinnosti použiť postupy verejného obstarávania prác, ktoré sú stanovené smernicou, len z dôvodu, že má v úmysle uzavrieť predmetnú zmluvu s druhým verejným obstarávateľom. Toto konštatovanie navyše nemá vplyv na povinnosť druhého verejného obstarávateľa takisto uplatniť postupy verejného obstarávania stanovené smernicou.

Je pravda, že v súlade s judikatúrou Súdneho dvora EÚ nie je vyhlásenie verejného obstarávania povinné pri zmluvách uzavretých medzi územným samosprávnym celkom a subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako tento územný samosprávny celok, za predpokladu, že územný samosprávny celok má nad danou osobou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a súčasne táto osoba vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom alebo celkami, ktoré ju vlastní. Avšak skutočnosť, že SEDL je spoločnosť zmiešaného vlastníctva, na ktorej základnom imaní sa podieľajú súkromné prostriedky, vylučuje, aby bolo možné domnievať sa, že mesto Roanne nad ňou vykonáva obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi. Súdny dvor EÚ už totiž rozhodol, že každé umiestnenie súkromného kapitálu do podniku podlieha úvahám, ktoré sú vlastné súkromným záujmom, a sleduje ciele inej povahy, než sú ciele sledované verejným orgánom.

Z podaných pripomienok vyplynulo, že podľa nich je potrebný účinok smernice zachovaný aj v takých prípadoch, ako je vo veci samej, kde druhý verejný obstarávateľ musí pri každej následnej zmluve použiť postupy verejného obstarávania prác stanovené smernicou. Na účely zabezpečenia efektívnej hospodárskej súťaže je bezvýznamné, či takýto postup zorganizuje prvý alebo druhý verejný obstarávateľ.

V tejto súvislosti Súdny dvor EÚ pripomenul, že smernica neobsahuje žiadne ustanovenie, ktoré by umožňovalo vylúčiť jej aplikáciu v prípade verejných zmlúv na zhotovenie prác uzavretých medzi dvoma verejnými obstarávateľmi ani za predpokladu, že by bol druhý verejný obstarávateľ povinný uzavrieť zmluvu v jej celkovej hodnote s ďalšími subdodávateľmi a na tieto účely použiť postupy verejného obstarávania stanovené smernicou.

Okrem toho v predmetnom prípade dohoda nestanovovala, že SEDL musí pôvodnú zmluvu v celej hodnote zadať ďalším subdodávateľom. Ak teda druhý verejný obstarávateľ využije subdodávateľov, predmet každej následnej zmluvy často predstavuje len určitú časť celkovej zmluvy. Z toho môže vyplývať, že hodnota ďalších zmlúv uzavretých druhým verejným obstarávateľom bude nižšia ako hodnota stanovená v článku 6 ods. 1 písm. a) smernice. Uplatnením série na seba nadväzujúcich zmlúv by bolo možné smernicu obísť.

Vzhľadom na predchádzajúce skutočnosti Súdny dvor EÚ na tretiu otázku odpovedal tak, že verejný obstarávateľ nie je zbavený povinnosti použiť postupy verejného obstarávania prác, ktoré sú stanovené v smernici, len z dôvodu, že podľa vnútroštátneho práva možno túto dohodu uzavrieť len s určitými právnickými osobami, ktoré samy majú postavenie verejného obstarávateľa a sú rovnako povinné uplatniť tieto postupy pri uzatváraní prípadných následných zmlúv.