

Register konečných užívateľov výhod

šialené kravy a verejné
obstarávanie na
Slovensku

revízne
postupy

slovensko.digital
potrebujeme zmeny
v nákupe štátneho IKT

JED - čarovná skratka
nahradzujúca čestné vyhlásenie
o splnení podmienok účasti



obsah

Editorial	2
K registru konečných užívateľov výhod a o opatreniach proti tzv. schránkovým firmám Mgr. Martin Poloha, M.A.	4
Ako BSE a princíp proporcionality ovplyvnili verejné obstarávanie na Slovensku? Mgr. Michal Garaj	13
Potrebuje zmeny v nákupe IKT Slovensko.digital	17
JED - Čarovná skratka nahradzujúca čestné vyhlásenie o splnení podmienky účasti = jednotný európsky dokument pre obstarávanie Dr. Ľubica Stelzer Páleník	22
Spravodlivý obchod vo verejnom obstarávaní JUDr. Ján Hudec, PhD.	25
(Bez?)významná určovací žaloba JUDr. Ivan Holíč	31
Nový dohľad. Aké zmeny prináša zákon o verejnom obstarávaní? Mgr. Zuzana Krajčovičová	36
Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok ako správne konanie sui generis JUDr. Štefan Halický, Mgr. Michal Urban, JUDr. Milan Hodás, PhD.	39
O velebenom i zatracovanom Ing. Martin Hoffmann	46
O neznámej a obávanéj Ing. Martin Hoffmann	49
Zo života obstarávača II JUDr. Peter Kubovič	54
Prieskum skúseností podnikateľov – Ako je to s verejným obstarávaním v zahraničí?	55
VO v EÚ – v poznámkach pod čiarou Mgr. Martin Poloha, M.A.	56



Editorial

JUDr. Róbert Majchrák

Vážení čitatelia,

dňa 18. 4. 2016 nastal pre mnohých z vás deň D. V tento deň totiž nadobudol účinnosť nový zákon o verejnom obstarávaní (v ére samostatnej Slovenskej republiky predstavuje v poradí piaty zákon upravujúci problematiku verejného obstarávania), ktorý tak po desiatich rokoch ukončil náročnú púť svojho predchodcu. Nový zákon o verejnom obstarávaní prináša predovšetkým národnú transpozíciu nových smerníc v oblasti verejného obstarávania. Transformujúc do národnej úpravy nové smernice, mal by sa nový zákon o verejnom obstarávaní pričiniť o napĺňanie hlavných cieľov nových smerníc ako podpora malých a stredných podnikateľov, elektronizácia procesu verejného obstarávania, zvýšenie transparentnosti, ochrana subdodávateľov atď.



Ciele a tézy nových smerníc vyjadrené v ich recitáloch možno vskutku považovať za ušľachtilé, pri čítaní preambuly nových smerníc čitateľ nadobúda doslova pocit ódy na radosť sociálneho inžinierstva. V tejto súvislosti by som si však dovolil reflektovať v kontexte historického vývoja pravidiel procesu verejného obstarávania na špecifický vývojový trend procesu verejného obstarávania, ktorý možno mnohí z vás vnímajú negatívne.

Pre historický vývoj pravidiel verejného obstarávania v kontexte ich komunitárnej úpravy je charakteristické, že prvé smernice v tejto oblasti boli pomerne jednoduché a predovšetkým rámcové, čo dávalo členským štátom pri ich recipovaní väčšiu mieru transpozíčnej autonómie. V rámci ďalšieho legislatívneho vývoja na komunitárnej úrovni je však badateľná snaha urobiť z pravidiel verejného obstarávania nástroj na riešenie mnohých spoločenských problémov, pričom následkom tohto vývojového trendu bolo predovšetkým to, že z procesu klasického nákupu tovarov, služieb a stavebných prác sa postupne stával čoraz zložitejší a interdisciplinárnejší proces, v ktorom „nákupca“ musel zohľadňovať čoraz väčší okruh celospoločenských problémov ako ochrana životného prostredia, podpora zamestnanosti, podpora malých a stredných podnikateľov, ochrana subdodávateľov, nákup „zelených“ technológií atď.

Nové smernice v tomto nastúpenom trende legislatívneho vývoja pravidiel verejného obstarávania plynule pokračujú a snažia sa aktívne vstupovať do riešenia ďalších tematických okruhov ako podpora inovácií, konflikt záujmov, druhotná platobná neschopnosť. Tento trend prirodzene kladie na hlavných protagonistov procesu verejného obstarávania čoraz vyššie odborné nároky a v samotnej praxi verejného obstarávania zaťažuje predovšetkým „nákupcov“ riešením problémov, ktorými sa v minulosti zaoberali výlučne špecializované inštitúcie. V kontexte nových smerníc možno poukázať napríklad na identifikáciu konfliktu záujmov alebo tzv. protichodných záujmov, čo bola v minulosti predovšetkým agenda, ktorú

vykonávali pri vyšetrovaní trestnej činnosti orgány činné v trestnom konaní, alebo pri odhaľovaní protisúťažných praktík Protimonopolný úrad SR. Vo svetle nových smerníc možno ďalej poukázať na samoočistovací mechanizmus, ktorý je vo svojej podstate špecifickou formou účinnej ľútosti vo verejnom obstarávaní, pričom účinnú ľútosť poznáme predovšetkým ako inštitút trestného práva alebo protisúťažného práva. Rovnako tak aplikácia nového inštitútu priamych platieb subdodávateľom bude pre verejného obstarávateľa v praxi často prinášať riešenie sporov, ktoré budú mať svojou povahou charakter klasických civilnoprávných sporov medzi úspešným uchádzačom a jeho subdodávateľom ohľadom právneho nároku na priznanie priamej platby. V neposlednom rade nové smernice a nový zákon o verejnom obstarávaní prinášajú pre verejných obstarávateľov právomoc odhaľovať v procese verejného obstarávania na základe dôveryhodných indícií protisúťažné praktiky zúčastnených uchádzačov, čo je primárna pracovná náplň Protimonopolného úradu SR.

Nový zákon o verejnom obstarávaní, reflektujúc nové smernice, významne rozširuje pole celospoločenskej pôsobnosti pravidiel verejného obstarávania. Či je, alebo nie je tento vývojový trend pravidiel verejného obstarávania správny, ponechám na filozofickej úvahe každého z vás. Z pohľadu svojho osobného presvedčenia si však myslím, že pravidlá verejného obstarávania kreované na komunitárnej úrovni aj napriek svojej zložitosti významne prispievajú k hlbšej integrácii jednotného trhu Európskej únie. Bez týchto pravidiel by sa členské štáty obmedzovali na praktiky vylučujúce európsky rozmer obstarávania.

Nový zákon o verejnom obstarávaní teda prináša pre všetkých protagonistov procesu verejného obstarávania nové tematické okruhy, ktorých absorbovanie bude určite aj pre samotný úrad výzvou a zároveň impulzom na rozšírenie odborných obzorov. Našou snahou bude aj prostredníctvom príspevkov v UVO revue priblížiť vám čitateľom tieto nové tematické okruhy, prípadne ich rozdiskutovať.

Na záver by som vám chcel zaželať veľa úspechov pri aplikácii nového zákona a dúfam, že nové číslo UVO revue bude pre vás príjemným spestrením vašich pracovných úloh a napomôže prehľbovať odborné poznatky v tejto neľahkej právnoaplikačnej činnosti.

Za redakčnú radu

JUDr. Róbert Majchrák

Redakčná rada: JUDr. Róbert Majchrák, Mgr. Zuzana Krajčovičová, Mgr. Tomáš Lepieš, JUDr. Milan Hodás PhD., Mgr. Matej Sliška, JUDr. Peter Kubovič, Mgr. Michal Garaj, Mgr. Ján Richnavský, Mgr. Martin Poloha, M.A.

mail: redakcia@uvo.gov.sk

K registru konečných užívateľov výhod a o opatreniach proti tzv. schránkovým firmám

Mgr. Martin Poloha, M.A.

Článok sa venuje inštitútu registra konečných užívateľov výhod vo verejnom obstarávaní, najmä z hľadiska jeho významu a potreby. Zaoberá sa tiež súvisiacimi globálnymi témami existencie anonymných vlastníckych štruktúr, prepojenia ich ziskovosti s konfliktom záujmov a machináciami vo verejnom obstarávaní. Autor na konkrétnom príklade poukazuje, že pôsobenie tzv. „schránkových firiem“ vo verejnom obstarávaní je do značnej miery následkom iných problémov verejného obstarávania. Pri nachádzaní riešení sa článok zameriava práve na príčiny zapojenia tzv. schránkových firiem do procesu verejného obstarávania.

Od novembra 2015 je na webstránke Úradu pre verejné obstarávanie (ÚVO) verejne prístupný register konečných užívateľov výhod¹, do ktorého je každý podnikateľ, ktorý získa zákazku vo verejnom obstarávaní, povinný zapísať svojich konečných užívateľov výhod, teda zjednodušene povedané, **deklarovať svojich skutočných (ekonomických) vlastníkov**. Túto povinnosť má tiež jeho subdodávateľ, ako aj subjekt, prostredníctvom ktorého bolo preukazované splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.

Slovenská republika (SR) ako jedna z prvých krajín na svete zriadila verejne prístupný register konečných užívateľov výhod. Obdobný verejne prístupný register konečných užívateľov výhod bol v roku 2015 v prevádzke ešte v Dánsku². V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že v mnohých krajinách sveta nie sú verejne prístupné ani len obchodné registre. Napríklad v niektorých členských štátoch Európskej únie (Holandsko, Rakúsko alebo Cyprus) je prístup do obchodného registra poplatný³ a v mnohých krajinách sveta sú rôzne ďalšie obmedzenia na vyhľadávanie údajov z obchodného registra⁴. V určitých jurisdikciách by bol verejne prístupný register konečných užívateľov výhod v priamom rozpore s hospodárskou politikou danej krajiny.

Napr. korunné závislé územia Veľkej Británie ostrovy Man, Jersey a Guernsey už verejne vyhlásili, že nezriadia verejne prístupné registre konečných užívateľov výhod⁵. Podľa názoru týchto ostrovných jurisdikcií, ktoré sú známe ako tzv. daňové raje, bez spoločného globálneho riešenia nemá zmysel zriadenie registrov konečných užívateľov výhod len v niektorých štátoch.

V roku 2015 bola okrem novely zákona o verejnom obstarávaní, ktorá zaviedla vyššie uvedenú povinnosť deklarovať konečných užívateľov výhod, prijatá **smernica 2015/849/EÚ – tzv. štvrtá smernica EÚ o boji proti praniu špinavých peňazí**, ktorá predpisuje všetkým členským štátom EÚ zriadenie registrov konečných užívateľov výhod do júna 2017 (nie je povinnosťou, aby boli tieto registre verejné).



¹ <https://www.uvo.gov.sk/vestnik-a-zoznam-registrov/registre-podnikatelov/-register-konecnych-uzivatelov-vyhod-427.html>

² „Det Offentlige Ejerregister“ na web stránke:

https://indberet.virk.dk/myndigheder/stat/ERST/Det_Offentlige_Ejerregister?_np_c=et%2Cforside%2Cbanner

³ Obchodné registre v členských štátoch EÚ: https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_in_member_states-106-sk.do?init=true

⁴ Obchodné registre v jednotlivých krajinách sveta: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_company_registers

⁵ <http://www.internationalinvestment.net/regions/iom-rejects-uk-beneficial-ownership-call/>

V predmetnom registri budú musieť byť uvedení koneční užívatelia výhod všetkých podnikateľov so sídlom na území príslušného členského štátu, teda táto povinnosť sa bude týkať aj takých podnikateľov, ktorí v žiadnej podobe neobchodujú so štátom a ani nečerpajú žiadne verejné finančné prostriedky⁶. Tieto centrálné registre jednotlivých členských štátov budú navzájom prepojené, a teda príslušné štátne orgány v SR si budú môcť overiť údaje o konečných užívateľoch napr. holandskej obchodnej spoločnosti, ktorá je spoločníkom v slovenskej obchodnej spoločnosti podávajúcej ponuku vo verejnom obstarávaní.

Debata o obsahu, funkcionalite a verejnosti, resp. obmedzenej verejnosti registra konečných užívateľov výhod aktuálne prebieha v každom členskom štáte EÚ. Napríklad v Českej republike bol legislatívny návrh, aby tento register bol úplne prístupný len pre štátne orgány⁷.

Konečný užívateľ výhod

„Tajomstvo úspechu je nič nevlastniť, ale predsa mať nad všetkým kontrolu.“ – Nelson Rockefeller

Konečný užívateľ výhod alebo skutočný vlastníč/skutočný majiteľ (angl. ultimate beneficial owner) je jedným z ústredných pojmov právnej oblasti týkajúcej sa ochrany pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti (povedané termínom európskej legislatívy: boja proti praniu špinavých peňazí). Vo všeobecnosti je konečným užívateľom výhod fyzická osoba, ktorá skutočne vlastní, ovláda alebo vykonáva kontrolu nad určitým hospodárskym subjektom alebo v mene/na účet ktorej sa určitá transakcia alebo činnosť vykonáva.

V bežných súkromno-právnych vzťahoch si jednotlivé strany overujú solventnosť a dôveryhodnosť ich zmluvných partnerov (angl. due diligence), a teda obvykle zisťujú „**kto stojí za**“ určitým podnikateľským subjektom, a to bez toho, aby museli vychádzať z nejakej zákonnej definície.

Zisťovanie konečných užívateľov výhod/skutočných vlastníkov nie je v našom právnom poriadku tiež žiadnou novinkou. Napr. orgány finančnej správy pri aplikácii zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia zisťujú skutočných vlastníkov, tak aby nedochádzalo k zneužívaniu a obchádzaniu predmetných zmlúv, ktorá má SR uzavreté s inými štátmi⁸. Už od roku 2008, teda odkedy je účinný zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov, sú tzv. **povinné osoby** – teda finančné inštitúcie (napr. banky, poisťovne, obchodníci s cennými papiermi), ale aj napr. audítori, účtovníci a advokáti – povinné identifikovať konečného užívateľa výhod svojho klienta (napr. obchodnej spoločnosti, s ktorou majú určitý obchodný vzťah)⁹. Praktické skúsenosti ukazujú, že tieto tzv. povinné osoby sa pri plnení uvedenej povinnosti doposiaľ spoliehajú predovšetkým na čestné vyhlásenia samotného klienta¹⁰, resp. na ním predložené podklady.

Inštitút konečného užívateľa výhod a jeho zápis do verejne prístupného registra bol do verejného obstarávania v SR **prevzatý práve z oblasti ochrany pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti**, a to najmä s cieľom predchádzať konfliktom záujmov a s tým spojenými machináciami a korupciou vo verejnom obstarávaní.

6 Novelou zákona o verejnom obstarávaní (č. 252/2015 Z. z.), ktorou bol zriadený register konečných užívateľov výhod, nedošlo k transpozícii smernice 2015/849/EÚ – tzv. štvrtej smernice EÚ o boji proti praniu špinavých peňazí. ÚVO predložil predmetnú novelu zákona o verejnom obstarávaní na rokovanie vlády SR ešte začiatkom apríla 2015, uvedená smernica 2015/849/EÚ bola orgánmi EÚ schválená až 20. mája 2015. **Smernica 2015/849/EÚ nie je uvedená v prílohe k zákonu o verejnom obstarávaní v Zozname preberaných právne záväzných aktov Európskej únie. SR je povinná prebrať túto smernicu do júna 2017 v celom jej rozsahu, bez ohľadu na aktuálny register konečných užívateľov výhod súvisiaci len s verejným obstarávaním.** Vláda SR uznesením č. 517/2015 zo 16. 9. 2015 poverila ministra vnútra SR, aby do 31. 7. 2016 pripravil návrhy právnych predpisov, ktorými sa zabezpečí prebratie predmetnej smernice 2015/849/EÚ.

7 http://www.ceskenoviny.cz/zpravy/nevladni-organizace-kritizuji-rejstrik-skutecných-vlastníků/index_view.php?id=1242033 alebo <http://www.respekt.cz/ekonomika/cesko-pripravuje-rejstrik-skutecných-majitelů-firm>

8 Napr. zmluva medzi Slovenskou republikou a USA o zamedzení dvojitého zdanenia (č. 74/1994 Z. z.): čl. 10 – skutočný vlastníč dividendy, čl. 11 – skutočný vlastníč úrokov, čl. 12 – skutočný vlastníč licenčných poplatkov

9 Napr. podľa § 10 ods. 1 písm. b) zákona č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti, cit.: „Základná starostlivosť **povinné osoby** vo vzťahu ku klientovi zahŕňa v závislosti od rizika legalizácie alebo financovania terorizmu **identifikácia konečného užívateľa výhod** a prijatie primeraných opatrení na overenie jeho identifikácie, vrátane opatrení na zistenie vlastníckej štruktúry a riadiacej štruktúry klienta, ktorý je právnickou osobou alebo združením majetku.“

10 Pozri formulár „Čestné vyhlásenie – Konečný užívateľ výhod“ poisťovne AXA: <https://www.axainvesticie.sk/informacie-pre-investora/formulare/obsah/vseobecne-formulare/cestne-vyhlasenie-konecny-uzivatel-vyhod.aspx/>

V správe Európskej komisie (EK) o boji proti korupcii z 3. 2. 2014 sa uvádza, cit.: „V postupoch verejného obstarávania sa len veľmi zriedka kontrolujú vlastníci stojaci za uchádzačmi a subdodávateľmi.“ V záveroch a odporúčaniach predmetnej správy EK sa vo vzťahu k verejnému obstarávaniu celkom jednoznačne konštatuje nasledovné, cit.: „Vykonávať kontroly vlastníkov, ktorí stoja za uchádzačmi a subdodávateľmi.“

Informácie o vlastníkoch (spoločníkoch/akcionároch) úspešného uchádzača a tom, kto má hospodársky prospech z jeho existencie, sú dôležité z pohľadu účinného predchádzania konfliktu záujmov, tak ako to požaduje čl. 24 smernice 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní. Na základe podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia podľa § 32 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (resp. § 26 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní účinného do 17. 4. 2016) sa však zisťujú len údaje o samotnom (úspešnom) uchádzačovi – bez ohľadu na to, kým je tento subjekt vlastnený alebo kontrolovaný – a tiež údaje o bezúhonnosti členov jeho štatutárneho orgánu. Sú to však spoločníci/akcionári, ktorí rozhodujú o zásadných záležitostiach týkajúcich sa uchádzača – obchodnej spoločnosti – napr. o vymenovaní, resp. odvolaní člena štatutárneho orgánu alebo o rozdelení zisku (dividendy).

Z hľadiska praktického významu registra konečných užívateľov výhod je vhodné napr. uviesť, že zatiaľ čo do obchodného registra v SR sa povinne zapisuje iba 100 percentný akcionár akciovej spoločnosti¹¹ (môže ním byť ďalšia akciová spoločnosť, o ktorej akcionároch už údaje chýbajú), do registra konečných užívateľov výhod sa zapisujú fyzické osoby, ktoré majú priamy alebo nepriamy podiel, alebo ich súčet je najmenej 25 % na základnom imaní alebo na hlasovacích právach v právnickej osobe (žiadateli o zápis do registra).

Úrad pre verejné obstarávanie vydal k zákonnej definícii konečného užívateľa výhod uvedenej na

účely verejného obstarávania v § 12a zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (účinný do 17. 4. 2016) výkladové stanoviská č. 7/2015 a č. 8/2015¹². Definícia a výklad pojmu konečný užívateľ výhod sú postavené na prednosti faktického stavu pred stavom formálno-právnym. Teda za konečného užívateľa výhod sa napr. nepovažuje fyzická osoba iba v pozícii tzv. nominovaného spoločníka (angl. nominee shareholder), ktorá je iba formálne (napr. v obchodnom registri) uvedená ako spoločník – držiteľ podielu na základnom imaní v spoločnosti s ručením obmedzeným. Za konečného užívateľa výhod je v takom prípade potrebné považovať fyzickú osobu, ktorá je skutočným (reálnym) spoločníkom, v prospech (na účet) ktorej je predmetný podiel na základnom imaní držaný, a to napríklad na základe inominátnej zmluvy o nepriamom zastúpení alebo komisionárskej zmluvy s týmto tzv. nominovaným spoločníkom.

Tzv. schránkové firmy a anonymita skutočných vlastníkov

Podnetom na zriadenie registra konečných užívateľov výhod bola opakujúca sa účasť tzv. schránkových firiem vo verejnom obstarávaní. Pojem „schránková firma“ alebo nastrčená, fiktívna firma (angl. shell company, front company, letterbox company, brassplate company) nie je definovaný v právnom predpise v oblasti verejného obstarávania v SR a ani na úrovni EÚ. Aj v ďalších právnych odvetviach je pojem „schránková firma“ vykladaný skôr v rozhodovacej činnosti orgánov EÚ a členských štátov, napr. v rozsudku týkajúcom sa nepriamych daní C-2/94, *Denkavit International and Others*, Súdny dvor EÚ uviedol, že ide o spoločnosť, ktorá nedisponuje majetkom a nevykonáva podnikateľskú činnosť. Vo všeobecnosti sa pod tzv. schránkovou firmou rozumie spoločnosť, ktorá nevykonáva podnikateľskú činnosť, nemá zamestnancov, má iba poštovú schránku a najatého štatutára (angl. nominee director). Tieto tzv. schránkové firmy majú často sídlo v jurisdikciách, akými sú tzv. daňové raje, ktoré okrem toho, že poskytujú mimoriadne daňové

11 § 2 ods. 2 písm. d) zákona č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri

12 <https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/vykladove-stanoviska-uradu/prehľad-vykladovych-stanovisk-uradu-4a6.html>. V roku 2016 bolo v súvislosti s novým zákonom o verejnom obstarávaní (č. 343/2015 Z. z.) vydané k definícii konečného užívateľa výhod výkladové stanovisko č. 1/2016, ktoré je obsahovo totožné s výkladovými stanoviskami č. 7/2015 a č. 8/2015, s jedinou zmenou týkajúcou sa spoločností, ktoré sú emitentom cenných papierov prijatých na obchodovanie na regulovanom trhu (na burze): <https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/vykladove-stanoviska-uradu/prehľad-vykladovych-stanovisk-uradu-zakon-c-3432015-z-51f.html>

zvýhodnenie pre zahraničné spoločnosti, umožňujú zabezpečenie anonymity konečného užívateľa výhod obchodnej spoločnosti, a to prostredníctvom rôznych právnych inštitútov, ako sú napr. akcie na doručiteľa, nominovaní spoločníci, cez rôzne právne formy, napr. trustu či treuhandu alebo jednoducho prostredníctvom benevolentného prístupu úradov k identifikácii osoby zakladajúcej obchodnú spoločnosť.

Zároveň je potrebné uviesť, že **problematika tzv. schránkových firiem sa týka aj nadnárodných spoločností**, resp. spoločností, ktorých akcie sú verejne obchodované na burze cenných papierov, keďže nie je nič výnimočné, že ich akcionármi sú práve takéto tzv. schránkové spoločnosti s neznámou vlastníčkou štruktúrou.

Spoločným znakom zostáva, že tieto tzv. schránkové firmy s anonymnými konečnými užívateľmi výhod môžu slúžiť **na obchádzanie verejnoprávnych predpisov**. Napríklad na účely daňových únikov, na pranie špinavých peňazí, na protiprávne financovanie politických strán, na zneužívanie právnych predpisov pri konkurze a reštrukturalizácii, na obchádzanie pravidiel obchodovania na kapitálových trhoch (angl. insider trading), na obchádzanie medzinárodných obchodných embárg, na zakrytie konfliktu záujmov vo verejnom obstarávaní atď. **V súkromnoprávných vzťahoch** môžu tieto tzv. schránkové spoločnosti slúžiť napr. na protiprávne zatajenie časti majetku pred veriteľmi alebo pred rozvedeným manželom.

Pokiaľ sa budeme pohybovať v reáliách verejného obstarávania na Slovensku, nie sú časté prípady, aby sa ako uchádzač priamo zúčastnila tzv. schránková firma so sídlom v klasickom daňovom raji. Väčšinou sa verejného obstarávania zúčastní uchádzač, ktorý má sídlo na Slovensku a ktorý sám o sebe nevykazuje znaky tzv. schránkovej firmy. Jeho materskou spoločnosťou je ďalšia obchodná spoločnosť napr. z Českej republiky, ktorá je už však vlastnená napr. spoločnosťou zo štátu Delaware v USA. Tento štát je v podstate daňovým rajom v rámci USA a je dobre známy aj svojimi laxnými pravidlami v súvislosti s identifikáciou fyzických osôb pri zakladaní obchod-

ných spoločností¹³. Spoločníkom tejto Delawarskej spoločnosti môže byť ďalej tzv. International Business Company napríklad z Belize, zo Seychel alebo z Britských Panenských ostrovov, s vydanými akciami na doručiteľa, kde v niektorých prípadoch takéto spoločnosti ani nemusia viesť účtovníctvo. Ide teda o **zahmlievanie reťazou obchodných spoločností**, tak, aby cez štít firiem z najvyspelejších ekonomík sveta nebolo na prvý pohľad evidentné, že uchádzačom vo verejnom obstarávaní je (nepriamo) spoločnosť z jurisdikcie, ktorá umožňuje ukrytie konečných užívateľov výhod, a teda aj konflikty záujmov vo verejnom obstarávaní.

Takéto reťazenie obchodných spoločností pokrýva definícia a výklad konečného užívateľa výhod v zákone o verejnom obstarávaní, keď počíta so sčítaním priamych, ale aj nepriamych podielov a zároveň je napr. rozhodujúce, ktorá fyzická osoba skutočne (bez ohľadu na rôzne medzičlánky) ustanovuje členov štatutárneho orgánu právnickej osoby, ktorá je žiadateľom o zápis do registra.

Na vytvorenie komplikovaných a často ekonomicky neodôvodnených vlastníckych štruktúr, ktoré majú za cieľ zabezpečiť anonymitu, resp. zakrytie konečných užívateľov výhod určitej obchodnej spoločnosti, sa často využívajú služby advokátov, resp. rôznych poskytovateľov korporátnych služieb (angl. corporate service provider). Jedným z takýchto poskytovateľov je aj spoločnosť Mossack Fonseca & Co., ktorá je známa z kauzy Panama Papers, kde sa na verejnosť dostali milióny dôverných dokumentov tejto spoločnosti o jej klientoch, ktorí mali zostať v utajení¹⁴. Možno neprekvapuje, že predmetná **spoločnosť Mossack Fonseca & Co. okrem komplexných korporátnych služieb poskytovala aj celosvetové poradenstvo v oblasti verejného obstarávania**¹⁵. Medzi konfliktom záujmov, verejným obstarávaním a utajením konečných užívateľov výhod existuje často priame prepojenie.

Podobné spoločnosti pôsobia aj na Slovensku. Na trhu sa napr. objavila ponuka jednej nemenovanej spoločnosti, ktorá vo svojej prezentácii ponúka **tzv. nominované služby** (zjednodušene povedané, služby nájomných spoločníkov, prípadne konateľov), a to

13 V štáte Delaware, USA, je potrebných predložiť viac informácií na vydanie čitateľského preukazu do knižnice než na založenie obchodnej spoločnosti: <http://www.theguardian.com/us-news/2016/apr/06/panama-papers-us-tax-havens-delaware>

14 <https://panamapapers.icij.org/>

15 <http://www.mossfon.com/service/government-bidding-process/>

s cieľom zabezpečiť anonymitu vlastníctva (t. j. zakrytia konečného užívateľa výhod) pre obchodné spoločnosti podávajúce ponuku vo verejnom obstarávaní. Táto spoločnosť vo svojej prezentácii vyslovene upozorňuje, že týmto spôsobom je možné vyhnúť sa situáciám, ktoré upozornia na účasť navzájom prepojených osôb pri výberových konaniach.

Obchodné spoločnosti s utajenými skutočnými vlastníckymi (teda aj tzv. schránkové firmy), samozrejme, nemusia mať vo svojej vlastníckej štruktúre spoločnosti z tzv. daňových rajov. **Môžu mať sídlo na Slovensku a slovenských rezidentov ako formálnych (nominovaných) konateľov alebo spoločníkov**, ktorí vystupujú a konajú na základe zmluvného vzťahu (nepriame zastúpenie) so skutočným vlastníkom, a to zväčša bez toho, aby o tom mali vedomosť orgány verejnej moci.

Zakrytie identity konečného užívateľa výhod (skutočného vlastníka) sa môže realizovať aj **faktickými (mimoprávnymi) vzťahmi**. Typicky na tento účel slúžia napr. členovia rodiny alebo dlhoroční známi (napr. spolužiaci). Takýto postup je však pre konečného užívateľa výhod (skutočného vlastníka) nekomfortný a do určitej miery rizikový, keďže každý má k dispozícii len obmedzený okruh dôveryhodných fyzických osôb ochotných na spoluprácu¹⁶. Vybrané fyzické osoby sa však môžu použiť len v obmedzenom počte prípadov, pretože následne narastá pravdepodobnosť, že ich vzťah bude prezradený. Tento postup je tak pre konečného užívateľa výhod relatívne rizikový. A to aj preto, že dohodnuté pravidlá správania nie sú právne vymáhateľné (Kostohryz, Mikuláš, 2013).

Význam registra konečných užívateľov výhod

Z uvedeného je zrejmé, že existujú viaceré techniky, ktoré môžu sťažovať overenie pravdivosti a úplnosti údajov o konečnom užívateľovi výhod, ktoré má určitý podnikateľ zapísané v registri konečných užívateľov výhod. Môže preto vyvstať otázka, či má zriadenie verejného registra konečných užívateľov výhod vôbec zmysel. Odpoveďou je, že takýto register zmysel má.

Jednak **register konečných užívateľov výhod zvyšuje riziko odhalenia**, že za subjektom, ktorý získal zákazku vo verejnom obstarávaní, sú iní ako ním deklarovaní koneční užívatelia výhod. Zároveň register **zvyšuje tlak na zníženie ochoty podieľať sa na vytváraní rôznych anonymných vlastníckych štruktúr**. Tiež z dôvodu zvýšenia rizika odhalenia register zároveň **zvyšuje transakčné náklady** utajovania skutočného vlastníctva. Register konečných užívateľov výhod zároveň môže znamenať určitý presun od právnych nástrojov zabezpečenia anonymity vlastníctva (tzv. schránkové spoločnosti, nominovaní spoločníci – tzv. biele kone), ktoré však zanechávajú dôkazy a sú skôr odhaliteľné, k mimoprávnym (faktickým) nástrojom (priatelia, spolužiaci, členovia rodiny), ktoré však môžu byť menej komfortné, právne nevymáhateľné, a teda viac rizikové. Samozrejme, register môže byť len natoľko dôveryhodným nástrojom, nakoľko existuje efektívna kontrola údajov, ktoré sú v ňom zapísané.

Vzťah anonymných vlastníckych štruktúr a ich ziskovosti vo verejných obstarávaní

Autori Chvalkovská, Janský a Skuhrovec vo svojej publikácii „Listinné akcie na majiteľa a verejné zakázky“ (2012) analyzovali v Českej republike súvislosti medzi ziskovosťou a transparentnosťou vlastníckej štruktúry obchodných spoločností, ktoré získavajú zákazky vo verejnom obstarávaní.

Podľa uvedenej štúdie, spoločnosti s anonymnou vlastníckou štruktúrou dosahujú **pri realizácii zákaziek v oblasti verejného obstarávania výrazne vyššie zisky než ostatné spoločnosti**. Z dostupných údajov autori štúdie dospeli k záveru, že **zisky týchto anonymných spoločností sú o 23 % až 70 % vyššie**, než je to pri spoločnostiach s inou vlastníckou štruktúrou, čo podľa autorov nie je možné vysvetliť žiadnymi štandardnými ekonomickými faktormi. Podľa danej analýzy sú firmy s anonymnými vlastníckymi vo verejných obstarávaní úspešnejšie. Výsledky tejto štúdie dokazujú, že **vlastnícka štruktúra dodávateľa je vysoko relevantným prvkom z hľadiska cenovej efektivity a transparentnosti verejného obstarávania**.

¹⁶ Aj z uvedeného dôvodu bol v definícii konečného užívateľa výhod podľa § 11 ods. 4 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní obmedzený počet fyzických osôb na najviac desať, ktoré sa na základe spoločného postupu tiež považujú za konečných užívateľov výhod.

Machinácie a korupcia pri verejnom obstarávaní

Podľa **správy Európskej komisie o boji proti korupcii za rok 2014**, cit.: „Z analýzy krajín vidieť, že verejné obstarávanie v členských štátoch je mimoriadne náchylné na korupciu vzhľadom na nedostatočné kontrolné mechanizmy a riadenie rizika.“

Podľa odhadov OECD korupcia vo verejnom obstarávaní odčerpáva 20 až 25 percent z prostriedkov verejných rozpočtov určených na verejné obstarávanie¹⁷. OECD v publikácii „Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement“ (2005) uvádza, že korupcia vo verejnom obstarávaní sa iba zriedka vyskytuje vo forme priameho podplácania, namiesto toho sa využívajú rôzne **sofistikované metódy** odčerpávania verejných prostriedkov a zatajovania, že k takémuto odčerpávaniu dochádza. Už len samotnou realizáciou transakcie cez tzv. schránkovú spoločnosť v daňovom raji, a teda pridaním medzičlánku do reťaze finančných prevodov, môže dôjsť k vzniku **nezdaneného tajného fondu** v takejto krajine, ktorý môže byť použitý buď na uspokojenie osobných potrieb osôb podieľajúcich sa na riadení schránkovej spoločnosti, alebo na platenie úplatkov.

V publikácii „Bribery in Public Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures“ (2007) OECD **popisuje jednotlivé praktiky týkajúce sa machinácií a korupcie vo verejnom obstarávaní**, medzi ktoré radí napr. platby v hotovosti, platby zastrené ako poplatky za konzultačnú činnosť, preplácanie nikdy neposkytnutých služieb, predražovanie tovarov a služieb, platby schránkovej firme vlastnenej osobou prijímajúcou úplatok alebo platby na tajné účty osoby prijímajúcej úplatok.

OECD v materiáli „Principles for Integrity in Public Procurement“ (2009) konštatuje, že **kontrolné orgány by mali poznať techniky používané pri korupcii vo verejnom obstarávaní** tak, aby vedeli napomôcť odhaliť takéto konanie.

Zákazky šité na mieru konkrétnemu uchádzačovi

Klasickým príkladom machinácií pri verejnom obstarávaní je účelové opísanie predmetu zákazky tak, aby ju získal ten „správny“ uchádzač. **Správa Európskej komisie o Slovensku pre rok 2016**¹⁸ uvádza ako jeden z hlavných problémov verejného obstarávania v SR práve **zákazky, ktorých technické**

špecifikácie sú šité na mieru konkrétnemu uchádzačovi (bez ohľadu na to, či sú, alebo nie sú zadávané systémom elektronického trhu).



Na nastavenie opisu predmetu zákazky na vopred vybraný subjekt sa využívajú rôzne protiprávne techniky. Pokiaľ je takýmto vopred dohodnutým subjektom uchádzač s anonymnou vlastníckou štruktúrou, resp. schránková firma, tak je tu vážne podozrenie, že dochádza ku **konfliktu záujmov** a že napr. osoba, ktorá rozhoduje o zadaní zákazky, resp. nastavení opisu predmetu zákazky, je totožná s konečným užívateľom výhod úspešného uchádzača.

K napojeniu takejto tzv. schránkovej firmy do odlievania prostriedkov z predraženého verejného obstarávania však môže dôjsť aj **vo forme rôznych fiktívnych zmlúv, keď tzv. schránková firma nijakým spôsobom nevystupuje v procese verejného obstarávania**.

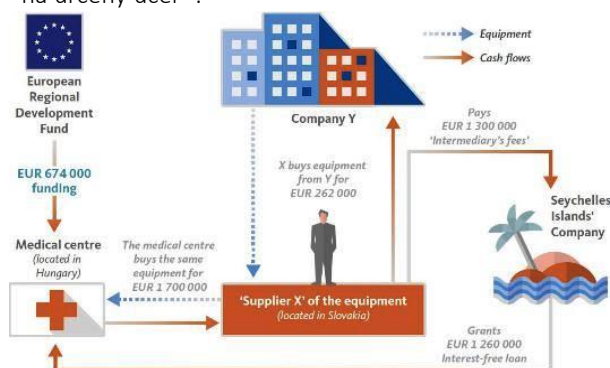
Európsky úrad pre boj proti podvodom (OLAF) vo svojej správe za rok 2014 uviedol nasledovný príklad svojej činnosti, týkajúci sa odhalenia podvodného obstarávania vybavenia nemocnice v Maďarsku. **Európsky fond regionálneho rozvoja** sa podieľal vo výške 674 000 eur na spolufinancovaní obstarania medicínskych zariadení pre nemocnicu, ktorej prevádzkovateľom je obchodná spoločnosť so sídlom v Maďarsku.

Výetrovanie OLAF odhalilo, že dodávateľ predmetných medicínskych zariadení spoločnosť „X“ so sídlom na Slovensku nakúpila tieto zariadenia za 262 000 eur od ďalšej spoločnosti „Y“ so sídlom tiež na Slovensku. Spoločnosť „X“ však predala tieto medicínske zariadenia predmetnej nemocnici v Maďarsku za sumu 1,7 milióna eur a táto suma bola aj následne deklarovaná na žiadosti o financovanie z fondov EÚ.

¹⁷ <http://oecdinsights.org/2015/03/27/transparency-in-public-procurement-moving-away-from-the-abstract/>

¹⁸ http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_sk.htm

Po obdržaní kúpnej ceny spoločnosť „X“ zaplatila 1,3 milióna EUR vo forme „sprostredkovateľského poplatku“ obchodnej spoločnosti so sídlom na Seychelách. Za to táto Seychelská spoločnosť poskytla bezúročnú pôžičku (de facto výplata dividendy) vo výške 1,26 milióna eur maďarskej obchodnej spoločnosti prevádzkujúcej nemocnicu. Z uvedenej schémy vyplýva, že spoločnosť „X“ a spoločnosť prevádzkujúca nemocnicu **procesom obstarávania štvornásobne predražili cenu medicínskych zariadení**. Obchodná spoločnosť prevádzkujúca nemocnicu týmto spôsobom zároveň obišla povinnosť na spolufinancovanie predmetu zákazky (to de facto tiež zaplatila EÚ). Vyšetrovanie OLAF zároveň odhalilo, že väčšina medicínskych zariadení vôbec nebola použitá na určený účel¹⁹.



©Európska únia, zdroj:
http://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/success-stories_en

Schránkové firmy a predražené zákazky

„Oproti súčasnosti potrebujeme oveľa viac analytický a menej právnický a účtovnícky pohľad.“ – Filko, Kišš, Ódor

Odhalenie podobných schém je, samozrejme, náročné aj pre orgány činné v trestnom konaní, zvlášť pokiaľ je do nich zapojený medzinárodný prvok. Napriek tomu z vyššie uvedeného príkladu vyplýva, že hoci je **proces verejného obstarávania často regulovaný do tých najmenších detailov, možno práve preto je v procese verejného obstarávania opomínaná základná otázka, či je predmet zákazky dodaný/poskytnutý za trhové ceny** (pojem trhovú cenu nie je možné zamieňať s pojmom najnižšia cena ako kritériom na vyhodnotenie ponúk). Prílišný dôraz kladený na procesnú stránku verejného obstarávania

v kombinácii s určitou ľahostajnosťou vo vzťahu k predraženiu zákazky môže mať za následok, že určité verejné obstarávanie sa pre verejného obstarávateľa, ako aj pre orgány dohľadu javí ako perfektne súladné so zákonom o verejnom obstarávaní (v rámci ich obmedzeného horizontu). Avšak v realite, ak by verejný obstarávateľ alebo orgány dohľadu videli úplný obraz, resp. ak by mali potrebné dáta, tak by im bolo zrejmé, že hospodárska súťaž bola naopak v tomto verejnom obstarávaní perfektne zmanipulovaná.

Z vyššie uvedeného prípadu obstarávania vyplýva, že pokiaľ by nedošlo k nastaveniu opisu predmetu zákazky tak, že ho mohol splniť len „vybraný“ uchádzač – spoločnosť „X“ (prípadne ponuky ostatných uchádzačov mohli byť z rôznych dôvodov účelovo vylúčené) a pokiaľ by obstarávané medicínske zariadenia neboli následne štvornásobne predražené oproti ich trhovej cene, **tak by ani nebol dôvod na pôsobenie schránkovej firmy zo Seychel v predmetnom verejnom obstarávaní s cieľom ukryť identitu konečného užívateľa výhod, konfliktu záujmov a „prepratia“ neprimeraného zisku z verejného obstarávania.**

K ďalším opatreniam týkajúcim sa redukcie tzv. schránkových firiem vo verejnom obstarávaní

Register konečných užívateľov výhod je nepochybne krok správnym smerom. Tak ako už bolo uvedené, Slovenská republika je povinná do júna 2017 prebrať v celom rozsahu smernicu 2015/849/EÚ – tzv. štvrtá smernica EÚ o boji proti praniu špinavých peňazí. Rozšírenie povinnosti zapisovať konečných užívateľov výhod do registra na všetky subjekty nakladajúce s verejnými prostriedkami by teda malo byť samozrejmosťou. Iba takýto legislatívny krok by však **nebol komplexným riešením, ktoré nevyhnutne potrebujeme na riešenie tejto mimoriadne náročnej problematiky.**

Nižšie sú stručne uvedené niektoré témy, ktoré by mali byť predmetom úvah pri príprave **legislatívnych a aplikačných riešení** obmedzovania tzv. schránkových firiem, a to nielen vo verejnom obstarávaní: V marci 2016 predstavili analytici Inštitútu finančnej politiky pri Ministerstve financií SR koncepciu

¹⁹ Spoločnosť X by v prípade zápisu do registra konečných užívateľov výhod v SR bola povinná uviesť ako svojich konečných užívateľov výhod fyzické osoby, ktoré mali **hospodársky prospech** z takto realizovaného obchodu, a to na základe § 11 ods. 1 písm. a) bodu 4 zákona o verejnom obstarávaní, resp. na základe § 11 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (ak by dodávateľom v danom prípade bola fyzická osoba – živnostník).

nakladania s verejnými financiami „Najlepší z možných svetov – Hodnota za peniaze v slovenskej verejnej politike“²⁰. Z tohto materiálu vyplýva, že pri príprave verejných obstarávaní a pri následnom spracovaní najlepších praktík (best practices) je potrebné **zhromaždenie a sprístupnenie údajov a zároveň používanie moderných analytických nástrojov**. Je nevyhnutné, aby sa závery predmetnej analýzy dostali do praxe. Ako vyplýva z vyššie uvedeného príkladu, tzv. **schránkové firmy sú prítomné tam, kde sú predražené zákazky nezohľadňujúce trhové ceny a kde je prioritne kladený dôraz na procesnú stránku verejného obstarávania**. Problém tzv. „schránkových firiem“ vo verejnom obstarávaní je do značnej miery následkom týchto príčin. Dôraz na „hodnotu za peniaze“ vo verejnom obstarávaní je riešením aj tzv. schránkových firiem vo verejnom obstarávaní.

V roku 2012 bol prijatý vládou SR **Akčný plán boja proti daňovým podvodom** (aktualizovaný v roku 2015), ktorý predstavuje súbor desiatok často progresívnych a sofistikovaných opatrení legislatívneho aj operatívneho charakteru naprieč daňovým, trestným aj obchodným právom²¹. Podobne **komplexný akčný plán** by bol potrebný nielen na zabezpečenie príjmov do štátneho rozpočtu, ale **aj vo vzťahu k zabezpečeniu hospodárnosti a efektívnosti jeho výdavkov prostredníctvom verejných obstarávaní** (napr. vo vzťahu k verejným obstarávaniam v oblasti IT).

Na overovanie správnosti údajov zapísaných v registri konečných užívateľov výhod by mohlo vzniknúť medzirezortné **jednotné analytické centrum, ktoré by za pomoci robustných softvérových riešení dokázalo pracovať s dátami a odhaliť podozrivé prepojenia a transakcie**²².

Najnáročnejšie prípady preverovania konečných užívateľov výhod by mohli byť riešené **v spolupráci**

so spoločnosťami zo súkromného sektora, ktoré poskytujú služby forenzného účtovníctva, záchranu dát, spravodajstva a detektívnych služieb²³.

K zakrývaniu identity konečných užívateľov výhod v súvislosti s verejným obstarávaním dochádza najmä z dôvodu konfliktu záujmov pri zadávaní zákazky.

V takýchto prípadoch často ani nedochádza ku korupcii, pretože osoba, ktorá rozhoduje o zadaní



zákazky, resp. účelovo vypracúva podklady na jej zadanie, je zhodná s osobou, ktorá je konečným beneficiantom príjmov zo zmanipulovaného zadania takejto zákazky. V tejto situácii by teda malo dôjsť k naplneniu skutkovej podstaty **trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe** podľa § 266 Trestného zákona. V odbornej verejnosti sa však dlhší čas vedie diskusia²⁴ o zmene formulácie predmetnej skutkovej podstaty, keďže napr. nie je zrejmé, čo predstavuje značnú škodu, resp. škodu veľkého rozsahu podľa § 266 ods. 2 a 3 Trestného zákona. V záujme uľahčenia **dokazovania a vyvodzovania trestnej zodpovednosti voči konkrétnym osobám** by bolo potrebné novelizovať predmetné ustanovenia Trestného zákona, keďže je **pravdepodobné, že latentná kriminalita je v tejto oblasti vysoká**.

Autor pracuje na odbore legislatívno-právnom Úradu pre verejné obstarávanie

20 <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbXnuYWpsZXBzaXptb3pueWNoc3ZldG92fGd4OjRiM2U0YmY2ZDVhYTk1ZTg>

21 Aktualizácia Akčného plánu boja proti daňovým podvodom na roky 2012 – 2016, dostupný na: <http://www.rokovania.sk/File.aspx/ViewDocumentHtml/Mater-Dokum-188989?prefixFile=m>

22 Pri tejto analytickej činnosti by mohli byť využívané aj údaje získané na základe zákona č. 359/2015 Z. z. o automatickej výmene informácií o finančných účtoch na účely správy daní a o zmene a doplnení niektorých zákonov

23 napr. spoločnosť Kroll: <http://www.kroll.com/en-us>

24 http://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf

Použitá literatúra:

1. Bueb, J.-P., Ehlermann-Cache, N., Inventory of Mechanisms to Disguise Corruption in the Bidding Process in Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement, OECD, OECD Publishing, 2005
2. Burák, E., Daňové raje a viac ako 4 000 slovenských firiem v nich, Daňový špeciál, 3/2015
3. Európska komisia, SPRÁVA EÚ O BOJI PROTI KORUPCII, COM (2014) 38, 3. 2. 2014
4. Európska komisia, Správa o krajine za rok 2016 – Slovensko, SWD (2016) 93 final, 26. 2. 2016
5. Filko, M., Kišš, Š., Ódor, L., Najlepší z možných svetov, Hodnota za peniaze v slovenskej verejnej politike, 2016
6. Kostohryz, M., Mikuláš, J., Anonymita skutočného vlastníctví a její zneužívání, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013
7. Chvalkovská, J., Janský, P., Skuhrovec, J., Listinné akcie na majitele a veřejné zakázky, Politická ekonomie, 3/2012
8. Nadační fond proti korupci, <http://www.nfpk.cz/>
9. OECD, Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement, OECD Publishing, 2005
10. OECD, Bribery in Public Procurement, METHODS, ACTORS AND COUNTER-MEASURES, OECD Publishing, 2007
11. OECD, Principles for Integrity in Public Procurement, OECD, 2009
12. OLAF, The OLAF Report 2014, Publications Office of the European Union, 2015
13. PwC, Ecorys, Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU, PwC EU Services, 2013
14. Shaxson, N., Treasure Islands: Tax Havens and the Men who Stole the World, Bodley Head, 2011
15. Šanta, J., Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky, http://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf
16. Švácha, M., Právní aspekty zakládání a provozování offshore společností na Guernsey ve světle práva ČR a EU, KEY Publishing s.r.o., 2010
17. The Economist, Corporate Anonymity – Light and wrong, 21. januára 2012
18. The World Bank, The Puppet Masters How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, The World Bank, 2011
19. TREND Analyses, Podvody v biznise a možnosti zamedzovania nekalého podnikania, Podnikateľská aliancia Slovenska, 2011
20. Vermeulen, E., Beneficial ownership and control: A comparative study – Disclosure, information and enforcement, Technical seminar of the OECD Corporate Governance Roundtable, 2012

Ako BSE a princíp proporcionality ovplyvnili verejné obstarávanie na Slovensku?

Mgr. Michal Garaj

Nový zákon o verejnom obstarávaní (343/2015 Z. z.) po prvýkrát medzi princípmi verejného obstarávania uvádza princíp proporcionality. Keďže doposiaľ sa proporčný princíp v zákone nenachádzal, mohlo by sa zdať, že je v oblasti verejného obstarávania nový. Platí však skôr opak: už dlho a opakovane ovplyvňuje rozhodovaciu činnosť Súdneho dvora Európskej únie (SD EÚ) a úradu. Tento článok na niekoľkých rozsudkoch a jednom rozhodnutí úradu priblíži správnu aplikáciu princípu proporcionality, pričom sa vynasnaží rozpovedať príbeh.

Príbeh o tom, ako sa na Slovensku v zákone obsiahnuté slovíčko „môže“ muselo v praxi vykladať ako „musí“. A komu to už teraz znie čudne, ten nech vie, že svoju úlohu v tomto príbehu zohrali šialené kravy.

Princíp proporcionality

Na začiatok definícia: princíp proporcionality je princíp, ktorý vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov. Tzn., že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu. Spôsobené ťaž-

kosti pritom nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom.

Dôležité je mať na pamäti, že pre správnu aplikáciu princípu proporcionality je nevyhnutné poznať cieľ, ktorý chceme dosiahnuť. Ak k danému cieľu vedie viacero možných ciest, potrebné je vybrať tú najmenej obmedzujúcu. Princíp proporcionality teda funguje podobne ako GPS navigácia: určíme cieľ cesty a systém nás z viacerých do úvahy prichádzajúcich trás naviguje do cieľa tou najmenej náročnou. A rovnako ako cestovanie podľa navigácie, aj riadenie sa proporčným princípom nás vie niekedy zaskočiť.



Šialené kravy

Rozprávanie o tom, ako sa „môže“ muselo čítať ako „musí“, začneme v roku 1996, keď sa vo Veľkej Británii šíri medzi hovädzím dobytkom tzv. boviná spongiformná encefalopatia (BSE u nás známa aj ako choroba šialených kráv). Objavuje sa podozrenie, že BSE sa môže z hovädzieho dobytku preniesť na človeka a spôsobiť mu ochorenie veľmi podobné tzv. Creutzfeldt-Jakobovej chorobe (CJD). CJD sa u človeka spočiatku prejavuje napr. poruchami spánku, pamäti a inými psychickými symptómami. V ďalšom priebehu dochádza k ťažkým poruchám koordinácie a zmenám osobnosti, pričom CJD do dvoch rokov spôsobuje smrť pacienta.

Na Európskom kontinente vládli pred šialenými kravami z Veľkej Británie obavy a Európska komisia preto vydala rozhodnutie 96/239/EC, ktorým v záujme ochrany zdravia obyvateľstva zakázala z Britských ostrovov vyvážať hovädzí dobytok vrátane všetkých z neho pochádzajúcich produktov. Exportéri z Veľkej Británie sa však proti zákazu bránili žalobou na britskom vnútroštátnom súde. Podľa ich názoru bol zákaz vyvážať hovädzie mäso v rozpore so základnou slobodou vnútorného trhu EÚ – voľným pohybom tovarov.

Britský vnútroštátny súd sa obrátil na SD EÚ s predbežnou otázkou, ktorou sa okrem iného pýtal, či je zákaz vývozu šialených kráv z územia Spojeného kráľovstva v súlade s princípom proporcionality. A ako súvisia šialené kravy s princípom proporcionality? Jednoducho: cieľom zákazu vývozu mäsa z Veľkej Británie bola ochrana zdravia ľudí pred CJD. SD EÚ mal za úlohu posúdiť, či tento cieľ nemožno dosiahnuť aj menej obmedzujúcim prostriedkom ako úplným zákazom vývozu hovädzieho mäsa. Žalobcovia argumentovali napr. tým, že ľudské zdravie nie je ohrozené mäsom pochádzajúcim z fariem, na ktorých sa doposiaľ BSE neobjavilo a na ktorých nie sú zvieratá kŕmené živočíšnymi bielkovinami, ktoré BSE spôsobujú. Plošný zákaz vývozu mäsa bol teda podľa žalobcov príliš obmedzujúci a ochranu zdravia ľudí bolo možné zabezpečiť aj menej reštriktívnym opatrením.

SD EÚ však bol iného názoru. V rozsudku C-157/96 poskytol komplexný výklad princípu proporcionality a na základe neho skonštatoval, že v situáciách, keď nemožno presne určiť existenciu a dosah rizík, je zo strany inštitúcií oprávnené prijatie ochranných opat-

rení ešte pred tým, ako sa možné riziká podarí vyvrátiť. Alebo, v horšom prípade, potvrdiť. A keďže v čase prijímania zákazu vývozu hovädzieho mäsa vládla veľká neistota ohľadom rizík, ktoré nákaza BSE môže predstavovať pre ľudské zdravie, SD EÚ rozhodol, že Európska komisia pri vydaní sporného rozhodnutia neporušila princíp proporcionality, pretože prijaté opatrenia neprekračovali hranice toho, čo bolo potrebné na dosiahnutie sledovaného cieľa – ochrany zdravia ľudí pred nebezpečnou nákazou.

Ako šialené kravy Európskej komisii viac ako pol milióna eur ušetrili

Podrobný výklad princípu proporcionality obsiahnutý v rozsudku C-157/96 neskôr výrazne ovplyvnil aj oblasť verejného obstarávania. V roku 2006, teda 10 rokov po vydaní zákazu vývozu hovädziny z územia Spojeného kráľovstva, zadávala Európska komisia zákazku na výstavbu výrobnéj haly Inštitútu pre referenčné materiály a opatrenia v Belgicku. V predmetnej užšej súťaži bola kritériom najnižšia cena a v súťažných podkladoch sa okrem iného nachádzalo ustanovenie, podľa ktorého „všetky ceny požadované v súhrnnej kalkulácii musia byť uvedené pod hrozbou vylúčenia“.

Ponuky predložili štyria uchádzači. Uchádzač s najnižšou cenou sa umiestnil na prvom mieste, uchádzač s najvyššou na štvrtom. Nazvime si ich preto Prvý, Druhý, Tretí a Štvrtý. Európska Komisia pri vyhodnocovaní ponúk zistila, že Prvý, Druhý a Štvrtý neuviedli vo svojich ponukách ceny za všetky položky, čo v zmysle vyššie uvedeného znenia súťažných podkladov znamenalo vylúčenie Prvého, Druhého a Štvrtého a nevyhnutne aj úspešnosť Tretieho.

Prvý sa však vylúčeniu bránil. Argumentoval, že vo svojej ponuke opomenul uviesť iba jednu jedinú položku, pričom aj tú možno jednoznačne vyvodíť z ceny za položku s identickým názvom, ktorú v ponuke ocenenú mal. Prvý taktiež uviedol, že vylúčenie jeho ponuky by bolo v rozpore s princípom hospodárnosti, keďže jeho ponuková cena (9 729 849,83 eura) je o 585 262,49 eura nižšia ako cena Tretieho a pre Európsku komisiu teda predstavuje významnú úsporu verejných finančných prostriedkov.

Tretí sa obrátil žalobou na Všeobecný súd Európskej únie (VS EÚ) a domáhal sa, aby VS EÚ zrušil rozhodnutie Európskej komisie o uzavretí zmluvy s Prvým. Vo svojej žalobe Tretí uviedol viacero dôvod-

ov, ale z pohľadu princípu proporcionality, a teda aj z pohľadu tohto článku je najdôležitejší argument, podľa ktorého v procese verejného obstarávania nebolo možné žiadať o vysvetlenie ponuky. Skutočnosť, že Prvému bolo umožnené vysvetliť chybu vo svojej ponuke, považoval Tretí za porušenie procesných pravidiel konania.

Tretí na to teda išiel cez proces. Ponuka Prvého v čase jej predloženia nebola v súlade so súťažnými podkladmi, čo napokon nebolo medzi stranami sporné. Ponuku nesúladnú so súťažnými podkladmi nie je možné vo verejnom obstarávaní prijať, čo tiež nie je sporné. Avšak ponuka Prvého sa procesom vysvetľovania stala súladnou so súťažnými podkladmi (chýbajúca cena za položku bola doplnená), čím bola odstránená prekážka jej akceptácie. Tretí preto namietal, že proces vedúci k zosúladieniu nemal vôbec prebehnúť, čo podľa neho vyplývalo aj zo súťažných podkladov (sankcia vylúčenia pre absenciu niektorej z cien). Ide o rozumnú argumentáciu, pretože v prípade, ak by sa VS EÚ stotožnil s názorom, že Prvý nemal byť o vysvetlenie ani len požiadaný, stalo by sa irelevantným, aké vysvetlenie predložil. VS EÚ sa však s argumentáciou Tretieho nestotožnil. Pričinili sa o to aj vyššie spomínané šialené kravy. VS EÚ v rozsudku v tejto veci (T-95/08) totiž odkázal na podrobný výklad princípu proporcionality uvedený v rozsudku C-157/96 riešiacom legálnosť vývozu šialených kráv z Veľkej Británie.

A ako vždy pri princípe proporcionality, aj v danom prípade súd sledoval cieľ opatrení. Požiadavka, aby uchádzači pod hrozbou vylúčenia uviedli vo svojich ponukách všetky ceny požadované v súhrnnej kalkulácii, slúži podľa VS EÚ na zabezpečenie podrobných informácií o zložení celkovej ceny uchádzačov, aby bolo možné overiť presnosť a primeranosť celkovej ceny uchádzačov. Ak je teda cieľom, aby všetky ponuky obsahovali kompletný výpočet celkovej ceny, no v niektorej z ponúk výpočet nie je kompletný, existujú dve možnosti, ako vytýčený cieľ dosiahnuť:

- vylúčiť ponuku, ktorá kompletný výpočet neobsahuje, alebo
- prostredníctvom vysvetlenia ponuky kompletný výpočet doplniť.

A keďže je na výber medzi viacerými možnými opatreniami, v súlade s princípom proporcionality je potrebné sa prikloniť k tomu najmenej obmedzujúcemu, v danom prípade k vysvetľovaniu ponuky. Autor tohto článku si dovoľuje doplniť, že uvedené platí v prípade, ak tým zároveň nedôjde k porušeniu iných princípov vo verejnom obstarávaní, tzn. ak vysvetľovanie bude transparentné, nebude spôsobilé poškodiť iného uchádzača (princíp nediskriminácie) a zároveň bude viesť k finančnej úspore (princíp hospodárnosti).



Tento výklad v spojení s ďalšími skutočnosťami napokon viedol k akceptovaniu ponuky Prvého, teda ponuky s cenou o viac ako pol milióna eur nižšou, než bola cena Tretieho. A keďže na tom mal nespornú zásluhu aj rozsudok C-157/96, vďaka patrí aj šialeným kravam, bez ktorých by tento rozsudok nikdy nevznikol.

Ako šialené kravy ovplyvnili verejné obstarávanie na Slovensku

VS EÚ teda dospel k záveru, že v prípadoch, keď možno ponuku vylúčiť, ale aj vysvetliť, v súlade s princípom proporcionality je požiadať o jej vysvetlenie. Čo však v prípade, ak právne predpisy nestanovujú verejným obstarávateľom povinnosť požiadať o vysvetlenie ponuky, ale iba možnosť? Ak právny predpis vyslovene uvádza, že verejný obstarávateľ „môže“ požiadať o vysvetlenie ponuky, tak to predsa znamená, že nemusí. A ak nemusí a ani to nespraví, tak mu nemožno vyčítať porušenie práva. Alebo áno?

Áno, VS EÚ totiž vo vyššie analyzovanom rozsudku T-195/08 posudzoval čl. 148 ods. 3 rozpočtového nariadenia Rady, podľa ktorého „ak sa po otvorení súťažných návrhov vyžaduje určité vysvetlenie v súvislosti so súťažným návrhom (...), verejný obstarávateľ môže nadviazať spojenie s uchádzačom“. V predmetnom ustanovení je kľúčové slovo „môže“, ktoré vyjadruje možnosť a nie povinnosť.

Napokon aj VS EÚ v bode 54 rozsudku T-195/08 uvádza, že čl. 148 ods. 3 „nemožno vykladať v tom zmysle, že by (...) ukladal inštitúciám povinnosť iniciovať kontakt s uchádzačmi“. Súd však hneď v nasledujúcom bode koriguje svoj záver, keď konštatuje, že na základe všeobecných zásad práva by táto možnosť „mohla založiť Komisii povinnosť kontaktovať určitého uchádzača“. A VS EÚ ponúka aj príklad, keď by takáto povinnosť vznikla: „Keď je znenie ponuky formulované nejasne a okolnosti prípadu, o ktorých Komisia vie, naznačujú, že táto nejasnosť by sa pravdepodobne mohla jednoducho vysvetliť a mohla by byť jednoducho odstránená.“ A všimnime si ešte nasledovnú, vskutku pôvabnú formuláciu: „V takom prípade je v zásade v rozpore so zásadou riadnej správy vecí verejných, aby Komisia zamietla túto ponuku bez toho, aby využila svoju možnosť požiadať o vysvetlenie.“ Komisia má teda „možnosť“ požiadať o vysvetlenie, avšak ak túto „možnosť“ nevyužije, poruší zásadu riadnej správy vecí verejných. Možnosť, ktorej nevyužitím sa dopúšťame porušenia zákona, však v práve nazývame povinnosť.

Stále sme si však nevysvetlili, ako to všetko súvisí s verejným obstarávaním na Slovensku. V prvom rade je potrebné pripomenúť, že rozsudok T-195/08 bol vydaný v decembri roku 2009, čiže svojím spôsobom hovoríme už o právnej histórii. V tom čase bolo na Slovensku účinné ustanovenie § 33 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa týkalo vyhodnocovania splnenia podmienok účasti. Stanovovalo, že „verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo o doplnenie predložených dokladov“. Aj toto ustanovenie teda dávalo verejným obstarávateľom možnosť, nie povinnosť žiadať uchádzačov o vysvetlenie ich ponúk. Takáto bola aj prax, až kým neprišiel rok 2010 a jedna z komisií úradu nevydala rozhodnutie č. 232-39-7000/2010, ktoré ako jedno z prvých, ak nie vôbec prvé, túto prax otočilo.

Komisia úradu v predmetnom rozhodnutí veľmi precíznym spôsobom odôvodnila záver, podľa ktorého „všeobecné zásady práva Únie môžu za určitých okolností založiť povinnosť obstarávateľa požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov“. Inak povedané, za istých okolností je nevyhnutné vykladať slovíčko „môže“ v § 33 ods. 3 zákona ako „musí“. Komisia úradu v rozhodnutí výrazne argumentovala výkladom princípu proporcionality obsiahnutým v rozsudku T-195/08 (ktorý pochádzal z ešte staršieho

rozsudku o šialených kravách) a dospela k záveru, že princíp proporcionality „verejnému obstarávateľovi ukladá, aby v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité vylúčenie dotknutej ponuky, aby sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenia, ako by mal čisto a jednoducho vylúčiť jeho ponuku“.

Autor tohto článku v čase vydania rozhodnutia č. 232-39-7000/2010 ešte študoval, ale od pamätníkov vie, že vyššie uvedený výklad komisie úradu sa stretol s výraznou nevôľou zo strany odbornej verejnosti. Tá sa prirodzene bránila záveru, podľa ktorého je potrebné slovíčko „môže“ vykladať ako „musí“. Aj po rokoch však platí, že závery komisie úradu boli založené na správnom výklade komunitárneho práva, čomu dáva za pravdu nielen početná rozhodovacia prax súdov, ale aj následný legislatívny vývoj.

V roku 2011 bol totiž novelizovaný zákon o verejnom obstarávaní a jednou zo zmien bola aj zmena formulácie bývalého § 33 ods. 3 z „môže požiadať o vysvetlenie“ na „požiada o vysvetlenie“. A správnosť záverov komisie úradu s definitívnou platnosťou potvrdil aj nový zákon o verejnom obstarávaní, v ktorom sa aj v ustanovení týkajúcom sa vyhodnotenia ponúk (súčasný § 42 ods. 2 zákona) zmenila formulácia z „môže písomne požiadať o vysvetlenie ponuky“ na „požiada o vysvetlenie ponuky“ (§ 53 ods. 2 nového zákona o verejnom obstarávaní). Obrat od možnosti k povinnosti je tak dokonaný.

Záver

Existencia choroby šialených kráv podmienila vydanie rozhodnutia C-157/96, v ktorom Súdny dvor EÚ podrobne vyložil princíp proporcionality. Tento výklad neskôr prevzal Všeobecný súd EÚ, aplikoval ho na proces vysvetľovania ponúk vo verejnom obstarávaní a rozsudkom T-195/08 ušetril Európskej únii viac ako pol milióna eur. Približne tri mesiace po vydaní tohto rozsudku si tam uvedený výklad princípu proporcionality osvojila komisia úradu v rozhodnutí č. 232-39-7000/2010, čím veľmi promptne zabezpečila súlad výkladu nášho zákona s komunitárnym právom. A to napokon viedlo až k zmenám právnej úpravy verejného obstarávania na Slovensku. A kdesi na začiatku tohto príbehu stáli, resp. asi skôr nekoordinovane pobebovali šialené kravy.

Autor pracuje v kancelárii rady Úradu pre verejné obstarávanie.

Potrebuje zmeny v nákupe štátneho IT

Ján Hargaš
Michal Cheben

“Informatizácia na Slovensku má veľký problém”. Týmto slovami začínala výzva odbornej IT komunity Slovensko.Digital v novembri 2015, ktorá volala po zásadných zmenách v nastavení štátneho IT. Od roku 2007 sa v tejto oblasti preinvestovala miliarda eur z eurofondov a ďalšie stovky miliónov nákupov zo štátneho rozpočtu. Výsledný efekt je v dobe, keď v komerčnom sektore dostávame vysoko-kvalitné digitálne služby, prinajmenšom rozpačitý. Aj preto sa iniciatíva IT odborníkov Slovensko.Digital zamerala na pomenovanie príčin, prečo štátne IT treba zmeniť a na návrhy riešení. Hneď na úvod treba povedať, že príčinou dnešného stavu určite nie je nedostatok inšpirácie a nápadov. Tie tu boli celý čas. Príčina leží skôr v postupoch a motiváciách aktérov systému, ktorý mal tieto myšlienky zrealizovať. A jednou z týchto oblastí je nákup štátneho IT.

Zámerne používame termín “nákup IKT” a nie “obstarávanie”. Pod pojmom nákup IKT rozumieme všetky kroky, ktoré súvisia s rozhodovaním o tom, **čo, ako a kedy** sa bude nakupovať. Verejné obstarávanie v tomto ponímaní chápeme ako završenie procesu nákupu IKT. Zároveň pod pojmom IKT chápeme všetky tri zložky typického IT projektu: služby, softvér a hardvér. V nasledujúcich odsekoch sa budeme venovať hlavným okruhom, ktoré sú v nákupe IKT problematické a ponúkneme riešenia inšpirované dobrou praxou v zahraničí.

Špecifikácia nákupu IKT

V dnešnom digitálnom svete je úspech organizácie priamo závislý od jej schopnosti podporovať svoje procesy IKT nástrojmi. V prípade verejnej správy teda hovoríme o podpore procesov zadefinovaných legislatívou. Komplexnosť legislatívy sa tak často prenáša do komplexnosti požadovaného IKT riešenia. Problém však je, že na rozdiel od metodických odborov, ktoré vedú komplexnosť legislatívy ustrážiť, na úradoch často chýbajú kapacity a znalosti na riadenie komplexnosti IKT. Vzniká tak jednostranný vzťah, kde sa odberateľ (úrad) dostáva do nevyváženej a závislej pozície k dodávateľovi, ktorý proces návrhu a správy IKT systémov (t.j. ich životný cyklus) pozná oveľa lepšie. Možnosť efektívne nakupovať v tejto situácii je takmer nulová. Vzniká niečo, čo bývalý minister financií Ivan Mikloš nazval “asymetria informácií”.

Je teda problém v Zákone o verejnom obstarávaní (ZVO)? Jednoduchá odpoveď na túto otázku je: nie. Zložitejšia odpoveď by bola, že ZVO je podľa nás dostačujúci právny rámec na efektívne verejné obstarávanie. Zákon je nástroj a procesy a pravidlá v ňom zakotvené sa nijak špeciálne neodlišujú od štandardov platných v celej EÚ. Tento rámec však treba veľmi rozumne aplikovať na príslušnú doménu. Vlastnosti IKT predurčujú tento segment na veľmi špecifický prístup a určite je na mieste rozprávať sa o tom ako správne využívať nástroje tak, aby sa dosiahla maximálna možná hodnota za peniaze. Na tento názor nás neopravňujú len naše skúsenosti, ale tiež fakt, že špecifikám nákupu IKT sa už dlhodobo venuje Európska komisia v rámci Digitálnej agendy pre európu¹ a krajiny ako Veľká Británia², USA alebo Austrália³, ktoré patria medzi lídrov informatizácie vo svete.

V konfrontácii zo skúsenosťami v zahraničí preto za hlavné nedostatky nákupu IKT v podmienkach SR považujeme:

- IKT sa nakupuje vo forme multi-miliónových viacročných projektov, kde rozsah a technické špecifikácie obmedzujú konkurenciu a limitujú zapojenie malých a stredných podnikov
- Netransparentné subdodávateľské vzťahy, napriek tomu, že často dodávajú väčšinu diela a ich zverejnenie je vo verejnom záujme
- Štandardy a metodické postupy pre nákup IKT sú zastaralé, nereflektujú trendy v IT a nie sú dôsledne vymáhané

1 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/action-23-provide-guidance-ict-standardisation-and-public-procurement>

2 <https://gds.blog.gov.uk/2014/02/26/red-lines-for-it-procurement/>

3 <https://www.finance.gov.au/policy-guides-procurement/whole-of-government-ict-policies/>

- Nákup IKT nemá jasného vlastníka a merateľné ciele, ktoré by podporovali snahu o efektívnosť a konkurenciu
- IKT sa často nakupuje nekoordinovane a prevláda v ňom prebujnený rezortizmus
- Autorské práva sa často zneužívajú na netransparentné nákupy bez súťaže. Navyše úprava v tejto oblasti sa aplikuje nekonzistentne - v rozdielnom režime pre eurofondové projekty a pre projekty zo štátneho rozpočtu
- Neexistuje dostatočná odborná diskusia o nakupovaných projektoch, čo vedie k nízkej kvalite štúdií a podpornej dokumentácie
- Nevyužívajú sa dostatočne inovatívne komerčné modely
- Vo verejnej správe je nedostatok kvalifikovaných expertov na obstarávanie IKT, čo priamo ovplyvňuje kvalitu dokumentácie k obstarávaniam

Súčasná úprava nákupu IKT a potreba jej aktualizácie

Popri zákone o verejnom obstarávaní dnes existuje aj niekoľko metodických usmernení pre nákup IKT. Ide predovšetkým nasledovné dokumenty:

- Metodický pokyn MF SR pre štandardné náležitosti opisu predmetu zákazky, štandardné podmienky účasti vo verejnom obstarávaní a optimálne zmluvné podmienky v súvislosti s projektmi v oblasti informačno – komunikačných technológií⁴
- Konceptia využívania softvérových produktov vo verejnej správe a Metodické usmernenie pre obstarávanie softvérových produktov vo verejnej správe⁵
- Metodické usmernenie – stanovenie technických špecifikácií počítačových zariadení⁶

Úzkym miestom uvedeného rámca je jeho neaktuálnosť, slabá vymožiteľnosť a nedostatočný dôraz na procesné pokrytie nákupu IKT. Posledná aktualizácia aspoň jedného z predmetných metodických usmernení prebehla ešte v roku 2013, čo je vo svete IT pomerne dlhá doba.

Na druhej strane ide len o metodické usmernenia a zodpovednosť za dohľad nad ich aplikáciou je pomerne nejasná. Posledným úzkym miestom je fakt, že usmernenia sa prevažne zameriavajú na "obsah"

nákupu (t.j. charakteristiky predmetu VO) a len v malej miere sa venujú procesnej stránke nákupu IKT a dohľadu nad ňou. Domnievame sa, že pri nákupe IKT potrebujeme riešiť tak obsah (predmet zákazky) ako aj postupy akými sa dostaneme od myšlienky k samotnému nákupu. Zjednodušene by sa dalo povedať, že ani najlepší postup verejného obstarávania nezabráni neefektívnemu nákupu, ak zadanie/predmet zákazky nedáva zmysel. Rovnako však platí, že aj sebemenší dobrý záujem v predmete zákazky sa dá poukázať nevhodne zvolenou stratégiou nákupu, ktorá nereflektuje podmienky na trhu.

Vzhľadom na problémy nákupu IKT v SR popísané v predošlej kapitole a vzhľadom na úzke miesta súčasného metodického rámca sa domnievame, že je na mieste otvoriť diskusiu o tom, **ako má nákup IKT vyzeráť do budúcnosti**. Túto skutočnosť podporuje aj fakt, že po skončení Operačného programu informatizácia spoločnosti sa práve rozbieha ďalší program, ktorý preinvestuje takmer miliardu eur na IKT - Operačný program integrovaná infraštruktúra. Otázka efektívnosti tejto obrovskej investície je teda plne na mieste. V rámci iniciatívy Slovensko.Digital sme preto predostreli aj opatrenia týkajúce sa nákupu IKT. Pre jednoduchosť ich rozdeľujeme na dve množiny:

1. Odborné opatrenia, ktoré sa dotýkajú kvality predmetu zákazky
2. Organizačno/procesné opatrenia, ktoré sa dotýkajú tvorby predmetu zákazky a jeho obstarania

Ako dosiahnuť kvalitný predmet zákazky

V tejto časti ponúkame niekoľko príkladov opatrení, ktoré podľa nášho názoru, ale aj zo skúseností v zahraničí, môžu prispieť ku kvalitnému predmetu zákazky vo verejnom obstarávaní IKT.

1. Dekompozícia projektov na menšie funkčné a integrovateľné celky

Predpokladáme, že po prečítaní názvu viacerým expertom z oblasti verejného obstarávania vyskočil červený výkričník nedovoleného rozdeľovania zákazky.

Dovoľte preto, aby sme náš postoj vysvetlili. Informačné technológie fungujú ako stavebnice. Výsledný systém sa skladá z viacerých modulov,

4 <http://www.informatizacia.sk/verejne-obstaravanie-a-zmluvy-pre-ikt/15273s>

5 <http://www.informatizacia.sk/metodicke-usmernenie/6453s>

6 http://www.uvo.gov.sk/app/Lists/file/row/177/col/col_3

ktoré sú medzi sebou prepojené/integrované.

Problém nastáva vtedy, ak sa naraz kupuje celý systém ako je napríklad Ústredný portál verejnej správy/Slovensko.sk. Vtedy je na trhu je minimum dodávateľov, ktorí sú schopní také veľké dielo dodať. To nie je len špecifikom Slovenska, podobný problém sa snažia vyriešiť všade vo svete. Prístup, ktorý sledujeme zahraničí je "modularizácia IT". To znamená, že sa systém je založený na navzájom nezávislých, spoločne komunikujúcich moduloch a vyvíja sa v krokoch. Príkladom modulu môže byť portál, podateľňa, databáza. Z dodávateľského hľadiska tento prístup už dnes funguje. Z hľadiska obstarávania však nie. Myšlienka modularizácie nákupu spočíva v tom, že jednotlivé moduly (alebo ich kombinácie) by sa mali nakupovať samostatne, či už nezávislými súťažami, alebo ako plnenie rámcovej dohody, v ktorej tiež prebieha súťaž. V niektorých krajinách⁷ dokonca idú cestou mikroobstarávaní pre konkrétne časti funkcionality modulov (to je ešte o úroveň nižšie). Prínosom je samozrejme vyššia miera zapojenia malých a stredných podnikov, ktorým sa tak umožní súťažiť napriamo a nielen ako subdodávateľ. Tu je vhodné poukázať aj na inštitút delenia zákaziek na časti upravený v § 28 nového zákona o verejnom obstarávaní. Podstatou tohto inštitútu je práve podpora malých a stredných podnikateľov a jeho praktické prevedenie spočíva v tom, že v rámci jedného postupu verejného obstarávania napr. jednej verejnej súťaže sa zákazka rozdelí na niekoľko menších častí, ktoré sa obstarávajú simultánne, pričom podnikatelia môžu predkladať svoje ponuky na ktorúkoľvek alebo aj všetky časti. Práve táto alternatíva delenia zákaziek by mohla byť uplatniteľná pri nákupe IKT. Nová európska legislatíva v oblasti verejného obstarávania transponovaná v novom zákone o verejnom obstarávaní tento problém reflektuje.

2. Oddelenie nákupov podľa komodity a podľa fázy

Tak ako je IKT modulárne na úrovni funkčných blokov, tak je modulárne aj na úrovni zdrojov, ktoré sa na ich vytvorenie používajú (hardvér, softvér a služby). Tento trend nazývame "komoditizácia IKT". S nástupom cloud technológií sa uľahčilo prepájanie týchto zdrojov a je tak možné

jednoduchšie ich nakupovať aj samostatne, flexibilne a nie nevyhnutne od jedného dodávateľa. Napríklad Veľká Británia ako súčasť svojich reforiem v štátnom IKT zriadila⁸ tzv. Digital Marketplace⁹ - nákupnú platformu, ktorá umožňuje malým a stredným podnikom ponúkať svoje riešenia vo forme jednotiek/stavebnícových blokov a na druhej strane, verejnej správe umožňuje nakupovať IKT kapacity flexibilnejšie a rýchlejšie. Rovnakou cestou sa len nedávno vybrala aj Austrália¹⁰ Podobne sa dá realizovať oddelenie analytickej, implementačnej a prevádzkovej fázy projektov, resp. oddelenie podporných projektových činností (quality assurance, publicita) od zvyšku projektu. A tak ako pri nákupe modulov a komodít, aj tu existuje možnosť rámcových kontraktov, v rámci ktorých môže prebiehať užšia súťaž.

3. Predmet nákupu ako výsledok výberu z alternatív, objektívne zhodnotený pomocou ekonomických nástrojov

IKT je komplikovaná téma a preto predmet zákazky často vzniká na základe analýzy a štúdie. Tá by mala zhodnotiť, ako sa dajú najlepšie dosiahnuť požadované ciele. Problémom však býva, že sa málokedy zvažujú alternatívne scenáre riešenia (napr. využitie už existujúcich systémov) a často sa nakupujú zbytočné duplicity. Príkladom bol aj medializovaný projekt elektronických kartičiek zdravotného poistenia. Ministerstvo zdravotníctva SR podľa názorov odbornej verejnosti nedostatočne zhodnotilo možnosti využitia už existujúceho elektronického občianskeho preukazu a namiesto toho sa nepochopiteľne rozhodlo nakúpiť milióny nových kartičiek. Zmluva bola našťastie zrušená, ale práve dôslednou analýzou alternatív a ich ekonomického zhodnotenia (Cost Benefit Analýza - CBA) by sa podobnému problému dalo predísť. Ak chceme zvýšiť efektívnosť vynakladania verejných zdrojov, potrebujeme sa inšpirovať dobrými postupmi zo zahraničia a upraviť metodiky, ktoré sa dnes používajú na analýzy a ich ekonomickú časť. Len tak môžeme mať istotu, že predmet zákazky vo verejnom obstarávaní bude naozaj "najlepší z možných svetov" a zabezpečí najvyššiu hodnotu za peniaze¹¹.

7 <https://18f.gsa.gov/2016/02/19/how-and-why-we-built-the-micro-purchase-platform/>

8 <https://digitalmarketplace.blog.gov.uk/digital-marketplace-strategy-march-2015/>

9 <https://www.digitalmarketplace.service.gov.uk/>

10 <http://minister.industry.gov.au/ministers/pyne/media-releases/digital-marketplace-start-ups-access-5b-government-ict-projects>

11 <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&scid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbm9uYWpsZXBzaXptb3pueWNoc3ZldG92fGd4OjRiM2U0YmY2ZDVhYTkt1ZTg>

Príkladom dobrej praxe je model pre "business appraisal"¹², z ktorého si vzal inšpiráciu aj Inštitút finančnej politiky na Ministerstve financií SR, ktorý sa téme efektívnosti IKT investícií a prevádzky v posledných mesiacoch intenzívne venuje.

4. Eliminovať zneužívanie autorských práv

Komplikovanou oblasťou IT projektov sú autorské a majetkové práva. Často sa práve autorské práva doslova zneužívajú na reťazenie priamych zadaní aj tam, kde už by bola verejná súťaž želateľná a prínosná. Nedostatkom dnes je úzka aplikácia usmernení¹³ Ministerstva financií SR pre túto oblasť len na eurofondové projekty v rámci Operačného programu informatizácia spoločnosti alebo Operačného programu integrovaná infraštruktúra. Tento stav potrebujeme zmeniť a zaviesť úpravu, ktorá bude všeobecne záväzná pre všetky IT projekty hradené z verejných zdrojov a to napríklad tak, aby pre softvér vyvíjaný na objednávku bol vykonávateľom majetkových práv diela objednávateľ, viď. §91 ods.4 zákona 185/2015. To isté by malo platiť aj pre dokumentáciu súvisiacu s týmto dielom. Rovnako by sa mali viac zohľadňovať možnosti využitia produktov vyvíjaných na objednávku aj ďalšími organizáciami verejnej správy. Práve na to je vhodný prístup otvoreného softvéru, o ktorom pojednávame nižšie.

5. Zlepšiť využívanie Free Open Source Software (FOSS)

Už niekoľko rokov, predovšetkým v zahraničí, rezonuje problematika používania otvoreného softvéru (tzv. Open Source) vo verejnej správe. Otvorený softvér je šíriteľný na základe verejnej licencie a tak môže vo viacerých prípadoch priniesť nižšie celkové náklady na vlastníctvo. Výhody tejto licenčnej alternatívy si postupne uvedomuje stále viac vlád. Či už sú to anglosaské krajiny ako Veľká Británia¹⁴, USA¹⁵ alebo kontinentálna Európa^{16,17}. Samozrejme, otvorený softvér určite nie je všeliak, ale myslíme si, že je dostatočne overená jeho

životaschopnosť a preto by to mala byť povinne zvažovaná alternatíva v IT projektoch z verejných zdrojov aj na Slovensku. Tým pádom je potrebné upraviť aj spôsoby akým sa tento softvér dá nakupovať. Aj tu zahraničie ponúka viacero inšpirácií¹⁸.

6. Centrálne nákupy (napr. licencie, infraštruktúra)

Je logické, že ľahko merateľné, spravovateľné a auditovateľné entity ako licencie by sa mali obstarávať centrálne. A dnes tomu tak aj vo viacerých prípadoch je. Oblasťou, nad ktorou je potrebné sa pozastaviť, je manažment týchto centrálnych nákupov. Hovoríme o centrálnom licenčnom a software manažmente, v ktorom by sa evidovali potreby a používanie licencií vo verejnej správe, plánovanie potrieb do budúcnosti a sledovanie efektívnosti týchto nákupov. Nie vždy musí byť najefektívnejšou cestou plošný nákup najširšej tzv. "enterprise" licencie. Štát ako dobrý hospodár by mal veľmi presne evidovať skutočné potreby a až na ich základe realizovať centrálny nákup.

Ako zlepšiť procesy a organizačné zabezpečenie nákupu IKT

Tézy na diskusiu uvedené v predošlej kapitole sú úzko závislé na kvalitných procesoch a kvalitných ľuďoch, ktorí by ich mali implementovať. Aj preto sa v tejto kapitole budeme venovať týmto dvom oblastiam a príkladom zo zahraničia, ako ich uchopiť.

1. Zapracovanie usmernení EK pre nákup IKT do národných pravidiel spolu s ich dôsledným dodržiavaním a vymáhaním

V rámci ambície vybudovať jednotný digitálny trh¹⁹ Európska komisia vypracovala odporúčania²⁰ pre členské štáty a zozbierala príklady dobrej praxe²¹ pre nákup IKT. Ich cieľom je zabezpečiť, aby sa IKT nakupovalo transparentne a podľa otvorených štandardov, ktoré umožňujú vyššiu flexibilitu a vyrovnávajú vzťah medzi verejnou správou a dodávateľom. EK dáva odporúčania tak na predmet zákazky ako aj postupy pri nákupe IKT a viacero

12 <https://www.gov.uk/government/publications/the-green-book-appraisal-and-evaluation-in-central-government>

13 <http://informatizacia.sk/804-menu/22115s>

14 <https://www.gov.uk/service-manual/making-software/open-source.html>

15 <https://sourcecode.cio.gov/>

16 <http://www.soit.sk/sk/aktualne/oit-vo-svete/2014-01-18/223-talianska-verejna-sprava-musi-uprednostnit-slobodny-softver>

17 <https://joinup.ec.europa.eu/node/151003>

18 <https://opensource.com/tags/procurement>

19 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>

20 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-standards>

21 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/best-practices-ict-procurement-based-standards-order-promote-efficiency-and-reduce-lock-2-year>

bodov, ktoré spomíname v predošlej kapitole je zachytených v tomto dokumente. Dôležitý je však dôraz na systematický prístup a proces nákupu IKT. Od plánovania stratégie nákupu, cez zvažovanie alternatív, návrh vhodných štandardov a konzultácie s trhom, až po samotný proces verejného obstarávania. Podobné postupy a ich metodická úprava sú veľmi potrebné aj v podmienkach SR. A to nielen ako metodické usmernenie, ale naozaj záväzný postup, ktorý umožní obstarávateľom jednoznačne sledovať zoznam jasných požiadaviek. Zároveň potrebujeme, aby takto nastavený proces bol kontrolovaný a vyžadovaný na úrovni celej verejnej správy. Potrebujeme, aby sa kontrola nákupu IKT posunula od často formálneho postupu (stav platný pre eurofondové IT projekty) smerom k hlbkovému skúmaniu toho, ako plánuje príslušný úrad vo verejnom obstarávaní zabezpečiť tú najvyššiu hodnotu za peniaze daňových poplatníkov.

2. Voľba vhodných modelov/postupov VO

K výberu vhodných postupov zákon o verejnom obstarávaní hovorí jasne, aké existujú možnosti, každá z nich je aplikovateľná a logická. Otázkou však zostáva, akú metódu použiť na akú zákazku. Napríklad v rámci IT Asociácie Slovenska už existuje diskusia o širšom využívaní "súťaže návrhov" pri nákupe IKT. Potrebujeme otvoriť diskusiu o tom, aké metódy prinášajú najlepšie výsledky a ujasniť pravidlá ich používania na rôzne potreby IKT investícií a prevádzky. Túto diskusiu na odbornej úrovni veľmi potrebujeme a musíme do nej v maximálnej miere zapojiť aj širšiu komunitu expertov na verejné obstarávanie.

3. Pravidlá pre subdodávky a ich transparentnosť

Existuje anekdota, že v zahraničí je po oznámení výsledku VO jeden spokojný uchádzač a niekoľko nespokojných. A v štátnom IT sektore na Slovensku je to vraj tak, že existuje jeden spokojný a viacero "tiež spokojných". Narážame na netransparentné vzťahy v dodávateľskom IT sektore, ktorý aj z toho dôvodu dostal nelichotivé pomenovanie "IT kartel". Potrebujeme do dodávateľských vzťahov vniesť transparentnosť - napríklad aj cez povinné zverejňovanie subdodávateľov až po konečného realizátora. Aby sa tak vytratil podozrenia z kartelových dohôd, kde naoko súťažia viaceré firmy, ktoré sú však dopredu dohodnuté na budúcej

dodávke. V tejto oblasti potrebujeme aj aktivitu samotných IT firiem. Takéto nastavenie sektora nie je v poriadku a je na zodpovednosti IT firiem a ich stavovských organizácií, aby k tomu zaujali postoj.

4. Personálne pokrytie procesov prípravy nákupu IKT (predmetu), samotného procesu VO - posilnenie kapacít a zvýšenie odbornosti

V neposlednom rade potrebujeme investovať do ľudských kapacít pre nákup IKT. Do ich kvality aj kvantity. Máme za to, že práve zvýšenie odbornosti na strane verejných obstarávateľov (a tým myslíme aj zvýšenie povedomia o procesoch VO medzi tými, ktorí tvoria predmet zákazky), určite prispeje k lepším súťažným podkladom/predmetom pre VO a vyššej hodnote pre daňových poplatníkov. Rovnako je potrebné posilniť kapacity aj na príslušných inštitúciách (Ministerstvo financií, Úrad vlády, ÚVO), ktoré by mali mať zodpovednosť za dohľad nad dodržiavaním pravidiel pre nákup IKT. V konečnom dôsledku ani tie najlepšie metodické usmernenia nespĺnia svoj účel, ak sa zabudne na ľudí, ktorí ich majú vykonávať. Pre pozitívny príklad môžeme opäť ísť do Veľkej Británie, kde zavedenie reformy štátneho IT bolo podporené aj akčným plánom pre rozvoj príslušných zručností, vrátane zručností v nákupe IKT²².

Riešenie nájdeme len diskusiou

Nákup IKT je témou, ktorú nevyrieši IT komunita ani odborníci na verejné obstarávanie osamote. Práve naopak. Zložitosť nákupu IKT si vyžaduje, aby nové postupy a metodické usmernenia pre túto oblasť vznikali v úzkej spolupráci. Aj preto sme na platforma.slovensko.digital rozbehli viaceré diskusie o nákupe IKT a zriadili sme pracovnú skupinu²³, ktorá sa tejto problematike bude venovať. Privítame v nej každého, komu záleží na transparentnom a efektívnom nákupe IKT vo verejnej správe. A zároveň veríme, že Úrad pre verejné obstarávanie a novozriadený Úrad podpredsedu vlády pre investície sa tejto témy spoločne zhostia aj po koncepcnej stránke.

Autor Ján Hargaš je výkonný riaditeľ Slovensko.Digital, o.z.

Autor Michal Cheben je zakladajúci člen Slovensko.Digital, o.z.

22 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/266328/government-ict-capability-strategy.pdf

23 <https://platforma.slovensko.digital/c/pracovne-skupiny/verejne-obstaravanie>

JED – Čarovná skratka nahradzujúca čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti = jednotný európsky dokument pre obstarávanie

Dr. Ľubica Stelzer Páleníková

Predmetný príspevok sa zaoberá novým jednotným európskym dokumentom pre verejné obstarávanie („JED“), ktorého cieľom je zjednodušenie preukazovania splnenia podmienok účasti. Štandardný formulár JED je upravený v novom vykonávacom nariadení Európskej komisie č. 2016/7¹. Preto sú (verejní) obstarávatelia (zo Slovenska, ako aj zo všetkých ostatných krajín EÚ) povinní akceptovať JED odo dňa 18. 4. 2016 pri všetkých nadlimitných zákazkách.

1. JED na zjednodušenie preukázania splnenia podmienok účasti

V praxi sa preukazovanie splnenia podmienok účasti prostredníctvom veľkého množstva dokladov, certifikátov či osvedčení často ukazuje ako (neúnosná) administratívna záťaž pre záujemcov, resp. uchádzačov. Podobne je aj z pohľadu (verejných) obstarávateľov skúmanie a preverovanie veľkého množstva dokumentov predložených viacerými uchádzačmi často neúčelné.

Proces preukazovania splnenia podmienok účasti sa má (podľa cieľov Európskej komisie) podstatne zjednodušiť prostredníctvom využitia JED. Rovnako by malo dôjsť k zníženiu administratívnej záťaže, čo uľahčuje účasť podnikateľov v postupoch verejného obstarávania v celej Európskej únii („EÚ“). V tomto zmysle nahradzuje čarovná skratka JED rôznorodé národné čestné vyhlásenia o splnení podmienok účasti a neexistencii dôvodov na vylúčenie v jednotlivých členských krajinách EÚ formou jedného jediného formulára, ktorý platí jednotne v každej krajine EÚ.

2. Štandardný formulár JED

Inštitút JED sa zavádza v nových smerniciach EÚ² za účelom „značného zjednodušenia v prospech verejných obstarávateľov aj hospodárskych subjektov“³. Európske smernice upravujú JED (len) v kontexte nadlimitných zákaziek. Naopak, použitie JED pri zadávaní zákaziek s nižšou predpokladanou hodnotou či pri zadávaní koncesií záleží na

vnútroštátnej úprave každého členského štátu EÚ.

JED predstavuje čestné vyhlásenie. Záujemca, resp. uchádzač v ňom deklaruje, že u neho neexistujú vymedzené dôvody na vylúčenie, že spĺňa kritériá na obmedzenie počtu záujemcov a zároveň, že k uvedeným skutočnostiam na požiadanie (verejného) obstarávateľa poskytne relevantné doklady. JED poskytuje priestor aj na uvedenie ďalších informácií podľa požiadaviek (verejného) obstarávateľa, ako aj informácií o orgánoch, ktoré vydávajú príslušné doklady.

Podľa ustanovenia § 39 ods. 2 nového zákona o verejnom obstarávaní č. 343/2015 Z. z. s účinnosťou odo dňa 18. 4. 2016 („ZVO“) vyhlási záujemca, resp. uchádzač v JED, že:

- neexistuje dôvod na jeho vylúčenie;
- spĺňa objektívne a nediskriminačné pravidlá a kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov, ak (verejný) obstarávateľ obmedzil počet záujemcov;
- poskytne (verejnému) obstarávateľovi na požiadanie doklady, ktoré nahradil JED.

3. Štruktúra JED

Štandardný formulár JED obsahuje celkovo 13 strán a je prístupný vo všetkých úradných jazykoch EÚ.

Formulár JED sa skladá zo šiestich častí:

- Časť I: *Informácie týkajúce sa postupu verejného obstarávania a verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa;*

1 Vykonávacie nariadenie Komisie (EÚ) 2016/7 z 5. januára 2016, ktorým sa ustanovuje štandardný formulár pre jednotný európsky dokument pre obstarávanie, Úradný vestník Európskej únie L 3/16 (6. 1. 2016).

2 Článok 59 smernice 2014/24/EÚ; Článok 80 smernice 2014/25/EÚ.

3 Recitál 84 smernice 2014/24/EÚ.

- Časť II: *Informácie týkajúce sa hospodárskeho subjektu* (t. j. záujemcu, resp. uchádzača);
- Časť III: *Dôvody na vylúčenie*;
- Časť IV: *Podmienky účasti*;
- Časť V: *Zníženie počtu kvalifikovaných záujemcov*;
- Časť VI: *Záverečné vyhlásenia*.

Vzhľadom na vyššie uvedený rozsah formulára sa vynára otázka, či JED skutočne dokáže prispieť k zjednodušeniu (napr. v porovnaní so zápisom v zozname podnikateľov). V každom prípade je pre podnikateľov zúčastňujúcich sa na postupoch verejného obstarávania vo viacerých krajinách EÚ veľkou výhodou jednotný text, ako aj štruktúra štandardného formulára platného v celej EÚ.

4. Vyhláška ÚVO upravuje podrobnosti o JED

Podľa § 186 ods. 2 ZVO vydá ÚVO všeobecne záväzný právny predpis, ktorým ustanoví podrobnosti o JED a jeho obsahu. Príslušná vyhláška ÚVO č. 155/2016 Z. z. ("**Vyhláška**") už nadobudla účinnosť (včas) dňa 18. 4. 2016.

Podľa § 2 ods. 1 a ods. 2 Vyhlášky je potrebné predložiť JED za nasledovné subjekty:

- zájemcu, uchádzača, resp. účastníka;
- každého člena skupiny dodávateľov (osobitne);
- inú osobu, ktorej finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity využíva na preukázanie splnenia podmienok účasti;
- subdodávateľa, ktorého finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity nevyužíva na preukázanie splnenia podmienok účasti.

5. Praktické využitie JED z pohľadu (verejných) obstarávateľov

Podľa článku 59 ods. 1 smernice 2014/24/EÚ je verejný obstarávateľ povinný akceptovať JED ako „predbežný“ dôkaz namiesto osvedčení vydaných orgánmi verejnej moci alebo tretími stranami.

(Verejný) Obstarávateľ uvedie v súťažných podkladoch, ktoré údaje v JED majú zájemcovia, resp. uchádzači poskytnúť. V časti IV. JED môže (verejný) obstarávateľ určiť, že podnikatelia majú (len) uviesť tzv. „*globálny údaj pre všetky podmienky*

účasti“. V tomto prípade postačuje, keď podnikatelia uvedú nasledovné:

- "Spĺňa požadované podmienky účasti → Áno".

Ak (verejný) obstarávateľ nepovolí „*globálny údaj pre všetky podmienky účasti*“, majú zájemcovia, resp. uchádzači vyplniť celú časť IV. JED.

Ak je zákazka rozdelená na viaceré časti, pre ktoré platia rozdielne podmienky účasti, JED sa predkladá pre každú časť osobitne.

Po predložení JED môže (verejný) obstarávateľ kedykoľvek v priebehu postupu verejného obstarávania požiadať zájemcu, resp. uchádzača o predloženie „*všetkých alebo niektorých*“ podporných dokumentov preukazujúcich skutočnosti uvedené v JED. Možnosť vyžiadania ďalších dokladov je však podmienená „*nevyhnutnosťou na zabezpečenie riadneho vykonania postupu*“ verejného obstarávania. Daná nevyhnutnosť môže byť relevantná najmä pri dvojfázových postupoch verejného obstarávania (napr. užšia súťaž, rokovacie konanie, súťažný dialóg).⁴

Podľa ustanovenia § 39 ods. 7 ZVO je (verejný) obstarávateľ povinný získať požadované informácie na základe prístupu do elektronickej databázy, „*ak má k dokladom prístup*“ podľa § 39 ods. 4 ZVO. V tomto prípade (verejný) obstarávateľ nevyžaduje doklady od zájemcu, resp. uchádzača. V tejto súvislosti zohráva významnú úlohu zoznam hospodárskych subjektov (predošlý zoznam podnikateľov) podľa § 152 ZVO vedený Úradom pre verejné obstarávanie („**ÚVO**“) v zmysle „*elektronickej databázy*“.

Podľa článku 59 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ je verejný obstarávateľ všeobecne povinný požiadať vybraného úspešného uchádzača o predloženie aktuálnych podporných dokumentov pred zadáním danej zákazky. Táto povinnosť sa výnimočne neuplatňuje, ak verejný obstarávateľ:

- zadáva zákazku založenú na určitých rámcových dohodách;
- má možnosť získať osvedčenia alebo relevantné informácie „*priamo na základe bezplatného prístupu do vnútroštátnej databázy v ktoromkoľvek členskom štáte*“;⁵
- už má relevantné dokumenty (napr. z predchádzajúcich postupov verejného obstarávania), čo zodpovedá ustanoveniu § 39 ods. 8 ZVO.

4 Recitál 84 smernice 2014/24/EÚ

5 Podľa článku 59 ods. 5 smernice 2014/24/EÚ predstavujú „*vnútroštátnu databázu*“ napr. národný register obstarávania, virtuálny opis spoločnosti, systém elektronickej archivácie dokumentov alebo predkvalifikačný systém..

V praxi by verejný obstarávateľ mal dôsledne archivovať dokumentáciu z uskutočnených postupov verejného obstarávania, aby mal prehľad o svojom prístupe k už predloženým dokumentom (v zmysle vyššie uvedenej výnimky).

6. Praktické využitie JED z pohľadu záujemcov, resp. uchádzačov

Podnikateľ zúčastňujúci sa postupov verejného obstarávania môže preukázať splnenie podmienok účasti predbežne (len) prostredníctvom JED, ktorý predloží vo svojej žiadosti o účasť, resp. vo svojej ponuke. Avšak podnikateľ by mal byť pripravený nato, že (verejný) obstarávateľ ho môže v priebehu postupu celého verejného obstarávania kedykoľvek vyzvať na predloženie všetkých alebo niektorých požadovaných osvedčení a podporných dokumentov, „ak je to nevyhnutné na zabezpečenie riadneho vykonania postupu“ daného verejného obstarávania.⁶ Podľa § 39 ods. 6 ZVO je záujemca, resp. uchádzač povinný doručiť príslušné doklady (verejnému) obstarávateľovi do piatich pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti, ak (verejný) obstarávateľ neurčil dlhšiu lehotu. Podľa ustanovenia § 40 ods. 6 písm. j) ZVO má byť podnikateľ vylúčený, ak v určenej lehote nepredloží príslušné doklady nahradené JED.

Záujemca, resp. uchádzač môže v JED uviesť, že je zapísaný v „úradnom zozname schválených hospodárskych subjektov“ alebo že má rovnocenné osvedčenie (napr. v rámci národného (pred)kvalifikačného systému). Podľa môjho názoru sa preto môže podnikateľ odvolať na zápis v zozname hospodárskych subjektov, čo zodpovedá ustanoveniu v § 39 ods. 3 ZVO.

Podľa § 39 ods. 5 ZVO môže podnikateľ použiť JED predložený v určitom konkrétnom postupe verejného obstarávania aj opakovane, ak potvrdí, že informácie v pôvodnom JED sú naďalej aktuálne.

Vybraný úspešný uchádzač je však všeobecne povinný predložiť požadované doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti (ešte) pred zadaním danej zákazky.

7. Praktické využitie JED z pohľadu združení uchádzačov, resp. konzorcií

V prípade združenia uchádzačov, resp. konzorcia je

potrebné predložiť JED pre každého člena konzorcia osobitne (rovnako ako aj samotné doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti).

8. Praktické využitie JED z pohľadu iných osôb

Ak určitý záujemca, resp. uchádzač využíva aj kapacity iných osôb na splnenie podmienok účasti, je podľa § 39 ods. 3 ZVO potrebné predložiť samostatný JED pre každú inú osobu (riadne vyplnený a podpísaný).

9. Praktické využitie JED z pohľadu subdodávateľov

JED je potrebné predložiť aj pre subdodávateľa, ktorého finančné zdroje alebo technické a odborné kapacity záujemca, resp. uchádzač nevyužíva na preukázanie splnenia podmienok účasti. Ak to (verejný) obstarávateľ výslovne požaduje, je potrebné uviesť určité dodatočné informácie aj v časti II.D JED (najmä zoznam navrhovaných subdodávateľov).

10. JED v papierovej či elektronickej podobe?

JED má byť všeobecne predložený v elektronickej podobe. Predloženie JED v papierovej podobe je však prípustné najneskôr do dňa 18. 4. 2018, ak to povoľujú príslušné vnútroštátne predpisy. V tejto súvislosti možno predpokladať konkrétne pravidlá, ktoré budú ustanovené ÚVO podľa § 186 ods. 2 ZVO.

11. Záver

Nový inštitút na preukázanie splnenia podmienok účasti a neexistencie dôvodov na vylúčenie JED je všeobecne upravený v európskej smernici o verejnom obstarávaní 2014/24/EÚ. Štandardný formulár JED je ustanovený v nariadení Európskej komisie č. 2016/7; v ustanovení § 39 nového zákona o verejnom obstarávaní č. 343/2015 Z. z. a vo vyhláške ÚVO č. 155/2016 Z. z..

Štandardný formulár JED môže predstavovať zníženie administratívnej záťaže najmä pre podnikateľov, ktorí sa zúčastňujú na postupoch verejného obstarávania vo viacerých krajinách EÚ. Naopak, pre slovenských (verejných) obstarávateľov a podnikateľov sa JED (prinajmenšom spočiatku) javí komplexnejší než doterajšie čestné vyhlásenie o splnení podmienok účasti podľa § 32 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní (platné do dňa 17. 4. 2016).

Autorka je usadená euroadvokátka a členka Riadiaceho výboru/Asociácia PPP

Spravodlivý obchod vo verejnom obstarávaní

JUDr. Ján Hudec, PhD.

Cieľom článku je stručne priblížiť čitateľovi problematiku, ktorá sa možno javí v kontexte klasických verejných zákaziek príliš špecifická a marginálna. Príspevok pojednáva o fairtradových zákazkách, teda takých, ktoré namiesto najnižšej ceny uprednostňujú princípy spravodlivého obchodu s cieľom podporiť tradičných pestovateľov predovšetkým v Latinskej Amerike, Afrike a Ázii. Práve verejní obstarávatelia môžu svojou kúpnu silou a podporovaním fair trade výrobkov aspoň sčasti vytvoriť podmienky na zachovanie tradičných spôsobov výroby, zachovanie životného prostredia a zlepšenia pracovných aj životných podmienok malých pestovateľov v spomínaných krajinách.

Fair trade všeobecne

Výraz fair trade alebo spravodlivý obchod môžeme definovať nasledovne: „Spravodlivý obchod (fair trade) je obchodným partnerstvom založeným na dialógu, transparentnosti a rešpekte, ktoré sa usiluje dosiahnuť väčšiu rovnováhu v medzinárodnom obchode. Ponukou lepších obchodných podmienok a zabezpečením práv utláčaných výrobcov a pracovníkov prispieva k udržateľnému rozvoju – hlavne na juhu. Organizácie spravodlivého obchodu s podporou spotrebiteľov aktívne podporujú výrobcov, zvyšovanie povedomia a kampane za zmenu pravidiel a praktík konvenčného medzinárodného obchodu.“ (Charta princípov spravodlivého obchodu, 2009)

Zjednodušenie povedané je fair trade spôsob obchodu, ktorý poskytuje pestovateľom, zamestnancom a remeselníkom z krajín globálneho Juhu¹ možnosť užiť sa vlastnou prácou za dôstojných podmienok (<http://www.fairtrade-cesko.cz/#lfair-trade>).

Vznik koncepcie spravodlivého obchodu a trvalo udržateľného rozvoja bol zo strany vyspelých svetových ekonomík vrátane Európskej únie (ďalej len „EÚ“) determinovaný predovšetkým ekonomickou situáciou rozvojových krajín, chudobou, nízkymi výkupnými cenami komodít, nedôstojnými pracovnými podmienkami, zneužívaním detskej práce, ničením životného prostredia a mnohými ďalšími faktormi (a možno aj čiastočným pocitom zodpovednosti za túto situáciu).

Legislatívny rámec zakotvenia podpory spravodlivého obchodu na úrovni EÚ vychádza zo Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej len „ZFEÚ“), a to konkrétne z čl. 208 až 211 (hlava III ZFEÚ s názvom „Spolupráca s tretími krajinami a humanitárna pomoc“, kapitola 1 „Rozvojová spolupráca“), v ktorom sa za hlavný cieľ politiky Únie v oblasti rozvojovej spolupráce považuje obmedzovanie chudoby a v dlhodobom horizonte jej odstránenie. EÚ pritom zohľadní ciele rozvojovej spolupráce pri uskutočňovaní politík, ktoré môžu ovplyvniť rozvojové krajiny. ZEU následne umožňuje v čl. 209 Európskemu parlamentu a Rade prijímať opatrenia na uskutočňovanie politiky rozvojovej spolupráce.

Podporu fair trade vyslovil vo viacerých uzneseniach aj Európsky parlament. Hlavný prínos uznesenia Európskeho parlamentu z 27.6.2006 o spravodlivom obchode a rozvoji (2005/2245(INI)) (ďalej len „uznesenie EP“) však spočíval vo vymedzení fairtradových kritérií s tým účelom, aby sa zabránilo riziku zneužitia tohto konceptu obchodnými spoločnosťami, ktoré vstúpia na trh s fairtradovými výrobkami, bez toho, aby spĺňali príslušné kritériá (Bouda, 2015a, s. 9).

Uznesenie EP definuje nasledovné princípy spravodlivého obchodu:

a) spravodlivá cena výrobcu, zaručujúca spravodlivú odmenu a hradiaca náklady trvalo udržateľnej výroby a živobytia. Táto cena musí byť aspoň vo výške minimálnej ceny a prirážky spravodlivého obchodu, ak ich určili medzinárodné združenia spravodlivého

1 Krajiny Latinskej Ameriky, Afriky a Ázie

obchodu;

b) ak to požaduje výrobca, časť platby sa vypláti vopred;

c) dlhodobé a stabilné vzťahy s výrobcami a ich účasť na stanovovaní noriem spravodlivého obchodu;

d) transparentnosť a sledovateľnosť v dodávateľskom reťazci, ktorá zabezpečuje primeranú informovanosť spotrebiteľa;

e) podmienky produkcie spĺňajú osem základných dohovorov Medzinárodnej organizácie práce (ILO);

f) rešpektovanie životného prostredia, ochrana ľudských práv, najmä práv žien a detí, a rešpektovanie tradičných spôsobov výroby, ktoré podporujú hospodársky a sociálny rozvoj;

g) budovanie kapacít a zlepšenie postavenia výrobcov, najmä malých a marginalizovaných výrobcov a pracovníkov v rozvojových krajinách a ich organizácií, ako aj príslušných komunít, aby sa zaručila trvalá udržateľnosť spravodlivého obchodu;

h) podpora výroby a prístupu na trh pre organizácie výrobcov;

i) aktivity zamerané na zvýšenie informovanosti o výrobe a obchodných vzťahoch v rámci spravodlivého obchodu, úlohách a cieľoch spravodlivého obchodu a o prevládajúcej nespravodlivosti pravidiel v oblasti medzinárodného obchodu;

j) monitorovanie a overovanie súladu s týmito kritériami, pri ktorom musia zohrávať južné organizácie väčšiu úlohu, ktoré vedie k zníženiu nákladov a zvýšeniu miestnej účasti na certifikačnom procese;

k) pravidelné hodnotenie vplyvu aktivít spravodlivého obchodu;

Aby to však nebolo také jednoduché, je potrebné k vyššie uvedenému uzneseniu uviesť (Horáček, 2012, s. 19 a 20), že štandardy spravodlivého obchodu nie sú jednotné, čo znamená, že sa vo všeobecnej rovine rozlišuje medzi Fairtrade®, štandardmi „fair trade“ a ďalšími formami etického obchodovania. Dôvodom je skutočnosť existencie viacerých organizácií zastrešujúcich formy spravodlivého obchodu.

Štandard Fairtrade® sa delí do dvoch základných

skupín, a to na tzv. všeobecné štandardy (Generic Standards) a špecifické štandardy, ktoré sa viažu k jednotlivým produktovým radom (Product Specific Standards).² Dôležitým doplnkom špecifických produktových štandardov je aj stanovenie tzv. fairtradovej minimálnej výkupnej ceny (Fairtrade Minimum Price) a fairtradového sociálneho príplatku (Fairtrade Premium).

Všeobecné štandardy sú štandardy, ktoré sú vytvorené pre obchodníkov a producentov z rozvojových krajín a zahŕňujú v sebe vždy všetky tri aspekty, ktoré fair trade sleduje, t. j. aspekt ekonomický, sociálny a environmentálny. Proces certifikácie Fairtrade® sa delí do viacerých etáp – podanie žiadosti, audit, evaluácia, certifikácia a cyklus certifikácie (dohľad nad dodržiavaním štandardu). Výsledkom procesu je udelenie certifikátu zhody so systémom Fairtrade®, ktorý je jeho držiteľ oprávnený používať (bližšie pozri Horáček, 2012).

Druhý (tradičný) systém fair trade možno považovať za menej striktný. Zárukou dodržiavania princípov fair trade je členstvo (malých pestovateľov a obchodníkov) vo World Fair Trade Organization (ďalej len „WFTO“) a naplňovanie desiatich základných princípov uvedených na www.wfto.com. Ide o koncept, ktorý zohľadňuje všetky tri aspekty fair trade, t. j. aspekt ekonomický, sociálny a ekologický, a transformuje ich do vytvorenia štandardizovaných obchodných vzťahov medzi producentmi, spracovateľmi a obchodníkmi vo vzťahu k určitým komoditám. Všetky subjekty participujúce na takom obchodnom reťazci musia tieto štandardy plniť s tým, že ich dodržiavanie je následne kontrolované (Horáček, 2012, s. 20).

Fairtrade a verejné obstarávanie

Ak by sme sa chceli venovať fair trade z pohľadu verejných zákaziek, je potrebné (ešte pred tým, ako poukážeme na súčasnú legislatívnu úpravu) spomenúť rozsudok Európskeho súdneho dvora C-368/10 Komisia vs Holandské kráľovstvo z 10.05.2012 (ďalej len „rozsudok C-368/10“).

Uvedený rozsudok môžeme považovať za dôležitý medzník vo vzťahu fair trade a verejného obstarávania, pretože jednoznačne aproboval možnosť použitia fairtradových kritérií vo verejnom obstarávaní. Postuláty z uvedeného rozsudku Európskeho súdneho dvora (ďalej len „ESD“)

sa premietli do bodu 97 preambuly novej Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica 2014/24“) v nasledovnom znení: „Okrem toho so zreteľom na lepšie začlenenie sociálnych a environmentálnych aspektov do postupov obstarávania by verejní obstarávatelia mali mať možnosť používať kritériá na vyhodnotenie ponúk alebo podmienky plnenia zákazky týkajúce sa stavebných prác, tovaru alebo služieb, ktoré sa majú dodať či poskytnúť na základe verejnej zákazky, v akejkolvek súvislosti a v akejkolvek fáze ich životného cyklu od ťažby surovín pre produkt po fázu likvidácie produktu, vrátane faktorov súvisiacich s konkrétnym procesom produkcie, poskytovania týchto prác, tovaru alebo služieb, alebo obchodovania s týmito prácami, tovarom a službami a jeho podmienok, alebo súvisiacich s konkrétnym procesom počas neskoršej fázy ich životného cyklu, **a to aj vtedy, keď takéto faktory nie sú súčasťou ich hmotnej podstaty**..... V súlade s judikatúrou Súdneho dvora Európskej únie to zahŕňa aj kritériá na vyhodnotenie ponúk alebo podmienky plnenia zákazky súvisiace s dodávaním alebo používaním výrobkov, ktoré sú predmetom **spravodlivého obchodu**, počas plnenia zákazky, ktorá sa má zadať. **Kritériá a podmienky súvisiace s obchodovaním a jeho podmienkami sa môžu týkať napríklad skutočnosti, že dotknutý produkt pochádza zo spravodlivého obchodovania vrátane požiadavky na platenie minimálnej ceny a cenovej prémie výrobcem.**“

Požiadavky na fairtradové tovary alebo služby (požiadavka na fair trade produkt je faktor, ktorý netvorí súčasť hmotnej podstaty tovaru alebo služby) si verejní obstarávatelia môžu stanoviť aj v rámci technických špecifikácií zákazky (článok 42 odsek 1 smernice).

S ohľadom na závery rozsudku C-368/10 je potrebné poznamenať, že iná situácia bude v prípade podmienok účasti, kde, ako vyplýva z odseku 105 až 108 vyššie uvedeného rozsudku, požiadavka na „trvalú udržateľnosť nákupov a spoločensky zodpovedného jednanie podnikov“ **nemôže byť súčasťou kvalifikačných požiadaviek na dodávateľa**. (Bouda, 2015a, s. 10). Z uvedeného dôvodu je potom verejný obstarávateľ oprávnený fairtradové požiadavky zohľadňovať v technických špecifikáciách, kritériách na vyhodnotenie ponúk a v osobitných podmienkach plnenia zmluvy.

Podpora spravodlivého obchodu je teda dovoleným kritériom, ktoré bolo možné zahrnúť do verejného obstarávania podľa úpravy zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Vyššie uvedené články smernice 2014/24, vychádzajúce zo spomínaného rozsudku ESD, boli samozrejme transponované aj do ustanovení nového zákona o verejnom obstarávaní č. 343/2015 Z. z. (ďalej len „zákon č. 343/2015 Z. z.“), ktorý nadobudol účinnosť 18. apríla 2016 a ktorého ustanovenia budem v článku uvádzať.

Z hľadiska právneho zakotvenia podpory fair trade v Európskej únii je dôležité pripomenúť možnosť zahrnúť fairtradové kritériá do technických špecifikácií predmetu zákazky, do hodnotiacich kritérií, ako aj do osobitných podmienok plnenia zmluvy.

Vzhľadom na skutočnosť, že sa mi na internete nepodarilo nájsť v súvislosti s fairtrade a verejným obstarávaním v slovenčine žiadny výsledok, predpokladám, že s fairtradovými zákazkami je na Slovensku pomerne málo skúseností, ak vôbec nejaké sú. Lepšie sa v tomto smere javí Česká republika, kde existuje iniciatíva Fairtradová města. Ide o medzinárodnú iniciatívu označovania miest, kde je podporovaný spravodlivý obchod. Jej cieľom je osвета v oblasti fair trade a podpora predaja fairtradových produktov v danom mieste. Celkovo je do kampane zapojených 1 600 miest z 26 krajín sveta. http://www.fairtradovamesta.cz/ft_mesta. Podrobnými a aktuálnymi zdrojmi, z ktorých som pri písaní tohto článku prioritne čerpal, disponuje stránka neziskovej organizácie Na zemi (www.nazemi.cz), zaoberajúca sa presadzovaním, podporou a propagáciou spravodlivého obchodu.

Verejné obstarávanie je založené na základných princípoch – najmä na princípe nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. V prípade, že by verejný obstarávateľ vyžadoval „najprísnejší“ certifikát Fairtrade® bez možnosti predloženia rovnocenných dôkazov (napr. systému „fair trade“ WFTO), mohlo by dôjsť k diskriminácii potenciálnych uchádzačov a k obmedzeniu hospodárskej súťaže, ktorá je už tak vyžadovaním produktov spravodlivého obchodu dosť oklieštená. Práve z toho dôvodu je pri stanovení fairtradových kritérií zákazky pre verejného obstarávateľa najvhodnejším (nediskriminačným) riešením prevzatie všeobecných princípov

spravodlivého obchodu z uznesenia EP. Obdobne uvádza aj Bouda (Bouda, 2015a, s. 24), že verejný obstarávateľ by nemal v opise predmetu zákazky vymedziť fairtradové kritériá ich doslovným odkopírovaním z určitého certifikátu (napr. Fairtrade®), ale prevzatím všeobecne vymedzených štandardov fair trade z vyššie uvedeného uznesenia. Verejný obstarávateľ musí umožniť uchádzačom doložiť splnenie týchto kritérií aj iným spôsobom. Vhodným sa javí stanovenie všeobecných požiadaviek, ktoré možno splniť oboma certifikátmi (Bouda, 2015b, s. 25).

Základným východiskom na splnenie zásady nediskriminácie zo strany verejného obstarávateľa je skutočnosť, že fair trade je otvorený systém, ktorého kritériám sa môže prispôbiť každý potenciálny uchádzač a žiadny nie je vopred vylúčený či diskriminovaný.

Vyplyva to z podmienok udelenia značky (certifikácie) Fairtrade®, udeľovanej organizáciou Fairtrade International, ako aj z podmienok členstva vo World Fair Trade Organization (Bouda, 2015a, s. 17). Ako problém sa môže javiť zaistenie dostatočného počtu uchádzačov, čo býva v prípade fairtradových zákaziek pravidlom (Bouda tamtiež). Ako možnú elimináciu tohto rizika možno považovať prieskum trhu alebo prípravné trhové konzultácie a predbežné zapojenie záujemcov alebo uchádzačov v zmysle § 25 zákona č. 343/2015 Z. z.

K vyššie uvedenému, ako dobrý príklad z praxe (pozn.: v tom čase ešte nebol vydaný rozsudok C-368/10) uvádza Horáček, (2012, s. 43) súdny spor vedený v Holandsku v roku 2007 (Groningen District Court) medzi spoločnosťou Douwe Egberts a provinciou Groningen z roku 2007, ktorého predmetom bolo stanovenie požiadaviek na fairtradové produkty. Provincia stanovila fairtradové požiadavky podľa všeobecných fairtradových princípov. Spoločnosť Douwe Egberts ako žalobca a dodávateľ bola v tomto spore neúspešná, keďže ako dodávateľ ponúkala certifikovanú kávu s certifikáciou UTZ, pričom túto certifikáciu vyhodnotil verejný obstarávateľ ako nedostatočnú. V rozhodnutí súd uviedol, že certifikácia UTZ³ je síce zrovnateľná s bio certifikovanou kávou, pokiaľ ide o environmentálne aspekty, ale nemožno ju považovať za kávu, ktorá by spĺňala všetky aspekty a hlavné zásady fair trade.

Takúto kávu potom nemožno považovať za zrovnateľnú v oblasti plnenia sociálnych kritérií, a to napríklad pri porovnaní s MAX Havelaar (fairtradovou kávou). Už vtedy sa holandský súd vyjadril, že požiadavka fair trade nezakladá diskrimináciu a iniciatíva fair trade je otvorený medzinárodný systém, takže aj Douwe Egberts ako dodávateľ kávy sa môže stať držiteľom príslušného certifikátu.

Ako by mala taká fairtradová zákazka vyzeráť? V prvom rade je dôležité zdôrazniť, že fairtradový produkt je väčšinou drahší, ako jeho bežný ekvivalent, a z toho dôvodu nemusí ísť o najhospodárnejšie riešenie. Horáček (2012, s. 45) v tomto kontexte uvádza:

„1. *Doporučuje se, aby zadavatel stanovil podmínky v rámci zadávací dokumentace tak, aby byly odůvodnitelné z hlediska jejich ekonomické racionality a z hlediska přiměřenosti k poptávanému plnění.*

2. *Doporučuje se, aby zadavatel v rámci uspokojení veřejné potřeby při zadávání veřejné zakázky reflektoval i širší veřejné cíle, tedy zájmy celé společnosti, které nemusí mít nutně průmyslovou či obchodní povahu (jde o aspekty sociální, ekonomické a environmentální).*

3. *Doporučuje se, aby zadavatel při tvorbě zadávacích podmínek zohledňujících kritéria spravedlivého obchodu věnoval pozornost odůvodnění plněných veřejných cílů zakázky a postupoval vždy se znalostí principů, na kterých je spravedlivý obchod vybudován, a činil tak s vědomím politické podpory, která je principům spravedlivého obchodu vyjádřena na mezinárodní, evropské i národní úrovni.“*

V praxi zrejme pôjde o zákazky podlimitné alebo zákazky s nízkou hodnotou podľa zákona č. 343/2015 Z. z., nakoľko sa takáto zákazka bude týkať predovšetkým komodít ako káva, čaj, kakao, banány, cukrová trstina, obilniny, prípadne odevy, t. j. produkty vypestované alebo vyrobené v rozvojových krajinách v súlade s požiadavkami na spravodlivý obchod. V technických špecifikáciách zákazky potom môže verejný obstarávateľ v prípade zákaziek s osobitnými sociálnymi charakteristikami – čo fair trade nepochybne je – vyžadovať (ako vyplýva z § 42 ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z.) konkrétnu značku (napr. Fairtrade®) ako dôkaz, že ním požadované produkty pochádzajú zo spravodlivého obchodu, samozrejme za podmienky, že takéto označenie spĺňa čiastkové podmienky podľa § 42 ods. 7 písm. a) až

3 Certifikácie UTZ a Rainforest Alliance nie sú rovnocenné s certifikáciou Fairtrade®. Tieto certifikácie nespĺňajú niektoré princípy fair trade, ako napr. spravodlivé obchodné podmienky, dlhodobé obchodné vzťahy, ako aj fairtradové záruky – garantovanie minimálnej výkupnej ceny a vyplácanie sociálnej prémie.

e)⁴. V takom prípade musí ale verejný obstarávateľ prijať aj inú značku, ktorej podmienky sú rovnocenné požadovanej značke, prípadne aj iné dôkazy (§ 42 ods. 9).

Verejný obstarávateľ musí brať do úvahy aj skutočnosť, že v zmysle § 42 ods. 8 zákona 343/2015 Z. z. nesmie vyžadovať konkrétnu značku, ak značka spĺňa podmienky podľa odseku 7 písm. b) až e), ale na jej udelenie je potrebné splniť aj ďalšie podmienky, **ktoré nesúvisia s predmetom zákazky**. V takomto prípade môže verejný obstarávateľ opísať predmet zákazky odkazom na podrobné špecifikácie značky alebo na jej časti, ktoré súvisia s predmetom zákazky a sú vhodné na opis predmetu zákazky. Pre verejného obstarávateľa je najjednoduchšou cestou vymedzenie fairtradových požiadaviek v rámci technických špecifikácií predmetu zákazky a ako hodnotiace kritérium stanoviť najnižšiu cenu. Ako už bolo uvedené, všeobecné požiadavky na fair trade v takom prípade verejný obstarávateľ vymedzí v súlade s požiadavkami z uznesenia EP, prípadne v súlade s hlavnými princípmi fair trade.

V prípade niektorých produktov (napr. oblečenie) je vhodné, aby verejný obstarávateľ vymedzil nielen všeobecné podmienky spravodlivého obchodu, ale aj osobitné fairtradové špecifikácie týkajúce sa danej suroviny, čo môže byť niekedy (vzhľadom na množstvo certifikácií) problematické najmä z pohľadu zákazu diskriminácie.

V prípade fairtradového oblečenia (napr. trička) sa totiž certifikácia Fairtrade[•] vzťahuje len na produkciu bavlny ako suroviny (surová bavlna bola

vyprodukovaná v súlade s fairtrade), ale už nezaručuje, že nadväzujúci výrobný proces, ktorého výsledkom je hotové oblečenie, dodržiava štandardy fair trade. Uvedené dodržiavanie výrobného procesu môže byť preukázané napr. členstvom výrobcu vo Fair Wear Foundation, prípadne preukázaním, že ide o výrobky, ktoré sú distribuované členom WFTO (bližšie pozri Bouda, 2015b).

Ďalšou možnosťou je použitie fairtradových kritérií ako kritérií na vyhodnotenie ponúk (najlepší pomer ceny a kvality), kde verejný obstarávateľ v rámci základného hodnotiaceho kritéria stanoví čiastkové kritériá – ponukovú cenu a produkt pochádzajúci zo spravodlivého obchodu, pričom týmto kritériám prísúdi relatívnu váhu a počet bodov za jednotlivé kritériá. V prípade rovnosti bodového hodnotenia môže stanoviť pravidlo, že fairtradový produkt má prednosť.

Verejný obstarávateľ môže zakomponovať fair trade požiadavky (nakoľko sa jedná o sociálne kritériá) do osobitných zmluvných podmienok v súlade s ustanovením § 42 ods. 12 zákona č. 343/2015 Z. z. za predpokladu, že tieto uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, resp. v súťažných podkladoch.

V každom prípade bude ako doklad splnenia požiadaviek fairtrade slúžiť certifikát Fairtrade[•], resp. uchádzači budú môcť preukázať splnenie požiadaviek iným vhodným spôsobom (napr. členstvo vo WFTO).

Skutočnosť, že podpora fair trade je stále aktuálnou témou v rámci EÚ, dokazuje napríklad aj uznesenie Európskeho parlamentu o EÚ a celosvetovom rozvojovom rámci na obdobie po roku 2015,

4 a) Podmienky na udelenie značky sa vzťahujú len na kritériá, ktoré súvisia s predmetom zákazky a ktoré sú vhodné na opis predmetu zákazky,

b) podmienky na udelenie značky sú založené na objektívne overiteľných a nediskriminačných kritériách,

c) značka je výsledkom otvoreného, transparentného procesu, na ktorom sa môžu zúčastniť všetky zainteresované strany vrátane orgánov štátnej správy, spotrebiteľov, sociálnych partnerov, výrobcov, distribútorov a mimovládnych organizácií,

d) udelenie značky je dostupné všetkým subjektom, ktoré o jej udelenie majú záujem, a

e) podmienky na udelenie značky určila osoba, nad ktorou hospodársky subjekt, ktorý žiada o udelenie značky, nemá rozhodujúci vplyv.

z ktorého vyplýva potreba nového celosvetového rámca, ktorý vytvorí spravodlivejší a udržateľnejší systém obchodovania založený na dialógu, transparentnosti a rešpekte a ktorý sa usiluje o väčšiu rovnosť v medzinárodnom obchode a prehodnotenie politiky EÚ trvalo udržateľného rozvoja vrátane spravodlivého obchodu. Aj stanovisko Európskeho výboru regiónov – Podpora spravodlivého obchodu v Európe na miestnej a regionálnej úrovni (2015/C 260/04) v rámci politických odporúčaní konštatuje, že je potrebná stratégia EÚ v oblasti spravodlivého obchodu a navrhuje opatrenia aj v rámci prístupu celej EÚ k uvedenej problematike. Vyššie uvedené stanovisko sa venuje aj problematike verejného obstarávania, kde kladne hodnotí prínos nových smerníc v oblasti aplikácie fair trade požiadaviek. Zároveň vyzýva Európsku komisiu na vytváranie praktických usmernení v oblasti verejného obstarávania tovarov a služieb pochádzajúcich zo spravodlivého obchodu, ako aj na spoluprácu regiónov v tejto oblasti, výmenu skúseností a nápadov. Navrhuje napr. vytvorenie vedomostných centier pre verejných obstarávateľov na regionálnej úrovni s cieľom informovať ich o možnosti a praktickej použiteľnosti začleňovania kritérií udržateľnosti vo svojich zákazkách.

Na záver je potrebné uviesť, že ak to situácia umožňuje, verejní obstarávatelia by mali kritériá spravodlivého obchodu využívať pri nákupe produktov z rozvojových krajín, nakoľko spoločensky zodpovedné verejné obstarávanie v tomto prípade prispieva (aj keď len čiastočne) k vyrovňovaniu disparít v rámci globálnej ekonomiky z pohľadu diskvalifikácie producentov, ktorých výrobné postupy vedie snaha o maximalizáciu zisku bez ohľadu na sociálne a ekologické aspekty.

Príspevok by som uzatvoril výstižnou poznámkou generálnej advokátky v bode 110 stanoviska v prípade C-368/10 Európska Komisia vs Holandské kráľovstvo *„Pre verejného obstarávateľa, ktorý podľa zadávacej dokumentácie kladie dôraz na sociálne zodpovedné konanie, totiž môže byť pri zisťovaní pomeru kvality a ceny významné, či tovar, ktorý má byť dodaný, bol jeho výrobcom nakúpený za spravodlivých podmienok, alebo nie. Striktne vzaté, cukor síce nechutí inak v závislosti od toho, či pochádza zo spravodlivého alebo nespravodlivého obchodu, avšak výrobok, ktorý bol uvedený na trh za nespravodlivých podmienok, zanechá u sociálne zodpovedného zákazníka horkú pachuť.*

Autor príspevku je zamestnancom odboru legislatívno-právneho Úradu pre verejné obstarávanie.

Použitá literatúra:

1. Bouda, P. 2015a. Fair Trade a veřejné zakázky. Analýza možností přidávání fairtradových kritérií do vypisovaných veřejných zakázek. Brno: NaZemi, 2015. ISBN 978-80-905409-5-8
2. Bouda, P. 2015b. Společensky odpovědné zadávání veřejných zakázek na oděvy. Brno: NaZemi, 2015. ISBN 978-80-88150-00-8
3. Horáček, T. 2012. Fairtradové veřejné zakázky. Brno: NaZemi, 2012. ISBN 978-80-905146-6-9
4. Rozsudok Európskeho súdneho dvora z 10. mája 2012, C-368/10 – Európska komisia proti Holandskému kráľovstvu
5. Stanovisko generálnej advokátky k prípadu C-368/10
6. Stanovisko Európskeho výboru regiónov – Podpora spravodlivého obchodu v Európe na miestnej a regionálnej úrovni
7. Uznesenie Európskeho parlamentu o spravodlivom obchode a rozvoji (2005/2245(INI))
8. Uznesenie Európskeho parlamentu o EÚ a celosvetovom rozvojovom rámci na obdobie po roku 2015 (2014/2143(INI))
9. www.fairtrade.net
10. www.fairtradovamesta.cz
11. www.fairtrade-cesko.cz/#!fair-trade

(Bez)významná určovací žaloba

JUDr. Ivan Holíč

Cieľom tohto príspevku je pozastaviť sa nad inštitútom určovacej žaloby vo verejnom obstarávaní v kontexte jej normatívnej regulácie a doterajšej aplikačnej praxe. Poukazom na obe strany mince sa čitateľovi otvára priestor na zamyslenie nad (ne?)potrebnosťou osobitnej úpravy tohto inštitútu v zákone o verejnom obstarávaní a prípadné nadviazanie na myšlienky autora v nasledujúcich vydaniach.

Existenciu súdnych sporov o neplatnosť zmlúv vo verejnom obstarávaní už priamo predvídal prvotný legislatívny počin v tomto právnom odvetví¹ v ére samostatnej Slovenskej republiky. V tomto prípade išlo o strohé konštatácie, že spory z právnych úkonov vo verejnom obstarávaní rozhodujú sudy a zmluvy uzavreté v rozpore so zákonom sú neplatné. Vzhľadom na to, že s najväčšou pravdepodobnosťou by ďalší opis legislatívneho vývoja nenadchol ani zarytého fanúšika právnej histórie (zaiste radšej siahne po rímskoprávnej kazuistike) a ostatní čitatelia by nevyržali dočítať ani tento odsek, preskočíme na súčasný právny stav. V ňom budeme vychádzať ešte zo zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej ako „ZVO“), keďže z neho vychádzajú nižšie opísané prípady a nový zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z. (ďalej ako „Nový ZVO“) neprináša vo svojich § 180 a § 181 v podstate žiadne zmeny. V závislosti od statusu žalobcu a sledovaného cieľa v osobitnej úprave verejného obstarávania v ZVO existujú dve možnosti podania určovacej žaloby, a síce v zmysle § 147a a § 148a. V oboch prípadoch ide o dopĺňujúcu úpravu k § 80 písm. c) zák. č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej ako „O.s.p.“), pričom nie je nutné preukazovať naliehavý právny záujem².

V prvom prípade ide o kompetenciu Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej ako „Úrad“) spolu s prokurátorom podať v lehote jedného roka od

uzavretia zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy (ďalej spoločne ako „zmluva“) žalobu, pokiaľ verejný obstarávateľ, obstarávateľ alebo dotovaná osoba podľa § 7 ZVO uzavrie zmluvu v rozpore so ZVO. Z hľadiska aktívne legitimovaných subjektov je zrejmé, že ide o výkon dohľadu nad dodržiavaním zákonnosti, a to či ho už odvodzujeme od pôsobnosti prokuratúry³ alebo Úradu⁴. Ide teda o ochranu verejného záujmu s cieľom odstrániť protiprávny stav a obnoviť zákonnosť. Podanie určovacej žaloby tak plní predovšetkým reštitučnú funkciu, ktorá môže byť v spojitosti s vydaním predbežného opatrenia doplnená aj o preventívnu funkciu. Naopak, vzhľadom aj na ďalší postup prostredníctvom civilného súdneho konania, v ktorom úrad, resp. prokurátor sú „len“ jednou z procesných strán, nemožno tak hovoriť o sankčnom (represívnom) charaktere, resp. o jednej z foriem trestania. Tento účel v čase po uzavretí zmluvy plnia správne delikty podľa § 149 ZVO, čím podľa môjho názoru nie je vylúčené podanie určovacej žaloby a súčasné uloženie pokuty Úradom.

Tolko teórie, praktické využitie naráža na mnoho prekážok a cesta za úspechom je trnistá. Z pohľadu prokuratúry je možné dnes povedať, že ide o inštitút v klinickej smrti, keďže za celý čas jeho existencie nedošlo k podaniu žiadnej žaloby prokurátorom a navyše Generálna prokuratúra Slovenskej republiky duplicitnú pôsobnosť na podávanie takýchto žalôb v rámci pripomienok v medzirezortnom pripomienkovom konaní k návrhu Nového ZVO označila za neštandardný krok⁵.

Rezultátom napokon bolo, že v novej právnej úprave sa s predmetnou pôsobnosťou prokurátora nepočíta.

1 Pozri § 24-24a zák. č. 263/1993 Z. z. o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác v znení neskorších predpisov.

2 Nález Ústavného súdu SR vo veci III. ÚS 69/2010

3 § 3 a 4 zák. č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov

4 § 112 a 137 ZVO

5 Pozri bližšie vyhodnotenie medzirezortného pripomienkového konania k vládnomu návrhu zákona o verejnom obstarávaní predloženého Úradom dňa 22. 1. 2015 pod rezortným číslom 4048-P/2015.

V prípade Úradu k podaniu takejto žaloby došlo a v poslednom období sme sa po niekoľkoročnom maratóne dočkali dvoch právoplatných súdnych rozhodnutí, z ktorých možno utvoriť určité úsudky.

V prvom rade je potrebné povedať, že masovejšie využitie tohto inštitútu už spočiatku limituje prekluzívna jednoročná lehota na podanie žaloby a skutočnosť, že musí ísť o porušenie zákona takej intenzity, z ktorého je zrejmé, že zmluva bola uzavretá so subjektom, s ktorým uzavretá nemala byť, resp. k uzavretiu zmluvy nemalo dôjsť vôbec. Ide teda napríklad o prípady, keď došlo k nesprávnemu vyhodnoteniu podmienok účasti alebo ponúk, v dôsledku čoho bol nesprávne vylúčený určitý uchádzač (resp. ponuka), alebo naopak, úspešný uchádzač (resp. jeho ponuka) nebol vylúčený napriek tomu, že sa tak malo stať. Taktiež môže ísť o prípad, keď došlo k nesprávnemu použitiu vzorca na vyhodnotenie ponúk, a teda vytvoreniu nesprávneho poradia, alebo môže ísť o prostý prípad uzavretia zmluvy bez použitia postupu podľa ZVO, pokiaľ mal byť použitý.

Úrad sa o takýchto porušeníach ZVO dozvedá až z kontrolnej činnosti vykonávanej po uzavretí zmluvy. Mnohokrát je však kontrola vykonávaná s väčším časovým odstupom od uzavretia zmluvy, často až po uplynutí viac ako jedného roka. To však naráža na prekluzívnu lehotu podľa § 147a ZVO, v zmysle ktorej Úrad alebo prokurátor musia stihnúť podanie žaloby do jedného roka od uzavretia zmluvy. Je tak zrejmé, že musí ísť o časový, ako aj vecný prienik okolností, ku ktorému nedochádza veru často, a tak už podanie žaloby je malým úspechom. Podaním žaloby dochádza k presunu bremena na súdy, pričom zákonná úprava v tomto prípade neupravuje osobitným spôsobom vecnú a ani miestnu príslušnosť, a tak v zmysle všeobecnej zásady je vo veci príslušný konať okresný súd v sídle odporcu. Tým je verejný obstarávateľ, obstarávateľ alebo osoba podľa § 7 ZVO. Vzhľadom na to, že žalobou môžu byť napádané zmluvy uzavierané rôznorodými subjektmi, vrátane jednotiek územnej samosprávy alebo prijímateľov dotácií, vecne a miestne príslušný tak môže byť ktorýkoľvek okresný súd. Vzhľadom na to, že verejné obstarávanie je v súčasnosti aj pre právnickú verejnosť pomerne zložitou právnou oblasťou s nutnosťou neustáleho sledovania

legislatívneho vývoja, ako aj vzhľadom na slabú, resp. takmer nulovú rozhodovaciu prax všeobecných súdov v tejto oblasti, zastávam názor, že takéto riešenie nemožno považovať za najšťastnejšie. Raritnosť takýchto súdnych sporov v kombinácii s nápadom inej rozhodovacej agendy z objektívneho hľadiska nemôže zakladať ochotu sudcov špecializovať sa, resp. aspoň hlbkovo študovať túto problematiku⁶. Každá takáto snaha ide následne na úkor dĺžky rozhodovacieho procesu. Spomínané, nedávno právoplatne ukončené súdne spory trvali cca osem a sedem rokov.

Prvým sporom, ktorému bola venovaná aj určitá mediálna pozornosť, bol spor o neplatnosť zmluvy na prevádzku Vodnej elektrárne Gabčíkovo, pričom žaloba bola na Okresný súd Bratislava II podaná v roku 2007 a prvostupňový súd vo veci rozhodol v roku 2013 tak, že žalobu zamietal⁷. Následne odvolací súd 9. 3. 2015 vydal zmeňujúci rozsudok, čoho výsledkom bolo vyhlásenie neplatnosti zmluvy uzavretej na dobu 30 rokov.

Druhé súdne konanie sa týkalo žaloby o neplatnosť rámcovej dohody týkajúcej sa zabezpečenia účasti Slovenskej republiky na zahraničných výstavách cestovného ruchu. Žaloba bola v roku 2008 podaná na Okresnom súde Banská Bystrica, pričom súd svojím prvým rozhodnutím žalobu zamietol z titulu nepreukázania naliehavého právneho záujmu. V podanom odvolaní bolo poukázané na osobitosti úpravy podľa ZVO, ktorá preukazovanie naliehavého právneho záujmu nepredpisuje, a zároveň Úrad argumentoval, že subsidiárnym použitím O.s.p. by došlo k popretiu zmyslu tohto inštitútu. Úrad by z hľadiska svojho postavenia sotva naliehavý právny záujem dokázal preukázať (azda s výnimkou prípadu, keď by bol sám zmluvnou stranou žalovanej zmluvy :D). Za predpokladu, že by Úrad naliehavý právny záujem dokázal preukázať, osobitná úprava s prekluzívnou lehotou podľa ZVO by bola zbytočná, keďže po uplynutí tejto lehoty by bolo možné podať žalobu podľa všeobecnej úpravy. Na podporu svojich tvrdení Úrad poukázal aj na už citovaný Nález Ústavného súdu SR. Krajský súd v Banskej Bystrici takejto argumentácii prisvedčil, napadnutý rozsudok zrušil a vec vrátil prvostupňovému súdu na opätovné konanie.

6 O špecializácii sudcov na verejné obstarávanie tak v podmienkach Slovenskej republiky možno hovoriť nanajvýš v prípade sudcov správnych senátov na Krajskom súde v Bratislave (ako súdu príslušného na preskúmavanie súdov úradu) a následne správnych senátov na Najvyššom súde SR

7 24Cb/50/2007 z 19. 11. 2013.

Súd sa tak musel zaoberať vecným hľadiskom, pričom jednoduchosti veci nepridalo ani postavenie jednotlivých účastníkov konania. Úrad ako žalobcu v konaní v pozícii vedľajšieho účastníka konania podporoval iný ústredný orgán štátnej správy, zatiaľ čo na strane žalovaných stáli 1/ verejný obstarávateľ – organizácia podriadená vedľajšiemu účastníkovi na strane žalobcu a 2/ správca konkurznej podstaty konajúci za dodávateľa (úspešného uchádzača) podporený vedľajším účastníkom – jeho veriteľom. Uvedené vyplynulo zo skutočnosti, že v priebehu plnenia došlo zo strany objednávateľa (verejného obstarávateľa, resp. žalovaného v I. rade) k odstúpeniu od zmluvy a následne sa dodávateľ (žalovaný v II. rade) dostal do úpadku a bol na neho vyhlásený konkurz. Po niekoľkých pojednávaniach, ktorých súčasťou boli aj svedecké výpovede, ako aj po viacerých písomných vyjadreniach účastníkov konania, okresný súd rozsudkom vyhlásil žalovanú rámcovú dohodu za neplatnú⁸. Neplatnosti rámcovej dohody následne prisvedčil aj Krajský súd v Banskej Bystrici v odvolacom konaní, keď prvostupňový rozsudok potvrdil⁹.

Pre úplnosť treba dodať, že z odstúpenia od zmluvy vyplynul ešte jeden súdny spor, ktorý sa týka nárokov dodávateľa (žalovaného v II. rade) za plnenia vyplývajúce z rámcovej dohody. Toto konanie, ktorého úrad nie je účastníkom, bolo prerušené, nakoľko spor vo veci určovacej žaloby mal povahu predbežnej otázky, schopnej zásadným spôsobom ovplyvniť ďalšie smerovanie konania. Určením neplatnosti sa tak vytvára priestor na priznanie náhrady len za plnenie vyplývajúce z bezdôvodného obohatenia na základe neplatného právneho úkonu a zatvárajú sa dvere na priznanie prípadného nároku na náhradu škody, resp. ušlého zisku vyplývajúceho z neuskutočnených plnení.

Úrad je v súčasnosti žalobcom aj v ďalšom spore, no vzhľadom na to, že ide o prebiehajúce konanie, v ktorom bolo doposiaľ vykonaných iba pár procesných úkonov, bolo by predčasné sa vecou podrobnejšie zaoberať v tomto článku. Je predsa potrebné ponechať si mediálny priestor aj do ďalších čísel, pričom je možné predpokladať, že aj tento prípad bude pre čitateľa zaujímavý tak zo skutkovej, ako aj z procesnej stránky.

Uvedeným bol načrtnutý najvýraznejší nepriateľ pri dosahovaní účelu určovacej žaloby, a síce zub času. V prípade, že nedôjde k vydaniu predbežného opatrenia zo strany súdu (napr. z dôvodu nadradeného verejného záujmu), je viac ako pravdepodobné, že do právoplatného skončenia veci dôjde k splneniu celého záväzku, vrátane rámcových dohôd. V prípade vyslovenia neplatnosti zmluvy tak dodávateľovi vzniká nárok na vydanie bezdôvodného obohatenia, čo v prípade služieb alebo stavebných prác v zásade znamená poskytnutie peňažnej náhrady (pozri § 458 zák. č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov). Tým sa stáva vlk sýтым, aj ovca celou, keďže predmet zmluvy je splnený a dodávateľ za to de facto dostane zaplatené. Vzhľadom na to, že podanie žaloby zo strany druhého uchádzača o náhradu škody, resp. ušlého zisku je viac utópiou, jedinou sankciou pre verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa ostáva uloženie pokuty zo strany Úradu vo výške 5 % zmluvnej ceny za niektorý zo správnych deliktov podľa § 149 ods. 1 ZVO, k čomu však prirodzene možno pristúpiť aj bez podania určovacej žaloby.

Podanie tohto typu určovacej žaloby tak v súčasnosti má význam len v obmedzených prípadoch, a síce 1/ keď je zmluva uzatvorená na obdobie dlhšie, ako je dĺžka trvania súdneho sporu (pozri prvý popísaný prípad), 2/v prípade vydania predbežného opatrenia zo strany súdu, na základe ktorého sú zmluvné strany povinné zdržať sa ďalšieho zmluvného plnenia, a napokon 3/ v prípade, keď počas súdneho sporu nedôjde k splneniu záväzku z iného dôvodu, ako je napr. strata záujmu jednej zo zmluvných strán, ako to bolo v druhom popísanom prípade.

Druhým typom určovacej žaloby je žaloba podávaná podľa § 148a ZVO. V tomto prípade ide o transpozíciu revízných smerníc¹⁰. a aktívne legitimovaným subjektom je uchádzač, záujemca alebo osoba, ktorá mohla mať záujem o získanie konkrétnej nadlimitnej zákazky a ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa (ďalej ako „oprávnená osoba“). Celkom logicky, na strane žalovaných stoja zmluvné strany, čiže verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ (nie však prijímateľ dotácie podľa § 7 ZVO) spolu

8 63Cb/102/2008 z 23. 4. 2014

9 41Cob/498/2014 z 30. 9. 2015

10 Čl. 2d smernice Rady 89/665/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác a čl. 2d smernice Rady 92/13/EHS ktorou sa koordinujú zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia o uplatňovaní právnych predpisov spoločenstva, o postupoch verejného obstarávania subjektov pôsobiach vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore.

s dodávateľom. Súd tak v určitom rozmere supluje Úrad a dostáva sa v podstate do pozície kontrolného orgánu vo verejnom obstarávaní a autonómne posudzuje priebeh zadávania zákazky. Na rozdiel od prvého prípadu súd nedostáva žalobu od nezávislého a nestranného dohľadového orgánu, ktorý je vo verejnom obstarávaní navyše ústredným orgánom štátnej správy, ale v podstate rieši obchodnoprávny spor. Situácia nakoniec však pre súd nie je taká zložitá, pretože v prípade tohto typu žaloby rozhodne o neplatnosti len v troch možných situáciách, a síce keď 1/ zmluva bola uzavretá bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenia použitého ako výzva na súťaž, oznámenia o koncesii alebo oznámenia o vyhlásení súťaže návrhov, 2/ zmluva bola uzavretá bez dodržania odkladnej lehoty na jej uzavretie podľa § 45 ZVO a napokon keď 3/ verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nepredloží súdu dokumentáciu z verejného obstarávania ako zásadný dôkazový materiál. Navyše aby sa naplnila druhá možnosť v zmysle predošlej vety, musí ísť o zmarenie možnosti pre oprávnenú osobu dovoľávať sa revízných postupov a zároveň musí ísť o také porušenie zákona, ktorým bola ovplyvnená možnosť oprávnenej osoby získať zákazku. Dôvody na určenie neplatnosti tak majú predstavovať možnosť vykonania nápravy v prípadoch absencie základnej publicity verejného obstarávania, keď verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ vôbec nedá trhu vedieť o svojom nákupe, resp. v prípade, pokiaľ poruší zákon vo vzťahu k oprávnenej osobe (napr. ju alebo jej ponuku neoprávnene vylúči) a následne okamžite uzavrie zmluvu, čím nedovolí oprávnenej osobe podať námietky. V oboch prípadoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ hrubým spôsobom potláča spravodlivú hospodárku súťaže, a to vo forme netransparentnosti, resp. diskriminácie. Z uvedeného je ďalej zrejmé, že cieľom tejto žaloby nie je tak ochrana verejného záujmu, ale individuálnych záujmov určitého hospodárskeho subjektu na získaní zákazky.

Načrtnutý dôraz na individuálnu ochranu oprávnenej osoby, samozrejme, nie je neobmedzený a naráža jednak na prekluzívnu lehotu, ktorá je buď 30-dňová, alebo šesťmesačná a taktiež aj na možnú neproporčnosť voči verejnému záujmu. V prípade, že by vyhlásením neplatnosti závažne utrpel verejný záujem, napr. by v dôsledku ukončenia poskytovania určitej služby do jej nového obstarania mohlo dôjsť k vážnemu ohrozeniu zdravia, majetku alebo

bezpečnosti obyvateľstva, súd ponechá zmluvu platnú. V takom prípade je však Úrad povinný uložiť verejnému obstarávateľovi pokutu vo výške 5 % za správny delikt podľa zákona a taktiež nie je dotknuté právo oprávnenej osoby na náhradu škody.

V súvislosti s uvedeným sa vynára otázka, či je na ochranu individuálnych záujmov potrebná osobitná právna úprava v ZVO a nepokrýva ju všeobecná civilná sporová agenda, napr. prostredníctvom podania žaloby o náhradu škody alebo všeobecnej určovacej žaloby podľa § 80 písm. c) O.s.p., a teda či cieľ sledovaný revíznou smernicou nie je dosiahnutý už všeobecnými civilnými právnymi predpismi. Predovšetkým v prvom prípade by zjavne bol problém s preukázaním priameho vplyvu neuverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania na zmarenie získania zákazky oprávnenou osobou. Inak povedané, asi by sa ťažko oprávnenej osobe preukazovalo, že v prípade zverejnenia takého oznámenia by zákazku určite získal. Tým by celkom zrejme nebola splnená požiadavka príčinnej súvislosti v rámci preukazovania nároku oprávnenej osoby na náhradu škody, resp. naliehavého právneho záujmu. Na naplnenie cieľa smernice je tak minimálne z tohto dôvodu osobitná právna úprava potrebná. Okrem toho, osobitná právna úprava zakotvujúca priamu súvislosť medzi porušením zákona a neplatnosťou zmluvy môže mať aj preventívny účinok, keďže zmluvné strany môžu predvídať, že v takých prípadoch súd určite ich zmluvu vyhlási za neplatnú.

Čo sa týka vzťahu medzi touto žalobou a všeobecnou určovacou žalobou podľa § 80 písm. c) O.s.p., aj v tomto prípade ide o vzťah komplementarity a všeobecná žaloba prirodzene môže pripadať do úvahy v prípadoch nepokrytých touto žalobou, ako sú napr. podlimitné zákazky alebo podlimitné koncesie.

Z hľadiska pozície Úradu, aj keď nie je účastníkom konania, neostáva však opomenutý, nakoľko žalobca je povinný oznamovať podanie žaloby Úradu a takisto súd je povinný Úradu doručiť právoplatné rozhodnutie. Taktiež možno predpokladať účasť Úradu aj v konaní, a to v rámci dokazovania, keď jedným z dôkazov môžu byť práve zistenia z jeho kontrolnej činnosti. Z pozície Úradu však možno povedať aj to, že dodnes Úradu bola zo strany právneho zástupcu žalobcu doručená až jedna takáto žaloba. To môže svedčiť o nasledujúcich možnostiach, a síce, že si žalobca a súd neplnia svoje

povinnosti, nedochádza k takým fatálnym porušeniam ZVO s poškodením konkrétneho hospodárskeho subjektu, neplatnosť zmlúv uzavretých vo verejnom obstarávaní sa rieši v rámci iných súdnych sporov alebo jednoducho nemo iudex sine actore, t. j. nik také žaloby nepodáva. V neposlednom rade však odstrašujúcim faktorom môže byť drakonická výška súdneho poplatku, ktorá je v tomto prípade 15 000,- eur, resp. 100 000,- eur pri zákazkách na stavebné práce alebo koncesiách.

Mimochodom, vedeli ste, že podľa § 14b ods. 1 zákona č. 371/2004 Z. z. je na prvom stupni príslušný Okresný súd Malacky?

Resumé

Z uvedeného je zrejmé, že osobitná určovacia žaloba vo verejnom obstarávaní je z hľadiska jej výskytu veľmi vzácnym druhom, pričom v prvom prípade sa najmä z hľadiska pohybových schopností podobá slimákovi. V druhom prípade je možné prirovnať ju skôr k Halleyho komete. Rozhodne by som však tento inštitút ako taký v ZVO neoznačil za úplne obsolétny (iba tak polovične) a nenechal ho úplne vyhynúť.

V prípade žalôb podávaných úradom sa ukázala jeho životaschopnosť, keď žalobu podanú Úradom aj po niekoľkoročnom maratóne nepostihol Feidippidov osud. Naopak, výsledky sporov aj s časovým odstupom majú reálny dosah na verejný záujem a môžu ušetriť nemalé finančné prostriedky. Práve na tomto je potrebné ďalej stavať a brať to ako povzbudenie. V žiadnom prípade však súčasný stav nie je uspokojujúci a rezervy možno badať v každom ohľade.

V prvom rade je potrebné celý proces zdynamizovať u nás na Úrade a zaoberať sa touto možnosťou v súvislosti s každou kontrolou, v ktorej sú identifikované porušenia zákona so zásadným vplyvom na výsledok verejného obstarávania a neuplynula ešte jednoročná prekluzívna lehota na podanie žaloby.

Z hľadiska legislatívy je vhodné zamyslieť sa nad predĺžením tejto lehoty, napr. na dva roky, nakoľko sa ukázala ako významne limitujúci faktor z dôvodu častého výkonu kontrol zákaziek so zmluvami uzavretými pred viac ako jedným rokom.

Opodstatnenosť týchto žalôb je totiž zrejma práve v dlhotrvajúcich záväzkoch, ako sú rámcové dohody alebo ako bol prípad Vodnej elektrárne Gabčíkovo. V krátkodobých záväzkových vzťahoch je podanie tejto žaloby z hľadiska verejného záujmu len

akademickým sporom s jediným významom pre možné nároky na náhradu škody pre prípadných neúspešných uchádzačov, ktorí si však svoje práva podľa môjho názoru majú brániť svojou cestou. Z pohľadu takýchto záväzkov je tak jedno, či je prekluzívna lehota jedno alebo dvojročná, pretože aj tak zaniknú počas nej alebo počas súdneho sporu. Práve tie dlhotrvajúce záväzky by sme predĺžením (alebo vypustením?) prekluzívnej lehoty vedeli lepšie pokryť.

Rezervy taktiež existujú aj na strane súdneho konania, ktoré trvá neprimerane dlho. Pevne verím, že aj do týchto sporov sa prenesú očakávané pozitíva nových súdnych kódexov. Situáciu v dokazovaní by mala zjednodušovať predpokladaná kvalifikovaná úroveň žaloby podporenej protokolom z výsledku kontroly, ako aj to, že súd má k dispozícii dokumentáciu z verejného obstarávania, ktorá by mala podrobne zachytávať všetky úkony verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa v postupe zadávania zákazky. Vzhľadom na nie veľký nápad činnosti, ktorý možno očakávať aj pri odstránení už opísaných rizikových faktorov, za zváženie stojí aj určenie osobitne vecne a miestne príslušného súdu, ktorý by sa tak mohol špecializovať. Práve v tomto prípade sa mi zdá určenie osobitnej príslušnosti vhodnejšie ako v prípade žalôb podľa § 148a ZVO, kde sa rieši výlučne súkromnoprávny spor. Situáciu navyše zvyrazňuje skutočnosť, že táto žaloba sa zjavne neteší skoro žiadnej popularite. Ako som už spomenul vyššie, príčiny toho môžu byť rôzne a z pozície Úradu ich momentálne nie je možné hlbšie analyzovať. Čo však vieme je to, že súdny poplatok je vysoký a zjavne by ho bolo vhodné znížiť, ako aj to, že legislatívna úprava môže pôsobiť preventívne a že si ňou plníme transpozičnú povinnosť.

V nadväznosti na úvahy de lege ferenda sa logicky ešte čitateľ môže opýtať, prečo situáciu s určovacími žalobami nemal ambíciu vylepšiť Nový ZVO. Na to je možné odpovedať, že situácia na druhej strane nie je taká páľivá a v čase prípravy zákona bolo treba v prvom rade energiu venovať na dobré transponovanie novej európskej legislatívy a odstránenie zásadnejších chýb súčasnej legislatívy.

V súvislosti so stanoveným cieľom tohto článku pevne verím, že prispel čitateľovi k dotvoreniu jeho názoru na danú problematiku a prípadne ho podnieti k prípadnej reakcii v niektorom z budúcich vydaní, za čo budem bezpochyby vďačný.

Autor je zamestnancom odboru legislatívno-právneho Úradu pre verejné obstarávanie.

Nový dohľad

Aké zmeny prináša nový zákon o verejnom obstarávaní?

1. časť

Mgr. Zuzana Krajčovičová

Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „nový ZVO“) prináša viacero zmien aj v oblasti dohľadu vykonávaného Úradom pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“). Aké najvýznamnejšie novinky táto nová právna úprava prináša?

Ž iadosť o nápravu

Najprv pár slov o žiadosti o nápravu (§ 164 a 165). V skratke možno povedať, že táto neprešla žiadnou radikálnou zmenou. Naďalej sa podáva len **proti**:

a) **oznámeniu o zámere** uzavrieť zmluvu alebo koncesnú zmluvu,

b) **podmienkam uvedeným v oznámení, prostredníctvom ktorého sa vyhlasuje verejné obstarávanie** (oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž, oznámenie o koncesii, oznámenie o vyhlásení súťaže návrhov),

c) **podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk pri podlimitnej zákazke**, ako aj

d) **podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch**, v koncesnej dokumentácii, v súťažných podmienkach alebo v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 8 (ďalej len „kontrolovaný“) v lehote na predkladanie ponúk alebo návrhov.

Naďalej teda platí, že v prípade, ak žiadateľ (okruh subjektov oprávnených podať žiadosť o nápravu zostáva nezmenený, t. j. uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 7) mieni napadnúť nejaký iný postup, resp. úkon kontrolovaného, ako je uvedené v písm. a) až d), napr. výber záujemcov, vylúčenie, vyhodnotenie ponúk, nepodáva žiadosť o nápravu kontrolovanému, ale námietky (§ 170), a to

kontrolovanému a úradu.

Zachovaná zostáva aj lehota na doručenie žiadosti kontrolovanému, ale s tým rozdielom, že žiadosť o nápravu podľa písm. d) musí byť doručená **najneskôr do 10 dní odo dňa uplynutia lehoty na predkladanie ponúk alebo návrhov**. Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy tiež nový ZVO ustanovuje, že žiadosť sa podáva **v listinnej podobe, faxom alebo v elektronickej podobe**. Vzhľadom na to, že ZVO neustanovuje podrobnosti ohľadom elektronickej podoby, možno mať za to, že žiadosť o nápravu možno doručiť aj e-mailom [t. j. postačuje žiadosť o nápravu napísať, vytlačiť, vlastnoručne podpísať, naskenovať a poslať e-mailom kontrolovanému; samozrejme, pri odosielaní pošty e-mailom sa odosielateľ vystavuje riziku, že neexistuje dôkaz o jej doručení, a teda adresát môže poprieť doručenie žiadosti].¹

Oznamovacie povinnosti kontrolovaného voči úradu

Vzhľadom na to, že v novom ZVO zostáva zachovaný tzv. **dvojobáľkový systém predkladania ponúk**², kontrolovaný je naďalej povinný oznamovať úradu určité štádiá postupu zadávania zákazky a skutočnosti relevantné pre začatie výkonu dohľadu úradom na základe námietok (§ 166). Povinné posielanie týchto informácií úradu je však významne zredukované (namiesto piatich zasielaných informácií podľa § 136 ods. 9 zákona č. 25/2006 Z. z. sa budú úradu zasielať **len tri informácie**), a to informácia o tom, že:

a) bolo všetkým uchádzačom, záujemcom a účastníkom, ktorí boli vylúčení pred otváraním

¹ Bod 45 rozhodnutia rady úradu o odvolaní č. 8561-9000/2015-KR/18 zo 6. 8. 2015.

² Výnimku z povinného „dvojobáľkového“ systému predkladania ponúk ustanovuje § 49 ods. 6 nového ZVO, z ktorého vyplýva, že ponuka sa pri nadlimitných zákazkách nemusí predkladať „dvojobáľkovo“ vtedy, ak kontrolovaný použil tzv. reverznú verejnú súťaž podľa § 66 ods. 7, dynamický nákupný systém alebo ak sa ponuky predkladajú vo forme elektronických katalógov.

časť ponúk označených ako „Kritériá“, doručené oznámenie o ich vylúčení, s uvedením dátumu doručenia oznámenia o vylúčení poslednému vylúčenému uchádzačovi, záujemcovi alebo účastníkovi, alternatívne

b) **nedošlo k vylúčeniu** žiadneho uchádzača, záujemcu alebo účastníka **pred otvorením častí ponúk označených ako „Kritériá“, a**

c) bolo všetkým uchádzačom a účastníkom, ktorých ponuky alebo návrhy sa vyhodnocovali, **doručené oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov**, s uvedením dátumu doručenia oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov poslednému uchádzačovi alebo účastníkovi, ktorého ponuka alebo návrh sa vyhodnocoval.

Aj v **dvoj- a viackolových postupoch** zadávania zákazky (užšia súťaž, rokovacie konanie so zverejnením, súťažný dialóg, inovatívne partnerstvo) sa teda predmetná informácia bude posilať úradu až po otvorení častí ponúk označených ako „Ostatné“ a po vykonaní všetkých úkonov spojených s vyhodnotením častí ponúk označených ako „Ostatné“, teda **nie už po vyhodnotení žiadostí o účasť** v týchto postupoch.

Lehota na zaslanie predmetnej informácie úradu sa nemení (do troch pracovných dní odo dňa, keď sa kontrolovaný o tejto skutočnosti dozvedel). Po novom sa však táto povinnosť vzťahuje na všetky podlimitné zákazky realizované postupom bez využitia e-trhoviska, nielen na tie, ktoré dosahujú určitú hodnotu.³

Potešiteľnou pre verejných obstarávateľov a obstarávateľov je nová úprava sankcií za porušenie týchto oznamovacích povinností. Táto je v prvom rade postavená na princípe ukladania pokuty len v tých prípadoch, keď boli úradu pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody **doručené námietky** (tento princíp v zákone č. 25/2006 Z. z. zohľadnený nebol) a tiež na princípe zníženia sadzby pokuty pre prípady, ak ešte nedošlo k uzavretiu zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody. V prípadoch, keď verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ zmluvu, koncesnú zmluvu alebo

rámcovú dohodu už uzavrel, sa výška pokuty vzhľadom na závažnosť tohto porušenia zákona nemení.

Podľa novej právnej úpravy tak úrad v prípade porušenia niektorej z týchto oznamovacích povinností bude ukladať pokutu vo výške:

- 2 % zmluvnej ceny, ak došlo k uzavretiu zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody a **úradu boli pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody doručené námietky**, resp.
- **1 000 eur** za každých začatých 15 pracovných dní omeškania so splnením povinnosti, **najviac však 12 000 eur**, ak nedošlo k uzavretiu zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody a **úradu boli doručené námietky**.⁴

Na tomto mieste však stojí za zmienku, že nové sankcie, ako aj celá nová právna úprava dohľadu, sa bude vzťahovať len na tie postupy zadávania zákaziek, ktoré budú vyhlásené, resp. preukázateľne začaté počnúc 18. 4. 2016. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia by preto v postupoch vyhlásených, resp. začatých pred týmto dátumom nemali poľaviť v ostražitosti v súvislosti s posielaním týchto informácií.

Ex ante posúdenie

Inštitút ex ante kontroly, známy už z doterajšej právnej úpravy, je obsiahnutý aj v novom ZVO, konkrétne v § 168 pod názvom ex ante posúdenie, pričom naďalej platí, že úrad v rámci tohto posúdenia dokumentov⁵ pred vyhlásením alebo začatím verejného obstarávania neskúma opis predmetu zákazky, jeho technické špecifikácie, výkonnostné a funkčné požiadavky, charakteristiky a odborné požiadavky. Novinkou však je, že o toto ex ante posúdenie dokumentov môže úrad požiadať **nielen verejný obstarávateľ, ale už aj obstarávateľ a osoba podľa § 8**, v súvislosti s nadlimitnou zákazkou alebo nadlimitnou koncesiou, úplne alebo sčasti financovanou z prostriedkov Európskej únie. Otvára sa tým priestor pre subjekty, ktoré nie sú verejným obstarávateľom, keďže nenapĺňajú znaky podľa definície uvedenej v § 7 nového ZVO, a teda

³ Podľa zák. č. 25/2006 Z. z. sa táto povinnosť vzťahovala len na podlimitné zákazky zadávané postupom bez využitia e-trhoviska, ktorých predpokladaná hodnota je rovná alebo nižšia než 40 000 eur, ak ide o dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, a 200 000 eur, ak ide o uskutočnenie stavebných prác.

⁴ Podľa predchádzajúcej právnej úpravy úrad v prípadoch, keď nedošlo k uzavretiu zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ukladal pokutu vo výške 20 000 eur za každých začatých 15 pracovných dní omeškania, pričom výška pokuty nie je ohraničená žiadnym stropom (§ 149 ods. 1 písm. l) zák. č. 25/2006 Z. z.).

⁵ Predmetom ex ante posúdenia sú dokumenty, proti ktorým možno uplatniť žiadosť o nápravu uvedenú pod písm. a) až d) v úvode tohto článku.

neuplatňujú pravidlá a postupy verejného obstarávania na každodennej báze, avšak z titulu poskytnutia finančných prostriedkov na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb zo strany verejného obstarávateľa (napr. prostriedkov z fondov Európskej únie) nadobudli povinnosť aplikovať nový ZVO, dať si návrhy predmetných dokumentov posúdiť úradom v štádiu ich prípravy a vyhnúť sa tým neskorším možným komplikáciám. Totiž v prípade, ak úrad v neskoršom štádiu, t. j. po vyhlásení verejného obstarávania, zistí, že pri príprave predmetných dokumentov došlo k porušeniu zákona, ktoré mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, je oprávnený pristúpiť k rozhodnutiu, ktorým nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo koncesie.

O ex ante posúdenie však nemožno požiadať v súvislosti s podlimitnou zákazkou alebo podlimitnou koncesiou.

Všetky oznámenia o výsledku ex ante posúdenia bude úrad **zverejňovať** na svojej webovej stránke, spolu s dokumentmi predloženými kontrolovaným, na základe ktorých úrad oznámenie vypracoval, a v prípade, ak bude úrad v oznámení konštatovať nesúlad kontrolovaným predloženého dokumentu so zákonom, aj s odôvodnením tohto konštatovania. Predmetné oznámenia úradu tak budú môcť slúžiť ako inšpirácia aj pre ďalšie subjekty pri príprave obdobných procesov verejného obstarávania.

Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného

Ak si hneď na úvod kladieme otázku, čo si je vlastne potrebné pod týmto všeobecne znejúcim názvom, ktorý je v zákone o verejnom obstarávaní použitý po prvýkrát, predstaviť, najjednoduchšia možná odpoveď je – to, čo v zákone o verejnom obstarávaní máme už dnes, resp. sme mali, či už v blízkej, alebo vzdialenejšej minulosti.

Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného totiž **pokrýva dnešné konanie o námietkach, ako aj výkon kontroly pred aj po uzavretí zmluvy**, pričom je postavené na týchto základných postulátoch:

- **zjednotenie procesného postupu úradu** pri výkone dohľadu bez ohľadu na to, aký podnet je

iniciátorom konania úradu (námietky, podnet na výkon kontroly) a bez ohľadu na časový aspekt začatia tohto konania (pred uzavretím zmluvy, po uzavretí zmluvy, ktorá je výsledkom verejného obstarávania),

- **vydávanie jednotného výstupu – rozhodnutia** úradu obsahujúceho výrok, odôvodnenie a poučenie,
- **možnosť odvolania sa** proti každému meritórnemu rozhodnutiu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného,
- konštatovanie len tých **porušení** zákona, ktoré mali alebo mohli mať **vplyv na výsledok** verejného obstarávania,
- možnosť **spojiť na spoločné konanie** konania začaté na základe rôznych podnetov (napr. viacerých námietok, námietok a podnetov), ak sa týkajú toho istého verejného obstarávania.

Jednotlivými detailmi konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného sa budeme zaoberať v nasledujúcom čísle UVO revue.

Autorka je riaditeľkou kancelárie rady Úradu pre verejné obstarávanie.



Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok ako správne konanie sui generis

JUDr. Štefan Halický
Mgr. Michal Urban
JUDr. Milan Hodás, PhD.

Nový zákon o verejnom obstarávaní prináša mnohé vecné i terminologické zmeny. Príkladom terminologickej zmeny je konanie o námietkach, ktoré sa v novej právnej úprave verejného obstarávania označuje ako „konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok“. Na základe skúseností s aplikáciou pôvodnej právnej úpravy boli navrhnuté i vecné zmeny konania o námietkach. Motiváciou a cieľom novej právnej úpravy je zefektívnenie tohto revízného postupu. Všeobecne možno konštatovať, že aj nové konanie o námietkach, teda konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, si zachováva charakteristické odlišnosti od správneho konania prebiehajúceho výlučne podľa Správneho poriadku. Autori sa komparáciou konania o preskúmaní úkonov kontrolovaného na základe námietok s „tradičným“ správnym konaním v článku snažia priblížiť kľúčové – charakteristické črty tohto konania.

Osemnásť apríl tohto roku je spojený s nadobudnutím účinnosti nového zákona o verejnom obstarávaní, zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj ako „zákon o verejnom obstarávaní“ alebo „ZVO“). Súčasťou tejto právnej úpravy sú aj revízne postupy, medzi ktoré patrí aj konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok. Toto konanie bude aj podľa novej právnej úpravy verejného obstarávania vykazovať špecifické odlišnosti od „tradičného“ správneho konania.

Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadávaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva je v novoprijatom zákone o verejnom obstarávaní upravené v štvrtej hlave, konkrétne v § 169 až § 176. V závislosti od toho, na základe akého podnetu sa toto konanie začína, je možné rozlišovať 4 druhy konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, a to konanie začaté:

a) z vlastného podnetu úradu,

b) na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie,

c) na základe podnetu úradu vlády alebo

d) na základe námietok.

Už názov tohto článku prezrádza, že stručným priblížením odlišností od „tradičného“ správneho konania sa budeme zaoberať len v prípade posledného menovaného spôsobu začatia konania, ktoré bolo v doteraz účinnom zákone o verejnom obstarávaní¹ nazvané ako konanie o námietkach.

Špecifickosť konania o preskúmaní úkonov kontrolovaného na základe námietok (na zjednodušenie budeme ďalej používať aj jeho pôvodné označenie „konanie o námietkach“) sa prejavuje predovšetkým v podrobnej osobitnej právnej úprave, ktorá sa charakteristicky odlišuje od typického správneho konania prebiehajúceho podľa Správneho poriadku, teda zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „Správny poriadok“).

Na vyriešenie otázky vzťahu Správneho poriadku a právnej úpravy „konania o námietkach“ je potrebné poukázať na ustanovenie § 185 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré odkazuje na

1 Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

použitie všeobecného predpisu o správnom konaní, t. j. Správneho poriadku, no len za predpokladu, ak zákon o verejnom obstarávaní neustanovuje inak. Predmetné ustanovenie zároveň taxatívne vymenúva tie ustanovenia Správneho poriadku, ktoré sa v konaní nepoužívajú. Je teda zrejmé, že zákon o verejnom obstarávaní možno, v prípade právnej úpravy konania o námietkach, definovať vo vzťahu k Správnemu poriadku ako *lex specialis*, teda zákon predstavujúci špecifickú, osobitnú právnu úpravu. Ide o § 14, § 18, § 19, § 23, § 28 až 30, § 32 ods. 1., § 36, § 49, § 50, § 60, § 71 až 80 Správneho poriadku.

Začatie konania

Charakteristické špecifiká, na základe ktorých je možné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok považovať, vo vzťahu k správemu konaniu, za konanie *sui generis*, možno vidieť už pri samotnom spôsobe začatia tohto konania.

Správny poriadok rozoznáva dva možné spôsoby začatia správneho konania, a to buď:

- a) na návrh účastníka (ktorý sa riadi dispozičnou zásadou) alebo
- b) na podnet správneho orgánu (ktorý sa riadi zásadou oficiality).

Konanie je podľa Správneho poriadku začaté dňom, keď podanie účastníka konania došlo správemu orgánu príslušnému vo veci rozhodnúť. Pokiaľ sa konanie začína na podnet správneho orgánu, je konanie začaté dňom, keď tento orgán urobil voči účastníkovi konania prvý úkon.³

Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok „nevyužíva“ ani jeden z uvedených spôsobov začatia konania. Jeho začatie je totiž naviazané na splnenie povinnosti, ktorú má verejný obstarávateľ/obstarávateľ/osoba podľa § 8 ZVO (ďalej v texte aj len ako „kontrolovaný“) voči Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej v texte ako „úrad“), a to konkrétne zaslanie jednej z informácií, uvedenej v § 166 ods. 1 ZVO pod písmenami a) až c)⁴.

Paragraf 166 ods. 1 ZVO obsahuje pravidlo, podľa ktorého, ak ide o zákazku alebo koncesiu, pri ktorej možno podať námietky a ponuky sa predkladajú podľa § 49 ods. 5 (dvojobáľkový systém), verejný obstarávateľ, obstarávateľ a osoba podľa § 8 ZVO sú povinní zaslať úradu do troch pracovných dní odo dňa, keď sa o tejto skutočnosti dozvedia, písomnú informáciu o tom, že:

- a) bolo všetkým uchádzačom, záujemcom a účastníkom, ktorí boli vylúčení pred otváraním častí ponúk označených ako „Kritériá“, doručené oznámenie o ich vylúčení, s uvedením dátumu doručenia oznámenia o vylúčení poslednému vylúčenému uchádzačovi, záujemcovi alebo účastníkovi,
- b) nedošlo k vylúčeniu žiadneho uchádzača, záujemcu alebo účastníka pred otváraním častí ponúk označených ako „Kritériá“,
- c) bolo všetkým uchádzačom a účastníkom, ktorých ponuky alebo návrhy sa vyhodnocovali, doručené oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov, s uvedením dátumu doručenia oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov poslednému uchádzačovi alebo účastníkovi, ktorého ponuka alebo návrh sa vyhodnocoval.⁵

Práve od doručenia jednej z týchto informácií sa odvíja začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, pričom z ustanovenia § 171 ods. 3 ZVO vyplýva, že konanie sa začne jedenásty deň odo dňa doručenia príslušnej informácie.⁶ Úrad má povinnosť zverejniť informáciu o začatí konania vo Vestníku verejného obstarávania⁷ najneskôr do troch pracovných dní odo dňa začatia konania. S cieľom čo najlepšej informovanosti účastníkov konania okrem zverejnenia vo vestníku úrad začatie konania zverejňuje na svojom webovom sídle aj v časti „Legislatíva/Metodika/Dohľad“.⁸

V súvislosti so začatím konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok však na úplnosť treba dodať, že novoprijatý zákon

2 Ide o § 14, § 18, § 19, § 23, § 28 až 30, § 32 ods. 1., § 36, § 49, § 50, § 60, § 71 až 80 Správneho poriadku.

3 Pozri § 18 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (Správny poriadok) v znení zákona č. 527/2003 Z. z..

4 V zákone č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov bola táto povinnosť zakotvená v § 136 ods. 9.

5 V porovnaní s pôvodnou právnou úpravou došlo k zjednodušeniu tejto informačnej povinnosti z pôvodných piatich možných informácií na tri.

6 Kontrolovaný má povinnosť zaslať príslušnú informáciu do troch pracovných dní odo dňa, keď sa o tejto skutočnosti dozvedel. V prípade nedodržania tejto povinnosti môže dôjsť k naplneniu skutkovej podstaty správneho deliktu, uvedenej v § 182 ods. 1 písm. e) a f).

7 Ide o časť „Oznámenia o začatí konania o námietkach“.

8 <http://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad-2ab.html>

o verejnom obstarávaní v ustanovení § 171 ods. 4 priamo upravuje možnosť úradu začať toto konanie aj skôr ako jedenásty deň odo dňa doručenia informácie podľa § 166 ods. 1 ZVO. V takom prípade sa konanie začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania jeho účastníkom. Cieľom možnosti začať konanie skôr ako jedenásty deň odo dňa doručenia informácie podľa § 166 ods. 1 ZVO je najmä efektívnosť procesu verejného obstarávania. Malo by ísť najmä o výnimočné prípady, keď je porušenie zákona o verejnom obstarávaní na prvý pohľad zrejme a flagrantly a čakanie na ďalšie úkony kontrolovaného (a s nimi spojené doručovanie informácie podľa § 166 ods. 1 ZVO) sa javí ako zbytočné predlžovanie procesu verejného obstarávania. Je však potrebné poznamenať, že toto ustanovenie vytvára priestor na pomerne širokú diskrečnú právomoc úradu, ktorú bude potrebné cizelovať rozhodovacou praxou po nadobudnutí účinnosti nového zákona a zosumarizovaním poznatkov z aplikačnej praxe novej právnej úpravy.

Podanie

Správny poriadok v § 19 ods. 1 stanovuje formu podania v správnom konaní. Podľa predmetného ustanovenia možno podanie urobiť písomne alebo ústne do zápisnice, alebo elektronickými prostriedkami za predpokladu, že podanie bude podpísané zaručeným elektronickým podpisom. Správny poriadok zároveň umožňuje urobiť podanie aj telegraficky alebo telefaxom, pričom v takom prípade je potrebné podanie písomne alebo ústne do zápisnice doplniť. V protiklade s tým sú možnosti podať námietky konformne so zákonom o verejnom obstarávaní subtilnejšie, pretože podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní možno námietky podať len v listinnej podobe alebo elektronickej podobe podľa osobitného predpisu⁹. Absentuje teda zákonná možnosť urobiť podanie ústne do zápisnice, telegraficky či telefaxom, ako je to v Správnom poriadku, a elektronická forma podania námietok musí spĺňať predpoklady stanovené zákonom č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente).

Špecifiká právnej úpravy konania o námietkach sa však týmto nekončia. V § 19 ods. 2 Správneho

poriadku sú zakotvené všeobecné náležitosti podania urobeného pred správnym orgánom, ktorý je povinný podanie posudzovať podľa jeho obsahu. V prípade podania urobeného podľa Správneho poriadku sú obsahovými náležitosťami podania označenie subjektu, ktorý ho podáva, akej veci sa podanie týka a čo sa ním navrhuje.

V porovnaní s právnou úpravou obsiahnutou v Správnom poriadku sú ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, týkajúce sa náležitosti podania urobeného v konaní o preskúvanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, oveľa prísnejšie. Táto prísnosť právnej úpravy je však legitímne odôvodnená zložitou problematikou verejného obstarávania a s tým súvisiacich procesov a zákonné požiadavky sa koncentrujú najmä na exaktné označenie sporových strán, exaktné označenie napádaného procesu obstarávania, označenie rozhodujúcich skutočností a dôkazov. Podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní sú teda obligatónymi náležitosťami podaných námietok:

- 1) identifikačné údaje navrhovateľa,
- 2) identifikačné údaje kontrolovaného,
- 3) označenie verejného obstarávania, proti ktorému námietky smerujú,
- 4) označenie skutočností, proti ktorým námietky smerujú,
- 5) opis rozhodujúcich skutočností a označenie dôkazov,
- 6) návrh na rozhodnutie o námietkach,
- 7) podpis navrhovateľa alebo osoby oprávnenej konať za navrhovateľa.

Zároveň zákon o verejnom obstarávaní v ustanovení § 170 ods. 6 stanovuje prílohy námietok, ktorými sú, v prípadoch, keď samotnému podaniu námietok predchádza povinnosť využiť inštitút žiadosti o nápravu, písomné oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu, resp. písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu alebo doklad o doručení žiadosti o nápravu, ak ju kontrolovaný v zákonnej lehote nevybavil. V zákonom o verejnom obstarávaní stanovených prípadoch je nevyhnutnou prílohou podaných námietok aj doklad preukazujúci oprávnenie podpisovať námietky (t. j. ak takýto doklad nebol predložený kontrolovanému alebo

⁹ Zákon č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente).

ak osoba/osoby, ktoré podpísali námietky, nie sú podľa údajov uvedených v zozname hospodárskych subjektov oprávnené podpisovať námietky).¹⁰

Rigidnosť a špecifickosť úpravy konania o námietkach podľa zákona o verejnom obstarávaní možno vidieť aj v prípade následkov imperfektnosti návrhu z hľadiska dodržania zákonných náležitostí podania. Zatiaľ čo v prípade neúplného podania v správnom konaní ukladá Správny poriadok povinnosť správneho orgánu pomôcť účastníkovi konania nedostatky podania odstrániť (eventuálne má správny orgán možnosť účastníka konania vyzvať, aby nedostatky podania odstránil),¹¹ zákon o verejnom obstarávaní inštitút vyzvania na odstránenie nedostatkov podania nepozná. Tu je totiž potrebné mať na zreteli skutočnosť, že prípadná povinnosť úradu korigovať imperfektnosť podania by mohla viesť k ďalšiemu predlžovaniu samotného konania o námietkach a tým automaticky aj k predlžovaniu celého procesu verejného obstarávania. Následkom podania námietok, neobsahujúcich predpísané náležitosti, je preto zastavenie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného.¹²

Začatie plynutia lehoty na rozhodnutie

Jedným z najčastejších omylov verejnosti vo vzťahu ku konaniu o námietkach je začatie plynutia lehoty na vydanie rozhodnutia. V konaní prebiehajúcim podľa Správneho poriadku je správny orgán povinný rozhodnúť bezodkladne, resp. typicky do 30 dní od začatia konania, pričom, ako už bolo spomenuté, správne konanie sa začína dorúčením podnetu, resp. prvým úkonom správneho orgánu voči účastníkovi konania.

Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok sa však začína až jedenásty deň od doručenia informácie podľa § 166 ZVO, no zákon s týmto momentom nespája začatie plynutia lehoty na vydanie rozhodnutia. Momentom určujúcim začiatok plynutia lehoty na vydanie rozhodnutia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok je až moment, keď kontrolovaný doručí úradu kompletnú dokumentáciu.¹³

Prerušenie konania

Správny poriadok v § 29 zakotvuje inštitút prerušenia konania. V zmysle predmetného ustanovenia k prerušeniu správneho konania dochádza v prípadoch,

- ak sa začalo konanie o predbežnej otázke,
- ak bol účastník konania vyzvaný, aby v určenej lehote odstránil nedostatky podania,
- ak účastník konania nemá zákonného zástupcu alebo ustanoveného opatrovníka, hoci ho má mať,
- ak tak ustanovuje osobitný zákon.

Ako je zrejmé z dikcie § 29 Správneho poriadku, cit.: „Správny orgán konanie preruší“, vo vyššie uvedených prípadoch dochádza k obligatórному prerušeniu správneho konania. Správny poriadok však upravuje aj fakultatívne prerušenie konania, a to v prípade, ak to z dôležitých dôvodov zhodne navrhnú účastníci konania.

Rovnako ako správny poriadok, aj zákon o verejnom obstarávaní pozná inštitút prerušenia konania. Principiálne možno rozlišovať dva druhy prerušenia konania, a to:

- prerušenie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v dôsledku nečinnosti, resp. nedôslednosti verejného obstarávateľa v súvislosti s povinnosťou doručiť na základe výzvy úradu kompletnú dokumentáciu, a
- prerušenie konania s cieľom získať odborné stanovisko.

Podľa § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ nedoručí úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v lehote piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy na doručenie kompletnej dokumentácie, úrad vydá rozhodnutie o prerušení konania, ktorým kontrolovanému nariadi doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote určenej úradom.¹⁴

10 V zmysle predchádzajúceho zákona o verejnom obstarávaní bol nevyhnutnou prílohou doručených námietok aj doklad o poukázaní kaucie na účet úradu. Vzhľadom na skutočnosť, že úrad si poukázanie, či nepoukázanie kaucie na účet úradu vie overiť vlastnou činnosťou (spoluprácou jeho jednotlivých organizačných zložiek), bola táto povinnosť v záujme zníženia administratívnej záťaže odstránená.

11 Pozri § 19 ods. 3 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (Správny poriadok), v znení neskorších predpisov.

12 V konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok prichádza teoreticky do úvahy odstránenie nedostatkov podaných námietok z vlastnej iniciatívy navrhovateľa, za predpokladu, že podanie bude doplnené, resp. vady podania budú odstránené v zákonom stanovenej lehote na doručenie námietok.

13 Pozri § 175 ods. 5 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

14 V prípade rozhodnutia o prerušení konania v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok úrad kontrolovanému stanovuje lehotu desiatich pracovných dní odo dňa doručenia rozhodnutia o prerušení konania.

Z uvedeného vyplýva, že k prerušeniu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok dochádza v prípadoch, keď verejný obstarávateľ buď úradu nedoručí kompletnú dokumentáciu vôbec, t. j. na výzvu úradu žiadnym spôsobom nereaguje, alebo doručí dokumentáciu, ktorá však nie je kompletná.¹⁵

V osobitných prípadoch, keď je v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok s cieľom objektívne posúdiť stav veci potrebné zodpovedať otázky odborného charakteru, môže úrad, s cieľom získať odborné stanovisko alebo znalecký posudok, konanie na 30 dní prerušiť.¹⁶

Právne následky nedodržania lehoty na vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 5 ZVO

Ďalším znakom, ktorý robí konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vo vzťahu k správne poriadku konaní *sui generis*, je následok, ktorý nastáva v prípade nedodržania lehoty pre vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.

Správny poriadok v ustanovení § 49 upravuje „druhy“ lehôt, v ktorých správny orgán vo veci rozhodne, a to:

- a) v jednoduchých veciach (najmä ak možno rozhodnúť na podklade dokladov predložených účastníkom konania) rozhodne bezodkladne,
- b) v ostatných prípadoch, ak osobitný zákon neustanovuje inak, je správny orgán povinný rozhodnúť vo veci do 30 dní od začatia konania,
- c) vo zvlášť zložitých prípadoch rozhodne najneskôr do 60 dní.

Správny poriadok ďalej ustanovuje, že ak nemožno vzhľadom na povahu veci rozhodnúť ani v lehote uvedenej v písmene c), môže ju odvolací orgán, resp. orgán príslušný rozhodnúť o rozklade primerane predĺžiť. Zároveň z uvedeného ustanovenia vyplýva povinnosť správneho orgánu upovedomiť účastníka konania o tom, že nemôže rozhodnúť do 30, prípadne do 60 dní a uviesť dôvody, ktoré ho k tomu viedli.

Lehoty na vydanie rozhodnutia, uvedené v správnom poriadku, však majú poriadkový charakter, a teda ich

prípadné nedodržanie zo strany správneho orgánu nemá vplyv na právnu pozíciu účastníkov konania.

Podľa zákona o verejnom obstarávaní úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok rozhodne do 30 dní odo dňa doručenia kompletnej dokumentácie v origináli úradu. V prípade lehoty na vydanie rozhodnutia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, ak úrad nevydá rozhodnutie v uvedenej lehote, predpokladá sa, že vydal rozhodnutie, ktorým námietky zamietol. Týmto ustanovením sa teda zaviedol inštitút fiktívneho rozhodnutia o zamietnutí podaných námietok, ak úrad v určenej lehote nerozhodne.¹⁷

Z uvedeného je zrejmé, že úrad musí v „konaní o námietkach“ dôsledne dbať na to, aby rozhodnutie vydal v zákonom stanovenej lehote,¹⁸ pretože jej márne uplynutie má, v porovnaní s nedodržaním lehoty na vydanie rozhodnutia podľa správneho poriadku, zásadný vplyv na právnu pozíciu účastníka tohto konania.

Rozhodnutia

Rozhodnutie možno charakterizovať ako univerzálnu formu na označenie rôznych správnych aktov vydávaných správnymi orgánmi podľa správneho poriadku alebo osobitných správnych predpisov. V zásade sa všetky rozhodnutia vydávané v správnom konaní delia na dve skupiny:

- a) meritórne rozhodnutia, t. j. rozhodnutia vo veci,
- b) procesné rozhodnutia (rozhodnutie o prerušení konania, rozhodnutie o zastavení konania).

Aj rozhodnutia úradu vydávané v konaniach o námietkach možno rozdeliť na meritórne a procesné rozhodnutia.

Rozhodnutia vo veci úrad vydáva v zmysle § 175 ods. 1 až 3 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého môže nariadiť vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti odstrániť protiprávny stav, zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo, v prípade, ak nezistí porušenie zákona o verejnom obstarávaní, námietky zamietnuť.

15 V praxi dochádza pomerne často k prípadom, keď verejný obstarávateľ v „námietkovom konaní“ pred otváraním ponúk označených ako „Kritériá“ úradu nedoručí tieto časti ponúk v domnienke, že sú pre konanie o námietkach irelevantné.

16 Predošlá právna úprava, t. j. zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov umožňoval prerušiť konanie o námietkach z tohto dôvodu maximálne na 15 dní.

17 Fikciu zamietnutia podaných námietok v prípade nedodržania 30-dňovej lehoty na vydanie rozhodnutia upravoval aj zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

18 T. j. do 30 dní odo dňa doručenia kompletnej dokumentácie úradu.

Už spomínaná špecifickosť konania o námietkach sa prejavuje aj v osobitnom druhu úradom vydávaného rozhodnutia podľa § 173 ods. 6 ZVO¹⁹, keď úrad môže zrušiť použitý postup zadávania zákazky, koncesie alebo ich časti v prípade nedoručenia kompletnej dokumentácie kontrolovaným.

Pre zaujímavosť poukazujeme aj na štruktúru meritórnych rozhodnutí úradu, ktorej zavedením došlo k sprehľadneniu rozhodnutí a ktorá sa v odbornej verejnosti stretla s pozitívnym ohlasom. Meritórne rozhodnutie sa okrem zákonom stanovených náležitostí (výrok, odôvodnenie, poučenie) člení aj na časti s názvom:

- Námietky navrhovateľa,
- Začiatok konania o námietkach,
- Písomné vyjadrenie kontrolovaného,
- Zistenia úradu,
- Právny rámec,
- Právne posúdenie úradom,
- Kaucia (výrok o jej prepadnutí alebo vrátení)
- Poučenie (o opravnom prostriedku).

Okrem toho sa rozhodnutia členia na číselne označené body, čo uľahčuje ich administratívne spracovanie a zvyšuje ich prehľadnosť aj pre širokú odbornú verejnosť.

Medzi procesné rozhodnutia, vydávané úradom v konaní o námietkach, možno, podobne ako

v prípade správneho konania zaradiť rozhodnutie o zastavení konania²⁰ a rozhodnutia o prerušení konania²¹.

Všetky právoplatné rozhodnutia úradu vydané v konaní o námietkach sú v anonymizovanej podobe dostupné na webovom sídle úradu.²²

Záver

Možno konštatovať, že konanie o námietkach podľa nového zákona o verejnom obstarávaní (zákona č. 343/2015 Z. z.), teda konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, si aj v novej právnej úprave zachováva svoje špecifické črty. Základným spoločným menovateľom odlišností je podrobná osobitná právna úprava, ktorá eliminuje použitie Správneho poriadku. Ako vyplýva z obsahu tohto článku, špecifiká sa prejavujú napríklad v náležitostiach podania (námietok), začatí konania, jeho priebehu a sčasti aj vo výstupoch úradu, t. j. formálnej podobe vydaných rozhodnutí, či lehote na ich vydanie. Zároveň však treba dodať, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vykazuje aj ďalšie špecifiká (týkajúce sa napr. doručovania, kaucii, opravných prostriedkov či pokút), ktoré však v tomto článku pre ich široký rozsah nespomíname, no určite budú predmetom niektorého z ďalších článkov UVO revue.

Autori pracujú na odbore konania o námietkach Úradu pre verejné obstarávanie²³.

Literatúra:

1. GRIGA, M., TKÁČ, J.: Zákon o verejnom obstarávaní, Komentár, Bratislava: IURA EDITION 2013, 853 s. ISBN: 978-80-8078-661-8
2. HAGER, B. a kol.: Zákon o verejnom obstarávaní, Bratislava: EPOS 2013, 686 s. ISBN: 978-80-562-0007-0
3. HAŠANOVÁ, J., DUDOR, L.: Základy správneho práva, Plzeň: Aleš Čeněk 2013, 431 s. ISBN: 978-80-7380-455-8
4. KOŠIČIAROVÁ, S.: Správny poriadok, komentár, Šamorín: Heuréka 2013, 357 s. ISBN: 978-80-89122-85-1
5. POTASCH, P., HAŠANOVÁ, J.: Zákon o správnom konaní (správny poriadok), Komentár, Praha: C.H. Beck 2012, 373 s. ISBN: 978-80-7400-422-3
6. TKÁČ, J., GRIGA, M.: Judikatura Súdneho dvora EÚ vo veciach verejného obstarávania, Bratislava: Wolters Kluwer 2012, 157 s. ISBN: 978-80-8078-492-8
7. ZEMKOVÁ, J., ŠINGLIAROVÁ, I.: Judikatura vo veciach verejného obstarávania, Bratislava: Wolters Kluwer 2015, 383 s. ISBN: 978-80-8168-219-3

¹⁹ V nadväznosti na § 173 ods. 5 ZVO.

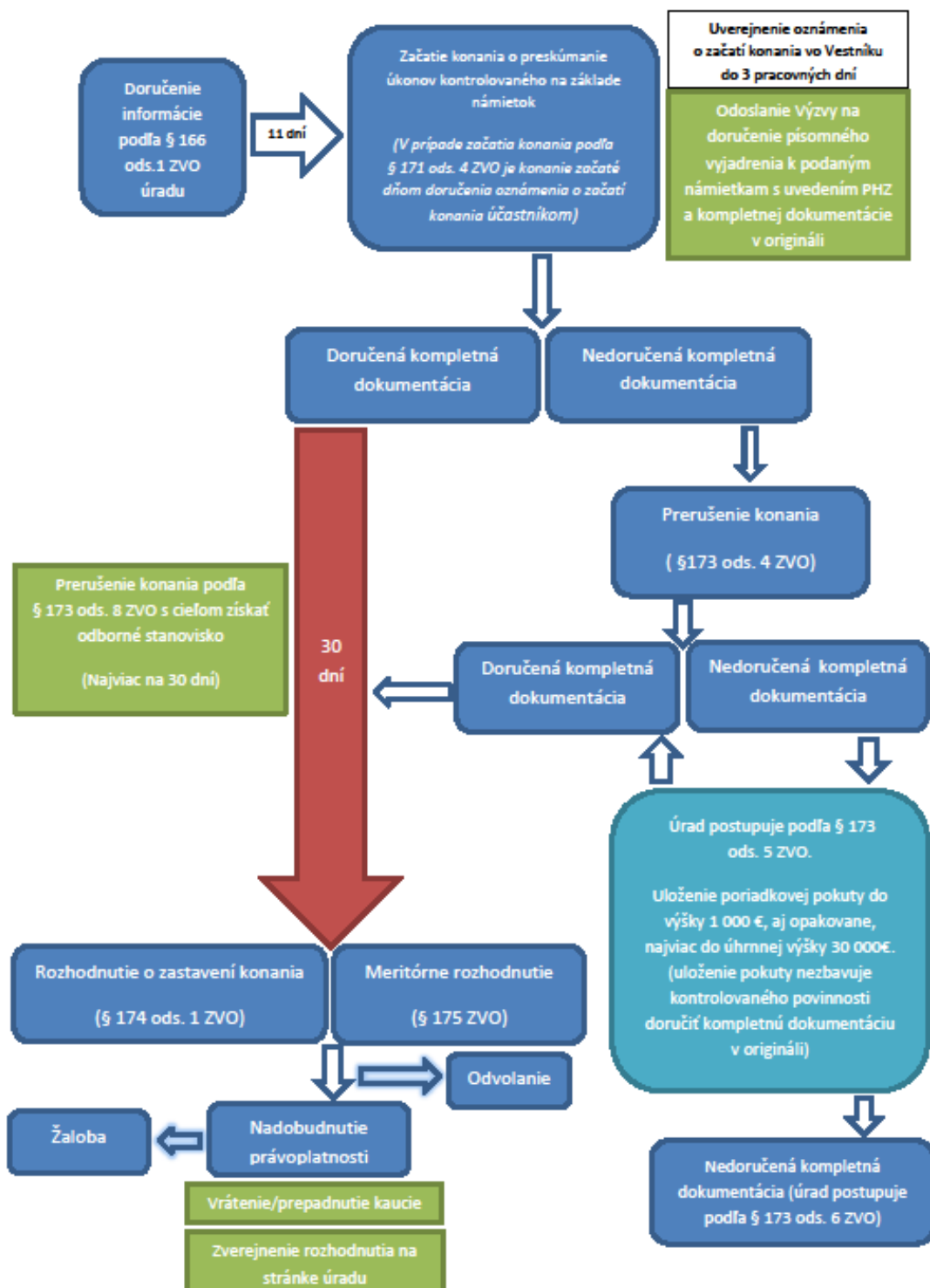
²⁰ Pozri § 174 ZVO.

²¹ K tomu pozri časti článku „Prerušenie konania“

²² <http://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/namietky/prehľad-rozhodnuti-o-namietkach-4b5.html> navštívené dňa 8. 10. 2015

²³ JUDr. Milan Hodás, PhD., pôsobí aj ako vedecký pracovník na Katedre ústavného práva Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave.

Grafické znázornenie priebehu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok



O velebenom i zatracovanom

Ing. Martin Hoffman

V tomto príspevku by chcel autor analyzovať možnosti štátneho informačného systému určeného na elektronické verejné obstarávanie, ktorý všetci poznajú pod menom „EVO“.

Dnes som sa rozhodol napísať príspevok o informačnom systéme, ktorému sa venujem viac ako 6 rokov, ktorý prezentujem na rôznych fórach a školeniach a ktorý mi istým spôsobom aj „prirástol k srdcu“.

Pokúsím sa začať jednoducho a stručne. Nieкто si určite teraz povie, že tým by som mohol zároveň aj skončiť, ja týmto však len začnem. Veta, ktorá by mohla stručne a jednoznačne vystihovať systém, ktorý prevádzkuje Úrad pre verejné obstarávanie, by mohla znieť asi takto: „Tento systém je na dve veci.“ Tak teraz by som chcel vidieť vaše tváre. Nemyslím však na tie dve veci, ktoré Vám určite napadli ako prvé.

Najmä „prívržencov“ daného systému.

Myslel som tým, že slúži na zadávanie zákaziek a elektronických aukcií. Všetci, ktorí ho „velebia“

alebo „zatracujú“ ho poznajú skrátené pod menom „EVO“. Môžete si povedať, že to je síce pekné na čo slúži EVO, ale veď na to môže slúžiť aj e-mailový klient a tabuľkový editor. To je možné, ale nie vo svete verejného obstarávania. Myslím tým svet verejného obstarávania podľa zákona. Vráta vám táto veta v hlave a pýtate sa, prečo nie? Mohol by som tu teraz citovať a rozoberať rôzne ustanovenia zákona a dokonca aj poukázať praktickými príkladmi, prečo nie, ale to by sme tu boli do rána. A to asi nechcete. Dnes som sa rozhodol, že budem stručný, a tak sa jeden z dôvodov pokúsím naznačiť jednou vetou: „Človek je tvor vynaliezavý a zákazky so štátom sú v niektorých prípadoch veľmi lákavé.“ Myslím, že týmto som povedal všetko. Áno, jednou z príčin je bezpečnosť informačných technológií a skryté zadné dvierka vyššie uvedeného spôsobu realizácie verejného obstarávania.

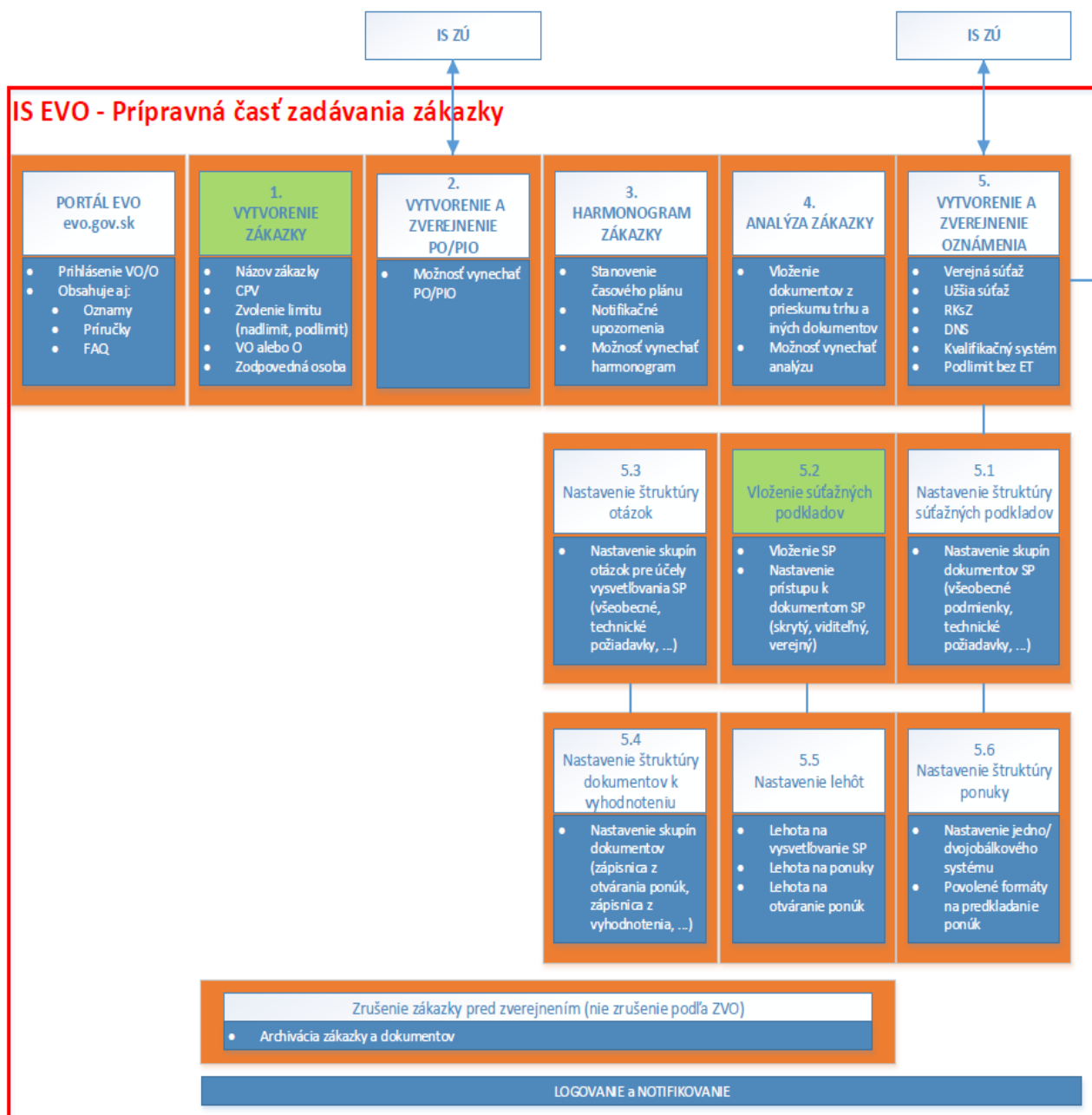
Ak to veľmi zjednodušíme, tak v podstate sa verejné obstarávanie realizuje v 4 fázach. Prvá je **prípravná** fáza. V tejto fáze verejní obstarávatelia vymýšľajú názov zákazky, krvopotne hľadajú výstižné CPV kódy, surfujú po internete, aby zistili predpokladanú hodnotu zákazky, určia nešťastníka, ktorý bude za danú zákazku zodpovedný, resp. bude kontaktnou osobou, uskutočňujú dlhé a vyčerpávajúce stretnutia s odbornými útvarmi, aby mohli správne nadefinovať predmet zákazky a podmienky účasti, stanovujú harmonogram zákazky, musia určiť postup, ktorý bude použitý vo verejnom obstarávaní, zvoliť kritérium na vyhodnotenie ponúk a na konci celého

tohto procesu vytvoria akýsi návod pre záujemcov, tzv. súťažné podklady a k nim príslušné dokumenty. No jednoducho tých činností je možno ešte viac, ale z praxe môžem povedať,

že tu výrok „Ťažko na cvičisku, ľahko na bojisku“ sedí ako „riť na šerbli“.

Neuveríte, ale v tejto fáze vie byť nápomocný aj systém EVO. Ako? V tomto systéme je implementovaná funkcia, v ktorej ak zadáte potrebné údaje (napr. typ obstarávateľa, PHZ a predmet obstarávania), tak vám systém ponúkne, aký postup môžete, resp. musíte použiť. Dokonca si tu môžete aj stanoviť časový plán zákazky (harmonogram) a systém vás bude upozorňovať e-mailovými notifikáciami na blížiaci sa dôležitý termín. Systém ďalej umožňuje „vyhrať“ sa s nastaveniami štruktúr ponuky, teda či použijete jedno- alebo dvojobáľkový systém alebo či budete preferovať predkladanie ponúk len vo formáte PDF. Možnosti systému EVO v prípravnej fáze stručne popisuje nasledovný obrázok:



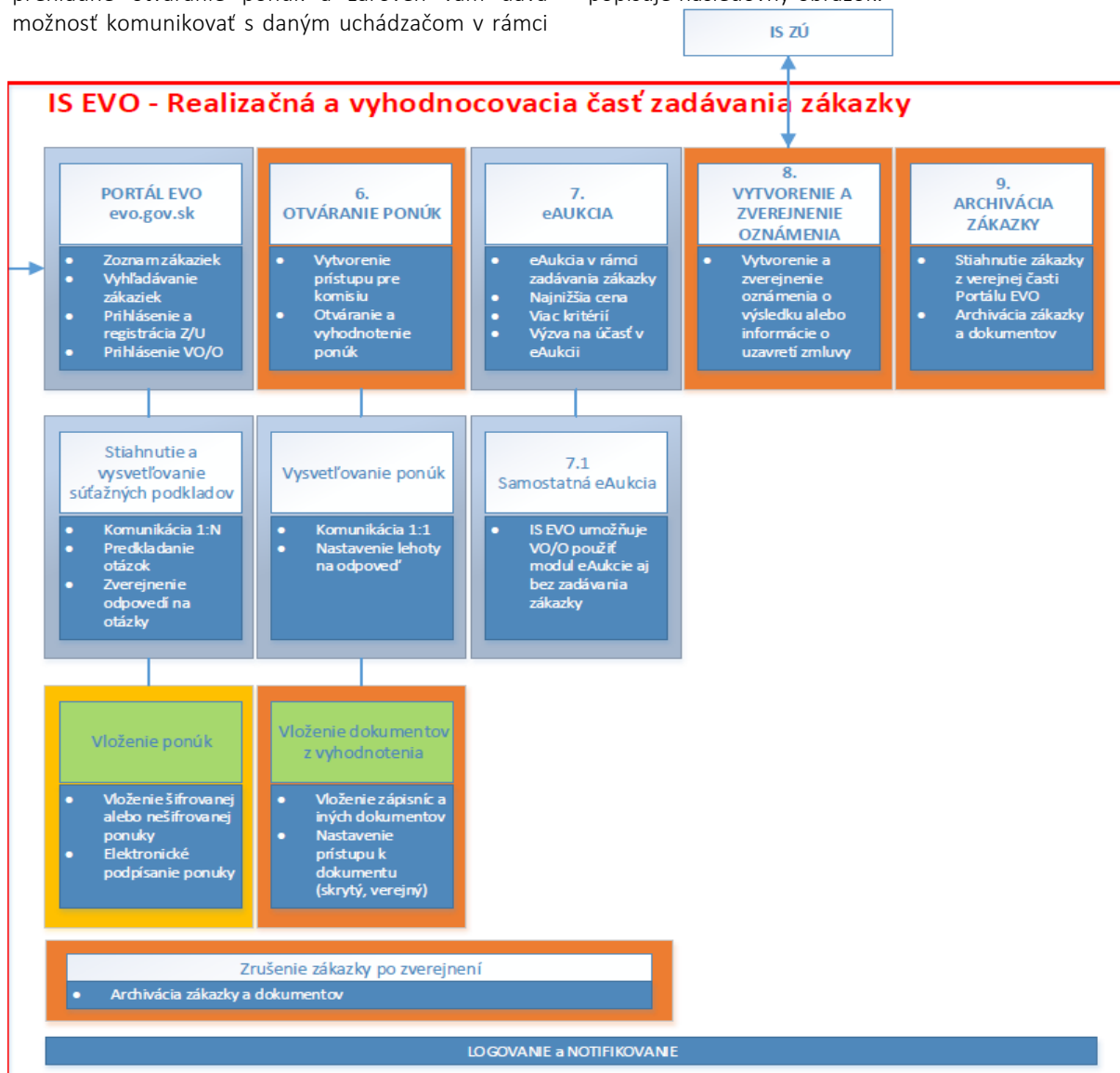


Druhú fázu by sme mohli nazvať fáza **realizačná**. V tejto fáze si záujemcovia sťahujú vaše krvopotne vytvorené súťažné podklady, na ktorých základe vytvoria ponuky a možno aj nejakú predložia. Týmto by sa daná fáza mohla aj skončiť. Bohužiaľ, zákon umožňuje záujemcom/uchádzačom pýtať sa vás na vami zverejnené súťažné podklady a dokonca podať aj žiadosť o nápravu, ak sa im niečo nepáči. Aj na tieto situácie systém EVO myslí. Záujemcovia si môžu kliknutím na jedno tlačidlo stiahnuť kompletne súťažné podklady, aj keby súťažné podklady tvorilo 100 dokumentov. Pomocou ďalšej funkcionality vám môžu odoslať otázku, na ktorú keď odpoviete, systém EVO upozorní všetkých zúčastnených záujemcov.

Z druhej fázy sa dostanete do tretej. To ste nečakali, čo? Nazvime ju fáza **vyhodnocovania**. Tu väčšinou zasadá komisia na vyhodnotenie ponúk. Plní rozhodnutia a očakávania otvárajú členovia komisie ponuky uchádzačov a začína sa dlhý proces vyhodnocovania. Tento proces sa dá relatívne skrátiť, ale len v prípade, že sa nad vami uchádzači zmlujú a pošlú vám čestné vyhlásenie. Ak nie, budete musieť vyhodnocovať všetky doručené dokumenty, prinajhoršom si budete aj dopisovať s uchádzačom, ktorý niečo zase „domrvil“, vyhodnocovanie sa tým natiahne a nakoniec aj tak daný uchádzač skončí na poslednom mieste. Ak vám po procese vyhodnotenia ostali nejakí uchádzači, tak ich pozvete do elektronickej aukcie. Tu zase musíte po odoslaní

výziev na účasť v elektronickej aukcii čakať minimálne 2 pracovné dni na otvorenie elektronickej aukcie. Na záver vyhodnocovacieho procesu musí komisia spísať zápisnicu a pekne v nej popísať všetko, čo sa počas tejto fázy udialo. Neuveríte, ale aj na toto všetko je systém EVO pripravený. Umožňuje prehľadné otváranie ponúk a zároveň vám dáva možnosť komunikovať s daným uchádzačom v rámci

inštitútu vysvetľovania ponúk. A elektronická aukcia? Nie je problém, či už vyhodnocujete na najnižšiu cenu alebo ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Systém EVO dokonca aj disponuje priestorom na uloženie všetkej dokumentácie a zápisníc. Možnosti systému EVO v realizačnej a vyhodnocovacej fáze stručne popisuje nasledovný obrázok:



Posledná fáza sa nečakane volá **ukončovacia**. Tu si už môže komisia na vyhodnotenie ponúk, a teda aj verejný obstarávateľ, ako-tak mierne vydýchnuť. Niekedy je však ten výdych veľmi dlhý a ťažký, keď zistíte, aký tovar, službu alebo stavebnú prácu ste si to vlastne obstarali. Na základe tohto záverečného výdychu vystavíte uchádzačovi referenciu.

Keď si to tak zhrnieme, systém EVO ponúka veľa možností a v určitých fázach vie aj zjednodušiť život verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, a preto sa teraz možno pýtate: „A prečo ho nepoužívame aj my?“

Autor je zamestnancom odboru metodiky a elektronickeho verejného obstarávania Úradu pre verejné obstarávanie.

O neznámej a obávanaej pokračovanie

Ing. Martin Hoffman

V úvode by som sa chcel poďakovať všetkým čitateľom, ktorí e-mailom, resp. telefonicky reagovali na môj článok. Musím sa predsa pochváliť, pretože to boli len pozitívne reakcie, a to ma utvrdilo v tom, že tento časopis má význam. Ešte raz ďakujem.

V tomto pokračovaní by som chcel hlavne poukázať na rozdiely použitia vzorca na vyhodnotenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Pretože tu sa môže „lámať chlieb“.

Kapitola 5 - Prax

V minulom článku sme si názorne ukázali, ako jednoducho pri „použití sedliackeho rozumu“ vyhodnotiť nákup džúsov. Vtedy nebolo potrebné používať zložité vzorce na určenie poradia. Myslím, že na tomto sa zhodneme.

Čo však pri zložitejšej zákazke, kde už sa takto „kalkulovať“ nedá? Z mojich skúseností vyplýva, že verejní obstarávatelia najčastejšie používajú kritérium na vyhodnotenie ponúk ekonomicky najvýhodnejšia ponuka pri stavebných zákazkách. V tomto prípade nevyhodnocujú len cenu výstavby, ale pridajú ďalšie kritérium, a to lehotu výstavby.

Treba si však uvedomiť, že uchádzačov už nebudeme zoraďovať podľa najnižšej dosiahnutej celkovej ceny za celý predmet zákazky, ale (v našom prípade) podľa najvyššieho dosiahnutého počtu bodov. Ako som písal v minulom článku, chystáme sa spočítať nespočítateľné, teda cenu s lehotou výstavby a preto potrebujeme akýsi vzorec na transformáciu týchto dvoch odlišných veličín do jednej spoločnej veličiny, a to sú body. Týchto „transformačných“ vzorcov je niekoľko. Ja tu rozoberiem dva. Jeden, ktorý je v prevažnej miere používaný v iných systémoch a druhý, ktorý sa v súčasnosti používa v systéme EVO.

V prvom rade odporúčam, ak sa teda do niečoho takého vôbec pustíte, stanoviť si rozpätie hodnôt, v ktorom budete uchádzačov vyhodnocovať. Ľudia si už zvykli na rozpätie hodnôt od 0 do 100 bodov, a tak im teda vyhovie.

Po druhé je potrebné určiť si podmienku, či uchádzač s najvyšším počtom bodov vyhráva alebo naopak.

Ďalším krokom je pridelenie „váhovosti“ k jednotlivým kritériám. A toto odporúčam si veľmi, ale naozaj veľmi dobre rozmyslieť.

Kapitola 6 - Pokus o vysvetlenie

Na základe vyššie uvedeného si zvolíme nasledovné podmienky.

1. Bodové hodnotenie bude mať rozpätie od 0 do 100 bodov.
2. Uchádzač s najvyšším počtom bodov vyhráva.
3. Všetky kritériá sú tzv. aukčné kritériá (to znamená, že všetky kritériá môže uchádzač upraviť v eAukcii).
4. Smer úpravy jednotlivých kritérií:
 - a) Kritérium cena – nižšia hodnota je lepšia
 - b) Kritérium lehota výstavby – nižšia hodnota je lepšia
5. Váhovosť kritérií je nasledovná:
 - a) Kritérium cena = 80%
 - b) Kritérium lehota výstavby = 20%

Ako toto však zapracovať do tohto čuda?

$$\text{Bodové hodnotenie} = I + \sum_{x=1}^{x=a} \left(C_x * \left(\sum_{y=1}^{y=b} (N_{xy} * mN_{xy}) + \sum_{z=1}^{z=c} (B_{xz} * mB_{xz}) + \sum_{w=1}^{w=d} (R_{xw} * mR_{xw}) \right) \right)$$

Vyššie uvedený vzorec je komplexný vzorec, na základe ktorého systém EVO pri eAukcii typu ekonomicky najvýhodnejšia ponuka vypočítava bodové hodnotenie uchádzačov. V našom prípade (pretože nepoužijeme možnosť „zaškrťavacie pole“ a „výberové pole“) je však možné si daný vzorec zjednodušiť do tvaru:

$$\text{Bodové hodnotenie} = I + \sum_{x=1}^{x=a} \left(C_x * \left(\sum_{y=1}^{y=b} (N_{xy} * mN_{xy}) \right) \right)$$

Zrejme vám ani toto nič nehovorí a preto sa to pokúsím previesť do ľudskej reči:

$$\text{BH} = \text{vstupné_hodnotenie} + \text{suma}[(+1) * \text{váha} * \text{koeficient} * \text{ponuka_uchádzača}]$$

Skratkou **BH** som označil bodové hodnotenie.

Vstupné_hodnotenie (v pôvodnom vzorci „I“) je v našom prípade 100 bodov. Prečo? Pretože obidve kritériá (cena aj lehota výstavby) môžu uchádzači meniť v elektronickej aukcii a aby sme zachovali princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie, tak všetkým uchádzačom pridám na začiatok 100 bodov.

Váha (v pôvodnom vzorci „C_x“) je v našom prípade 80 % (cena) a 20 % (lehota výstavby).

Ponuka_uchádzača (v pôvodnom vzorci „N_{xy}“) je nám známa z úvodného vyhodnotenia ponúk uchádzačov.

Koeficient (v pôvodnom vzorci „mN_{xy}“) je konštanta, ktorá je závislá od „veľkosti“ ponuky uchádzača. Na čo však slúži? Jeho úlohou je v našom prípade zabezpečiť, aby výsledné bodové hodnotenie uchádzačov bolo v rozpätí 0 až 100 bodov. Čo to teda bude za číslo? Ak si všimnete, v zátvorke za znakom sumy sa uvedené parametre násobia, a teda by nám v zátvorke po vynásobení mohlo vzniknúť veľmi veľké číslo a po odčítaní od 100 bodov by sme sa dostali do záporných čísel. A preto koeficient musí byť také číslo, ktoré tieto veľké čísla zmenší. Ako to teda dosiahneme? Dosiahneme to tým, že ponuku uchádzača vynásobíme koeficientom, ktorý vypočítame nasledovne:

$$\text{Koeficient} = 1 / \text{pow}(10, \text{strlen}(\text{ponuka_uchádzača}) - 1)$$

Hodnota koeficientu sa teda rovná 1 lomeno 10 na dĺžku reťazca z ponuky uchádzača zmenšeného o hodnotu 1. Jáááj, tá matematika! Pekný jazyk. Ospravedlňujem sa, nechaj som sa trochu uniesť.

Pokúsím sa aj toto previesť do ľudskej reči:

Ak je ponuka uchádzača v jednotkách, hodnota koeficientu je jedna.

Ak je ponuka uchádzača v desiatkach, hodnota koeficientu je jedna desatina.

Ak je ponuka uchádzača v stovkách, hodnota koeficientu je jedna stotina.

Takže na základe vyššie uvedeného vo všeobecnosti platí pre koeficient nasledovná tabuľka:

Rozpätie hodnôt (EUR, dni, ...)	Hodnota koeficientu
<0 , 10)	1
<10 , 100)	0,1
<100 , 1000)	0,01
<1000 , 10 000)	0,001
<10 000 , 100 000)	0,0001
<100 000 , 1 000 000)	0,00001
<1 000 000 , 10 000 000)	0,000001

Jediné, čo Vám ešte chýba na úplné pochopenie vzorca implementovaného v systéme EVO, je vedieť, čo je to vo vzorci **(+1)**.

Systém vynásobí kritérium číslom (-1), ak je hodnota tohto kritéria pre nás nižšia výhodnejšia.

Systém vynásobí kritérium číslom (+1), ak je hodnota tohto kritéria pre nás vyššia výhodnejšia.

Prečo však vôbec takéto niečo (+1) je použité vo vzorci? Dôvod je jednoduchý. Čím nižšia je hodnota kritéria, tým nižšie je číslo za sumou v zátvorke, a čím odčítam nižšie číslo od vstupnej hodnoty 100 bodov, tým vyššie bude bodové hodnotenie. A zase naopak.

Kapitola 7 – Nastavenie v praxi

Vráťme sa k nášmu príkladu a nastavme našu súťaž na ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Ak ste „predýchali“ kapitolu 6 a dokonca ste sa v nej aj niečo naučili, tak potom nastavenie bude pre Vás hračka. Poďme už konečne bez dlhých a náročných viet na to.

Na základe prieskumu trhu sme zistili nasledovné:

Uchádzač A:

- Celková cena = 750 000 EUR
- Lehota výstavby = 480 dní

Uchádzač B:

- Celková cena = 760 000 EUR
- Lehota výstavby = 450 dní

Na základe našich vedomostí nastavíme parametre nasledovne:

1. Bodové hodnotenie bude mať rozpätie hodnôt **od 0 do 100 bodov**.
2. Uchádzač s najvyšším počtom bodov vyhráva.
3. Všetky kritériá sú tzv. aukčné kritériá. (**Vstupné hodnotenie uchádzačov bude 100**)
4. Smer úpravy jednotlivých kritérií:
 - a) Kritérium cena – nižšia hodnota je lepšia (-1)
 - b) Kritérium lehota výstavby – nižšia hodnota je lepšia (-1)
5. Váhovosť kritérií je nasledovná:
 - a) Kritérium cena = 80% (toto číslo je potrebné vydeliť číslom 100, a teda váha bude 0,8)
 - b) Kritérium lehota výstavby = 20% (váha bude 0,2)
6. Hodnoty koeficientov na základe vyššie uvedenej tabuľky budú:
 - a) Koeficient pre cenu (cena sa pohybuje v stotisícoch, takže bude 0,00001)
 - b) Koeficient pre lehotu výstavby (lehota výstavby sa pohybuje v stovkách, takže bude 0,01)

A to je všetko. Takže aké bude bodové hodnotenie **uchádzača A**?

$$BH = 100 + [(-1) * (0,8 * 0,00001 * 750000) + (-1) * (0,2 * 0,01 * 480)] = 100 + [-6 - 0,96] = 93,04$$

0,8 = váha ceny 0,00001 = koeficient pre cenu 750000 = ponuka uchádzača A

0,2 = váha trvanlivosti 0,01 = koeficient pre lehotu 480 = ponuka uchádzača A

Aké bude bodové hodnotenie **uchádzača B**?

$$BH = 100 + [(-1) * (0,8 * 0,00001 * 760000) + (-1) * (0,2 * 0,01 * 450)] = 100 + [-6,08 - 0,9] = 93,02$$

Takže to máme aj matematicky potvrdené. **Vítazom je uchádzač A.**

Kapitola 8 – Nastavenie pomocou iného vzorca

Zrejme tí, ktorí už raz vyhodnocovali na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, použili iný vzorec na výpočet bodového hodnotenia. A priznám sa, tento druhý vzorec je na pochopenie o čosi ľahší. To však neznamená, že je aj lepší.

Ten druhý vzorec vyzerá nasledovne:

$$\text{Bodové_hodnotenie} = \text{Vstupné_hodnotenie} + \sum_{x=1}^{x=a} (C_x * P_x)$$

kde:

- **a** je počet aukčných kritérií (parametrov), ktoré sa vyhodnocujú,
- **x** je poradové číslo aukčného kritéria v rozmedzí 1 až a
- **C_x** je váha aukčného kritéria x v rozmedzí od 0 do 100.
- **P_x** je tzv. pomerná hodnota aukčného kritéria x, ktorá je daná pomerom medzi ponúkanou hodnotou príslušného aukčného kritéria a najlepšou hodnotou príslušného aukčného kritéria. Táto pomerná hodnota je v intervale od 0 do 1. Hodnota 1 znamená, že ide o najlepšiu ponuku za dané aukčné kritérium.

V prípade kritéria, pre ktoré platí, že **vyššia** ponúknutá **hodnota** daného kritéria **je lepšia** ako doteraz najlepšia ponúknutá hodnota tohto kritéria, je potom možné použiť nasledujúci algoritmus na výpočet pomernej hodnoty P_x kritéria x:

$$P_x = \frac{H_x}{H_{\max x}}$$

kde

H_x je ponúknutá hodnota pre kritérium x, ktorá je porovnávaná voči najlepšej ponuke,

H_{max x} je najlepšia doteraz ponúknutá hodnota kritéria x.

V prípade kritéria, pre ktoré platí, že **nižšia** ponúknutá **hodnota** daného kritéria **je lepšia** ako doteraz najlepšia ponúknutá hodnota tohto kritéria (napr. cena), potom je možné použiť nasledujúci algoritmus na výpočet pomernej hodnoty P_x kritéria x:

$$P_x = \frac{H_{\min x}}{H_x}$$

kde

H_x je ponúknutá hodnota pre kritérium x, ktorá je porovnávaná voči najlepšej ponuke,

H_{max x} je najlepšia doteraz ponúknutá hodnota kritéria x.

Ako bude teda vyzeráť bodové hodnotenie **uchádzačov** podľa tohto vzorca za podmienky, že váhovosť bude totožná?

- kritérium cena = **80 %** (pri tomto vzorci sa váha nedelí číslom 100),
- kritérium lehota výstavby = **20 %**.

Bodové hodnotenie uchádzača A bude:

$$BH = 750\,000/750\,000 * 80 + 450/480 * 20 = 80 + 18,75 = 98,7500 \text{ bodu}$$

Bodové hodnotenie uchádzača B bude:

$$BH = 750\,000/760\,000 * 80 + 450/450 * 20 = 78,9474 + 20 = 98,9474 \text{ bodu}$$

Ale čo to? Výsledné poradie sa nám nejakým spôsobom vymenilo. Tu sa stal víťazom uchádzač B.

Kapitola 9 – záver

Možno sa teraz pýtate: „Ktorý vzorec je teraz lepší?“ Chápem, že je to typická otázka, ak porovnávate dve veci. Ale v tomto prípade je to zle položená otázka. Otázka by mala skôr znieť: „Kedy, resp. v ktorých prípadoch mám použiť jeden či druhý vzorec?“ Musím sa priznať, že na toto teraz neviem odpovedať, ale viem povedať jedno. Bez ohľadu na to, aký vzorec si vyberiete, dôkladne, ale naozaj dôkladne si nasimulujte vyhodnotenie ponúk, i extrémnych, aby sa z ekonomicky najvýhodnejšej ponuky nestal nástroj na špekulácie a aby ste nebránili uchádzačom v čestnej hospodárskej súťaži.

Kapitola 10 – na zamyslenie

Nedalo mi to a musel som napísať ešte desiatu kapitolu. Číslo 9 sa mi nepáči. Mám radšej okrúhle čísla. Na začiatku som si dal cieľ, že Vám ukážem aj iný spôsob vyhodnocovania ponúk a dúfam, že sa mi to aspoň čiastočne podarilo. Počas písania tohto článku som si však uvedomil, že tých spôsobov vyhodnocovania je akosi veľa. Veď môžeme vyhodnocovať na základe najnižšej ceny a ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, ktorá nám však umožňuje použitie rôznych vzorcov a kombinácií nastavenia váhovosti. Zároveň všetky spôsoby vyhodnocovania umožňujú v istej miere aj rôzne špekulácie, kalkulácie a neviem ešte aké „ácie“ a preto ma napadla jedna otázka: Existuje vôbec niečo ako „svätý grál“ pre vyhodnocovanie ponúk vo verejnom obstarávaní? Existuje vzorec, ktorý by zjednotil a zahrnul všetky spôsoby vyhodnocovania ponúk, a teda dalo by sa pomocou neho vyhodnocovať všetko hospodárne, nediskriminačne a efektívne za akýchkoľvek nastavených podmienok?



Autor je zamestnancom odboru metodiky a elektronického verejného obstarávania Úradu pre verejné obstarávanie.

Zo života obstarávača

JUDr. Peter Kubovič

Všetky osoby opísané v tomto článku sú fiktívne a ich podobnosť s reálnymi osobami je čisto náhodná. To isté platí vo vzťahu k informačným systémom, elektronickým aukciám a ostatným nástrojom verejného obstarávania.

V Hlbokej vode nastal nevšedný deň. Hoci išlo o volebný víkend a v štáte sa rozhodovalo o rozdelení moci, Sväto dúfal, že krásnu sobotu strávi s Marou. Sväto sa po rannej káve v miestnom pohostinstve, kde si vypočul posledné predvolebné prognózy, ponáhlal za Marou s predstavou, že spolu stravia pekný slnečný deň pri prechádzke pri Hlbokej Vode, čo bol názov miestnej rieky. Po príchode na obecný úrad však zistil, že jeho predstavy o spoločnej prechádzke a diskusii o verejnom obstarávaní s následným piknikom sa rozplynú rýchlejšie ako sa rozplynie ranná rosa. Mara napriek tomu, že k Svätovi začala pociťovať náklonnosť (spôsobenú nie len Svätovou odbornosťou v predmete verejné obstarávanie, ale aj jeho neutíchajúcou slávou, ktorú mu začalo vzdávať viacero osobností regiónu, ba dokonca z okresu), sa musela zúčastňovať na priebehu volieb ako predsedníčka okrskovej volebnej komisie za obec Hlboká voda.

Sväto bol z vývoja dňa smutný, nakoľko vonku bolo prekrásne počasie, čo po dlhej a hmlistej zime, priam nutkalo k spoločnej prechádzke a nadýchnutiu sa v prírode. No čo už, povedal si Sväto a nechal Maru plniť svoju občiansku povinnosť. Do ošúchaného batohu, ktorý dostal z operačného programu „Rozvoj vidieka“, si okrem sendviča a fľaše vody vložil úplne nový zákon o verejnom obstarávaní, ktorý dostal v zbierke zákonov podľa Sväta, priam nádherné číslo 343. Sväto vedel, že s týmto číslom sa bude stretávať niekoľko najbližších rokov, nakoľko starý zákon nedávno doslúžil svoju 10 ročnú púť a práve zákon č. 343 predstavuje jeho novú reinkarnáciu. Svätovi aj odľahlo, že starý zákon plný nejasností sa stáva minulosťou, na druhej strane, sa ale začal trochu aj báť, nakoľko nový zákon kompletne prečísloval paragrafy a Sväto si vôbec nebol istý, kam sa v novej právnej úprave má pozerieť, aby našiel aspoň aké také záchytné body, ktoré by mu umožňovali sa zorientovať. V kúsku duše sa Sväto obával toho, že pre Maru už nebude takým vzorom a mentorom

akým býval, práve z dôvodu, že stratil výhodu pevnej pôdy pod nohami.

Pri výstupe na kopec Vysoký vrch, ktorý sa hrdó týčil nad Hlbokou vodou sa Sväto viac a viac zamýšľal nad Marou a v duchu si šepkal, že ten nový zákon nemal vôbec prísť. Veď v starom zákone bolo nevyriešených ešte toľko veľa otázok, toľko priestoru pre diskusie s Marou. Pri výstupe na vrchol sa Sväto pod ťarchou svojich úvah, rozhodol posadiť pod starý dub a rozložil si svoj proviant. Po skončení sendviča sa Sväto pohodlne usadil a začal listovať zákonom č. 343. V spleti paragrafov sa objavovali nové pojmy ako inovácia, životný cyklus, inovatívne partnerstvá, elektronické katalógy, dynamické nákupné systémy a pod. Sväto pod ťarchou týchto nových pojmov podľahol mámeniu a pevne sa opierajúc o starý dub zaspal.

V jeho sne sa zjavila pomalými krokmi sa blížiacia Mara v miestnom kroji. V náručí sa jej čosi trblietalo a Sväto sa snažil zaostriť svoj zrak. Sväto sa v spánku usmieval a teplé slnečné lúče mu príjemne dopadali na tvár. Zrazu však zmeravel, vo sne k nemu pristúpila Mara, v ruke držiaca hrubý almanach s lesklým nápisom z. č. 343 a opýtala sa ho svojím zvučným hlasom „Sväto vysvetlíš mi, čo je to Inovatívne partnerstvo?“. Sväto sa v tomto momente náhle prebudil zo sna a zúfalo sa začal obzerať, kde je, koľko je hodín a čo sa to vlastne stalo. V nasledujúcej minúte mu v hlave skrsla myšlienka... a mal plán.

Pokračovanie v ďalšom čísle



Prieskum skúseností podnikateľov

Ako je to s verejným obstarávaním v zahraničí?

Napriek tomu, že pravidlá jednotného vnútorného trhu EÚ a Dohoda o vládnom obstarávaní (GPA) právne zabezpečujú nediskriminačný prístup slovenských podnikateľov k verejným obstarávaniam v jednotlivých členských štátoch EÚ, ako aj v tretích krajinách, realita môže byť značne odlišná. Otázkou zlepšenia prístupu slovenských podnikateľov na trh verejného obstarávania v zahraničí, konkrétne v USA, sa zaoberá aj v súčasnosti pripravovaná Dohoda medzi EÚ a USA o transatlantickom obchodnom a investičnom partnerstve – TTIP¹.

Zaujímá nás váš názor, a preto si vás dovoľujeme požiadať o vaše skúsenosti s účasťou na verejných obstarávaníach v zahraničí, a teda v rámci členských štátov EÚ alebo v ostatných krajinách sveta.

Cieľom je získať informácie o prekážkach, ale aj pozitívnych skúsenostiach, s ktorými sa, či už ako uchádzači, alebo ako subdodávatelia, stretávajú podnikateľské subjekty zo Slovenska.

Vaše skúsenosti a podnety, ktoré prosíme zasielať na e-mailovú adresu: redakcia@uvo.gov.sk, môžu následne slúžiť na presadzovanie záujmov Slovenskej republiky a jej podnikateľov, či už v rámci kontaktov s orgánmi EÚ, členskými štátmi EÚ alebo s tretími krajinami a tiež pri rokovaniach o vyššie uvedenej dohode TTIP.

Martin Poloha



¹ <http://www.mhsr.sk/11239-menu/144614s>

VO v EÚ – v poznámkach pod čiarou

Január 2016 – Európska komisia publikovala správu o administratívnych kapacitách, systéme a praxi jednotlivých členských štátov pri verejných obstarávaníach financovaných z európskych štrukturálnych a investičných fondov (EŠIF)¹.

14. 1. 2016 – vo svojom rozsudku C-234/14, Ostas celtnieks, sa Súdny dvor EÚ zaoberal otázkami súvisiacimi s preukazovaním splnenia podmienok účasti prostredníctvom tretej osoby². Komentár (v angličtine) k predmetnému rozsudku, ako aj mnoho užitočných informácií o verejnom obstarávaní v EÚ môžete nájsť na blogu Dr. Alberta Sancheza-Graellsa, prednášajúceho právo verejného obstarávania na University of Bristol Law School vo Veľkej Británii³.

29. 1. 2016 – Európska komisia predložila návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o prístupe tovaru a služieb tretích krajín na vnútorný trh verejného obstarávania Únie a o postupoch podporujúcich rokovania o prístupe tovaru a služieb Únie na trhy verejného obstarávania tretích krajín⁴.

9. 2. 2016 – Európska komisia informovala o zavedení Informačného systému o vnútornom trhu (IMI) aj pre oblasť verejného obstarávania, napr. v prípadoch overovania informácií a dokumentácie od uchádzačov z ostatných členských štátov EÚ⁵.

19. 2. 2016 – Európskou úniou podporovaný projekt inovatívneho verejného obstarávania v odvetví vŕôd⁶ predstavil príručku na implementáciu

inovatívneho partnerstva vo verejnom obstarávaní⁷.

5. 4. 2016 – Súdny dvor EÚ sa vo svojom rozsudku C-689/13, PFE, zaoberal výkladom tzv. revízných smerníc EÚ – o postupoch preskúmania v oblasti zadávania verejných zákaziek⁸.

7. 4. 2016 – Súdny dvor EÚ sa vo svojom rozsudku C-324/14, Partner Apelski Dariusz, opätovne zaoberal preukazovaním splnenia podmienok účasti prostredníctvom tretej osoby⁹.

12. 4. 2016 – Európska komisia publikovala 3. aktualizované vydanie príručky zeleného verejného obstarávania – Buying green! (verejné obstarávanie s ohľadom na ekológiu a životné prostredie)¹⁰.

12. 4. 2016 – Európska komisia predstavila 15 odporúčaní na zvýšenie povedomia v oblasti verejných obstarávaní bioproduktov¹¹.

13. 4. 2016 – Európska komisia spustila verejnú konzultáciu na vyhodnotenie smernice 2009/81/ES o verejnom obstarávaní v oblastiach obrany a bezpečnosti¹².

19. 4. 2016 – Európska komisia vykonáva prieskum týkajúci sa zavedenia Európskeho katalógu štandardov pre oblasť verejného obstarávania informačno-komunikačných technológií (IKT)¹³.

19. 4. 2016 – Pedro Telles, prednášajúci právo verejného obstarávania na Swansea Univerzity vo

1 <http://bookshop.europa.eu/en/stock-taking-of-administrative-capacity-systems-and-practices-across-the-eu-to-ensure-the-compliance-and-quality-of-public-procurement-involving-european-structural-and-investment-esi-funds-pbKN0116350/>

2 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173519&pageIndex=0&doclang=SK&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76186>

3 <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/02/cjeu-pushes-for-flexibility-for-teaming.html>

4 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK-EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0034&from=EN>

5 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8665&lang=en&title=Cross-border-check-of-procurement-information-by-public-administrations-now-possible-thanks-to-Internal-Market-Information-System

6 <http://www.waterpipp.eu/>

7 <http://www.waterpipp.eu/sites/default/files/WaterPiPP%20HTG%20EU%20Level%20Edited%20DEFINITE%20Protected.pdf>

8 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=175548&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=SK&cid=341994>

9 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175666&pageIndex=0&doclang=SK&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=852601>

10 http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm

11 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8767&lang=sk&tpa_id=0&title=15-recommendations-for-an-increased-uptake-of-bio-based-products-in-public-procurement

12 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8675

13 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8787&lang=sk&tpa_id=0&title=Survey-on-European-catalogue-of-standards-for-ICT-procurement

Walese, na svojom blogu o verejnom obstarávaní uviedol, že **z 28 členských štátov EÚ iba 7 z nich** (Bulharsko, Dánsko, Francúzsko, Maďarsko, Slovensko, Slovinsko a Veľká Británia) **transponovalo načas** (do 18. 4. 2016) **smernicu 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní**¹⁴.

19. 5. 2016 – Európska komisia organizuje v Tallinne v Estónsku **konferenciu o správnom nastavení kritérií na vyhodnotenie ponúk vo verejnom obstarávaní**, s podtextom pomer najlepšej ceny a kvality verzus najnižšia cena, alebo ako získať najlepšiu hodnotu za peniaze¹⁵.

Mgr. Martin Poloha, M.A.



14 <http://www.telles.eu/blog/2016/4/18/which-member-states-have-transposed-directive-201424eu-already>

15 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8746&lang=sk&title=Conference-in-Tallinn-on-award-criteria-in-public-procurement.