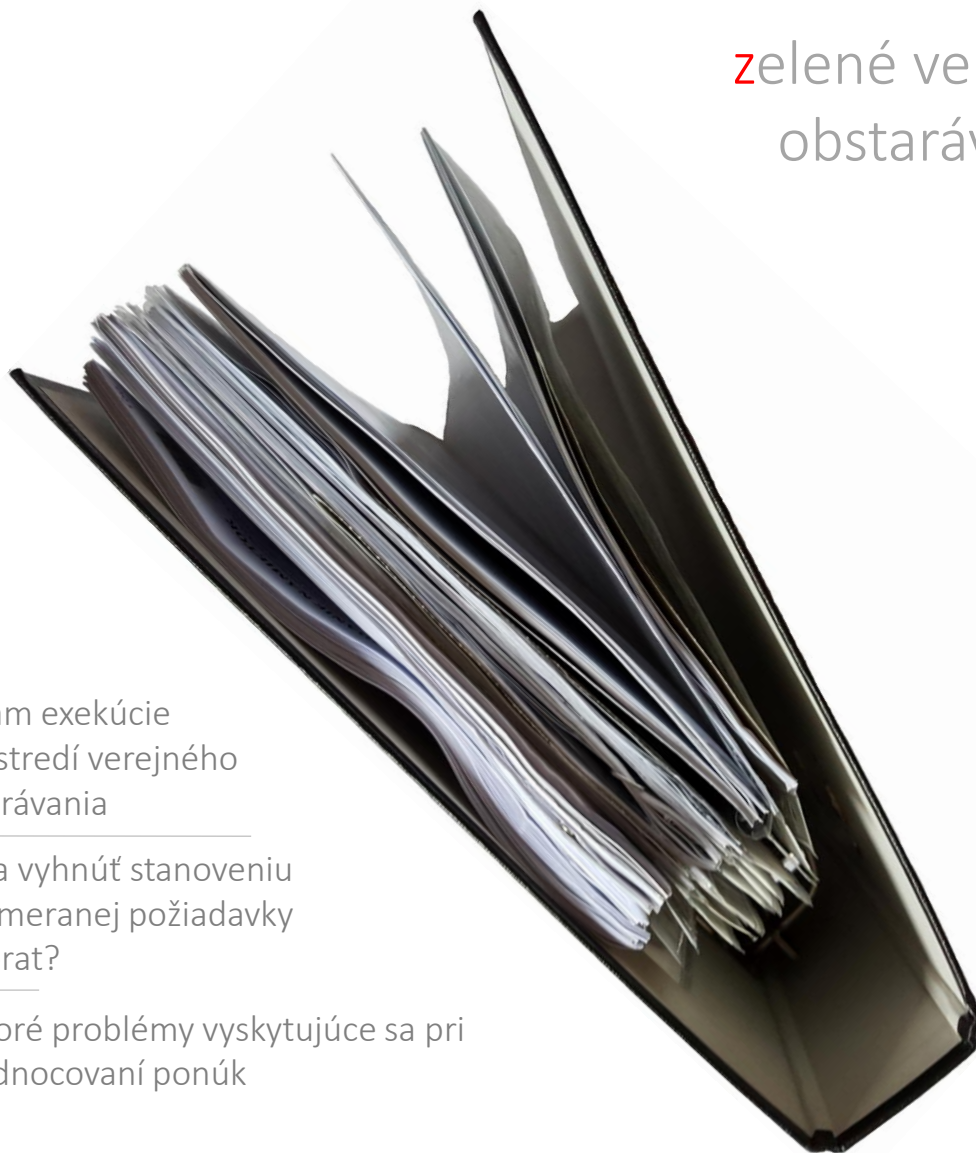


zelené verejné obstarávanie



význam exekúcie
v prostredí verejného
obstarávania

ako sa vyhnúť stanoveniu
neprimeranej požiadavky
na obrat?

niektoré problémy vyskytujúce sa pri
vyhodnocovaní ponúk

Vybrané politiky a zásady obstarávania dreva a drevených výrobkov

3-10

JUDr. Ján Hudec, PhD.

Nedostatočné dodržiavanie princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a princípu transparentnosti pri vyhodnocovaní ponúk a pri vytváraní opisu predmetu zákazky

11-16

Mgr. Jana Kováčová

O neznámej a obávanej

17-18

Ing. Martin Hoffmann

Ako nediskriminovať bdelych - správne nastavenie podmienky účasti s ohľadom na možnú exekúciu uchádzača alebo záujemcu

19-20

JUDr. Mário Vanc, LL.M

Požiadavka na preukázanie výšky dosiahnutého obratu: ako sa vyhnúť stanoveniu neprimeranej požiadavky?

21-24

Mgr. Zuzana Krajčovičová

Nad jedným rozsudkom

25-27

Mgr. Róbert Majchrák

Možnosť obmedzenia preukazovania kapacít prostredníctvom tretej osoby – analýza návrhov generálnej advokátky Eleanor Sharpston zo dňa 17. 11. 2015

28-30

Mgr. Peter Kubovič

Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci *RegioPost* C-115/14 (minimálne mzdy vo verejnom obstarávaní)

31-35

Mgr. Norbert Fecko

Fejtón – Deň obstarávača

36

Mgr. Peter Kubovič

Vývoj verejného obstarávania v prvých troch štvrťrokoch 2015

37-38

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

mail: redakcia@uvo.gov.sk

Editorial

Ing. Zita Táborská

Milí čitatelia,

otvárate prvé číslo odborného časopisu vydávaného Úradom pre verejné obstarávanie s názvom ÚVO revue. Časopisu, ktorý sa zaoberá problematikou verejného obstarávania a ktorý má ambíciu stať sa informačným kanálom pre odbornú, ale i laickú verejnosť, pre obstarávateľov aj verejných obstarávateľov, uchádzačov aj záujemcov. Časopisu, ktorý vznikol z iniciatívy zamestnancov Úradu pre verejné obstarávanie.



Napriek tomu, že komunikácia s odbornou verejnosťou je a aj naďalej bude mojou osobnou prioritou, pod tlakom iných povinností a úloh som nemala odvahu pustiť sa do takéhoto náročného projektu, akým bezpochyby vydávanie odborného časopisu je. Priblížiť prácu úradu a zlepšiť informovanie verejnosti o tejto zložitej problematike prostredníctvom odborného časopisu som sa rozhodla na základe myšlienky a podnetu zamestnancov úradu. Zamestnancov, ktorým nie je ľahostajná problematika verejného obstarávania, spôsob informovania verejnosti a ktorých táto téma zaujíma a baví zároveň. A práve z iniciatívy týchto nadšencov uzrelo svetlo sveta prvé číslo ÚVO revue.

Problematika verejného obstarávania je vďačnou témou v spoločnosti. Počut' hlasy, že verejné obstarávanie je zložité, zdĺhavé, netransparentné. Negatívne povedomie sa šíri rýchlo, a spoľahlivo napĺňa nielen úvodníky novín a časopisov. Odborná i laická verejnosť sa pýta, prečo to tak je, ba dokonca veľakrát rezignovane povie – na Slovensku je to tak. Dôvodov je iste viac a spomeniem len niektoré: nedostatok odborných informácií a skúseností, nízke právne povedomie, slabá motivácia, prípadne rezignácia účastníkov procesu. A práve tieto dôvody sa snažíme s kolegami odstraňovať. Verejné obstarávanie je proces, ktorý sám osebe nemôže byť vinný za negatívne vnímanie verejnosťou. Ani zákon nemôžeme viniť za to, že verejná mienka je negatívna. Na vine je jedine ľudský faktor, ktorý tento proces riadi a snaží sa zákon aplikovať v praxi. Ľudský faktor, ktorý nemá dostatok informácií a poznatkov z problematiky, nepozná európske pravidlá verejného obstarávania a rozhodovaciu prax úradu, prípadne nepozera na problematiku cez princípy verejného obstarávania.

Jedným z krokov, ako tento stav zmeniť, teda priblížiť informácie verejnosti a umožniť jej dozvedieť sa viac z tejto oblasti, je práve novovzniknuté ÚVO revue. Bude našou snahou, aby časopis prinášal aktuálne informácie a poznatky širokej verejnosti.

Redakčná rada je vytvorená z odborníkov, ktorí sa v problematike vyznajú, ktorí majú informácie priamo z Európskej únie, prednášajú a stretávajú sa s odborníkmi z praxe, poznajú pravidlá, ale i potreby a problémy obstarávateľov a verejných obstarávateľov, no i záujemcov a uchádzačov. Hlavnými čitateľmi by mali byť tí, ktorí stoja v prvých frontoch na bojisku zvanom verejné obstarávanie. Tých, ktorí si pokladajú za povinnosť vybojovať každú bitku spravodlivo a najmä s použitím férových a zákonných zbraní. ÚVO revue je však určené aj tým, ktorí sú v tomto boji len v pozícii spravodajcov alebo pozorovateľov. Či sa nám to podarí, posúdite sami. Radi však privítame vaše impulzy, komentáre či otázky. Budete tak spolutvorcami časopisu a môžete nastavovať jeho odbornú úroveň.

Vážení čitatelia,

dovoľte, aby som vám zaželala pohodu pri listovaní a čítaní riadkov časopisu, aby ste na jeho stránkach vždy našli dostatok informácií, ktoré vám v praxi pomôžu zorientovať sa v tejto neľahkej oblasti.

Redakčnej rade prajem veľa tvorivých síl, chuti do písania a snahy získať pre vás zaujímavé témy z oblasti legislatívy, zahraničnej praxe, prípadne rozhodovacej praxe úradu, slovenských súdov a tiež Európskeho súdneho dvora.

Vybrané politiky a zásady obstarávania dreva a drevených výrobkov

JUDr. Ján Hudec, PhD.

Príspevok je zameraný na politiky a zásady verejného obstarávania dreva a produktov vyrobených z dreva s dôrazom na to, aby drevo a produkty z neho vyrobené mohli byť predmetom verejného obstarávania vtedy, ak pôjde o legálne vyťažené drevo a prípadne aj o drevo, ktoré pochádza z lesov, ktoré sú trvalo udržateľné. Práve využívanie dreva z trvalo udržateľných lesov vytvára rovnováhu medzi ekologickými a produkčnými funkciami lesa – poskytovaním surovín, predovšetkým drevnej hmoty. Príspevok naznačuje prístupy k tejto problematike v základnej rovine vo vybraných krajinách Európskej únie a niektorých vybraných krajinách sveta.

Zavádzanie politik a zásad obstarávania legálneho dreva a výrobkov z neho verejnými obstarávateľmi, ktorí disponujú značnou kúpnu silou, sa ukázalo ako účinný nástroj nielen na ovplyvňovanie celosvetového obchodu s drevom vo vzťahu k verejnému a súkromnému sektoru, ale aj ako významný inštitút ochrany životného prostredia. Podľa Ministerstva pôdohospodárstva a rozvoja vidieka SR (Tlačová správa, 2013) mal globálny obchod s primárnymi výrobkami z dreva v roku 2011 hodnotu viac ako 108 miliárd eur. Z toho sa 35 % (37,8 mld. eur) realizovalo v Európskej únii. Súčasne vo vzťahu k verejnému obstarávaniu môžeme uviesť, že na základe prieskumu Európskej komisie v r. 2011 orgány štátnej správy a verejnej moci a správy v Európskej únii zodpovedajú každoročne za výdavky vo výške viac ako 2 bilióny eur, čo predstavuje viac ako 19 % HDP Európskej únie (Zelené verejné obstarávanie, 2014, s. 3).

Obstarávaním certifikovaného dreva orgánmi verejnej správy, ktoré sú významnými odberateľmi, sa zvyšuje jeho podiel na trhu, čo stimuluje aj súkromných odberateľov na nákup certifikovaného dreva. Rast trhu v tomto segmente, ako aj záujem o zvýšenie povedomia o dreve a drevných produktoch z trvalo udržateľných lesov môžu zvyšovať aj významné, verejne financované projekty. Ako príklad môžeme uviesť Letné olympijské hry v Londýne v roku 2012, kde podiel obstaraného dreva a produktov z udržateľných lesov predstavoval 100 % (Dobré drevo, č. 32/2012).

Všeobecne sa konštatuje, že zelené verejné obstarávanie má význam ekonomický, environ-

mentálny a sociálny. Ide o značne širokú a náročnú problematiku, ktorá má interdisciplinárny charakter z hľadiska tvorby, ale aj praktickej aplikácie a aj z toho dôvodu, že je neustále vo vývoji na svetovej, európskej, ale aj na národných úrovniach. Príspevok naznačuje len niektoré aspekty dotýkajúce sa osobitnej komodity – dreva a výrobkov z dreva s cieľom upozorniť na význam tejto komodity hlavne z hľadiska eliminovania nelegálnej ťažby dreva a potreby udržateľnosti lesného fondu.

Motívom napísania príspevku bola výskumná štúdia Duncana Bracka, ktorý sa okrem iného venuje aj problematike verejného obstarávania dreva a drevných produktov a niektoré výsledky výskumu je možné považovať za zaujímavé pre formovanie zeleného verejného obstarávania na Slovensku. Pri písaní príspevku som využil aj dostupnú domácu literatúru, právne predpisy a dokumenty k nim.

Zásady a schémy obstarávania dreva a produktov z dreva

Je možné konštatovať, že v krajinách, ktoré majú dlhšie skúsenosti so zavedením komplexných schém verejného obstarávania dreva a drevných produktov, je evidentne vyšší podiel rozšírenia certifikovaného dreva na národných trhoch.

Podľa Brack (2014, s. 4) z údajov z roku 2014 vyplýva, že 19 krajín Európskej únie má zavedenú určitú politiku verejného obstarávania dreva a drevných produktov. Z členských štátov Európskej únie nemá žiadne politiky verejného obstarávania dreva osem krajín. Najmenej sedem krajín mimo Európskej únie (Austrália, Čína, Japonsko, Mexiko,

Nový Zéland, Nórsko a Švajčiarsko) má zavedené politiky obstarávania zamerané na zabezpečenie, aby verejní obstarávatelia nadobúdali výlučne výrobky a produkty (alebo aspoň niektoré kategórie produktov) z legálne vyťaženého dreva, resp. dreva pochádzajúceho z trvalo udržateľných lesov. V Austrálii, Českej republike, Fínsku, Lotyšsku a vo Švédsku ide o dobrovoľné usmernenia, ktoré majú obstarávatelia podporovať, hoci nie sú povinní sa nimi riadiť.

Vo väčšine prípadov sa zásady verejného obstarávania drevných výrobkov vzťahujú len na centrálnu vládu. Je však bežnou praxou, že aj orgány regionálnej a miestnej samosprávy niektorých krajín majú zavedené určité zásady obstarávania dreva, resp. drevených výrobkov, pričom tieto sú často inšpirované zásadami obstarávania prijatými centrálnymi vládami. V nasledujúcej tabuľke uvádzame príklady.

Tabuľka č. 1 Príklady politik verejného obstarávania dreva

Krajina	Samospráva	Politika verejného obstarávania
Austrália	Queensland	Kancelársky nábytok
Brazília	Sao Paulo	Zameraná na vylúčenie nelegálneho dreva
Francúzsko	Cognac	Pôvodne len „pouličný nábytok“ (lavičky a pod.) neskôr všetky drevené produkty
Nemecko	Baden-Württemberg	Ako centrálna vláda
Nemecko	Hamburg	Ako centrálna vláda
Španielsko	Barcelona	Všetky produkty
Španielsko	Baskicko	Kancelársky nábytok
Veľká Británia	Durham County Council	Všetky produkty
Veľká Británia	London Borough of Lewisham	Všetky produkty
USA	Štát New York	Zakazuje nákup tropického tvrdého dreva získaného inak ako z trvalo udržateľných lesov

Prameň: Brack, (2014, s. 5)

Podmienkou efektívneho a zodpovedného využívania zásad obstarávania dreva a drevených produktov (legálny pôvod dreva, drevo pochádzajúce z udržateľných lesov a pod.) je ich jednoduchá aplikovateľnosť. Najjednoduchšou cestou, ako tento cieľ dosiahnuť, je spoľahnúť sa na existujúce spôsoby preukazovania legality dreva a jeho pôvodu z pohľadu udržateľnosti lesa.

S postupným vznikom certifikácie a jej vstupovaním do povedomia vlastníkov lesov sa vyvíjal aj počet certifikačných systémov. Certifikáciu dreva môžeme vymedziť ako proces na overenie skutočnosti o pôvode dreva a ostatných lesných produktov a následné vystavenie certifikátu, ktorý potvrdzuje tento pôvod. Proces certifikácie prebieha obyčajne na dvoch úrovniach, a to:

- certifikácia trvalo udržateľného hospodárenia v lesoch, ktorá je zameraná na certifikáciu lesných porastov (miesto pôvodu drevnej suroviny) a
- certifikácia spotrebiteľských reťazcov (chain of custody, C-o-C), ktorá sa dotýka zásobovacieho reťazca od producentov drevnej suroviny cez spracovateľov dreva a producentov rôznych výrobkov z dreva až k spotrebiteľom - sledovanie pôvodu dreva v jednotlivých fázach reťazca (Suchomel, Gejdoš, Tajboš, 2011, s. 209).

Pri rozhodovaní o certifikácii je potrebné zvoliť si vhodný (akceptovateľný) certifikačný systém, podľa ktorého pravidiel sa certifikácia vykoná a prideli sa certifikačná značka. Existuje terminologická nejednotnosť výkladu a používania termínu „značka“. Všeobecne je termín „značenie-labelling“ považovaný za synonymum pre podobné termíny, ako sú vyhlásenie (declaration), označovanie (marking), označenie (designation), vytlačenie loga, piktogramu atď. (Rusko, 2012, s. 246).

Medzi významné certifikačné systémy patria FSC (Forest Stewardship Council)¹ a PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification). Tieto dva certifikačné systémy v súčasnosti dominujú svetovému trhu v oblasti lesných produktov. Môžeme ich charakterizovať ako komplexné schémy so širokou škálou kritérií, účelom ktorých je preukázať, že výrobky boli vyrobené v súlade s princípmi trvalo udržateľného obhospodarovania lesov (čo zahŕňa súlad s vnútroštátnymi právnymi predpismi) a súlad výrobkov s týmito schémami je možné sledovať

¹ <http://www.czechfsc.cz/fsc-certifikace/certifikacni-firmy.html> - certifikáciu FSC vykonávajú len uvedené authority, certifikát PEFC môžu vydávať aj tuzemské akreditované certifikačné spoločnosti.

v celom dodávateľskom reťazci. V praxi to znamená, že každý spracovateľ v reťazci od vlastníka lesa až k zákazníkovi potrebuje získať certifikát PEFC alebo FSC, čo je zárukou pôvodu dreva vo výrobku.

Systémom PEFC bolo už v roku 2011 certifikovaných viac ako 231 mil. ha lesa, čo z neho robí najrozšírenejší systém na svete. Bolo vydaných 7 814 certifikátov spotrebiteľského reťazca (C-o-C) a počet používateľov loga PEFC bol takmer 34-tisíc. Napr. len v Nemecku z celkovej rozlohy lesov sú až 2/3 certifikované systémom PEFC a plocha certifikovaných lesov predstavuje (júl 2013) celkom 7,4 mil. ha. V Rakúsku je 68 % lesných plôch certifikovaných systémom PEFC, čo predstavuje 2,7 mil. ha lesov (www.pefc.cz).

Certifikačný systém FSC bol vytvorený veľkými podnikmi v USA a Kanade. V USA bolo týmto systémom certifikovaných v roku 2011 až 20 219 000 ha lesa a v Kanade 36 095 472 ha lesa. Tento certifikačný systém bol postupne zosúladený aj s PEFC (Suchomel, Gejdoš, Tajboš, 2011, s. 210).

Problematica legálnosti ťažby dreva úzko súvisí s problematikou udržateľného lesného hospodárstva. Európska legislatíva však vyzdvihuje problematiku legálnosti ťažby ako samostatnú kategóriu. V súvislosti s vyčísliteľnými ekonomickými defektmi Svetová banka odhaduje ročnú celosvetovú trhovú hodnotu strát v dôsledku nelegálnej ťažby dreva v ostatných rokoch na 10 miliárd USD, čo je viac než osemnásobok celkovej rozvojovej pomoci vyčlenenej na udržateľné obhospodarovanie lesov (Návrh na stanovenie príslušného orgánu v zmysle nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 995/2010 z 20. októbra 2010, ktorým sa ustanovujú povinnosti hospodárskych subjektov uvádzajúcich na trh drevo a výrobky z dreva).

Niektoré zásady verejného obstarávania dreva v členských štátoch Európskej únie v súčasnosti odkazujú na licencie systému FLEGT (Forest law enforcement, governance and trade (Vynútiteľnosť práva, správa a obchod v lesnom hospodárstve)).

Akčný plán FLEGT vytvorený Európskou úniou v roku 2003 o presadzovaní práva, štátnom dozore a obchode v lesnom hospodárstve mal dva kľúčové prvky – vytvorenie nariadenia Európskej únie o dreve a dobrovoľné zmluvy o partnerstve (obchodné zmluvy s krajinami vyvážajúcimi drevo, ktoré pomáhajú zabrániť umiestneniu nezákonne vyťaženého dreva na trh Európskej únie).

Základným kameňom akčného plánu je uzavretie partnerstiev FLEGT medzi Európskou úniou a krajinami produkujúcimi drevo, ktorých cieľom je zastavenie nezákonnej ťažby dreva. V roku 2005 Rada prijala nariadenie (ES) č. 2173/2005 o vytvorení licenčného systému a mechanizmu na overenie zákonnosti dovozu dreva do Európskej únie.

Licencie systému FLEGT boli, resp. budú vydané krajinami produkujúcimi drevo, konkrétne tými, ktoré súhlasili s dobrovoľnými zmluvami o partnerstve (VPA) s Európskou úniou. V súčasnosti je uzatvorených šesť zmlúv VPA a ďalších 9 zmlúv je aktuálne v príprave. Každá zmluva VPA zavádza systém kontroly legality drevárskych výrobkov a licencuje ich na vývoz do Európskej únie. Nelicencované produkty z dreva z krajín VPA nemôžu byť prepustené do priestoru Európskej únie (Brack, 2014, s. 7).

V tomto kontexte je potrebné spomenúť Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 995/2010, zo dňa 20. 10. 2010, ktoré nadobudlo účinnosť v marci 2013. Týmto nariadením sa ustanovujú povinnosti hospodárskym subjektom, ktoré uvádzajú na trh drevo a výrobky z dreva (ďalej len „nariadenie o dreve“). Nariadenie je zamerané na boj proti obchodovaniu s nezákonne vyťaženým drevom a s výrobkami z takéhoto dreva v Európskej únii. Nariadenie výslovne zakazuje umiestniť nezákonne vyťažené drevo a výrobky z takéhoto dreva na trh Európskej únie. Drevo a výrobky z dreva s licenciou FLEGT alebo s certifikátmi dohovoru CITES (Dohovor o medzinárodnom obchode s ohrozenými druhmi) podľa článku 3 nariadenia o dreve v plnej miere spĺňajú požiadavky nariadenia. Kontroly na overenie legálnosti (a teda aj systémy náležitej starostlivosti) sa zrealizujú v krajine vývozu v súlade s dobrovoľnými partnerskými dohodami medzi krajinami vývozu a Európskou úniou. Dovezené drevo tak bude možné považovať z hľadiska hospodárskeho subjektu za bezrizikové (Usmerňovací dokument k nariadeniu EÚ o dreve, 2012).

Je potrebné uviesť, že takmer všetko drevo a drevené výrobky obstarávané verejným sektorom spadajú do troch širokých kategórií:

- papierové výrobky (papier do tlačiarň a kopírok, obálky, šanóny, poznámkové bloky atď.),
- nábytok (stoly, stoličky, skrine, parkový, pouličný a záhradný nábytok atď.) a
- drevo používané vo výstavbe, pri rekonštrukcii alebo údržbe (oplotenia, strešné krytiny, podlahy, okenné

rámy, dvere, obloženie atď.) vrátane špeciálneho použitia dreva, ako sú prístavné zábrany alebo zábrany proti záplavám (Brack, 2014, s. 8).

Verejní obstarávatelia môžu nakupovať drevo a drevné produkty vo vlastnej rézii alebo na tento účel využiť služby centrálnych obstarávacích organizácií. Vo všetkých prípadoch majú obstarávatelia možnosť konkretizovať kritériá, ktoré požadujú pre produkty, ktoré obstarávajú (napr. podmienka certifikácie). Členské štáty Európskej únie používajú stanovené kritériá zväčša na všetky kategórie produktov, niektoré krajiny začínajú používať priamo produktové listy konkretizované v nariadení o dreve.

Politiky verejného obstarávania dreva môžu byť použité aj na podporu využívania dreva ako biomasy na produkciu energie a tepla. Dopyt po dreve na tento účel v Európskej únii výrazne stúpa a niektoré krajiny v tomto smere navyšujú svoj dopyt, najmä s ohľadom na splnenie cieľov v oblastiach využívania obnoviteľných zdrojov energie a ochrany životného prostredia.

Existujú viaceré prístupy k politike verejného obstarávania dreva. V zásade je možné rozlíšiť tri prístupy, ktoré rozoberá Brack (2014, s. 8) nasledovne:

a) Prvý z nich možno nazvať komplexným – ide o prístup napr. Veľkej Británie, Belgicka, Dánska, Luxemburska a Holandska. Uvedené krajiny majú vlastné komplexné schémy založené hlavne na procesoch konzultácií viacerých zainteresovaných strán. Tieto konkrétne vymedzujú pojmy ako „legalita“ a „udržateľnosť“. Stanovené kritériá sú často veľmi podrobné a riešia otázky, ku ktorým patrí napr. zdravie lesov a ich životaschopnosť, produkčné a ochranné funkcie lesných zdrojov, zachovanie biodiverzity, rozsah lesných zdrojov, ale aj sociálne požiadavky, ako je dodržiavanie zákonných, obvyčajových, prípadne tradičných práv držby, úprava procesov a pravidiel konzultácií a riešenie sporov.

Holandsko a Veľká Británia zriadili nezávislé poradné orgány na posudzovanie, či systémy certifikácie spĺňajú ich kritériá pre zákonnosť dreva a udržateľnosť lesov. V Holandsku má túto právomoc Timber Procurement Assessment Committee (TPAC) a vo Veľkej Británii Central Point of Expertise on Timber (CPET).

Pravidlá Európskej únie pre verejné obstarávanie vyžadujú, aby politiky verejného obstarávania

spočívali na kritériách, a nie na tom, či výrobok bol certifikovaný podľa určitej schémy (rovnocenné dôkazy). Z toho dôvodu tieto politiky vyžadujú systémy kritérií pre posudzovanie žiadostí dodávateľov, že ich výrobky spĺňajú podmienky udržateľnosti a zákonnosti. V prípade splnenia stanovených kritérií nemusia preukazovať schvaľovanie certifikovaným systémom. Vo Veľkej Británii vykonáva tieto posúdenia CPET - takzvanú „kategóriu B“ – dôkazy iné ako certifikačné schémy FSC a PEFC. Do „kategórie A“ patria certifikačné schémy (FSC a PEFC). V Holandsku je proces verejného obstarávania ponechaný na posúdenie kompetentnému úradníkovi, ktorý je zodpovedný za realizáciu procesu verejného obstarávania.

V praxi sa posúdenie „rovnocenných dôkazov“ využíva málo. V roku 2010 CPET (Veľká Británia) odhadoval, že v 60-70 % prípadoch bol obstarávateľom dodaný produkt vybavený kategóriou A – certifikačná schéma. Vo zvyšných prípadoch boli vybratí dodávatelia, ktorí preukázali, že ich produkty pochádzajú z certifikovaných zdrojov. Posudzovaním podľa kritérií boli ovplyvnené dokonca obidve certifikačné schémy. CPET zistil, že schéma PEFC nespĺňala kritériá udržateľnosti, čo bolo dôvodom jej revidovania a aj prísnejší model FSC bol modifikovaný s cieľom získať väčší počet bodov (posudzovanie CPET je založené na bodovacom systéme). Belgický model nemá zriadené orgány ako CPET a TPAC a systém posudzovania je založený čisto na schémach FSC, PEFC – Belgicko; resp. PEFC certifikácie z iných krajín. Akceptujú sa aj produkty certifikované inými schémami, prednosť majú produkty certifikované systémami FSC a PEFC (Brack, 2014, s. 11).



Zdroj: <http://www.public-domain-image.com/studio/slides/fresh-green-leaves-on-white-background.html>

b) Druhý prístup – jednoduchšie politiky obstarávania dreva

Väčšina krajín prijala jednoduchšie systémy, ktoré vyžadujú od obstarávateľov získať „legálne“ alebo „udržateľné“ drevo bez stanovenia podrobnej špecifikácie týchto pojmov. Niektoré z nich totiž obsahujú pomerne krátke definície; napr. Fínsko vo svojich zásadách obstarávania dreva používa definíciu legality podľa nariadenia o dreve a tiež odkazuje na medzinárodné zásady trvalo udržateľného lesného hospodárstva. Švédsko používa pojem „prijateľné“ (neakceptuje sa porušenie ľudských a občianových práv, ohrozenie oblastí s vysokým stupňom ochrany a vylučuje sa použitie dreva získaného z premeny pôvodne prírodných ekosystémov). Austrália sa obmedzuje iba na minimalizáciu environmentálnych a sociálnych rizík. Takmer všetky tieto krajiny akceptujú širokú škálu certifikátov, systémy overovania legality a udržateľnosti, a to predovšetkým systémy FSC, PEFC alebo ekvivalentné (napr. v Nemecku), prípadne licencie systému FLEGT.

Pre zaujímavosť uvádzame príklad Nórska, kde politika obstarávania dreva jednoducho zakazuje používanie tropického dreva na budovách verejného sektora a na stavebných prácach financovaných verejným sektorom. Aj keď takáto výnimka nie je v súlade s pravidlami pre verejné obstarávanie v rámci Svetovej obchodnej organizácie, nikdy nebol tento nórsky prístup spochybnený a napadnutý.

c) Kritériá pre zelené verejné obstarávanie v Európskej únii

V Európskej únii je politika verejného obstarávania záležitosťou právomocí jednotlivých členských štátov, aj keď všeobecné pravidlá pre túto oblasť stanovuje Európska únia. Napriek tomu sa Európska komisia snažila a snaží motivovať členské štáty, aby prijali širšiu politiku zeleného verejného obstarávania.

V roku 2008 publikácia Public Procurement for a Better Environment (Verejné obstarávanie pre lepšie životné prostredie, 2008) poskytla návod na rozvoj zelených stratégií pre verejné obstarávanie a stanovila cieľ, že do roku 2010 by 50 % všetkých postupov zadávania verejných zákaziek malo obsahovať environmentálny aspekt. Je potrebné skonštatovať, že tento cieľ nebol splnený a tieto požiadavky naplnilo len 26 % zákaziek. Európska komisia zahájila aj program vytvorenia spoločnej

politiky kritérií zeleného verejného obstarávania (Green Public Procurement – ďalej len „GPP“), s cieľom sprístupniť zelené verejné obstarávanie pre spoločnosti v celej Európskej únii. V júli 2014 boli dohodnuté „zelené“ kritériá pre 22 skupín výrobkov, vrátane kopírovacieho a grafického papiera, materiálov používaných v stavebníctve, drevených stenových panelov a nábytku. Používanie týchto kritérií je pre členské štáty Európskej únie dobrovoľné a zahŕňajú pre každý produkt jednak základné kritériá, ktoré sú odporúčané pre všetkých verejných obstarávateľov, ako aj komplexné kritériá, ktoré sú odporúčané pre tých, ktorí chcú kúpiť tie produkty, ktoré najlepšie naplňujú environmentálne ciele.

Požiadavky na legalitu dreva a jeho udržateľnosť v štyroch pre túto oblasť relevantných skupinách produktov² sú rovnaké pre základné aj komplexné kritériá. Patrí k nim hlavne požiadavka, aby každé pôvodné drevo pochádzalo z legálneho zdroja, pričom za akceptovanú formu preukázania sa považuje certifikát FSC alebo PEFC alebo ich ekvivalent, licencie systému FLEGT alebo vyhlásenie o legalite dreva (resp. produktov z neho vyrobených) spolu s preukázateľným dôkazom o sledovaní dodávateľského reťazca dreva. V rámci GPP síce neexistuje obligatórna požiadavka na použitie dreva pochádzajúceho z trvalo udržateľných lesov, ale za dôkaz o jeho použití sa udeľujú dodatočné body tak, ako je to definované v rôznych medzinárodných schémach udržateľného hospodárenia s lesmi.

Vzhľadom na vyššie uvedené, ako aj na to, že nariadenie o dreve v súčasnosti vyžaduje legalnosť všetkých výrobkov z dreva na trhu Európskej únie, možno konštatovať, že kritériá GPP nie sú príliš ambiciózne (aj keď nariadenie o dreve nezahrňuje všetky kategórie produktov, napr. drevené stoličky, ktoré by mohli byť pokryté práve kritériami GPP), žiada sa však pripomenúť, že tieto kritériá sú predmetom pravidelných revízií.

Kritériá GPP sú stabilne využívané v celej Európskej únii a päť členských štátov Európskej únie - Bulharsko, Cyprus, Česká republika, Malta a Slovinsko - doteraz prijalo kritériá GPP pre jednu alebo viac zo štyroch kategórií výrobkov z dreva a je pravdepodobné, že ďalšie krajiny plánujú ich prijatie v budúcnosti. Ako už bolo uvedené, členské štáty Európskej únie

² http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm; (construction – stavby, copying and graphics paper – kopírovací a grafický papier, furniture – nábytok, wall panels – stenové panely)

síce rozvíjajú a uplatňujú svoje vlastné politiky verejného obstarávania, Európska únia ale zároveň stanovuje zásady, s ktorými musia byť politiky členských štátov v oblasti verejného obstarávania v súlade. Ich cieľom je zabezpečiť, aby zásady a postupy verejného obstarávania fungovali transparentným spôsobom, aby bolo zabezpečené rovnaké zaobchádzanie s dodávateľmi (napr. sa zakazuje diskriminácia na základe štátnej príslušnosti) s cieľom dosiahnuť najlepšiu hodnotu pre daňových poplatníkov a spotrebiteľov verejných služieb.

Pravidlá Európskej únie poskytujú významný priestor na začleňovanie environmentálnych kritérií. Uvedené vyvolalo otázky, najmä vo vzťahu ku kritériám týkajúcich sa udržateľných produktov. Nebolo totiž jednoznačné, či majú byť niektoré aspekty spôsobu, akým sú udržateľné produkty vyrábané, pestované alebo vyťažené, pre obstarávateľa relevantné, a či vôbec možno takéto požiadavky udržateľnosti zahrnúť do technických špecifikácií zákazky. Možno aj z toho dôvodu boli vo Veľkej Británii dlhší čas vylúčené sociálne kritériá (ako je dodržiavanie legálnej, obvyklej a tradičnej držby a užívateľských práv alebo záruk, základných pracovných práv a podmienok ochrany zdravia a bezpečnosti) z jej definície udržateľnosti s domnením, že takéto kritériá nie sú dovolené podľa pravidiel verejného obstarávania Európskej únie (bez ohľadu na skutočnosť, že ostatné členské štáty ich často využívali a nikdy im to nebolo vytýkané aj z toho dôvodu, že FSC a PEFC schémy tieto sociálne kritériá zahŕňajú). V roku 2010 britská vláda zmenila názor a zahrnula sociálne kritériá do svojej politiky verejného obstarávania.

V tomto kontexte je významné hlavne rozhodnutie Súdneho dvora EÚ č. C-368/10 (máj 2015) v spore o žalobe podanej Európskou komisiou proti Holandskému kráľovstvu pre to, že umožnilo provincii Severné Holandsko stanoviť v zákazke na obstaranie automatických kávovarov v rámci technických špecifikácií kritériá odkazujúce na výrobky nesúce fair trade označenia EKO organic a Max Havelaar. Súdny dvor vyslovil, že verejní obstarávatelia môžu uviesť v rámci technických špecifikácií zákazky environmentálne a sociálne kritériá. Zároveň súdny dvor uviedol, že požiadavka verejného obstarávateľa, aby bol produkt (čaj a káva) označený značkou EKO alebo inou rovnocennou značkou, je v rozpore s čl. 23 ods. 6 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES

z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, nakoľko uvedený článok neumožňuje verejným obstarávateľom v rámci technických špecifikácií priamo vyžadovať určité environmentálne značky. Verejný obstarávateľ však môže použiť detailné špecifikácie environmentálnej značky; t. j. okopírovať požiadavky na udelenie environmentálnej značky do technických špecifikácií a environmentálnu značku môže pripustiť iba ako dôkaz dodržania technických špecifikácií v súťažných podkladoch, pričom musí pripustiť aj iný dôkaz - napr. technickú dokumentáciu výrobu, resp. skúšobný protokol uznaného subjektu (Bouda, 2015, s. 8).

Revízia smerníc o verejnom obstarávaní v Európskej únii ukončená na začiatku roku 2014 jasne určuje, že technické špecifikácie sa môžu týkať výrobných procesov a metód, ak súvisia s predmetom zákazky a sú primerané jej hodnote a účelu. Nie je teda spochybiteľné, že zahrnutie kritérií zákonnosti a trvalej udržateľnosti v politikách verejného obstarávania dreva a drevných produktov je prípustné podľa pravidiel Európskej únie.

Prehľad politik verejného obstarávania dreva uvádza Brack (2014) v prílohe „Annex: Summary of timber procurement policies“.

Niektoré výsledky politik verejného obstarávania dreva

Z výskumných štúdií trhu (Brack, 2014, s. 14) vyplynulo, že politika verejného obstarávania dreva má jednoznačne pozitívny dopad. Vo Veľkej Británii bol rast objemu obstarávania certifikovaného dreva v roku 2008 obzvlášť rýchly a certifikované drevo a drevné výrobky (či už z domácej produkcie alebo z dovozu) predstavovalo viac ako 80 % trhu s drevom, čo znamená nárast od roku 2005 o 55 %. Vo Veľkej Británii badať nepopierateľný posun v správaní ekonomických subjektov v obchode drevom, najmä zo strany progresívnych spoločností, z čoho vyplýva, že politika britskej vlády v oblasti obstarávania dreva spolu s tlakom mimovládnych organizácií má v tomto smere významný vplyv a bola jedným z iniciátorov pozitívnych zmien. Podobne aj v Holandsku vzrástol podiel certifikovaných drevných výrobkov z 13 % v roku 2005 na 34 % v roku 2008 a 68 % v roku 2011, zatiaľ čo podiel certifikovaného papiera a lepenky dosiahol 33 % v roku 2011. V roku 2011 prieskum na

trhu s drevom v šiestich krajinách Európskej únie (Dánsko, Francúzsko, Nemecko, Taliansko, Holandsko a Veľká Británia) zistil, že verejný sektor a veľkí odberatelia sú hlavnými aktérmi generovania dopytu po certifikovanom dreve z trvalo udržateľných lesov. Politika verejného obstarávania dreva v Nemecku je oveľa jednoduchšia ako politika vyššie uvedených krajín, ale v praxi by jej výsledok mal byť rovnaký, keďže takmer všetko drevo nakúpené vládami odberateľmi v týchto krajinách je certifikované schémami FSC alebo PEFC, čo možno považovať za najjednoduchší spôsob preukazovania súladu s kritériami.

Pravidlá Svetovej obchodnej organizácie

Verejné obstarávanie bolo v roku 1947 výslovne vylúčené zo Všeobecnej dohody o clách a obchode (GATT) - ako jadro systému Svetovej obchodnej organizácie - z veľkej časti práve kvôli jeho širokému použitiu ako prostriedku na podporu národných dodávateľov a zároveň prvku priemyselnej politiky členských štátov.

V súčasnosti sú zásady zadávania verejných zákaziek medzi členmi WTO predmetom Dohody o vládnom obstarávaní (Government procurement agreement - ďalej len „GPA“). Táto dohoda sa odlišuje od GATT a ďalších dohôd WTO. Ide o mnohostrannú dohodu, ktorej stranami nie sú všetci členovia WTO. V skutočnosti sú jej signatármi iba všetky členské štáty Európskej únie a štrnásť ďalších krajín.

Z hľadiska významných vývozcov dreva patria medzi signatárov GPA len Kanada a Spojené štáty. Okrem toho treba uviesť, že sa pravidlá GPA nemusia automaticky uplatňovať pre všetky obstarávania. Strany GPA si sami špecifikujú vládne subjekty (orgány verejnej správy) a služby, na ktoré sa bude vzťahovať, stanovujú minimálne prahové hodnoty a výnimky. Z uvedeného vyplýva, že drevárske výrobky nemusia byť vôbec zastrešené GPA.

Základné zásady nediskriminácie v rámci WTO (medzi obdobnými výrobkami od zahraničných i tuzemských dodávateľov) a transparentnosti (zásady vyplývajúce z požiadaviek obsiahnutých v zmluvách a pri zadávaní zákaziek), ktoré sú zahrnuté v GPA, sú využívané aj inými organizáciami. Aj Komisia OSN pre medzinárodné obchodné právo (UNCITRAL) podporuje legislatívu pre zadávanie verejných zákaziek z veľkej časti založenú práve na pravidlách GPA. Podobne aj rozvojová pomoc (napr. Svetovej

banky) často zahŕňa zásady verejného obstarávania, ktoré sú založené na pravidlách GPA - nakoniec aj národné pravidlá verejného obstarávania môžu vychádzať z pravidiel GPA (Brack, 2014, s. 15 - 16).

Zhrnutie

Príspevok sa venuje verejnému obstarávaniu dreva a výrobkov z dreva vo vybraných krajinách.

- Približuje politiky verejného obstarávania z pohľadu legality dreva a udržateľnosti lesov, hlavne z pohľadu certifikácií. Môžeme konštatovať, že certifikačné systémy FSC a PEFC sú hojne využívané vo verejnom obstarávaní dreva a drevných výrobkov.

- V súvislosti s nariadením Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 995/2010 príspevok v základnej rovine objasňuje licenčný systém FLEGT a význam jeho využívania pre ochranu štátov Európskej únie pred nelegálnym drevom, s ktorého využitím je potrebné počítať aj pri verejnom obstarávaní.

- Sumarizuje politiky verejného obstarávania dreva a zovšeobecňuje ich z hľadiska ich využívania vybranými štátmi.

- Stručne naznačuje princípy obstarávania Svetovej obchodnej organizácie a ich zásady v obchodných vzťahoch.

- Príkladom uvádza niektoré známe výsledky využívania zeleného verejného obstarávania dreva a drevných produktov.

Príspevok sa nevenuje politikám verejného obstarávania dreva a drevných produktov na Slovensku z toho dôvodu, že autor považuje za potrebné problematiku Slovenska v tejto oblasti analyzovať samostatne.

Autor pracuje na odbore legislatívno-právnom Úradu pre verejné obstarávanie.

Použitá literatúra:

1. Bouda, P. Fair Trade a veřejné zakázky. Analýza možností přidávání fairtradových kritérií do vypisovaných veřejných zakázek. Brno: NaZemí, 2015. ISBN 978-80-905409-5-8
2. Brack, D.: Promoting Legal and Sustainable Timber: Using Public Procurement Policy, (Research Paper). London: Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 2014. https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20140908PromotingLegalSustainableTimberBrackFinal.pdf
3. Certifikace PEFC a pohled k našim sousedům, www.pefc.cz
4. Londýnský olympijský park se stal oficiálně certifikovaný FSC. In.: Dobré dřevo 32/2012. Brno: Forest Stewardship Council (FSC) Česká republika. 2012. <http://www.czechfsc.cz>
5. MPaRV, Sekcia lesníctva. Tlačová správa: V Európskej únii nadobúda účinnosť nové nariadenie EÚ o dreve. 26. 2. 2013. www.mpsr.sk/sk/index.php?navID=52&id=7320
6. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 995/2010, ktorým sa ustanovujú povinnosti hospodárskych subjektov uvádzajúcich na trh drevo a výrobky z dreva zo dňa 20. 10. 2010.
7. Nariadenie (ES) č. 2173/2005 o vytvorení licenčného systému a mechanizmu na overenie zákonnosti dovozu dreva do EÚ.
8. Návrh na stanovenie príslušného orgánu v zmysle nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 995/2010 z 20. októbra 2010, ktorým sa ustanovujú povinnosti hospodárskych subjektov uvádzajúcich na trh drevo a výrobky z dreva.
9. Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov KOM(2008)400 v konečnom znení Verejné obstarávanie pre lepšie životné prostredie.
10. Rozsudok súdneho dvora z 10. mája 2012, C–368/10 – Európska komisia proti Holandskému kráľovstvu.
11. Rusko, M.. Environmentálne orientované značky a environmentálne označovanie typu I, II a III. In.: Zborník z konferencie so zahraničnou účasťou. Sustainability – Environment – Safety. Žilina: Strix. Edícia ESE-11, 2012. ISBN 978-80-89281-84-8.
12. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.
13. Suchomel, J., Gejdoš, M., Tajboš J., Analýza stavu a vývoja certifikácie lesov na Slovensku a v zahraničí. In: Lesnícky časopis - Forestry Journal, 57(3): 208 - 215, Bratislava, 15. 11. 2011.
14. http://ec.europa.eu/environment/eutr2013/_static/files/guidance/guidance-document-5-feb-13_sk.pdf-Usmerňovací dokument k nariadeniu EÚ o dreve, 2012
15. Zelené verejné obstarávanie. Banská Bystrica: Slovenská agentúra životného prostredia. 2014. ISBN 978-80-89503-34-6.

Nedostatočné dodržiavanie princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a princípu transparentnosti pri vyhodnocovaní ponúk a pri vytváraní opisu predmetu zákazky

Mgr. Jana Kováčová

Cieľom príspevku je poukázať na pretrvávajúce nedostatočné dodržiavanie princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie a princípu transparentnosti pri vyhodnocovaní podmienok účasti a pri vyhodnocovaní ponúk, osobitne pri vyhodnocovaní ekvivalentnosti výrobkov. Autor v prvej časti príspevku uvádza najčastejšie príklady z aktuálnych výstupov Úradu pre verejné obstarávanie týkajúce sa nerovnakého a netransparentného vyhodnocovania ponúk zvlášť vo verejných obstarávaniach, v ktorých bolo umožnené predkladanie ekvivalentných výrobkov, vo verejných obstarávaniach, v ktorých bolo umožnené ich predkladanie len za určitých podmienok a zvlášť vo verejných obstarávaniach, v ktorých nebolo vôbec umožnené predkladanie ekvivalentných výrobkov. V druhej časti príspevku je snahou autora poukázať na najčastejšie dôvody takéhoto nerovnakého a netransparentného vyhodnocovania ponúk a uviesť odporúčania, ako správne postupovať pri stanovovaní možnosti predkladania ekvivalentných výrobkov, pri vytváraní opisu predmetu zákazky, ako aj pri následnom predkladaní a vyhodnocovaní ponúk, a to tak pre verejných obstarávateľov/obstarávateľov, ako aj pre uchádzačov/záujemcov.

Z výstupov Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“), najmä rozhodnutí o námietkach, rozhodnutí o odvolaniach, rozhodnutí o uložení pokuty, protokolov z vykonaných kontrol, vyplýva, že stále pretrváva problém s nedostatočným vyhodnocovaním predložených ponúk, nakoľko verejní obstarávatelia/ obstarávatelia/ osoby podľa § 7 (ďalej len „kontrolovaní“, resp. „kontrolovaný“) v mnohých prípadoch nevyhodnocujú predložené ponuky rovnakým a transparentným spôsobom. Dodržanie princípov verejného obstarávania, najmä princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie a princípu transparentnosti, v procese vyhodnocovania ponúk je o to dôležitejšie, že v rámci tohto procesu sa posudzuje, ktoré ponuky vyhoveli stanoveným požiadavkám a ktorý subjekt bude vybraný ako úspešný uchádzač a bude mu pridelená zákazka.

Vyhodnocovanie podmienok účasti a ponúk uchádzačov

Z rozhodovacej činnosti úradu vyplýva, že pretrvávajúcim problémom v procese verejného

obstarávania je stále vyhodnocovanie dokladov predložených s cieľom splniť podmienky účasti a vyhodnocovanie ponúk. Kontrolovaní v rámci tohto vyhodnotenia v niektorých prípadoch postupujú až s „absolútnou prísnosťou“ a opakovane žiadajú niektorého z uchádzačov/záujemcov o vysvetlenie alebo doplnenie dokladov predložených na preukázanie splnenia podmienok účasti alebo o vysvetlenie ponúk, čo následne väčšinou vyústi do vylúčenia predmetného uchádzača/záujemcu. V prípade, ak sa takéto verejné obstarávanie dostane na úrad, mnohokrát je skonštatované nerovnaké zaobchádzanie s uchádzačmi/záujemcami, nakoľko sa zistí, že aj ďalší uchádzači predložili doklady s rovnakým alebo porovnateľným obsahom, pričom neboli zo strany kontrolovaného ani požiadaní o vysvetlenie.

Príklad: Kontrolovaný opakovane požiadal jedného z uchádzačov o vysvetlenie dokumentu „Návrh organizácie výstavby“ a po doručení vysvetlení uchádzača vylúčil z verejného obstarávania. Úrad následne zistil, že ostatní uchádzači predložili vo svojich ponukách dokumenty, ktoré boli z hľadiska

výpovednej hodnoty informácií, ktoré boli predmetom žiadostí kontrolovaného o vysvetlenie ponuky, de facto rovnaké ako dokument predložený v ponuke vylúčeného uchádzača. Po preskúmaní predloženej dokumentácie úrad konštatoval, že z nej nemožno zistiť, z akého dôvodu kontrolovaný pristupoval k týmto uchádzačom odlišne ako k vylúčenému uchádzačovi.¹

Príklad: Kontrolovaný požiadal jedného z uchádzačov o predloženie protokolu zo skúšobného laboratória k svietidlu, ktoré tento uchádzač predložil vo svojej ponuke, pričom úrad z predloženej dokumentácie zistil, že ten istý typ svietidla predložili vo svojich ponukách aj ostatní uchádzači, týchto však kontrolovaný o vysvetlenie ponuky a o predloženie predmetného dokladu nepožiadali.²

Príklad: Kontrolovaný vylúčil uchádzača pre nepredloženie technických/katalógových listov a certifikátov k ponúkaným zariadeniam (mostová píla, odkalovacie zariadenie a pod.) po žiadosti kontrolovaného o ich doplnenie, pričom ďalších uchádzačov, ktorí taktiež vo svojich ponukách uvedené dokumenty nepredložili, ani nepožiadali o ich doplnenie.³

Vyhodnocovanie ekvivalentných výrobkov

V poslednom čase sa opakovane vyskytli **prípady verejných obstarávaní, v ktorých samotní kontrolovaní v súťažných podkladoch, príp. vo vysvetlení súťažných podkladov, umožnili predloženie ekvivalentných výrobkov** (bez bližšej konkretizácie). Kontrolovaní v týchto verejných obstarávaniach často vylúčili ponuky niektorých uchádzačov s odôvodnením, že nespĺňajú požadované výkonnostné a funkčné požiadavky na predmet zákazky [§ 34 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní], na základe čoho ich nie je možné považovať ani za ekvivalentné. V tejto súvislosti je však potrebné uviesť, že vyhodnocovanie ekvivalentnosti pri výrobkoch, ktoré spĺňajú všetky výkonnostné a funkčné požiadavky na predmet zákazky, nemá žiaden zmysel – zmysel má vyhodnocovanie ekvivalentných výrobkov len pri tých výrobkoch, ktoré nespĺňajú všetky požiadavky na predmet zákazky, no z určitého dôvodu ich možno považovať za **rovnocenné**.

Z uvedeného vyplýva, že za **ekvivalentné výrobky** je teda možné pokladať len také výrobky, ktoré síce **nespĺňajú všetky požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky**, ale spĺňajú úžitkové, prevádzkové a funkčné charakteristiky, ktoré sú nevyhnutné na **zabezpečenie účelu**, na ktorý sú požadované výrobky určené.

Vo verejných obstarávaniach, v ktorých samotní kontrolovaní pripustia v súťažných podkladoch, príp. vo vysvetlení súťažných podkladov, možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov, je teda potrebné z ich strany vyhodnotiť nielen to, či predložené ponuky spĺňajú alebo nespĺňajú požiadavky na predmet zákazky, ale je potrebné vyhodnotiť aj ich ekvivalentnosť, a to z pohľadu stanovenej definície (či predložené výrobky spĺňajú úžitkové, prevádzkové a funkčné charakteristiky, ktoré sú nevyhnutné na zabezpečenie účelu, na ktorý sú požadované výrobky určené).

V prípade týchto verejných obstarávaní sa kontrolovaní mnohokrát vôbec nezaoberajú posúdením ekvivalentnosti výrobkov napriek tomu, že si stanovili jej možnosť, a pristupujú automaticky k vylúčeniu ponúk uchádzačov z dôvodu nesplnenia požiadaviek na predmet zákazky. Iných uchádzačov pritom ponechávajú v súťaži, napriek tomu, že títo taktiež vo svojich ponukách ponúkli výrobky, ktoré nespĺňajú všetky vyžadované výkonnostné a funkčné požiadavky na predmet zákazky. Uvedené nie je možné považovať za súladné s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie a princípom transparentnosti.

Príklad: uchádzač č. 1 predložil vo svojej ponuke práčku nespĺňajúcu požiadavku na vnútorné osvetlenie bubna, pričom predložil práčku s väčším otvorom bubna, uchádzač č. 2 predložil vo svojej ponuke práčku nespĺňajúcu požiadavku na pozinkované bočné strany a veko a prednú stranu práčky z nerezovej ocele, pričom predložil práčku, ktorá má prednú stranu nerezovú, bočné steny a veko z modrého vypaľovaného emailu a zadnú stenu pozinkovanú. Preskúmaním zápisnice z vyhodnotenia častí ponúk označených ako „Ostatné“, ako aj z iných dokumentov kontrolovaného v predloženej dokumentácii, rada úradu zistila, že v nich nie sú

¹ Bližšie pozri rozhodnutie o námietkach č. 966-6000/2015-ON/12 (body 43 až 49).

² Bližšie pozri protokoly z kontroly č. 9014-7000/2014-OK/6 (str. 10, 14 a 16), 9202-7000/2014-OK/6 (str. 10, 14 a 17), 9203-7000/2014-OK/6 (str. 11, 16 a 17).

³ Bližšie pozri rozhodnutie o námietkach č. 5619-6000/2014-ON/144 (body 44 a 45).

uvedené žiadne dôvody, pre ktoré kontrolovaný nevyhodnotil (neakceptoval) ponuku uchádzača č. 1 ako ekvivalentnú a ponuku uchádzača č. 2 vyhodnotil (akceptoval) ako ekvivalentnú.⁴

Ďalšími prípadmi sú prípady nedostatočného vyhodnotenia ponúk vo **verejných obstarávaníach, v ktorých kontrolovaní umožnili predkladať ekvivalentné výrobky len pri tých výrobkoch, pri ktorých je v opise predmetu zákazky odkaz na konkrétny výrobok alebo na konkrétneho výrobcu** (§ 34 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní). Kontrolovaní v daných verejných obstarávaníach často neprístupujú totožným spôsobom k vyhodnoteniu ponúk uchádzačov, ktorí predložili ekvivalentné výrobky, aj pri tých výrobkoch, pri ktorých nie je v opise predmetu zákazky odkaz na konkrétny výrobok alebo na konkrétneho výrobcu (na trhu preukázateľne existuje viac výrobcov ponúkajúcich výrobky spĺňajúce požadované parametre) a pri ktorých teda nebolo možné v zmysle súťažných podkladov predkladať ekvivalentné výrobky.

Príklad: Kontrolovaný pristúpil k vylúčeniu uchádzača z dôvodu nedodržania požadovaného objemu chladničky. Keďže parametre chladničky boli stanovené v súťažných podkladoch všeobecným spôsobom neodkazujúcim na konkrétny typ výrobku alebo na konkrétneho výrobcu, predloženie ekvivalentného výrobku nebolo v danom verejnom obstarávaní možné. Rada úradu však z predloženej dokumentácie zistila, že aj ďalší (jediný nevylúčený) uchádzač predložil vo svojej ponuke paraván, ktorý nespĺňa požadované rozmerové parametre, pričom daný výrobok bol opísaný všeobecným spôsobom neodkazujúcim na konkrétny výrobok alebo výrobcu, t. j. pri ktorom nebolo umožnené predkladať ekvivalentné výrobky. Ani dodatočné vysvetlenie tohto uchádzača, ktorým deklaroval, že dodá paraván s požadovanými rozmermi, nie je možné podľa rady úradu akceptovať, pretože uvedené je možné kvalifikovať ako zmenu ponuky, ktorú kontrolovaný podľa § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nesmie akceptovať.⁵

Kontrolovaní taktiež neprístupujú k vyhodnocovaniu ponúk rovnakým a transparentným spôsobom ani **vo viacerých prípadoch verejných obstarávaní, v ktorých neumožnili (vôbec)**

predkladať ekvivalentné výrobky. Kým jedných uchádzačov, ktorí nespĺňajú stanovené požiadavky, vylúčia, iných nachádzajúcich sa v rovnakom postavení – rovnako nespĺňajúcich stanovené požiadavky bez akéhokoľvek odôvodnenia ponechajú v súťaži.

Príklad: Kontrolovaný vo verejnom obstarávaní, v ktorom neumožnil predkladanie ekvivalentných výrobkov, vylúčil uchádzača pre nespĺnenie výkonnostných a funkčných požiadaviek na predmet zákazky – pre nedodržanie požadovaného príkonu a rozmerov zariadenia, pričom iného uchádzača, ktorý predložil vo svojej ponuke výrobky, ktoré taktiež nespĺňajú všetky požiadavky na predmet zákazky – obsah bubna práčky, materiál, rozmer zariadenia, bez akéhokoľvek odôvodnenia z verejného obstarávania nevylúčil.⁶

Požiadavky na nediskriminačné a transparentné vyhodnocovanie ponúk

K uvedeným prípadom je potrebné uviesť, že ani po preskúmaní predložených dokumentácií z daných verejných obstarávaní, najmä zápisníc z vyhodnotenia častí ponúk označených ako „Ostatné“, často nie je možné preskúmať/zistiť, z akého dôvodu kontrolovaní pristupovali k niektorým uchádzačom/záujemcom odlišne ako k iným. V dokumentácii abscentuje zdôvodnenie, prečo kontrolovaní posúdili ponuky niektorých uchádzačov odlišne od ponúk iných uchádzačov, resp. dôvody/skutočnosti, na základe ktorých vedeli posúdiť splnenie podmienok účasti alebo požiadaviek na predmet zákazky u niektorých uchádzačov a u iného uchádzača už nie. **Kontrolovaní sú pritom v rámci vyhodnotenia ponúk povinní postupovať tak, aby bol zachovaný rovnaký prístup k všetkým uchádzačom/záujemcom a nepostupovali svojvoľne, aby v dôsledku ich konania nebol niektorý z uchádzačov/záujemcov zvýhodnený alebo znevýhodnený oproti ostatným uchádzačom/záujemcom nachádzajúcim sa v rovnakom postavení, pretože tým môže dochádzať k poškodeniu hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi.**

Vzhľadom na uvedené je nevyhnutne potrebné, aby kontrolovaní pristupovali k vyhodnocovaniu všetkých

⁴ Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 503-9000/2014-KR/5 (body 39 až 66 a bod 78).

⁵ Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 9684-9000/2014-KR/38 (body 45 až 47, bod 52 a body 55 až 65).

⁶ Bližšie pozri rozhodnutie o námietkach č. 10291-6000/2014-ON/306 (bod 27 a body 37 až 43).

ponúk rovnakým, **nediskriminačným spôsobom** a aby celý proces vyhodnocovania ponúk, vrátane prípadného vysvetľovania/dopĺňania ponúk, **transparentne** zaznamenali v zápisnici z vyhodnotenia ponúk, aby tento bol následne pre úrad i pre iné kontrolné orgány dostatočne odôvodnený, čitateľný a preskúmateľný.

Možné dôvody nerovnakého a netransparentného vyhodnocovania ponúk a ich následky

V prvom prípade – **v prípade verejných obstarávaní, v ktorých samotní kontrolovaní umožnili predkladanie ekvivalentných výrobkov**, najčastejším dôvodom spôsobujúcim problém pri následnom vyhodnocovaní ponúk je **neuvedenie, resp. nedostatočné uvedenie, čo kontrolovaný považuje a bude uznávať za ekvivalentný výrobok**. V prípade takéhoto postupu sa totižto často stáva, že predstava o ekvivalentnosti výrobkov z hľadiska stanovených technických parametrov je zo strany kontrolovaného a uchádzačov rôzna. Uvedené následne vedie k situáciám, keď kontrolovaní vylúčia uchádzačov z dôvodu, že nimi ponúkané výrobky nespĺňajú stanovené požiadavky na predmet zákazky, pričom ich nemožno považovať ani za ekvivalentné, pretože nespĺňajú predstavy a potreby kontrolovaného, ktoré sú však kontrolovaným mnohokrát špecifikované až pri vylúčení uchádzača. Uchádzači sa najčastejšie bránia argumentáciou, že z hľadiska účelu, na ktorý sa má daný výrobok používať, sú nimi ponúkané výrobky ekvivalentné (rovnocenné). Po posúdení danej situácie je najčastejšie konštatované, že v dôsledku toho, že si kontrolovaný nestanovil dopredu v súťažných podkladoch, aký výrobok bude akceptovať ako ekvivalentný, vykladal si tento pojem pri vyhodnocovaní jednotlivých ponúk subjektívne a svojvoľne, v dôsledku čoho pristupoval k vyhodnoteniu ponúk uchádzačov rôznym spôsobom. Následné uvádzanie dôvodov, pre ktoré kontrolovaný nemôže akceptovať ponúkané výrobky v ponukách niektorých uchádzačov ako ekvivalentné, ako napr. nenaplnenie jeho potrieb, predstáv, existujúce rozmery miestnosti a pod., je posúdené už ako oneskorené a nesúladné s princípmi verejného obstarávania, keďže je netransparentné a nevedie k rovnakému zaobchádzaniu s uchádzačmi.

V každom prípade, pokiaľ si kontrolovaný sám stanoví v súťažných podkladoch, príp. v ich vysvetlení, že uchádzači môžu predkladať aj ekvivalentné výrobky, odporúčaním autora je **jasne uviesť, aké výrobky bude považovať za ekvivalentné**, napr. pri ktorých parametroch umožňuje predložiť iné hodnoty (a aké) a ktoré sú naopak nemenné – na ktorých trvá s uvedením dôvodu (napr. zachovanie rozmerov výrobkov vzhľadom na existujúce rozmery miestnosti – stanovená výška vzhľadom na nízky strop miestnosti, rozvody v miestnosti a pod.).

Príklad: Kontrolovaný stanovil v súťažných podkladoch, že parametre sú minimálne požadované, uchádzačmi navrhované zariadenia môžu kvalitatívne prevyšovať požadované parametre. Vizualizácia je orientačná, uchádzač môže naceniť ekvivalentný tovar pri zachovaní požadovaných parametrov, rozmerov alebo tovaru, ktoré kvalitatívne prevyšujú požadované parametre uvedené v časti B.1 „Opis predmetu zákazky“. V danom prípade kontrolovaný správne vylúčil ponuku uchádzača, ktorý ponúkol výrobky s inými rozmermi, nakoľko kontrolovaný stanovil možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov, ktoré kvalitatívne prevyšujú požadované parametre, pričom na zachovaní rozmerov trval. Rada úradu posúdila, že požiadavku na rozmery tovaru nie je možné stotožňovať s jeho kvalitou, na základe čoho uznala, že ponúkaný výrobok s inými rozmermi nie je možné akceptovať ako ekvivalentný.⁷

Príklad: Kontrolovaný umožnil uchádzačom predložiť ponuky s ekvivalentnými výrobkami, ktoré budú mať rovnaké kvalitatívne vlastnosti ako výrobky uvedené v súťažných podkladoch, budú spĺňať požadované minimálne technické parametre a budú vzájomne kompatibilné. Úrad konštatoval, že daná podmienka je nejasne stanovená, pretože kontrolovaný na jednej strane umožnil predkladanie ekvivalentných výrobkov, na druhej strane trval na dodržaní kvalitatívnych vlastností, minimálnych technických parametrov a na vzájomnej kompatibilitate.⁸

Príklad: Kontrolovaný v súťažných pokladoch o. i. požadoval vnútorné chladiace jednotky pre IKT technológiu s max. štartovacím prúdom

⁷ Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 8424-9000/2015-KR/17 (body 46 až 62). Za ekvivalentný výrobok, ktorý kvalitatívne prevyšuje požadované parametre, rada považovala napr. výrobok, ktorý by mal viac funkcií, ako bolo požadované, alebo ktorý by napr. mal reguláciu teploty 20 – 95 °C namiesto požadovaných 30 – 90 °C.

⁸ Bližšie pozri rozhodnutie o námietkach č. 2842-6000/2015-ON/54 (body 52 až 60).

5A. Ďalej v súťažných podkladoch uviedol, že uzná ekvivalentnosť postupov a riešení, pričom uchádzač v ponuke uvedie, resp. poukáže na ekvivalentnosť predložených postupov a riešení konkrétnym popisom uvedeným v ponuke. Uchádzač v ponuke uviedol, že na štart klimatizačnej jednotky s kompresorom (so 118A) bude použitý frekvenčný menič s cieľom znížiť štartovací prúd na požadovaných 5A. Úrad skonštatoval, že kontrolovaný sa nevyšporiadal s predloženým zariadením navrhovateľa (kompresor + frekvenčný menič) ako ekvivalentným, ktoré v súťažných podkladoch pripustil, pričom nevyúlčil postup/riešenie navrhnuté navrhovateľom ako neprípustné.⁹

V druhom prípade - v prípade verejných obstarávaní, v ktorých kontrolovaní umožnili predkladať ekvivalentné výrobky len pri tých výrobkoch, pri ktorých je v opise predmetu zákazky odkaz na konkrétny výrobok alebo na konkrétneho výrobcu, je potrebné v prvom rade upozorniť na požiadavku zákona o verejnom obstarávaní (§ 34 ods. 1), že predmet zákazky musí byť opísaný jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek, ktoré musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a aby bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž.

Odkaz na konkrétny výrobok alebo na konkrétneho výrobcu je možné použiť v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní (§ 34 ods. 9) v opise predmetu zákazky **len vtedy**, ak si to vyžaduje predmet zákazky – **ak nie je možné opísať predmet zákazky na základe technických požiadaviek (technických špecifikácií a/alebo výkonnostných a funkčných požiadaviek)**, v takomto prípade však vždy musí byť takýto odkaz doplnený slovami „alebo ekvivalentný“. Stanovením predmetu zákazky, pri ktorom je objektívne možné opísať ho na základe technických špecifikácií podľa § 34 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a/alebo na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek podľa § 34 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, sa teda kontrolovaný dostáva do rozporu nielen s § 34 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní, ale znamená to preňho **povinnosť vyhodnocovať aj ekvivalentné výrobky**.

V tejto súvislosti preto autor odporúča, aby bola venovaná zvýšená pozornosť koncipovaniu súťažných podkladov – používať odkaz na konkrétny výrobok alebo konkrétneho výrobcu, len ak si to naozaj vyžaduje predmet zákazky tak, ako bolo uvedené, a v prípade takéhoto odôvodneného odkazu jasne uviesť v súťažných podkladoch, aký výrobok bude akceptovaný ako ekvivalentný. Z hľadiska dodržiavania princípov verejného obstarávania uvedené platí **pre všetky postupy** zadávania nadlimitných i podlimitných zákaziek.¹⁰

Príklad: Kontrolovaný stanovil v súťažných podkladoch, že v prípade, ak použil v rámci opisu predmetu zákazky konkrétneho výrobcu, výrobný postup, značku, patent, typ, krajinu, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby, uchádzač môže v súlade s § 34 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní predložiť ponuku i na technický a funkčný ekvivalent. Rada úradu posúdila ako správny postup kontrolovaného, ktorý neakceptoval ponuku uchádzača ako ekvivalentnú, keď tento uchádzač ponúkol vinotéku s teplotou 5 – 20 °C namiesto požadovaných 4 – 18 °C. Poukázala pritom na to, že nebola splnená podmienka predkladania ekvivalentov, keďže v prípade vinotéky z dokumentácie kontrolovaného vyplýva, že existujú min. 2 výrobcovia vyrábajúci vinotéku s požadovanými parametrami. V prípade podpultovej chladničky a mrazničky však rada úradu skonštatovala, že z dokumentácie kontrolovaného vôbec nevyplýva, že by existovali viacerí výrobcovia vyrábajúci tieto výrobky s požadovanými parametrami – preukázaný bol len 1 výrobca. V danom prípade mala rada úradu za to, že kontrolovaný nepreukázal, že v prípade týchto výrobkov opis predmetu zákazky neodkazuje na konkrétneho výrobcu alebo na konkrétny výrobok, a teda že nebolo pri nich možné predkladať ekvivalentné výrobky, na základe čoho považovala vyhodnotenie týchto výrobkov zo strany kontrolovaného za nedostatočné.¹¹

V poslednom prípade – **v prípade verejných obstarávaní, pri ktorých kontrolovaní vôbec nestanovili možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov** v súťažných podkladoch, ani v ich vysvetlení, je potrebné upozorniť na to, že v takomto prípade je potrebné dôsledne dodržať požiadavky na predmet

⁹ Bližšie pozri rozhodnutie o námietkach č. 5964-6000/2014-ON/153 (body 27 až 36 a bod 36).

¹⁰ Bližšie pozri metodické usmernenie č. 9716-5000/2015 a protokol z kontroly č. 9951-7000/2014-OK/4 (str. 10 – 12).

¹¹ Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 10881-9000/2015-KR/206 (body 69 až 83).

zákazky stanovené v súťažných podkladoch. Nie je možné sa odvolávať na to, že napriek tomu, že možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov nebola stanovená v súťažných podkladoch, táto možnosť vyplýva priamo zo zákona o verejnom obstarávaní – konkrétne z § 34 ods. 3. K uvedenému je potrebné uviesť, že § 34 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní sa vôbec nevzťahuje na prípady verejných obstarávaní, v ktorých je opis predmetu zákazky vypracovaný na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek [§ 34 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní], ale na prípady tých verejných obstarávaní, v ktorých je opis vypracovaný na základe technických špecifikácií [t. j. noriem – § 34 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní]. Okrem toho ani **z § 34 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní nevyplyva možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov**, keďže toto ustanovenie hovorí len o inom spôsobe preukázania splnenia výkonnostných a funkčných požiadaviek (napr. prostredníctvom noriem, technickej dokumentácie výrobcu, skúšobného protokolu – § 34 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní).

V prípade, ak sa teda uchádzači domnievajú, že opis predmetu zákazky je vypracovaný nedostatočne – napr. obsahuje neopodstatnené požiadavky, príliš detailný opis predmetu zákazky vylučujúci alebo obmedzujúci predloženie iných možných riešení na uspokojenie potrieb kontrolovaného, stanovuje nereálne požiadavky na výrobky a pod., **je potrebné už v štádiu oboznámenia sa s takýmito súťažnými podkladmi uplatniť žiadosť o nápravu, prípadne následne námietky proti súťažným podkladom**. V žiadnom prípade podľa názoru autora nie je možné svojvoľne predložiť ponuku s výrobkami nespĺňajúcimi stanovené požiadavky na predmet zákazky a následne, často až pri vylúčení, sa domáhať ich uznania:

- ako ekvivalentných, a to napriek nesplneniu podmienky na predloženie ekvivalentných výrobkov uvedenej v súťažných podkladoch, príp. v ich vysvetlení,
- ako ekvivalentných prostredníctvom § 34 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní tak, ako už bolo uvedené, alebo
- z dôvodu neopodstatnenosti, zbytočnosti, príp. nereálnosti splnenia stanovených požiadaviek na predmet zákazky

Príklad: Kontrolovaný požadoval chladiacu skriňu o. i. s požiadavkou na tropikalizované prevedenie pre okolitú teplotu +43 °C. Uchádzač predložil výrobok pre okolitú teplotu +32 °C, pričom tvrdil, že požiadavka stanovená kontrolovaným je vzhľadom na poveternostné podmienky Liptova okrajová, zbytočná a účelová. Z tohto dôvodu túto požiadavku nesplnil. Rada úradu mala za to, že nie je možné akceptovať postup uchádzača, ktorý po prevzatí a oboznámení sa so súťažnými podkladmi, ktoré obsahujú pre neho nevyhovujúce požiadavky, neuplatní revízne postupy a nedomáha sa ich úpravy, napr. argumentáciou o ich zbytočnosti, okrajovosti, príp. o inom možnom riešení spĺňajúcom potreby kontrolovaného, ale rozhodne sa sám svojvoľne predložiť ponuku na zariadenie nespĺňajúce stanovené požiadavky.¹²

Príklad: Kontrolovaný požadoval o. i. pri chladničke 360 l ventilované chladenie a pri mrazničke 513 l statické chladenie v kombinácii s automatickým odmrazovaním. Navrhovateľ nesplnil dané požiadavky, pričom následne po svojom vylúčení argumentoval, že sú to nereálne požiadavky kontrolovaného – na trhu neexistujú výrobky s danými parametrami. Uvedenú argumentáciu rada úradu posúdila ako oneskorenú.¹³

Autorka pracuje v kancelárii rady Úradu pre verejné obstarávanie.

¹²Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 10529-9000/2014-KR/41 (body 86 až 90).

¹³Bližšie pozri rozhodnutie rady úradu č. 9684-9000/2014-KR/38 [body 3c), 32 až 42]. Obdobné rozhodnutie o námietkach č. 10291-6000/2014-ON/306 (bod 46).

O neznámej a obávanej

Ing. Martin Hoffmann

Autor chce týmto článkom poukázať na iný pohľad hodnotenia ponúk ako hodnotenie výlučne cez prizmu najnižšej ceny. Príklad uvedený v príspevku, vrátane použitých kritérií je výlučne ilustratívny, pričom tieto ilustratívne kritéria nemusia byť pre zadávanie konkrétnej zákazky vhodné.

Kapitola 1: Úvod

Dnes sa zameriam na pojem, ktorý sa vo verejnom obstarávaní často nepoužíva a pre mnohých je to *neznáma*, aspoň doteraz. Nasvedčujú tomu aj štatistické ukazovatele systému EVO. Pre nezasvätených, je to systém Úradu pre verejné obstarávanie a slúži na zadávanie zákaziek a elektronických aukcií. Vráťme sa však k *neznámej*. V systéme EVO je jej percentuálne využívanie cca 4, 95 percenta a dokonca v zákone o verejnom obstarávaní nájdete tento pojem presne 13-krát. Zrejme viacerí viete, že číslo 13 nie je veľmi šťastné číslo. Najmä nie pre templárov, ktorí v piatok 13. 10. 1307 nedopadli veľmi dobre. Možno to bude práve tou číslou, a preto sa jej viacerí boja. Prečo sa jej však boja aj vo verejnom obstarávaní? Možno pre toto:

Kapitola 2: S pravdou von

Pojem, ktorý sa za slovom *neznáma* skrýva, je jeden z dvoch spôsobov vyhodnocovania ponuky vo verejnom obstarávaní. Určite si teraz dávate otázku, teda zrejme väčšina z vás: „Druhý spôsob? Naozaj existuje iný spôsob vyhodnocovania ponuky?“ Predstavte si, že áno. Nebudem vás už dlho naťahovať. Tou *neznámou* a obávanou je *ekonomicky najvýhodnejšia ponuka*. Podľa zákona o verejnom obstarávaní má vyjadrovať vzťah úžitkovej hodnoty plnenia a ceny a je potrebné určiť každému z kritérií relatívnu váhu. Už sa vám určite rozjasnilo. A ak náhodou nie, pokračujte k ďalšej kapitole. A ak áno, tiež pokračujte ďalej, pretože nikdy neviete, či to naozaj viete.

Kapitola 3: Zaradenie

Ak vám pojem *ekonomicky najvýhodnejšia ponuka* nič

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

Ak niekedy niečo takéto uvidíte, tak väčšinou zblednete, spomeniete si možno na školu, prehltnete slinu, následne otvoríte ústa, pozriete sa zdeseným pohľadom na svojho kolegu, ešte raz pozriete na dané čudo a ešte raz na svojho kolegu, prípadne daný postup neustále opakujete, ale stále nič. Nič vám to nehovorí.

Jediné, čo vám možno v danej chvíli napadne, je vziať nohy na plecia a utekať. Lenže nájdú sa aj ľudia, ktorí, možno tomu neuveríte, ale vedia, čo to *neznáma* je. Ale čo je to za ľudí, ktorí vidia v *neznámej* niečo, čo dáva zmysel, a dokonca ju vedia aj používať? Verte či neverte, ale tých ľudí je viac. Dokonca viac než jeden. A to už je pekné číslo, nie? No dobre, priznávam, to číslo nie je veľké, ale znamená to jednu zásadnú vec. Ak jeden človek vysvetlí *neznámu* dvom ľuďom a každý z nich ďalším dvom, tak o pár dní to môže viesť celé Slovensko. A to už stojí za tú námahu.

nehovorí, nezúfajte, nie ste v tom sami. A ak sa neviete zaradiť, do akej skupiny patríte, teda či viete alebo neviete o ekonomicky najvýhodnejšej ponuke nič, možno vám pomôže, resp. upokojí vás, jeden citát zo známeho českého filmu, ktorý znie:

- Pane profesore, jak pozná člověk, že není pitomej?
- No, chytrý člověk to nepozná nikdy a blbci je to jedno.

Ešte pred tým, než sa rozhodnete, do akej skupiny patríte, vás môžem upokojiť a ubezpečiť, že dané nebude mať vplyv na pochopenie tohto článku.

Kapitola 4: Rozjasnenie

Myslím si, že už konečne nastal ten správny čas na vysvetlenie pojmu, ktorému je tento článok venovaný, a konečne už aj ja by som mohol napísať niečo, čo má väčšiu výpovednú hodnotu. Tak poďme s úsmevom na to. Hovorím s úsmevom! Už na základnej škole, aspoň tam, kde som chodil aj ja, sme sa učili, že nemôžeme spočítavať veličiny, ktoré nie sú v rovnakých

jednotkách, napr. matematika nedovoľuje spočítať sekundy s litrami alebo nemožno spočítať eurá s dňami.

Prečo to spomínam? No preto, lebo vo verejnom obstarávaní nemusíme vyhodnocovať ponuku len na základe najnižšej ceny tým, že spočítame ceny všetkých položiek, ale môžeme použiť úplne iný spôsob vyhodnocovania. A to tak, že napr. pridám ďalšie kritérium. Lenže aké kritérium? Veď mňa zaujíma len cena toho tovaru. Preberiem tovar, podpíšem faktúru a hotovo. Myslím si, že som nakúpil lacno a kvalitne. To však nemusí byť pravda. Pýtate sa prečo? Vysvetlím vám to na jednoduchom príklade.

Predpokladám, že nakupujete v obchodoch. Viem si teraz predstaviť ten blažený úsmev väčšiny žien. No ja som teraz myslel v obchodoch s potravinami a predpokladám, že kupujete aj tovar, ktorý má na svojom obale uvedenú lehotu trvanlivosti. Napríklad džús. Nevie, či ste si všimli, ale niektoré džúsy treba po otvorení do jedného dňa spotrebovať. Takže v obchode vidíte superakciový 2-litrový džús, kúpíte ho, lebo naň máte chuť, pridáte domov a chválite sa manželke, ako ste dobre nakúpili. Večer si dáte 2 dcl, manželka vypije tiež 2 dcl a vaše dieťa tiež 2 dcl. Na druhý deň idete s rodinou na výlet a vrátite sa o 2 dni a chcete si dať znovu džús. Ten však už zapácha, a preto 1,4 l džúsu pre obavu o zdravie vašej rodiny vylejete.

Naozaj ste teda ušetrili? Na prvý pohľad sa vám zdalo, keď ste videli cenovku, že áno. No realita bola v tomto prípade iná. Za nízku cenu ste v podstate kúpili len 0,6 l džúsu.

Ak by ste však mysleli dopredu a predvídali, tak máte dve možnosti. Buď by ste kúpili 1 l džúsu a možno kvalitnejšieho za tú istú cenu, alebo by ste kúpili džús, ktorý po otvorení vydrží čerstvý aj tri dni.

Vtedy by ste, aspoň podľa zákona o verejnom obstarávaní, mysleli, resp. vyhodnocovali na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.

Skúsme sa teraz na to pozrieť trochu z pohľadu matematiky. Nemusíte sa báť, sľubujem, že žiadne parciálne derivácie a integrály nepoužijem.

Príklad:

Tovar č. 1 – džús A:
2 l akciového džúsu = 1,25 EUR
trvanlivosť po otvorení = 1 deň

Tovar č. 2 – džús B:
1l džúsu = 1,30 EUR
trvanlivosť po otvorení = 3 dni

	Cena za 1 liter (EUR)	Trvanlivosť po otvorení (dni)
Džús A (2 l balenie = 1,25 EUR)	0,625	1
Džús B (1 l balenie)	1,30	3

Požiadavka nakupujúceho: Každý z 3-člennej rodiny chce vypiť 2 dcl džúsu denne počas 1 roka, t. j. celá rodina vypije 6 dcl denne.

Predpoklad: Trvanlivosť neotvoreného džúsu je 1 rok. Nakupujúci kúpi potrebný počet džúsov na celý 1 rok.

Otázka: Ktorý tovar zakúpite na celý rok?

Pri zmýšľaní, že najnižšia cena berie, je odpoveď jasná, ale skúsme si to zanalyzovať.

	Džús A (2l balenie = 1,25 EUR)	Džús B (1l balenie = 1,30 EUR)
Rok má:	365 dní	365 dní
Trvanlivosť po otvorení:	1 deň	3 dni
Cena 1 džúsu:	1,25 EUR	1,30 EUR
Počet zakúpených džúsov za 1 rok:	365:1 deň trvanlivosti = 365 džúsov A	3 * 0,6 l = 1,8 l => na 3 dni stačí kúpiť len 2 džúsy B => 265 * 2/3 = 244 džúsov B
(za 1 deň má celá rodina vypiť 6 dl = 0,6l)		
Celková cena za 1 rok	365 * 1,25 = 456,25 EUR	244 * 1,3 = 317,20 EUR

Tak čo, ste prevapení? Ak budete ako kupujúci rozmyšľať inak a zohľadníte aj vaše požiadavky do vyhodnocovania, tak výsledok môže byť úplne iný. A v tomto prípade zásadne iný. Skúste si to predstaviť, ak by sme sa pohybovali v miliónoch eur. Myslím si, že to už stojí za to, dať si tú námahu pri príprave zákazky. Čo vy na to?

Kapitola 5: Prax

Ako však nastaviť zákazku, v ktorej nevyhodnocujem len na základe najnižšej ceny, ale chcem do vyhodnotenia zahrnúť aj kritérium trvanlivosti? Pokračovanie v budúcom čísle...

Autor pracuje na Úrade pre verejné obstarávanie, odbore IT.

Ako nediskriminovať bdelych

Správne nastavenie podmienky účasti s ohľadom na možnú exekúciu uchádzača alebo záujemcu

JUDr. Mário Vanc, LL.M.

Správne stanovenie podmienky účasti, preukazujúcej finančné a ekonomické postavenie uchádzača alebo záujemcu na predloženie vyjadrenia banky preukazujúce, že voči takémuto subjektu nebola a nie je vedená exekúcia. Článok sa zameriava na zásadný praktický rozdiel v začatí exekučného konania a začatí výkonu exekúcie na subjekt, ktorý chce byť uchádzačom alebo záujemcom vo verejnom obstarávaní. Účelom článku je vysvetliť možnú diskrimináciu uchádzačov alebo záujemcov, na ktorých bolo začaté exekučné konanie bez ich zavinenia, ale k výkonu samotnej exekúcie týchto subjektov následne nemohlo dôjsť, nakoľko títo konali/konajú v zásade „vigilantibus iura scripta sunt“ (práva patria len bdelym, resp. pozorným, ostrážitým, opatrným alebo starostlivým).

Jednou z úloh subjektov pôsobiacich a aktívne konajúcich vo sfére financií je zabezpečovať zodpovedný prístup k ich toku. Bez ohľadu na to, či ide o súkromné alebo verejné financie, sú subjekty povinné vykonávať aktivity súvisiace s ich použitím v súlade s dotknutou legislatívou. Zadávanie zákaziek je jednou z takýchto aktivít.

Je zrejmé, že „dobrý hospodár“ má tendenciu si pred poskytnutím financií na dohodnutý účel vybrať vhodný subjekt, ktorý spĺňa požadované predpoklady. V zmysle zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len ako „zákon o verejnom obstarávaní“) hovoríme o takýchto predpokladoch ako o osobnom postavení, finančnom a ekonomickom postavení, technickej alebo odbornej spôsobilosti a v ojedinelých prípadoch môže byť vyžadované aj deklarovanie zabezpečenia kvality a environmentálneho manažérstva (tieto súvisia s predkladaním špecializovaných certifikátov).

Z dôvodu prevencie rôznych faktorov, ktoré môžu ohroziť financie verejného obstarávateľa, sa tento chráni primeraným nastavením predpokladov na uchádzača, resp. záujemcu v súlade s ods. 1 § 32 zákona o verejnom obstarávaní a určí tak časť podmienok súťaže. Podľa písmena b) predmetného paragrafu môže verejný obstarávateľ určiť nielen finančné a ekonomické postavenie, ale aj doklady na preukázanie takéhoto postavenia. V súčasnosti si chce

byť verejný obstarávateľ istý, že subjekt, ktorý si na splnenie určitého účelu vyberie, je ekonomicky dostatočne silným partnerom. Bonitu takéhoto subjektu môžu ovplyvňovať aj negatívne faktory, ako napríklad exekúcia alebo konkurz.

Na základe vyššie uvedených dôvodov sa v praxi môžeme bežne stretnúť s požiadavkou verejného obstarávateľa, aby uchádzač, resp. záujemca predložil vyjadrenie bánk, že jeho účet nie je a ani nebol predmetom exekúcie. Tu je však potrebné uvedomiť si, kedy je bonita takéhoto subjektu reálne ohrozená výkonom exekúcie. V tejto súvislosti je možné stretnúť sa s dvoma pojmami, a to „Príkaz na začatie exekúcie“ a „Exekučný príkaz“. Ich praktický rozdiel je zásadný pre posúdenie bonity klienta a vyhnutie sa diskriminačnému konaniu zo strany verejného obstarávateľa.

Na jednej strane máme **Príkaz na začatie exekúcie** prikázaním pohľadávky z účtu v banke, ktorou sa zablokuje suma v určitej výške v súlade s § 94 a nasl. zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti a o zmene a doplnení ďalších zákonov (ďalej aj ako „Exekučný poriadok“). Tento moment však nezaručuje oprávnenosť začatia exekučného konania voči povinnému. Ten sa o začatí exekučného konania, ktoré sa začalo podaním Návrhu oprávneného na začatie exekúcie, dozvedá až dorúčením Upovedomenia o začatí exekúcie. Príkaz na začatie exekúcie je povinnému zasielaný spolu

s Upovedomením o začatí exekúcie. Takýto postup má logické opodstatnenie v tom, aby bol nárok oprávneného chránený pred špekulatívnym konaním povinného. Prakticky to však znamená, že povinný sa o exekúcii dozvedá až vtedy, keď má účet v banke zablokovaný do výšky vykonateľnej pohľadávky, jej príslušenstva a trov exekúcie. Doposiaľ povinný nemal možnosť sa k oprávnenosti exekúcie vyjadriť, ale je možné považovať bežný účet povinného/záujemcu/uchádzača za dotknutý výkonom exekúcie.

Na druhej strane je **Exekučný príkaz**, konkrétne príkaz na vykonanie exekúcie, prikázaním pohľadávky z účtu v banke, ktorým exekútor uloží povinnosť banke vyplatiť pohľadávku a jej príslušenstvo oprávnenému, resp. exekútorovi, ak sa tak dohodli s oprávneným. Vydanie Exekučného príkazu exekútorom znamená, že povinnému márne uplynula lehota na podanie námietok proti exekúcii alebo bolo exekútorovi doručené rozhodnutie súdu, ktorým súd námietky povinného zamietol. V takomto prípade je buď exekúcia oprávnená alebo subjekt nevyužil právne prostriedky na ochranu svojich záujmov a nekoná v súlade so zásadou „*vigilantibus iura scripta sunt*“ (práva patria len bdelým, resp. pozorným, ostražitým, opatrným alebo starostlivým). Aj v tomto prípade však môžeme rovnako povedať, že bežný účet povinného/záujemcu/uchádzača je dotknutý výkonom exekúcie.

Zásadný rozdiel medzi týmito dvoma právnymi úkonmi je, v akom štádiu exekúcie sú vydávané a ako mohol povinný/záujemca/uchádzač priebeh tejto exekúcie ovplyvniť. Pre bonitu tohto subjektu je potrebné overiť oprávnenosť začatej exekúcie, resp. začatého exekučného konania. Ak exekúcia voči subjektu začala a tento nekoná na ochranu svojich práv alebo nemohol dokázať jej neoprávnenosť a bol následne vydaný Exekučný príkaz exekútorom, tak tieto skutočnosti vrhajú negatívne svetlo na bonitu subjektu. V prípade, ak bol na účet v banke subjektu vydaný iba Príkaz na začatie exekúcie, nemôžeme vyhlásiť, že nespĺňa podmienky účasti stanovené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. Takéto konanie má diskriminačný charakter.

Podávanie Návrhu na začatie exekúcie je vo veľkej miere zautomatizované konanie subjektov, ktoré evidujú veľké objemy pohľadávok. Ide o advokátske kancelárie, spoločnosti zabezpečujúce úkony s vymáhaním pohľadávok a veľké spoločnosti, ako

napríklad poisťovne. Informácia o oprávnenosti pohľadávok má komplikovaný priebeh (Výpis z účtu kontrolujú zodpovední zamestnanci na jednom oddelení a evidenciu pohľadávok spravujú zamestnanci na inom oddelení, ktoré môže sídlieť dokonca aj v iných budovách, mestách alebo štátoch. Tok takýchto informácií môže byť veľmi zdĺhavý.) a veriteľ často ani netuší, že jeho pohľadávka bola uspokojená. Niektoré nároky týchto spoločností, resp. ich klientov alebo poisťovní nie sú oprávnené a súdy nemajú možnosť neoprávnenosť pri určitých typoch exekučných titulov odhaliť. V takomto prípade sa stáva, že exekučné konanie sa pretaví vydaním Poverenia súdnemu exekútorovi na vykonanie exekúcie a začína sa výkon samotnej exekúcie aj pri neoprávnených nárokoch. Postupne prichádza na rad povinný. Ten sa nachádza v situácii, keď je bez vlastného zavinenia na jeho bežnom účte vydaný Príkaz na začatie exekúcie, a teda je predmetom exekúcie, aj keď na to neexistuje právny nárok. Bolo by diskriminačné, ak by bol tento subjekt ako uchádzač/záujemca z takéhoto dôvodu vylúčený, ak dodatočne nežiaduci stav odstránil. Preto by bolo najvhodnejšie, aby verejní obstarávatelia podmienku účasti preukazujúcu finančné a ekonomické postavenie uchádzača/záujemcu stanovovali v znení „**nie je a nebol vydaný exekučný príkaz na pohľadávku z účtu v banke uchádzača/ záujemcu**“.

Autor pracuje na Ministerstve financií Slovenskej republiky, sekcia auditu a kontroly, odbor plánovania a metodiky, oddelenie metodiky medzinárodných zdrojov.

Požiadavka na preukázanie výšky dosiahnutého obratu: ako sa vyhnúť stanoveniu neprimeranej požiadavky?

Mgr. Zuzana Krajčovičová

Maximálna hranica výšky obratu, ktorej preukázanie je verejný obstarávateľ¹ oprávnený v postupoch verejného obstarávania od uchádzačov, resp. záujemcov požadovať, v priebehu aplikácie zákona o verejnom obstarávaní prešla zaujímavým vývojom, pripravovaný nový návrh zákona nevynímajúc. Čo nám právna úprava v tomto smere doteraz priniesla?

V čase nadobudnutia účinnosti (1. február 2006) zákon o verejnom obstarávaní v tomto smere len ustanovoval, že finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla prehľadom o celkovom obrate alebo prehľadom o dosiahnutom obrate v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.

K uvedenému úrad z dôvodu potreby primeranosti rozsahu požiadaviek, ktoré verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, konštatoval, že zákon o verejnom obstarávaní nestanovuje minimálnu hodnotu obratu počas troch predchádzajúcich hospodárskych rokov, ktorú musí v rámci preukazovania finančného a ekonomického postavenia uchádzač alebo záujemca dokladovať; **dvoj- až trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky je považovaný za primeranú minimálnu požiadavku na výšku obratu.** V tejto súvislosti však zároveň platí, že úrad pri posudzovaní primeranosti výšky obratu vychádza z predpokladanej hodnoty zákazky, náročnosti zákazky, ako i obdobia, na ktoré má byť uzavretá zmluva.²

Uvedené závery odzrkadľovala aj rozhodovacia prax úradu, z ktorej možno poukázať na rozhodnutie o námietkach konštatujúce, že požiadavka na dosiahnutie priemerného ročného obratu vo výške minimálne 350 mil. SKK za hospodárske roky 2004, 2005 a 2006 je neprimeraná vzhľadom na skutočnosť, že predpokladanú hodnotu zákazky kontrolovaný stanovil vo výške 110 mil. SKK. Požiadavkou na dosiahnutie viac ako trojnásobného priemerného

ročného obratu vzhľadom na výške predpokladanej hodnoty zákazky kontrolovaný postupoval v rozpore s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a dopustil sa diskriminácie potenciálnych záujemcov o účasť, keďže zákaz diskriminácie chráni nielen tých uchádzačov, ktorí už predložili ponuku, ale aj potenciálnych, ktorých môžu odradiť neprimerané požiadavky kontrolovaného.

Samozrejme, stanovenie spomínaného pravidla trojnásobku vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky vyvolalo v obstarávateľskej praxi rôzne interpretácie, a teda aj otázky týkajúce sa rôznych druhov matematických prepočtov v závislosti od charakteru, typu, náročnosti a časového priebehu plnenia zákazky, ku ktorým úrad zaujal stanovisko - na jednej strane potvrdzujúce predchádzajúce závery [t. j. keďže zákon o verejnom obstarávaní explicitne nestanovuje minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia uchádzačov alebo



Zdroj: http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/raining_money.jpg

¹ V článku sa v rámci zjednodušenia používa len pojem verejný obstarávateľ. Jeho závery sa však vzťahujú aj na obstarávateľa a osobu podľa § 7 zákona o verejnom obstarávaní.

² Napr. metodické usmernenia č. 905-2000/2008 z 09. 10. 2008, 1072-2000/2009 z 25. 11. 2009, 617-5000/2011 zo 17. 06. 2011 a č. 4819-5000/2013 zo 17. 05. 2013.

³ Rozhodnutie o námietkach č. 1038-143-7000/2007 z 31. 10. 2007, ktorého relevantné závery boli potvrdené rozsudkom Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 1S 296/2007 z 10. 09. 2009.

záujemcov, teda ani celkového obratu (obratu v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka), ktorú má uchádzač alebo záujemca dokladovať v rámci preukazovania finančného a ekonomického postavenia, trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky je potrebné považovať za limitnú hodnotu], - na druhej strane však zdôrazňujúce, že v danej súvislosti je potrebné zabezpečiť, aby stanovené podmienky účasti, vrátane stanovenej minimálnej úrovne finančného a ekonomického postavenia, vytvárali predpoklady na účasť vo verejnom obstarávaní dostatočného počtu uchádzačov alebo záujemcov, a to tak, aby mohla byť v súvislosti so zadávaním takejto zákazky uskutočnená riadna a čestná hospodárska súťaž; preto je dôležité, aby významnú úlohu pre plánovanie procesu verejného obstarávania, ako aj stratégie na uzavretie zmluvy zohrávalo poznanie možností trhu, možností jednotlivých dodávateľov a v tej súvislosti napríklad aj možnosti získania požadovanej dodávky. Pri stanovovaní podmienok účasti teda **nie je vhodné striktne vychádzať z ustanovených alebo odporúčaných hraničných limitov**, akým je príklad požiadavky na určitý maximálny obrat. Všetky požiadavky musia súvisieť s predmetom zákazky a musia mu byť primerané, pričom sa zohľadní aj **nevyhnutnosť zaistiť skutočnú hospodársku súťaž. Matematickým prepočtom určená požiadavka na obrat môže byť v konečnom dôsledku požiadavkou diskriminačnou a obmedzujúcou hospodársku súťaž.**⁴

Aj keď záver predchádzajúceho konštatovania úradu môže pôsobiť mätúco a na prvý pohľad ako spochybňujúci jeho úvod, nie je to tak. Pre úplnosť je totiž potrebné uviesť, že išlo o reakciu úradu na rôzne návrhy matematických prepočtov výšky požiadavky týkajúcej sa preukázania obratu vo vzťahu k zákazkám v státisícových hodnotách eur, ktorých predmetom bola krátkodobá (napr. 6-mesačná) dodávka tovarov, ktoré viedli k výrazne excesívnym požiadavkám.

Najväčším nedostatkom predmetných nepísaných pravidiel na určenie primeranej požiadavky na výšku obratu bola teda práve absencia ich výslovnej zmienky v zákone o verejnom obstarávaní, teda ich nepísanost (nepísaný charakter).

Legislatívna úprava od 1. júla 2013

Predmetný nedostatok mal byť odstránený

legislatívnym zakotvením pravidla na určenie maximálnej výšky obratu, ktorú je verejný obstarávateľ oprávnený požadovať, priamo v zákone. Stalo sa tak v **novelou č. 95/2013 Z. z.**, ktorá ustanovila, že **požiadavka na výšku obratu za obdobie jedného hospodárskeho roku nesmie presiahnuť :**

- **trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky vypočítanej na obdobie 12 mesiacov, ak ide o podlimitnú zákazku alebo**
- **predpokladanú hodnotu zákazky vypočítanú na obdobie 12 mesiacov, ak ide o nadlimitnú zákazku.**

Následky predmetného legislatívneho úsilia si možno veľmi jednoducho ilustrovať na nasledovnom príklade.

Zákazka na dodanie tovaru zadávaná štátnym orgánom		
Predpokladaná hodnota zákazky	135 000	130 000
Typ zákazky	Nadlimitná	Podlimitná
Lehota dodávky	1 mesiac	1 mesiac
Primeraná požiadavka na výšku obratu za 3 hospodárske roky v eurách	4 860 000	14 040 000

Z uvedeného porovnania vyplýva, že zatiaľ čo pri zákazke **s predpokladanou hodnotou 135 000 eur**, ktorú zákon o verejnom obstarávaní klasifikuje ako nadlimitnú⁵, je vychádzajúc z pravidla na výpočet obratu ustanoveného v zákone oprávnená požiadavka na preukázanie dosiahnutého **obratu** za predchádzajúce tri hospodárske roky vo výške **4 860 000 eur**, pri zákazke, ktorej predpokladaná hodnota je **nižšia o 5 000 eur** a ktorá už je podlimitnou zákazkou, zákon umožňuje vyžadovať **obrat** za predchádzajúce tri hospodárske roky vo výške **14 040 000 eur**. Predmetný markantný rozdiel pritom nie je logicky zdôvodniteľný, čo je alarmujúce najmä s ohľadom na skutočnosť, že ide o podmienku účasti, t. j. faktor limitujúci uchádzačov, resp. záujemcov v ich mozgnej účasti vo verejnom obstarávaní.

Odhládnuv od uvedeného predmetné pravidlá na výpočet oprávnenej požiadavky týkajúcej sa výšky obratu tiež ustanovujú potrebu prepočítania hodnoty každej zákazky na obdobie 12 mesiacov, t. j. aj takej zákazky, ktorá má trvanie napr. len 1 mesiac. Takýto prepočet však vedie k tomu, že pri zákazke

⁴ Napr. metodické usmernenie č. 350-5000/2012 z 2. 5. 2012.

⁵ Vychádzajúc z finančného limitu 134 000 eur pri zákazke na dodanie tovaru zadávanej verejným obstarávateľom podľa § 6 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ktorým je Slovenská republika zastúpená svojimi orgánmi.

s predpokladanou hodnotou **135 000 eur**, ktorá má lehotu dodávky **1 mesiac**, zákon umožňuje obmedziť uchádzačov, resp. záujemcov len na tých, ktorí za predchádzajúce tri hospodárske roky, resp. kratšie obdobie (v závislosti od ich vzniku, resp. začatia prevádzkovaní činnosti) dosiahli obrat minimálne vo výške **4 860 000 eur**, čo tiež vyvoláva opodstatnené pochybnosti o primeranosti zákonom ustanoveného pravidla.

Aké následky mala predmetná novela na metodickú činnosť úradu?

Zákon je zákon. Z uvedeného dôvodu bol úrad nútený v rámci metodického usmerňovania konštatovať, že pri posudzovaní primeranosti predmetnej podmienky účasti je potrebné vychádzať z § 27 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. Z toho vyplýva, že **pokiaľ je podmienka v súlade s týmto ustanovením, považuje sa za primeranú**.⁶

Následne však vzhľadom na zjavnú nelogickosť záverov vyplývajúcich z vyššie uvedených matematických prepočtov, ako aj spochybniteľnú proporionalitu takto stanoveného matematického pravidla, v metodickej činnosti úradu prevládil prístup, podľa ktorého **číselné ohraničenie obratu** podľa § 27 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní **nemúsi vždy zohľadňovať aktuálnu situáciu na trhu**. Namiesto matematických prepočtov s cieľom určiť maximálnu výšku požadovaného ročného obratu by sa teda mala venovať pozornosť odôvodneniu zahrnutia tej-ktorej požiadavky medzi podmienky účasti a sledovať jej primeranosť vo vzťahu ku konkrétnemu predmetu zákazky. Z uvedeného dôvodu úrad neodporúča uplatňovať maximá, ktoré sú stanovené v § 27 ods. 1 písm. d) tohto zákona.⁷

Možno teda konštatovať, že úrad vyzdvihol princíp primeranosti podmienok účasti zakotvený v smerniciach Európskej únie pre oblasť verejného obstarávania, ktorých cieľ je Slovenská republika ako členský štát Európskej únie povinná dosiahnuť, nad vnútroštátne pravidlo ustanovujúce spôsob výpočtu primeranej požiadavky týkajúcej sa výšky obratu. Dôsledkom uvedeného je však súčasne skutočnosť, že ani výslovným zakotvením dovtedy nepísaného pravidla na výpočet primeranej výšky obratu v zákone sa nepodarilo dosiahnuť deklarovaný cieľ –

jednoznačne vyjadriť, čo je primerané, a zabezpečiť tak právnu istotu a predvídateľnosť práva v súvislosti s touto podmienkou účasti vo verejnom obstarávaní.

Ďalší vývoj

V novom zákone o verejnom obstarávaní, ktorý bol 18. novembra 2015 schválený v Národnej rade Slovenskej republiky, dochádza k odstráneniu niektorých slabých miest súčasnej právnej úpravy. Vychádzajúc z novej smernice Európskej únie pre oblasť verejného obstarávania⁸ sa v tomto legislatívnom návrhu ustanovuje, že **požiadavka na výšku obratu za hospodársky rok nesmie presiahnuť dvojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky**, pričom sa ďalej spresňuje, že ide o:

- a) **dvojnásobok predpokladanej hodnoty vypočítanej na obdobie 12 mesiacov, ak je trvanie zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy dlhšie ako 12 mesiacov,**
- b) **dvojnásobok predpokladanej hodnoty, ak je trvanie zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy rovnaké alebo kratšie ako 12 mesiacov.**

Odstraňuje sa tak nezrovnalosť súčasnej právnej úpravy spôsobená jednak rozdielnym násobkom v závislosti od hodnoty zákazky (trojnásobok pri podlimitnej zákazke, jedennásobok pri nadlimitnej zákazke), ako aj pravidlom o prepočte predpokladanej hodnoty každej zákazky na obdobie 12 mesiacov, t. j. aj zákazky s kratším trvaním, ako je 12 mesiacov.

Uvedené jednoznačné pravidlo má však svoj nedostatok, ktorým je výnimka, a to pre tovary, stavebné práce alebo služby, ktorých povaha je spojená s osobitným rizikom. Ak sa verejný obstarávateľ rozhodne vyžadovať obrat vyšší ako spomínaný dvojnásobok, bude mať povinnosť odôvodniť túto požiadavku v súťažných podkladoch alebo v koncesnej dokumentácii. V takýchto prípadoch (smernica ich však nedefinuje)⁹ nie je ustanovená žiadna maximálna prípustná hranica požiadavky na výšku obratu. Možno teda konštatovať, že v súvislosti s prípadmi zákaziek spojených s osobitným rizikom, v ktorých sa verejní obstarávatelia rozhodnú od uchádzačov a záujemcov požadovať obrat vyšší ako dvojnásobný vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky, sa vraciame opäť

⁶ Metodické usmernenie č. 9784-5000/2014 z 2. 10. 2014. V predmetnom prípade išlo o podlimitnú zákazku s predpokladanou hodnotou 45 976,10 eura s trvaním zákazky 1 mesiac, pričom od uchádzačov, resp. záujemcov bolo požadované preukázať súhrnný obrat za posledné tri hospodárske roky vo výške 800 000 eur.

⁷ Napr. metodické usmernenia č. 2694-5000/2014 z 1. 4. 2014, č. 1205-5000/2015 z 27. 2. 2015 a č. 1240-5000/2015 z 2. 3. 2015.

⁸ Smernica 2014/24/EÚ.

⁹ Nové smernice v tomto smere len uvádzajú, že ide o okolnosti, ktoré môžu súvisieť s vysokým rizikom spojeným s plnením zákazky alebo so skutočnosťou, že jej včasné a náležité plnenie má zásadný význam, napríklad preto, že je nevyhnutnou podmienkou na plnenie iných zákaziek.

v čase do situácie, keď maximálna výška obratu nebola v zákone o verejnom obstarávaní definovaná, opísanej v úvode tohto článku (právny stav od 1. februára 2006 do 30. júna 2013). Vraciame sa teda do obdobia, keď bola právna úprava kritizovaná pre absenciu jednoznačného pravidla výpočtu v zákone, čím sa účastníci procesu verejného obstarávania opätovne môžu cítiť postihnutí neistotou pri určovaní požiadavky na výšku obratu v konkrétnom verejnom obstarávaní, ako aj pri jej napádaní revíznymi postupmi z dôvodu jej domnelej neprimeranosti a s tým súvisiacou zníženou predvídateľnosťou rozhodovania úradu pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním (predvídateľnosť rozhodovania súdov nevynímajúc).

Zrejme si teraz všetci kladieme otázku: „Došlo teda navrhovanou právnou úpravou k vyjasneniu situácie?“ A vzápätí si odpovedáme: „Nie a vôbec sa nám to nepáči.“ Skôr než však urobíme takýto záver, pozastavme sa nad rozsudkom Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 3 As 127/2014-54, z ktorého extrahujem nasledovné: „... za skrytou formu nepripustné diskriminácie v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je, zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato **zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelom na individuální kauzu.** Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, **nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností – ostatně právo není matematika –**, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat.“ Z rozsudku ďalej vyplýva, že

neprimeranosť podmienok účasti, a teda skrytá diskriminácia, nastáva vtedy, ak sú podmienky účasti excesívne a jasne vybočujúce z oprávnených potrieb danej zákazky. Okrem podmienky zjavnej neprimeranosti vo vzťahu k veľkosti, zložitosti a technickej náročnosti konkrétnej zákazky je teda dôležité, aby nedošlo k situácii, keď v dôsledku podmienok účasti majú niektorí z dodávateľov a priori znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, hoci by (bez neprimerane nastavených podmienok účasti) predmet danej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatní dodávatelia. Takto nastavené podmienky účasti totiž **neplnia akúkoľvek rozumnú ekonomickú funkciu, ale v rozpore s cieľom zákona bránia konkurenčnému prostrediu medzi dodávateľmi.**

Berúc do úvahy závery predmetného rozsudku možno teda s určitou mierou zjednodušenia konštatovať, že kruh sa uzatvára a vraciame sa späť k záverom obsiahnutým už v metodických usmerneniach spomínaných v úvode tohto článku. Pri stanovovaní požiadavky týkajúcej sa obratu dosiahnutého uchádzačmi, resp. záujemcami je tak potrebné vychádzať nielen z číselného vyjadrenia predpokladanej hodnoty konkrétnej zadávanej zákazky, ale aj z možností trhu a možností jednotlivých dodávateľov tak, aby podmienka účasti vytvárala predpoklad na účasť vo verejnom obstarávaní dostatočného počtu uchádzačov a záujemcov, čím sa zaistí skutočná hospodárska súťaž. Inak sa totiž môže stať, že **aj požiadavka týkajúca sa obratu, ktorá sa na prvý pohľad javí ako primeraná vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky [na základe matematického pravidla], nezohľadňujúca však možnosti dodávateľov na trhu, nespĺňa kritériá primeranosti.** Najistejším sa preto do budúcnosti, po nadobudnutí účinnosti nového zákona o verejnom obstarávaní, javí odporučiť verejným obstarávateľom pridržať sa pri určovaní požadovanej výšky obratu pri zákazkách, ktoré podľa ich názoru budú spojené s osobitným rizikom, zaužívaného pravidla trojnásobku predpokladanej hodnoty zákazky, ktoré sa v minulosti (v čase absencie jednoznačného pravidla či už v zákone o verejnom obstarávaní, alebo v smerniciach Európskej únie) vyprofilovalo ako bezvýnimočné pravidlo. Nie je však vylúčené, že pri určitých zákazkách, pri ktorých verejný obstarávateľ svojím odôvodnením preukáže naplnenie znaku osobitnej rizikovosti, bude možné akceptovať aj vyššiu požiadavku týkajúcu sa obratu, ako je trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky.

Autorka je riaditeľkou kancelárie rady Úradu pre verejné obstarávanie.

Nad jedným rozsudkom

Mgr. Róbert Majchrák

Predmetom príspevku je stručná analýza jedného z procesných aspektov revízných postupov, a síce identickosť petitu žiadosti o nápravu a námietok a v tejto súvislosti zhodnotenie právneho názoru Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, ktorý sa k tejto otázke vyjadril v rozsudku spis. zn. 5Sžf/79/2013. Autor v rámci príspevku polemizuje s názorom Najvyššieho súdu Slovenskej republiky a poukazuje na jeho možné úskalia, resp. negatívne konzekvencie.

S kutkový stav: Verejný obstarávateľ mesto Banská Bystrica (ďalej len „verejný obstarávateľ“) vyhlásilo vo Vestníku verejného obstarávania č. 158/2011 dňa 13. 8. 2011 pod značkou 06239 – MSP verejnú súťaž na predmet zákazky „Znižovanie energetickej náročnosti a modernizácie Základných škôl v Banskej Bystrici – časť 1-3“. V predmetnom postupe zadávania zákazky verejný obstarávateľ požadoval od uchádzačov, aby v rámci ponúk ako prílohu zmluvy predložili konkrétne doklady a dokumenty. Proti tejto požiadavke verejného obstarávateľa podal jeden zo záujemcov žiadosť o nápravu a následne námietky, pričom tento záujemca v podanej žiadosti o nápravu a následne v námietkach namietal, že vyžadovanie predmetných dokladov od uchádzačov je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní.

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) rozhodnutím č. 825-6000/2011-ON/289 zo dňa 30. 11. 2011 rozhodol podľa § 139 ods. 2 písm. g) zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) tak, že nariadil odstrániť protiprávny stav v predmetnom postupe zadávania zákazky, konkrétne nariadil verejnému obstarávateľovi odstrániť vymedzené prílohy uvedené v návrhu zmluvy, ktorá bola súčasťou súťažných podkladov.

Verejný obstarávateľ podal proti rozhodnutiu úradu správnu žalobu, ktorou sa domáhal preskúmania zákonnosti rozhodnutia. Krajský súd v Bratislave (ďalej len „KS BA“) rozsudkom 1S 242/2011-169 zo dňa 25. 4. 2013 žalobu zamietol, a teda potvrdil zákonnosť rozhodnutia úradu.

Verejný obstarávateľ následne proti rozsudku KS BA podal odvolanie. Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „NS SR“) rozsudkom spis. zn. 5Sžf/79/2013 zo dňa 26. 2. 2015 zmenil rozsudok KS BA, a to tak,

že rozhodnutie úradu zrušil a vec vrátil úradu na ďalšie konanie.

Polemika:

V predmetnom súdnom konaní sa konajúce súdy zaoberali aj argumentáciou verejného obstarávateľa ako žalobcu, ktorý v rámci žalobných dôvodov a následne v podanom odvolaní poukazoval na skutočnosť, že petit žiadosti o nápravu a námietok nebol totožný, nakoľko navrhovateľ v rámci podanej žiadosti o nápravu požadoval, aby predmetné doklady a dokumenty boli vyžadované zo strany verejného obstarávateľa len od úspešného uchádzača, pričom v podaných námietkach požadoval zrušiť požiadavku na predloženie predmetných dokladov a dokumentov. Rozdielnosť petitov žiadosti o nápravu a následne podaných námietok bol jediný dôvod zrušenia rozhodnutia úradu zo strany NS SR.

KS BA v odôvodnení rozsudku k tejto otázke uviedol nasledovné, cit.: „Žalobca argumentáciu o nutnosti identického petitu revízných postupov odvodzuje z § 138 ods. 1 zákona č. 25/2006. Náležitosti žiadosti o nápravu podľa § 136 ods. 2 písm. f) zákona č. 25/2006 Z. z. nemusia byť totožné s náležitosťami námietok podľa § 138 ods. 6 písm. f) zákona č. 25/2006 Z. z. Vybavenie žiadosti o nápravu je druh autoremedúry verejného obstarávateľa a petit tejto žiadosti nemusí spĺňať formálne náležitosti, nakoľko ide o neformálne riešenie problému bez autoritatívneho zasahovania orgánu vykonávajúceho dohľad nad verejným obstarávaním.“

Ak však podáva navrhovateľ námietok námietky podľa § 139 ods. 2 a 3 zákona č. 25/2006 Z. z., z tohto podania smerovaného voči úradu musí byť zrejmé, aký návrh navrhovateľ robí a aký administratívny zásah žiada navrhovateľ od dohľadového orgánu, akým Úrad pre verejné obstarávanie je. Súd k tomu uvádza, že pri uplatňovaní námietok navrhovateľ týchto námietok formuluje svoju požiadavku a táto je následne

importovaná do odlišného a značne formálneho petitu v zmysle § 139 ods. 2 alebo 3 zákona č. 25/2006 Z. z. Odlišnosť petítov neznemožnila žalobcovi reagovať na namietané skutočnosti. Súd je toho názoru, že tým nebol narušený dvojinštančný proces revíznych postupov.“

NS SR v predmetnom rozsudku konštatoval nasledovné, cit.: „Podľa právneho názoru najvyššieho súdu podanie žiadosti o nápravu ako revízny postup nemôže byť iba formálne, ale musí byť plne využitá dvojinštančnosť konania, pričom žiadosť o nápravu je prvá inštancia a podanie námietok inštancia druhá. V ZVO sa prejavuje silná koncentračná zásada spočívajúca v tom, že petit žiadosti o nápravu musí byť zhodný s petitom námietok, ktoré vlastne predstavujú opravný prostriedok v prípade, ak verejný obstarávateľ žiadosti o nápravu nevyhoví. Nemožno teda súhlasiť s právnym názorom krajského súdu, že odlišnosť petítov neznemožnila žalobcovi reagovať na namietané skutočnosti a nebol narušený dvojinštančný proces revíznych postupov.

Je nesporné, že spoločnosť XY v žiadosti o nápravu žiadala zrušiť požiadavky na predloženie dokladov a dokumentov podľa bodov 13.7.6-13.7.17 od všetkých uchádzačov a zadefinovať dokladanie predmetných dokumentov len pre úspešného uchádzača. V podaných námietkach požadovala však táto spoločnosť už úplné zrušenie požiadaviek na predloženie dokladov a dokumentov podľa bodov 13.7.6-13.7.17, t. j. petit námietok oproti žiadosti o nápravu rozšírila na všetkých uchádzačov. Takéto rozšírenie petitu je podľa názoru najvyššieho súdu neprípustné a narušuje dvojinštančnosť revízneho postupu vo verejnom obstarávaní“.

V rámci vyššie uvedenej názorovej diskrepancie správnych súdov je podľa názoru autora potrebné vyzdvihnúť ako správny názor uvedený v odôvodnení rozsudku KS BA a to nielen z dôvodov, ktoré uvádza samotný súd. Podľa názoru autora NS SR interpretuje dvojinštančnosť revíznych postupov príliš zväzujúco, pričom nezohľadňuje základný postulát, ktorý sa pri revíznych postupoch uplatňuje, a síce, že samotný petit žiadosti o nápravu a petit námietok nemá pre subjekty, ktoré o týchto opravných prostriedkoch rozhodujú, záväzný charakter, v dôsledku čoho identickosť petitu žiadosti o nápravu s petitom námietok nemôže predstavovať jednu z procesných podmienok konania o námietkach. V rámci judikatúry správne súdy dlhodobo judikujú názor, že úrad

v konaní o námietkach nie je viazaný petitom uvedeným navrhovateľom v námietkach. KS BA v rozsudku 2S 250/09 zo dňa 26. 5. 2010 uviedol, cit.: „Aj podľa názoru súdu rozhodnutie žalovaného podľa § 139 ods. 2 ZVO nie je viazané na navrhovaný petit alebo uvedené porušenia zákona obsiahnuté v podaných námietkach, ale rozhodnutie žalovaného je viazané na skutkové zistenia verifikované v konaní o námietkach.“. NS SR v rozsudku spis. zn. 6 Sžf 19/2012 zo dňa 12. 12. 2012 potvrdzujúcim uvedený rozsudok KS BA uviedol, cit.: „Senát odvolacieho súdu vzhľadom k uvedenému dospel k zhodnému názoru ako súd prvého stupňa, že Komisia Úradu neprekročila svoju právomoc, keď v konaní o námietkach preskúmala zákonnosť postupu žalobcu ako kontrolovaného obstarávateľa, pričom nebola viazaná petitom navrhovateľa, a súčasne v zmysle zákonnej úpravy jej rozhodnutie v tomto konaní bolo založené na skutkových zisteniach preukázaných v konaní o námietkach.“. KS BA v rozsudku sp. zn. 3S 187/2011 zo dňa 24. 4. 2012 konštatoval, cit.: „Súd konštatuje, že konanie o námietkach je návrhovým konaním. Uvedené vyplýva z dikcie § 138 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z. z., kde je explicitne uvedené, že konanie o námietkach je začaté dňom doručenia námietok úradu. Dispozičný charakter tohto konania je ďalej zdôraznený povinnosťou žalovaného zastaviť konanie podľa § 139 ods. 1 písm. d) zák. č. 25/2006 Z. z., teda v situácii ak navrhovateľ vzal späť podané námietky pred vydaním rozhodnutia vo veci samej. Čo sa týka výrokov meritórnych rozhodnutí žalovaný nie je viazaný navrhovateľom v námietkach uvedeným petitom. Jednou z náležitostí námietok je podľa § 138 ods. 6 písm. f) zákona o verejnom obstarávaní aj označenie návrhu na rozhodnutie o námietkach podľa § 139 ods. 2 alebo 3 zák. č. 25/2006 Z. z.“

Obdobný názor zaujali súdy taktiež napr. v rozsudkoch sp. zn. 4S 302/2010 zo dňa 27. 7. 2012, sp. zn. 1S 196/2007 zo dňa 10. 9. 2009, 4S 135/2008 zo dňa 11. 5. 2012.

Uvedený názor správne súdy odvodili od právnej úpravy ustanovenia § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom do 17. 2. 2013, podľa ktorého cit.: „Ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím.....“. Hypotéza predmetnej právnej normy jasne a jednoznačne viaže právomoc úradu rozhodnúť

o námietkach spôsobom, resp. výrokom upraveným v uvedenom ustanovení na identifikáciu porušenia zákona o verejnom obstarávaní, teda aplikovanie konkrétneho výroku upraveného v § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nie je viazané na samotný petit navrhovateľa uvedený v námietkach. V súčasne platnom a účinnom zákone o verejnom obstarávaní je predmetná úprava v ustanovení § 139 ods. 2 reglementovaná nasledovne, cit.: „*Ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky alebo jej časti bol porušený tento zákon a medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk alebo výberom záujemcov alebo uchádzačov je priama príčinná súvislosť, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo jej časti.....*“. Súčasná právna úprava konania o námietkach je teda obdobná, t. j. rovnako neviaže výrok rozhodnutia o námietkach na petit podaných námietok.

V kontexte uvedeného je možné konštatovať, že v konaní o námietkach je potrebné skúmať ako procesnú podmienku, ktorá vyplýva z konštrukcie dvojínštančnosti revízných postupov, skutočnosť, či podaniu námietky v prípadoch, v ktorých to zákon o verejnom obstarávaní vyžaduje, predchádzalo podanie žiadosti o nápravu, pričom záver o tom, či podaniu námietok predchádzalo podanie žiadosti o nápravu, nemožno odvodzovať od identickosti petitu týchto opravných prostriedkov, ale od skutočnosti, či tieto opravné prostriedky smerujú proti rovnakému okruhu úkonov. V kontexte uvedeného je teda podľa autora v rámci revízných postupov dvojínštančnosť vždy zachovaná, ak aktívne legitimovaný subjekt podá žiadosť o nápravu a následne námietky proti rovnakému okruhu úkonov, resp. skutočností viažucich sa na konkrétny postup zadávania zákazky. Vzhľadom na uvedené autor považuje za správny názor, ktorý zaujal vo veci sporného výkladu identickosti petítov KS BA, nakoľko v posudzovanom prípade navrhovateľ v žiadosti o nápravu a rovnako v následne podaných námietkach rozporoval rovnaký okruh skutočností, a síce namietal nezákonnosť požiadavky na predloženie konkrétnych dokladov a dokumentov.

Akceptácia názoru NS SR by mohla podľa autora negatívne ovplyvniť rozhodovaciu prax v rámci revízných postupov, keďže rozdielnosť petítov žiadosti o nápravu a následných námietkach vedie pri dôslednom rešpektovaní tohto názoru NS SR k zastaveniu konania o námietkach.

Pri aplikovaní predmetného názoru NS SR na súčasnú právnu úpravu revízných postupov dochádza podľa autora k významnému umocneniu negatívnych následkov takéhoto výkladu, nakoľko podľa súčasnej právnej úpravy revízných postupov sa v konaní o námietkach uplatňuje koncentračná zásada, v dôsledku čoho sa napríklad o žiadosti o nápravu proti podmienkam účasti a následne podaných námietkach rozhoduje v rozdielnych štádiách procesu verejného obstarávania, čo má, resp. môže mať prirodzene vplyv na koncipovanie petitu v žiadosti o nápravu a v námietkach. Prakticky povedané, ak by podľa súčasnej právnej úpravy konkrétny záujemca podával žiadosť o nápravu proti nezákonnej a diskriminačnej podmienke účasti, v ktorej by požadoval revidovanie tejto podmienky účasti (nakoľko postup zadávania zákazky sa nachádza v štádiu, keď je možné takúto revíziu zrealizovať), pričom následne po zamietnutí žiadosti o nápravu zo strany verejného obstarávateľa, by podal námietky proti identickej podmienke účasti s petitom, v ktorom by požadoval zrušenie použitého postupu zadávania zákazky (uvedomujúc si skutočnosť, že úrad bude o jeho námietkach rozhodovať v štádiu verejného obstarávania po predložení a otvorení časti ponúk, keď už v zásade nie je možné napraviť konkrétnu podmienku účasti), by úrad v takejto situácii pri dôslednom rešpektovaní predmetného názoru NS SR mal rozhodnutím konanie o námietkach zastaviť, a to z dôvodu, že podaniu námietok nepredchádzalo podanie identickej žiadosti o nápravu.

Takýto prílišný rigidno-formalistický výkladový prístup je podľa názoru autora nielen v rozpore s úpravou zákona o verejnom obstarávaní, ale predovšetkým je v príkrom rozpore so základným postulátom revíznej smernice (smernica č. 89/665/EHS), ktorá v čl. 1 vyžaduje, aby členské štáty prijali opatrenia potrebné na zabezpečenie účinného a efektívneho preskúmania zákonnosti akéhokoľvek rozhodnutia verejného obstarávateľa.

Autor je riaditeľom odboru legislatívno-právneho na Úrade pre verejné obstarávanie.

Možnosť obmedzenia preukazovania kapacít prostredníctvom tretej osoby – analýza návrhov generálnej advokátky Eleanor Sharpston zo dňa 17. 11. 2015

Mgr. Peter Kubovič

Snahou autora je poukázať na aktuálne stanovisko generálnej advokátky vo veci C-406/14 prejednávanej Súdnym dvorom Európskej únie (ďalej aj „súdny dvor“) vo väzbe na slovenskú/poľskú aplikačnú prax v oblasti podmienok účasti a možnosť obmedzenia ich preukazovania prostredníctvom tretích osôb. Autor príspevku poukazuje na skutočnosť, že v predmetnej veci v konečnom dôsledku rozhodne až súdny dvor, z návrhov generálnej advokátky je však možné čerpať pri skúmaní európskeho práva vo väzbe na národné právne úpravy.

Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) predstavuje okrem iného transpozíciu smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (ďalej len „klasická smernica“).

Podľa čl. 48 ods. 3 klasickej smernice hospodársky subjekt sa môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. V takom prípade musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že bude mať k dispozícii zdroje potrebné na realizáciu zákazky, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii.

V zákone o verejnom obstarávaní je predmetný článok transponovaný do § 27 ods. 2 a § 28 ods. 2.

V odbornej verejnosti sa napriek uvedenému často polemizuje, či preukazovanie spôsobilosti prostredníctvom tretej osoby možno alebo nemožno limitovať.

V tomto kontexte je klasická smernica navrhnutá tak, aby sa predišlo nielen prekážkam voľného pohybu služieb pri zadávaní zákaziek, ale tiež tak, aby sa zabezpečila liberalizácia verejného obstarávania. Preambula v bode 32 klasickej smernice uvádza, že možnosť uzatvárania zmlúv so subdodávateľmi

podporuje účasť malých a stredných podnikov na trhu verejného obstarávania. Zmluvy uzatvárané hospodárskymi subjektmi so subdodávateľmi umožňujú takýmto podnikom, aby sa zúčastnili verejného obstarávania a aby im bola zadaná zákazka bez ohľadu na jej veľkosť.

Zmluvy so subdodávateľmi preto prispievajú k dosiahnutiu cieľov smernice zvýšením počtu potenciálnych záujemcov o zákazku, pričom umožňujú pri veľkých zákazkách využiť aj potenciál lokálnych alebo národných hospodárskych subjektov alebo umožňujú veľkým hospodárskym subjektom súperiť o niekoľko veľkých zákaziek v rovnakom období, čo priaznivo pôsobí na hospodársku súťaž, keďže o zákazku môže súperiť viac hospodárskych subjektov, čo prispieva k vytváraniu zdravého konkurenčného prostredia.

Článok 25 klasickej smernice, podľa ktorého v súťažných podkladoch môže verejný obstarávateľ žiadať alebo členský štát môže od neho vyžadovať, aby od uchádzača žiadal, aby vo svojej ponuke uviedol, aký podiel zákazky má v úmysle zadať tretím osobám, ako aj navrhovaných subdodávateľov, tak nepredpokladá len to, že uchádzač môže uzatvoriť zmluvu so subdodávateľom na časť zákazky, ale v tejto súvislosti neobmedzuje ani počet subdodávateľov. Klasická smernica výslovne stanovuje, že hospodársky subjekt môže odkazovať na ekonomické a finančné postavenia a technickú alebo odbornú spôsobilosť týchto tretích osôb, bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. Uvedené rezultuje v skutočnosť, že je na záujemcovi alebo uchádzačovi,

aby zhodnotil svoje kapacity a spôsobilosti a slobodne sa rozhodol, či vo verejnom obstarávaní bude potrebovať aj kapacity tretích osôb.

Predmetná právna úprava však býva zneužívaná v tom zmysle, že uchádzači alebo záujemcovia využívajú kapacity tretích osôb často len pro forma s cieľom formálne preukázať splnenie podmienok účasti a následne zákazku realizujú bez využitia týchto kapacít, resp. s využitím kapacít iných osôb.

Je potom prirodzené, že verejní obstarávatelia a obstarávatelia (niekedy aj národný zákonodarca) majú tendenciu realizovať protiopatrenia súvisiace s takýmto „účelovým“ využívaním kapacít tretích osôb.

Jedným z modelov takéhoto „protiopatrenia“ je aj požiadavka, aby určitú percentuálne vyjadrenú časť zákazky plnil uchádzač výlučne svojimi vlastnými kapacitami.

V odbornej verejnosti sa potom polemizuje, či je takéto obmedzenie súladné s pravidlami verejného obstarávania, alebo nie, a ak, áno do akého číselného vyjadrenia je toto obmedzenie prípustné.

Súdny dvor Európskej únie sa mal možnosť vyjadriť k preukazovaniu kvalifikačných kritérií už vo svojich starších rozhodnutiach, napr.: C-176/98 Holst Italia, kde uzavrel, že nie je možné vylúčiť uchádzača, ktorý na preukázanie splnenia podmienok účasti využije kapacity tretích osôb za predpokladu, že uchádzač preukáže reálnu dispozíciu s poskytnutými kapacitami. Je úlohou verejného obstarávateľa a obstarávateľa náležite preskúmať poskytnutie predmetných kapacít. Ak sa chce teda hospodársky subjekt spoliehať na kapacity iných hospodárskych subjektov, musí preukázať, že bude mať skutočne k dispozícii potrebné zdroje týchto subjektov, ktoré sám nemá a ktorých účasť je nutná na plnenie zákazky.

Súdny dvor Európskej únie vo veci C-94/12 Swm Construzioni 2 SpA opätovne vyslovil záver, že klasická smernica umožňuje spájanie kapacít viacerých hospodárskych subjektov s cieľom splniť požiadavky minimálnej spôsobilosti vyžadovanej verejným obstarávateľom, ak sa mu preukáže, že záujemca alebo uchádzač, ktorý sa odvoláva na kapacity jedného alebo viacerých iných subjektov, bude mať skutočne k dispozícii prostriedky týchto subjektov potrebné na plnenie zákazky. Takýto výklad je

podľa názoru súdu v súlade s cieľom otvoriť verejné obstarávanie čo možno najväčšej hospodárskej súťaži, ktorý v tejto oblasti sleduje smernica nielen v prospech hospodárskych subjektov, ale tiež verejných obstarávateľov. Navyše, môže tiež uľahčiť prístup malých a stredných podnikov k verejným zákazkám, čo je takisto cieľom klasickej smernice, ako uvádza jej odôvodnenie 32.

Súdny dvor však dodáva, že nepochybne nemožno vylúčiť, že existujú práce **vyznačujúce sa osobitosťami**, ktoré vyžadujú určitú spôsobilosť, ktorú nemožno získať spojením menších kapacít viacerých subjektov. V takom prípade môže verejný obstarávateľ dôvodne vyžadovať, aby bola minimálna úroveň dotknutej spôsobilosti dosiahnutá jediným hospodárskym subjektom alebo prípadne využitím obmedzeného počtu hospodárskych subjektov, v súlade s článkom 44 ods. 2 druhým pododsekom klasickej smernice, pokiaľ táto požiadavka súvisí s predmetom dotknutej zákazky a je vo vzťahu k nemu proporcionálna.

Obmedzenie možnosti preukázať splnenie podmienky účasti prostredníctvom tretej osoby je teda potvrdené samotným súdnym dvorom, avšak len za veľmi špecifických situácií, ktoré v žiadnom prípade nie je možné generalizovať. Posúdenie primeranosti možnosti obmedzenia preukazovať určité podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia alebo technickej či odbornej spôsobilosti treťou osobou je preto veľmi citlivou otázkou, ktorú musí konkrétny verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ preskúmať s náležitou starostlivosťou ešte v prípravnej fáze verejného obstarávania.

V nadväznosti na uvedené je preto potrebné poukázať na návrhy generálnej advokátky Eleanor Sharpston zo dňa 17. 11. 2015, ktorá sa v rámci prejednávanej veci C-406/14 vyjadruje k požiadavke poľského verejného obstarávateľa uvedenej v súťažných podkladoch, cit.: „Hospodársky subjekt je povinný uskutočniť najmenej 25 % prác zo zákazky vlastnými prostriedkami.“. Predmetom zákazky v tejto veci bolo obstarávanie výstavby vnútromestského cestného obchvatu.

Generálna advokátka zastáva názor, že klauzula, o akú ide v konaní vo veci samej, zjavne nie je v súlade s klasicou smernicou z viacerých dôvodov. Jedným z rozhodujúcich dôvodov je, že požiadavka na realizáciu najmenej 25 % prác vlastnými kapacitami uchádzača sa netýka výkonu konkrétnych úloh, ale len percenta celkovej hodnoty zákazky. Táto požiadavka

podľa názoru generálnej advokátky pritom nemala ako taká za cieľ umožniť¹ verejnému obstarávateľovi zabezpečiť efektívne a riadne plnenie podstaty tejto zákazky.

Hoci sa prejednávaná vec týka klasickej smernice, je podľa generálnej advokátky zaujímavé pozorovať, že sa rovnaké odôvodnenie nachádza aj v článku 63 ods. 2 jej nástupkyne, smernice 2014/24/EÚ. Podľa tohto ustanovenia môžu verejní obstarávatelia požadovať, aby určité rozhodujúce úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač, alebo v prípade ponuky, ktorú predkladá skupina hospodárskych subjektov, účastník tejto skupiny.

Podľa názoru generálnej advokátky záver o nezlučiteľnosti pravidla 25 % s klasickou smernicou nie je spochybnený skutočnosťou, že požiadavka 25 % obmedzenia sa uplatňovala len na obmedzený počet hospodárskych subjektov, teda len na tých, ktorí dostali výzvu na predloženie ponuky v rámci užšej súťaže, ani tým, že nikto proti tejto skutočnosti nenamietal ani nepredložil ponuku, v ktorej zmluva so subdodávateľom presiahla strop. Tieto okolnosti nemenia povahu sporného obmedzenia. Je tiež nepodstatné, že obmedzenie v prípade predmetnej zmluvy so subdodávateľom predstavuje osobitnú podmienku týkajúcu sa plnenia zákazky v zmysle článku 26 klasickej smernice. Verejný obstarávateľ môže stanoviť osobitné podmienky iba v prípade, že sú v súlade s právom EÚ. V danom prípade tomu tak podľa generálnej advokátky nie je.

K uvedenému je preto potrebné uviesť, že obmedzenia možnosti preukázať splnenie podmienok účasti prostredníctvom tretích osôb musia byť posudzované veľmi dôkladne vždy vo väzbe na závery rozsudku veci C-94/12 Swm Construzioni 2 SpA, ktorý nevyklučuje takúto možnosť, avšak takéto pravidlo nemôže byť generalizované a musí byť odôvodnené vo väzbe na konkrétne skutkové okolnosti konkrétneho verejného obstarávania. Malo by ísť o výnimočné situácie, keď je realizácia určitého predmetu zákazky z objektívnych dôvod naviazaná na plnenie, ktoré nemôže byť predmetom subdodávateľských vzťahov.

Autor príspevku má za to, že jedným z príkladov takéhoto oprávneného použitia by po náležitej analýze konkrétneho nákupu mohli byť dôvody súvisiace s ochranou utajovaných skutočností najvyššieho stupňa ich klasifikácie, keď je z pohľadu krajnej bezpečnosti nevyhnutné, aby sa s určitými skutočnosťami oboznamoval čo možno najužší okruh osôb v zmysle princípov need to know. Je však potrebné podotknúť, že aj oblasť zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti sa vyznačuje možnosťou preukazovania splnenia podmienok účasti prostredníctvom tretích osôb, preto je dôležité, aby takéto obmedzenia boli minimalizované na nevyhnutné prípady výsostne objektívnej potreby.

Autor príspevku má za to, že obmedzenie možnosti preukázania spôsobilosti v podobe percentuálneho vyjadrenia plnenia zákazky bez ďalšieho odôvodnenia nie je proporciálne a je rozporné s klasickou smernicou. Z tohto pohľadu bude zaujímavé sledovať, ako predmetnú vec s konečnou platnosťou posúdi súdny dvor. Uvedené bude mať dozaista veľký vplyv aj na výklad nového zákona o verejnom obstarávaní, ktorý predstavuje transpozíciu nových smerníc o verejnom obstarávaní vrátane spomínaného čl. 63 ods. 2 smernice 2014/24/EÚ.

Autor pracuje na Úrade pre verejné obstarávanie, odbore metodiky a elektronického verejného obstarávania.

¹ V slovenskej jazykovej mutácii návrhov sa nesprávne uvádza, cit.: „Táto požiadavka nemala ako taká za cieľ **znemožniť** verejnemu obstarávateľovi zabezpečiť efektívne a riadne plnenie podstaty tejto zákazky.“, pričom správne sa uvádza v českej jazykovej mutácii cit.: „Uvedený požadavek teda nebyl takové povahy, aby veřejnému zadavateli umožňoval zajistit efektivní a řádné provedení základní části zakázky.“ alebo v anglickej jazykovej mutácii návrhov, cit.: „That requirement was therefore not such as to enable the contracting authority to ensure effective and proper performance of the essence of that contract.“

Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci *RegioPost* C-115/14 (Minimálne mzdy vo verejnom obstarávaní)

Mgr. Norbert Fecko

Vo svojom dlho očakávanom rozsudku zo 17. novembra 2015 vo veci RegioPost, C-115/14, Súdny dvor Európskej únie „odobril“ uplatňovanie minimálnych mzdových požiadaviek ako jednu z osobitných podmienok plnenia zmluvy vo verejných obstarávaniach prebiehajúcich na vnútornom trhu Európskej únie. Nový rozsudok predstavuje do istej miery určitý posun v judikatúre Súdneho dvora vo vzťahu k osobitným zmluvným podmienkam viažucim sa na sociálne aspekty plnenia verejných zmlúv. V tomto príspevku si tak kladieme za cieľ analyzovať právne závery Súdneho dvora v dotknutej veci.

Právny stav: Na úvod je potrebné zdôrazniť, že spor vo veci *RegioPost* má svoj právny základ rozhodovania v článku 26 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, podľa ktorého „verejní obstarávatelia môžu stanoviť osobitné podmienky týkajúce sa plnenia zákazky, ak sú tieto podmienky v súlade s právom Spoločenstva a sú uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v špecifikáciách. Podmienky upravujúce plnenie zákazky sa môžu týkať najmä sociálnych a environmentálnych aspektov.“¹

Spor vo veci samej sa v tomto prípade týkal regionálnej právnej úpravy nemeckej spolkovej krajiny Porýnie-Falcko, a to konkrétne § 3 zákona o zaručení dodržiavania kolektívnych zmlúv a minimálnej mzdy pri zadávaní verejných zákaziek z 1. decembra 2010, podľa ktorého „...verejné zákazky môžu byť zadane len podnikom, ktoré pri predložení ponuky prijímú písomný záväzok, že za poskytovanie plnení budú svojim zamestnancom vyplácať mzdu vo výške najmenej 8,50 eura v hrubom za hodinu (minimálna mzda) a že budú po dobu poskytovania týchto plnení zohľadňovať zmeny minimálnej mzdy... Ak pri predložení ponuky

chýba vyhlásenie o minimálnej mzde a nie je predložené ani na výzvu, ponuka je vylúčená z posudzovania...“

Skutkový stav

Mesto Landau vyhlásilo dňa 23. apríla 2013 na úrovni Európskej únie zadávacie konanie postupom verejnej súťaže rozdelené na dve časti, ktorého predmetom bola verejná zákazka týkajúca sa poštových služieb tohto mesta, ktorá sa týkala najmä uzavretia rámcovej zmluvy pre zber, prepravu a distribúciu listových a balíkových zásielok.

V zmysle oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a súťažných podkladov k dotknutej verejnej súťaži bolo potrebné predložiť súčasne spolu s ponukou aj vlastné vyhlásenie uchádzača o uplatňovaní minimálnej mzdy vo vzťahu k pracovníkom prideleným na plnenie verejnej zákazky. Rovnaká povinnosť predloženia tohto vyhlásenia sa týkala aj prípadných subdodávateľov.

Verejný obstarávateľ uvedeným postupom aplikoval v súťažných podkladoch požiadavky relevantného krajinského zákona spolkového štátu, ktorý vo svojej podstate prikazuje udeľovať verejné zákazky len tým subjektom, ktoré sú schopné splniť zákonné požiadavky týkajúce sa minimálnych

¹ Závery Súdneho dvora EÚ sú v tomto prípade rovnako aplikovateľné aj na nové pravidlá upravené v článku 70 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES. V podmienkach Slovenskej republiky „zabezpečuje“ implementáciu uvedeného článku smernice § 34 ods. 17 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, podľa ktorého „Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže určiť osobitné podmienky plnenia zmluvy za predpokladu, že tieto podmienky sú uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu týkať najmä sociálnych a environmentálnych hľadísk; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu týkať aj subdodávateľov, bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností alebo bezpečnosti dodávok.“

mzdových nárokov svojich zamestnancov. Navyše, v prípade nepredloženia takéhoto písomného vyhlásenia, sa potenciálny uchádzač v zmysle citovanej regionálnej právnej úpravy vystavoval riziku vylúčenia z verejnej súťaže.

Okrem iných súťažiacich spoločností sa o zákazku uchádzala aj nemecká spoločnosť *RegioPost GmbH & Co. KG* (ďalej len „*RegioPost*“), ktorá predložila ponuku, avšak bez písomného záväzku dodržiavania ustanovení o minimálnej mzde, keďže považovala podmienku predloženia takéhoto písomného záväzku za nesúladnú s právom Európskej únie. Ponuka spoločnosti *RegioPost* bola následné vylúčená z verejnej súťaže a obe časti verejnej zákazky boli zadané spoločnostiam *PostCon Deutschland GmbH* a *Deutsche Post AG*. Spoločnosť *RegioPost* namietala rozhodnutie o jej vylúčení z verejnej súťaže, ako aj rozhodnutie o udelení zákazky iným uchádzačom.

Následne v konaní pred vnútroštátnym súdom vznikla potreba zodpovedať otázku, ktorou sa vnútroštátny súd v podstate pýta „...či sa má článok 26 smernice 2004/18 vykladať v tom zmysle, že bráni takej právnej úprave regionálnej entity členského štátu, ako je dotknutá vo veci samej, ktorá ukladá uchádzačom a ich subdodávateľom povinnosť prijať na základe písomného vyhlásenia, ktoré musí byť priložené k ich ponuke, záväzok vyplácať zamestnancom, ktorí majú poskytovať plnenia predstavujúce predmet dotknutej verejnej zákazky, minimálnu hodinovú mzdu stanovenú uvedenou právnou úpravou.“ (C-115/14, bod 53)

Právne posúdenie Súdnym dvorom EÚ

V snahe zodpovedať nastolenú otázku sa Súdny dvor spočiatku venoval problému právnej povahy samotnej požiadavky na dodržiavanie minimálnej mzdy. Súdny dvor sa priklonil k záveru, že takáto požiadavka predstavuje osobitnú podmienku plnenia zmluvy v zmysle článku 26 smernice 2004/18/ES (a po novom aj v zmysle článku 70 smernice 2014/24/EÚ) a potvrdil tak jej nediskriminačný charakter. Následne sa súd pokúsil určiť, do akej miery môže byť takáto zmluvná požiadavka posudzovaná z hľadiska primárneho práva Európskej únie.

V tejto súvislosti Súdny dvor zastáva názor, podľa ktorého právna úprava požiadaviek na uplatňovanie minimálnej mzdy môže byť posudzovaná nielen optikou sekundárneho, ale aj primárneho práva

Európskej únie, keďže smernica 2004/18/ES neupravuje vyčerpávajúcim spôsobom oblasť osobitných podmienok výkonu zákazky (C-115/14, body 57-59).

Postupnými krokmi sa Súdny dvor vo svojom odôvodnení rozsudku pokúša posúdiť zlučiteľnosť požiadaviek na uplatňovanie minimálnej mzdy s primárnym právom Európskej únie, no prekvapivo tak robí odkazom na smernicu Európskeho parlamentu a Rady 96/71/ES zo 16. decembra 1996 o vysielaní pracovníkov v rámci poskytovania služieb (ďalej len „smernica o vysielaní pracovníkov“).

Je zaujímavé, že Súdny dvor dospel k takémuto záveru napriek odlišným návrhom generálneho advokáta P. Mengozziho, ktorý sa rovnako prikláňal k širšiemu uplatňovaniu zmluvných klauzúl upravujúcich záväzok uchádzačov na dodržiavanie minimálnych mzdových taríf, ale z iného právneho dôvodu. Keďže v zmysle článku 1 smernice o vysielaní pracovníkov sa „...táto smernica uplatňuje na podniky zriadené v členskom štáte, ktoré v rámci poskytovania nadnárodných služieb vysielajú pracovníkov, v súlade s odsekom 3, na územie členského štátu“, podľa názoru generálneho advokáta nie je nutné aplikovať na daný prípad ustanovenia citovanej smernice, nakoľko dotknutá spoločnosť – *RegioPost*, ako aj úspešní uchádzači predmetnej verejnej súťaže sú spoločnosťami so sídlom v Nemecku, teda v štáte, kde prebiehalo verejné obstarávanie a kde v konečnom dôsledku aj dôjde k plneniu verejnej zákazky pracovníkmi týchto spoločností. Vzhľadom na absenciu cezhraničného prvku v predmetnom verejnom obstarávaní sa generálny advokát domnieval, že uvedená smernica o vysielaní pracovníkov nie je v tomto prípade relevantná a test zlučiteľnosti požiadaviek na uplatňovanie minimálnej mzdy by sa mal obmedziť na článok 56 Zmluvy o fungovaní Európskej únie podobne ako v prípade *Bundesdruckerei* (C-549/13).²

Zaujímavý je aj spôsob odôvodnenia, ktorý používa Súdny dvor na objasnenie svojej analýzy vedúcej k použitiu smernice o vysielaní pracovníkov ako určitého vodidla na posúdenie zákonnosti a zlučiteľnosti požiadaviek na uplatňovanie minimálnej mzdy s právom Európskej únie. Ako Súdny dvor uvádza v bode 60 svojho rozsudku,

„...v súlade s odôvodnením 34 smernice 2004/18 v rámci preskúmania zlučiteľnosti vnútroštátneho

² Článok 56 Zmluvy o fungovaní Európskej únie znie nasledovne: „V rámci nasledujúcich ustanovení sú zakázané obmedzenia slobody poskytovať služby v Únii vo vzťahu k štátnym príslušníkom členských štátov, ktorí sa usadili v niektorom inom členskom štáte ako príjemca služieb.“

opatrenia dotknutého vo veci samej s právom Únie, je namieste overiť, či sa v cezhraničných situáciách, keď pracovníci určitého členského štátu poskytujú služby v inom členskom štáte na účely výkonu verejnej zákazky, v takejto hostiteľskej krajine vo vzťahu k vyslaným pracovníkom dodržiavajú minimálne podmienky uvedené v smernici 96/71.“ (C-115/14)

Zmiený prístup Súdneho dvora je pozoruhodný, keďže sa „uchyľuje“ k recitálu (odôvodneniu) všeobecnej smernice 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek v snahe odôvodniť použitie smernice o vysielaní pracovníkov, než aby tak robil skôr priamym konštatovaním použiteľnosti smernice o vysielaní pracovníkov na spor vo veci samej (pozri *Casa Fleishhandel v BALM*, C-215/88, bod 31).

V zápatí po tom, čo súd potvrdil použiteľnosť smernice o vysielaní pracovníkov, zakladá svoje tvrdenia na článku 3 ods. 1 uvedenej smernice, podľa ktorého „Členské štáty zabezpečia, aby podniky podľa článku 1 ods. 1, bez ohľadu na rozhodné právo pre pracovnoprávne vzťahy, zaručili pracovníkom, vyslaným na územie členských štátov, nasledujúce pracovné podmienky platné v členskom štáte vykonávania práce a zakotvené: v zákonoch, iných právnych predpisoch alebo správnych opatreniach, ...c) minimálne mzdové tarify...“ Súdny dvor predpokladá, že požiadavka, aká sa objavila v prípade *Regio Post*, spĺňa všetky vyššie uvedené podmienky. Ďalej objasňuje, že dotknutá požiadavka na dodržiavanie minimálnych mzdových taríf je vo všeobecnosti súladná s právom Európskej únie napriek skutočnosti, že sa aplikuje na verejné zmluvy, a nie na zmluvy súkromnoprávnej povahy. Súdny dvor zdôrazňuje, že:

„62 ...na rozdiel od zákona spolkovej krajiny Dolné Sasko o verejnom obstarávaní, ktorý bol predmetom sporu vedúceho k rozsudku *Rüffert* (C-346/06, EU:C:2008:189), také ustanovenie, ako je § 3 LTTG [zákona o zaručení dodržiavania kolektívnych zmlúv a minimálnej mzdy pri zadávaní verejných zákaziek – pozn. autora], samo stanovuje uvedenú úroveň minimálnej mzdy...

63 Túto kvalifikáciu nemožno spochybniť z toho dôvodu, že zohľadňované vnútroštátne opatrenie sa uplatňuje na verejné zákazky, a nie na súkromné zákazky, **pokiaľ sa podmienka všeobecného uplatnenia definovaná v článku 3 ods. 8 prvom pododseku smernice 96/71 uplatňuje len na kolektívne**

dohody alebo na arbitrážne rozsudky uvedené v článku 3 ods. 1 prvom pododseku druhej zarážky tejto smernice.

64 Navyše, **pokiaľ vnútroštátne opatrenie dotknuté vo veci samej patrí do rámca článku 26 smernice 2004/18, ktorý za určitých podmienok umožňuje v rámci verejných zákaziek uloženie minimálnej mzdy, nemožno vyžadovať, aby sa toto opatrenie rozšírilo nad rámec tejto osobitnej oblasti a aby sa uplatňovalo všeobecným spôsobom vo všetkých zákazkách vrátane súkromných.**

65 Obmedzenie pôsobnosti vnútroštátneho opatrenia na verejné zákazky je totiž jednoduchým dôsledkom toho, že v tejto oblasti existujú osobitné právne normy Únie, konkrétne právne normy stanovené smernicou 2004/18.

66 Z toho vyplýva, že z výkladu článku 26 smernice 2004/18 v spojení so smernicou 96/71 vyplýva, že členskému štátu sa umožňuje stanoviť v rámci zadania verejnej zákazky záväzné pravidlo minimálnej ochrany upravené v článku 3 ods. 1 prvom pododseku písm. c) tejto smernice, ...**ktoré ukladá podnikom so sídlom v iných členských štátoch povinnosť dodržiavať určitú úroveň minimálnej mzdy v prospech svojich pracovníkov vyslaných na územie hostiteľského členského štátu na účely vykonania tejto verejnej zákazky.** Takéto pravidlo je totiž súčasťou úrovne ochrany, ktorá musí byť zaručená uvedeným pracovníkom (pozri v tomto zmysle rozsudok *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809, body 74, 80 a 81).

67 Tento výklad článku 26 smernice 2004/18 navyše potvrdzuje znenie tohto ustanovenia v spojení s článkom 56 ZFEÚ, keďže táto smernica sa zameriava najmä na uskutočnenie slobodného poskytovania služieb, ktoré je jednou zo základných slobôd zaručených Zmluvou (pozri analogicky rozsudok *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189, bod 36).“ (C-115/14, body 62 – 67)

V tomto štádiu Súdny dvor relatívne pozoruhodným spôsobom spresnil, že dotknutá požiadavka na osobitné podmienky plnenia zmluvy je v súlade s právom EÚ podľa článku 26 smernice 2004/18/ES (respektíve článku 70 smernice 2014/24/EÚ) s odkazom na smernicu o vysielaní pracovníkov. V ďalších bodoch rozsudku sa venuje posudzovaniu dotknutej požiadavky optikou článku 56 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, a to nasledovne:

„69...z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že vnútroštátnou právnou úpravou uložená povinnosť uplatňovať minimálnu mzdu uchádzačom a ich prípadným subdodávateľom so sídlom v členskom štáte, ktorý je odlišný od členského štátu sídla verejného obstarávateľa a v ktorom sú minimálne mzdové tarify nižšie, predstavuje dodatočné ekonomické náklady, ktoré môžu zabrániť, obmedziť alebo urobiť menej atraktívnymi poskytovanie ich služieb v hostiteľskom členskom štáte. Preto také opatrenie, ako je sporné opatrenie vo veci samej, môže byť obmedzením v zmysle článku 56 ZFEÚ (pozri v tomto zmysle najmä rozsudok *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235, bod 30).

70 Takéto vnútroštátne opatrenie v zásade môže byť odôvodnené cieľom ochrany pracovníkov (pozri v tomto zmysle rozsudok *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235, bod 31).

71 Ako však uviedol vnútroštátny súd, vzniká otázka, či ...z rozsudku *Rüffert* ...vyplýva, že takéto odôvodnenie nemožno uplatniť z dôvodu, že minimálna mzda ...sa uplatní výlučne na verejné zákazky, a nie na súkromné zákazky.

72 Na túto otázku treba odpovedať záporne.

73 Z ...rozsudku *Rüffert* ...totiž vyplýva, že keď v rámci preskúmania vnútroštátneho opatrenia dotknutého vo veci, ktorá viedla k uvedenému rozsudku, Súdny dvor vzhľadom na článok 56 ZFEÚ dospel k záveru, že toto opatrenie nemohlo byť odôvodnené cieľom ochrany pracovníkov, vychádzal z určitých charakteristík vlastných uvedenému opatreniu, ktoré ho zjavne odlišujú od vnútroštátneho opatrenia dotknutého vo veci samej.

74 V rozsudku *Rüffert* ...sa teda Súdny dvor opiera o to, že vo veci, ktorá viedla k tomuto rozsudku, bola sporná kolektívna zmluva uplatňujúca sa len v sektore výstavby, ktorá sa nevzťahovala na súkromné zákazky a nebola vyhlásená za všeobecne záväznú. Súdny dvor ďalej uviedol, že úroveň mzdy stanovená touto kolektívnou zmluvou prekračovala úroveň minimálnej mzdy uplatňujúcej sa v tomto sektore...

75 Úroveň minimálnej mzdy stanovená opatrením dotknutým vo veci samej je stanovená legislatívnym ustanovením, ktoré sa ako záväzné pravidlo minimálnej ochrany uplatňuje v zásade všeobecne záväzným spôsobom na zadanie akejkoľvek verejnej zákazky v spolkovej krajine Porýnie-Falcko bez ohľadu na dotknutý sektor.“ (C-115/14, body 69-75)

Zhrnutie

Ako sme naznačili v úvode príspevku, právne závery, ktoré priniesol Súdny dvor Európskej únie vo veci *RegioPost*, predstavujú podľa nášho názoru posun v judikatúre Súdneho dvora smerom k širšej akceptácii osobitných podmienok plnenia zmlúv týkajúcich sa sociálnych aspektov verejného obstarávania. Svojím rozhodnutím dal súd jasne najavo, že článok 26 smernice 2004/18/ES, konkrétne možnosť zakomponovania osobitných podmienok plnenia zmluvy sociálneho charakteru, nie je svojím výkladom limitovaná len na požiadavky demonštratívne predvídané v recitáli smernice k uvedenému článku (napr. na záväzok odborného vzdelávania priamo na mieste výkonu práce, zamestnávania osôb, ktoré majú problémy so začlenením sa do spoločnosti, záväzok boja proti nezamestnanosti atď.). V spore vo veci samej sa súd venoval otázke legitímnosti osobitnej podmienky plnenia zmluvy, ktorou sa prípadný úspešný uchádzač z členského štátu zaväzuje poskytovať svojim pracovníkom minimálne mzdové nároky v zmysle predpisov členského štátu, na ktorého území reálne dochádza k plneniu verejnej zákazky. Hoci spor, ktorý sa objavil vo veci samej, bol rýdzo vnútroštátneho charakteru (keďže účastníci vo verejnom obstarávaní boli spoločnosťami so sídlom v Spolkovej republike Nemecko a k plneniu verejnej zákazky malo dôjsť na území Spolkovej republiky Nemecko), Súdny dvor sa prezieravo rozhodol pre posúdenie objektívnej zlučiteľnosti takejto požiadavky s právom Európskej únie. V tomto smere sa súd musel vyrovnáť so skutočnosťou, že o toto zadávacie konanie sa po jeho zverejnení v Úradnom vestníku Európskej únie mohli zaujímať určité podniky so sídlom v iných členských štátoch, ako je Spolková republika Nemecko, ale že sa tieto podniky napokon na postupe zadávania nezúčastnili z dôvodov, ktoré mohli súvisieť s požiadavkami stanovenými v napadnutej právnej úprave. Túto tézu napokon nevyhlásil ani generálny advokát v bode 37 svojich návrhov. Je zaujímavé, že Súdny dvor sčasti potvrdil, že vnútroštátne opatrenie v podobe zákonného ustanovenia členského štátu, ktoré prikazuje zadávať verejné zákazky len hospodárskym subjektom ochotným dodržiavať ustanovenia o minimálnych mzdových tarifikách, môže zabrániť, obmedziť alebo urobiť menej atraktívnym poskytovanie služieb v dotknutom členskom štáte a je tak spôsobilé obmedziť hospodársku súťaž na vnútornom trhu v zmysle článku 56 ZFEÚ.

Opierajúc sa však o čl. 3 ods. 1 smernice o vysielaní pracovníkov pripustil, že takéto vnútroštátne opatrenie v zásade môže byť odôvodnené cieľom ochrany pracovníkov, ktorý má v dotknutom prípade zabezpečiť vyplatenie primeranej mzdy pracovníkom, aby sa zabránilo „sociálnemu dumpingu“ a znevýhodneniu konkurenčných podnikov, ktoré poskytujú svojim zamestnancom primeranú mzdu. Uvedenou líniou uvažovania sa Súdny dvor EÚ postupne priklonil k ostatnej nedávnej judikatúre smerujúcej k posilneniu minimálnej sociálnej ochrany pracovníkov v rámci pracovného trhu Európskej únie a zdôraznil tak (predvídavo aj do budúcnosti) význam zohľadňovania sociálnych aspektov vo verejných obstarávaníach na úkor účinnej cezhraničnej hospodárskej súťaže.

Autor pracuje na odbore konania o námietkach Úradu pre verejné obstarávanie.



Zo života obstarávača I. Fejtón

Mgr. 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.

Svetozár Lopata, obyvateľ malej obce zo stredného Slovenska, sa už pol roka venuje problematike verejného obstarávania. Úspešne absolvoval viacero odborných seminárov a školení, a to aj pod kuratelou samotného ÚVO. V jeho rodnej obci Hlbokej vode si tak vyslúžil veľký rešpekt a starosta spolu s 9 poslancami obecného zastupiteľstva vždy vyžadovali Svetozárovu účasť na zasadnutí obecného zastupiteľstva. Svetozárovi táto lokálna medializácia vyhovovala, keďže či už v kostole, alebo v miestnom pohostinstve, bol vždy občanom primus inter partes, čo si, samozrejme, všimla aj Mara Medvedová, pracovníčka obecného úradu – pravá ruka starostu, krásna slovenská deva.

Práve Mara sa v poslednom období venovala neľahkej úlohe, a to analýze § 136 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní. Mara v podstate riešila, kedy a kam sa má splniť táto informačná povinnosť. Mara počas svojej hĺbkovej analýzy totiž zistila, že obec Hlboká voda pri verejnom obstarávaní dostavby obecného úradu vylúčila 5 zo 6 uchádzačov a informačná povinnosť sa doposiaľ nesplnila.

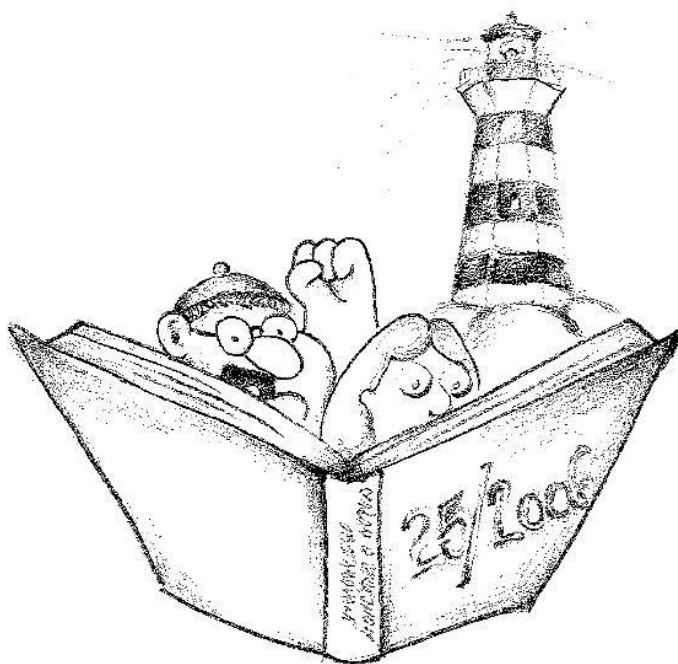
Marino trápenie v podstate ukončil až samotný Svetozár, ktorý pri jednej návšteve obecného úradu zistil, že informačná povinnosť nemusí byť splnená, nakoľko dostavba obecného úradu mala predpokladanú hodnotu zákazy 199 999 eur bez DPH. Tento záver vyplývajúci z ustanovenia § 140 nevedeli vyvodiť ani experti na verejné obstarávanie zo združenia obcí, ktorého členom je Hlboká voda. Tento výklad, ktorý prvý položil Sveťo, sa prostredníctvom obecného úradu a Mary šíril do celého kraja.

Expertná skúsenosť Svetozára sa hlboko vryla do Marinej pamäti a táto sa na každú ďalšiu návštevu Sveťa (ako ho začala oslovovať poriadne pripravila. Pri každej jeho návšteve začali spolu listovať zákonom o verejnom obstarávaní a diskusie o jeho ustanoveniach viedli až do dlhých nočných hodín, keď svetlo obecného úradu osvetľovalo obidve ulice

Hlbokej vody ako maják, ktorý osvetľuje brehy morskej hladiny.

Tieto nočné extázy verejného obstarávania Sveťa a Mary boli o to zaujímavejšie, že zákon o verejnom obstarávaní prechádzal množstvom novelizácií a vytváral pre Sveťa a Maru množstvo nových tém a neprebádaných zákutí.

Pokračovanie v ďalšom čísle.



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

Vývoj verejného obstarávania v prvých troch štvrťrokoch 2015

štatistika

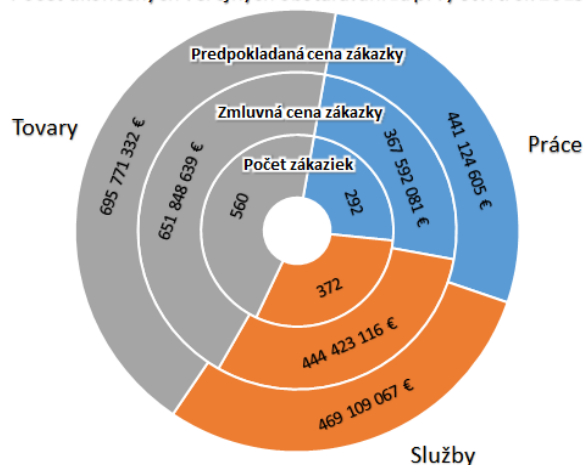
Verejní obstarávatelia, obstarávatelia a subjekty, ktorým bola poskytnutá dotácia, ukončili za trištvrte roka 2015 celkom 4 288 zákaziek v celkovej hodnote 3,9 miliardy eur. Z uvedeného počtu bolo 2 204 zákaziek financovaných z fondov Európskej únie (z toho bolo 24 % nadlimitných a 76 % podlimitných zákaziek).

1. štvrťrok 2015

Najčastejšie obstarávané boli tovary z hľadiska počtu ukončených zákaziek (46 %) aj celkovej hodnoty (43 %). Celkové dosiahnuté úspory¹ sa v prvom štvrťroku 2015 pohybovali na úrovni 8,6 %.

Najviac zákaziek v prvom štvrťroku 2015 ukončila Národná diaľničná spoločnosť, a.s., v počte 32 zákaziek v celkovej hodnote takmer 80 miliónov eur. Zákazku s najväčšou hodnotou predstavuje uzavretie rámcovej dohody na nákup pohonných hmôt a súvisiacich služieb medzi spoločnosťou Solar 2009, a.s. a dodávateľom Sloznaft, a.s., ako jediným uchádzačom (ponuka v hodnote 164 miliónov eur), pričom úspory predstavovali 3,4 %. Najväčšiu ukončenú zákazku financovanú z fondov EÚ predstavuje uzavretie zmluvy na nákup osobných vozňov pre regionálnu dopravu v rámci podpory integrovaných dopravných systémov uzavretú medzi Železničnou spoločnosťou Slovensko, a.s. a ŽOS Vrútky a.s. v celkovej hodnote takmer 31 miliónov eur.

Počet ukončených verejných obstarávaní za prvý štvrťrok 2015

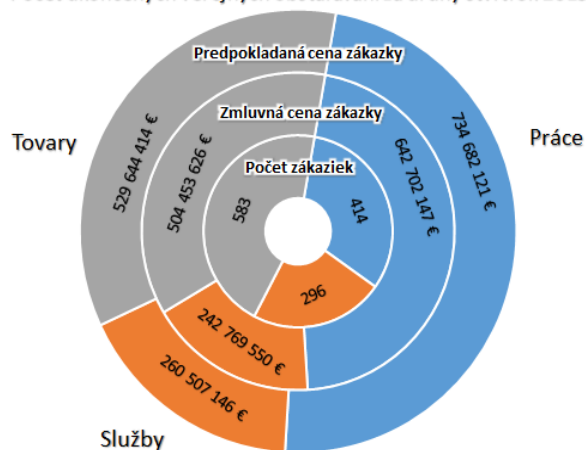


2. štvrťrok 2015

Najčastejšie obstarávané boli z hľadiska počtu ukončených zákaziek tovary (45 %) a z hľadiska zmluvnej hodnoty stavebné práce (48 %). Celkové dosiahnuté úspory sa v 2. štvrťroku 2015 pohybovali podobne ako v 1. štvrťroku 8,8 %.

V druhom štvrťroku bolo najviac zákaziek ukončených Slovenskou správou ciest v počte 25 zákaziek v celkovej hodnote takmer 180 miliónov eur. Najväčšou zákazkou bolo uzavretie zmluvy na zhotovenie stavby (financovanej z fondov EÚ v rámci operačného programu Životné prostredie): „ČOV Sever“ medzi Západoslovenskou vodárenskou spoločnosťou, a. s. a dodávateľom Doprastav, a. s. v celkovej hodnote takmer 79 miliónov eur, pri ktorej aj napriek 7 predloženým ponukám úspory dosiahli len 2,8 %.

Počet ukončených verejných obstarávaní za druhý štvrťrok 2015



3. štvrťrok 2015

Najčastejšie obstarávané boli tovary z hľadiska počtu ukončených zákaziek (47 %) aj celkovej hodnoty (49 %). Celkové dosiahnuté úspory sa v 3. štvrťroku 2015 oproti predchádzajúcemu obdobiu mierne zvýšili na 10,2 %.

V 3. štvrtroku bolo najviac obstarávaní ukončených Žilinským samosprávnym krajom v počte 27 zákaziek, pričom ich celková hodnota dosiahla len necelých 10 miliónov eur. Zákazku s najväčšou hodnotou predstavuje uzavretie rámcovej dohody na obstaranie špeciálnej hasičskej a záchranárskej techniky (financovanej z prostriedkov Európskeho fondu regionálneho rozvoja) medzi Ministerstvom vnútra Slovenskej republiky a 5 dodávateľmi "WAWRZASZEK ISS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" SPÓŁKA KOMANDYTOWA, THT SLOVENSKO, s.r.o., Magirus GmbH, VÝVOJ Martin, a.s. a TOP TEAM spol. s r.o., v celkovej hodnote presahujúcej 36 miliónov eur.

Počet ukončených verejných obstarávaní za tretí štvrtrok 2015

