ZBIERKA

ROZHODNUTÍ PRI VÝKONE KONTROLY ZA ROK 2020

ÚVO
ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

Príhovor riaditeľa Odboru dohľadu

Úrad pre verejné obstarávanie je odborným garantom v oblasti verejného obstarávania, pričom dohliada na splnenie princípov transparentnosti, rovnakého zaobchádzania, princípu proporcionality a nediskriminácie uchádzačov a záujemcov, ako i princípov hospodárnosti a efektívnosti pri vynakladaní finančných prostriedkov.

Jeho zásadnou úlohou je okrem zabezpečenia podmienok na správnu implementáciu zákona o verejnom obstarávaní, najmä kontrola zákaziek verejného obstarávania. Túto úlohu zabezpečuje najväčší odbor na Úrade pre verejné obstarávanie a to Odbor dohľadu.

Zamestnanci Odboru dohľadu dlhodobo patria k úzkej skupine najväčších odborníkov na pravidlá a postupy vo verejnom obstarávaní na Slovensku a svojou prácou prispievajú k posilňovaniu transparentnosti a efektivity vynakladania verejných finančných prostriedkov v našom štáte.

Odbor dohľadu sa zaoberá tromi rôznymi druhmi kontrol, ako sú námietky, ex-ante posúdenie a preskúmavanie úkonov kontrolovaného. Tento dokument sa zameriava na výkon kontroly na základe iného podnetu ako je námietka.

Verím, že aj tento dokument bude jedným z tých, ktoré pomôžu ozrejmiť problematiku kontroly verejného obstarávania.

Mgr. Tomáš Lepieš
riaditeľ Odboru dohľadu

Mgr. Tomáš Lepieš absolvoval Právnickú fakultu Univerzity Komenského v Bratislave.

Na Úrad pre verejné obstarávanie nastúpil ako referent na Odbor námietok 01. 09. 2011, na ktorom sa v priebehu necelých troch rokov stal vedúcim pracovníkom.

Dňa 10. 09. 2014 sa stal riaditeľom Odboru podpory implementácie fondov EÚ, kde zastrešoval významnú medzinárodnú agendu. Počnúc 01. 03. 2018 nastúpil na riaditeľskú pozíciu Odboru dohľadu, na ktorej pôsobí úspešne až dodnes.

Príhovor zástupcov riaditeľa Odboru dohľadu

Konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného sú častokrát náročné a obsahovo rozsiahle, no je nevyhnutné ich vnímať nie len ako nástroj kontroly, ale aj ako prostriedok poučenia, zlepšovania úrovne vedomostí, a tak aj skvalitňovania verejného obstarávania v prostredí Slovenskej republiky. Je preto nevyhnutné apelovať na to, aby sa prelomové a významné rozhodovania dostávali do povedomia nie len kontrolovanému, ale aj ostatým subjektom, ktoré vstupujú do procesu verejného obstarávania.

JUDr. Mária Kováčová

zástupkyňa riaditeľa Odboru dohľadu

Činnosť Odboru dohľadu je kľúčová v procese verejného obstarávania, keďže aj vďaka nej dochádza k eliminácií vznikajúcich pochybení. Som rád, že je, mimo iného, naša práca ocenená aj vydaním dokumentu takéhoto charakteru a *Zbierku rozhodnutí pri výkone kontroly za rok 2020* považujem za veľmi dobrý nástroj oboznamovania verejných obstarávateľov a obstarávateľov na Slovensku s rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie.

Ing. Martin Lamanec

zástupca riaditeľa Odboru dohľadu

Obsah

Úvod 5

1 Inštitút kontroly na základe iného podnetu ako námietka 7

1.1 Ex-ante posúdenie 7

1.2 Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe iného podnetu ako je námietka 8

1.2.1 Kontrola pred uzavretím zmluvy 9

1.2.2 Kontrola po uzavretí zmluvy 10

1.3 Postup výkonu kontroly 11

2 Rozhodnutia pri výkone kontroly 14

2.1 Princípy verejného obstarávania 15

2.1.1 Praktický príklad k téme 21

2.2 Správne určenie predpokladanej hodnoty zákazky a postupu verejného obstarávania 27

2.2.1 Postupy pri jednotlivých finančných limitoch 29

2.2.2 Podlimitné zákazky 30

2.2.3 Nadlimitné zákazky 31

2.2.4 Praktický príklad k téme 32

2.3 Podmienky účasti 36

2.3.1 Osobné postavenie 37

2.3.2 Finančné a ekonomické postavenie 38

2.3.3 Technická alebo odborná spôsobilosť 39

2.3.4 Praktický príklad k téme 41

2.4 Koncesia 44

2.4.1 Koncesia na stavebné práce 44

2.4.2 Koncesia na služby 45

2.4.3 Praktický príklad k téme 46

2.5 Výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní 49

2.5.1 Praktický príklad téme 51

Úvod

Pravidlá verejného obstarávania vytvorené európskym zákonodarcom a implementované do slovenského právneho poriadku v podobe zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (ďalej len ako „zákon o verejnom obstarávaní") ustanovujú konkrétne postupy zadávania zákaziek s cieľom umožniť, aby sa verejné obstarávanie uskutočňovalo čo najracionálnejším, najtransparentnejším a najspravodlivejším spôsobom. Pravidlá verejného obstarávania sa uplatňujú na všetky zákazky, koncesie a súťaž návrhov, o ktoré majú hospodárske subjekty na vnútornom trhu EÚ prípadný záujem, pričom zabezpečujú rovnaký prístup k zákazkám, koncesiám a súťažiam návrhov a spravodlivej hospodárskej súťaži na trhu verejného obstarávania v EÚ.

Účelom pravidiel verejného obstarávania je teda **regulovať** činnosť verejných obstarávateľov, obstarávateľov a osôb podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní pri obchodovaní na trhu, **chrániť** životné prostredie, **zabezpečovať súlad** so všeobecnými zásadami práva EÚ - zásadami voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, ako aj so zásadami, ktoré z nich vyplývajú, ako sú rovnaké zaobchádzanie, nediskriminácia, vzájomné uznávanie, proporcionalita a transparentnosť a vytvorenie vnútorného trhu v neskreslenej hospodárskej súťaži.

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej ako „úrad") v oblasti verejného obstarávania zastupuje Slovenskú republiku navonok, je odborným garantom v oblasti verejného obstarávania, pričom dohliada na plnenie princípov verejného obstarávania, ako aj princípov hospodárnosti a efektívnosti pri vynakladaní finančných prostriedkov. Jeho úlohou je zabezpečiť podmienky správnej implementácie zákona o verejnom obstarávaní.

Samotný výkon kontroly nezávislým orgánom má za úlohu posilniť dôveru verejnosti v zákonný a transparentný proces využívania verejných financií. Pre priblíženie procesov kontrolných činností úradu vznikol práve tento dokument.

Prvá časť dokumentu je zameraná na teoretické vymedzenie inštitútu kontroly, najmä časti týkajúcej sa kontroly na základe iného podnetu ako je námietka, jej špecifiká a základné štatistické údaje v rámci Slovenskej republiky.

Druhá časť dokumentu sumarizuje niekoľko príkladových rozhodnutí z rôznych oblastí výkonu kontroly a ich stručný výklad. Každá z týchto častí obsahuje metodické vysvetlenie daných ustanovení s výberom zaujímavých a podnetných rozhodnutí úradu týkajúcich sa predmetnej témy.

Konkrétne sa tento dokument venuje základným témam, ako napríklad princípy verejného obstarávania alebo postupy zadávania zákaziek či správne určenie predpokladanej hodnoty zákazky, avšak zameriava sa aj na špecifickejšie témy, ako napríklad výnimky zo zákona alebo koncesie.

1 Inštitút kontroly na základe iného podnetu ako námietka

Nakoľko jednou z hlavných úloh úradu je výkon dohľadu nad verejným obstarávaním, je v zákone o verejnom obstarávaní vyčlenená celá štvrtá hlava pre **revízne postupy**. Revízne postupy vo verejnom obstarávaní predstavujú sieť niekoľkých kontrolných krokov, pričom niektoré sú dobrovoľné a niektoré povinné.

Zákon o verejnom obstarávaní pod týmto pojmom rozumie jednak žiadosť o nápravu, ktorá je podaná verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi alebo osobe podľa § 8 pred uzavretím zmluvy, alebo **dohľad nad verejným obstarávaním.**

Úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní, vyplývajúcich zo zákona, pričom v rámci výkonu dohľadu:

a) vykonáva **ex-ante posúdenie** na základe podnetu kontrolovaného,
b) postupuje v konaní o **preskúmanie** úkonov kontrolovaného **pred uzavretím zmluvy**,
c) postupuje v konaní o **preskúmanie** úkonov kontrolovaného **po uzavretí zmluvy**,
d) **ukladá pokuty** za správne delikty podľa § 182 zákona o verejnom obstarávaní a priestupky podľa § 182a,
e) vykonáva **iné činnosti** podľa šiestej časti štvrtej hlavy zákona o verejnom obstarávaní (napr. podáva návrh na určenie neplatnosti zmluvy podľa § 180 zákona).

Inštitút preskúmavania úkonov kontrolovaného (ďalej aj ako „výkon kontroly“) na základe iných podnetov ako námietka, je upravený v ustanoveniach § 168 a 169 v zákone o verejnom obstarávaní. Ide konkrétne o **ex-ante posúdenie** (§ 168) a **výkon kontroly** (§ 169 ods. 1, presnejšie písmená a)-c)[1] a 169 ods. 3 a 4)

1.1 Ex-ante posúdenie

V rámci ex-ante posúdenia úrad posudzuje súlad alebo nesúlad dokumentov predložených kontrolovaným so zákonom o verejnom obstarávaní. Je to **dobrovoľná** kontrola. Ak ide o nadlimitnú zákazku alebo nadlimitnú koncesiu úplne alebo sčasti financovanú z prostriedkov

[1] § 169 ods.1 písm. d) je preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok. Tomuto inštitútu sa venoval tento dokument.

EÚ, kontrolovaný môže pred vyhlásením alebo začatím verejného obstarávania požiadať úrad o ex-ante posúdenie dokumentov, proti ktorým je možné podať námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b) zákona o verejnom obstarávaní.

Ex-ante posúdenie **sa nevzťahuje** na posudzovanie požiadaviek **na technické špecifikácie**, výkonnostné a funkčné požiadavky a charakteristiky a odborné požiadavky predmetu zákazky podľa § 42 zákona o verejnom obstarávaní.

Výsledkom ex-ante posúdenia je oznámenie úradu obsahujúce konštatovanie o súlade alebo nesúlade predložených dokumentov s týmto zákonom o verejnom obstarávaní, ktoré úrad doručí kontrolovanému. Úrad vydá oznámenie podľa prvej vety do 30 dní odo dňa doručenia dokumentov kontrolovaným. Ak úrad v oznámení, podľa prvej vety, nekonštatuje súlad všetkých predložených dokumentov s týmto zákonom, označí v oznámení tie časti dokumentov, ktoré nie sú v súlade s týmto zákonom a uvedie k nesúladu stručné odôvodnenie.

Tento inštitút ponúka odborné usmernenie, ktoré pri jeho správnej aplikácií môže **výrazne uľahčiť a urýchliť** celkový proces verejného obstarávania.

1.2 Konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe iného podnetu ako je námietka

Súčasťou výkonu kontroly vykonávaného úradom, sú konania, ktoré v zásade môžeme rozdeliť na konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného **pred uzavretím zmluvy** a výkon kontroly **po uzavretí zmluvy**, ktoré sa následne vnútorne členia podľa iniciátora začatia konania, iniciátora podnetu. Dohľad sa pritom vykonáva bez ohľadu na to, či ide o civilnú zákazku/koncesiu, alebo zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti.

Tieto postupy sa delia na **povinné** (§ 169 ods. 2) a **nepovinné** (§ 169 ods. 1 a 3) pre verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov a osoby podľa § 8 (ďalej len „kontrolovaný“) alebo na tie, ktoré sú vykonávané **pred** uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy, rámcovej dohody (§ 169 ods. 1 a 2) a **po** uzavretí zmluvy, koncesnej zmluvy, rámcovej dohody (§ 169 ods. 3).

Účastníkom výkonu kontroly vykonávaného na úrade podľa § 169 ods. 1 písm. a) až c) a § 169 ods. 3 a 4 zákona o verejnom obstarávaní, je **kontrolovaný.**

Výkon kontroly podľa § 169 ods. 1 písm. a) až c) a § 169 ods. 3 a 4 (nepovinná kontrola pre verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov a osoby podľa § 8) sa **začína dňom**

doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému. Výkon kontroly podľa § 169 ods. 2 (povinná kontrola) sa začína **dňom doručenia podnetu úradu.**

V záujme hospodárnosti konania **môže úrad spojiť na spoločné konanie** také konania, ktoré sa týkajú toho istého verejného obstarávania. Úrad informuje účastníkov konania o výkone kontroly, o spojení konaní a zverejní túto informáciu v profile kontrolovaného.

1.2.1 Kontrola pred uzavretím zmluvy

Výkon kontroly **pred uzavretím zmluvy,** koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva sa začína

a) z vlastného **podnetu úradu,**
b) na **základe podnetu kontrolovaného** na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie, pričom v prípade nadlimitnej zákazky alebo koncesie, ktorá je financovaná čo aj sčasti **z prostriedkov Európskej únie**[2]**,** je podanie podnetu kontrolovaným pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva jeho **obligatórnou** povinnosťou,
c) na základe **podnetu úradu vlády** alebo riadiaceho orgánu,
d) na základe **námietok.**

§ 169 ods. 1

Táto kontrola sa vykonáva **pred** uzavretím zmluvy, pričom podanie podnetu na jej začatie **nie je** pre kontrolovaného **povinné**. Konanie sa začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému (výnimka: § 169 ods. 1 písm. d) - začína námietkou). Účastníkom je kontrolovaný (na druhej strane je úrad). Lehota na vydanie rozhodnutia je **30 dní** odo dňa doručenie kompletnej dokumentácie, pričom výsledkom môže byť **rozhodnutie vo veci** (§ 175) alebo **zastavenie** konania (§ 174).

[2] Presné špecifiká povinnej kontroly pri zákazkách financovaných z fondov Európskej únie sú uvedené v § 169 ods.2 zákona o verejnom obstarávaní

§ 169 ods. 2

Vykonáva sa pred uzavretím zmluvy a o jej vykonanie je kontrolovaný **povinný** požiadať (tzv. „samoudanie“) v prípade nadlimitnej zákazky, ktorá je aspoň z časti **financovaná z EÚ**. Jednotlivé odseky ustanovenia § 169 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní stanovujú detaily pre osobitné druhy zákaziek.

Konkrétne podľa § 169 ods. 2 písm. a) ide o postup zadávania nadlimitnej zákazky na uskutočnenie **stavebných prác**, nadlimitnej **koncesie** alebo súťaž návrhov podľa § 120 ods. 2, ktorá je financovaná aspoň z časti z prostriedkov Európskej únie, zatiaľ čo podľa § 169 ods. 2 písm. b) sa povinná kontrola vzťahuje len na zákazky na **tovary a služby** (okrem služby uvedenej v prílohe č. 1), ktoré sú taktiež financované aspoň z časti z prostriedkov Európskej únie a ktorých PHZ je rovná alebo **vyššia ako 600 000 EUR**. Ak je PHZ nižšia ako takáto suma, o kontrolu už nie je povinný sám kontrolovaný požiadať, avšak v prípade, ak má riadiaci orgán pochybnosti o súlade postupu kontrolovaného so zákonom o verejnom obstarávaní, môže kontrolovaný aj tak podať podnet, avšak v takom prípade sa ním bude úrad zaoberať v zmysle § 169 ods. 1 písm. c). V prípade ustanovenia § 169 ods. 2 písm. c) ide o postup zadávania nadlimitnej zákazky na poskytnutie **služby uvedenej v prílohe č. 1** (sociálne služby a iné osobitné služby) zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je financovaná aspoň z časti z prostriedkov Európskej únie.

Konanie sa začína výlučne **na podnet kontrolovaného**, lehota na vydanie rozhodnutia je **45 dní** od doručenia podnetu, pričom výsledkom môže byť tak isto **rozhodnutie vo veci** (§ 175) alebo **zastavenie** konania (§ 174).

1.2.2 Kontrola po uzavretí zmluvy

Výkon kontroly **po uzavretí zmluvy**, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, po ukončení súťaže návrhov, po zadaní zákazky na základe rámcovej dohody, po ukončení postupu inovatívneho partnerstva sa začína

a) z vlastného **podnetu úradu**,

b) na základe podnetu **osoby, ktorá nebola oprávnená podať námietky**, alebo

c) na základe **podnetu orgánu štátnej správy**, ktorý osvedčí **právny záujem** v danej veci, ak boli kontrolovanému poskytnuté finančné prostriedky na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb z Európskej únie.

§ 169 ods. 3

Vykonáva sa **po** uzavretí zmluvy, pričom na podanie podnetu na jeho začatie **nie je** kontrolovaný **povinný**. Začína sa dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému. Lehota na rozhodnutie je **30 dní** odo dňa doručenie kompletnej dokumentácie, pričom výsledkom môže byť obdobne **rozhodnutie** vo veci (§ 175) alebo **zastavenie** konania (§ 174).

§ 169 ods. 4

Ide o špeciálny prípad kontroly, ktorý je možné vykonať **po** uzavretí zmluvy, no viaže sa len na prípad, **kedy bol zrušený postup** zadávania zákazky/koncesie/súťaže návrhov. Ide o kontrolu, o ktorú kontrolovaný nie je **povinný** žiadať.

1.3 Postup výkonu kontroly

Ako je aj vyššie uvedené, konanie sa začína buď **na podnet kontrolovaného** (§ 169 ods. 2) alebo **doručením oznámenia o začatí konania** kontrolovanému (§ 169 ods. 1, resp. ods. 3).

Úrad spravidla hneď po začatí konania pred podpisom zmluvy alebo súčasne so zaslaním oznámenia o začatí konania vydá **Predbežné opatrenie**, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného. Tento úkon je potrebný v zmysle zabezpečenia ustálenia stavu konania, teda aby kontrolovaný ďalej nevykonával ďalšie úkony v rámci verejného obstarávania počas prebiehajúcej kontroly.

Následne je kontrolovaný povinný doručiť úradu **kompletnú dokumentáciu** podľa § 24 zákona o verejnom obstarávaní v origináli do **štyroch pracovných dní** odo dňa doručenia oznámenia o začatí konania, alebo spolu s podnetom na začatie konania podľa **§ 169 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní.

Ak kontrolovaný **nedoručí** úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v zákonnej lehote 4 dní, **úrad vydá rozhodnutie o prerušení konania**, ktorým kontrolovanému nariadi doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v lehote určenej úradom. V tomto prípade lehota

neplynie, až kým kontrolovaný nedoručí kompletnú dokumentáciu. Tu často dochádza k prílišnému **predlžovaniu trvania výkonu kontroly**, v prípade ak kontrolovaný čaká s doručením veľmi dlhú dobu, čo má vo výsledku za následok predĺženie trvania celkového verejného obstarávania.

V prípade kontroly **po uzavretí zmluvy**, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ **nedoručí** úradu kompletnú dokumentáciu v origináli ani v lehote určenej úradom v rozhodnutí o prerušení konania, úrad mu v rozhodnutí podľa § 175 súčasne uloží **pokutu do 5 % zmluvnej ceny.**

K **prerušeniu** konania môže dôjsť aj s cieľom získať **odborné stanovisko** alebo znalecký posudok. V takomto prípade je určená lehota na jeho vypracovanie **najviac 30 dní**. Túto lehotu môže úrad z objektívnych dôvodov predĺžiť najviac o 30 dní, o čom informuje účastníkov konania.

Úrad pred vydaním rozhodnutia o porušení zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, **vyzve kontrolovaného**, aby sa v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako päť pracovných dní odo dňa doručenia výzvy, **písomne vyjadril** ku skutočnostiam, ktoré úrad zistil vo výkone kontroly.

V prípade kontroly **po uzavretí zmluvy**, úrad vo výzve podľa predchádzajúceho odseku súčasne uvedie:

a) ktoré zo zistených skutočností sú **správnym deliktom** podľa zákona o verejnom obstarávaní,
b) **pokutu**, ktorú úrad zamýšľa uložiť a
c) informáciu o tom, že ak v lehote podľa predchádzajúceho odseku verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oznámi úradu, že so všetkými zistenými skutočnosťami súhlasí v plnom rozsahu, **pokuta**, ktorá by bola inak verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi uložená, **sa zníži o 50 %**.

Rozhodnutia

Po vykonaní všetkých potrebných úkonov v rámci výkonu kontroly úrad vydá

a) **rozhodnutie o zastavení konania** alebo

b) **rozhodnutie s konštatovaním konkrétneho porušenia zákona** o verejnom obstarávaní s vplyvom alebo možným vplyvom na výsledok verejného obstarávania.

Úrad **zastaví** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, ak

a) kontrolovaný **zrušil použitý postup,**
b) kontrolovaný **vzal späť podnet,**
c) v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy **nezistí porušenie** zákona o verejnom obstarávaní, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania (ak úrad zistí porušenie zákona o verejnom obstarávaní bez vplyvu na výsledok verejného obstarávania, konanie zastaví),
d) **odpadol dôvod** konania.

Na prípad kontroly po uzavretí zmluvy sa vzťahujú iba dva posledné dôvody zastavenia konania a to písm. c) a d).

Ak úrad v kontrole pred podpisom zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného **bol porušený zákon** o verejnom obstarávaní a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, úrad rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti

a) **odstrániť protiprávny stav** alebo
b) **zrušiť použitý postup** zadávania zákazky

Ak úrad vo výkone kontroly **po uzavretí zmluvy** zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní, **v rozhodnutí uvedie taxatívny výpočet ustanovení**, ku ktorých porušeniu došlo a ktorých porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Nasledujúca kapitola bude venovaná jednotlivým rozhodnutiam o podnetoch iných ako sú námietky a ich praktickým príkladom zo stola zamestnancov úradu.

2 Rozhodnutia pri výkone kontroly

Rozhodnutie „**o porušení zákona“** o verejnom obstarávaní nadobudne právoplatnosť **márnym uplynutím lehoty** na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady o zastavení konania alebo rozhodnutia o odvolaní účastníkom konania. Ak sa osoba oprávnená na podanie odvolania vzdá odvolania alebo vezme svoje odvolanie späť, rozhodnutie vo výkone kontroly pred uzavretím zmluvy nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

Rozhodnutie **o zastavení konania** je právoplatné **dňom doručenia** účastníkom konania.

V prípade kontroly **po uzavretí zmluvy**, ak úrad zistí, že postupom kontrolovaného **bol porušený zákon** o verejnom obstarávaní a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, v rozhodnutí uvedie taxatívny výpočet ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, ku ktorých porušeniu došlo, určí výšku pokuty a súčasne informuje o možnosti jej zníženia podľa § 173 ods. 14 zákona o verejnom obstarávaní.

Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oznámil úradu, že súhlasí so všetkými zistenými skutočnosťami podľa § 173 ods. 14 zákona o verejnom obstarávaní v plnom rozsahu, úrad v rozhodnutí uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu znížený o 50 %. V opačnom prípade **mu bude v samostatnom konaní uložená pokuta** v plnom rozsahu.

Proti rozhodnutiu o uložení pokuty zníženej o 50 % nemožno podať opravný prostriedok. Rozhodnutie o uložení pokuty zníženej o 50 % nie je preskúmateľné súdom.

Rozhodnutie pri výkone kontroly sa môže týkať celého spektra ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Či už ide o rozhodnutie o zastavení konania alebo o porušení zákona o verejnom obstarávaní, je dobré pripomenúť si niekoľko príkladov z praxe, ktoré môžu byť nápomocné pre iných obstarávateľov alebo verejných obstarávateľov pri príprave alebo priamo pri realizácii verejného obstarávania, ako návod čoho sa vyvarovať.

V nasledujúcich riadkoch sa dokument venuje jednotlivým témam zákona v spojení priamo s praktickými príkladmi rozhodnutí úradu, na ktorých je možné poukázať na často sa

vyskytujúce chyby verejných obstarávateľov a obstarávateľov pri zadávaní zákaziek vo verejnom obstarávaní.

2.1 Princípy verejného obstarávania

Vstupom do Európskej únie sa Slovenská republika zaviazala rešpektovať a dodržiavať zásady Zmluvy o fungovaní EÚ, najmä zásadu voľného pohybu tovaru, slobodu usadiť sa a slobodne poskytovať služby, ako aj zásady, ktoré z týchto elementárnych stavebných kameňov EÚ vyplývajú, ako sú rovnaké zaobchádzanie, nediskriminácia, vzájomné uznávanie, proporcionalita a transparentnosť.

Z týchto zásad prirodzene vyplývajú aj základné princípy verejného obstarávania. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú preto pri zadávaní zákaziek povinní uplatňovať základné princípy zakotvené v zákone o verejnom obstarávaní, a to počas celého priebehu realizácie verejného obstarávania. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp **rovnakého zaobchádzania,** princíp **nediskriminácie** hospodárskych subjektov, princíp **transparentnosti**, princíp **proporcionality** a princíp **hospodárnosti a efektívnosti.**

Predmetné princípy by mali zabezpečiť hospodárne, efektívne a transparentné nakladanie s verejnými finančnými prostriedkami, keďže hlavným cieľom verejného obstarávania je efektívnosť vynakladania týchto prostriedkov a ich priama či nepriama úspora a zabezpečenie účinnej konkurencie.

Základné piliere, na ktorých stojí celý zákon o verejnom obstarávaní, v podobe primárnych princípov, predstavujú východiskový bod pre ďalšie pravidlá, a preto sa väčšinou stáva, že pri porušení iných zákonných pravidiel, ako napríklad podmienky účasti alebo uskutočnenie predbežných trhových konzultácií, dochádza zároveň aj k porušeniu niektorého z princípov.

Princíp rovnakého zaobchádzania

Princíp rovnakého zaobchádzania so všetkými uchádzačmi alebo záujemcami spočíva v tom, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ **pristupujú** principiálne **rovnakým spôsobom voči všetkým uchádzačom** alebo záujemcom, pričom nemôžu žiadneho z nich priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome zvýhodňovať alebo znevýhodňovať oproti iným

uchádzačom alebo záujemcom v rovnakom postavení. Táto definícia vyplýva z ustálenej rozhodovacej praxe súdov.

V praxi verejného obstarávania je zakázané, napr.:

a) posudzovať u niektorých uchádzačov alebo záujemcov doklady predložené za účelom preukázania splnenia podmienok účasti rozdielnym spôsobom ako u ostatných uchádzačov alebo záujemcov;

b) uplatniť voči jednému z uchádzačov rozdielny výklad tej istej skutočnosti uvedenej v ponukách uchádzačov a v dôsledku toho jedného z uchádzačov vylúčiť a v prípade ostatných uchádzačov tú istú skutočnosť akceptovať;

c) požiadať o vysvetlenie ponuky len jedného uchádzača ohľadom skutočnosti, či ním ponúkaný tovar spĺňa požiadavky na predmet zákazky (napr. požadovaný technický parameter), avšak druhého uchádzača, z ktorého predloženej ponuky tiež nie je možné jednoznačne posúdiť splnenie požiadaviek na predmet zákazky, o vysvetlenie ponuky nepožiadať.

Účelom tohto princípu je zachovanie absolútnej neutrality v prístupe voči všetkým uchádzačom alebo záujemcom pri posudzovaní predložených ponúk, pričom je nevyhnutné, aby sa vylúčila akákoľvek subjektivita a možné zvýhodnenie alebo poškodenie iných zúčastnených. Je teda vylúčené, aby verejný obstarávateľ v prípade vyhodnocovania ponúk požiadal jedného uchádzača o vysvetlenie a iného nie, čím jedného z nich zvýhodní.

Princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov

Súdny dvor EÚ ustálil definíciu nediskriminácie, kde konštatuje že princíp nediskriminácie nezakazuje len otvorenú diskrimináciu z hľadiska štátnej príslušnosti, sídla, ale aj všetky formy skrytej diskriminácie predstavujúce rozdiel v zaobchádzaní vedúci k ujme hospodárskych subjektov usadených v iných členských štátoch, ktoré by mohli mať o zákazku záujem.

Diskriminácia účastníkov sa zväčša prejavuje v oblasti rozlišovania na základe štátnej príslušnosti alebo národnosti napríklad v podobe požadovania určitých certifikátov, napríklad certifikáty vydávané národnými inštitúciami bez pripustenia vhodného ekvivalentu, ale

diskriminácia sa môže prejavovať v akomkoľvek zvýhodňovaní určitého uchádzača alebo záujemcu.

V praxi verejného obstarávania je preto zakázané, napr.:

a) popísanie konkrétneho technologického postupu výroby predmetu zákazky, opísanie jeho vlastností spôsobom, ktorý poukazuje na určitý patent alebo unikátnu vlastnosť, ktorá je charakteristická iba pre určitého výrobcu, pričom na trhu existujú iné porovnateľné riešenia výroby;

b) stanovenie takých podmienok účasti, ktoré podstatným spôsobom nesúvisia s predmetom zákazky;

c) požadovanie špecifických národných dokladov, napr. požadovanie predloženia osvedčenia autorizovaného architekta alebo stavebného inžiniera alebo vyžadovanie certifikátu preukazujúceho, že určitý výrobok je možné uviesť do prevádzky v určitom členskom štáte;

d) diskriminovanie na úrovni určitého územia, určitého regiónu alebo prostredníctvom unikátnych kapacít;

e) vyžadovanie referencie, ktorá je naviazaná výlučne na druh subjektu, ktorému bol predmet zákazky dodávaný v minulosti, napr. vyžadovanie referencie výlučne od štátnych orgánov alebo orgánov verejnej moci;

f) určenie kratšej lehoty na vyžiadanie súťažných podkladov ako lehoty na predkladanie ponúk, a tým neumožnenie prístupu záujemcov k súťažným podkladom počas celej lehoty, v priebehu ktorej sú oprávnení predkladať ponuky.

Spôsob diskriminácie môže predstavovať aj požiadavka na formu vlastníctva určitých kapacít, napr. požadovanie využitia výlučne vlastných zamestnancov alebo vlastných strojových kapacít.

Princíp transparentnosti

Medzi najčastejšie porušované princípy patrí najmä princíp transparentnosti, ktorý má zabezpečiť **predvídateľnosť konania** verejného obstarávateľa a obstarávateľa (zo strany záujemcov alebo uchádzačov) a zároveň **preskúmateľnosť**, t. j. kontrolu nestrannosti každého

úkonu verejného obstarávateľa a obstarávateľa vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky (zo strany kontrolných orgánov).

Účelom princípu transparentnosti v procese verejného obstarávania je zabezpečiť, aby tento proces **prebiehal prehľadným, predvídateľným a preskúmateľným spôsobom**, v súlade s podmienkami stanovenými v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch a zabrániť tak svojvoľnému konaniu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa pri rešpektovaní slobodnej hospodárskej súťaže.

V rozpore s týmto princípom je preto akékoľvek konanie verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné.

Naplnenie tohto princípu vyžaduje, aby všetky podmienky a pravidlá zadávania konkrétnej zákazky boli **vyjadrené jasne, presne a jednoznačne** v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch.

Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní najmä:

a) určiť predmet zákazky jednoznačne a úplne tak, aby záujemcom alebo uchádzačom boli zrejmé všetky okolnosti dôležité pre vypracovanie kvalitnej ponuky;

b) stanoviť podmienky účasti vo verejnom obstarávaní jasne, zrozumiteľne a jednoznačne tak, aby nepripúšťali rozdielny výklad jednotlivými záujemcami alebo uchádzačmi;

c) jasne vymedziť kritériá, podľa ktorých budú hodnotené ponuky uchádzačov; výberové kritériá a ich implementujúce pravidlá musia byť jasne špecifikované v súťažných podkladoch a následne musia byť aj dôsledne aplikované; princíp transparentnosti totiž môže byť dodržaný, len ak všetci záujemcovia alebo uchádzači dopredu vedia, podľa akých kritérií budú ich ponuky hodnotené a len takéto kritériá môžu byť hodnotené objektívne; potenciálni uchádzači by mali byť vopred upozornení na všetky elementy, ktoré budú brané do úvahy pri určení ekonomicky najvýhodnejšej ponuky;

d) verejný obstarávateľ a obstarávateľ je povinný zabezpečiť, aby boli všetky informácie uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako

výzva na súťaž alebo vo výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch (napr. stanovené lehoty, výška zábezpeky, a pod.), v súlade s informáciami v Úradnom vestníku EÚ a vo Vestníku verejného obstarávania,

Naplnenie tohto princípu ďalej vyžaduje, aby verejný obstarávateľ a obstarávateľ **všetky svoje rozhodnutia riadne odôvodnili**, rovnako aby verejný obstarávateľ a obstarávateľ písomne **zdokumentovali každý svoj úkon** v dokumentácii z procesu verejného obstarávania.

Dokumentovanie celého postupu zadávania zákazky je dôležité z hľadiska preskúmateľnosti konania verejného obstarávateľa a obstarávateľa. Každý úkon verejného obstarávateľa a obstarávateľa vykonaný v súvislosti so zadávaním zákazky musí byť v procese verejného obstarávania riadne zdokumentovaný a prehľadný, a to najmä za tým účelom, aby bolo možné v každej fáze, a teda aj po ukončení procesu verejného obstarávania, riadne preskúmať, či jeho konanie bolo v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

Princíp proporcionality

V prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu **najmenej obmedzujúcemu** a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. Princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia a obstarávatelia **neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné** na dosiahnutie sledovaných cieľov.

V rozpore s princípom proporcionality by bola žiadosť verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, aby boli zmluvy so subdodávateľmi notársky overené; takáto požiadavka, bez toho, aby mal verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ dôvodnú pochybnosť o pravosti zmlúv, resp. podpisov na nich, totiž prekračuje hranice toho, čo je primerané a nevyhnutné na dosiahnutie cieľa, keďže núti uchádzača, aby vynakladal dodatočné finančné prostriedky a súčasne investoval čas do overenia zmlúv notárom, pričom právne záväzné sú aj zmluvy, ktoré notársky overené nie sú.

Princíp proporcionality sa obdobne ako ostatné princípy aplikuje vždy **s prihliadnutím na konkrétnu skutkovú situáciu**. Z uvedeného dôvodu nie je možné podať vyčerpávajúci zoznam všetkých situácií, ako sa majú princípy aplikovať. Aj preto možno verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi odporučiť, aby sa pri každom rozhodovaní v procese verejného obstarávania zamysleli nad tým, či nemožno vzniknutú situáciu vyriešiť a dosiahnuť

sledovaný cieľ a účel zadávaných zákaziek **aj menej obmedzujúcim opatrením**, samozrejme, za súčasného dodržania ostatných princípov vo verejnom obstarávaní.

Princíp hospodárnosti a efektívnosti

Hospodárne a efektívne je také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí **čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž** pri čo najmenšej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania.

Naplnenie tohto princípu teda vyžaduje zabezpečenie čo najhospodárnejšieho využívania verejných prostriedkov, ktoré predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čomu by mala zodpovedať prirodzená snaha verejného obstarávateľa a obstarávateľa dosiahnuť čo najširšiu hospodársku súťaž.

Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní najmä:

a) v prípravnej fáze verejného obstarávania precízne vymedziť predmet zákazky (vrátane technických požiadaviek);

b) nespájať nesúvisiace zákazky, resp. zákazky ktoré sa dajú jednoducho obstarať samostatne ako napríklad zákazky na stavebné práce aj nákup tovaru, ktorý nie je nevyhnutný na splnenie zmluvy na stavebné práce alebo s ňou nesúvisí;

c) pri vyhodnocovaní ponúk na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality nastaviť jednotlivé kritériá a ich váhovosť tak, aby viedli k výberu ponuky takého úspešného uchádzača, ktorý predloží objektívne najvýhodnejšiu ponuku z hľadiska pomeru ceny a hodnotenej kvality;

d) stanoviť podmienky účasti vo verejnom obstarávaní tak, aby bezdôvodne neobmedzili okruh potenciálnych dodávateľov a zabezpečili tak vytvorenie čo najširšej hospodárskej súťaže;

e) zabezpečiť, aby v procese vyhodnocovania splnenia podmienok účasti, v situáciách, keď je opodstatnené využitie inštitútu vysvetlenia, nedochádzalo v rozpore s týmto princípom k vylúčeniu ponúk uchádzačov z takých dôvodov, ktoré je možné jednoducho vysvetlením/doplnením odstrániť

2.1.1 Praktický príklad k téme

2.1.1.1 Príklad č. 1

Úrad v marci 2020 oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly po uzavretí zmluvy. Kontrolovaný, **Správa štátnych hmotných rezerv Slovenskej republiky,** je verejným obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní. Na obstaranie predmetu zákazky, **Bezpečnostná služba v objektoch Správy štátnych hmotných rezerv Slovenskej republiky**, kontrolovaný použil postup užšej súťaže podľa § 126 ods. 1 v spojení s § 67 zákona o verejnom obstarávaní. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 3 934 500,00 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb z oblasti obrany a bezpečnosti.

Úrad v predmetnom konaní[3] konštatoval porušenie § 134 ods. 1 a **princípu transparentnosti podľa § 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, keď kontrolovaný **stanovil lehotu** na predkladanie žiadostí o účasť **kratšiu ako zákonom stanovenú** minimálnu lehotu 30 dní odo dňa odoslania oznámenia publikačnému úradu. Zároveň bol **princíp transparentnosti** porušený nakoľko kontrolovaný **nepožiadal úspešného uchádzača o doplnenie** alebo vysvetlenie dokladov predložených týmto uchádzačom za účelom preukázania splnenia podmienky účasti týkajúcej sa preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti, a to aj napriek skutočnosti, že zo žiadosti o účasť predmetného uchádzača, ako ani z ďalších kontrolovaným doručených dokumentov nevyplýva splnenie predmetnej podmienky účasti úspešným uchádzačom, a tak isto nakoľko **sa nezaoberal preukázaním splnenia všetkých požiadaviek,** ktoré sám kontrolovaný stanovil pre poskytnutie riadnej súčinnosti pre úspešného uchádzača už v oznámení, v súťažných podkladoch a vo výzve na poskytnutie súčinnosti a predložením všetkých dokladov požadovaných za účelom riadneho poskytnutia súčinnosti zo strany úspešného uchádzača, čím **vniesol do procesu verejného obstarávania neprehľadnosť, netransparentnosť a nepreskúmateľnosť** jednotlivých úkonov.

V uvedenom konaní došlo rovnako aj k porušeniu **princípu rovnakého zaobchádzania a princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov** podľa § 10 ods. 2, nakoľko kontrolovaný preniesol zodpovednosť za získanie certifikátov potrebných na obsluhu systémov zavedených v objektoch kontrolovaného na úspešného uchádzača bez toho, že by kontrolovaný

[3] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č.16251-6000/2019-OD/3 zo dňa 18. 5. 2020

zabezpečil spôsob, formu a vymožiteľnosť tejto súčinnosti zo strany obchodných spoločností oprávnených na vydávanie predmetných certifikátov, čím súčasne zvýhodnil postavenie na trhu tých dodávateľov, ktorí v predchádzajúcom období nadviazali spoluprácu s vybraným okruhom súkromných spoločností, ktoré sú oprávnené na vydávanie predmetných certifikátov, resp. sami sú spoločnosťami, ktoré vydávajú predmetné certifikáty.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad uvádza, že v ustanovení § 10 ods. 3 je zadefinovaná základná povinnosť verejného obstarávateľa spočívajúca v tom, že príprava a zadávanie zákaziek sa nesmú realizovať so zámerom narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Úrad má za to, že v prípravnej fáze verejného obstarávania je verejný obstarávateľ povinný zohľadniť uvedenú povinnosť okrem iného nielen pri koncipovaní podmienok účasti, ale aj pri stanovení požiadaviek na poskytnutie súčinnosti zo strany úspešného uchádzača.

Úrad uvádza, že kontrolovaný je pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti záujemcami povinný postupovať podľa § 40 ods. 1 a ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a v prípade, ak z predložených dokladov **nie je možné jednoznačne posúdiť** ich platnosť alebo splnenie podmienok účasti, resp. ak existujú určité pochybnosti mal by použiť inštitút vysvetlenia. **Inštitút vysvetlenia alebo doplnenia dokladov** predložených na účely preukázania splnenia podmienok účasti, predstavuje významný nástroj hodnotiaceho procesu, umožňujúci **odstrániť prípadné pochybnosti o splnení vyhodnocovaných podmienok** a požiadaviek v prípadoch, keď tieto nie je možné jednoznačne posúdiť.

2.1.1.2 Príklad č. 2

Úradu bol v novembri 2019 doručený list, prostredníctvom ktorého **kontrolovaný požiadal úrad o začatie výkonu kontroly** pred uzavretím zmluvy na predmet nadlimitnej zákazky na dodanie tovaru **„Projekt IDS ako súčasť udržateľnej mobility v meste - Inteligentný, integrovaný a ekologický systém"**.

Kontrolovaný, **ARRIVA NITRA a. s.,** je osobou podľa § 8 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (**dotovaná osoba**) a bol povinný pri zadávaní predmetnej nadlimitnej zákazky na

dodanie tovaru postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko bola zákazka financovaná z fondov EÚ. Na obstaranie predmetu zákazky kontrolovaný použil postup verejnej súťaže, bez použitia elektronickej aukcie.

V uvedenom konaní[4] kontrolovaný postupoval **v rozpore s princípom proporcionality**, keď v súťažných podkladov stanovil inštitút technickej prezentácie predmetu zákazky, na základe ktorej si kontrolovaný v procese vyhodnocovania požiadaviek overoval niektoré funkcionality - požiadavky obstarávaného predmetu zákazky (t. j. funkčnosť tarifno informačného systému ponúkaného uchádzačom), ktoré tvoria preukázateľne časť samotného plnenia predmetu zákazky, ktorý musí dodať úspešný uchádzač. **V rozpore s princípom proporcionality** je táto požiadavka z dôvodu jej vyžadovania od všetkých uchádzačov už vo fáze vyhodnocovania požiadaviek, a preto podľa názoru úradu nebolo potrebné, aby kontrolovaný prostredníctvom predmetného inštitútu technickej prezentácie predmetu zákazky následne **u uchádzačov opätovne vyhodnocoval a overoval splnenie požiadaviek na predmet zákazky, ktoré už raz overil**, čo spôsobilo **neprimeranú záťaž na uchádzačov** vo verejnom obstarávaní.

Stanovenie vyššie uvedenej požiadavky kontrolovaného mohlo mať v danom prípade vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko postupom kontrolovaného **mohlo dôjsť k obmedzeniu počtu predložených ponúk** na predmet zákazky a opätovne poukazuje na fakt, že zákon o verejnom obstarávaní inštitút technickej prezentácie predmetu zákazky nepozná.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad má za to, že účel, ktorým je vyhodnotenie ponúk uchádzačov z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky, je možné dosiahnuť v tomto prípade aj iným, pre uchádzačov menej obmedzujúcim spôsobom.

Princíp proporcionality vyplývajúci z § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa uplatňuje taktiež aj v súvislosti s procesom vyhodnocovania požiadaviek na predmet zákazky podľa § 53 zákona o verejnom obstarávaní. **Princíp proporcionality vyžaduje, aby verejní obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie**

[4] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie číslo: 15180-6000/2019-OD/4 zo dňa 9.3.2020

sledovaných cieľov. Tým sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu a že **spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom.** Na správnu aplikáciu tohto princípu je teda nevyhnutné poznať cieľ, ku ktorému má konanie verejného obstarávateľa a obstarávateľa smerovať. Ak k danému cieľu vedie viacero možných ciest, verejný obstarávateľ a obstarávateľ sa majú **prikloniť k tej najmenej obmedzujúcej pre hospodárske subjekty** vo verejnom obstarávaní. Uvedené v podstate znamená, že akékoľvek prijaté opatrenie nesmie byť nad rámec toho, čo je nevyhnutne potrebné na uzavretie zmluvy s kvalifikovaným uchádzačom.

2.1.1.3 Príklad č. 3

Úrad doručil v apríli 2020 kontrolovanému list „Oznámenie o začatí konania“, prostredníctvom ktorého úrad oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly po uzavretí zmluvy z vlastného podnetu úradu pri zadávaní zákazky na **uskutočnenie stavebných prác** na predmet „Výstavba nájomných bytov s následným prevodom vlastníckych práv“ realizovanej **postupom pre zadávanie podlimitných zákaziek** bez využitia elektronického trhoviska. Kontrolovaným bol verejný obstarávateľ **Obec Kunerad.**

V uvedenom konaní[5] úrad skonštatoval **porušenie** § 113 ods. 5 v nadväznosti na § 42 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, tým že **neopísal predmet zákazky jednoznačne**, **úplne a s konkrétnymi technickými požiadavkami**, keďže súťažné podklady neobsahujú podrobné vymedzenie predmetu zákazky a súčasne postupoval v rozpore s **§ 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne s **princípom transparentnosti**, **nediskriminácie** hospodárskych subjektov a **princípom rovnakého zaobchádzania**, tým, že požiadavkou, aby uchádzači v čase predkladania ponúk mali vo vlastníctve pozemok alebo mali iné právo k pozemku, zvýhodnil jedného uchádzača, ktorý mal ešte pred začatím predmetného verejného obstarávania prenajaté pozemky na výstavbu uvedeného nájomného bytového domu, a teda vedel predložiť ponuku, ktorá obsahuje aj čísla parciel, na ktorých sa predmetná výstavba uskutoční, čím **boli znevýhodnení ostatní potenciálni uchádzači**, ktorí nemali zabezpečené rovnaké podmienky.

[5] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 3492-6000/2020-OD/7 zo dňa 30.7.2020

Uvedené konanie kontrolovaného malo vplyv na výsledok verejného obstarávania, nakoľko kontrolovaný predmetným opisom znemožnil, resp. odradil potenciálnych uchádzačov od predloženia ponuky, tým že kontrolovaný ani vo výzve, ani v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch neuviedol v prípade predmetného nájomného bytového domu potrebnú dokumentáciu, ktorá jednoznačne vymedzí predmet zákazky.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad na základe vyššie uvedeného konštatuje, že kontrolovaný v danom prípade neopísal predmet zákazky úplne a dostatočne a **svoju povinnosť** opísať predmet zákazky v súlade s § 42 zákona o verejnom obstarávaní **preniesol na uchádzačov** a zároveň prenechal na svojvôli potenciálnych uchádzačov určenie aj základných technických požiadaviek stavebného objektu ako je výška stavebného objektu, veľkosť podlahovej plochy bytov, materiálová charakteristika.

Z uvedeného vyplýva, **že uchádzači mohli ponuku predložiť na rôzne stavebné objekty z hľadiska výšky, konštrukčných a materiálnych charakteristík**, kvality vyhotovenia stavby a jej vybavenia, a teda **nie je zabezpečená porovnateľnosť ponúk.**

Zo zákona explicitne vyplýva povinnosť verejného obstarávateľa, resp. komisie ním zriadenej na vyhodnotenie ponúk vyhodnotiť ponuky uchádzačov z hľadiska splnenia požiadaviek na predmet zákazky, čo však **nie je vykonateľné v prípade, ak verejný obstarávateľ nevypracuje opis predmetu obstarávanej zákazky jednoznačne, úplne a na základe všetkých relevantných technických/funkčných/výkonnostných požiadaviek.** Nedostatočne opísaný predmet zákazky teda okrem neporovnateľnosti ponúk spôsobuje aj následnú nemožnosť vyhodnotenia splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa na predmet zákazky a znemožňuje vyhodnotenie následného plnenia samotnej zmluvy.

2.1.1.4 Príklad č. 4

Úrad v októbri 2019 doručil kontrolovanému list „Oznámenie o začatí konania“, ktorým oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly po uzavretí zmluvy. Kontrolovaný, **Finančné riaditeľstvo SR**, je verejným obstarávateľom, ktorý uzavrel **44 dodatkov**

v súvislosti so zmluvou o dielo na ďalší vývoj „Komplexného informačného systému Úradu daňového preverovania“.

Úrad mal v predmetnom konaní za to, že kontrolovaný **uzatvoril dodatky**, ktoré majú znaky novej zákazky **bez aplikovania postupov podľa zákona** o verejnom obstarávaní účinného v čase uzatvárania dodatkov, čím **porušil § 10 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní **a súčasne konal aj v rozpore s § 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne s princípom rovnakého zaobchádzania, princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípom transparentnosti, a princípom hospodárnosti a efektívnosti, pretože obsah dodatkov **rozširujúci predmet pôvodnej zmluvy, a navyšujúci cenu pôvodnej zmluvy**, predstavuje takú zmenu, ktorá napĺňa znaky nového záväzku, v dôsledku čoho sa stal celý proces zadávania zákazky **netransparentný**, a **odporujúci aj princípu rovnakého zaobchádzania uchádzačov alebo záujemcov a princípu nediskriminácie**, nakoľko v danom prípade bola v poskytovaní predmetných služieb zvýhodnená a uprednostnená výlučne jedna spoločnosť v porovnaní s ostatnými hospodárskymi subjektmi pôsobiacimi na relevantnom trhu poskytujúcimi rovnaké alebo obdobné služby. V dôsledku tejto skutočnosti nie je možné vylúčiť, že by niektorá z prípadne predložených ponúk potenciálnych uchádzačov pri použití niektorého z postupov zákona o verejnom obstarávaní bola výhodnejšia v porovnaní so zmluvnou cenou za poskytovanie predmetných služieb s vybranou spoločnosťou.

Argumenty kontrolovaného, že Zmluva o dielo obsahuje len všeobecný, nejednoznačný, neúplný a nejasný opis predmetu zmluvy, a to ako vývoj už existujúceho diela, vytvoreného na základe iných zmlúv, **ktorý mal byť realizovaný jednotlivými časťami diela špecifikovanými (až v budúcnosti)** vždy aktuálne podľa požiadaviek a predmet jednotlivých častí diela mal byť podrobne rozvinutý a špecifikovaný až uzatváraním písomných dodatkov k tejto Zmluve a, že verzia zákona o verejnom obstarávaní platná v čase uzatvárania Zmluvy o dielo, mu podobné konanie umožňovala, nie sú spôsobilé spochybniť zistené skutočnosti a vyššie uvedenú argumentáciu úradu.

PORUŠENIE ZÁKONA ZASTAVENIE KONANIA

Každú zmenu zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy treba vyhodnocovať vo väzbe na obsah zmluvných podmienok konkrétnej zmluvy, rámcovej dohody príp. koncesnej

zmluvy. Účelom pravidla **zákazu zmeny charakteru zmluvy/podstatnej zmeny zmluvy** je nenarušenie základných princípov verejného obstarávania, najmä princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov a princípu transparentnosti. Pravidlá zmeny zmluvy, zohľadňujú takisto princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Prípadné zmeny zmluvy, nesmú narušovať hospodársku súťaž bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov, t. j. **zmena charakteru zmluvy, by nemala meniť podmienky pôvodne realizovaného verejného obstarávania** takým spôsobom, ktorý by mal vplyv na rozhodovanie hospodárskych subjektov ohľadne účasti vo verejnom obstarávaní alebo by mohol mať vplyv na pôvodne uplatnené kritériá na vyhodnotenie ponúk alebo požiadavky na predmet zákazky.

V nadväznosti na uvedené úrad konštatuje, že za zákazku je teda potrebné považovať **všetky novo vznikajúce peňažné záväzky** verejného obstarávateľa, bez ohľadu na označenie úkonu, ktorým záväzok vzniká. Z formálneho hľadiska nie je rozhodné, či zákazka je zadaná na základe dodatku k pôvodnej zmluve alebo na základe samostatnej zmluvy. Novými zákazkami sú preto aj tzv. „dodatky k zmluvám“, **pokiaľ nimi dochádza k rozšíreniu predmetu pôvodnej zmluvy a tomu zodpovedajúcemu zvýšeniu peňažného záväzku** verejného obstarávateľa.

2.2 Správne určenie predpokladanej hodnoty zákazky a postupu verejného obstarávania

V prípravnej fáze verejného obstarávania je jedným z najdôležitejších krokov určenie predpokladanej hodnoty zákazky (ďalej ako “PHZ”), nakoľko od tohto kroku sa následne odvíja celé obstarávanie a povinnosti z neho plynúce.

Predpokladom na splnenie tejto povinnosti je znalosť toho, čo chce verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ prostredníctvom verejného obstarávania nadobudnúť – tzn. povahu a charakter plnenia vrátane jeho rozsahu a vlastností.

Na základe vopred určenej PHZ si vie verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ určiť takzvaný **finančný limit.** Problematika finančných limitov spolu s ich výškami je ustanovená v § 5[6] v zákone o verejnom obstarávaní.

Na to, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ správne určil predpokladanú hodnotu zákazky, musí dodržiavať **pravidlá pre jej určenie**, stanovené v § 6 zákona o verejnom obstarávaní.

PHZ sa určuje ako cena **bez dane** z pridanej hodnoty s cieľom ustanovenia postupu verejného obstarávania podľa finančných limitov. Určuje sa na základe dostupných **údajov súčasného trhu a podobných zákaziek**.

Ak sa zákazka týka veľmi špecifického tovaru či služieb a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemá takéto údaje k dispozícii, určí predpokladanú hodnotu na základe údajov získaných **prieskumom trhu** s požadovaným plnením, **prípravnou trhovou konzultáciou** alebo na základe údajov získaných **iným vhodným spôsobom**.

PHZ je platná v čase odoslania oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania alebo oznámenia použitého ako výzva na súťaž na uverejnenie; ak sa uverejnenie takého oznámenia nevyžaduje, predpokladaná hodnota je platná v čase začatia postupu zadávania zákazky.

Do predpokladanej hodnoty zákazky verejný obstarávateľ a obstarávateľ zahrnú aj

a) hodnotu opakovaných plnení, ak sa plánujú zabezpečiť,
b) všetky formy opcií a všetky obnovenia zákazky,
c) ceny a odmeny, ktoré sa poskytnú uchádzačom alebo účastníkom súťaže návrhov
d) predpokladanú hodnotu tovaru alebo služieb, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ poskytnú dodávateľovi v súvislosti so zákazkou na uskutočnenie stavebných prác, ak sú potrebné na uskutočnenie stavebných prác

Ak je stavebná práca alebo služba **rozdelená na niekoľko častí** v rámci zadávania jednej zákazky, z ktorých každá bude predmetom samostatnej zmluvy, predpokladaná hodnota zákazky sa určí **ako súčet predpokladaných hodnôt všetkých častí** zákazky.

[6] vyhláška, ktorou sa pravidelne aktualizuje výška finančných limitov na Slovensku, je dostupná na stránke úradu, alebo preklikom sem: https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/metodicke-usmernenia/vseobecne-metodicke-usmernenia-zakon-c-3432015-z-z--51e.html?id=2568

Zákon o verejnom obstarávaní v rámci tejto problematiky stanovuje **zákaz rozdeliť zákazku**, koncesiu alebo súťaž návrhov, teda stanoviť jej predpokladanú hodnotu tak, **aby sa vôbec neaplikoval zákon**, resp. pravidlá a postupy ním ustanovené, alebo aby sa použili nižšie finančné limity a menej prísne postupy zadávania zákazky (napr. pre nadlimitné zákazky a koncesie sa vyžaduje zverejnenie zadávania zákazky alebo koncesie aj v európskom vestníku a pri podlimitnej zákazke je dostačujúce jej zverejnenie len vo vestníku).

Účelové rozdelenie zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov predstavuje jedno z najzávažnejších porušení zákona o verejnom obstarávaní, keďže pri nižšej PHZ je predpoklad, že sa o publikácií zákazky dozvie užší okruh hospodárskych subjektov, čo môže v konečnom dôsledku nepriaznivo pôsobiť na hospodársku súťaž.

Pre postupy zadávania zákazky, ktorých výsledkom má byť uzavretie **rámcovej dohody**, sa predpokladaná hodnota určí ako limitná predpokladaná hodnota **všetkých zákaziek, ktoré sa predpokladajú zadať počas platnosti rámcovej dohody**. Podobné pravidlo platí aj v prípade DNS.

Ak ide o **kombinovanú** zákazku v rámci ktorej sa obstaráva viac typov predmetov zákazky, kde sa napríklad obstaráva tovar a zároveň aj služby, v takom prípade sa PHZ vypočíta ako **celková hodnota tovaru a služieb bez ohľadu na ich podiely** – napríklad do PHZ sa okrem dodávky tovarov zahrnie aj cena montážnych a inštalačných činností.

Povinnou súčasťou súťažnej dokumentácie musia byť aj **podklady na základe ktorých** verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ **určil predpokladanú hodnotu**.

Z uvedeného vyplýva, že pri určovaní PHZ je rozhodujúce okrem jej správneho stanovenia aj zdokumentovanie tohto postupu v súlade s princípom **transparentnosti**, ktorý v tomto kontexte má garantovať, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ vedia presvedčivo a objektívne preukázať, ako určili výšku PHZ, ktorá predurčuje (po zohľadnení bežnej dostupnosti predmetu zákazky na trhu) použitý postup verejného obstarávania.

2.2.1 Postupy pri jednotlivých finančných limitoch

Zákon o verejnom obstarávaní rozdeľuje zákazky v závislosti od výšky stanovených finančných limitov na **zákazky s nízkou hodnotou**, **podlimitné zákazky** a **nadlimitné zákazky**. V praxi sa stretávame aj s tzv. ***zákazkami malého rozsahu***, t. j. zákazkami, ktorých

PHZ neprekročí 5000 eur, ktoré sú zároveň vyňaté spod pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní.

Zákon o verejnom obstarávaní rozdeľuje jednotlivé postupy vo verejnom obstarávaní práve podľa finančných limitov. V zákone sú rozlíšené iné postupy pre zákazky s nadlimitnou hodnotou iné pre zákazky s podlimitnou hodnotou.

Zákazky **s nízkou hodnotou** sú upravené len jednoduchými pravidlami, zachytenými v zákone o verejnom obstarávaní v **§ 117**. Najdôležitejším z týchto pravidiel je dodržiavanie základných princípov zákona o verejnom obstarávaní a to najmä **princíp hospodárnosti a transparentnosti.**

2.2.2 Podlimitné zákazky

Zadávanie **podlimitných zákaziek** je upravené v tretej časti zákona o verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ postupuje pri zadávaní civilných podlimitných zákaziek v závislosti od typu verejného obstarávateľa a druhu zákazky s ohľadom na to, či ide o tovary a služby **bežne dostupné na trhu** alebo o stavebné práce a tovary alebo služby iné ako bežne dostupné na trhu a s ohľadom na svoje požiadavky a potreby. **Definíciu bežne dostupných tovarov** je možné nájsť aj v zákone o verejnom obstarávaní v **§ 2 ods. 5 písm. o), takisto aj v ods. 6 a 7**.

Zákon o verejnom obstarávaní poskytuje dve možnosti ako postupovať pri určenej podlimitnej hodnote zákazky. Ide o postup **s použitím elektronického trhoviska** alebo **bez použitia elektronického trhoviska**.

Ak sú predmetom zákazky stavebné práce, služba intelektuálnej povahy a **iné** tovary a služby **ako bežne dostupné** na trhu, verejný obstarávateľ môže postupovať pri jej zadávaní **iba bez využitia elektronického trhoviska.**

Verejný obstarávateľ má pri postupe s použitím elektronického trhoviska dve možnosti:

a) zadávanie zákazky s predbežnou akceptáciou ponuky
   - v tomto prípade verejný obstarávateľ môže predbežne akceptovať ponuku s najnižšou cenou zverejnenú na elektronickom trhovisku, ak pre rovnaký alebo ekvivalentný tovar, stavebné práce alebo služby sú zverejnené v čase akceptovania aspoň tri ponuky

b) zadávanie zákazky jej zverejnením na elektronickom trhovisku
   - v druhom prípade verejný obstarávateľ môže zadať zákazku jej zverejnením na elektronickom trhovisku a registrovaní záujemcovia a uchádzači predkladajú ponuku

Zoznam certifikovaných systémov slúžiacich ako elektronické trhovisko na Slovensku je možné nájsť na webovom sídle úradu.[7]

Zadávanie podlimitných zákaziek **bez využitia elektronického trhoviska** (nazývané tiež ako „vestníkový spôsob zadávania podlimitných zákaziek“) je upravené v § 113 až § 116 zákona o verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ je povinný postupovať okrem týchto ustanovení aj podľa prvej časti (základné ustanovenia) a prvej hlavy druhej časti (spoločné procesné ustanovenia pre zadávanie nadlimitných zákaziek), ak nie je v § 113 až § 116 zákona o verejnom obstarávaní ustanovené inak.

Na základe uvedených ustanovení môže verejný obstarávateľ pri zadávaní podlimitných zákaziek bez využitia elektronického trhoviska postupovať dvomi spôsobmi, a to prostredníctvom **otvoreného súťažného postupu**, ktorý vychádza z pravidiel verejnej súťaže alebo **priameho rokovacieho konania**.

2.2.3 Nadlimitné zákazky

Zákon o verejnom obstarávaní vymenúva v § 29 zoznam možných postupov pri nadlimitných zákazkách. Ide o šesť typov postupov, ktorými sú:

a) verejná súťaž
b) užšia súťaž
c) rokovacie konanie so zverejnením
d) súťažný dialóg
e) inovatívne partnerstvo
f) priame rokovacie konanie

Jednotlivé postupy sa mierne líšia v závislosti od vyhlasovateľa verejného obstarávania, a teda záleží na tom, či ide o verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo dotovanú osobu.

[7] https://www.uvo.gov.sk/informacny-servis/certifikovane-systemy/zoznam-certifikovanych-systemov-podla-zakona-c-3432015-z-z-532.html

Základné pravidlá sú však pre všetkých rovnaké. Malé rozdiely je možné pozorovať aj pri produktoch súvisiacich s obranou a bezpečnosťou.

Pre potreby nasledujúceho rozboru rozhodnutí nie je potrebné bližšie definovať jednotlivé postupy. Detailne sú upravené v zákone o verejnom obstarávaní v druhej hlave § 66 a nasl.

2.2.4 Praktický príklad k téme

2.2.4.1 Príklad č. 1

Úrad vydal v januári 2020 Oznámenie o začatí výkonu kontroly. Úrad predmetné konanie začal v zmysle § 169 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní na základe vlastného podnetu, voči kontrolovanému **Sociálna poisťovňa, po uzavretí zmluvy** pri zadávaní zákazky na **poskytnutie služby** s predmetom „Prevádzkovanie elektronického transakčného systému pre potreby Sociálnej poisťovne" (elektronické stravné lístky).

Kontrolovaný použil postup podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. predmet zákazky obstarával ako zákazku **s nízkou hodnotou**. Jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk bola najnižšia **cena.** Kontrolovaný stanovil predpokladanú hodnotu zákazky na základe prieskumu trhu**,** avšak s nepresným a neúplným opisom plánovanej zákazky.

Úrad v predmetnom konaní[8] uviedol, že kontrolovaný pri zadávaní predmetnej zákazky **porušil** § 6 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj § 10 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď **nevypracoval opis predmetu zákazky úplne a jednoznačne**, čo malo za následok stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky pod finančný limit stanovený v § 5 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a **aplikovanie nesprávneho a menej prísneho postupu** zadávania zákazky, pričom toto porušenie malo vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Kontrolovaný opomenul a opomína osobitnú povahu ním požadovaných funkcionalít elektronického systému v oblasti zabezpečenia stravovania, ako aj zamestnaneckých benefitov, ktorá spočíva v zabezpečení daných plnení pre kontrolovaného, s čím sú spojené úhrady uhrádzané kontrolovaným. **Osobitná povaha** daných funkcionalít **mala pritom priamy dopad na charakter zákazky ako takej a uvedené bolo potrebné zohľadniť aj v opise predmetu zákazky** a napokon aj pri stanovovaní predpokladanej hodnoty zákazky.

[8] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 12658-6000/2019-OD/5 , 12990-6000/2019-OD/4 zo dňa 18.05.2020

Predpokladaná hodnota zákazky má predstavovať sumu, ktorú má kontrolovaný stanoviť tak, aby zahŕňala všetky plnenia, ktoré majú byť v rámci zákazky zabezpečované[9].

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad má vo vzťahu k absentujúcej podrobnej špecifikácii požiadaviek za to, že kontrolovaný by mal vedieť kvantifikovať svoje požiadavky ohľadom zmluvy, pretože takéto zadefinovanie musí byť prenesené do opisu predmetu zákazky. V prípade, že predmet zákazky neobsahuje všetky potrebné špecifikácie a požiadavky, nie je možné hovoriť o úplnom a jednoznačnom opise predmetu zákazky, a teda o **netransparentnom** postupe.

Transparentnosť sa týka aj pravidiel zadávacieho procesu ako aj obmedzenia svojvoľnosti konania, pravidiel pre riadne odôvodnenie každého rozhodnutia a preskúmateľnosti rozhodnutí verejného obstarávateľa a predvídateľnosti postupu vo verejnom obstarávaní.

2.2.4.2 Príklad č. 2

V ďalšom prípade Úrad pre verejné obstarávanie vydal 10. 1. 2020 Oznámenie o začatí výkonu kontroly **po uzavretí zmluvy** pri zadávaní zákazky na poskytnutie služby, výsledkom ktorej je "**Rámcová dohoda o prevádzkovaní elektronického transakčného systému"** (elektronické stravné poukážky), ktorým začal výkon kontroly, ktorým bolo **Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky.**

Kontrolovaný zadával zákazku podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní, t.j. ako **zákazku s nízkou hodnotou**, ktorú určil na základe prieskumu trhu pomocou e-mailových oslovení niekoľkých poskytovateľov predmetnej služby, avšak s nepresným a neúplným opisom potenciálnej zákazky.

[9] K uvedenej problematike úrad 20. 8. 2019 vydal aj výkladové stanovisko č. 2/2019 k určovaniu predpokladanej hodnoty zákazky pri ďalších formách poskytovania stravovacích služieb a benefitov zamestnávateľom

Po vykonaní kontroly Úrad uvádza[10] že kontrolovaný pri zadávaní predmetnej zákazky **porušil § 6 zákona** o verejnom obstarávaní, ako aj § 10 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď **nevypracoval opis predmetu zákazky úplne a jednoznačne**, čo malo za následok stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky pod finančný limit stanovený v § 5 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a **aplikovanie nesprávneho a menej prísneho postupu** zadávania zákazky, pričom toto porušenie malo vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Predmetom Rámcovej dohody je zabezpečenie prevádzkovania elektronického transakčného systému, ktorý okrem iného musí umožňovať realizáciu sociálnej politiky v oblasti zabezpečenia stravovania zamestnancov, poskytovania zamestnaneckých benefitov a zabezpečenia príspevkov na rekreáciu zamestnancom formou rekreačných poukážok. V opise predmetu zákazky **absentuje kvantifikácia požiadaviek** kontrolovaného na stravovanie zamestnancov kontrolovaného, na rekreačné poukážky a na zamestnanecké benefity čím robí opis neúplný **netransparentný** a zavádzajúci.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad k uvedenému konštatuje, že vyššie opísané nedostatky v opise predmetu zákazky, a teda absencia stanovenia počtu stravníkov, zamestnancov, rozsahu stravovania, rozsahu rekreačných poukážok a rozsahu benefitov, ako aj následné obsahové nevymedzenie ďalších zamestnaneckých benefitov a požiadaviek ohľadom rekreačných poukážok, má za následok, že kontrolovaný v predmetnom prípade stanovil opis predmetu zákazky neúplne a nejednoznačne.

Verejný obstarávateľ je povinný pri určovaní predpokladanej hodnoty zákazky v prípade zabezpečovania stravovania svojich zamestnancov formou elektronických stravovacích kariet **do predpokladanej hodnoty zákazky započítať všetky náklady,** ktoré mu v súvislosti so zabezpečením stravovania zamestnancov uvedenou formou vzniknú. Do predpokladanej hodnoty zákazky je verejný obstarávateľ povinný započítať hodnotu elektronických

[10] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 12989-6000/2019-OD/8, 13150-6000/2019-OD/8 zo dňa 24.06.2020

stravovacích kariet, **ako aj províziu** za vydanie týchto elektronických stravovacích kariet, **prípadne iné náklady.**

2.2.4.3 Príklad č. 3

Úrad listom „Oznámenie o začatí konania“ oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly po uzavretí zmluvy z vlastného podnetu úradu pri zadávaní zákazky na poskytnutie služieb s názvom predmetu zákazky „Upratovacie a dezinfekčné služby na pracoviskách UNLP – PRK“. Kontrolovaný, **Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice,** ako verejný obstarávateľ, zadával zákazku postupom **priameho rokovacieho konania**, ktorého použitie zdôvodnil mimoriadnou udalosťou.

Úrad v uvedenom konaní[11] skonštatoval porušenie **§ 10 ods. 1** v spojení s § 81 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní keď kontrolovaný **neoprávnene postupoval priamym rokovacím konaním** a uzatvoril Zmluvu o poskytovaní upratovacích a dezinfekčných služieb a teda sa vyhol povinnosti uzavrieť predmetnú Zmluvu spôsobom resp. postupom podľa ustanovení zákona, pričom uvedené porušenie zákona malo vplyv na výsledok verejného obstarávania, za čo bola kontrolovanému **uložená pokuta** v celkovej výške 23 100,00 EUR.

Kontrolovaný použitie priameho rokovacieho konania odôvodňoval mimoriadnou situáciou. ktorá podľa jeho tvrdení vznikla tým, že dodávateľ, ktorý mu dlhodobo zabezpečoval upratovacie a dezinfekčné služby, vypovedal zmluvu. K tejto udalosti malo dôjsť nečakane, čo narušilo jeho pôvodný časový harmonogram obstarávaní, čím mala kontrolovanému vzniknúť časová tieseň a to považoval za dostatočný dôvod na použitie priameho rokovacieho konania.

Z predložených dokumentov kontrolovaným vyplýva, že pôvodný poskytovateľ inicioval skončenie zmluvy, na základe ktorej boli kontrolovanému poskytované upratovacie a dezinfekčné služby, už v skorších mesiacoch tak, že kontrolovaný mohol preukázateľne vedieť, že podobná situácia (odstúpenie od zmluvy) nastane. Uvedené nezrovnalosti spôsobujú pochybnosti ohľadom kontrolovaným uvádzanej nepredvídateľnosti mimoriadnej situácie ako aj časovej tiesni, v dôsledku ktorej nebolo možné zadať zákazku niektorým zo súťažných postupov.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

[11] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 6434-6000/2020-OD/4 zo dňa 2.2.2021

Na základe uvedeného má úrad za to, že ani po posúdení všetkých okolností, ktorými kontrolovaný odôvodňoval vznik mimoriadnej udalosti a po vyhodnotení týchto okolností vo vzájomnej kauzálnej súvislosti, nemožno dospieť k záveru, že kontrolovaný preukázal existenciu mimoriadnej udalosti podľa § 81 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného má úrad za to, že **kontrolovaný nepreukázal, že skutočnosti, ktoré kontrolovaný uviedol v rámci svojho odôvodnenia použitia postupu PRK, možno považovať za mimoriadnu udalosť spĺňajúcu podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní**.

Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaným uvedené odôvodnenie použitia postupu PRK nielenže nepreukazuje splnenie všetkých zákonných podmienok pre použitie daného postupu, ale z predloženej dokumentácie vyplývajú aj ďalšie skutočnosti, ktoré spôsobujú pochybnosti o okolnostiach vyhlásenia daného priameho rokovacieho konania, najmä čo sa týka nepredvídateľnosti vzniku mimoriadnej udalosti a existencii časovej tiesne.

Postup zadávania zákazky **priamym rokovacím konaním predstavuje výnimku** z uplatňovania súťažných postupov zadávania zákaziek. V tejto súvislosti poukazuje úrad na to, že v prípade, ak verejný obstarávateľ má v úmysle uzatvoriť zmluvu uplatnením postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, **je povinnosťou verejného obstarávateľa nespochybniteľným spôsobom preukázať a náležite zdokumentovať opodstatnenosť použitia tohto postupu** pri zadávaní zákazky. Dôkazné bremeno odôvodnenia verejného obstarávania postupom priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi (kontrolovanom). Verejný obstarávateľ by mal postup zadávania zákazky priamym rokovacím konaním podľa § 81 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní využívať **len vo veľmi výnimočných prípadoch**, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.

2.3 Podmienky účasti

Zákon o verejnom obstarávaní v § 38 upravuje pravidlá pre určenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Podmienky účasti predstavujú nástroj na vymedzenie vlastností potenciálnych uchádzačov, prostredníctvom ktorého verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ zabezpečí vhodný odborný základ na dodanie tovaru služby alebo stavebnej práce v požadovanej kvalite.

Existujú tri druhy podmienok účasti:

a) podmienky účasti týkajúce sa **osobného postavenia** podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní,
b) podmienky účasti týkajúce sa **finančného a ekonomického postavenia** podľa § 33 zákona o verejnom obstarávaní
c) podmienky účasti týkajúce sa **technickej spôsobilosti** alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní

Verejný obstarávateľ má, čo sa týka určenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní, širší rámec povinností ako obstarávateľ.

2.3.1 Osobné postavenie

Podmienky **osobného postavenia** predstavujú **taxatívny výpočet** vlastností, podmienok a predpokladov, ktoré musí spĺňať každý potenciálny uchádzač, ktorý má v záujme sa zúčastniť verejného obstarávania**,** čo znamená že sa nemožno od nich odkloniť a ich rozsah nemožno zúžiť ani rozšíriť.

V prípade **nadlimitných zákaziek** musí uchádzač spĺňať **všetky podmienky** , ktoré stanovuje zákon o verejnom obstarávaní. Ak však ide o **podlimitnú zákazku**, verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ musí požadovať splnenie **len určitých podmienok,** ako napríklad že uchádzač je oprávnený dodávať tovar, poskytovať služby a uskutočňovať stavebné práce a že nemá uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní. Vyžadovanie niektorých z ostatných podmienok účasti osobného postavenia, v prípade podlimitných zákaziek **ostáva na uvážení** verejného obstarávateľa.

Splnenie podmienok účasti môže uchádzač preukázať niekoľkými spôsobmi:

a) fyzicky predložiť/zaslať požadované doklady, dokumenty, výpisy, potvrdenia alebo čestné vyhlásenie
b) zápisom v zozname hospodárskych subjektov a preukázať ním splnenie podmienok podľa § 32 ods. 1 písm. a) až f)
c) jednotným európskym dokumentom („JED“) Ide o dokument, ktorý predbežne nahrádza doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti

Od začiatku roka 2019 **sa zrušila povinnosť uchádzača alebo záujemcu predkladať doklady** podľa § 32 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (doklady o osobnom postavení), ak je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oprávnený použiť údaje z informačných systémov verejnej správy. **Informačné systémy,** z ktorých si údaje orgány verejnej moci navzájom poskytujú sú: Register právnických osôb, podnikateľov a orgánov verejnej moci, Register trestov, Informačný systém finančnej správy, Informačný systém Sociálnej poisťovne a Informačný systém zdravotnej poisťovne.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že verejní obstarávatelia a obstarávatelia, ktorí majú oprávnenie použiť informácie z informačných systémov verejnej správy, **sú povinní prioritne overovať splnenie osobného postavenia na základe údajov z týchto systémov**.

2.3.2 Finančné a ekonomické postavenie

Podmienky účasti finančného a ekonomického postavenia sú upravené v § 33 zákona o verejnom obstarávaní, kde sú uvedené **demonštratívne**. To znamená, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže okrem zákonom vymenovaných možných dokladov vyžadovať aj iné, ktoré si vyžaduje konkrétne individuálna zákazka.

V prípade podmienok uvádzaných zákonom o verejnom obstarávaní prichádzajú ako dôkazy do úvahy vyjadrenia bánk, potvrdenia poisťovní, resp. iné doklady s účtovnými ukazovateľmi. Pokiaľ si verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ stanoví aj inú podmienku účasti, jej **primeranosť** by sa nemala vzťahovať len k jej výpovednej hodnote, ale aj k možnosti jej preukázania, a to napríklad vo forme možnosti získania konkrétneho dokladu.

V spojitosti s inštitútom finančných a ekonomických podmienok účasti, pozná zákon o verejnom obstarávaní jedno špecifikum, tzv. **“tretiu osobu”**. Na preukázanie finančného a ekonomického postavenia môže uchádzač alebo záujemca využiť zdroje iných osôb za predpokladu, že pri plnení zmluvy alebo koncesnej zmluvy bude aj reálne používať zdroje tejto osoby, čo preukáže písomnou zmluvou, z ktorej musí vyplývať záväzok, že táto osoba poskytne plnenie počas celého trvania zmluvy.

2.3.3 Technická alebo odborná spôsobilosť

Pri technickej alebo odbornej spôsobilosti je výpočet jednotlivých podmienok účasti, resp. dôkazov, ktorými sa tieto podmienky preukazujú, **taxatívny**. Zákonom stanovený výpočet možných technických požiadaviek predstavuje výber možností z ktorých si verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže vybrať, **nemôže však tento zoznam prekročiť** a požadovať doklad nad rámec vymenovaných možností.

Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ má vzhľadom na povahu zákazky vyžadovať preukázanie **len tých dokladov, ktoré sú v konkrétnom prípade relevantné.**

Takisto aj v prípade technickej alebo odbornej spôsobilosti môžu uchádzači, záujemcovia, resp. ich skupiny na účely preukázania stanovených podmienok účasti využiť kapacity "**tretích osôb**".

Technická alebo odborná spôsobilosť má slúžiť predovšetkým na zabezpečenie schopností a skúseností kumulovaných v osobe záujemcu, resp. v jeho zamestnancoch a technickom vybavení, ktoré má k dispozícii, s cieľom úspešnej realizácie zákazky. Možno teda zhrnúť, že základným cieľom tohto inštitútu je **umožniť súperenie o zákazku len takým hospodárskym subjektom, ktoré majú k dispozícii požadované ľudské a technické zdroje** na riadne plnenie zákazky.

V prípade podlimitných zákaziek s využitím Elektronického kontraktačného systému **nemôžu** verejní obstarávatelia **vyžadovať preukázanie splnenia týchto podmienok účasti**. Je to najmä z dôvodu, že cieľom zavedenia elektronického trhoviska bola snaha o výrazne zjednodušenie systému verejného obstarávania.

Podmienky účasti **sa musia uviesť** v:

a) oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo
b) oznámení použitom ako výzva na súťaž,
c) súťažných podkladoch,
d) informatívnom dokumente v profile

Verejní obstarávatelia sú **vždy** povinní určiť podmienky účasti týkajúce sa **osobného postavenia**. Určenie podmienok účasti týkajúcich sa **finančného** a ekonomického postavenia a **technickej** spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti **závisí od ich vlastného rozhodnutia**.

Podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia sú v zákone o verejnom obstarávaní uvedené **demonštratívnym výpočtom**, pre technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť platí **taxatívny výpočet**.

Pre **obstarávateľov** platí odlišné pravidlo, kedy sú obstarávatelia v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente **oprávnení určiť a vybrať podmienky účasti výlučne na základe vlastného uváženia** (pokiaľ však určia podmienky účasti podľa § 32 až 36 zákona o verejnom obstarávaní, nesmú sa od týchto pravidiel odchýliť).

Podmienky účasti spolu s kritériami na vyhodnotenie ponúk často pri porušení zákona o verejnom obstarávaní úzko súvisia s porušením princípov, a to najmä **princípu transparentnosti a nediskriminácie účastníkov**. Nakoľko určenie podmienok účasti stanovuje podmienky pre účastníkov verejného obstarávania a dovoleným spôsobom obmedzuje účasť pre vhodných uchádzačov, býva táto časť obstarávacej dokumentácie zneužívaná práve za účelom **zvýhodnenia vybraného uchádzača**, čo predstavuje protizákonné konanie.

Pre definovanie podmienok účasti platia všeobecne nasledovné zásady:

a) podmienky účasti musia byť určené **v súlade s princípmi** verejného obstarávania,
b) podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť **primerané** a musia **súvisieť** s predmetom zákazky,
c) stanovené podmienky účasti musia byť **zrejmé už z oznámenia** o vyhlásení verejného obstarávania, resp. z oznámenia použitého ako výzva na súťaž,
d) stanovené podmienky účasti môžu byť uvedené aj v súťažných podkladoch, musia však byť **v súlade s oznámením** o vyhlásení verejného obstarávania, resp. s oznámením použitým ako výzva na súťaž,
e) ak je zákazka alebo koncesia **rozdelená na časti**, kde každá časť bude predmetom samostatnej zmluvy alebo koncesnej zmluvy, je vhodné určiť podmienky účasti vo **vzťahu ku každej časti** zákazky.

2.3.4 Praktický príklad k téme

2.3.4.1 Príklad č. 1

Úrad v septembri 2020 listom oznámil kontrolovanému podľa § 169 ods. 3 písm. a) a § 171 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní začatie výkonu kontroly **po uzavretí zmluvy z vlastného podnetu úradu** pri zadávaní predmetnej nadlimitnej zákazky na dodanie tovaru na predmet zákazky „**Hokejky pre hráčov a brankárov ľadového hokeja**“. Kontrolovaný, **Slovenský zväz ľadového hokeja,** je verejným obstarávateľom.

V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 2 400 000,00 EUR bez DPH išlo o **nadlimitnú zákazku na dodanie tovaru**. Daná zákazka nebola financovaná z fondov EÚ. Jediným stanoveným kritériom na vyhodnotenie ponúk bola **najnižšia jednotková cena** za hokejku.

Úrad v predmetnom konaní uvádza, že kontrolovaný svojím konaním **porušil**[12] § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 38 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne **princíp nediskriminácie** hospodárskych subjektov, nakoľko kontrolovaným stanovená podmienka účasti týkajúca sa preukazovania technickej alebo odbornej spôsobilosti, spočívajúca v predložení zoznamu dodávok tovaru preukazujúceho dodávky v súhrnnej výške 750 000 EUR bez DPH, **nie je primeraná** k rozsahu jednotlivých častí predmetu zákazky, a to z hľadiska toho, že nereflektuje možnosť predložiť ponuku na minimálne 6 typov hokejok, čím je neprimeraná a zároveň je takto stanovená podmienka účasti aj **diskriminačná**, pričom uvedené porušenia zákona o verejnom obstarávaní mohli mať vplyv na výsledok predmetnej verejnej súťaže.

Úrad má za to, že kontrolovaný pri stanovení danej podmienky účasti **nezohľadnil jej primeranosť a súvis s predmetom zákazky**, keď odhliadol od skutočnosti, že umožňuje predkladať ponuky na minimálne šesť typov hokejok. Sám kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol, že predpokladá, že požiadavka na dodanie 12 000 hokejok v požadovanej štruktúre naraz jedným dodávateľom môže spôsobovať dodávateľom na trhu problém. Preto umožňuje uchádzačovi predložiť ponuku iba na tie hokejky, ktoré uchádzač vie v požadovanej

[12] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie číslo: 8518-6000/2020-OD/10 zo dňa 3.2.2021

špecifikácií, množstve a v stanovenej lehote reálne dodať.

PORUŠENIE ZÁKONA ZASTAVENIE KONANIA

Takto stanovená podmienka účasti je zároveň aj diskriminačná, nakoľko uvedenými porušeniami zákona o verejnom obstarávaní mohol kontrolovaný **odradiť od účasti** na predmetnom verejnom obstarávaní tých záujemcov, ktorí by boli spôsobilí zapojiť sa do verejnej súťaže iba v rámci niektorých z častí predmetu zákazky, avšak nemajú skúsenosti s dodávkou tovaru v rozsahu ako požadoval preukázať kontrolovaný vyššie spomínanou podmienkou účasti, hoci títo by boli schopní realizovať predmet zákazky, zabezpečiť dodávku hokejok a predložiť ponuku na minimálne 6 typov hokejok, teda 6 častí predmetu zákazky.

Verejný obstarávateľ je v rámci stanovenia podmienok účasti oprávnený požadovať preukázanie len takých kvalifikačných predpokladov, ktoré **bezprostredne súvisia s predmetom zákazky, pričom vždy môže ísť len o požiadavky primerané rozsahu zadávanej zákazky a musia byť primerané vo vzťahu k jednotlivým častiam predmetu zákazky, z ktorých každá má byť predmetom samostatnej zmluvy.** Za diskriminačné sa považujú požiadavky verejného obstarávateľa, ktoré nie sú svojim charakterom a rozsahom primerané k rozsahu a charakteru požadovaného predmetu zákazky.

2.3.4.2 Príklad č. 2

Pre potreby poukázania na príklad zrušenia použitého postupu bude opätovne použitý príklad konania ktorý sa spomína už vyššie, kedy bol úradu v novembri 2019 doručený list, prostredníctvom ktorého **kontrolovaný požiadal úrad o začatie** výkonu kontroly pred uzavretím zmluvy na predmet nadlimitnej zákazky na dodanie tovaru **„Projekt IDS ako súčasť udržateľnej mobility v meste - Inteligentný, integrovaný a ekologický systém"**. Kontrolovaný, **ARRIVA NITRA a.s.,** je osobou podľa § 8 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní (**dotovaná osoba**) a bol povinný pri zadávaní predmetnej nadlimitnej zákazky na dodanie tovaru postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko bola zákazka financovaná z fondov EÚ. Na obstaranie predmetu zákazky kontrolovaný použil postup verejnej súťaže, bez použitia elektronickej aukcie.

Na tomto príklade je zreteľne vidieť, že porušenie ktoréhokoľvek princípu podľa

zákona o verejnom obstarávaní, takmer vždy súvisí aj s porušením iného ustanovenia.

Úrad v predmetnej kontrole **nariadil** kontrolovanému **zrušiť použitý postup**[13] **zadávania zákazky** nakoľko mal úrad za preukázané, že kontrolovaný postupoval v rozpore s § 42 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, keď **neopísal predmet zákazky v súťažných podkladoch dostatočne úplne a jednoznačne** tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená čestná hospodárska súťaž, čím zároveň postupoval aj v rozpore s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to najmä s **princípom transparentnosti a s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov,** nakoľko predmet zákazky bol stanovený nejednoznačne, nejasne a zmätočne. Potenciálni záujemcovia nemali dostatok informácií na to, aby mohli vypracovať porovnateľnú ponuku a zúčastniť sa tohto verejného obstarávania. Úrad ďalej skonštatoval, že na základe kontrolovaným definovaného opisu predmetu zákazky, potenciálni záujemcovia nemôžu vypracovať objektívne a porovnateľné cenové ponuky na požadovaný predmet zákazky, a preto uvedené porušenie zákona mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania.

☐ PORUŠENIE ZÁKONA ☑ ZASTAVENIE KONANIA

Úrad uvádza, že síce vymedzenie predmetu zákazky je plne v kompetencii verejného obstarávateľa, a teda za opis predmetu zákazky, resp. definovanie predmetu zákazky je plne zodpovedný verejný obstarávateľ, avšak verejný obstarávateľ **nie je oprávnený preniesť túto svoju zodpovednosť na záujemcov a uchádzačov. Kontrolovaný** vôbec **neuviedol konkrétnu špecifikáciu** pri produkte napr. rozmer, hmotnosť alebo technické, výkonnostné parametre, ktoré je možné vyjadriť číslom v intervalovej miere, alebo s hranicami minimálne, maximálne.

Zákaz diskriminácie zahŕňa jednak zákaz diskriminácie zjavnej, teda rozdielneho zaobchádzania s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale aj zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie k obdobným právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania poškodzovanie hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi záujemcami alebo

[13] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie číslo: 15180-6000/2019-OD/4 zo dňa 9.3.2020

uchádzačmi).

2.4 Koncesia

Po výbere úspešného uchádzača, môže tento úspešný uchádzač s obstarávateľom alebo verejným obstarávateľom uzavrieť buď odplatnú zmluvu, ktorú nazývame zákazka alebo môžu uzavrieť **koncesnú zmluvu**. Koncesia je v zákone o verejnom obstarávaní definovaná v § 4 a subjekt koncesie – koncesionár je definovaný v § 2 ods. 5 písm. d). Ide teda o taký hospodársky subjekt, s ktorým verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ uzavrel koncesnú zmluvu.

Koncesia aj zákazka sa vyznačujú **odplatnosťou**, avšak rozdiel spočíva v **odlišnom druhu odplaty.**

Pri zákazke odplatu predstavujú peniaze. Koncesia je zákazkou rovnakého typu ako zákazka na uskutočnenie stavieb alebo na poskytnutie služieb, avšak **protiplnením / odplatou za plnenie dodávateľa je určité právo**, ktoré môže byť spojené s finančným plnením, napríklad protiplnením za uskutočnenie stavby môže byť právo na užívanie tejto stavby.

Problematika koncesie je v zákone o verejnom obstarávaní upravená iba v spojitosti so službami a stavebnými prácami ako predmetom zákazky, nakoľko **v rámci obstarania tovarov sa koncesná zmluva nepoužíva.**

Medzi základné definičné znaky koncesie, ktoré musia byť pre kvalifikovanie koncesie naplnené kumulatívne, sú:

a) poskytovanie služby alebo stavebných prác koncesionárom,
b) protiplnenie spočívajúce v úplnom alebo čiastočnom práve koncesionára brať úžitky vyplývajúce z poskytovania služieb alebo z prevádzkovania stavby, ktorá bola výsledkom uskutočnených stavebných prác, ktoré môže byť spojené s peňažným plnením zo strany verejného obstarávateľa/obstarávateľa/osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní
c) prenos prevádzkového rizika súvisiaceho s poskytovaním služieb alebo s využívaním vykonaného diela.

2.4.1 Koncesia na stavebné práce

Ide o zákazku rovnakého typu ako zákazka na uskutočnenie stavebných prác s tým rozdielom, že **protiplnením** za stavebné práce, ktoré sa majú uskutočniť, **je buď právo na využívanie stavby na dohodnutý čas alebo je toto právo spojené s peňažným plnením.**

Dôležitým znakom odlišujúcim koncesiu na stavebné práce od zákazky na uskutočnenie stavebných prác je skutočnosť, že udelením koncesie **prechádza prevádzkové riziko na koncesionára** pri využívaní stavby; toto zahŕňa riziko na strane dopytu alebo ponuky. Prevádzkové riziko prechádza na koncesionára, **ak za bežných prevádzkových podmienok nemá zaručenú návratnosť vynaložených investícií alebo nákladov** vzniknutých pri prevádzkovaní stavby, ktorá je predmetom koncesie. Časť rizika preneseného na koncesionára musí zahŕňať reálne vystavenie voči výkyvom trhu tak, aby akákoľvek potenciálna strata vzniknutá koncesionárovi nebola iba nominálna alebo zanedbateľná.

2.4.2 Koncesia na služby

Koncesia na služby je zákazka rovnakého typu ako zákazka na poskytnutie služby s tým rozdielom, že protiplnením za služby, ktoré sa majú poskytnúť, je buď právo využívať poskytované služby na dohodnutý čas alebo je toto právo spojené s peňažným plnením.

Obdobné pravidlo ohľadne prenosu prevádzkového rizika na koncesionára, ako je to uvedené ku koncesii na stavebné práce, platí aj vo vzťahu ku koncesii na služby, a to v súvislosti s poskytovaním služieb.

Koncesia sa od zákazky na služby odlišuje **formou protiplnenia** a **mierou preneseného prevádzkového rizika.**

Protiplnenie **spočíva v braní úžitkov spravidla od tretích osôb**, t.j. užívateľov, pričom je prípustné, aby protiplnenie spočívalo aj čiastočne v priamej platbe pochádzajúcej od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a to zvyčajne vtedy, keď platby od užívateľov nie sú dostatočne vysoké, aby pokryli všetky náklady a investície vynaložené koncesionárom vrátane primeraného zisku. Pomer medzi týmito príjmami z brania úžitkov a priamou platbou od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa nie je priamo definovaný, avšak v tomto prípade musí byť dodržaná miera preneseného prevádzkového rizika spojené s braním úžitkov.

Aby sa **prevádzkové riziko považovalo za prenesené, nesmie byť koncesionárovi za bežných trhových podmienok zaručená návratnosť** vynaložených investícií a nákladov. Riziko môže byť na strane ponuky, dopytu alebo na oboch stranách. Prenos prevádzkového rizika by nemal byť zanedbateľný. Koncesionár na seba preberá zodpovednosť a riziká, ktoré tradične nesú verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia, a ktoré zvyčajne patria do ich oblasti pôsobnosti. Riziká, ktoré sú spojené so zlým riadením, neplnením koncesnej zmluvy zo strany

koncesionára, nie sú na účely klasifikácie, či ide o koncesiu rozhodujúce, nakoľko tieto riziká sú prítomné v každom zmluvnom záväzku.

Koncesionár musí byť reálne vystavený výkyvom trhu. Pri koncesiách je prípustná aj odplata od verejného obstarávateľa/obstarávateľa, avšak tá by nemala byť stanovená pevnou čiastkou tak, aby koncesionárovi garantovala návratnosť všetkých nákladov a investícií vynaložených na prevádzkovanie stavby alebo na poskytovanie služieb. Pokiaľ by koncesionárovi boli garantované prípadné straty spôsobom, ktorý by pokrýval ním vynaložené náklady a investície, nie je naplnená definícia prenosu prevádzkového rizika, z dôvodu ktorého by nešlo o koncesiu, ale o zákazku. Na účely posúdenia prevádzkového rizika by sa konzistentným a jednotným spôsobom mala vziať do úvahy čistá súčasná hodnota všetkých investícií, nákladov a príjmov koncesionára.

2.4.3 Praktický príklad k téme

2.4.3.1 Príklad č. 1

Úradu bol v marci 2019 doručený podnet smerujúci voči postupu kontrolovaného pri zadávaní podlimitnej koncesie na služby na predmet zákazky **„Modernizácia a prevádzkovanie tepelno-technologických zariadení a vonkajších rozvodov tepla“** vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania.

Kontrolovaný, **Fakultná nemocnica Trenčín,** je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní. Na obstaranie vyššie identifikovaného predmetu zákazky kontrolovaný použil postup podlimitného zadávania koncesie na poskytnutie služby podľa § 118 zákona o verejnom obstarávaní.

Úrad v rámci uvedeného konania[14] uvádza, že kontrolovaný v použitom postupe zadávania koncesie **postupoval v rozpore s § 118 v spojení s § 10 ods. 1**, nakoľko v predmetnom prípade aplikoval postup zadávania koncesie bez toho, aby takého zadávanie napĺňalo všetky definičné znaky pre koncesiu na služby, čím sa vyhol povinnosti aplikovať

[14] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 6404-6000/2019-OD/7 zo dňa 3. 2. 2020

niektorý z postupov zadávania zákazky, pričom uvedené konanie **mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.**

Kontrolovaný **postupoval v rozpore s § 118 v spojení s § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní**, čím sa súčasne dostal **do rozporu s § 10 ods. 1 a ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne s princípom transparentnosti a princípom nediskriminácie, nakoľko kontrolovaným nesprávne zvolený postup spôsobil zmätočnosť a neprehľadnosť celého použitého postupu zadávania koncesie a znemožnil účasť tým hospodárskym subjektom, ktorí sa o takomto zadávaní mohli dozvedieť**.**

Je teda zrejmé, že z obsahu predmetnej Koncesnej zmluvy uzavretej medzi kontrolovaným a ním vybraným koncesionárom nevyplýva pre koncesionára poberanie žiadneho úžitku, ktoré by mohol využívať z prevádzky, údržby a správy technologického zariadenia, t.j. napr. odplatu za poskytovanie týchto služieb od tretích osôb, okrem samotného peňažného plnenia vyplývajúceho z Koncesnej zmluvy zo strany kontrolovaného, t.j. okrem mesačnej odplaty uhrádzanej výlučne kontrolovaným. Nakoľko koncesionár v zmysle Koncesnej zmluvy nadobudne počas koncesnej lehoty ako formu protiplnenia výlučne len odplatu od samotného kontrolovaného, táto finančná čiastka predstavuje celkovú hodnotu koncesie, z čoho je zrejmé, že **protihodnota poberaná koncesionárom spočíva výlučne len v odplate poskytnutej samotným kontrolovaným**.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

Z vyššie uvedeného je teda zrejmé, že v predmetnej Koncesnej zmluve **absentuje jeden z definičných znakov koncesie na služby, a to existencia protiplnenia**, ktorá spočíva úplne alebo aspoň z časti **v práve brať úžitky z poskytovaných služieb**, ktoré sú predmetom koncesie, okrem odplaty poskytovanej samotným kontrolovaným, ktorá predstavuje pre koncesionára v zmysle Koncesnej zmluvy jedinú formu odplaty.

2.4.3.2 Príklad č. 2

Úrad v novembri 2019 listom oznámil kontrolovanému začatie výkonu kontroly po uzavretí zmluvy z vlastného podnetu úradu, ktorej predmetom bol **nájom podchodu** Trnavské mýto a ktorá napĺňala znaky podlimitnej koncesie.

Kontrolovaný, **Hlavné mesto Slovenskej republiky Bratislava,** je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Úrad v uvedenom konaní[15] uvádza, že kontrolovaný svojím konaním **porušil § 118 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**, konkrétne princíp transparentnosti a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, keď uzavrel Zmluvu o nájme, ktorá napĺňa znaky podlimitnej koncesie, **bez uverejnenia informácie o zadávaní podlimitnej koncesie**, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **malo vplyv na výsledok verejného obstarávania,** za čo kontrolovanému uložil pokutu v celkovej výške 5 000,00 EUR.

K porušenie uvedeného ustanovenia došlo tým, že **kontrolovaný zvýhodnil jeden hospodársky subjekt**, **s ktorým bola uzavretá Zmluva o nájme, ktorá napĺňa definičné znaky podlimitnej koncesie bez uverejnenia informácie o zadávaní podlimitnej koncesie** vo Vestníku verejného obstarávania, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní malo vplyv na výsledok verejného obstarávania, v dôsledku čoho došlo **k obmedzeniu hospodárskej súťaže,** nakoľko o zadávaní podlimitnej koncesie neinformoval potenciálnych záujemcov jej uverejnením v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.

Úrad má na základe vyššie uvedených skutočností za to, že **definičný znak** koncesie, že ide o poskytovanie služby alebo stavebných prác koncesionárom (investorom, nájomcom), aj podľa požiadaviek kontrolovaného, je týmto **naplnený.** Úrad má za to, že **ďalší definičný znak koncesie spočívajúci v existencii protiplnenia je v danom prípade preukázaný**, pretože nájomca bude poberať nájomné za priestory, príp. reklamné plochy, ktoré boli predmetom rekonštrukcie, a ktoré prenajíma za komerčným účelom tretím osobám. Zároveň je potrebné zdôrazniť, že nájomca ako poskytovateľ služieb prenájmu komerčného priestoru a služieb správy a prevádzky podchodu **znáša všetky prevádzkové náklady** vyplývajúce z tejto činnosti, **čím kontrolovaný preniesol hospodárske riziko** prevádzky zabezpečenia plnenia hlavného účelu predmetného podchodu vyplývajúceho **z verejného záujmu na nájomcu,** čím úplne naplnil definičné znaky koncesnej zmluvy.

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

[15] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 11089-6000/2018-OD/12 zo dňa 18. 5. 2020

Kontrolovaný je ako verejný obstarávateľ povinný pri zadávaní zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaži návrhov, zadávaní koncesií na stavebné práce, zadávaní koncesií na služby postupovať podľa príslušných ustanovení platného zákona o verejnom obstarávaní, a teda ak vyhlasovaná súťaž a z nej výsledná zmluva napĺňa znaky koncesie, musí verejný obstarávateľ takúto informáciu uviesť.

Kontrolovaný v uvedenom prípade **pôvodne nepoužil koncesiu,** a rozhodujúcim faktorom pre kontrolovaného bolo, podľa jeho vyjadrenia, **určenie miery rizika**, ktoré pri realizácii koncesnej zmluvy musí znášať koncesionár a ktorú sám kontrolovaný vyhodnotil s ohľadom na lokalizáciu a exponovanosť, ako aj verejný účel, ktorý dlhodobo plní a z toho vplývajúcu mobilitu peších občanov, **za nedostatočnú pre uzavretie koncesnej zmluvy,** s odôvodnením, že táto by neplnila základné atribúty nevyhnutné pre jej uplatnenie.

Úrad sa v nadväznosti na vyššie uvedené zameral na posúdenie možnosti existencie a následne **naplnenia všetkých definičných znakov koncesie, a to najmä hospodársky úžitok a prenesenú mieru rizika.**

Hospodársky úžitok je jednoznačne preukázaný, pokiaľ je stanovené, že **verejný obstarávateľ/obstarávateľ sa stane vlastníkom prác alebo diela, ktoré sú predmetom zákazky. Hospodársky úžitok musí tiež spočívať v ekonomických výhodách.**

Podľa názoru úradu bolo predovšetkým v záujme mesta docieliť požadovanú revitalizáciu a obnovu podchodu, pričom **stav po revitalizácii priniesol kontrolovanému hospodársky úžitok vo forme zhodnotenia majetku kontrolovaného**, keďže revitalizácia podchodu, jeho obnova a zmodernizovanie, je nesporne technickým zhodnotením majetku prenajímateľa, a tým pádom prináša požadovaný priamy hospodársky úžitok kontrolovanému.

2.5 Výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní

Zákon o verejnom obstarávaní, ktorého jedným z hlavných cieľov je regulácia obchodovania s verejnými financiami, upravuje taktiež výnimky, ktoré stanovujú situácie pri ktorých nie je nutné aplikovať jeho ustanovenia.

To, čo pod zákon o verejnom obstarávaní nespadá, teda zákazky alebo činnosti, pri ktorých nie je potrebné postupovať podľa pravidiel verejného obstarávania, upravujú zákonné

výnimky v ustanoveniach § 1 ods. 2 až 15 zákona o verejnom obstarávaní. Výnimky tak predstavujú **objektívny predpoklad na uzavretie určitých zmlúv bez použitia zákona** o verejnom obstarávaní**.**

Je však **zakázané, aby výnimky boli použité účelovo** s cieľom vyhnúť sa transparentným a súťažným postupom zadávania zákazky bez objektívnych dôvodov. Zneužitie výnimiek, resp. vyhnutie sa použitiu zákona v prípadoch, keď mal byť použitý, je **správnym deliktom** podľa § 182 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, za ktorý sa ukladá pokuta vo výške 5% zmluvnej ceny.

K používaniu výnimiek je preto potrebné pristupovať reštriktívne, pričom dôkazné bremeno odôvodnenia použitia výnimky spočíva na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, ktorý sa jej uplatnenia dovoláva. Znamená to, že **verejný obstarávateľ** alebo obstarávateľ, ktorý z dôvodu použitia výnimky nepostupoval podľa zákona o verejnom obstarávaní, **je povinný preukázať oprávnenosť použitia výnimky.**

Výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní je možné rozdeliť do niekoľkých skupín:

a) výnimky nezávislé od výšky finančného limitu

- výnimky pre civilné zákazky a súťaže návrhov
- výnimky pre obstarávateľov
- výnimky v oblasti obrany a bezpečnosti
- výnimky pre koncesie

b) výnimky pre zadávanie podlimitných zákaziek a zákaziek s nízkou hodnotou

c) výnimka pre zákazky s nízkou hodnotou

d) výnimka pre zadávanie zákaziek malého rozsahu

- tento zákon sa nevzťahuje aj na tzv. zákazku malého rozsahu, tzn. zákazku, ktorej predpokladaná hodnota je nižšia ako 5 000 EUR v priebehu kalendárneho roka alebo počas platnosti zmluvy, ak sa zmluva uzatvára na dlhšie obdobie ako jeden kalendárny rok. Uvedeným sa sleduje zefektívnenie a sprružnenie nákupov pri zákazkách, ktoré **z pohľadu ich hodnoty nie je proporčné regulovať pravidlami** verejného obstarávania.

2.5.1 Praktický príklad téme

Úrad v októbri 2018 listom oznámil kontrolovanému v zmysle § 169 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní začatie výkonu kontroly po uzavretí dodatkov z vlastného podnetu úradu, s tým, že pôvodný predmet hlavnej zmluvy bol z oblasti obrany a bezpečnosti.

Kontrolovaný, **Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky,** je verejným obstarávateľom podľa **§ 7 ods. 1 písm. a)** zákona o verejnom obstarávaní.

V predmetnom konaní [16]úrad uvádza, že kontrolovaný svojím konaním pri zadávaní zákaziek **porušil § 1 ods. 2 písm. a)** zákona o verejnom obstarávaní, keďže pri uzatváraní Dodatkov **nepreukázal oprávnenosť využitia výnimky** zo zákona o verejnom obstarávaní, ako aj **§ 10 ods. 2** zákona o verejnom obstarávaní, a to konkrétne **princíp transparentnosti, princíp rovnakého zaobchádzania** hospodárskych subjektov a princíp hospodárnosti a efektívnosti, keďže neaplikoval žiaden z postupov uvedených v zákone o verejnom obstarávaní, pričom uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní **malo vplyv** na výsledok verejného obstarávania.

Predmetné dodatky **rozširujú** predmety Zmluvy a Čiastkovej zmluvy o dielo, **ktorých predmet má nevojenský charakter,** o ďalšie, resp. nové služby, ktoré súvisia s ich predmetom a zároveň navyšujú cenu ich plnenia, a teda je možné konštatovať, že aj Dodatky predstavujú v zmysle § 3 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní **zákazky na poskytnutie služieb nevojenského charakteru.**

☑ PORUŠENIE ZÁKONA ☐ ZASTAVENIE KONANIA

V tejto súvislosti úrad uvádza, že v prípade, ak verejný obstarávateľ má v úmysle uzatvoriť zmluvu na základe výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní, **je jeho povinnosťou nespochybniteľným spôsobom preukázať a náležite zdokumentovať, že existujú výnimočné okolnosti odôvodňujúce uplatnenie takejto výnimky.**

V danom prípade nestačí len odvolávka sa „základné bezpečnostné záujmy“ uvedené v § 1 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ale **je potrebné preukázať reálnu**

[16] Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 12289-6000/2018-OD/11 zo dňa 10. 12. 2019

potrebu ochrany týchto základných bezpečnostných záujmov, v dôsledku čoho **kontrolovaný musí preukázať:**

- že ochranu takýchto základných bezpečnostných záujmov SR bolo možné dosiahnuť len nepoužitím postupov v zmysle zákona o verejnom obstarávaní (podmienka subsidiarity), a
- že potrebnú ochranu takýchto základných bezpečnostných záujmov nebolo možné dosiahnuť v rámci vyhlásenia zadávacieho konania, ktoré stanovujú smernice týkajúce sa verejného obstarávania (podmienka proporcionality).

Tieto predpoklady uplatnenia výnimky na poskytnutie služieb nevojenského charakteru sú **kumulatívne**, čo vlastne znamená, že na to, aby bolo možné postupovať na základe výnimky je potrebné, aby boli splnené všetky, a to bez výhrady.

Záujem označený kontrolovaným ako základný bezpečnostný záujem SR, boj proti daňovým/colným podvodom realizovaný formou organizovaného zločinu v súlade s európskou a národnou dokumentáciou, **nie je základným bezpečnostným záujmom SR** a preto nemohol úrad takéto tvrdenie akceptovať.

V uvedom konaní kontrolovaný použil okrem iných aj argument obavy o únik utajovaných skutočností, k čomu sa úrad vyjadril uvedením niekoľkých zákonných možností ako je možné riadne zabezpečiť ochranu citlivých údajov.