

Číslo: 8352-5000/2022

Bratislava: 17. 06. 2022

Elektronickou poštou zo dňa 06. 06. 2022 ste sa obrátili na Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) so žiadosťou o usmernenie k aplikácii zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

Skutkový stav žiadosti, cit.: „*Ako poslanci miestneho zastupiteľstva Bratislava – Ružinov budeme na najbližšom zasadnutí (28.6.2022) rozhodovať o veľmi dôležitom bode týkajúcom sa tepelného hospodárstva v Ružinove. Detaily sú zhrnuté v článku denníka- „starostka- bratislavského- starého- mesta- chce- vybrať- dodávateľa- tepla- bez- súťaže- to- isté- sa- chystá- zopakovať- starosta- ružinova“*. Ako presadzovatelia transparentných súťaží, hospodárnosti a efektívnosti máme pochybnosť o postupe, ktorý sa bude s vysokou pravdepodobnosťou presadzovať a to osobitný zreteľ a teda bez súťaže. Z uvedeného dôvodu by sme radi požiadali úrad pre verejné obstarávanie o metodické usmernenie k tomuto bodu, aby sme sa vedeli zákonne a správne rozhodnúť pri hlasovaní.“ (K žiadosti boli priložené materiály s zamýšľanému uskutočneniu prenájmu tepelno-technickej infraštruktúry a iných zariadení na zabezpečenie výroby a dodávky tepla a úžitkovej vody vrátane povinnosti ich prevádzky ako prípadu hodného osobitného zreteľa v súlade s ustanovením § 9a ods. 9 písm. c) zákona č. 138/1991 Z.z., o majetku obcí v znení neskorších predpisov.)

V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie.

Podľa § 147 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) usmerňuje metodicky účastníkov procesu verejného obstarávania. V danej súvislosti sa úrad vyjadruje **výlučne k aplikácii ustanovení obsiahnutých v zákone o verejnom obstarávaní**. Metodická činnosť úradu sa v zásade obmedzuje na poskytnutie všeobecných odpovedí, resp. návodov na riešenie otázok, ktoré môžu spôsobovať aplikačné problémy v praxi.

Úrad konštantne vo svojich metodických usmerneniach upozorňuje žiadateľov, že rozhodnutie o tom, ktorý postup sa má použiť pri zadávaní zákaziek, resp. koncesií, je strategickým rozhodnutím verejného obstarávateľa/obstarávateľa a prijíma sa v etape plánovania verejného obstarávania. Akékoľvek rozhodnutie o uplatnení určitého postupu, by malo byť založené na podrobnom preskúmaní konkrétnych technických, ekonomických a sociálnych aspektov danej situácie a malo by vychádzať z podrobnej analýzy, ktorej obsahom môžu byť, napr. porovnania variantov, ktoré verejný obstarávateľ zvažoval pred samotným vyhlásením koncesie, vyčíslenie ekonomických dopadov, ktoré ho viedli k rozhodnutiu, zváženie potenciálnych rizík. Hlavným cieľom (účelom) takéhoto postupu je získať riešenie, ktoré je najlepšie pre dosiahnutie stanovených požiadaviek verejného záujmu a ktoré najlepšie zaistí efektívne nakladanie s verejnými prostriedkami.

Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní **verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona**.

Vychádzajúc z opisu zamýšľaného prenájmu tepelnotechnických zariadení, vrátane ich prevádzky by mohli byť naplnené znaky koncesie podľa § 4 ods. 2 zákona o verejnom

obstarávaní: 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.

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ o udeľovaní koncesíí (ďalej len „Smernica 2014/23/EÚ“), sa venuje vzťahu nájom verzus koncesia v jednom bode, cit.: „Navyše by sa určité dohody, ktorých predmetom je právo hospodárskeho subjektu využívať na základe súkromného alebo verejného práva určité veci alebo zdroje vo verejnom vlastníctve, ako je pozemok alebo akýkoľvek verejný majetok, najmä v oblasti námorných alebo vnútrozemských prístavov alebo letísk, v ktorých štát alebo verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ stanovuje len všeobecné podmienky ich užívania bez obstarania konkrétnych stavieb alebo služieb, nemali považovať za koncesie v zmysle tejto smernice. Zvyčajne sa to týka vecí vo verejnom vlastníctve alebo zmlúv o nájme pozemku, ktoré vo všeobecnosti obsahujú podmienky odovzdania prenajatého majetku nájomcovi, spôsob užívania pozemku, povinnosti prenajímateľa a nájomcu týkajúce sa údržby majetku, dĺžku trvania nájmu a vrátenie majetku prenajímateľovi, nájomné a súvisiace poplatky hradené nájomcom“ (preambula bod 15).

Vyhodnotenie skutočností, či ide v konkrétnom prípade o nájom alebo o koncesiu (vychádzajúc napr. z toho či hospodársky dopyt ide zo strany štátu alebo je to čisto nájomný vzťah bez kladenia bližších požiadaviek na využívanie jeho predmetu) je plne v kompetencii a na zodpovednosti verejného obstarávateľa/obstarávateľa. Zastávame názor, že pri riešení Vami uvedenej problematiky (posúdenie charakteru prenájmu tepelno-technickej infraštruktúry a iných zariadení na zabezpečenie výroby a dodávky tepla a úžitkovej vody vrátane povinnosti ich prevádzky) je potrebné vychádzať predovšetkým z príslušných smerníc EÚ, zákona o verejnom obstarávaní a podrobnej analýzy náležitej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len „SDEÚ“) a v týchto intenciách vyhodnotiť možnosti subsumovania zamýšľaného právneho vzťahu predovšetkým pod pojem „koncesia na služby“.

Nevyhnutým rozlišovacím znakom koncesie je najmä existencia prenosu prevádzkového rizika na koncesionára. Uzavretím koncesnej zmluvy koncesionár nadobúda právo užívať, resp. prevádzkovať predmet koncesnej zmluvy počas dohodnutej koncesnej lehoty. Právo užívať predmet koncesnej zmluvy koncesionárovi umožňuje požadovať odplatu od osôb, ktoré poskytované služby využívajú. Koncesionár nadobúda od verejného obstarávateľa právo na príjem z užívania predmetu koncesnej zmluvy. S právom užívať predmet koncesnej zmluvy prechádza na koncesionára aj riziko spojené s jeho užívaním. Verejný obstarávateľ/obstarávateľ v súlade s koncesnou zmluvou môže koncesionárovi poskytnúť čiastočné peňažné plnenie, **avšak toto finančné plnenie zo strany verejného obstarávateľa nesmie byť takého charakteru, že koncesionárovi zaručí náhradu vynaložených finančných prostriedkov a odstráni tým podstatnú časť rizika, ktoré koncesionár nesie.** Uplatňovanie osobitných pravidiel upravujúcich udeľovanie koncesíí by nebolo odôvodnené, ak by verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oslobodil koncesionára od akejkoľvek prípadnej straty tým, že by mu zaručil minimálny príjem rovnaký alebo vyšší ako vynaložené investície a náklady, ktoré tento hospodársky subjekt musí vynaložiť v súvislosti s plnením zmluvy. V takomto prípade by išlo o zákazku. Z ustálenej judikatúry SDEÚ vyplýva, **že neexistencia prevodu rizika spojeného s poskytovaním služieb na poskytovateľa znamená, že predmetná zmluva predstavuje verejnú zákazku na služby, a nie koncesiu na služby.**

Pomerne komplexnú analýzu základnej charakteristiky koncesie na služby vychádzajúcej zo zákona o verejnom obstarávaní a príslušnej judikatúry SD EÚ môžete nájsť

napr. v metodickom usmernení č. 3322-5000/2022 zverejnenom na webovom sídle úradu [Metodické usmernenia – zákon č. 343/2015 Z. z. - Úrad pre verejné obstarávanie \(gov.sk\)](https://www.gov.sk). V predmetnom usmernení nájdete aj konkrétne odkazy na príslušnú judikatúru SD EÚ, ako aj odkazy na relevantné rozhodnutia úradu venujúce sa problematike koncesíí a prenosu prevádzkového rizika.

Problematika súvisiaca s prenájomom tepelných rozvodov bola predmetom posudzovania aj českého ÚOHS (pozri napr. rozhodnutie Č. j.: ÚOHS-R409/2013/VZ-25973/2014/323/BRy <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-11990.html> a na to nadväzujúci rozsudok Nejvyššího správního soudu 10 As 157/2017 – 38).

V nadväznosti na uvedené je možné konštatovať, že ak by s prevádzkovaním predmetu nájmu, ktorý je spojený aj s poskytovaním služieb (t.j. ak vlastník infraštruktúry ju dá do užívania prevádzkovateľovi, ktorá obsahuje aj prvky prevádzkovej zmluvy zameranej napríklad na poskytovanie služieb) niesol nájomca riziko v zmysle § 4 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, išlo by o koncesiu, a v takom prípade je verejný obstarávateľ povinný pri jej zadávaní postupovať v intenciách zákona o verejnom obstarávaní. Rovnako v tejto súvislosti upozorňujeme, že v závislosti od charakteru poskytovanej odplaty a miery preneseného rizika by v prípadoch ako opisujete, mohlo namiesto koncesie ísť aj o zákazku.

Upozorňujeme, že vyhnutie sa postupu verejného obstarávania môže mať pre verejného obstarávateľa nežiadúce následky, jednak ekonomické (podľa § 182 ods. 1 písm. a) úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu vo výške 5% zmluvnej ceny, prípadne predpokladanej hodnoty zákazky, resp. koncesie¹, ak sa vyhol povinnosti uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa tohto zákona, spôsobom alebo postupom ustanoveným týmto zákonom-pozri napr. rozhodnutie úradu č. 1584-6000/2021-OD/8 zo 14. 12. 2021, ako aj rozhodnutie č. 6221-6000/2017-ODI z 21. 6. 2017), ako aj trestnoprávne. Rovnako upozorňujeme aj na možnosti podania návrhov na určenie neplatnosti zmluvy v zmysle § 180 a 181 zákona o verejnom obstarávaní.

Záverom uvádzame, že metodické usmernenie úradu nepredstavuje právne záväzný výklad zákona o verejnom obstarávaní, ani individuálny správny akt s konštitutívnymi účinkami. Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžf/39/2009 zo dňa 17.03.2010 metodický pokyn úradu nepredstavuje záväzný výklad zákona o verejnom obstarávaní a ani nesprávny metodický pokyn nemôže priniesť účastníkovi procesu verejného obstarávania priaznivejšie rozhodnutie vo veci.

¹ Podľa § 182 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní za zmluvnú cenu sa na účely výpočtu výšky pokuty považuje cena určená v zmluve, v rámcovej dohode alebo v koncesnej zmluve za celý predmet zákazky. Ak sa v zmluve, v rámcovej dohode alebo v koncesnej zmluve neurčuje cena za celý predmet zákazky, zmluvnou cenou sa rozumie predpokladané množstvo určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom vynásobené jednotkovými cenami za celú dobu trvania zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Zmluvnou cenou na účely výpočtu výšky pokuty podľa odseku 1 písm. e) sa rozumie cena, o ktorú sa zvyšuje zmluvná cena určená v pôvodnej zmluve, v pôvodnej rámcovej dohode alebo v pôvodnej koncesnej zmluve. Ak nemožno určiť zmluvnú cenu týmto spôsobom, zmluvnou cenou sa rozumie predpokladaná hodnota (viď napr. § 6 ods. 14 zákona o verejnom obstarávaní). Ak nebola predpokladaná hodnota určená, zmluvnou cenou sa rozumie finančná hodnota skutočne poskytnutého plnenia uhradená verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom ku dňu začatia konania o uložení pokuty.