

Sympóziá, kolokviá, konferencie

ZEFEKTÍVNENIE PRÁVNEJ ÚPRAVY VEREJNÉHO OBSTARÁVNIA

A JEJ APLIKÁCIE V KONTEXTE PRÁVA EURÓPSKEJ ÚNIE 2

Zborník z vedeckých konferencií
„Nástroje proti obchádzaniu a zneužívaniu predpisov v súvislosti s verejným
obstarávaním“

a

„Súkromnoprávne aspekty verejného obstarávania “
organizovaných Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou v
dňoch 25. novembra 2021 a 9. decembra 2021



Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta

2021

Zostavovatelia:

doc. JUDr. Ing. Ondrej Blažo, PhD.

Mgr. Adam Máčaj

Mgr. Daniel Zigo, PhD., LL.M.

Recenzenti:

doc. JUDr. Jana Duračinská, PhD.

doc. JUDr. Hana Kováčiková, PhD.

CIP

Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie 2. Zborník z vedeckých konferencií „Nástroje proti obchádzaniu a zneužívaniu predpisov v súvislosti s verejným obstarávaním“ a „Súkromnoprávne aspekty verejného obstarávania“ organizovaných Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou v dňoch 25. novembra 2021 a 9. decembra 2021/ zostavovatelia Ondrej Blažo, Adam Máčaj, Daniel Zigo. – 1. vyd. – Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2021. –47 s.

(Sympóziá, kolokviá, konferencie)

ISBN 978-80-7160-626-0

346.5

- európske právo
- občianske právo
- správne právo
- zborníky

Príspevky neprešli jazykovou úpravou, za ich obsah zodpovedajú autori.

Konferencie „Nástroje proti obchádzaniu a zneužívaniu predpisov v súvislosti s verejným obstarávaním“ a „Súkromnoprávne aspekty verejného obstarávania“ sa uskutočnili v rámci projektu financovaného Agentúrou na podporu výskumu a vývoja č. APVV-17-0641: „Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie“.

© Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2021

ISBN 978-80-7160-626-0

Nástroje proti obchádzaniu a zneužívaniu predpisov v súvislosti s verejným obstarávaním

Dátum a čas konania: 25.11.2021 od 13,00 hod.

13:00 JUDr. Miroslav Hlivák, PhD., LL.M. (Úrad pre verejné obstarávanie)
doc. JUDr. Ing. Ondrej Blažo, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická
fakulta) Otvorenie konferencie

13:15 JUDr. Miroslav Hlivák, PhD., LL.M. (Úrad pre verejné obstarávanie) Legislatívne
tendencie vo verejnom obstarávaní

13:30 JUDr. Miroslav Cák (AGM partners s. r. o.)
Verejné obstarávanie a developerské projekty - kauza nájomné byty

13:45 JUDr. Ing. Maroš Katkovčín, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave,
Právnická fakulta) Predbežné opatrenie v konaní o preskúmanie úkonov
kontrolovaného - úvahy *de lege lata* a *de lege ferenda*

14:00 JUDr. Andrej Beleš, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická
fakulta) Machinácie pri verejnom obstarávaní

14:15 PhDr. Matúš Džuppa, LL.M. (ProWise, a.s.)
Využitie Big data proti obchádzaniu a zneužívaniu predpisov v súvislosti s verejným
obstarávaním

14:30 Mgr. Daniel Zigo, PhD., LL.M. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická
fakulta) Register partnerov verejného sektora - nástroj transparentnosti
vo verejnom obstarávaní

14:45 prof. JUDr. Katarína Kalesná, CSc. (Univerzita Komenského v Bratislave,
Právnická fakulta) Verejné obstarávanie a štátna pomoc

15:00 JUDr. Mária Patakyová, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická
fakulta) Poskytovanie štátnej pomoci prostredníctvom verejného obstarávania

Súkromnoprávne aspekty verejného obstarávania

Dátum a čas konania: 09.12.2021 od 13,00 hod.

13:00 doc. JUDr. Ing. Ondrej Blažo, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta) Otvorenie konferencie

13:10 doc. JUDr. Hana Kováčiková, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta) Náhrada škody vo verejnom obstarávaní

13:30 doc. JUDr. Jana Duračinská, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta) Zmluvné podmienky vo verejnom obstarávaní

13:50 doc. JUDr. Peter Lukáčka, PhD. (Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta) JUDr. Peter Kubolek (Úrad pre verejné obstarávanie) Perspektívy vzťahu (vybraných inštitútov) obchodného práva a práva verejného obstarávania

14:10 JUDr. Juraj Tkáč, PhD. (Únia profesionálov verejného obstarávania) Vzťah verejného obstarávateľa a konzultanta

Obsah

Verejné obstarávanie a štátna pomoc <i>Katarína Kalesná</i>	7
Register partnerov verejného sektora - nástroj transparentnosti vo verejnom obstarávaní <i>Daniel Zigo</i>	16
Predbežné opatrenie v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného – úvahy de lege lata a de lege ferenda <i>Maroš Katkovčín</i>	27
Kauza verejného obstarávania nájomných bytov územnými samosprávami <i>Maroš Katkovčín, Miroslav Cák, Michaela Dudeková, Lucia Lukáčiková</i>	39

VEREJNÉ OBSTARÁVANIE A ŠTÁTNA POMOC¹

Katarína Kalesná

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The article deals with mutual relationship between public procurement and state aid, coming out the assumption that compliance with public procurement rules excludes state aid. It drives attention to Art. 106 TFEU, namely status of public and privileged undertakings and undertakings entrusted with services of general economic interest. It explores the relevance of The Altmark criteria and shows the new trends in understanding services of general economic interest. It offers also opinion of Advocate General concerning status of certification organisations through optics of Art. 106 TFEU.

Abstrakt: Príspevok sa zaoberá vzájomným vzťahom medzi verejným obstarávaním a štátnou pomocou; vychádza pritom zo všeobecného predpokladu, že súlad s pravidlami verejného obstarávania vylučuje štátnu pomoc. V kontexte témy sústreďuje pozornosť najmä na článok 106 ZFEÚ, teda na postavenie verejných a privilegovaných podnikov a podnikov poverených službami verejného hospodárskeho záujmu. Skúma relevanciu podmienok vyplývajúcich z rozhodnutia Altmark a upozorňuje na aktuálne vývojové trendy chápania služieb všeobecného hospodárskeho záujmu. Ponúka aj pohľad judikatúry (názor generálneho advokáta) na postavenie certifikačných organizácií optikou čl. 106 ZFEÚ.

Key words: competition, public procurement, state aid, undertaking, services of general economic interest.

Kľúčové slová: súťaž, verejné obstarávanie, štátna pomoc, podnik, služby všeobecného hospodárskeho záujmu.

1. ÚVOD

Komplex súťažnoprávných úprav obsiahnutých v Zmluve o fungovaní Európskej únie (ďalej „ZFEÚ“) uzatvára právna úprava zákazu pomoci poskytovanej členskými štátmi. Adresátom tejto právnej úpravy sú členské štáty a jej opodstatnenosť v rámci úpravy ochrany hospodárskej súťaže vyplýva z toho, že súťaž môžu svojím konaním obmedzovať nielen podniky, ale aj členské štáty.

Právna úprava štátnej pomoci v čl.107 ZFEÚ je konštruovaná tak, že na všeobecnú zákazovú skutkovú podstatu (ods.1) nadväzuje systém prípustných výnimiek podľa odseku 2 a 3. Z dikcie čl. 107 ods.1 ZFEÚ vyplýva, že „*ak nie je zmluvami stanovené inak, pomoc poskytovaná členským štátom alebo akoukoľvek formou zo štátnych*

¹ Tento článok vznikol s podporou grantu APVV-17-0641: Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie.

prostriedkov, ktorá narúša hospodársku súťaž alebo hrozí narušením hospodárskej súťaže tým, že zvyhodňuje určité podniky alebo výrobu určitých druhov tovaru, je nezlučiteľná s vnútorným trhom, pokiaľ ovplyvňuje obchod medzi členskými štátmi“.

Hoci pojem štátna pomoc je nepochybne základným znakom tejto skutkovej podstaty, ZFEÚ neobsahuje jeho legálnu definíciu. V odbornej literatúre sa tento pojem definuje tak, že „podpora je poskytnutie majetkovej výhody mimo podmienok konformných trhu členským štátom alebo samým Európskym spoločenstvom fyzickej alebo právnickej osobe súkromného práva, ktorá je individualizovateľná na základe určitých špecifických vlastností povolania alebo odvetvia a naplňa účel poskytnutia podpory konaním, ktoré slúži sociálnym, hospodárskym alebo hospodárskopolitickým záujmom poskytovateľa podpory“².

Vo všeobecnosti teda môže byť poskytovateľom pomoci osoba verejného práva, vrátane EÚ, práva úprava v čl. 107 ods. 1 ZFEÚ však redukuje poskytovateľov pomoci len na členské štáty.³ Podstatou štátnej pomoci je „poskytnutie majetkovej výhody mimo podmienok konformných trhu“⁴, pričom štátna pomoc je charakteristická „materiálnou selektívnosťou“⁵ tohto opatrenia, inými slovami, týka sa len určitých podnikov, prípadne určitých odvetví národného hospodárstva.⁶ Hoci je európske právo neutrálne, pokiaľ ide o úpravu vlastníckych vzťahov a nebráni členským štátom v ich pôsobení na hospodárske subjekty⁷, v prípade realizácie takýchto operácií, podriaďuje ich činnosť preskúmaniu z hľadiska súladu s pravidlami poskytovania štátnej pomoci.⁸

K možnosti stretu európskych pravidiel verejného obstarávania a štátnej pomoci môže dôjsť v rôznych situáciách; vychádza sa pritom zo všeobecného predpokladu, že „súlad s pravidlami verejného obstarávania EÚ vylučuje existenciu štátnej pomoci, pretože verejné tendre sú vhodné na replikovanie trhových podmienok, a preto potláčajú akúkoľvek neodôvodnenú hospodársku výhodu.“⁹

2. POSTAVENIE VEREJNÝCH PODNIKOV, PRIVILEGOVANÝCH PODNIKOV A PODNIKOV S OSOBITNÝMI ÚLOHAMI

Široký priestor interakcie medzi pravidlami hospodárskej súťaže, osobitne pravidlami vzťahujúcimi sa na štátnu pomoc, a hospodárskymi aktivitami členských

² HOISCHEN, S. Die Beihilferegelung in Artikel 92 EWGV. Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht. Hrsg. v. Prof. Dr. Jur. Rolf Stober. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 38.

³ KALESNÁ, K., HRUŠKOVIČ, I., ĎURIŠ, M. Európske právo. Bratislava, UK Právnická fakulta, 2011, s. 235

⁴ Dielo cit. v pozn. č. 2.

⁵ Oznámenie Komisie o pojme štátna pomoc uvedenom v čl. 107 ods. 1 ZFEÚ (2016/C262/01, bod č. 120.

⁶ Tamže.

⁷ Tamže, bod 73.

⁸ Tamže.

⁹ SANCHEZ-GRAELLS, A. State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries, s. 1. (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3466288)

štátov, vzniká pri aplikácii čl. 106 ZFEÚ, ktorý zo systematického hľadiska nadväzuje na úpravu základných súťažných ustanovení – dohôd obmedzujúcich súťaž (čl. 101 ZFEÚ) a zneužívania dominantného postavenia (čl. 102 ZFEÚ) a predchádza úprave štátnej pomoci (čl. 107 ZFEÚ). Právnu úpravu čl. 106 ZFEÚ, ktorá je tradičnou súčasťou zmluvy, možno považovať za „výsledok kompromisu medzi tými členskými štátmi Spoločenstva, ktoré sa obávajú súťažných nevýhod pre svoj prevažne súkromnohospodársky organizovaný priemysel zo strany silného verejného sektora v iných členských štátoch a na druhej strane tými, ktorí považovali za ohrozené hladké fungovanie práve tohto verejného sektora v dôsledku rovného postavenia všetkých podnikov v Spoločenstve.“¹²⁰ Právna úprava je ovládaná ambíciou „postupnej integrácie verejného sektora, najmä verejných podnikov, do režimu hospodárskej súťaže.“¹²¹

Článok 106 ods.1 ZFEÚ podriaďuje verejné podniky a podniky, ktorým členské štáty priznávajú osobitné alebo výlučné práva súťažnoprávnym ustanoveniam čl. 101-109 ZFEÚ. Verejný podnik definovala Komisia v smernici 2006/111/ES o prehľadnení finančných vzťahov medzi členskými štátmi a verejnými podnikmi a o finančnej prehľadnosti vnútri jednotlivých podnikov; verejný podnik je „akýkoľvek podnik, nad ktorým môže verejná moc priamo alebo nepriamo vykonávať rozhodujúci vplyv vlastníctvom takéhoto podniku, svojou finančnou účasťou v ňom, alebo pravidlami, ktorými sa riadi.“¹²² Pokiaľ ide o podnik s osobitnými alebo výlučnými právami, cit. smernica definuje výlučné práva ako „práva, ktoré členský štát udeľuje jednému podniku prostredníctvom akéhokoľvek právneho alebo správneho nástroja, ktorý mu vyhradzuje právo poskytovať služby alebo vykonávať činnosť na určitom území.“¹²³ Cit. smernica vymedzuje aj osobitné práva ako „práva ktoré členský štát udeľuje obmedzenému počtu podnikov prostredníctvom akéhokoľvek právneho alebo správneho nástroja,...“¹²⁴. Obmedzenie poskytovať služby alebo vykonávať činnosť na určitom území vychádza z iných než objektívnych a nediskriminačných kritérií, príp. z poskytnutia výhod, „ktoré výrazne ovplyvňujú schopnosť akéhokoľvek iného podniku poskytovať rovnaké služby alebo vykonávať rovnakú činnosť na tom istom území v zásade za rovnakých podmienok.“¹²⁵

Odišný charakter má podľa čl. 106 ods. 2 ZFEÚ postavenie podnikov poverených poskytovaním služieb všeobecného hospodárskeho záujmu, ktoré podliehajú najmä pravidlám hospodárskej súťaže, ak im to nebráni právne alebo

¹²⁰ GRABITZ Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. vyd. 1990, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (komentár k čl. 90 EHS).

¹²¹ TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J., KRÁL, R., DUMBROVSKÝ, T. Evropské právo. 5. prepracované vydanie. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 452.

¹²² SYLLOVÁ, PÍTROVÁ, PALDUSOVÁ a kol. Lisabonská smlouva. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 471.

¹²³ Tamže. Podľa cit. prameňa môže ísť o výhradné právo napr. na poskytovanie dopravy na určitej leteckej trase alebo prevádzkovanie prístavov, letísk a ostatných verejných zariadení.

¹²⁴ Tamže, s. 472.

¹²⁵ Tamže, s. 472.

fakticky v plnení osobitných úloh, ktoré im boli zverené. Ako uvádza cit. komentár toto ustanovenie nevyžaduje, aby bola v dôsledku toho ohrozená finančná rovnováha alebo hospodárska životnosť takéhoto podniku, postačí, aby podnik nemohol plniť zverenú úlohu.¹⁶ Definíciu služieb všeobecného hospodárskeho záujmu poskytla Komisia; definuje ich ako „činnosť na trhu, ktorá sa poskytuje vo všeobecnom záujme, a preto je spojená so záväzkami štátu o všeobecné blaho“¹⁷. „Ide predovšetkým o služby dennej potreby, avšak zahŕňajúce s ohľadom na konkrétne situácie aj činnosť prístavov, výskumu a vývoja poľnohospodárskych produktov, činnosť verejnoprávneho rozhlasu, tiež sprostredkovateľne práce, povinnosti univerzálnej služby v oblasti dopravy, poštových služieb a energetiky.“¹⁸ Môže ísť pritom o verejné aj súkromné podniky, a to bez zreteľa na to, či podliehajú čl. 106 ods. 1 ZFEÚ.¹⁹ Inak vníma tieto podniky Tichý a kol., ktorý ich chápe ako kategóriu verejných podnikov²⁰, čím sa však stiera rozdiel medzi privilegovanými podnikmi, resp. podnikmi s osobitnými právami podľa čl.106 ods.1 ZFEÚ a podnikmi, ktoré sú poverené poskytovaním služieb všeobecného hospodárskeho záujmu, i keď ich spoločným znakom je zrejme vplyv verejného sektora.²¹ Pojem služby je však v každom prípade širší ako v čl. 56 ods. 1 ZFEÚ²². Podnik poverený týmito službami je povinný plniť svoje úlohy aj keby to bolo v rozpore s jeho záujmami. Výrazom toho je často kontrakčná povinnosť, resp. zachovanie ponuky plnenia, ktoré sú síce nerentabilné, avšak v záujme zásobovania obyvateľstva nevyhnutné. Uloženie takýchto povinností musí teda byť vo všeobecnom hospodárskom záujme.²³

Služby všeobecného hospodárskeho záujmu nie sú nevyhnutne a vo všetkých prípadoch viazané na poskytnutie finančnej náhrady od orgánov členských štátov, niektoré z nich však možno poskytnúť len, ak štát kompenzuje ich realizáciu finančnou náhradou. „Pri neexistencii osobitných pravidiel Únie môžu členské štáty samostatne rozhodovať, ako by mali byť realizované a financované ich služby verejného hospodárskeho záujmu.“²⁴

¹⁶ Tamže.

¹⁷ TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J., KRÁL, R., DUMBROVSKÝ, T. Evropské právo. 5. prepracované vydanie. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 452.

¹⁸ TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J., KRÁL, R., DUMBROVSKÝ, T. Evropské právo. 5. prepracované vydanie. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 452.

¹⁹ GRABITZ, dielo cit. v pozn. č. 10.

²⁰ Dielo cit. v pozn. č. 17, s. 451.

²¹ SDEU sa napr. zaoberal tým, či udelenie výlučného práva zo strany členského štátu vyplácať starobné dôchodky prostredníctvom poštovej poukážky národnej pošte predstavuje zakázanú štátnu pomoc alebo či ide o službu všeobecného hospodárskeho záujmu. (Rozsudok EASY PAY C – 185/14, bod 23-27.)

²² Dielo cit. v pozn. č. 17, s. 451-452.

²³ Dielo cit. v pozn. č. 19.

²⁴ Oznámenie Komisie o uplatňovaní štátnej pomoci EÚ na náhrady za služby všeobecného hospodárskeho záujmu (2012(6), 8/2, Účel a rozsah tohto oznámenia, bod 2).

3. ALTMARK

Ako sme už uviedli, verejné obstarávanie uvádza do súvislosti so štátnou pomocou všeobecný predpoklad, že využitie prostriedkov verejného obstarávania je „dostačujúcou, ale nie nevyhnutnou podmienkou vylúčenia štátnej pomoci.“²⁵ Ak totiž verejné obstarávanie má ako umelý regulačný systém za cieľ „simulovať konkurenčné tlaky v situácii, keď tovary, práce a služby nakupuje verejný sektor“²⁶ možno predpokladať, že „trhová cena korešponduje [najlepšej] ponuke“.²⁷

Základné podmienky pre kompenzáciu nákladov, ktoré vznikli pri poskytovaní služieb všeobecného hospodárskeho záujmu nastavil Súdny dvor EU (ďalej „SDEU“) vo veci Altmark.²⁸ Tieto štyri podmienky treba podľa SDEU odlišiť, lebo každá z nich sleduje svoj cieľ.²⁹ V tomto zmysle možno poskytnutie výhody vylúčiť v prípade splnenia štyroch kumulatívnych podmienok:

1. „Podnik, ktorý prijíma takúto kompenzáciu, musí byť skutočne poverený plnením záväzkov služby vo verejnom záujme a tieto záväzky musia byť jasne definované.
2. Kritéria, na základe ktorých sa vypočíta kompenzácia, musia byť vopred objektívne a transparentne stanovené.
3. Kompenzácia nemôže prekročiť sumu, ktorá je potrebná na pokrytie všetkých nákladov alebo ich časti, vzniknutých pri plnení záväzkov služby vo verejnom záujme, berúc do úvahy príslušné príjmy, ako aj primeraný zisk.
4. Ak sa výber podniku, ktorý bude poverený realizáciou záväzkov súvisiacich so službou vo verejnom záujme, neuskutoční prostredníctvom postupu verejného obstarávania, ktorý umožňuje vybrať uchádzača schopného poskytovať tieto služby komunite za najnižšiu cenu, výška nevyhnutnej kompenzácie sa musí určiť na základe analýzy nákladov, ktoré by typicky dobre riadený podnik primerane vybavený prostriedkami potrebnými na splnenie požiadaviek na poskytnutie služby vo verejnom záujme vynaložil na realizáciu záväzkov pri zohľadnení príslušných príjmov a primeraného zisku dosiahnutých pri realizácii týchto záväzkov“.³⁰

Všeobecný predpoklad, že verejné obstarávanie môže vylúčiť majetkovú výhodu ako esenciálny pojmový základ štátnej pomoci, sa však ukázal ako príliš široký. Preto už Oznámenie o pojme štátnej pomoci z roku 2016 obmedzilo jeho aplikáciu na určité typy procesov verejného obstarávania³¹; v tomto zmysle nemožno predpokladať,

²⁵ Dielo cit. v pozn. 9, s. 1

²⁶ ZEMANOVIČOVÁ, D., SEMANČÍKOVÁ, L., ŠRAMELOVÁ, S., ŠUFLIARSKY, J., DEMČÁK, P. Kartelové dohody vo verejnom obstarávaní, s. 1 (https://www.antimon.gov.sk/data/files/g6_kartelove-dohody-vo-vo.pdf)

²⁷ Dielo cit. v pozn. č. 9, s. 1 a judikatúra tam citovaná.

²⁸ Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, EU:C:2003:415

²⁹ Dielo cit. v pozn. č. 9, s. 14.

³⁰ Oznámenie o uplatňovaní pravidiel štátnej pomoci EÚ na náhrady za služby všeobecného hospodárskeho záujmu (2016), bod č. 70.

³¹ Dielo cit. v pozn. č. 9, s. 2.

že každé verejné obstarávanie je spôsobilé vylúčiť vznik ekonomickej výhody, a teda aj štátnu pomoc.³²

Podľa cit. oznámenia je automatický predpoklad vylúčenia štátnej pomoci neutržateľný v tých prípadoch, keď je nemožné stanoviť trhovú cenu, napr. v procesoch zahŕňajúcich negociácie.³³ Rovnako cit. oznámenie považuje za nevyhnutné stanovenie osobitných podmienok v situácii, keď je predložená jediná ponuka.³⁴ K možnej modifikácii kritérií Altmark prispela napokon aj judikatúra³⁵.

Okrem obstarávania služieb všeobecného hospodárskeho záujmu A. Sanchez-Graells upozorňuje na to, že členské štáty majú v niektorých prípadoch tendenciu vnímať verejné obstarávanie samo osebe ako službu všeobecného hospodárskeho záujmu. Týka sa to najmä podpory elektronického verejného obstarávania alebo dohľadu a koordinácie centralizovaných nákupných aktivít sektorálnych centralizovaných nákupných organizácií napr. v oblasti zdravotníctva. Tento vývoj podľa neho naznačuje, že verejné obstarávanie samo osebe sa stáva službou všeobecného hospodárskeho záujmu, čo opäť vedie k úvahám o zlučiteľnosti s pravidlami štátnej pomoci.³⁶ Tento proces by v konečnom dôsledku mohol vyústiť do záveru, že „akákoľvek aktivita pokrytá alebo podradená obstarávacím pravidlám EÚ – ako e-obstarávanie, ale aj centralizácia – by mohla byť vyňatá zo súladu s pravidlami štátnej pomoci (a ostatnými súťažnými ustanoveniami ZFEÚ), podriadená len slabému testu proporcionality odvodenému z určenia miery, v ktorej by tento súlad podkopával ich misiu verejnej služby).“³⁷

4. CERTIFIKAČNÉ ORGANIZÁCIE

Do kontextu témy vzájomného vzťahu verejného obstarávania a hospodárskej súťaže, osobitne štátnej pomoci, patrí aj otázka právneho postavenia podnikov, ktoré vydávajú certifikáty pre hospodárskych operátorov na účely účasti v tendroch o získanie verejnej zákazky. Touto otázkou sa SDEÚ zaoberal v prejudiciálnom konaní, v ktorom šlo o súlad talianskej zákonnej schémy povinných minimálnych poplatkov aplikovaných na certifikačné organizácie.³⁸ SDEÚ sa osobitne zaoberal postavením týchto organizácií z toho hľadiska, či ide o podniky, ktoré majú osobitné alebo výlučné práva a či minimálne poplatky za certifikačné služby porušujú čl. 101, 102 a 106 ZFEÚ. Talianske certifikačné podniky sú súkromné akciové spoločnosti, ktoré sa riadia súkromným právom a pôsobia na trhu na základe povolenia (autorizácie) Úradu pre dohľad nad verejnými zákazkami.

³² Tamže, s. 3, 4.

³³ Oznámenie 2016, bod 93.

³⁴ Tamže.

³⁵ C- 446/14 P. V prípade nemeckých bitúnkov vznikla polemika o tom, či požiadavkou na flexibilnú aplikáciu štvrtého kritéria Altmark, nedochádza vlastne k zlučeniu prvej a štvrtej podmienky; SDEÚ sa však s týmto záverom nestotožnil. Bližšie dielo cit, v pozn. č. 9, s. 14-15.

³⁶ Dielo cit. v pozn. č. 9, s. 16 a judikatúra tam citovaná.

³⁷ Tamže, s. 16-17.

³⁸ C – 372/12 Ministero dello Sviluppo Economico Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture v. Soa Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione Spa. Žiadosť o prejudiciálne konanie od Consiglio di Stato (Taliansko).

Ich výlučným predmetom podnikania je certifikácia podnikov podieľajúcich sa na postupoch verejného obstarávania, pričom v minulosti vykonával tieto úlohy štát. Certifikácii sa musí obligatórne podrobiť každý podnik, ktorý sa chce zúčastniť na postupoch verejného obstarávania s hodnotou vyššou ako 150 000 Eur³⁹.

SDEÚ považoval za nesporné, že certifikačné organizácie majú charakter podniku v zmysle čl. 101, 102 a 106 ZFEÚ v súlade s judikatúrou, ktorá vymedzila pojem podnik⁴⁰ v zmysle entity vykonávajúcej hospodársku činnosť bez zretela na právnu formu a spôsob financovania. Je zároveň nepochybné, že čl. 106 ZFEÚ umožňuje členským štátom zveriť určitým podnikom plnenie úloh, ktoré môžu ovplyvniť fungovanie trhu. Definícia na to viazaných „osobitných alebo výlučných práv“ predpokladá, že k zvereniu týchto práv dôjde legislatívnym aktom a že vďaka týmto právam budú niektorí operátori v súťažnej výhode voči iným. Ak má právo viacero podnikov, ide o osobitné právo, ak iba jediný podnik, ide o výlučné právo.⁴¹

Certifikačné organizácie vykonávajú úlohy, ktoré predtým vykonával štát. Pôsobia však „na veľmi obmedzenom trhu, na ktorom neexistuje križová súťaž s inými podobnými službami...certifikácia...je služba, ktorá priamo ani nepriamo nesúťaží s inými službami... Skutočnosť, že certifikačné organizácie vykonávajú osobitné úlohy, ktoré sa legislatíva rozhodla zveriť súkromnému sektoru vylučuje riziko súťažnej výhody alebo ujmy iného operátora na trhu. Neexistuje sektor, ktorý by bol nepriaznivo ovplyvnený zverením práva certifikačným organizáciám vydávať certifikáty ex lege...Teda nie je možné urobiť záver, že taliansky štát zveril certifikačným organizáciám «osobitné alebo výlučné» práva v zmysle čl. 106 ZFEÚ. Tento záver jednoznačne znamená, že toto ustanovenie nemožno aplikovať v tomto prípade.“⁴²

Generálny advokát sumarizujúci okolnosti prípadu uzatvára, že všeobecný status certifikačných organizácií nezahŕňa udelenie „osobitných alebo výlučných práv“, čím sa vylučuje aplikácia čl. 106 ZFEÚ. To však neznamená, že činnosť štátu nemôže porušiť čl. 101 alebo 102 ZFEÚ vykladaný v súvislosti s čl. 4 ods. 3 ZFEÚ, avšak v tomto prípade podľa jeho názoru neprichádza aplikácia týchto ustanovení do úvahy. Certifikačné organizácie, i keď v obmedzenom počte, na trhu súťažia na základe kvality a ceny⁴³; „možnosť dohodnúť cenu s budúcim súťažiteľom o verejnú zákazku by mohla mať nepriaznivý vplyv na povinnú autonómiu, ktorá by mala byť znakom takéhoto podniku...schéma povinných minimálnych poplatkov dopĺňajúca disciplinárne pravidlá aplikované verejnými orgánmi je nevyhnutým opatrením na zabezpečenie povinnej nezávislosti certifikačných organizácií na trhu, aký je v Taliansku.“⁴⁴ Certifikačné organizácie pôsobia na trhu so slobodnou súťažou, ktorý nie je uzavretý pre žiaden

³⁹ Návrh GA Cruz Villalón predložený 5. septembra 2013 vo veci C – 372/12.

⁴⁰ C – 41/90 Höfner and Elser v. Macroton GmbH.

⁴¹ Návrh GA cit. v pozn. č. 39, bod 33.

⁴² Tamže, bod 35.

⁴³ Tamže, bod 62.

⁴⁴ Tamže, bod 62.

podnik, ktorý chce poskytovať certifikačné služby a splní povinné podmienky.⁴⁵ Slabým miestom schémy však je spôsob výpočtu poplatkov (automatické násobenie poplatku počtom tendrov), ktorý ide nad rámec nevyhnutného.⁴⁶

5. ZÁVER

Vývoj post-Altmark vniesol nepochybne novú dynamiku do posudzovania kritérií, ktorých splnenie vylučuje existenciu štátnej pomoci ako aj do štandardného predpokladu, že súlad s princípmi verejného obstarávania je zárukou dosiahnutia ceny, ktorá zodpovedá trhovým podmienkam. Tento vývoj prináša aj nové podnety na výskum v tejto oblasti. Za osobitne naliehavú výzvu treba podľa nášho názoru považovať chápanie nových foriem verejného obstarávania – elektronického verejného obstarávania a centralizovaných foriem verejného obstarávania – ako služieb všeobecného hospodárskeho záujmu, k čomu tendujú niektoré členské štáty EÚ. Znepokojujúci je totiž následok vyplývajúci z tohto nového pohľadu a rozšírenia pojmu služieb verejného hospodárskeho záujmu, ktorý sa môže prejaviť vylúčením týchto foriem verejného obstarávania z dopadu nielen pravidiel štátnej pomoci, ale aj sťažozprávnej úpravy ZFEÚ ako celku. Tieto nové vývojové trendy sú o to viac znepokojujúce, že prichádzajú v relatívne krátkom časovom odstupe od zmeny chápania pojmu podnik v judikatúre SDEÚ. Práve vďaka širšiemu výkladu tohto pojmu v judikáte EASY PAY⁴⁷ bolo možné na rozdiel od predchádzajúceho stavu vyjadreného doktrínou FENIN⁴⁸ uplatniť súťažné pravidlá aj na oblasť verejného obstarávania vrátane jeho moderných foriem ako je najmä centralizované verejné obstarávanie. Širšia interpretácia pojmu podnik rezultujúca do podriadenia verejného obstarávania pravidlám súťaže je dôležitá predovšetkým z toho dôvodu, že práve centralizácia verejného obstarávania ako jadro jeho profesionalizácie prináša pre súťaž na trhoch verejného obstarávania nezanedbateľné riziko v súvislosti s agregáciou kúpnej sily a možnou monopsonizáciou týchto trhov.⁴⁹

Použitá literatúra:

⁴⁵ Tamže, bod 57.

⁴⁶ Tamže, bod 67.

⁴⁷ Rozsudok vo veci EASY PAY AD, Finance Engineering AD v. Ministerski sovet na Republika Bulgaria, Nacionalen osiguritelin institut C-185/14. ECLI:EU: C: 2015: 716.

⁴⁸ V tomto judikáte SDEU na základe úzkeho výkladu pojmu „hospodárska činnosť“ ako esenciálneho znaku podniku vylúčil verejných obstarávateľov z tohto pojmu, čím vyňal obstarávacie aktivity z dopadu súťažných ustanovení ZFEÚ (C – 205/03).

⁴⁹ Bližšie KALESNÁ, K. Súťaž na trhoch verejného obstarávania. AFI 2/2020, s. 124-135. KALESNÁ, K. Verejné obstarávanie a hospodárska súťaž. Bratislava. In: BLAŽO, O., KALESNÁ, K., KOVÁČIKOVÁ, H., SLAŠŤAN, M., STRÉMY, J. Hospodárska súťaž- verejné obstarávanie – etablovanie: úniové pravidlá versus slovenské. UK v Bratislave, Právnická fakulta, 2021, s. 15-38. (https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Pracoviska/Ustavy/UFP/Jean_Monnet_Aktivty/2021_Hospodarska_Suťaž_Verejne_Obstaravanie_Etablovanie.pdf).

BLAŽO, O., KALESNÁ, K., KOVÁČIKOVÁ, H., SLAŠŤAN, M., STRÉMY, J. Hospodárska súťaž-verejné obstarávanie-etablovanie: úniové pravidlá versus slovenské. UK v Bratislave, Právnická fakulta, 2021.

(https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Pracoviska/Ustavy/UEP/Jean_Monet_Aktivita/2021_Hospodarska_Sutaz_Verejne_Obstaravanie_Etablovanie.pdf)

GRABITZ: Kommentar zum EWGV-Vertrag, 4. vyd. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990.

HOISCHEN, S. Die Beihilferegulation in Artikel 92 EWGV, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymans Verlag, 1989.

KALESNÁ, K. Súťaž na trhoch verejného obstarávania. AFI 2/2020, s. 124-135.

KALESNÁ, K., HRUSKOVIČ, I., ĎURIŠ, M. Európske právo., Bratislava, UK v Bratislave, Právnická fakulta, 2011.

SANCHEZ-GRAELLS, A. State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries. (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3466288).

SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ, L., PALDUSOVÁ, H. Lisabonská smlouva. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010.

TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J., KRÁL, R., DUMBROVSKÝ, T. Evropské právo. 5. prepracované vydanie. Praha: C. H. Beck, 2014.

Kontaktné údaje:

Prof. JUDr. Katarína Kalená, CSc.

katarina.kalesna@flaw.uniba.sk

UK v Bratislave, Právnická fakulta

Šafárikovo nám. 6, P.O. Box 313

810 00 Bratislava 1

REGISTER PARTNEROV VEREJNÉHO SEKTORA - NÁSTROJ TRANSPARENTNOSTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ¹

Daniel Zigo

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The central topic of the paper focuses on the issue of the Register of public sector partners, a unique Slovak solution to the issue of regulation of beneficial owners of companies. In the introductory chapter, the author presents the research that has been carried out in this area and then defines the transparency that the register should have achieved in public procurement, which should be distinguished from its standard meaning in the context of public procurement principles. Empirical research further evaluates the application practice of the regulation of register of public sector partners using defined criteria of effectiveness and adequacy. The research examines in detail the ability of the register to reveal the ownership structures of companies; the adequacy of the costs associated with the register; adequacy of the obligations that the law imposes on stakeholders and then examines possible alternatives for achieving a defined societal goal. Based on the findings in these areas, the work seeks to answer whether the register of public sector partners is an effective and appropriate tool for identifying beneficial owners of companies and whether it contributes to increasing transparency in the public procurement process.

Abstrakt: Ústredný motív príspevku sa sústreďuje na problematiku registra partnerov verejného sektora, unikátneho slovenského riešenia problematiky regulácie konečných užívateľov výhod. V úvodnej kapitole autor predstavuje výskum, ktorý bol v tejto oblasti vykonaný a následne vymedzuje transparentnosť, ktorú mal register vo verejnom obstarávaní dosiahnuť a ktorú je nutné odlíšiť od jej štandardného významu v kontexte princípov verejného obstarávania. Empirickým výskumom ďalej vyhodnocuje aplikačnú prax právnej úpravy registra partnerov verejného sektora pomocou definovaných kritérií efektivity a primeranosti. Výskum sa podrobne venuje schopnosti registra odkrývať vlastnícke štruktúry spoločností; primeranosti nákladov spojených s registrom; primeranosti povinností, ktoré zákon kladie na zainteresované subjekty a následne skúma možné alternatívy dosiahnutia vymedzeného spoločenského cieľa. Na základe zistení v týchto oblastiach sa práca snaží zodpovedať či je register partnerov verejného sektora efektívnym a primeraným nástrojom odhaľovania konečných užívateľov spoločností a či prispieva k zvýšeniu transparentnosti v procese verejného obstarávania.

Key words: Register of public sector partners, beneficial owners, transparency,

¹ Príspevok spracovaný v rámci projektu APVV-17-0641: „Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie“.

ownership structure, public procurement.

Kľúčové slová: Register partnerov verejného sektora, konečný užívateľ výhod, transparentnosť, vlastnícka štruktúra, verejné obstarávanie.

1. ÚVOD

Register partnerov verejného sektora (ďalej ako „RPVS“ alebo „register“) je najaktuálnejšou z legislatívnych snáh o zavedenie vysokej miery transparentnosti vo vzťahoch štátu a súkromného sektora. Ako nástroj je unikátny, pretože i keď je oblasť jeho pôsobenia blízka AML smerniciam, jeho mechanizmy fungovania a ciele ku ktorým smeruje boli určené špeciálne na riešenie spoločenských reálií v Slovenskej republike. Nazývaný i ako „protischránkový zákon“² je jedným z nástrojov celospoločenskej kontroly nakladania s verejnými zdrojmi, pričom jeho cieľom je zvýšiť transparentnosť vzťahov medzi verejným a súkromným sektorom, a to takým spôsobom, že podrobí zverejneniu a prevereniu informácie o skutočných vlastníkoch subjektov, ktorí so štátom obchodujú.³ Výskum RPVS bol súčasťou výskumu vykonávaného v rámci riešenia projektu APVV-17-0641: "Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie", vykonávaného riešiteľským kolektívom Ústavu európskeho práva a Katedry obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave v súčinnosti s Úradom pre verejné obstarávanie.

Pri určovaní cieľov výskumu sme vychádzali zo skutočnosti, že prijatie zákona o RPVS dovŕšilo dlhoročný spoločenský vývoj v rámci ktorého bola ako významný spoločenský problém označená účasť schránkových spoločností sídliačich v zahraničných offshore jurisdikciách, vo verejnom obstarávaní. Práve RPVS sa mal stať riešením tohto problému. Register zaviedol mnohé nové povinnosti pre subjekty súkromného i verejného sektora a v princípe podmienil registráciou prístup k financiam štátu. Tieto opatrenia priniesli nové administratívne povinnosti a zvýšené finančné náklady. Preto je podľa nášho názoru oprávnené klásť si po niekoľkých rokoch účinnosti zákona otázku, či prínosy registra pre spoločnosť vyvažujú vzniknuté nároky.

Cieľom nášho výskumu teda bolo v uvedenom kontexte vyhodnotiť efektivitu vzájomného vzťahu právnej úpravy a aplikačnej praxe RPVS a transparentnosti procesu verejného obstarávania v SR.

2. TRANSPARENTNOSŤ V KONTEXTE RPVS

Princíp transparentnosti, ako jeden zo základných princípov verejného obstarávania, otvára trh verejného obstarávania hospodárskym subjektom, umožňuje

² Pozri, napríklad tlačové správy ministerstva spravodlivosti, ktoré tento názov bežne využívajú. MS SR. Ministerstvo spravodlivosti bude naďalej chrániť svetový unikát- protischránkový zákon, dostupné na: <https://www.justice.gov.sk/Stranky/aktualitadetail.aspx?announcementID=2543>.

³ Dôvodová správa k zákonu č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora (ďalej len „zákon o RPVS“). s. 1.

týmto subjektom vo vzájomnom konkurenčnom vzťahu súťažiť o získanie zákazky, pričom im garantuje rovnaké podmienky a rozhodnutia verejného obstarávateľa či obstarávateľa podrobuje dohľadu. RPVS taktiež zavádza opatrenia, ktorých deklarovaným cieľom je transparentnosť, pričom veľmi významnou oblasťou pôsobnosti RPVS je práve oblasť verejného obstarávania. Z hľadiska subjektov, ktoré sú podrobené povinnostiam v oblasti transparentnosti i z hľadiska cieľov, ktoré majú byť právnou úpravou dosiahnuté však musíme rozlišovať medzi transparentnosťou vo verejnom obstarávaní a transparentnosťou v kontexte RPVS.

V nadväznosti na legislatívu EÚ v oblasti verejného obstarávania môžeme i vo vzťahu k SR uviesť, že verejné obstarávanie musí prebiehať v súlade so zásadami ZFEÚ⁴, najmä so zásadou voľného pohybu tovaru, slobodou usadiť sa a slobodou poskytovať služby, ako aj z nich vyplývajúcich princípov⁵, ktoré sú premietnuté i do ustanovení zákona o verejnom obstarávaní⁶. Ako základné princípy rozoznáva právna úprava v SR najmä princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.⁷ Princíp transparentnosti sa netransformuje, v rámci zákona o verejnom obstarávaní iba do ustanovení, ktoré zavádzajú pre verejných obstarávateľov, resp. obstarávateľov rôzne informačné povinnosti či pravidlá v rámci jednotlivých postupov, ale navyše má i vlastné praktické dôsledky, pričom jeho uplatňovanie by sa malo prejavovať každom úkone verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa uskutočnenom v procese verejného obstarávania. K jeho naplneniu dochádza vtedy, ak sú tieto úkony riadne zdôvodnené, a teda preskúmateľné.⁸

Na druhej strane cieľom RPVS je odkryť vlastnícku a riadiacu štruktúru spoločností, ktoré získavajú verejné prostriedky, a taktiež má zhromaždiť údaje o možnej účasti verejných funkcionárov v registrovaných spoločnostiach. Hlavná idea zákona spočíva v požiadavke, aby mali prístup k verejným zdrojom (v určitej výške) len spoločnosti, ktoré dôveryhodne preukážu identitu konečného užívateľa výhod. V intenciách verejného obstarávania je teda transparentnosť, ktorú prináša RPVS, zameraná na hospodárske subjekty, v terminológii zákona o RPVS - partnerov verejného sektora a na skutočnosť, ktorej konkrétnej fyzickej osobe plynie hospodársky prospech zo získanej zákazky. Táto transparentnosť teda nenaplní funkcie princípu transparentnosti vo verejnom obstarávaní, nerozširuje povinnosti otvorenosti poskytovaním presných a primeraných informácií o postupoch verejného obstarávania či iné informačné povinnosti, ktoré verejný obstarávateľ vo vzťahu k uchádzačom má. Taktiež nie je výslovne zameraná na zintenzívnenie opatrení v oblasti dohľadu nad uplatnenými postupmi a s tým spojenej nápravy možných pochybení. Transparentnosť

⁴ Zmluva o fungovaní Európskej únie.

⁵ BOVIS, H., Ch., EU Public Procurement Law. s. 250.

⁶ Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“).

⁷ ZVO, § 10, ods. 2.

⁸ KRAJČOVIČOVÁ, Z., K § 10. In: KUBOVIČ a kol. *Komentár k Zákonu o verejnom obstarávaní*.

RPVS síce nie je totožná s transparentnosťou vo význame princípu verejného obstarávania, nakoľko RPVS má vlastné spoločenské ciele, ktoré sleduje a nastavuje vlastné nástroje na ich dosahovanie, avšak register prináša svoje vlastné opatrenia na poli transparentnosti do verejného obstarávania. Ciele, ktoré chce RPVS dosahovať, sa v mnohých bodov prekrývajú s cieľmi princípu transparentnosti, a tak i RPVS môže prinášať niektoré pozitívne vplyvy na verejné obstarávanie, v tomto kontexte môžeme spomenúť najmä zvyšovanie dôvery hospodárskych subjektov v nestranné a spravodlivé udeľovanie zákaziek a taktiež využitie RPVS ako informačnej databázy pri podávaní námietok uchádzačmi, resp. inými oprávnenými osobami, alebo pri preskúmaní úkonov kontrolovaného zo strany ÚVO.

3.EFEKTIVITA RPVS

Cieľom nášho výskumu bolo analyzovať schopnosť registra dosahovať vyššie definovanú transparentnosť, teda či dokáže zabezpečiť otvorenosť na strane subjektov súkromného sektora a pokiaľ áno, aký efektívny je pri tejto činnosti. V rámci takto zadaného cieľa výskumu sme sa potom sústredili na niekoľko konkrétnych oblastí pôsobenia registra.

Ako dva základné ukazovatele sme vymedzili ukazovatele efektivity, ktoré nám hovoria o tom či register dokáže dosahovať svoj cieľ a ukazovatele primeranosti, ktoré zasa hovoria o tom či je tento cieľ dosahovaný primeraným spôsobom. Hlavný ukazovateľ efektivity RPVS je podľa nášho názoru výrazný vplyv na odhaľovanie skutočných vlastníckych štruktúr spoločností. Ukazovateľmi primeranosti sú potom najmä primeranosť nákladov spojených s RPVS pre spoločnosť, a primeranosť povinností, ktoré zákon kladie na zainteresované subjekty vo vzťahu k výsledkom registra. Primeranosť a efektivitu RPVS bolo ďalej vhodné možné podrobiť kontrole prostredníctvom analýzy alternatívnych spôsobov dosiahnutia vymedzeného spoločenského cieľa.

3.1.RPVS a odhaľovanie vlastníckych štruktúr spoločností

V tejto časti výskumu sme posudzovali viacero dát, v prvom rade v čase jeho vypracovania, v júni 2021 bolo spolu vykonaných do RPVS 34 907 záznamov, pričom z nich bolo platných 24 264.⁹ Vidíme, že v zásade od vzniku RPVS počet platných zápisov kontinuálne rastie, po vzniku registra v januári 2018 bolo v registri zapísaných 14 795 partnerov verejného sektora(tento vysoký počet je spôsobený i automatickým prechodom zapísaných subjektov z registra konečných užívateľov výhod do RPVS¹⁰). Podstatný je však i celkový počet zápisov, keďže i neplatné zápisy zostávajú v RPVS ako historické údaje a i na základe nich je možné sledovať postupný vývoj vlastníckej štruktúry v spoločnostiach. Aby sme dali údaj o počte zapísaných partnerov verejného

⁹ RPVS, stav ku dnu 4.6.2021. dostupné na: <https://rpvs.gov.sk/rpvs/Partner/Partner/VyhľadavaniePartnera>.

¹⁰ Zákon o RPVS, § 22.

sektora do širšieho kontextu, môžeme toto číslo porovnať napríklad s celkovým počtom zapísaných subjektov v ORSR, ktorý bol k aprílu 2021 celkom 337 531.¹¹

Pred prijatím zákona o RPVS boli v oblasti verejného obstarávania vyhodnotené ako najviac problematické z pohľadu transparentnosti vlastníckej štruktúry práve schránkové spoločnosti zo zahraničných jurisdikcií umožňujúcich skrývanie skutočných vlastníkov. Z tohto pohľadu je zrejme najzaujímavejším ukazovateľom schopnosti RPVS odhaliť vlastnícku štruktúru spoločnosti, údaj o tom či sú takéto spoločnosti i naďalej zúčastnené v procesoch verejného obstarávania a pokiaľ áno či hodnoverne zdokumentovali svoju vlastnícku štruktúru. V čase prieskumu bolo podľa údajov FinStatu platne zapísaných približne 1670 zahraničných spoločností¹², z ktorých sme sa snažili identifikovať tie, ktorých zapísané sídlo sa nachádza v jurisdikciách umožňujúcich netransparentné vlastnícke štruktúry spoločností. Prieskumom medzi týmito spoločnosťami sme identifikovali 13 spoločností, sídliačich v potenciálne rizikových krajinách, ktoré boli platne zapísané ako partner verejného sektora v RPVS. Najväčší počet z nich (6) bolo registrovaných na Cypre, do celkového počtu sme zahrnuli i spoločnosti sídliace na Malte (2), ktorá býva často radená medzi offshore jurisdikcie¹³ a zo spoločností, ktoré boli registrované v USA¹⁴ sme zahrnuli tie, ktorých sídlo sa nachádza v štáte Delaware (3). Okrem nízkeho počtu týchto spoločností, je úspechom z pohľadu RPVS taktiež i fakt, že pri väčšine z týchto spoločností bola ako konečný užívateľ výhod zapísaná slovenská alebo česká fyzická osoba – pričom v minulosti boli offshore spoločnosti využívané právo na zakrytie domáceho vlastníka.

Následne sme chceli preveriť skutočnosť, či nie sú zapisovaní domáci partneri verejného sektora, pri ktorých by však ako konečný užívateľ výhod figurovala fyzická osoba z potenciálne rizikových jurisdikcií. Preto sme uskutočnili i analýzu zapísaných konečných užívateľov výhod a filtráciou podľa ich uvedenej adresy sme zistili, že z rizikových jurisdikcií¹⁵ je v RPVS zapísaných 20 obyvateľov Cypru a jeden obyvateľ Malty. Z celkového počtu viac než 16 tisíc registrovaných konečných užívateľov výhod so zahraničnou adresou sa nejedná o veľký počet fyzických osôb, navyše niektorí z uvedených konečných užívateľov výhod sú partnermi všeobecne známých nadnárodných spoločností.

Z hľadiska schopnosti RPVS dosahovať transparentnosť vlastníckych štruktúr považujeme za veľmi podstatné taktiež to, či je register rešpektovaným inštitútom i zo

¹¹ Analytické centrum Ministerstva spravodlivosti SR. Interaktívny prehľad štatistických údajov Obchodného registra. dostupné na: <https://web.ac-mssr.sk/dashboard>.

¹² FinStat. Register partnerov verejného sektora. dostupné na: <https://finstat.sk/partneri-verejneho-sektora>.

¹³ GRECH, H., Is Malta really Europe's 'pirate base' for tax? dostupné na: <https://www.bbc.com/news/world-europe-40026826>.

¹⁴ Tax Justice Network. Financial Secrecy Index 2020 – Report on USA. dostupné na: <https://fsi.taxjustice.net/PDF/UnitedStates.pdf>.

¹⁵ Zoznam vedený napríklad: Európsky parlament. Listing of tax havens by the EU. dostupné na: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/147404/7%20-%2001%20EPRS-Briefing-621872-Listing-tax-havens-by-the-EU-FINAL.PDF>.

strany subjektov verejného sektora. Analýzu dodržiavania registračnej povinnosti pri uzatváraní zmlúv medzi verejným sektorom a partnermi verejného sektora vykonala Transparency International Slovakia, ktorá zistila, že v roku 2019 z približne 10 tisíc zmlúv, ktoré spĺňali minimálne limity RPVS, zistili porušenie registračnej povinnosti pri 40 zmluvách v súhrnnej hodnote 15,6 miliónov eur¹⁶ a v roku 2020 pri približne 14 tisíc skúmaných zmluvách zistili porušenie registračnej povinnosti pri 25 z nich s celkovou hodnotou 5,5 milióna eur¹⁷. Tieto výsledky teda môžeme považovať z hľadiska percentuálnej úspešnosti za pomerne uspokojivé. Isté medzery ďalej objavili výskum O. Blaža, a to vo vyvodzovaní sankcií voči tým obstarávateľom alebo verejným obstarávateľom, ktorí uzavrujú zmluvu s nezapísaným partnerom verejného sektora. Do 30.06.2020 bolo za porušenie ustanovení o zákaze uzatvorenia zmluvy so subjektom, ktorý nemá zapísaného konečného užívateľa výhod, uložených iba 5 pokút v súhrnnej výške 47 063,62 eur, čo teda vidíme, že je oveľa menší počet než počet porušení zistených Transparency len za rok 2019.¹⁸

3.2. RPVS a jeho primeranosť

Ďalšou časťou výskumu boli ukazovatele primeranosti RPVS, teda skutočnosť či register dokáže dosahovať vymedzený spoločenský cieľ spôsobom, ktorý je primeraný jeho výsledkom.

V prvom rade sme si kládli otázku či sú náklady na prevádzku registra primerané výsledkom, ktoré prináša. V tejto oblasti sme zistili, že celkové náklady verejnej správy spojené s RPVS pohybujú na úrovni približne 700 tisíc eur ročne.¹⁹ Najvýraznejšia časť nákladov však vzniká súkromnému sektoru. V tejto súvislosti sme sa vo vykonanej ankete snažili od podnikateľských subjektov zistiť aká je ročná výška ich celkových nákladov spojených so zápisom v RPVS. Veľmi hrubým odhadom je možno vyčíslit tieto náklady až na desiatky miliónov ročne.²⁰

Na druhej strane oproti nákladom sú i ekonomické prínosy, ktoré RPVS prináša. Istá finančná kompenzácia nákladov prichádza prostredníctvom pokút uložených za porušenia zákona. . Samozrejme, primárnym cieľom registra nie je dosahovať zisk sankcionovaním povinných subjektov, ale práve naopak predchádzať ich pochybeniam, avšak pokiaľ registrový súd zistí pochybenia, v rámci konania o pokute ukladá pokuty,

¹⁶ ŠÍPOŠ, G., IVANČÍK, J., HRADICKÝ, J., Kažimír podpísal zmluvy s ratingovými agentúrami bez zápisu do protischránkového registra. dostupné na: <https://transparency.blog.sme.sk/c/514094/kazimir-podpisal-zmluvy-s-ratingovymi-agenturami-bez-zapisu-do-protischrankoveho-registra.html>.

¹⁷ IVANČÍK, J., ŠÍPOŠ, G., HRTÁNEK, V., Protischránkový zákon obišli pri zmluvách za viac ako päť miliónov eur. dostupné na: <https://dennik.sk/blog/2267827/protischrankovy-zakon-obisli-pri-zmluvach-za-viac-ako-pat-milionov-eur>.

¹⁸ BLAŽO, O., Kvantifikácia pokút uložených za porušenie predpisov vo verejnom obstarávaní. s. 62.

¹⁹ LEONTIEV, A., 16.6.2021, Osobná komunikácia.

²⁰ ZIGO, D., Efektivita teoreticko-aplikačnej korelácie medzi reglementáciou registra partnerov verejného sektora a transparentnosťou verejného obstarávania. s. 124.

ktoré dokážu v istej miere pokryť náklady štátu spojené s fungovaním registra. Len pokuty udelené v niekoľkých konaniach týkajúcich sa skupiny partnerov verejného sektora, ktoré mali spoločného konečného užívateľa výhod a rovnakú oprávnenú osobu dosiahli úhrnnú výšku 570 000 eur²¹, čo skoro pokrývalo celkové náklady štátu na register v danom roku. Najzásadnejším benefitom RPVS pre štát a pre spoločnosť by však malo byť práve dosahovanie spoločenského cieľa, ku ktorému RPVS smeroval – teda stransparentnenie vzťahov štátu a súkromného sektora. Tu je veľmi ťažké vyčíslit' aká je výška prostriedkov, ktorú register štátu zvýšenou mierou transparentnosti ušetril. Je to tak najmä z toho dôvodu, že korupcia je vysoko latentnou činnosťou a nevieme povedať, koľko zákaziek by bolo bez RPVS pridelených schránkovým spoločnostiam prepojených na skrytých konečných užívateľov výhod. Existujú však štúdie spájajúce schránkové spoločnosti so ziskom výrazne predražených zákaziek²², preto pokiaľ sme v rámci skúmania efektivity potvrdili schopnosť registra odhaľovať vlastnícke štruktúry spoločností, tak táto skutočnosť by mala zvýšiť hospodárnosť nakladania s prostriedkami štátu. Pri súkromnom sektore sú navyše výdavky spojené s predpokladom zisku zákazky, ktorej hodnota mnohonásobne prevyšuje náklady, takže tu dochádza k istej kompenzácií.

Pri hľadisku primeranosti nás, okrem ekonomickej stránky, zaujímalo i či je zákon o RPVS primeraný z hľadiska povinností, ktoré kladie na zainteresované subjekty. V prvom rade sme pri skúmaní právnej úpravy RPVS dospeli k názoru, že potreba zapojenia oprávnených osôb do procesu identifikácie a registrácie konečného užívateľa výhod je nevyhnutná, nakoľko vynechaním tejto povinnosti by sa významne zhoršila kvalita a presnosť registrovaných údajov. Pri iných modeloch identifikácie konečných užívateľov výhod (napr. overovanie ÚVOM, registrujúcim súdom či Finančnou správou²³) by sa vyskytol problém nie len nákladnosti pre štát, ale i nedostatku kvalifikovaných zamestnancov, ktorí by boli schopní takúto činnosť vykonávať. Oprávnené osoby vniesli do registračného procesu odborný element a zabezpečujú proces kvalitnejšie, než v prípade, keby sa registrovali samotní partneri verejného sektora. Z údajov získaných z vykonanej ankety²⁴ i prieskumu vykonaných štúdií danej problematiky²⁵ nám vyplynulo, že v praxi najčastejšie vykonávaný proces identifikácie konečného užívateľa výhod je veľmi povrchný a štát by mal túto oblasť precizovať buď

²¹ ŠÍPOŠ, G., Prvé pokuty protischránkového súdu: Advokáti Bugala Ďurček boli v konflikte záujmov pri overovaní Kmotrikových firiem. dostupné na: <https://transparency.sk/sk/prve-pokuty-protischrankoveho-sudu-advokati-bugala-durcek-boli-v-konflikte-zaujmov-pri-overovani-kmotrikovych-firiem>.

²² CHVALKOVSKÁ, J., JANSKÝ, P., SKUHROVEC, J., Listinné akcie na majiteľa a verejné zakázky. s. 359.

²³ BEBLAVÝ, M., In: ČIKOVSKÝ, K., Diabol býva v detailoch a v praxi, na papieri je Žitňanskej protischránkový zákon svetová rarita. dostupné na: <https://e.dennikn.sk/511039/diabol-byva-v-detailoch-a-v-praxi-na-papieri-je-zitnanskej-protischrankovy-zakon-svetova-rarita>.

²⁴ ZIGO, D., Efektivita teoreticko-aplikačnej korelácie medzi reglementáciou registra partnerov verejného sektora a transparentnosťou verejného obstarávania. s. 133.

²⁵ LACKO, P., Skupiny spoločností. s. 53.

soft law opatreniami, napríklad výkladovými stanoviskami alebo zmenou zákona. Určité nedostatky vidíme i pri vymedzení nestrannosti ako základnej povinnosti oprávnených osôb. Tu sme dospeli k názoru, že vynechanie ustanovenia zákona, ktoré považuje vzťah partnera verejného sektora a oprávnenej osoby pri výkone jej činnosti podľa osobitných predpisov za dodržanie nestrannosti oprávnenej osoby²⁶, by mohlo zlepšiť postavenie oprávnených osôb vo vzťahu k partnerom verejného sektora, napomôcť tak vyššej efektívnosti. Pod výkonom činnosti oprávnenej osoby podľa osobitných predpisov sa rozumejú situácie, kedy oprávnená osoba vykonáva svoje primárne povolanie, napríklad výkon advokácie pri advokátoch. V kontexte uvedenej výnimky by bol potom advokát považovaný za nestrannú oprávnenú osobu i pokiaľ by vykonával identifikáciu konečného užívateľa výhod pre partnera verejného sektora, svojho klienta ktorému roky poskytuje právne služby. Práve advokáti či daňoví poradcovia sú pritom profesionáli, bez ktorých pomoci by často nebolo možné vlastnícku štruktúru ukryť.²⁷ Pričom pokiaľ takúto činnosť pre klienta vykonávajú, zväčša sa jedná o dlhoročný vzťah založený na obojstrannej dôvere. Pokiaľ by zákon o RPVS neumožnil vykonávať činnosti oprávnených osôb profesionálom majúcim takýto vzťah s partnerom verejného sektora, opäť by im v nejakej miere sťažil možnosť obísť zákonné povinnosti.

K ďalším povinnostiam, ktoré sú zákonom o RPVS ukladané (najmä) subjektom súkromného sektora môžeme uviesť, že väčšinu z nich vnímame ako primerané a nevyhnutné na dosiahnutie požadovanej kvality údajov registrovaných v RPVS. Podľa nášho názoru by však stálo za úvahu zjednodušenie a automatizovanie niektorých procesov, čím by sa šetril čas, finančné prostriedky a znižovala miera zaťaženia súkromného sektora. Takýmito postupmi by bola napríklad možnosť jednoduchšej registrácie do RPVS v prípade spoločnosti s ručením obmedzeným s jediným zakladateľom – fyzickou osobou a zrušenie povinnosti overovať identifikáciu konečného užívateľa výhod pri verifikačnej udalosti k 31. decembru kalendárneho roka, čo sa v súčasnosti javí ako nadbytočné, keďže oprávnená osoba by mala registrovať akékoľvek zmeny v štruktúre konečných užívateľov výhod prakticky bezodkladne.

4. ZÁVER

Po zhodnotení ukazovateľov efektivity a primeranosti RPVS sme analyzovali i možné alternatívne spôsoby dosiahnutia vymedzeného spoločenského cieľa. V tejto časti sme si kládli najmä otázku, či nie je možné aplikovať iné riešenie zvyšovania transparentnosti vlastníckych štruktúr spoločností, ktoré by bolo spôsobilé dosiahnuť tento cieľ efektívnejším spôsobom. V rámci vykonaného výskumu sa nám nepodarilo zistiť iný model úpravy danej problematiky, ktorý by bol vhodnejší na dosiahnutie stanoveného cieľa. Dospeli sme však k názoru, že nie je nevyhnutné zachovať register ako taký, vymedzené údaje by bolo možné (a zrejme i efektívne) zhromažďovať i v inom

²⁶ Zákon o RPVS, § 19 písm. c).

²⁷ Pozri napr: BENSON, K., *Lawyers and the Proceeds of Crime*.

informačnom systéme verejnej správy²⁸, avšak podstatné sú podľa nášho názoru najmä základné mechanizmy aplikácie RPVS – teda definícia partnera verejného sektora, pôsobnosť RPVS na vymedzený okruh zmluvných vzťahov, verifikácia zápisov oprávnenými osobami, dohľad registrového súdu a konania pred ním a vymedzenie sankcií. Tieto tvoria unikátny nástroj a je preto vhodné ich zachovať.

Zároveň sme v tejto časti formulovali niekoľko návrhov de lege ferenda a podnetov pre zlepšenie efektivity fungovania RPVS. I napriek tomu, že sa v rámci vykonaného výskumu potvrdila efektivita registra pri dosahovaní vymedzeného cieľa transparentnosti, doladenie niektorých z jeho základných prvkov by mohlo viesť k ešte vyššej miere efektivity či nižším požiadavkám na zainteresované subjekty, pri zachovaní súčasnej miery presnosti registrovaných údajov. Medzi tieto návrhy patria:

1. Precizovanie vymedzenia odbornej starostlivosti oprávnených osôb za účelom stanovenia odporúčaného postupu pri identifikácii konečného užívateľa výhod.
2. Vypustenie ustanovenia, ktoré nepovažuje vzťah partnera verejného sektora a oprávnenej osoby pri výkone jej činnosti podľa osobitných predpisov za porušenie nestrannosti oprávnenej osoby zo zákona o RPVS.
3. Zjednotenie zápisov konečných užívateľov výhod v zmysle RPVS a AML legislatívy v obchodnom registri pri zachovaní samostatných mechanizmov fungovania RPVS v ich súčasnej podobe.
4. Zlepšenie užívateľského prostredia a využívania dát, ktoré register obsahuje - možnosť filtrovania a vyhľadávania údajov podľa rôznych kritérií, prepojenie dát medzi jednotlivými centrálnymi registrami štátnej správy – napríklad Centrálny register zmlúv, Vestník verejného obstarávania, Obchodný register, atď.
5. Rozšírenie možností práce s údajmi o registrovaných verejných funkcionároch – možnosť filtrácie, prepojenie s majetkovými priznaniami, zavedenie označenia blízkych osôb verejného funkcionára.
6. Úprava zákona o boji proti legalizácii príjmov z trestnej činnosti – automatizácia procesov kontroly zápisov, vytvorenie systému rizík, rozšírenie možností sankcií – inšpirácia z iných členských štátov.
7. Zjednodušenie registračného postupu do RPVS pre spoločnosti s ručením obmedzeným s jedným spoločníkom - fyzickou osobou.
8. Zrušenie jednej z verifikačných udalostí, kedy je oprávnená osoba povinná overovať identifikáciu konečného užívateľa výhod vždy k 31. decembru kalendárneho roka.
9. Zvážiť možnosť vytvorenia jedného registrového súdu s vecnou pôsobnosťou konaní vo veciach obchodného registra a taktiež RPVS s miestnou pôsobnosťou pre celé

²⁸ Ako veľmi vhodný sa v tomto kontexte javí Obchodný register, kde by sa podľa nášho názoru mali zhromažďovať spoločne údaje o konečných užívateľoch výhod podľa zákona o RPVS a taktiež i podľa zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. V prospech Obchodného registra hovorí najmä jeho vysoká návštevnosť používateľov z verejnosti, ktorá niekoľkonásobne prevyšuje iné portály verejnej správy, vrátane portálu RPVS.

územie SR, čo by smerovali k inštitucionálnemu posilneniu významu tohto registra a k profesionalizácii personálu, ktorý ho má na starosti.

Použitá literatúra:

BENSON, K.: *Lawyers and the Proceeds of Crime*. Routledge, 2020. 218 s. ISBN 9781138744868.

BLAŽO, O.: Kvantifikácia pokút uložených za porušenie predpisov vo verejnom obstarávaní. In: *Zefektívnosť právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie*. Bratislava : Právnická fakulta UK, 2020. s. 58 – 69. ISBN 978-80-7160-572-0.

BOVIS, H., Ch.: *EU Public Procurement Law*. Edward Elgar Publishing, 2. vyd., 2013. 544 s. ISBN 978 0 85793 841 1.

GRECH, H.: Is Malta really Europe's 'pirate base' for tax? dostupné na: <https://www.bbc.com/news/world-europe-40026826>.

CHVALKOVSKÁ, J., JANSKÝ, P., SKUHROVEC, J.: Listinné akcie na majiteľa a verejné zakázky. *POLITICKÁ EKONOMIE*, 3, 2012. s. 349 – 361. ISSN 0032-3233.

IVANČÍK, J., ŠÍPOŠ, G., HRTÁNEK, V.: Protischránkový zákon obišli pri zmluvách za viac ako päť miliónov eur. dostupné na: <https://dennikn.sk/blog/2267827/protischrankovy-zakon-obisli-pri-zmluvach-za-viac-ako-pat-milionov-eur>.

KUBOVIČ a kol.: *Komentár k Zákonu o verejnom obstarávaní*. Eurokódex. 2019.

LACKO, P.: *Skupiny spoločností*. Dizertačná práca. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2019.

ŠÍPOŠ, G., IVANČÍK, J., HRADICKÝ, J.: Kažimír podpísal zmluvy s ratingovými agentúrami bez zápisu do protischránkového registra. dostupné na: <https://transparency.blog.sme.sk/c/514094/kazimir-podpisal-zmluvy-s-ratingovymi-agenturami-bez-zapisu-do-protischrankoveho-registra.html>.

Tax Justice Network: *Financial Secrecy Index 2020 – Report on USA*. dostupné na: <https://fsi.taxjustice.net/PDF/UnitedStates.pdf>.

ZIGO, D.: *Efektívnosť teoreticko-aplikačnej korelácie medzi reglementáciou registra partnerov verejného sektora a transparentnosťou verejného obstarávania*. Dizertačná práca. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2021.

Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Zákon č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Dôvodová správa k zákonu č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora.
Zmluva o fungovaní Európskej únie.

Kontaktné údaje:

Mgr. Daniel Zigo, PhD., LL.M.
daniel.zigo@flaw.uniba.sk
Právnická fakulta
Univerzita Komenského v Bratislave
Šafárikovo nám. 6, P.O. Box 313
810 00 Bratislava 1
Slovenská republika

PREDBEŽNÉ OPATRENIE V KONANÍ O PRESKÚMANIE ÚKONOV KONTROLOVANÉHO – ÚVAHY *DE LEGE LATA* *A DE LEGE FERENDA*

Maroš Katkovčín

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta
AGM partners s. r. o., advokátska kancelária

Abstract: The Office for Public Procurement is entitled to issue an interim measure pursuant the Act on Public Procurement within the procedure for the review acts of the contracting authority. The effects of issuance of the interim measure are suspension of the contracting authority's actions and eventually also ordering that the terms in the public procurement are not running. The main aim of this article is to analyze the current legislative and application difficulties of the interim measure within the procedure for the review acts of the contracting authority as well as to formulate legislative and application proposals *de lege ferenda* by means of legal comparative analysis of the legal regulation of this institute in the legal order of the Czech Republic.

Abstrakt: Úrad pre verejné obstarávanie má v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného možnosť nariadiť predbežné opatrenie podľa zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného v rámci preskúmaného verejného obstarávania a prípadne aj určí, že lehoty vo verejnom obstarávaní neplynú. Cieľom tohto príspevku je poukázať na aktuálne legislatívne a aplikačné úskalía inštitútu predbežného opatrenia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ako aj prostredníctvom právnej komparatistiky s právnou úpravou tohto inštitútu v právnom poriadku Českej republiky formulovať legislatívne a aplikačné návrhy *de lege ferenda*.

Key words: interim measure, the procedure for the review acts of the contracting authority, the Act on Public Procurement, the Office for Public Procurement

Klíčové slová: predbežné opatrenie, konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, zákon o verejnom obstarávaní, Úrad pre verejné obstarávanie

1. ÚVOD

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „Úrad“) má do svojej kompetencie zverený výkon všeobecnej kontrolnej činnosti a dohľadu v oblasti verejných obstarávaní v režime zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“). V rámci dohľadu nad verejným obstarávaním Úrad okrem iného vedie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaných (verejných obstarávateľov, obstarávateľov alebo osôb podľa § 8 ZVO, t. j. subjektov ktoré pri nákupoch tovarov, služieb a stavebných prác musia postupovať

podľa postupov v zmysle ZVO; ďalej aj len spoločne „**kontrolovaní**“ alebo „**verejní obstarávatelia**“ alebo samostatne ako „**kontrolovaný**“ alebo „**verejný obstarávateľ**“) podľa § 169 ZVO. V priebehu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného má Úrad možnosť nariadiť kontrolovanému vo vzťahu k preskúmanému verejnému obstarávaniu predbežné opatrenie v zmysle § 173 ods. 11 ZVO, ktorým Úrad môže významne zasiahnuť do priebehu verejného obstarávania jeho faktickým „*zmrazením*“ a znemožnením kontrolovanému ďalej vo verejnom obstarávaní vykonávať úkony či akýmkoľvek iným spôsobom postupovať, a to najdlhšie až do právoplatného ukončenia príslušného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného. Úvodom v tejto súvislosti poznamenávame, že Úrad by podľa nášho názoru mal za každých okolností k nariaďovaniu predbežných opatrení pristupovať výnimočne a primerane tak, aby nad nevyhnutnú mieru nezasahoval do procesu verejného obstarávania, a zároveň tak, aby kontrolovaný bol transparentne informovaný o dôvodoch, na základe ktorých Úrad považoval za nevyhnutné príslušné predbežné opatrenie vo verejnom obstarávaní nariadiť.

Nakoľko predbežné opatrenie ako právny inštitút zakotvený v ZVO predstavuje osobitnú právnu úpravu (*lex specialis*) vo vzťahu k všeobecnej právnej úprave predbežného opatrenia podľa zákona č. 67/1971 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „**Správny poriadok**“), je na mieste analyzovať otázku, či takýto inštitút v podobe špecificky fungujúceho inštitútu predbežného opatrenia pre účely konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného v procese verejného obstarávania má v právnom poriadku Slovenskej republiky reálne opodstatnenie, a to aj vzhľadom na recentnú metodickú a aplikačnú prax Úradu v oblasti nariaďovania predbežných opatrení v konaniach o preskúmanie úkonov kontrolovaných vedených predovšetkým na základe námietok záujemcov či uchádzačov (niekedy aj zjavne účelových či čisto špekulatívnych).

Cieľom tohto príspevku je v nadväznosti na vyššie uvedené analyzovať súčasný právny stav a nastavenie inštitútu predbežného opatrenia v oblasti verejného obstarávania (t. j. predbežné opatrenie podľa § 173 ods. 11 ZVO *de lege lata*), a to aj v kontexte právnej úpravy a aplikácie inštitútu predbežného opatrenia v rámci pravidiel verejného obstarávania v Českej republike (ďalej len „**ČR**“) v zákone č. 134/2016 Sb., o zadávaní verejných zakázok v platnom znení (ďalej len „**ZZVZ**“), zo strany Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže (ďalej len „**ÚOHS**“), a to za účelom zodpovedania nasledovnej základnej vedeckej otázky, ktorú týmto príspevkom adresujeme:

„Má osobitná právna úprava predbežného opatrenia v ZVO, ktoré môže vydávať výlučne Úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, nad rámec všeobecnej právnej úpravy predbežného opatrenia v Správnom poriadku reálne opodstatnenie?“

2. PREDBEŽNÉ OPATRENIE PODĽA ZVO V STAVE DE LEGE LATA

Predbežné opatrenie nariaďované Úradom v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného je v stave *de lege lata* upravené výlučne v § 173 ods. 11 ZVO nasledovne:

„Úrad môže vydať predbežné opatrenie, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175. Rozhodnutím o predbežnom opatrení môže úrad rozhodnúť, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný, a lehoty kontrolovanému neplynú. Proti rozhodnutiu o predbežnom opatrení nemožno podať opravný prostriedok. Vydanie predbežného opatrenia nemá vplyv na povinnosti kontrolovaného pri uplatnení revízyčných postupov podľa tohto zákona.“

Predmetná právna úprava predbežného opatrenia v ZVO predstavuje špeciálnu právnu úpravu (*lex specialis*) vo vzťahu k všeobecnej právnej úprave inštitútu predbežného opatrenia v Správnom poriadku (§ 43 Správneho poriadku *in fine*), pričom samotný ZVO nevyklučuje primeranú aplikáciu tohto ustanovenia na konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 169 ZVO (viď. § 185 ods. 2 ZVO).¹ Na základe vyššie uvedeného je teda možné konštatovať, že všeobecná právna úprava predbežného opatrenia podľa Správneho poriadku sa primerane aplikuje aj na predbežné opatrenie vydávané Úradom podľa § 173 ods. 11 ZVO, a to vo veciach, ktoré ZVO ako *lex specialis* neupravuje resp. neupravuje odlišne od Správneho poriadku.

V rámci tejto časti príspevku analyzujeme inštitút predbežného opatrenia v ZVO ako taký (t. j. v stave *de lege lata*), pričom zároveň poukazujeme na rozšírenú aplikačnú prax Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení v konaniach o preskúmanie úkonov kontrolovaného a jej praktické (niekedy Úradom určite nezámerné spôsobené) implikácie, ktoré môžu spôsobiť až neúspech procesu verejného obstarávania ako takého.

2.1. Základné podmienky a špecifiká nariaďovania predbežného opatrenia Úradom podľa ZVO

Začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného nemá automaticky odkladný účinok na pokračovanie preskúmaného verejného obstarávania resp. konanie kontrolovaného v ňom (okrem konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 169 ods. 1 písm. d) ZVO na základe námietok, ktoré má podľa § 56 ods. 2 ZVO automaticky odkladný účinok na možnosť kontrolovaného uzatvoriť zmluvu vo verejnom obstarávaní s úspešným uchádzačom). Z uvedeného dôvodu má Úrad k dispozícii špecifický procesný nástroj, ktorý môže aplikovať v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného v podobe predbežného opatrenia podľa § 173 ods. 11 ZVO.

Základné podmienky a špecifiká nariaďovania predbežného opatrenia Úradom podľa ZVO je možné priamo identifikovať vo vyššie citovanom § 173 ods. 11 ZVO, z ktorého vyplýva, že:

¹ Obdobne aj AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P.: Zákon o verejnom obstarávaní: komentár. 1. vyd. Bratislava: C.H.Beck, 2019. s. 1567.

- predbežné opatrenie môže Úrad nariadiť **výlučne v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedeného podľa § 169 ZVO** (t. j. po začatí tohto konania, nikdy nie v inom konaní či samostatne);
- nariadenie predbežného opatrenia Úradom je **fakultatívne a jeho účinky sú dočasné**, t. j. Úrad môže, ale nemusí predbežné opatrenie v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného nariaďovať, pričom ak tak Úrad urobí, musí za účelom preskúmateľnosti svojho postupu riadne zdôvodniť potrebu nariadenia predbežného opatrenia v konkrétnom prípade (viď ďalej podkapitulu 2.2 a 2.3 tejto časti príspevku);
- z obsahového hľadiska predbežným opatrením Úrad musí resp. môže kontrolovanému vo vzťahu k preskúmanému verejnemu obstarávaniu určiť, že:
 - o sa **obligatórne pozastavuje konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného**, a teda kontrolovaný nemôže po dobu platnosti predbežného opatrenia, najneskôr do nadobudnutia právoplatnosti prvostupňového rozhodnutia Úradu alebo rozhodnutia Rady Úradu, vykonávať žiadne ďalšie procesné úkony v danom postupe verejného obstarávania, ktoré smerujú k dokonaniu tohto postupu a následne k uzavretiu zmluvy (napr. vyhodnotenie ponúk, vyhodnotenie splnenia podmienok účasti, vysvetlenie ponuky a pod.),² a
 - o **fakultatívne Úrad rozhodne, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný v preskúmanom verejnom obstarávaní, a lehoty kontrolovanému neplynú** (predovšetkým lehota na predkladanie ponúk alebo žiadostí o účasť);³
- proti rozhodnutiu Úradu o nariadení predbežného opatrenia **nemôže kontrolovaný (verejný obstarávateľ) podať opravný prostriedok**, a teda rozhodnutie o predbežnom opatrení je doručením kontrolovanému právoplatné a účinné;

² Metodické usmernenie Úradu č. 13574-5000/2019 zo dňa 7. 10. 2019, s. 3.

³ Úrad zároveň v rámci svojej metodickkej a výkladovej činnosti vo vzťahu k plynutiu lehoty na predkladanie ponúk a jej predlžovaniu počas účinkov predbežného opatrenia v metodickom usmernení č. 7733-5000/2020 zo dňa 5. 6. 2020 stanovil, že lehotu na predkladanie ponúk nie je potrebné počas účinkov predbežného opatrenia zo strany kontrolovanému osobitne predlžovať, nakoľko táto lehota, pokiaľ tak Úrad určil vo výroku rozhodnutia o predbežnom opatrení, neplynie automaticky. Úrad zároveň v metodickom usmernení č. 5119-5000/2018 zo dňa 12. 4. 2018 účinky predbežného opatrenia ďalej vložil tak, že napriek nariadeniu predbežného opatrenia kontrolovaný môže predĺžiť lehotu viazanosti ponúk, ak táto má uplynúť v priebehu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného.

- kontrolovaný aj napriek vydaniu predbežného opatrenia vo verejnom obstarávaní je povinný si plniť svoje povinnosti podľa ZVO v súvislosti s prípadnými ďalšími uplatnenými revíznymi postupmi vo verejnom obstarávaní (t. j. kontrolovaný je predovšetkým povinný rozhodnúť o žiadostiach o nápravu, ak budú po vydaní predbežného opatrenia v predmetnom verejnom obstarávaní uplatnené zo strany uchádzačov/záujemcov).

Z vyššie uvedeného teda vyplýva, že ZVO priamo osobitne upravuje možnosti Úradu dočasne upravovať konanie kontrolovaného a priebeh preskúvaného verejného obstarávania predbežným opatrením, keďže stanovuje, čo musí byť výkonom rozhodnutia o predbežnom opatrení kontrolovanému určené (obligatórne pozastavenie konania kontrolovaného vo verejnom obstarávaní), a zároveň upravuje limity správnej úvahy pre Úrad vo forme možnosti stanovenia rôznej časovej platnosti predbežného opatrenia a jeho účinkov (najdlhšie do právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo 175 ZVO vydaného v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného), ako aj fakultatívnej možnosti rozhodnutia Úradu o neuplynutí všetkých (či iba niektorých) lehôt stanovených vo verejnom obstarávaní zo strany kontrolovaného alebo určených kontrolovanému.

2.2. Predbežné opatrenie podľa Správneho poriadku – komparácia stavu *de lege lata*

Nakoľko právna úprava predbežného opatrenia v ZVO predstavuje osobitnú právnu úpravu vo vzťahu k právnej úprave predbežného opatrenia obsiahnutej v § 43 Správneho poriadku, pričom táto sa primerane aplikuje aj na predbežné opatrenie vydávané Úradom podľa § 173 ods. 11 ZVO, a to vo veciach, ktoré ZVO ako *lex specialis* neupravuje resp. neupravuje odlišne od Správneho poriadku, považujeme za vhodné na tomto mieste poukázať na osobitosti predbežného opatrenia podľa ZVO nariadeného Úradom proti štandardným predbežným opatreniam vydávanými správnyimi orgánmi podľa Správneho poriadku.

Za základné rozdiely medzi právnu úpravou predbežného opatrenia podľa ZVO a všeobecnej právnej úpravy predbežného opatrenia podľa Správneho poriadku považujeme:

- ZVO osobitne upravuje obsah predbežného opatrenia podľa § 173 ods. 11 ZVO (t. j. Úrad nemôže vydať predbežné opatrenie s iným obsahom ako upravuje ZVO), čo vylučuje aplikáciu § 43 ods. 1 Správneho poriadku;
- proti rozhodnutiu Úradu o nariadení predbežného opatrenia podľa ZVO nie je možné podať opravný prostriedok, čo vylučuje aplikáciu všeobecnej právnej úpravy podľa § 43 ods. 3 Správneho poriadku, v zmysle ktorého proti rozhodnutiu správneho orgánu o nariadení predbežného opatrenia je možné podať odvolanie, ktoré nemá odkladný účinok.

Z primeranej aplikácie všeobecnej právnej úpravy predbežného opatrenia na postup Úradu smerujúci k nariadeniu predbežného opatrenia podľa § 173 ods. 11 ZVO zároveň vyplýva, že Úrad by mal pristúpiť k vydaniu rozhodnutia o predbežnom opatrení v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného **výlučne v nevyhnutných**

prípadoch a predbežné opatrenie by malo byť nariadené len v nevyhnutnom rozsahu a na nevyhnutný čas,⁴ pričom ak pominú dôvody pre nariadenie predbežného opatrenia ako takého (prípadne v rozsahu, ako bolo nariadené), Úrad by mal *ex officio* primerane podľa § 43 ods. 2 Správneho poriadku pristúpiť k zrušeniu resp. obmedzeniu nariadeného predbežného opatrenia.

2.3. Aplikačná prax Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení a jej praktické implikácie

Úrad má v rámci každého konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného možnosť nariadiť predbežné opatrenie podľa § 173 ods. 11 ZVO, pričom by mal zároveň v každom prípade dôsledne zvážiť (či už na vydanie predbežného opatrenia dostane aj podnet napr. od uchádzača či záujemcu v rámci námietky, alebo nie), či a v akom rozsahu (vecnom a časovom) je počas konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného potrebné dočasne upraviť pomery v dotknutom verejnom obstarávaní predbežným opatrením.

Aplikačná prax Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení podľa ZVO bola pre účely záverov prezentovaných v tomto príspevku vyhodnocovaná na základe našich vlastných praktických skúseností v tejto oblasti pri zastupovaní účastníkov v konaniach o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedených Úradom podľa § 169 ZVO,⁵ ako aj

⁴ AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P.: Zákon o verejnom obstarávaní: komentár. 1. vyd. Bratislava: C.H.Beck, 2019. s. 1568.

⁵ Celkovo sme vychádzali zo znenia nasledovných 6 rozhodnutí Úradu o nariadení predbežného opatrenia vydaných v týchto konaniach o preskúmanie úkonov kontrolovaného vydaných medzi 06/2019 – 09/2021:

1. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 24. 6. 2019 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 9547-6000/2019, informácia o vydaní predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt zverejnená vo Vestníku č. 126/2019 zo dňa 25. 6. 2019 dostupná tu: <https://www.uvo.gov.sk/vestnik/informacie/detail/7108>
2. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 10. 7. 2020 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 10596-6000/2020, informácia o vydaní predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt zverejnená vo Vestníku č. 146/2020 zo dňa 13. 7. 2020 dostupná tu: <https://www.uvo.gov.sk/vestnik/informacie/detail/10884>
3. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 6. 10. 2020 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 14100-6000/2020, informácia o vydaní predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt nebola zverejnená vo Vestníku
4. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 22. 2. 2021 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 3097-6000/2021, informácia o vydaní predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt zverejnená vo Vestníku č. 53/2021 zo dňa 23. 2. 2021 dostupná tu: <https://www.uvo.gov.sk/vestnik/informacie/detail/12428>
5. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 10. 9. 2021 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 10887-6000/2021, informácia o vydaní

z verejne dostupných informácií publikovaných vo Vestníku verejného obstarávania resp. v profiloch verejných obstarávateľov, v ktorých sú publikované informácie o vydaných predbežných opatreniach vo verejných obstarávaníach dotknutých kontrolovaných zo strany Úradu resp. samotných kontrolovaných.⁶ Aplikáčna prax Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení sa podľa našich zistení vyznačuje nasledovnými znakmi:

1. **Úrad predbežné opatrenia nariaďuje v maximálne prípustnom vecnom aj časovom rozsahu podľa ZVO** (t. j. vrátane rozhodnutia o neplynutí lehôt vo verejnom obstarávaní a až do právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo 175 ZVO v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, s výnimkou úkonov smerujúcich k zrušeniu preskúmaného postupu

predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt zverejnená vo Vestníku č. 210/2021 zo dňa 13. 9. 2021 dostupná tu: <https://www.uvo.gov.sk/vestnik/informacie/detail/13960>

6. rozhodnutie o predbežnom opatrení zo dňa 10. 9. 2021 vydané v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vedenom Úradom pod sp. zn. 10945-6000/2021, informácia o vydaní predbežného opatrenia a informácia o plynutí lehôt zverejnená vo Vestníku č. 211/2021 zo dňa 14. 9. 2021 dostupná tu: <https://www.uvo.gov.sk/vestnik/informacie/detail/13962>

ktoré podľa nášho názoru z časového hľadiska, ako aj z hľadiska obsahovej rôznorodosti preskúmaných postupov verejného obstarávania, predstavujú dostatočne reprezentatívnu vzorku pre formulovanie našich tvrdení a záverov prezentovaných v tomto príspevku vo vzťahu k aplikáčnej praxi Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení, a to aj v kontexte analytických zistení z informácií o vydaných predbežných opatreniach publikovaných Úradom vo Vestníku.

⁶ Pre účely možnosti formulovania vedecky relevantných záverov vo vzťahu k aplikáčnej praxi Úradu pri nariaďovaní predbežných opatrení sme ďalej realizovali dôkladnú analýzu vydaných predbežných opatrení Úradom v prvom polroku 2021 (od 1. 1. 2021 do 30. 6. 2021) formou prelustrovania Vestníka za náhodne zvolené reprezentatívne obdobie roku 2021 (celkovo 151 vydaní Vestníka), pričom sme zistili, že v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaných bolo celkovo nariadených 119 predbežných opatrení, z ktorých tie, ktoré boli nariadené v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného začatých na základe podnetu kontrolovaných na vykonanie kontroly pred uzavretím zmluvy podľa § 169 ods. 1 písm. b) ZVO zneli nasledovne: „*Úrad pre verejné obstarávanie, odbor Dohľad, informuje, že dňa XY vydal v prebiehajúcom konaní č. XY predbežné opatrenie a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neplynú*“, a tie, ktoré boli nariadené v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného začatých na základe námietok podľa § 169 ods. 1 písm. d) ZVO zneli nasledovne: „*Úrad pre verejné obstarávanie, odbor Dohľadu, informuje, že v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. k. XY, ktoré sa začalo dňa XY vo verejnom obstarávaní na predmet XY, pri ktorom bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zverejnené kontrolovaným XY, vo Vestníku č. XY dňa XY pod značkou XY, Úrad pre verejné obstarávanie vydal predbežné opatrenie č. XY a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému, neplynú*“. Nakoľko predbežné opatrenia, ktoré sme mali k dispozícii v úplnom znení (viď. poznámka pod čiarou 5) boli vo Vestníku publikované zo strany Úradu s totožnými informáciami, máme za to, že je možné na predmetné predbežné opatrenia publikované vo Vestníku v referenčnom období (celkovo teda 119 predbežných opatrení) rovnako vzťahnúť závery vo vzťahu k aplikáčnej praxi Úradu v tejto oblasti.

- verejného obstarávania, ktoré z povahy veci neohrozujú účel nariadeného predbežného opatrenia);
2. **Úrad predbežné opatrenia nariaďuje zväčša hneď na začiatku konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného** (napr. po doručení námietok);⁷
 3. **rozhodnutia Úradu o nariadení predbežných opatrení sú len tendenčne odôvodňované** (bez reálneho zdôvodnenia nevyhnutnosti nariadenia predbežného opatrenia, alebo časového a vecného rozsahu nariadeného predbežného opatrenia v konkrétnom verejnom obstarávaní), **a teda aj nepreskúmateľné**;⁸
 4. **Úrad nariadené predbežné opatrenia počas konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného neprehodnocuje resp. neskúma dôvodnosť ich nariadenia čo do rozsahu alebo samotného účelu** (t. j. nariadené predbežné opatrenia Úrad neruší či neobmedzuje v priebehu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného), pričom ich účinky pominú až momentom právoplatnosti rozhodnutia Úradu v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 174 alebo 175 ZVO.

Vo všeobecnosti je nutné k aktuálnej rozhodovacej praxi Úradu pri vydávaní predbežných opatrení v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného poznamenať a kriticky zhodnotiť, že predovšetkým tendenčné odôvodňovanie rozhodnutí o nariadení predbežných opatrení (kontrolovaní sa reálne konkrétne nedozvedia, prečo je ich postup v procese verejného obstarávania pozastavený) v kombinácii s nemožnosťou podať akýkoľvek opravný prostriedok proti rozhodnutiu o nariadení predbežného opatrenia zo strany kontrolovaného, činí celkovo postup Úradu rezultujúci do nariadenia predbežného opatrenia podľa § 173 ods. 11 ZVO nepreskúmateľným a nelegitímnym predovšetkým voči kontrolovaným. Uvedená prax Úradu môže reálne spôsobiť to, že napr. obštrukčné námietky nejakého záujemcu či uchádzača (t. j. uplatňovanie revízných postupov

⁷ AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P.: Zákon o verejnom obstarávaní: komentár. 1. vyd. Bratislava: C.H.Beck, 2019. s. 1568.

⁸ Úrad v rámci odôvodnenia rozhodnutí o nariadení predbežných opatrení (ktoré sú veľmi stručné, keďže zvyknú mať priemerný rozsah cca. 3 strany) argumentuje vydanie predbežného opatrenia predídením novej administratívnej záťaže kontrolovaného, ako aj záujemcov/uchádzačov, ak by sa namietané skutočnosti preukázali ako pravdivé, a teda napr. Úrad by v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného kontrolovanému nariadil postup verejného obstarávania zrušiť, a to všetko bez toho, aby sa akýmkoľvek spôsobom vyjadril k vecnému či časovému rozsahu nariadeného predbežného opatrenia (t. j. prečo bolo v konkrétnom prípade potrebné rovnako rozhodnúť o neplnýtí lehôt vo verejnom obstarávaní, alebo prečo bolo nariadené predbežné opatrenie až do momentu nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného apod.). Pre úplnosť si dovoľujeme uviesť, že znenie rozhodnutí o nariadení predbežného opatrenia uvedených v poznámke pod čiarou 5 boli absolútne textovo zhodné, a teda Úrad sa v žiadnom ohľade individuálne nezdôvodnil potrebu nariadenia predbežných opatrení v preskúmaných verejných obstarávaníach.

s cieľom predĺženia až zmarenia procesu verejného obstarávania nie dosiahnutia legitímnej nápravy skutočnej nezákonnosti v postupe verejného obstarávateľa) môžu v kombinácii s vydaním predbežného opatrenia zo strany Úradu spôsobiť také časové prietahy v postupe verejného obstarávania, že celý postup verejného obstarávania sa tým zmarí (uvedené zvlášť platí v prípade zákaziek, ktoré sú financované resp. spolufinancované z prostriedkov Európskej únie z Európskych štrukturálnych a investičných fondov). Dôsledky aktuálnej aplikačnej praxe Úradu pri nariadovaní predbežných opatrení sú obzvlášť negatívne vnímané zo strany kontrolovaných v prípade, ak v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, v ktorom Úrad na začiatku konania nariadil predbežné opatrenie v maximálne možnom vecnom a časovom rozsahu bez náležitého odôvodnenia, ktorým sa pozastavil postup verejného obstarávania na minimálne 3 až 6 mesiacov (t. j. do právoplatnosti prípadného rozhodnutia Rady Úradu o podanom odvolaní proti rozhodnutiu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného vydanom Úradom v prvom stupni), došlo k právoplatnému ukončeniu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ktorým nebolo konštatované porušenie pravidiel ZVO zo strany kontrolovaného (predovšetkým v prípade právoplatného zamietnutia námietok v celom rozsahu).

3. PREDBEŽNÉ OPATRENIE V RÁMCI POSTUPOV ZADÁVANIA ZÁKAZIEK V ČR V STAVE *DE LEGE LATA*

Za účelom prijatia právne relevantného stanoviska k vedeckej otázke formulovanej v úvode tohto príspevku považujeme za vhodné, napriek rozdielnej právnej úprave verejného obstarávania v ČR vychádzajúcej však čo do účelu z rovnakého právneho základu spočívajúceho v harmonizačných európskych smerniciach o verejnom obstarávaní,⁹ v tejto časti príspevku poukázať aplikujúc právne komparatistickú metódu vedeckého výskumu na právnu úpravu a aplikačnú prax pri nariadovaní predbežných opatrení zo strany ÚOHS v rámci postupov verejného obstarávania podľa ZZVZ.

ZZVZ ako osobitný právny predpis komplexne upravujúci verejné obstarávanie v ČR, na rozdiel od ZVO, žiadnym spôsobom **neupravuje inštitút predbežného opatrenia**, a to ani vo všeobecnosti, ani v súvislosti s konaním na preskúmanie úkonov zadávateľa na základe návrhu alebo z vlastného podnetu ÚOHS (t. j. materiálne ekvivalentného konania ku konaniu o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa ZVO). **V zmysle uvedeného teda v prípade, ak ÚOHS chce v rámci konania o preskúmanie úkonov zadávateľa nariadiť predbežné opatrenie, postupuje v rovnakom režime ako akýkoľvek správny orgán podľa všeobecného predpisu o správnom konaní v ČR, a teda podľa § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správni rád v platnom znení (ďalej len „SR“).**

⁹ Predovšetkým smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesíí a smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES.

Vo všeobecnosti je možné konštatovať, že právna úprava predbežného opatrenia v Správnom poriadku a SŘ v ČR je materiálne zhodná, a to predovšetkým vo vzťahu k možnosti podania opravného prostriedku (odvolania) proti rozhodnutiu o nariadení predbežného opatrenia bez odkladného účinku či dočasnej a výnimočnej aplikácii tohto inštitútu so súvisiacou povinnosťou správneho orgánu prehodnocovať potrebnosť nariadeného predbežného opatrenia.

Významný rozdiel existuje aj medzi aplikačnou praxou ÚOHS pri nariaďovaní predbežných opatrení oproti aktuálnej praxi Úradu, keďže **ÚOHS predbežnými opatreniami nezasahuje tak závažne do procesu preskúvaných verejných obstarávaní ako môže resp. musí podľa ZVO Úrad**, keďže ÚOHS na základe predbežných opatrení výlučne rozhoduje o zákaze uzatvorenia zmluvy v preskúvanom verejnom obstarávaní (resp. predĺžení zákazu uzatvorenia zmluvy v preskúvanom verejnom obstarávaní do právoplatného skončenia konania o preskúmanie úkonov zadávateľa),¹⁰ čo súvisí s odlišným spôsobom plynutia lehoty zákazu uzatvorenia zmluvy v ZZVZ oproti právnomu režimu v ZVO, v ktorom podľa § 56 ods. 2 ZVO v prípade konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok tento odkladný účinok na možnosť uzatvorenia zmluvy v preskúvanom verejnom obstarávaní nastáva automaticky *ex lege* bez potreby vydania predbežného opatrenia.

Z uvedeného teda vyplýva, že na rozdiel od aplikačnej praxe Úradu, ÚOHS pristupuje k vydaniu predbežného opatrenia až v momente, keď už návrh resp. predmetné verejné obstarávanie predbežne preskúmal a materiálne posúdil, len nedokáže rozhodnúť v zákonom stanovených lehotách tak, aby zadávateľ nezmaril celé konanie o preskúmanie úkonov zadávateľa uzatvorením zmluvy v preskúvanom verejnom obstarávaní s automatickým procesným následkom zastavenia konania o preskúmanie úkonov zadávateľa. Rozhodnutie o nariadení predbežného opatrenia ÚOHS musí byť zároveň riadne odôvodnené, v opačnom prípade existuje riziko, že predseda ÚOHS ako odvolací orgán nariadené predbežné opatrenie zruší ako nepreskúmateľné resp. nezákonné.

4. ZÁVER A ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Cieľom tohto príspevku bolo poukázať na aktuálne legislatívne a aplikačné úskalia inštitútu predbežného opatrenia v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ktoré môže Úrad nariadiť podľa § 173 ods. 11 ZVO, a následne osobitne adresovať základnú vedeckú otázku, či má osobitná právna úprava inštitútu predbežného opatrenia v ZVO výlučne pre účely konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného ako *lex specialis* vo vzťahu k všeobecnej právnej úprave predbežného opatrenia v Správnom poriadku reálne opodstatnenie.

Podľa nášho názoru je minimálne neštandardné (ak nie aj priamo v rozpore so základnými princípmi právneho štátu a preskúmateľnosti rozhodnutí orgánov verejnej moci), že v stave *de lege lata* ZVO nepripúšťa podanie akéhokoľvek opravného

¹⁰ Bližšie pozri § 246 ZZVZ.

prostriedku proti rozhodnutiu, ktorým Úrad predbežné opatrenie nariadi, ak súčasne aj všeobecná právna úprava predbežného opatrenia v Správnom poriadku možnosť podania odvolania proti rozhodnutiu o nariadení predbežného opatrenia predpokladá, pričom vylučuje odkladný účinok podaného odvolania. Na základe uvedeného máme za to, že v tejto rovine právna úprava predbežného opatrenia v ZVO nemá reálne opodstatnenie, a teda mala by byť v súlade so všeobecnou právnou úpravou predbežného opatrenia podľa Správneho poriadku (t. j. s pripustením podania odvolania bez odkladného účinku).

Skutočnosť, že ZVO osobitne stanovuje obsah (vecnú rovinu) predbežného opatrenia vydávaného Úradom nepovažujeme za problematickú (skôr to hodnotíme pozitívne, keďže sa tým zvyšuje právna istota predovšetkým kontrolovaných a zároveň eliminuje miera svojvôle Úradu čo sa obsahu predbežného opatrenia týka), no na druhej strane považujeme za nie legislatívne optimálne, že ZVO priamo Úradu prikazuje obligatórny obsah predbežného opatrenia, ak sa Úrad rozhodne v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného predbežné opatrenie nariadiť (t. j. Úrad musí obligatórne aspoň v nejakom rozsahu pozastaviť konanie kontrolovaného týkajúce sa preskúmaného verejného obstarávania), pričom za vhodnejšie považujeme, ak by sa Úrad mohol rozhodnúť v rámci svojej diskrecie čo a v akom rozsahu predbežným opatrením v rámci konkrétneho verejného obstarávania dočasne upraví (t. j. či bude iba primerane pozastavovať konanie kontrolovaného v nejakom rozsahu, prípadne iba stanoví, že neplynie lehota na predkladanie ponúk apod.).

Kriticky sa však musíme vyjadriť kaplikačnej stránke analyzovanej problematiky, a to v kontexte analyzovanej súčasnej aplikačnej praxe Úradu pri nariadovaní predbežných opatrení v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, keďže podľa nášho názoru odôvodnenie nariadenia konkrétneho predbežného opatrenia zo strany Úradu (vrátane jeho časového trvania a vecného rozsahu) je absolútne nedostatočné a vnáša prvky netransparentnosti do postupu Úradu v konaniach o preskúmanie úkonov kontrolovaného, a to aj v kontexte nemožnosti kontrolovaného brániť sa proti rozhodnutiu o nariadení predbežného opatrenia akýmkoľvek opravným prostriedkom.¹¹

Na základe uvedeného máme za to, že aj bez prípadnej legislatívnej revízie inštitútu predbežného opatrenia v ZVO, je nevyhnutné, aby sa Úrad v aplikačnej praxi dôsledne venoval odôvodneniu rozhodnutí o nariadení predbežného opatrenia tak, aby bola jednoznačne zdôvodnená nevyhnutnosť potreby dočasnej úpravy pomerov a faktické „zmrazenie“ postupu konkrétneho verejného obstarávania a jej časový a obsahový rozsah.

Použitá literatúra:

AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P.: Zákon o verejnom obstarávaní: komentár. 1. vyd. Bratislava: C.H.Beck, 2019. 1816 s. ISBN 978-80-89603-75-6.

¹¹ Za účelom podpory tohto tvrdenia bližšie v tejto súvislosti odkazujeme na výsledky našej analýzy uvedené v poznámke pod čiarou 9.

DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017. 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

POTÁŠCH, P., HAŠANOVA, J., VALLOVÁ, J., MILUČKÝ, J., MEDŽOVÁ, D.: Správny poriadok. Komentár. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019. 624 s. ISBN 978-80-7400-773-6.

POTĚŠIL, L., HEJČ, D., RIGEL, F., MAREK, D.: Správní řád. Komentář. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2020. 916 s. ISBN 978-80-7400-804-7.

Legislatíva:

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek v platném znění

Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád v platném znění

Zákon č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov

Metodické usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie:

Metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 13572-5000/2020 zo dňa 28. 9. 2020

Metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 13574-5000/2019 zo dňa 7. 10. 2019

Metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 5119-5000/2018 zo dňa 12. 4. 2018

Metodické usmernenie Úradu pre verejné obstarávanie č. 7733-5000/2020 zo dňa 5. 6. 2020

Kontaktné údaje:

Mgr. Ing. Maroš Katkovicin, PhD.

maros.katkovicin@uniba.sk; katkovicin@agmpartners.sk

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Katedra finančného práva

Šafárikovo nám. č. 6

818 05 Bratislava

Slovenská republika

KAUZA VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA NÁJOMNÝCH BYTOV ÚZEMNÝMI SAMOSPRÁVAMI

Maroš Katkovič, Miroslav Cák, Michaela Dudeková, Lucia Lukáčiková

AGM partners s. r. o., advokátska kancelária

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The aim of the article is to analyse the public procurements of rental apartments, which were carried out by regional and local authorities in breach of the Act No. 343/2015 Coll., on Public Procurement as amended, as well as to assess the possible criminal liability and other legal consequences of this illegal public procurement procedure.

Abstrakt: Cieľom príspevku je analýza verejných obstarávaní na nájomné byty, ktoré realizovali niektoré územné samosprávy v rozpore so zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov, ako aj posúdenie možnosti vyvodenia trestnoprávnej zodpovednosti či iných právnych následkov tohto nezákonného postupu verejného obstarávania.

Key words: public procurement, rental apartments, village, local authorities

Kľúčové slová: verejné obstarávanie, nájomné byty, obec, samospráva

1. ÚVOD

Problematika verejného obstarávania v oblasti realizácie výstavby nájomných bytov spadá do pôsobnosti zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) a je tiež predmetom kontrolnej činnosti (dohľadu) Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „ÚVO“), ktorý v rámci svojej kontrolnej činnosti realizovanej v súlade so ZVO vydáva metodické, vzdelávacie a iné materiály na zabezpečenie zákonnosti postupov pri obstarávaní výstavby nájomných bytov. Aj napriek tejto skutočnosti však územné samosprávy konajúce v pozícii verejných obstarávateľov podľa ZVO (ďalej aj len „obce“ alebo „samosprávy“) v snahe obísť zákonné postupy ZVO a uzatvoriť zmluvy s vopred dohodnutými dodávateľmi – stavebnými spoločnosťami (ďalej aj len „stavebníci“ alebo samostatne aj len „stavebník“), obstarali výstavbu nájomných bytov v rozpore so ZVO tak, že zákonné postupy verejnej súťaže neplatne obchádzali, prípadne ich ani vôbec neaplikovali.

Účelom tohto príspevku je analyzovať spôsob, akým obce nájomné byty obstarávali, ako aj poukázať na potenciálne porušenie nielen ZVO, ale aj zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov (ďalej len „Trestný zákon“), týmito postupmi obcí. V tomto príspevku okrem uvedeného autori právne analyzujú aj prípadnú neplatnosť zmlúv uzatvorených v rámci nezákonného verejného obstarávania (resp. postupu obchádzajúceho postupu verejného obstarávania podľa ZVO), ako aj ich dopad na existujúce nájomné vzťahy uzatvorené s fyzickými osobami, ktoré tieto nehnuteľnosti v dobre viere užívajú.

2. JEDNOTLIVÉ SPÔSOBY NEKALÝCH PRAKTÍK OBCÍ VO VEREJNÝCH OBSTARÁVANIACH NA VÝSTAVBU NÁJOMNÝCH BYTOV¹

V prvom rade je nevyhnutné vymedziť spôsoby, akými obce pri verejnom obstarávaní nájomných bytov postupovali z pohľadu ZVO, v domnienke, že tieto postupy sú plne zákonné a neporušujú tým žiadne z ustanovení ZVO (nie je však na druhej strane možné vylúčiť, že nezákonnosť postupu bola príslušnej obci zrejmä a tento bol zámerne obcou aplikovaný).

Jeden zo spôsobov spočíval v tom, že obce pred vyhlásením verejných obstarávaní uzavierali s dohodnutými spoločnosťami nájomné zmluvy alebo kúpne zmluvy na stavebné pozemky, ktorých disponovanie následne požadovali od uchádzačov vo vyhlásenej verejnej súťaži na výstavbu nájomných bytov. Z povahy veci teda následne výlučne tieto spoločnosti sa ako jediní mohli stať úspešnými uchádzačmi v týchto verejných obstarávaní, keďže mali už na pozemky uzavreté príslušné zmluvné vzťahy oprávňujúce ich možnosťou výstavby na týchto pozemkoch. V niektorých prípadoch obce vyžadovali od uchádzačov neštandardnú požiadavku na referenciu v rámci stanovenia podmienok účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) ZVO, a to v tom zmysle, že spoločnosti mali predložiť skúsenosť s referenčnou stavbou, ktorá sa výhradne týkala výstavby nájomných bytov, ktoré realizovali prostredníctvom inštitútu kúpy existujúcej resp. neexistujúcej stavby financovanej zo Štátneho fondu rozvoja bývania (ďalej len „ŠFRB“).

V ďalšej časti príspevku autori bližšie približujú najčastejšie postupy v rozpore so ZVO, ktorými obce nájomné byty obstarávali.

2.1. Uzatváranie zmluvných vzťahov so stavebníkom pred vyhlásením verejného obstarávania

Jeden zo spôsobov obstarania nájomných bytov, ktoré niektoré obce realizovali, spočíval vo vyhlásení verejného obstarávania, v ktorom bolo predpokladom pre podanie ponuky uchádzačom zabezpečenie si stavebného pozemku v danej lokalite, pričom takýmto pozemkom disponoval jedine vopred vybraný stavebník.²

Samosprávy ešte pred vyhlásením predmetných verejných obstarávaní uzatvárali nájomné zmluvy na nehnuteľnosti (stavebné pozemky), na základe ktorých prenajali spoločnostiam realizujúcim výstavbu nájomných bytov, ktoré sa následne stali

¹ Táto časť príspevku vychádza z už publikovaného článku na danú tému zo strany Nadácie zastavme korupciu, podkladom ktorej bola analýza 39 verejných obstarávaní, predmetom ktorých bolo obstarávanie nájomných bytov, na ktorej príprave autori participovali: PETKOVÁ, Z.: Obce pri stavani nájomných bytov obchádzali pravidlá. Biznis ovládlo niekoľko firiem. [online]. Dostupné na internete: [https://zastavmekorupciu.sk/nezaradene/obce-pri-stavani-najomnych-bytov-obchadzali-pravidla-biznis-ovladlo-niekolko-firiem/]. Citované dňa [30.12.2021].

² Napr. verejné obstarávanie verejného obstarávateľa Obec Hájske na predmet zákazky Obstaranie 14 nájomných bytov v obci Hájske, výzva na predkladanie ponúk zverejnená vo Vestníku č. 193/2018 zo dňa 28. 9. 2018, dostupné tu: [https://www.uvo.gov.sk/vestnik/oznamenie/detail/388665] alebo verejné obstarávanie verejného obstarávateľa Obec Fačkov na predmet zákazky Obstaranie 16 nájomných bytov v obci Fačkov, výzva na predkladanie ponúk zverejnená vo Vestníku č. 184/2019 zo dňa 12. 9. 2019, dostupné tu: [https://www.uvo.gov.sk/vestnik/oznamenie/detail/425581].

úspešnými uchádzačmi verejného obstarávania, pozemky v katastrálnom území obce, za účelom výstavby nájomných bytov. Tieto nájomné zmluvy priznávali oprávnenie uvedeným spoločnostiam užívať dotknuté pozemky na účel výstavby nájomných bytov. Samosprávy taktiež pred vyhlásením verejných obstarávaní na nájomné byty uzatvárali so spoločnosťami kúpne zmluvy na prevod vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam, na základe ktorých spoločnosti nadobudli vlastnícke právo k pozemkom, na ktorých mal byť postavený predmetný nájomný bytový dom, a teda uvedené zmluvy vopred určovali, že na týchto parcelách budú postavené nájomné byty, pričom verejní obstarávatelia následne v rámci súťažných podkladov stanovili pozemky, na ktorých sa požadovaná výstavba nájomných bytov mala uskutočniť, a tak vopred určovali, kto bude úspešným uchádzačom v predmetnom verejnom obstarávaní, čím znevýhodnili ostatných potenciálnych uchádzačov, ktorí nemali zabezpečené rovnaké podmienky v postupe predmetného verejného obstarávania ako zvýhodnené spoločnosti. Obce tak daným konaním postupovali v rozpore s § 10 ods. 2 ZVO, a to konkrétne v rozpore s princípom transparentnosti, nediskriminácie hospodárskych subjektov a s princípom rovnakého zaobchádzania.

Ďalší nezákonný spôsob obstarávania nájomných bytov spočíval v tom, že samosprávy požadovali od uchádzačov predmetných verejných obstarávaní už v čase predkladania ponúk (t. j. do ponuky), vlastnícke právo k pozemku, prípadne súhlas tretej osoby s vybudovaním bytov na predmetnom pozemku, pričom vopred obce prenajali tento pozemok konkrétnej spoločnosti realizujúcej výstavbu nájomných bytov, a to výlučne za týmto účelom, čím zvýhodnili takúto spoločnosť.³ Následne tohto uchádzača vyhodnotili ako úspešného uchádzača verejného obstarávania. Uvedený uchádzač na podklade nájomnej zmluvy uzatvorenej ešte pred začatím verejného obstarávania vedel v lehote na predkladanie ponúk predložiť ponuku, ktorá obsahovala aj čísla parciel, na ktorých sa predmetná výstavba mala uskutočniť, na základe čoho boli uvedeným konaním znevýhodnení ostatní potenciálni uchádzači, ktorí nemali zabezpečené rovnaké podmienky v predmetnom postupe verejného obstarávania zákazky ako uvedená spoločnosť.

2.2. Vyhlásenie verejného obstarávania s obmedzujúcou súťažnou podmienkou v rámci technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti

Niektoré zo samospráv v podmienkach účasti – v časti technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, vyžadovali neštandardnú požiadavku na referenciu spojenú s projektom financovania stavieb ŠFRB v nasledujúcom znení: *„Vyžaduje sa ľubovoľný počet potvrdení o realizácii pozemnej stavby financovanej zo ŠFRB prostredníctvom inštitútu Kúpy existujúcej resp. neexistujúcej stavby, ktorej súčasťou bol projektový manažment pre kompletizáciu podkladov a príloh potrebných pre podanie*

³ Napr. verejné obstarávanie verejného obstarávateľa Obec Kunerad na predmet zákazky VÝSTAVBA NÁJOMNÝCH BYTOV S NÁSLEDNÝM PREVODOM VLASTNÍCKYCH PRÁV, výzva na predkladanie ponúk zverejnená vo Vestníku č. 193/2018 zo dňa 28. 9. 2018, dostupné tu: [<https://www.uvo.gov.sk/vestnik/oznamenie/detail/418544>].

žiadosti⁴. V tejto súvislosti je potrebné poukázať na skutočnosť, že podmienky účasti podľa ustanovenia § 34 ZVO týkajúce sa technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti uchádzača sú stanovené taxatívne a nie je možné ich rozširovať o tie, ktoré nie sú uvedené v ZVO. Pri stanovovaní požiadaviek na technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť je potrebné dodržiavať základné princípy verejného obstarávania, najmä princíp transparentnosti a nediskriminácie a primeranosti požiadaviek k predmetu zákazky, ktoré sú uvedené v § 10 ods. 2 ZVO. Preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti je potrebné obmedziť len na tie požiadavky, ktoré bezprostredne súvisia s predmetom zákazky, ale aj čo do primeranosti ich rozsahu, a to ešte v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania prípadne v súťažných podkladoch. Na základe uvedeného nie je prípustné, aby verejný obstarávateľ obmedzil predloženie referencií, resp. potvrdení o plnení, len na zákazky financované zo ŠFRB, keďže zdroj financovania zákazky nie je relevantným ukazovateľom a nevypovedá o kvalite a schopnostiach uchádzača úspešne poskytnúť predmet zákazky, ako ani negarantuje jeho úspešnejšie zrealizovanie.⁵

V prípade niektorých verejných obstarávaní bolo v zmysle vykonanej analýzy možné identifikovať, že obce ako verejní obstarávatelia požadovali od uchádzačov nielen vybudovanie bytovému domu, ale aj dodanie projektovej dokumentácie v stupni pre stavebné povolenie a výkazu výmer do 3 mesiacov od účinnosti zmluvy, čo podľa konzultácií s odborníkmi nie je reálne. Jediný, kto takú podmienku splní (resp. má možnosť reálne splniť), je uchádzač, ktorý má projektovú dokumentáciu už minimálne predpripravenú.

2.3. Priama kúpa

Niektoré z obcí za účelom zabezpečenia výstavby nájomných bytov **vôbec neaplikovali postup podľa ZVO**, ale výstavbu nájomných bytov realizovali prenájmom pozemku a následným odkúpením stavby, t. j. kombináciou zmluvných vzťahov, a to aj napriek tomu, že predmetná výstavba nájomných bytov napĺňala definíčné znaky zákazky na uskutočnenie stavebných prác v zmysle § 3 ods. 3 ZVO.⁶ Zmluvy k nadobudnutiu vlastníckeho práva k bytovým domom boli uzatvorené ako kúpne zmluvy na základe nezákonnej aplikácie výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. c) ZVO.⁷ Napriek tomu, že uzatvoreniu kúpnej zmluvy predchádzali obchodné kroky ako pri zmluve

⁴ Napr. verejnú obstarávanie verejného obstarávateľa Obec Bobot na predmet zákazky Novostavba bytového domu v obci Bobot, výzva na predkladanie ponúk zverejnená vo Vestníku č. 40/2021 zo dňa 8. 2. 2021, dostupné tu: [<https://www.uvo.gov.sk/vestnik/oznamenie/detail/487816>]. Pre úplnosť si dovoľujeme uviesť, že predmetné verejnú obstarávanie zrušil ÚVO.

⁵ TKÁČ, J., GRIGA, M.: Zákon o verejnom obstarávaní: veľký komentár. 1. vyd. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016. s. 179-180.

⁶ Napr. postup verejného obstarávateľa Mesto Svidník v rámci verejného obstarávania na predmet zákazky Výstavba bytov nižšieho štandardu bloky B a C na Ul. Festivalovej vo Svidníku alebo postup verejného obstarávateľa Mesto Svit, ktorý vyústil do priameho uzatvorenia (predmet zákazky) Kúpnej zmluvy č. 314/2019 zo dňa 15.07.2019.

⁷ § 1 ods. 2 písm. c) ZVO znie: „*Tento zákon sa nevzťahuje na nadobúdanie existujúcich stavieb alebo nájom existujúcich stavieb a iných nehnuteľností alebo nadobúdanie práv k nim akýmkoľvek spôsobom financovania.*“

o dielo (vopred daná dohoda na funkčných vlastnostiach, umiestnení, krátky časový odstup medzi neformálnou dohodou o výstavbe a samotným predajom), samosprávy absenciu súťaže zdôvodnili nákupom existujúcej nehnuteľnosti.

Obce sa v súvislosti s uvedeným konaním dovoľávali výnimky podľa § 1 ods. 2 písm. c) ZVO, ktorú však nemožno aplikovať na prípad, ak verejný obstarávateľ súkromnému subjektu predá alebo prenajme pozemok, pričom následne na tomto pozemku bez aplikácie verejného obstarávania postaví stavbu, ktorú eventuálne dodávateľ prevedie do vlastníctva verejnému obstarávateľovi. ÚVO v metodickom usmernení č. 12970/5000-2014 zo dňa 30.12.2014 uvádza, že: „*Použitie tejto výnimky je podmienené existenciou nehnuteľnosti, ktorú verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nadobúda alebo najíma; predmetnú výnimku nie je možné použiť v prípade, kedy nehnuteľnosť ešte neexistuje (napr. v prípadoch projektov, pri ktorých sa byty alebo nebytové priestory predávajú alebo prenajímajú ešte pred začatím stavebných prác alebo v ich počiatočnej fáze).*“ Keďže v daných prípadoch reálne nájomné byty neexistovali, samosprávy nezákonne realizovali ich výstavbu bez použitia postupu verejného obstarávania, na základe čoho sa o tieto stavebné práce potenciálne nemohli uchádzať všetky relevantné hospodárske subjekty. V skutočnosti sa ale vzhľadom na okolnosti jednotlivých projektov nejednalo o kúpu existujúcej nehnuteľnosti, ale **zastrené zmluvy o dielo**, na ktoré sa zákonná výnimka neaplikuje. Zákaz tejto formy obchádzania procesov verejného obstarávania je dlhodobo konštantne judikovaný aj Súdny dvorom Európskej únie.⁸

3. VYVODENIE TRESTNOPRÁVNEJ ZODPOVEDNOSTI

Je nepochybné, že v súvislosti s výstavbou nájomných bytov sa obce dopustili viacerými spôsobmi porušenia ZVO. Nezákonnosť postupu samospráv pri výstavbe nájomných bytov potvrdil aj ÚVO vo svojich rozhodnutiach, na základe ktorých uložil

⁸ Rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie C-536/07 - Commission v Germany z 29. októbra 2009:

„According to the case-law of the Court, where a contract contain elements relating both to a public works contract and another type of public contract, it is the main purpose of the contract which determines the Community rules applicable.

It must be held, moreover, that the works concerned were executed in accordance with the very detailed specifications set out by the City of Cologne in the main contract. It is apparent from that contract and its annexes that those specifications, relating to a precise description of the buildings to be constructed, their quality and their fixtures and fittings, far exceed the usual requirements of a tenant in relation to newly-constructed premises of a certain size.

Accordingly, it must be concluded that the main contract had as its main object the construction of the exhibition halls concerned in accordance with the requirements specified by the City of Cologne. Moreover, those halls constitute a 'work' within the meaning of Article 1(c) of Directive 93/37 in so far as they are sufficient of themselves to fulfil an economic function, and their value is far higher than the threshold laid down under Article 6 of that directive. In addition, that contract was concluded for pecuniary interest, since GKM-GbR acted in this case as a contractor, irrespective of the fact that it arranged for execution of that work through sub-contracting (see, to that effect, Case C-399/98 Ordine degli Architetti and Others [2001] ECR I-5409, paragraph 90), and the City of Cologne is a contracting authority. This contract must therefore be classified as a public works contract within the meaning of Article 1(a) of Directive 93/37. “

príslušným územným samosprávam pokuty vo výške niekoľko desiatok až stotisíc eur a v niektorých prípadoch dokonca podal na súd žaloby o určenie neplatnosti zmlúv, ktoré boli uzavreté so spoločnosťami realizujúcimi výstavbu nájomných bytov bez postupu podľa zákona o verejnom obstarávaní.

Verejné obstarávania realizované zo strany obcí za účelom výstavby nájomných bytov sa však vyznačovali aj neštandardnými okolnosťami naznačujúcimi aj prípadné naplnenie znakov skutkovej podstaty trestného činu machinácie pri verejnom obstarávaní podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona,⁹ a to konkrétne tým, že obce úplne abstrahovali od verejného obstarávania, prípadne verejné obstarávanie obmedzili nezmyselnými súťažnými podmienkami len na jedného, vopred určeného, uchádzača tak, aby bola cielene eliminovaná konkurencia a vo verejnom obstarávaní uspela konkrétna zvýhodnená spoločnosť. Je logické sa domnievať, že pri tejto aktivite mohlo dochádzať ku korupčnej činnosti, a to či už smerom k zástupcom samospráv alebo ku stavebníkom, resp. k ich konzultantom, ktorí vykonávali machinácie s verejnými obstarávaniami.

Z postupov realizovaných obcami pri obstarávaní nájomných bytov tiež vyplýva, že porušenia ZVO v rámci povinnosti aplikácie pravidiel čestnej súťaže neboli náhodné alebo nedbanlivostné, ale že išlo o systematický postup, ktorého cieľom bolo vyhnúť sa súťaži na trhu stavebných spoločností. Samosprávy zámerné zužovali okruh potencionálnych uchádzačov o výstavbu nájomných bytov, a to tým spôsobom, že požadovali splnenie vyššie uvedených nezákonných podmienok.

Na podklade vyššie uvedeného je však nutné poukázať na to, že trestne zodpovedné za tieto konania nemôžu byť obce ako jednotky územnej samosprávy, nakoľko ich trestnoprávnu zodpovednosť vylučuje priamo zákon č. 91/2016 Z. z. o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v rámci § 5 ods. 1 písm. d), ale výlučne iné právnické osoby (stavebníci, konzultačné spoločnosti a pod.) či fyzické osoby (na strane stavebníkov, konzultačných spoločností či obcí, prípadne tretie zainteresované osoby), ktoré na týchto postupoch participovali a ich konanie by naplnilo všetky znaky skutkovej podstaty trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní či iného trestného činu podľa Trestného zákona.

4. ĎALŠIE PRÁVNE NÁSLEDKY NEPLATNOSTI ZMLÚV UZATVORENÝCH V ROZPORE SO ZVO

Ustanovenia § 180 a nasl. ZVO umožňujú ÚVO, ktorý pri svojej činnosti v rámci dohľadu nad dodržiavaním pravidiel verejného obstarávania, zistiť, že zmluva, ktorá je výsledkom verejného obstarávania, bola uzatvorená v rozpore so ZVO, podať návrh na

⁹Podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona: „Kto v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe alebo dojedná niektorému súťažitelovi alebo účastníkovi verejnej dražby prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby, potrestá sa odňatím slobody na šesť mesiacov až tri roky.“

určenie jej neplatnosti súdom.¹⁰ Súd následne posudzuje či je vzhľadom na povahu a závažnosť porušenia zákona určenie neplatnosti sporných úkonov súdom dôvodné. Z ustálenej rozhodovacej praxe však možno konštatovať, že vzhľadom na povahu a závažnosť porušenia ZVO územnými samosprávami bol zjavne ovplyvnený výsledok verejného obstarávania, čím sú podľa názoru autorov tohto príspevku splnené požiadavky na určenie neplatnosti sporných úkonov (uzatvorených zmlúv) súdom.¹¹

S otázkou neplatnosti sporných zmlúv sa tiež nevyhnutne spája otázka, aký dopad bude mať neplatnosť týchto zmlúv na existujúce nájomné vzťahy medzi samosprávami ako prenajímateľmi a fyzickými osobami ako nájomcami, keďže samosprávy ako vlastníci predmetných bytových domov prenajali bytové jednotky fyzickým osobám na základe nájomných zmlúv uzatváraných prevažne podľa zákona č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „**zákon o sociálnom bývaní**“).

Všeobecné následky neplatnosti zmluvy ustanovuje zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „**OZ**“) v § 457 OZ nasledovne: „*Ak je zmluva neplatná alebo ak bola zrušená, je každý z účastníkov povinný vrátiť druhému všetko, čo podľa nej dostal.*“ Podľa § 12 ods. 1 zákona o sociálnom bývaní platí, že na práva a povinnosti, ktoré vzniknú na základe nájomnej zmluvy a nie sú upravené zákonom o sociálnom bývaní, sa vzťahujú ustanovenia OZ.

V prípade, ak budú sporné zmluvy súdom určené ako neplatné, tak bude platiť, že účastníci neplatnej zmluvy (t. j. obec na jednej strane a stavebník na strane druhej) si budú povinní vzájomne si vrátiť všetko, čo podľa tejto neplatnej zmluvy dostali. Stavebník bude musieť obci kúpnú cenu vrátiť, pričom táto reštitúcia je z druhej strany vyvážená tým, že vlastníctvo k predávanému predmetu neprešlo na obec. **Uvedené znamená, že by v určitých prípadoch mohlo z právneho hľadiska dôjsť k zmene vlastníckeho práva k nájomným bytom (t. j. subjektu na strane prenajímateľa), čo však neznamená, že nastane automaticky aj zánik nájomného vzťahu s fyzickými osobami ako nájomcami.** V § 68o ods. 2 OZ je uvedené, že: „*Ak dôjde k zmene vlastníctva k prenajatej veci, vstupuje nadobúdatel' do právneho postavenia prenajímateľa a nájomca je oprávnený zbaviť sa svojich záväzkov voči prvšiemu vlastníkovi, len čo mu bola zmena oznámená alebo nadobúdateľom preukázaná.*“ Podľa § 68o ods. 3 OZ: „*Ak dôjde ku zmene vlastníctva k nehnuteľnej veci, môže z tohto dôvodu vypovedať nájomnú zmluvu iba nájomca...*“

Z uvedeného teda vyplýva, že ak by súd skonštatoval neplatnosť sporných zmlúv, tak táto skutočnosť sa **nedotkne nájomných vzťahov s fyzickými osobami z dôvodu, že „nový“ vlastník vstúpi do postavenia prenajímateľa a nebude môcť z tohto dôvodu vypovedať nájomcom uzatvorenú nájomnú zmluvu.**

5. ZÁVER

¹⁰ Podľa § 18o ZVO: „*Ak úrad pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním zistí, že verejný obstarávateľ, obstarávateľ alebo osoba podľa § 8 v rozpore s týmto zákonom uzavrie zmluvu, koncesnú zmluvu, rámcovú dohodu alebo dodatok k zmluve, koncesnej zmluve alebo rámcovej dohode, v lehote jedného roka odo dňa jej uzavretia podá návrh na určenie jej neplatnosti súdom.*“

¹¹ Nález Ústavného súdu SR zo 7. júla 2010, sp. zn. III. ÚS 69/2010-60.

Cieľom tohto odborného príspevku bolo analyzovať jednotlivé nezákonné postupy územných samospráv pri obstarávaní výstavby nájomných bytov. Ako vyplýva z vyššie uvedeného, obce sa pri verejných obstarávaní na výstavbu nájomných bytov neprimerane odchyľili od zákonom stanovených postupov, čím absolútne popreli význam a účel ZVO, ako aj jeho základné princípy, a to predovšetkým princíp rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie hospodárskych subjektov a princíp transparentnosti. Autori zároveň v príspevku osobitne analyzovali aj trestnoprávne hľadisko uvedenej veci, ako aj z eventuálny dopad určenia neplatnosti zmlúv uzatvorených v rozpore so ZVO súdom na verejnosť (fyzické osoby), ktorá uvedené nájomné byty aktívne a v dobrej viere využíva ako svoje obydlie.

Použitá literatúra:

AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P.: Zákon o verejnom obstarávaní: komentár. 1. vyd. Bratislava: C.H.Beck, 2019. 1816 s. ISBN 978-80-89603-75-6.
PETKOVÁ, Z.: Obce pri stavaní nájomných bytov obchádzali pravidlá. Biznis ovládlo niekoľko firiem. [online]. Dostupné na internete: [https://zastavmekorupciu.sk/nezaradene/obce-pri-stavani-najomnych-bytov-obchadzali-pravidla-biznis-ovladlo-niekolko-firiem/].
TKÁČ, J., GRIGA, M.: Zákon o verejnom obstarávaní: veľký komentár. 1. vyd. Bratislava: Wolters Kluwer 2016. 1260 s. ISBN 978-80-8168-454.

Legislatíva:

Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov
Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákoník v znení neskorších predpisov
Zákon č. 443/2010 Z. z. o dotáciách na rozvoj bývania a o sociálnom bývaní v znení neskorších predpisov
Zákon č. 91/2016 Z. z. o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

Súdne rozhodnutia:

Rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie: C-536/07 - Commission v Germany z 29. októbra 2009
Nález Ústavného súdu SR zo 7. júla 2010, sp. zn. III. ÚS 69/2010-60

Metodické usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie:

Metodické usmernenie č. 12970/5000-2014 zo dňa 30.12.2014

Kontaktné údaje:

Mgr. Ing. Maroš Katkovič, PhD.
maros.katkovic@uniba.sk; katkovic@agmpartners.sk
Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta
Katedra finančného práva
Šafárikovo nám. č. 6

818 05 Bratislava
Slovenská republika

JUDr. Miroslav Cák
cak@agmpartners.sk
Mgr. Michaela Dudeková
dudekova@agmpartners.sk
Mgr. Lucia Lukáčiková
lukacikova@agmpartners.sk
AGM partners s.r.o., advokátska kancelária
Hlavné námestie 3
811 01 Bratislava – Staré Mesto
Slovenská republika