



Imrich Flassik  
Juraj Nemeč  
Jiří Vlach  
Dušan Ursíny

## VEREJNÉ OBSTARÁVANIE

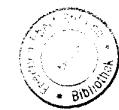
(Úvahy pre ďalší rozvoj)

**2000**  
**Centrum pre hospodársky rozvoj**  
**TRANSPARENCY INTERNATIONAL SLOVENSKO**

C 01 - 00611

*Vydané s podporou zastúpenia Nadácie Friedricha Eberta v SR*

*Verejné obstarávanie na Slovensku*  
*(Úvahy pre ďalší rozvoj)*





CPHR - Transparency International Slovensko

**JUDR. ING. IMRICH FLASSIK  
DOC. ING. JURAJ NEMEC, CSc.  
JUDR. ING. JIŘÍ VLACH  
ING. DUŠAN URŠÍNY**

## **VEREJNÉ OBSTARÁVANIE NA SLOVENSKU**

(Úvahy pre ďalší rozvoj)

JUDr. Ing. Imrich Fllassik  
Doc. Ing. Juraj Nemec, CSc.  
JUDr. Ing. Jiří Vlach  
Ing. Dušan Ursíny

VEREJNÉ OBSTARÁVANIE NA SLOVENSKU  
(Úvahy pre ďalší rozvoj)

© – Centrum pre hospodársky rozvoj (Transparency International Slovensko)  
tel: 07/534 110 20 fax: 07/582 33 487

Vydal: Milan Kisztnér – PR1  
J. Pončiana 7  
841 07 Bratislava  
Slovenská republika  
tel: (+4217) 64 777 203

ISBN 80-968130-7-2

**Bratislava  
február 2000**

---

*Vydané s podporou zastúpenia Nadácie Friedricha Eberta v SR*

**C 01 - 00611**

*Transparency International Slovensko (TIS) je organizačnou jednotkou Centra pre hospodársky rozvoj (CPHR), neziskovej, nestránickej a mimovládnej organizáciu so sídlom v Bratislave. Je národnou pobočkou celosvetovej organizácie Transparency International, ktorá bola založená v roku 1993 a má sídlo v Berlíne. Medzi hlavné ciele TIS patrí predovšetkým podpora a presadzovanie takých demokratických hodnôt v živote spoločnosti, akými sú transparentnosť, dôvera, čestnosť a integrita, ktoré významným spôsobom napomáhajú bojovať proti korupcii, úplatkárstvu.*

**Centrum pre hospodársky rozvoj -  
TRANSPARENCY INTERNATIONAL SLOVENSKO**  
Bajkalská 25, 827 18 Bratislava  
tel: (+4217) 534 11 020, fax: (+4217) 582 33 487

Túto publikáciu nájdete aj na Internete – [www.transparency.sk](http://www.transparency.sk)

Členovia *Aliancie za transparentnosť a boj proti korupcii*:

Milan Banas  
Blažena Hirnerová  
Juraj Holec  
Iveta Griačová  
Eugen Jurzyca  
Mária Kolaříková  
Zdenko Kováč  
Katarína Mathernová  
Grigorij Mesežníkov  
Ol'ga Reptová  
Emília Sičáková  
Dušan Staněk  
Juraj Stern  
Soňa Szomolányi  
Jiří Vlach  
Daniela Zemanovičová

Ďalších 5 členov má pozastavené členstvo z dôvodu výkonu vysokej štátnej funkcie.

## OBSAH

<b>Úvod</b>	7
<b>I. Obstarávanie zo zdrojov občanov</b>	
I.I. Dôvody regulácie procesu verejného obstarávania	9
I.II. Základné požiadavky na proces verejného obstarávania definované programom SIGMA	10
<b>II. Regulácia procesu verejného obstarávania v Európskej únii</b>	
II.I. Dôvody legislatívnych úprav EÚ a platné smernice EÚ v oblasti verejného obstarávania	12
II.II. Charakteristika a obsah smerníc č. 92/50/EEC, č. 93/36/EEC, č. 93/37/EEC a č. 93/38/EEC	13
II.III. Základné princípy európskeho práva pre verejné obstarávanie	14
<b>III. Koncepcia právnej úpravy verejného obstarávania na Slovensku</b>	
III.I. Charakteristika platnej právnej úpravy verejného obstarávania	18
III.II. Predmet úpravy	21
III.III. Vzťah k Obchodnému, prip. Občianskemu zákonníku	23
<b>IV. Realizácia systému právnej ochrany verejného obstarávania na Slovensku</b>	
IV.I. Právna ochrana verejného obstarávania	26
IV.II. Podávanie opravných prostriedkov	27
IV.III. Právne postavenie úradu pre verejné obstarávanie	29
<b>V. Vybrané problémové oblasti</b>	
V.I. Spôsobilosť, predkvalifikácia a oznamy záujemcov	32
V.II. Výška limitu a obstarávanie „pod limitom“	39
V.III. Kontrola vo verejnom obstarávaní	41
V.IV. Špecifická obstarávania služieb	42
V.V. Účasť malých a stredných podnikov na obstarávaní	43
V.VI. Proces verejného obstarávania	46
<b>VI. Porovnanie legislatívy Európskej únie a Slovenskej republiky</b>	

## Úvod

Verejné obstarávanie sa na Slovensku vyvíja spolu s prechodom k trhovej ekonomike. Tak ako všetky významné spoločenské zmeny, pri ktorých okrem zmeny mechanizmu dochádza k zmenám v spoločenskom myšlení a správani sa, aj tieto dve sú pomalé a postupné. Hovorí sa, že sú to zmeny generačné.

Nástup moderného verejného obstarávania sa na Slovensku spája so zákonom o verejnem obstarávaní, ktorý vstúpil do platnosti v roku 1994. Tento, v postkomunistických krajinách prvy zákon o verejnom obstarávaní, bol založený na svetovo uznávaných princípoch nediskriminácie, transparentnosti a efektívnosti obstarávania.

Obstarávatelia a uchádzači získavajú od platnosti uvedeného zákona na Slovensku rôzne skúsenosti so súťažami verejného obstarávania. Na jednej strane získavajú skúsenosti z úspešných a korektných súťaží, na druhej strane skúsenosti zo súťaží nečestných a manipulovaných, skúsenosti s úplatkárstvom, korupciou. Tieto skúsenosti spolu s potrebnou priblížovať verejné obstarávanie na Slovensku legislatíve Európskej únie viedli k potrebe vypracovať nový slovenský zákon o verejnom obstarávaní. Ten vstúpil do platnosti k 1.1.2000. Málokedy sa stane, aby dva po sebe nasledujúce zákony s rovnakým predmetom úpravy mali rovnaké číslo. Starý (z roku 1993) aj nový (z roku 1999) zákon NR SR o verejnom obstarávaní majú rovnaké číslo Z. z. - č. 263.

K vývoju a zmenám vo verejnom obstarávaní dochádza nielen na Slovensku, ale aj v ostatných krajinách, vrátane Európskej únie. V roku 1993 boli vydané nové smernice Rady Európskej únie (samostatné pre obstarávanie tovarov, služieb a verejných prác a pre obstarávanie v prírodených monopoch). Diskutuje sa o ich ďalšom prispôsobovaní hospodárskemu vývoju členských štátov Európskej únie. Na pôde mnohých medzinárodných organizácií, napr. WTO<sup>1</sup>, je veľká časť aktivít zameraná práve na oblasť verejného obstarávania.

V legislatívnej činnosti platí, že žiadny zákon nie je tak dobrý, aby ho nebolo možné zlepšovať. V našom nestabilnom a nedodržovanom právnom poriadku to platí najmenej dvojnásobne. V súčasnosti pokračuje získavanie domácich skúseností s uplatňovaním našich legislatívnych noriem. Začínajú sa objavovať analýzy a komentáre k novému platnému zákonomu. Zároveň sa so začiatkom rokovania o pristúpení Slovenskej republiky k Európskej únii výrazne zvyšuje tlak na approximáciu nášho práva s právom Európskej únie. Legislatívny pohľad je preto treba uprieť do budúcnosti.

V týchto podmienkach prišiel impulz na predloženie niekol'kých úvah a námetov zameraných na ďalší vývoj verejného obstarávania na Slovensku. Predkladané úvahy sa venujú len niekol'kym oblastiam verejného obstarávania. Nie sú sice vybrané náhodne, ale isto nie dostatočne komplexne a systémovo. Napriek tomuto obmedzenému výberu prinášajú názory popredných slovenských odborníkov vo verejnem obstarávaní na také

<sup>1</sup> WTO – ang. World Trade Organization – Svetová obchodná organizácia (nástupca GATT).

dôležité problematiky verejného obstarávania, ako je strategický pohľad na využívanie verejných prostriedkov zo zdrojov občanov vo verejnom obstarávaní, koncepcia vlastnej právnej úpravy verejného obstarávania, systém právnej ochrany verejného obstarávania, tendencie prispôsobovania sa právnemu stavu verejného obstarávania v Európskej únii. Zároveň sa venujú niektorým problémovým oblastiam procesného charakteru verejného obstarávania.

Predpokladáme, že predkladané úvahy prispejú k širokej odbornej diskusii zameranej na stanovenie koncepčných základov ďalšieho vývoja verejného obstarávania na Slovensku zhruba v časovom horizonte vstupu Slovenskej republiky do Európskej únie. Cielavedomý úspešný vývoj nemožno dosiahnuť bez stanovenia jeho aktuálnych princípov a bez koncepcie jeho riadenia.

## I. OBSTARÁVANIE ZO ZDROJOV OBČANOV

### I.I. Dôvody regulácie procesu verejného obstarávania

Štát (verejná správa) aj v trhovej ekonomike vykonáva, z viacerých ekonomických a mimoekonomických príčin, mnoho činností spojených najmä so zabezpečením fungovania ekonomiky a sociálnych funkcií spoločnosti. „Veľkosť štátu“ je v jednotlivých krajinách značne rozdielna. Často sa vyjadruje prostredníctvom ukazovateľa podielu verejných výdavkov k hrubému domácomu produktu a dosahuje od cca 30% do 60%. To znamená, že štát obhospodaruje niekde jednu, inde až dve tretiny všetkých vytvorených hodnôt krajiny.

Zároveň je štát veľmi nedokonalým nástrojom na plnenie úloh, ktoré sú mu zverené. K uvedenému javu dochádza z viacerých dôvodov. Z nich zdôrazníme len tie, ktoré priamo súvisia s verejným obstarávaním.

Štát prakticky nemá žiadne vlastné zdroje. Na financovanie svojich funkcií využíva verejné finančie (verejné prostriedky). Tie nie sú ničím iným, ako súkromnými zdrojmi odobranými občanom (celému súkromnému sektoru). Dominantným príjmom štátu (verejnej správy) sú tak dane a poplatky. Využívanie verejných prostriedkov na financovanie rozličných aktivít štátu<sup>2</sup> nie je „lacnou“ záležitosťou. Ak má štát za niečo zaplatiť, musí najprv vybrať prostriedky<sup>3</sup> a potom tieto prostriedky použiť. Už samotné zdaňovanie znamená výraznú záťaž pre celú spoločnosť.<sup>4</sup> O nič menším problémom nie je ani použitie takto vytvorených prostriedkov. Verejné prostriedky „miňa“ verejná správa – pričom teória tvrdí a prax dokazuje, že tak robí výrazne neefektívne. Hlavné príčiny neefektivity spočívajú v tom, že miňa prostriedky, ktoré nevytvorila a nemá dostatočne funkčné motivačné nástroje zamerané na to, aby verejné prostriedky miňala efektívne a účelne.

Možnosť disponovať verejnými prostriedkami dáva príslušnému subjektu príležitosť využiť toto dispozičné právo nie na „maximalizáciu spoločenského blahobytu“, ale na uspokojenie individuálnych záujmov tých, ktorí majú právo rozhodovať. Kým v súkromnom sektore je štandardná provízia akceptovateľnou súčasťou obchodných vzťahov, vo verejnom sektore znamená provízia individuálny zisk niekoho, kto disponuje prostriedkami iných. Niektorí takejto príležitosti dokážu odolať a uchovať si „čistý štát“, určite tak však neurobia všetci. Najmä, ak ide o väčšie sumy. Táto forma „zlyhania štátu“ je príčinou, prečo každá vyspelá ekonomika silne reguluje procesy vynakladania verejných prostriedkov v ich najširšom poňatí.

Vyspelé ekonomiky regulujú procesy využívania verejných prostriedkov mnohými nástrojmi. Tieto regulačné opatrenia sa vzťahujú na všetky organizačné jednotky vo verejnom sektore – štátu správu, samosprávu, štátne podniky, verej-

<sup>2</sup> Ide napr. o poskytovanie verejných služieb, vyplácanie sociálnych dávok atď.

<sup>3</sup> Na výber prostriedkov slúži aj napr. nie lacný systém daňových úradov.

<sup>4</sup> Ide napr. o priame a nepriame náklady zdaňovania, negatívne dopady na efektivnosť vzhľadom k demotivácii podnikateľských subjektov atď>.

právne inštitúcie, utility, ako aj všetky ostatné (prípadne aj súkromné) organizácie akýmkoľvek spôsobom využívajúce verejné zdroje vo finančnej, ale aj nefinančnej podobe.<sup>5</sup> Konkrétne formy regulácie sú pre jednotlivé subjekty samozrejme rozdielne, princíp je však spoločný – snaha o zamedzenie neefektívnosti, ktorá je vlastná všetkým zložkám verejného sektora.

Jednou z oblastí, kde každá vyspelá ekonomika vytvorila širokú štruktúru regulačných opatrení zameraných na zvýšenie efektívnosti využívania verejných zdrojov, je systém verejného obstarávania. Výnimkou v tomto smere nebude môcť byť ani Slovensko. Naopak, požiadavka existencie funkčného systému verejného obstarávania je jednou z prioritných oblastí sledovaných v procese približovania sa k Európskej únii (ďalej len EÚ). EÚ totiž striktne stanovila kritériá na obsah a manažment jednotlivých procesov.

### **I.II. Základné požiadavky na proces verejného obstarávania definované programom SIGMA<sup>6</sup>**

Na základe požiadavky EÚ a v spolupráci s jednotlivými riaditeľstvami EÚ spracovala SIGMA systém základných požiadaviek pre šesť najvýznamnejších oblastí manažmentu verejnej správy - štátnej službu, externú kontrolu (audit), finančnú kontrolu, manažment verejných výdavkov, spôsoby tvorby a koordinácie verejných programov a verejné obstarávanie.<sup>7</sup> Uvedený materiál je jedným z relevantných dokumentov definujúcich základné požiadavky na manažment systému verejného obstarávania. Aj keď uvedený dokument nie je oficiálnym stanoviskom Európskej komisie, v každom prípade predstavuje stanovenie základného štandardu, ktorý by sa mal aj v našich podmienkach dosiahnuť.

Hned v úvode, v časti venujúcej sa verejnemu obstarávaniu sa zdôrazňuje, že nepostrácaje len existencia formálneho systému zabezpečujúceho procesy verejného obstarávania, ale hodnotiť je potrebné predovšetkým samotné fungovanie systému. Požaduje sa existencia jasne definovaných princípov vyjadrených v zákone o verejnom obstarávaní a v ďalších súvisiacich právnych normách. Tieto princípy by mali predovšetkým umožňovať, vyjadrovať alebo obsahovať:

- existenciu dostatočného časového priestoru medzi prijatím príslušnej legislatívnej normy a začiatkom fungovania „Úradu pre verejné obstarávanie“ (ďalej len Úrad). Uvedený úrad musí byť vybavený potrebným počtom pracovníkov, dostatočne preškolených a pripravených na výkon funkcií vo verejnom obstarávaní. V tomto

<sup>5</sup> Štátny-verejný majetok, nepriame a nefinančné dotácie a pod.

<sup>6</sup> SIGMA - program zameraný na podporu skvalitňovania verejnej správy v krajinách strednej a východnej Európy, ako spoločná iniciatíva OECD a EÚ.

<sup>7</sup> Ang. „Control and Management System Baselines for European Union Membership“.

časovom priestore by mali byť vytvorené a prijaté aj dopĺňujúce právne normy, základné pomôcky a formuláre pre verejné obstarávanie.

- definovanie jasných principov a pravidiel rozhodovania na centrálnej, regionálnej a miestnej úrovni.
- jasné definičné vymedzenie subjektov (obstarávateľov), ktoré musia postupovať v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
- rozhodnutie o tom, či postupy na ústrednej, regionálnej a miestnej úrovni majú vychádzať z obdobných princípov, alebo sa majú riadiť špecifickými ustanoveniami.
- procesy vytvárania následnej sekundárnej legislatívy, pravidiel, procedúr a štandardných formulárov pre verejné obstarávanie. Pravidlá a procedúry výkonu verejného obstarávania by mali byť vo všetkých kandidátskych krajinách unifikované (a musia existovať plány na ich sústavné zlepšovanie). Systém verejného obstarávania by mal vychádzať z všeobecne dostupnej platnej štandardnej dokumentácie, inštrukcií, ako pripraviť súčažné podklady, ponuky, ako otvárať a vyhodnocovať ponuky, uzavárať zmluvy a viesť evidenciu. Predpokladá sa existencia metodík pre prípravu finančného ohodnotenia, zverejnenie súčažných kritérií a ich váh, ako aj naplnenie ďalších štandardov vyplývajúcich z noriem EÚ.

Ako je ďalej uvedené v materiáli SIGMA, Úrad by mal zodpovedať za tvorbu a realizáciu politiky verejného obstarávania. Môže byť alokovaný v rámci určitého ministerstva, podliehať priamo premiérovi, úradu vlády alebo parlamentu.

Z hľadiska personálneho zabezpečenia by mal existovať systém získavania, prípravy a ďalšieho vzdelenia pracovníkov pôsobiacich vo verejnom obstarávaní. Predpokladá sa adekvátnie finančné ohodnotenie a možnosť kariérneho postupu.

Obstarávatelia by mali mať k dispozícii príručky, štandardné dokumenty pre prípravu súčažných podkladov a súčažných ponúk, ako aj všeobecne zmluvné podmienky ako základ pre prípravu zmlúv.

Systém verejného obstarávania by mal prihliadať na mieru konkurencieschopnosti ekonomiky, mieru rozvinutosti súkromného sektora v príslušnej krajine.

Nevyhnutnou podmienkou je existencia efektívne vybudovaného a jasne definovaného systému kontroly/auditu verejného obstarávania, obsahujúceho účinné opatrenia proti korupcii a podvodom, možnosti odvolania sa proti rozhodnutiam o výbere dodávateľa, spôsoby uplatňovania námetok počas priebehu obstarávacieho procesu.

Už len leitný pohľad na uvedené požiadavky ukazuje, že mnohé oblasti nie sú prijatím zákona č. 263/99 Z.z. riešené a budú vyžadovať veľký rozsah ďalších krokov.

## **II. REGULÁCIA PROCESU VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA V EURÓPSKEJ ÚNII**

### **II.I. Dôvody legislatívnych úprav EÚ a platné smernice EÚ v oblasti verejného obstarávania**

Jedným z hlavných spoločných cieľov jednotlivých členov EÚ je dosiahnuť voľný pohyb osôb, tovarov a kapitálu vo všetkých členských štátach. Zodpovedá tomu aj legislatíva EÚ.

V rámci zabezpečenia možnosti, aby sa o verejné zákazky uchádzali podnikatelia zo všetkých členských štátov, bolo potrebné upraviť rovnaké podmienky pre všetkých, teda aj medzinárodných uchádzačov. Preto boli vydané smernice pre verejné obstarávanie tovarov, služieb a verejných prác a pre obstarávanie v prirozených monopoloch. Ide o smernicu č. 93/37/EEC zo 14.6.1993 týkajúcu sa koordinácie procesov pre schvaľovanie zmlúv o verejných prácach, ktorá zahrňuje aj ustanovenia o koncesnom obstarávaní, smernicu č. 92/50 EEC o verejných službách, smernicu č. 93/36/EEC o verejných dodávkach a o smernicu č. 93/38/EEC koordinujúcu postupy obstarávania prirodzených monopolov v sektorech vody, energie, dopravy a telekomunikácií (tzv. utilít).

Uvedené smernice sú obligatórne pre všetky členské štáty. Verejné obstarávanie verejných prác, tovarov a služieb a verejné obstarávanie v prirozených monopoloch s cenou vyššou ako je v týchto smerniciach stanovená (čo sa považuje za nadlimitné, medzinárodné obstarávanie) sa musí riadiť týmto smernicami jednotne vo všetkých členských štátach. Pre domáce obstarávanie s cenou nižšou ako je limit stanovený v týchto smerniciach, majú členské štáty právo ustanovenia smerníc v duchu principov verejného obstarávania podrobnejšie doplniť, rozpracovať a prispôsobiť vlastným podmienkam.

Aby sa zabezpečilo, že medzinárodné (nadlimitné) obstarávanie sa bude vo všetkých členských štátoch riadiť rovnakými predpismi rovnakej právnej sily a bolo aj na súdoch všetkých členských štátov posudzované rovnako, vyžaduje EÚ dať v každom členskom štáte uvedené obligatórne smernice do formy zákona záväzného pre súdne rozhodnutie. Táto požiadavka spôsobila ťažkosti v štátach, kde verejné obstarávanie bolo už dlhú dobu upravené štandardami (napr. DIN v Spolkovej republike Nemecko alebo ÖN v Rakúsku). Členské štáty EÚ na túto požiadavku reagovali rôzne. V Rakúsku prijali samostatný zákon o nadlimitnom, medzinárodnom verejnom obstarávaní na spolkovej úrovni, zatiaľ čo pre podlimitné verejné obstarávanie platí štandard, ktorého vyhlásenie a prípadná úprava je právom každej spolkovej krajiny. V Spolkovej republike Nemecko vložili osobitný paragraf do Občianskeho zákonníka so zapojením ustanovení štandardu DIN - VOB a VOL s tým, že tento štandard, platný pre podlimitné verejné obstarávanie, má doplnené tzv. „a“ paragrafy, ak príslušná smernica EÚ vyžaduje iné ustanovenie

a toto ustanovenie nechceli uplatniť v štandardu pre podlimitné verejné obstarávanie. Vo Fínsku (pri jeho vstupe do EÚ) sa pokúsili zjednotiť ustanovenia pre nadlimitné medzinárodné verejné obstarávanie s podlimitným verejným obstarávaním do jedného zákona, čo viedlo k ťažkostiam pri „znásilňovaní“ podlimitného verejného obstarávania.

### **II.II. Charakteristika a obsah smerníc č. 92/50/EEC, č. 93/36/EEC, č. 93/37/EEC a č. 93/38/EEC týkajúcich sa koordinácie procesov pre schvaľovanie zmlúv o verejných službách, o verejných dodávkach, o verejných prácach a v prirozených monopoloch**

Verejné obstarávanie bolo od začiatku ekonomického zjednocovania Európy v centre záujmu legislatívnych úprav, a to najmä v oblasti verejných prác. Pôvodné smernice z roku 1971 boli viackrát upravované. V roku 1993 boli zaradené do uceleného systému verejného obstarávania spolu so smernicami 92/50 EEC o verejných službách, 93/36 /EEC o verejných dodávkach a 93/38/EEC o obstarávaní vo vodohospodárskych, energetických, dopravných a telekomunikačných odvetviach. V roku 1997, po výsledkoch uruguajského kola GATT, boli tieto smernice novelizované.

Smernice o verejnom obstarávaní spracovala komisia odborníkov z členských štátov EÚ, ktoré mali mnohoročné skúsenosti z verejného obstarávania aj z jeho legislatívneho usporiadania. Požadovaným výsledkom bola smernica pre „medzinárodné“ verejné obstarávanie, kde na rozlišenie od „domáceho“ obstarávania bol finančný objem predmetu obstarávania stanovený prahovými hodnotami v ECU. Obstarávatelia, ktorí sú povinní smernicu uplatňovať, boli vymenovaní podľa jednotlivých členských štátov. Pre tento okruh pôsobnosti sa v smernici uplatnili všeobecne uznané princípy verejného obstarávania v trhovej ekonomike, bežne aplikované v existujúcich legislatívnych úpravách členských štátov.

Smernica o verejnom obstarávaní je pre vymedzený okruh pôsobnosti pre členské štáty legislatívne záväzná a pre tento okruh pôsobnosti ju nemožno meniť. To vyplýva zo základného axiómu EÚ o voľnom pohybe ľudu, tovarov a financií s istotou rovnakých práv a povinností v príslušných právnych vzťahoch všetkých účastníkov, a to aj pri ich súdnych riešeniach. Preto všetky členské štáty museli smernicu vydať a vlastnú zákonné úpravu, aj keď do tej doby im postačovalo usmernenie verejného obstarávania verejných prác iným dodržovaným štandardom (napr. v Spolkovej republike Nemecko alebo v Rakúsku). Úpravy pre „domáce“ verejné obstarávanie pod limit finančného objemu boli v jednotlivých štátoch ponechané v platnosti s tým, že jednak vytvorili priestor pre „medzinárodné“ verejné obstarávanie a jednak vykonali úpravy, aby sa vylúčili zbytočné diskrepancie medzi „medzinárodnými“ a „domácimi“ predpismi. To možno zabezpečiť rôznymi spôsobmi. Typickými príkladmi je rakúske riešenie, kde samostatne vydali zákon o medzinárodom obstarávaní a samostatne štandard o domácom obstarávaní, alebo nemecké riešenie, kde predpis VOB je jednotný a tam, kde

Smernica EEC má inú alebo doplňujúcu textáciu ustanovenia, zaradili tento text ako tzv. „a“ paragraf.

### **II.III. Základné princípy európskeho práva pre verejné obstarávanie**

Základnými princípmi európskeho práva pre verejné obstarávanie sú: transparentnosť, nediskriminácia, súťaž, účinný systém pravnej ochrany a úprava hodnotiacich kritérií.

Podrobnejšie sú jednotlivé základné princípy rozpracované v nasledujúcom texte:

#### **1. Transparentnosť**

Pod transparentnosťou rozumieme to, že bude prebiehať jasné a sledovateľné konanie, a že budú použité predvídateľné kritériá. Uchádzač by mal mať možnosť vidieť už od začiatku, k čomu v konkrétnom obstarávacom konaní dôjde a aké možnosti má pri prípadnej účasti na tomto konaní. To ho bude chrániť pred tým, aby sa zúčastnil na takom konaní, v ktorom nemá vyhliadky na úspech, príp. mu vzniknú len zbytočné náklady. V takomto prípade hovoríme o **transparentnosti ex ante**.

Rozhodnutia v rámci obstarávania musia byť sledovateľné a uchádzači musia dostať informácie o tom, aké ponuky predložili spoluuchádzači. Len takýmto spôsobom sa môže zabezpečiť, aby uchádzači získali spätnú väzbu pre svoje budúce obchodné a právne posteje. Sledovateľnosť rozhodovania verejného obstarávateľa je nevyhnutným predpokladom pre preskumatelnosť v rámci možností pravnej ochrany spôsobom vytvoreným európskym právom. V tejto súvislosti hovoríme o **transparentnosti ex post**.

#### **2. Nediskriminácia**

V rámci princípu nediskriminácie sú osobitne zakázané predovšetkým prípady zhoršenia situácie na základe štátnej príslušnosti. To znamená, že s cudzincami z EÚ nemožno nakladať horšie ako s občanmi príslušného členského štátu. Za prípady zhoršenia možno pokladať aj to, že prostredníctvom národnnej pravnej úpravy môžu byť vykonané opatrenia, ktoré nemajú nič spoločné s princípmi voľného pohybu tovarov a služieb. Diskriminácia je tiež v rozpore s prirodzenoprávnou zásadou uplatnenou v ustanovení čl. 12 ods. 1 Ustavy, že ľudia sú slobodní a rovní v dôstojnosti i v právach. Výnimky z pravnej úpravy musia byť v súlade so smernicami EÚ (napr. čl. 36 tzv. sektorevej smernice).

V nasledujúcom teste uvádzame niekoľko príkladov nedovolenej diskriminácie:

- V rámci európskeho obstarávania sa nemôže stať, že podniky z iných štátov EÚ sa na to, aby mohli v tejto krajine uspieť, najprv musia stať „spôsobilími na obstarávanie“ na základe práva krajiny obstarávateľa. Napr. požiadavka na to, aby štátny príslušník

členského štátu EÚ bol nútenej založiť v SR organizačnú zložku, aby sa mohol zúčastniť na súťaži, by odpovedala všetkým pravidlám spoločného trhu.

- Iný prípad porušenia zákazu diskriminácie podľa čl. 12 zmluvy. Podľa rozsudku Európskeho súdneho dvora môže dôjsť k nepriprustnej diskriminácii dokonca aj vtedy, keď sa neprihlási nikajký uchádzač z inej krajiny EÚ. Mohlo by sa argumentovať tým, že by sa nemalo namietať proti vyhláseniu súťaže len preto, že sa nezúčastnil na nej nijaký uchádzač z EÚ. Takáto argumentácia neobstoji, pretože je v rozpore s čl. 12 zmluvy. Nezáleží tu na tom, či sa uchádzači z iných krajín nezúčastnia, ale na tom, kol'ki záujemcovia sa vzdali úmyslu zúčastniť sa na súťaži, pretože nevideli pre seba v tejto súťaži nijaké šance na úspech.
- Za diskrimináciu treba považovať aj to, keď zahraniční záujemcovia musia zložiť väčšie kaucie ako domáci, ktorí ich prípadne nemusia zložiť vôbec.

V tejto súvislosti treba bráť do úvahy aj aspekty cudziej obstarávaniu, ktoré sú často spojené nie so sprostredkováním, ale dokonec s priamymi diskrimináciami cudzincov z EÚ - požiadavky na vytváranie odborných učilišť, uprednostňovanie vnútrozemských oblastí a pod.<sup>8</sup>

#### **3. Férrová súťaž**

„Férrová súťaž“ znamená, že podniky z každého štátu musia mať rovnaké šance. Pri účasti na súťaži nesmú byť znevýhodnené právnymi alebo faktickými okolnosťami. Niekedy sa stane, že sa vyskytnú situácie, ktoré poškodzujú hospodársku súťaž. To môže viesť v jednotlivých prípadoch k veľmi presnému a kritickému skúmaniu.

Princíp súťaže neplatí len vo vzťahu k podnikom iných štátov, ale i medzi domácimi podnikmi. I tu musí každý obstarávateľ pri každom kroku dbať na to, aby bol tento princíp plne uplatnený, aby každý uchádzač dostal rovnaké šance a nikto neboli zvýhodnený alebo znevýhodnený. Toto kritérium môže byť uplatnené v zákone len vo všeobecnej polohe, pretože nemožno predvídať všetky možnosti jeho porušenia. Vyžaduje si to od všetkých pracovníkov obstarávateľov citlivý a spravodlivý prístup ku každému uchádzačovi alebo záujemcovovi. Treba mať na pamäti, že takmer každý nevhodný krok pracovníka obstarávateľa môže mať za následok aj hmotné poškodenie uchádzača, ktorý na vypracovanie ponuky vynaložil určité náklady. Tie môžu byť a často aj budú predmetom sporu o náhradu škody. Z praxe vyplýva poznatok, že najmä voči outsiderom, resp. voči tým, ktorí budú pravdepodobne neúspešní vo výbere, treba v tomto smere voliť veľmi opatrnú taktiku. Žaloby nespokojencov pochádzajú najmä z ich radov.

V EÚ sa na rozvoj súťaže kladie veľký dôraz. Svedčí o tom napr. aj skutočnosť, že v SRN bol základ pravnej úpravy od 1. januára 1999 vtelený do novelizovaného zákona proti obmedzeniam súťaže (GWB). Došlo k tomu z toho dôvodu, aby právna

<sup>8</sup> Uvedenej problematike sa podrobnejšie venujeme v bode 5. tejto kapitoly.

úprava verejného obstarávania zodpovedala zmenenému chápaniu pravidiel verejného obstarávania a aby sa zdôraznil jeho súčažnoprávny význam. Súčasťou právnej hierarchie norem tohto druhu je potom nariadenie o obstarávaní (VgO), ktoré odkaže na zadávanie podmienky typu VOB, VOL a VOF. Posilnenie súčažného principu vo verejnem obstarávaní by malo viest' k zhospodáreniu nákupu a k úspornejšiemu použitiu verejných prostriedkov.<sup>9</sup>

#### 4. Systém právnej ochrany<sup>10</sup>

Výrazným argumentom pre zavedenie „systému právnej ochrany“ je rozsudok Európskeho súdneho dvora (EuSD) k verejnemu obstarávaniu (č. C-433/93 Slg 1995, z 11. augusta 1995). Týmto rozsudkom súd vyslovil zásadné uznanie subjektívnych práv pre účastníkov obstarávacieho procesu v SRN. Stalo sa tak na základe podnetu niekoľkých firem z USA, ktoré sa neúspešne zúčastnili na verejných súťažach o výstavbu elektrární v nových spolkových krajinách. Skúmanie výsledku súťaže podľa predpisov, ktoré už tieto platili, sa totiž neukázalo účinné. Tak sa stala pre USA požiadavka na zmenu nemeckých predpisov predmetom ich obchodnej politiky voči SRN. Pre nás môže byť poučné to, že proti SRN viedla Európska komisia po vynesení uvedeného rozsudku spor z dôvodu porušenia zmluvy o EHS, v ktorom bola SRN uznaná vinouz nedostatkov pri zavádzaní smernice 89/665/EWG do nemeckého práva. Pri tejto príležitosti došlo aj ku zmene rozpočtovoprávneho aspektu verejného obstarávania, kde je v popredí výlučne príkaz hospodárnosti a úspornosti použitia rozpočtových prostriedkov.<sup>11</sup>

Úmyslom smerníc o verejnem obstarávaní je zaviesť širokú súťaž pri verejnem obstarávaní a dosiahnuť to, aby verejni obstarávatelia podľa možnosti vystupovali na trhu v rovnakej pozícii, ako keby boli súkromníci. Z novej právnej úpravy verejného obstarávania vyplýva snaha zrovnoprávniť verejných obstarávateľov s uchádzačskými podnikmi, s ktorými potom uzavierajú zmluvy. Nová nemecká právna úprava umožňuje napr. uchádzačom navrhnutý vydanie predbežného opatrenia v prípade, keď u obstarávateľa zistí znaky zneužívania moci verejným obstarávateľom. Prehľenie uplatňovania súčažného principu v práve verejného obstarávania je teda cieľné nielen v SRN, ale aj v celej EÚ, čo vyplýva zo smerníc.

Je prírodné, že právna ochrana môže ísť len potiaľ, pokiaľ určitý predpis z odboru práva verejného obstarávania túto ochranu potenciálnych obstarávateľov predvída.<sup>12</sup> Na základe uvedeného napr. nemecký zákon platný od 1. januára 1999 vložil do zákona ustanovenie, podľa ktorého podniky, t.j. uchádzači alebo záujemcovia, majú právo na to, aby obstarávatelia dodržiaval ustanovenia o procese obstarávania.

#### 5. Hodnotiace kritériá

Hodnotiace kritériá stanovené jednotlivými smernicami EÚ sú známe. Pozrieme sa preto na systém, ktorý je uplatnený v nemeckom práve verejného obstarávania od 1. januára 1999. Podľa § 97 ods. 4 a ods. 5 GWB, do ktorého bol celý zákon o verejnem obstarávaní preradený, prichádza s nasledovnou filozofiou - právo verejného obstarávania slúži predovšetkým účinnému obstaraniu a úspornému hospodáreniu s rozpočtom. Na to sú zamerané dve smerodajné časti obstarávania, a to výber a podpísanie zmluvy. Výber sa spravuje podľa vhodnosti uchádzača, ktorá je posudzovaná podľa odbornosti. Vychádza sa z § 97 ods. 4 GWB. **Podpísanie zmluvy sa spravuje zásadne najhospodárnejšou ponukou.** Keď verejný obstarávateľ inštrumentalizuje právo verejného obstarávania, aby dosiahol iné vytýčenie cieľa, deje sa tak často na základe **kritérií cudzích obstarávaniu** (vergabefremde Kriterien). K tým patria napr. požiadavka na zabezpečenie školenia učňov, podpora kvót zamestnaných žien, dodržiavanie mzdrových tarifov a pod. Tieto a podobné kritériá môžu byť „šíte“ na niektorého uchádzača alebo určitý okruh uchádzačov. Tým by boli ostatní uchádzači, ktorí tieto kritériá nesplnia alebo splní nemôžu, diskriminovaní.

Nasadenie týchto kritérií môže zároveň viest' k tomu, že uchádzači, ktorí tieto kritériá nesplnia, musia vynaložiť určité náklady, aby týmto kritériám vyhoveli. Tieto náklady vedú v konečnom dôsledku k vzýšeniu ceny ponuky, a tým aj k odchýlke od zásady najhospodárnejšej ponuky. Preto možno tieto kritériá, ktoré vedú k diskriminácii určitých uchádzačov alebo k odchýlke od zásady najhospodárnejšej ponuky, nazvať ako kritériami cudzími obstarávaniu. V odbornej literatúre sa uvádzá, že tieto kritériá cudzie obstarávaniu sú proti princípu hospodárnosti. Pokiaľ sú nimi diskriminovaní uchádzači, nie sú v súlade s európskym právom verejného obstarávania.

Nemecké právo ide dokonca tak d'aleko, že okrem kritérií (odbornosť, výkonnosť a spoľahlivosť) môžu byť použité iné kritériá len vtedy, ak ich spolkový alebo krajinský zákon predvída.

Výhodou tejto konцепcie je i to, že pevné stanovenie kritérií znamená právnu a plánovaciu istotu pre potenciálnych uchádzačov. Keby sa podniky na regionálne odlišne alebo z rozličných politických predstáv plynúce zmeny a rýchle zmene podliehajúce požiadavky museli znova prispôsobovať, viedlo by to k rozbitiu trhov a zdraženiu nákupov. Výkonnosť, odbornosť a spoľahlivosť sú kritériá, ktorých obsah nie je pevný od začiatku. Pre obstarávateľa existuje voľný priestor pre hodnotenie jednotlivých prípadov.

Kritérium uvedené v ods. 5 GWB, t.j. najhospodárnejšia ponuka, predstavuje vlastne najlepší pomer medzi cenou a výkonom.

Treba uviesť, že Európsky súdny dvor, Európska komisia a odborná literatúra je v názoroch na túto otázkou rozdelená. Nemecký zákonodarca ju však prijal, pričom jej prijatiu predchádzali konzultácie s príslušnými miestami EÚ.

<sup>9</sup> Zabezpečeniu principu „férovej súťaže“ na Slovensku sa venujeme v kapitole III.I. (bod 3).

<sup>10</sup> Uvedené problematike sa venujeme aj v kapitole IV.I.

<sup>11</sup> Uvedená problematika je spomenutá aj v kapitole III.I.

<sup>12</sup> Uchádzač sa napr. nemôže odvolať na dodržiavanie predpisov, ktoré slúžia inému účelu, napr. výlučne poriadkových predpisov.

### III. KONCEPCIA PRÁVNEJ ÚPRAVY VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA NA SLOVENSKU

V Slovenskej republike boli na návrh Ministerstva výstavby a verejných prác Slovenskej republiky a v snáhe prispôsobiť legislatívu podmienkam požadovaných od členských štátov EÚ, vydané zákony NR SR o verejnom obstarávaní.

V roku 1993 bol schválený zákon NR SR o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác č. 263/1993 Z. z. so zmenami a doplneniami podľa zákonov č. 81/1994 Z. z., č. 120/1996 Z.z. a č. 222/1996 Z. z. a zákon NR SR č.119/1996 Z. z. o koncesnom obstarávaní. Tieto zákony boli vypracované na základe vzorového modelového zákona („Model Law“), spracovaného z poverenia OSN a s prihlásením na vtedy prerokované smernice, nie však s cieľom aproximácie práva EÚ do legislatívy Slovenskej republiky. S týmto zameraním pripravilo Ministerstvo výstavby a verejných prác SR nový zákon o verejnom obstarávaní a o úprave niektorých ďalších zákonov, ktorý prijala NR SR pod číslom 263/1999 Z. z. s platnosťou od 1.1.2000.

Tento nový zákon o verejnom obstarávaní NR SR č. 263/1999 Z.z. výrazne pokročil v prispôsobení sa smernicam EÚ.

#### III.I. Charakteristika platnej právnej úpravy verejného obstarávania na Slovensku

V rámci charakteristiky platnej právnej úpravy verejného obstarávania na Slovensku sa budeme venovať:

1. Filozofickým východiskám v súčasnosti platného zákona.
2. Vyjadreniu všeobecných princípov verejného obstarávania v súčasnosti platnom zákone.
3. Zabezpečeniu princípu „férovej súťaže“ v súčasnosti platnom zákone.

##### 1. Filozofické východiská v súčasnosti platného zákona.

V súčasnosti platný zákon o verejnom obstarávaní, zákon č. 263/1999 Z. z. bol vypracovaný za platnosti terajších rozpočtových pravidiel, t.j. zákona č. 303/1995 Z. z. Uvedený zákon v ustanovení § 10 ods. 7 uvádza, že rozpočtové prostriedky sa môžu používať len na určené účely a na krytie nevyhnutných potrieb a opatrení vyplývajúcich z osobitných predpisov. Pričom je nevyhnutné zabezpečiť maximálnu hospodárnosť a efektívnosť ich použitia. K druhej časti tejto vety je uvedené číslo odkazujúce na právny predpis pod čiarou, a to na zákon č. 263/1993 Z. z. o verejnom obstarávaní. I keď je odkaz uvedený časticou „napr“, nie je nám známy iný predpis, ktorý by tu mohol prichádzať do úvahy. S veľkou pravdepodobnosťou je tak možné vysloviť názor, že ide výhradne o tento predpis. Keďže zákon o rozpočtových pravidlach je zákonom o nakladaní so štátnymi finančnými prostriedkami, mieri citované ustanovenie na

finančnú stránku obstarávania. Potvrdzuje to aj ustanovenie § 27 ods. 2 platného zákona o verejnom obstarávaní, ktoré cenu vyzdvihuje ako prvú a niekedy aj jediné kritérium, znižujúc súčasne význam a váhu iných kritérií. Na tieto mimocenové kritériá platný zákon nekladie nijaké požiadavky, čo môže v praxi spôsobovať problémy. Keďže z popisaného prístupu vyplýva tendencia úspornosti vynakladania finančných prostriedkov pred ostatnými možnými tendenciami, možno tento postup charakterizovať ako fiškálny alebo rozpočtovoprávny.

Dňa 4. októbra 1993 bola podpísaná Európska dohoda o pridružení Slovenskej republiky k Európskym spoločenstvám. Táto dohoda bola uverejnená po ratifikácii v Zbierke zákonov až v roku 1997 v čiastke č. 158. Od uvedeného dátumu sa stala súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky. To znamená, že v čase začatia legislatívnych prác už bola spôsobilá byť podkladom pre prípravu teraz platného zákona o verejnom obstarávaní.

Verejným obstarávaním sa zaobrái čl. 68 tejto dohody, ktorého ods. 1 uvádzá, že zmluvné strany pokladajú za želateľný cieľ otvorenie možnosti zmluvného zadávania verejných zákaziek na základe nediskriminácie a reciprocity, najmä v kontexte GATT. Podľa ods. 2 toho istého článku podnikom Spoločenstva bude najneskôr koncom prechodného obdobia umožnený prístup k postupom zadávania zákaziek v Slovenskej republike na základe zaobchádzania, ktoré nie je menej výhodné, ako to, ktoré je poskytované podnikom Slovenskej republiky. Podľa ods. 3, pokiaľ ide o etabluvanie sa, činnosť a poskytovanie služieb medzi Spoločenstvom a Slovenskou republikou, ako aj o zamestnávanie a pohyb pracovných sil spojený s plnením verejných zákaziek, použijú sa ustanovenia čl. 38 až 59 tejto dohody. V uvedenom oddiele IV. sa upravuje pohyb pracovníkov, etabluvanie sa a poskytovanie služieb medzi Spoločenstvom a Slovenskou republikou.

Na prípravu začlenenia pridružených krajín strednej a východnej Európy do vnútorného trhu EÚ bola dňa 3. mája 1995 vydaná tzv. Biela kniha. Biela kniha sa skladá z dvoch častí. Prvá časť vo všeobecnej rovine analyzovala účel, kontext a charakter procesu zblížovania sa práva pridružených krajín s právom Spoločenstva. Druhá časť obsahovala prílohy, podrobny prehľad komunitárneho práva v oblasti vnútorného trhu. Príloha v časti 12, ktorá sa týkala verejného obstarávania, v prvej a druhej etape predpokladala zavedenie celého *acquis communautaire* v oblasti verejného obstarávania. V prehľade sú uvedené všetky známe smernice, vzťahujúce sa na túto oblasť, vydané do roku 1995.

Napriek tomu, že obsah Bielej knihy neboli právne záväzný a mal teda len formu odporúčania pre tie krajinu, ktoré mali a majú záujem o vstup do EÚ, malo byť pre Slovensko v období prípravy na summit v Helsinkách politickou samozrejmosťou vtedy princípy zmluvy o ES ako primárneho práva a smerníc ako sekundárneho práva do legislatívneho procesu.

## 2. Vyjadrenie všeobecných princípov verejného obstarávania v súčasnosti platnom zákone

Nevyhnutnou vlastnosťou každého zákona je jeho všeobecnosť, t.j. zákazy, príkazy alebo povolenia má vyjadrovať a upravovať všeobecne. Nie vždy sa tento postulát dá dosiahnuť rovnako. Záleží na vecnom obsahu, ktorý má zákonodarca právne upraviť. Sú matérie, ktoré sú na právnu úpravu vhodnejšie, ale vyskytnú sa aj matérie, kde sa plnenie tohto postulátu dá dosiahnuť ľahšie. I keď právna norma vo svojom všeobecnom vyjadrení musí predvídať a zovšeobecňovať individuálnu skutočnosť, nemožno vylúčiť, že sa pri aplikácii vyskytnú i:

- a / skutočnosti netypické, o ktorých nebude isté, či ich možno podraďať pod určitú normu,
- b / medzery v zákone.

Právna úprava zameraná na oblasť verejného obstarávania musí upravovať mnoho podrobností. Napriek tejto skutočnosti sa stane, že sa subjekt aplikujúci túto právnu úpravu, či už pracovník obstarávateľa, uchádzača alebo súdca, príp. kontrolného pracovníka, dostáva do pochybností, ako správne postupovať. Takáto situácia si vyžaduje, aby v právnom predpise, obvykle na jeho začiatku, boli stanovené aj všeobecné princípy právnej úpravy. Nie však vo forme preambuly, ktorá v takom rozsahu, ako sa používa v EÚ, nie je u nás obvyklá, ale vo forme všeobecne formulovaného zákonného ustanovenia. Tieto všeobecné princípy môžu ako interpretačné pravidlá, najmä v prípadoch pochybností, napomôcť nájsť riešenie, ktoré je v súlade s duchom zákona. Preto je právne vyjadrenie takýchto všeobecných princípov v právnej úprave verejného obstarávania nevyhnutnosťou.

Absencia takto formulovaných všeobecných princípov v doterajších dvoch zákonomoch vyvolávala a ešte bude vyvolávať veľa problémov a značnú neistotu v radoch pracovníkov aplikujúcich tieto zákony. Nazdávame sa, že v tomto smere bude potrebné uskutočniť nápravu pri koncipovaní novej právnej úpravy verejného obstarávania.<sup>13</sup>

## 3. Zabezpečenie princípu „férovej súťaže“ v súčasnosti platnom zákone

I keď zákon č. 263/1993 Z.z. aspoň formálne v ustanovení § 1 ods. 1 deklaroval potrebu podpory rozvoja konkurenčného prostredia, zákon č. 263/1999 Z.z. znamená v tomto smere krok naspäť. Princíp rozvoja súťaže nepozná ani len deklaratívne.

V tejto súvislosti vzniká otázka, či zriadený Úrad bude spôsobilý posudzovať okrem iných kritérií aj kritérium uplatňovania súťažného princípu a či by za týchto okolností nemal túto agendu prevziať protimonopolný úrad.<sup>14</sup> Je ľahké si predstaviť, aby iný úrad ako protimonopolný postihoval napr. submisné kartely, ktoré sa pri verejných súťažiach vytvárajú. Uplatnenie tohto princípu by si sice vyžiadalo určitú zmenu protimonopolného zákonodarstva, rozhodujúcou otázkou by však malo byť to, kto môže túto agendu vykonávať najúčinnejšie.

<sup>13</sup> Princípy verejného obstarávania platné v EÚ sú uvedené v kapitole II.III.

<sup>14</sup> Taktô je to upravené napr. v Českej republike.

Už roky pred prijatím nového práva verejného obstarávania posudzovali nemecké súdy obstarávateľa rovnako ako uchádzačov. Obe skupiny subjektov označovali ako „podniky“, čo zodpovedá nášmu pojmu „súťažiteľ“ podľa § 41 Obch. zák., príp. pojmu „podnikateľ“ v zmysle ustanovenia § 2 ods.1 písm. a/ zákona č. 188/1994 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže. Na tomto príklade z nemeckého práva je zrejmé, že aj nemecké právo verejného obstarávania sa pod vplyvom práva EÚ priblížilo k právu ochrany hospodárskej súťaže. Z toho sa dá usúdiť, že tu ide o prirodzený vývoj daný pribuznosťou oboch matérií a že tento vývoj prebieha nielen v SRN, ale v celej západnej Európe.<sup>15</sup> Domnievame sa, že tento vývoj nebudemē moći ignorovať.

Z vyššie uvedeného ponimania verejného obstarávateľa ako podnikateľského subjektu, ktorý sa musí podľa toho správať, vyplýva aj pre našu prax verejného obstarávania užitočný poznatok. Ten smeruje k tomu, aby naši verejní obstarávateelia boli nútene správať sa k uchádzačom na základe zásady rovnosti strán. Keď k tomu pripočítame uplatnenie systému právnej ochrany uchádzača, môžeme dospiť ku kvalitatívnej zmene priebehu verejného obstarávania. Tá môže byt charakterizovaná zniženou korupciou a zvýšenou transparentnosťou.

## III.II. Predmet úpravy

V rámci predmetu úpravy sa budeme venovať:

1. vymedzeniam pojmu „obstarávateľ“,
2. zmluvným formám obstarávania,
3. rozsahu právnej úpravy obstarávania.

### 1. Obstarávateľ

Vyjasňovanie toho, či na určitý subjekt sa vzťahuje povinnosť zabezpečiť určité potreby prostredníctvom verejného obstarávania, a teda či určitý subjekt podlieha pod zákonou definíciu obstarávateľa, je jednou z najobťažnejších otázok práva verejného obstarávania.

V ponímaní pojmu „obstarávateľ“ došlo aj v EÚ k zásadnej zmene. Predtým bol chápaný pojem obstarávateľa v inštitucionálnom zmysle. Po vydaní smerníc EÚ v rokoch 1992 a 1993 však došlo ku zmenze ponimania. Pôvodný pojem „obstarávateľ“ v inštitucionálnom zmysle zahrňoval územné orgány (štátne, krajské, krajinské alebo obecné), ako aj ústavy a zariadenia verejného práva. Často sa označovali ako tzv. klasickí verejní obstarávateelia. Koncom 80-tych rokov EÚ zistila, že štáty sa z dovtedy štátnych a vrchnostenských činností stále viac stahovali a stále viac úloh presúvali na súkromné subjekty. Tento prenos kompetencií a postup privatizácie viedol k tomu, že už nebolo možné vystačiť s klasickým výkladom pojmu obstarávateľ, aby nedochádzalo ďalej k obchádzaniu smerníc EU.

<sup>15</sup> Nemecko prevzalo niektoré úpravy z Dánska.

Podstatným aspektom nového ponímania pojmu „obstarávateľ“ je skutočnosť, že podľa funkčného ponímania uvedeného pojmu nie je v konečnom dôsledku kvantitatívne viac obstarávateľov v zmysle smerníc, ako dosiaľ. Smernice z rokov 1992 a 1993 však nemali za úlohu rozšíriť štátnu reguláciu. Ich cieľom bolo to, aby sa pri použíti smerníc dosiahlo viac spravodlivosti. Ako príklad možno použiť ustanovenia čl. 1 písm. b/ smerníc č. 93/37/EWG o verejných práciach a rovnako znejúce ustanovenie smerníc o dodávkach - v dôsledku ustanovenia § 98 č. 1 nemeckého GWB tak teraz takéto právnické osoby verejného a súkromného práva figurujú ako „verejní obstarávateelia“, ktoré boli založené na osobitný účel, t.j. aby plnili úlohy vo verejnom záujme. Okrem plnenia verejného záujmu sa v nemeckom práve používa pojem „neživnostenský“ - zhodne s čl. 1 písm. b/ - prvá zarázka citovaných smerníc. Z uvedeného vidieť, že smernice už nekladú dôraz na inštitucionálne (formálne) znaky pojmu „obstarávateľ“, ako boli právne pomenovania týchto obstarávateľov - rozpočtové, príspevkové organizácie a pod., ale na ich funkčné poslanie.

Slovenský zákonodarca riešil uvedenú problematiku v novom zákone inštitucionálnym ponímaním pojmu „obstarávateľ“. Inštitucionálne ponímanie uvedeného pojmu bolo uplatnené aj v zákone č. 263/1993 Z.z. Možno konštatovať, že funkčné chápanie pojmu „obstarávateľ“ bolo v predchádzajúcim zákone uplatnené vo väčšej miere ako v teraz platnom zákone.

Ako už bolo uvedené, funkčné ponímanie pojmu „obstarávateľ“ vychádza zo smerníc EÚ. Ide hľavne o článok 1 ods. 1, ktorý je spoločný všetkým smerniciam o verejnom obstarávaní a v nich predovšetkým anglický výraz „in the general interest“ a ďalší anglický výraz „not being of an commercial character“ alebo „not having an industrial or commercial character“, čo treba považovať za ekvivalentné nemeckému výrazu „im Allgemeininteresse“ a ďalšiemu nemeckému výrazu „die nichtgewerblicher Art sind“.

Ako tieto výrazy preniesť do slovenskej terminológie? Predovšetkým si musíme uvedomiť, že stanovenie slovenských významov oboch druhov výrazov sa musí uskutočniť - rovnako ako všetky ostatné pojmy smerníc EÚ - z hľadiska komunitárneho práva EÚ. Tento postup má svoje odôvodnenie v tom, že komunitárne právo predstavuje samostatný právny poriadok prvoradého významu. Tu možno použiť kategórie národného práva len pomocne. Podstatné je tu stanovenie cieľov smerníc EÚ o verejnom obstarávaní, ako aj významné predpisy zmluvy o EHS, a tu najmä články o slobode trhu, zákaze diskriminácie a pod.

Prvý výraz možno z hľadiska zmyslu a účelu smerníc EÚ o verejnom obstarávaní previesť do slovenského jazyka opisom. Za verejných obstarávateľov možno označiť len také zariadenia, ktoré zo svojho právom určeného účelu môžu plniť úlohy, ktoré sú v celospoločenskom záujme.

Právom určený účel zariadenia môže vyplývať napr. zo zákonnej úpravy. Ak však ide o právnické osoby súkromného práva alebo o privatizované subjekty môže tento účel vyplýnúť z nariadení, zakladacích aktov alebo stanov. Na základe týchto dokumentov možno potom urobiť rozhodnutie, či určitý subjekt plní úlohy vo verejnom záujme.

„Neživnostenský charakter“ alebo „iný ako priemyselný alebo komerčný charakter“ možno vysvetliť najlepšie prostredníctvom pozitívneho právneho pojmu živnosti. Zároveň je potrebné vychádzať zo zmyslu a účelu smerníc o verejnom obstarávaní a z názoru, že každé zariadenie, ktoré sa zúčastňuje na výmene hospodárskych statkov za odpлатu, bez ohľadu na právnu formu treba pokladať za hospodárske zariadenie (alebo podnik), pokial je zameraný stanovením svojho cieľa na vykonávanie trvalej hospodárskej činnosti. Skutočnosť, že konkrétnie zariadenie nepracuje všade, t.j. vo všetkých oblastiach svojej činnosti podľa principu dosahovania maximálneho zisku, nemá na to nijaký vplyv. Vec treba posudzovať komplexne, celostne. Je to z dôvodu, že najmä pri privatizácii predtým štátnych alebo obecných podnikov môže dochádzať ku kombinácii niektorých činností týchto podnikov.

Okrem uvedených dvoch znakov definicie pojmu verejného obstarávateľa sa vyskytuje v uvedených smerniciach ešte jeden znak, a to v anglickom jazyku „established for the specific purpose“ a v nemeckom jazyku „zu dem besonderen Zweck gegründet“, t.j. „založený za osobitným účelom“. Na to, aby určitý subjekt mohol byť označený za verejného obstarávateľa, musí spliťať ešte tretí znak. Ten spočíva v tom, že uvedený subjekt musí byť založený za tým účelom, aby plnil úlohy neživnostenského charakteru vo verejnom záujme. Tento znak sa spája s príslušnými zakladateľskými dokumentmi, t.j. zakladateľskou zmluvou, stanovami a pod. To automaticky znamená, že tento „osobitný účel“, na ktorý bol určitý subjekt založený, sa nemusí prejavovať v prevažujúcej obchodnej činnosti. Rozhodujúce pre jeho označenie ako verejného obstarávateľa musí byť absencia alebo prítomnosť verejnoprávej účelovej väzby, ktorá odôvodňuje jeho subsumovanie pod platnosť smerníc.

## 2. Zmluvné formy obstarávania

Ustanovenie § 99 ods. 1 GWB obsahuje všeobecnú definíciu „verejnej objednávky“, ktorá bola obsiahnutá v zákone č. 263/1993 Z. z., ale v súčasnom zákone sa s ňou nenarába.

Nemecký zákon ňou rozumie odplatné zmluvy medzi verejnými obstarávateľmi a podnikmi, ktorých predmetom je plnenie dodávky, stavby alebo služieb a vyhlásenie súťaže, ktoré má viesť k objednávkam plnenia. V ods. 2 sú podrobne definované dodávky tovaru, v ods. 3 zasa dodávky verejných prác a v ods. 4 dodávky služieb ako „dodávky, ktoré nie sú obsiahnuté v ods. 2 a 3“.

## 3. Rozsah právnej úpravy

Je potrebné jednoznačne a prehľadne stanoviť, či sa celý zákon vzťahuje len na nadlimitné alebo aj na podlimitné obstarávanie alebo či sa na podlimitné obstarávanie niektoré ustanovenia nebudú vzťahovať. V prípade, že sa niektoré ustanovenia nebudú vzťahovať na podlimitné obstarávanie je potrebné súhrne uviesť výnimky pre podlimitné obstarávanie a podľa toho aj vypracovať štruktúru zákona. Sem možno zaradiť zmluvné druhy, na ktoré sa zákon nemá vzťahovať.

### III.III. Vzťah k Obchodnému, príp. Občianskemu zákonníku

V ustanovení § 6 platného zákona je uvedený strohý nadpis „Zmluvy“. Pretože ide o prvú zmenuku o zmluvnom usporiadani, domnievame sa, že pri podstatnom mene by mal stať určitý prívlastok, ktorý by zmluvu bližšie charakterizoval. Pripadne by mal nadpis znieť „Záväzkové vzťahy“. Výraz „Zmluvy“ indikuje neistotu o aké zmluvy má íst. Zákonodarca si bol vedomý toho, že v texte tohto paragrafu, a to v ods. 1, ako aj v ods. 2, sa odchýlil od ustanovení Obchodného zákonného.

Predvetie ods. 1<sup>16</sup> je takisto netradičné. Vedľajšia veta v ods. 1 uvedená výrazom „na ktorej uzatváranie...“ je nevhodná. Podľa nášho názoru by mala byť zaradená do osobitného odseku. Ten by obsahoval aj iné náležitosti. Zákonodarca totiž opomemel právne upraviť rad náležitostí, ktoré sú nevyhnutné na uplatnenie jednako tých principov, o ktorí sa zákon opiera len formálne, ako aj tých principov, ktoré vyplývajú zo smerníc.

Výpovedná hodnota ods. 1 je veľmi problematická. Z jej obsahu nemožno usúdiť, čo je jeho účelom. V ods. 1 písm. a/ sa spomína kúpna zmluva, ktorá má slúžiť na dodanie tovaru. Súčasne ale dodaniu tovaru majú slúžiť aj iné zmluvy bez toho, aby boli špecifikované. Porovnajme znenie tohto bodu s rovnakým bodom nemeckého zákona (§99 ods. 2): „Dodávkové zmluvy sú zmluvy na obstaranie tovaru, ktoré sa týkajú najmä kúpy, kúpy na splátky, alebo leasingu, nájmu alebo „árendy, pachtu“ s kúpnou opcioou alebo bez nej. Zmluvy môžu mať aj vedľajšie plnenia“. V bode b/ ods. 1 platného zákona sa uskutočnením práv zabezpečovaných zmluvou o dielo chápou len stavebné práce, akoby sa zmluvou o dielo zabezpečovali len stavebné práce. Pritom software sa zabezpečuje pravidelne zmluvou o dielo, rovnako ako vypracovanie znaleckých posudkov a pod.. Oprava výťahu sa zabezpečuje tiež zmluvou o dielo, hoci nie je súčasťou zhodenia stavby ani zmenou stavby alebo odstraňovania stavby. Naproti tomu poskytnutie služby, pokiaľ nespĺňa náležitosti § 536 ods. 2 Obch. zák., sa kontrahuje často nepomenovanou zmluvou (§ 269 ods.2 Obch. zák.). Záver písm. c/ ods. 1 zvádzza aplikujúce osoby, akoby tu išlo o vymenovanie palety zmluvných typov. Pritom tu ide skôr o druhy vecného plnenia, ktoré si zmluvné strany môžu zaradiť pod ten zmluvný typ, ktorý im najlepšie vyhovuje.

Ods. 2 zavádzza novinku, t.j. inštitút rámcových zmlúv, ktorú nepozná ani Obchodný zákonník a subsidiárne ani Občiansky zákonník. Oba zákonnéky umožňujú vznik tzv. nepomenovaných zmlúv. Avšak v zákone obsiahnutá úprava nie je dostatočná

<sup>16</sup> Znenie § 6 ods. 1 zákona č.263/1993 Z. z.:

Zmluvou, na ktorej uzatváranie s vztahuje povinnosť používať metódy a postupy verejného obstarávania, je, ak ide o:

- a) dodanie tovaru – kúpna zmluva, ako aj každá iná zmluva, z ktorej vyplýva dodanie tovaru pre obstarávateľa; môže zahŕňať aj práce a služby súvisiace s dodaním tovaru, najmä montáž u obstarávateľa a spustenie prevádzky, ak predpokladaná cena týchto prác a služieb nepresahuje predpokladanú cenu dodávaného tovaru
- b) uskutočnenie prác – zmluva o dielo, ako aj každá iná zmluva, ktoré vyplýva dodanie stavebných prác pre obstarávateľa, ako aj ďalších prác spojených so zhodením stavby, zmenou stavby a odstraňovaním stavby,
- c) poskytovanie služby – zmluva o dielo, ako aj každá iná zmluva, z ktorej vyplýva poskytnutie služby obstarávateľovi a nie je uvedená v písomene a) alebo b).

na to, aby sa dalo usúdiť, čo znamená odchýlka od rámcovej zmluvy pre zmluvné strany a aké má pre nich dôsledky.

Ustanovenie § 36 zákona je označené nadpisom „prijatie zmluvy“. Zmluva sa neprijíma ani neschvaľuje, ale zmluva vzniká podpisom návrhu zmluvy.

Ked' vychádzame zo zásady rovnosti strán, malo by sa to prejaviť v znení uzavretých zmlúv. V zmluvách by nemali byť nerovnaké podmienky pre jednotlivé strany - spravidla pre uchádzacov horšie ako pre obstarávateľov - spočívajúce o. i. v tom, že pre prípad nesplnenia povinností na strane uchádzaca je dohodnutá zmluvná pokuta, ale nie opačne. Pridržiavajúc sa tejto zásady, by mal byť v zmluve záväzok obstarávateľa na zaplatenie zmluvnej pokuty v prípade, že je v omeškaní s platením povinnej úhrady. Uvádzané možnosti nie je vhodné vložiť do zákona. Je však potrebné nájsť formu, ako počet týchto možností rozšíriť a potom vhodne publikovať.

## IV. REALIZÁCIA SYSTÉMU PRÁVNEJ OCHRANY VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA NA SLOVENSKU

### IV.I. Právna ochrana verejného obstarávania<sup>17</sup>

V platnej právnej úprave je tento vecný obsah právne upravený v tretej časti zákona. Táto časť v prvej hlove popisuje problematiku zriadenia príslušného Úradu a v druhej hlove dohľad nad verejným obstarávaním, ktorá je z tohto hľadiska ťažiskovou. V tejto súvislosti vzniká potreba zaoberať sa aj touto časťou zákona, ktorá vytvára právne predpoklady na uplatnenie práv.

Predpokladom toho, aby niekterý uchádzač mohol podať námietku, ktorou je o. i. námietka proti určeniu poradia, je to, aby mal včasné informácie o výsledku vyhodnotenia ponúk. Postup oznamovania je upravený v § 36 platného zákona. Podľa ustanovenia ods. 1 obstarávateľ doručí uchádzačom oznamenie o poradi úspešnosti ich ponúk s odôvodnením najneskôr 21 pracovných dní pred uplynutím lehoty viazanosti ponúk.

Výklad tohto ustanovenia je spojený s troma problémami, a to:

1. Obstarávateľ je podľa ods. 1 povinný doručiť oznamenie o poradi úspešnosti ponúk s odôvodnením najneskôr 21 pracovných dní pred uplynutím lehoty viazanosti ponúk.<sup>18</sup> Nie je jasné, prečo sa povinnosť oznamenia viaže na lehotu najneskôr 21 pracovných dní pred uplynutím lehoty viazanosti ponúk. Domnievame sa, že vhodnejšia formulácia by bola taká, ktorá by viazala oznamovaciu povinnosť na deň vyhodnotenia ponúk a lehotu by znela na určitý počet pracovných dní. Počítanie lehoty je upravené v § 122 Obč. zák. Citované ustanovenie neuvažuje so spätným počítaním lehoty, ktoré môže vyvoláť nejednotnosť. Je nepraktické a takto počítaná lehota nemusí byť vždy rovnaká (uprostred pracovných dní môže byť i sviatok). Taktiež nie je praktické miešanie počítania podľa kalendárnych a pracovných dní. Navrhované znenie by známenalo viac času pre každého účastníka, ktorý by neboli odskázaný na uverejnenie výsledku vyhodnotenia podľa ustanovenia ods. 4, t.j. v Obchodnom vestniku a v tlači.

2. Domnievame sa, že formulácia ods. 2 § 36 by mala znieť nasledovne: "Obstarávateľ nesmie prijať návrh zmluvy skôr ako 5 dní pred uplynutím lehoty viazanosti ponúk." Na porušenie uvedeného zákazu sa bude vzťahovať ustanovenie § 39 Obč. zák., ktoré spája s porušením zákazu neplatnosť príslušného právneho úkonu. Ak by bola v zákone obsiahnutá navrhovaná formulácia, mal by Úrad rozšírenú možnosť použiť ustanovenie § 87 ods. 1., pretože obdobie pred uzavretím zmluvy by zahrňovalo aj prípady, keď sice zmluva bola uzavretá, ale neplatne. Na platné znenie ods. 2 § 36 nemožno citované ustanovenie občianskeho zákonného aplikovať.

<sup>17</sup> Princíp právnej ochrany verejného obstarávania bol spomenutý aj v kapitole č. III.I.

<sup>18</sup> Správnejšie by bolo formulovať „ponukami“.

3. Ďalším problémom je výklad ustanovenia ods. 1 § 36 zákona. Ide totiž o to, čo má byť obsahom oznamenia o poradi ponúk. Nemožno vylúčiť, že obstarávateelia môžu vykladať toto ustanovenie i tak, že každý z uchádzačov dostane oznamenie obsahujúce poradie úspešnosti len adresáta a nie všetkých, a to s odôvodnením, že komplexné oznamenie bude uverejnené až v Obchodnom vestniku v súlade s ustanovením § 36 ods. 4 zákona. Podľa prílohy 3 k zákonom sa uvádzá ako povinný údaj meno alebo názov, adresa alebo sídlo úspešného uchádzača, nie však poradie adresáta, čo môže byť pre obstarávateľa dôvodom uviesť v oznamení podľa ods. 1 len poradie adresáta. Pritom pre každého adresáta je dôležitý každý údaj.

Ide tu o rozpor zákona s principom transparentnosti, z ktorého možno vyvodí, že každý uchádzač má právo poznať poradie všetkých hodnotených ponúk bez ohľadu na jeho poradie. Tieto nedostatky môžu mať totiž vplyv na účinnosť a rýchlosť podania námietky. Okrem toho treba počítať s tým, že obstarávateelia budú veľmi úzko vykladať jednotlivé ustanovenia najmä v prípadoch, keď budú chrániť a obhajovať svoje rozhodnutie o viťaznej ponuke. Preto musia byť tieto ustanovenia jednoznačné a nepripúšťajúce iný zmysel.

V ustanovení § 86 ods. 9 zákon pripúšťa možnosť odňatia odkladného účinku proti námietkam týkajúcim sa úspešnej ponuky. Ide však o to, aby to nezáviselo od Úradu, ale aby to určoval zákon.

### IV.II. Podávanie opravných prostriedkov

Platný zákon má niekoľko ustanovení, ktoré obmedzujú práva uchádzača a umožňujú obstarávateľom a Úradu porušovať subjektívne práva uchádzačov. Platný zákon vylučuje možnosť odkladných prostriedkov v dvoch ustanoveniach, a to v ustanovení § 86 ods. 9 a v ustanovení § 87 ods. 5 zákona.

V tejto súvislosti treba poukázať na rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci Lauko c/a Slovensko (č. rozsudku 4/1998/907/1119 z 2. septembra 1998) a Kadubec c/a Slovensko (č. rozsudku 5/1998/908/1120 z 2. septembra 1998), v ktorých vyhrali sťažovatelia v sporoch o zrušenie ustanovenia priestupkového zákona, zákona SNR č.372/1990 Zb.. V týchto sporoch ēilo o to, že priestupkový zákon vylučoval možnosť odvolania pokutovaného proti uloženiu pokuty nedosahujúcej hranicu 2 000 Sk. Uvedený súd to kvalifikoval ako rozpor s čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ľudských právach, pretože občania boli obmedzeni v uplatňovaní svojich práv.

V nižšie uvedených veciach ide o rovnakú skutkovú podstatu:

- Ustanovenie § 86 ods. 9 zákona vylučuje možnosť odvolania proti rozhodnutiu Úradu, ktorým odníme odkladný účinok námietkam vneseným podľa § 86 ods. 1 až 4 zákona. Odňatie odkladného účinku môže byť v niektorých prípadoch pre uchádzača úkonom existenčného významu. Vylúčenie možnosti odkladného účinku môže viesť k tomu, že Úrad, uvedomujúc si nenapadnuteľnosť svojho rozhodovania, môže zneužívať svoje postavenie na úkor uchádzačov. To by bolo v rozopre aj s princípom rovnakého právneho postavenia oboch právnych subjektov, ktorí sa v EÚ dôsledne uplatňujú.

- Ustanovenie § 87 ods. 5 zákona uvádzá, že proti rozhodnutiu Úradu nemožno podať opravný prostriedok. V tomto prípade ide o rovnakú situáciu, o akej rozhodoval Európsky súd pre ľudské práva. Tu treba brať do úvahy skutočnosť, že v prípadoch uvedených v § 87 ods. 1 až 4 ide o najzávažnejšie pripady meritória rozhodovania a znemožnenie odvolania by mohlo viest k ťažkým následkom tým viac, že v zákone zriadený Úrad je jednoinštančným orgánom posudzujúcim pochybenia pri verejnom obstarávaní. Hoci tu ide často o veľké finančné prostriedky, zákon neumožňuje postihnutým ani takú možnosť, aká je v správnom súdnictve, napr. preskúmanie určenia výšky dôchodkov. Bolo by vhodné, keby verejné obstarávanie bolo na úrovni rozhodovania napr. Protimonopolného úradu, kde je plne zavedený systém uplatnený v zákone o správnom konaní<sup>19</sup> (zákon č. 71/1967 Zb.). Platný zákon o verejnem obstarávaní nevyužil možnosť týchto právnych krokov a spominanými ustanoveniami vytvoril v Úrade priestor pre prijímanie nekontrolovaných rozhodnutí.

- V ustanovení § 86 ods. 12 zákona je uvedené, že na konanie o námietkach sa nevzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní. Podľa ustanovenia § 87 ods. 4 zákona konanie o námietke sa môže spojiť s konaním podľa ods. 1 a 2. Podľa ustanovenia § 91 zákona na konania, v ktorých rozhoduje Úrad, sa vzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní, pokiaľ tento zákon neustanovuje inak. Vzniká tak pochybosť, podľa čoho sa postupuje pri zlúčení konania o námietke s konaním podľa § 87 ods. 1 a 2.

- Nedostatkom ustanovenia § 86 ods. 11 zákona je to, že v prípade zaujatosti pracovníka Úradu nemá uchádzač právo toto namietat.

- Obsahove nedostatočné je ustanovenie § 88, podľa ktorého podania, ktoré nie sú námietkami proti postupu obstarávateľa a poukazujú na porušenie postupov obstarávateľov vo verejnem obstarávaní, sa považujú za podnety na výkon kontroly. Ak ide o porušenie postupov obstarávateľov, prečo sa nemôže obrátiť uchádzač na všeobecný súd? V takomto prípade je odkázany na neisté začatie kontroly a na jej neistý výsledok.

- Zákon v § 84 ods. 3 hovorí o podpornej platnosti zákona o kontrole, kým v § 91 sa uvádzá odkaz na podpornú platnosť zákona o správnom konaní. Je mimo rámec tejto úvahy predvídať, či nedôjde ku kolízii týchto dvoch právnych predpisov v konkrétnych prípadoch. Možno by malo byť stanovené poradie použiteľnosti týchto dvoch predpisov.

Pokiaľ ide o koncepciu zákona o kontrole v štátnej správe, je potrebné uviesť nadradený prístup ku kontrolovanému subjektu, ktorý bol v procese kontroly pozbavený práv, ktoré boli v predchádzajúcim zákone zaručené. Súčasný zákon o kontrole v štátnej správe upravuje výkon kontroly kontrolnými orgánmi na ministerstvách a ostatných

<sup>19</sup> Na základe takejto úpravy je napr. umožnené opäťovné preskúmanie rozhodnutia na základe rozkladu, o ktorom rozhoduje predseda PMÚ a nespokojná strana sa môže domáhať preskúmania rozhodnutia predsedu správnym kolégium Najvyššieho súdu SR.

ústredných orgánoch štátnej správy. Zároveň upravuje výkon v orgánoch miestnej štátnej správy a v právnických osobách nimi zriadených, ako aj v obciach pri plnení úloh štátnej správy. Vo všetkých týchto prípadoch ide o vzťahy nadriadenosti kontrolných orgánov voči kontrolovaným orgánom a organizáciám, na ktoré sa vzťahujú zásady hospodárenia podľa zákona o rozpočtových pravidlach.<sup>20</sup> Podľa nášho názoru nemožno uvedený zákon v danom prípade použiť na vzťah, akým je zmluvný vzťah medzi obstarávateľom a uchádzačom, v ktorom dokonca aj štát alebo štátne orgány majú v súlade s ustanovením § 261 ods. 2 Obch. zák. postavenie podnikateľa. Uvedené skutočnosti sa však v novom zákone neodrazili. Postup zákonodarcu je možno vysvetliť iba tak, že chcel Úradu priznať postavenie kontrolného subjektu a obstarávateľom a uchádzačom postavenie kontrolovaných subjektov. Prítom medzi obstarávateľmi a uchádzačmi je zmluvný vzťah obchodnoprávneho charakteru.

Domnievame sa, že je nesprávne, aby sa za kontrolný orgán považoval Úrad a za kontrolovaný subjekt uchádzač. Nemožno opomínať, že uchádzač nie je súčasťou štátnej správy, ale je právnickou osobou súkromného práva a je v zmluvnom vzťahu k obstarávateľovi. Prítom aj obstarávateľom môže byť subjekt obchodného práva, a to v prípadoch podľa § 3 ods. 2 zákona. Ďalej je potrebné poukázať na to, že princípy kontrolnej činnosti medzi kontrolným orgánom a kontrolovaným subjektom sú úplne iného obsahu ako princípy spolupráce týchto subjektov na zmluvnom základe.

Z vyššie uvedených dôvodov nemožno považovať za vhodné riešenie, aby zákon o výkone kontroly v štátnej správe bol použiteľným predpisom pri verejnem obstarávaní.

#### IV.III. Právne postavenie Úradu pre verejné obstarávanie

V nasledujúcim texte sa venujeme niektorým oblastiam právneho postavenia Úradu pre verejné obstarávanie:

I. I keď sa v § 91 zákona odkazuje na podpornú platnosť zákona o správnom konaní, zákonodarca pravdepodobne nemal na mysi požiadavku, aby Úrad rozhodoval výhradne v súlade s § 21 tohto zákona o ústnom pojednávaní. Smernica Rady č. 89/665/EEC z 21. decembra 1989 v čl. 2 ods. 8 uvádzá, že nezávislá inštancia bude rozhodovať v kontradiktórikom konaní. To znamená, že vždy je potrebné nariadiť ústne pojednávanie tak, ako je to v ustanovení § 21 citovaného zákona. Na ústnom pojednávaní môžu byť prítomní aj právni zástupcovia uchádzača, obstarávateľa (advokáti alebo komerční právniči) alebo iných dotknutých strán. Znamená to, že predmetná vec nemôže byť vybavená „od zeleného stola“. Len na ústnom pojednávaní môže byť vec prejednaná do hĺbky a rozhodujúci orgán, obstarávateľ alebo uchádzač, sú povinní preniesť všetky svoje argumenty, ktoré majú vzťah k prerokúvanej veci. Keďže zákon o správnom konaní pozná aj iný spôsob vybavenia veci, a to referentský spôsob, a citované smernice

<sup>20</sup> Zákon č. 303/1995 Z. z.

predpokladajú kontradiktoričký spôsob rozhodovania, tento nedostatok zákona môže predstavovať rozpor s citovanou smernicou.

2. V tom istom odseku citovaných smerníc sa predpokladá, že pre stanovenie menovania a ukončenia funkčného obdobia členov Úradu, trvanie ich funkčného obdobia a ich odvolania platia rovnaké podmienky ako pre súdcov. Ďalej sa uvádzá, že prinajmenej predseda tejto nezávislej inštitúcie musí mať právnu alebo súdovskú kvalifikáciu. Na čele Spolkového úradu pre verejné obstarávanie v Rakúsku je a musí byť súdca. Na čele nezávislej Zadávacej komory, ktorej úlohou je preskúmať námiestky proti procesu obstarávania, musí byť osoba spôsobilá vykonávať súdovský úrad. Iný spôsob obsadenia funkcií Úradu je v rozpore s čl. 2 ods. 8 smernice č. 89/665/EWG z 21. decembra 1989. Zo sumarizácie uvedených zásad nevyplýva, že by malo ísť o úrad, ktorý je orgánom štátnej správy pre verejné obstarávanie, ktorý môže byť viazaný uzneseniami vlády, príp. iným spôsobom závislý od ostatných orgánov štátnej správy (napr. rozpočtom). Zrejme z uvedeného dôvodu nie je v platnom zákone uvedené, že ide o nezávislú inštanciu, hoci citované smernice to vyžadujú. Problematické je tiež ustanovenie § 83 ods. 1 písm. k/, podľa ktorého Úrad metodicky usmerňuje účastníkov procesu verejného obstarávania, ktorími sú spravidla obchodné spoločnosti, ktorým možno ukladať povinnosti len na základe zákona. Metodické usmerňovanie môže byť priestorom na zneužívanie postavenie štátneho orgánu, ktorý podľa smerníc EU má mať rovnaké postavenie v procese obstarávania ako uchádzači. Kvôli úplnosti je potrebné uviesť, že v zákone nie je uvedené, že založený Úrad má nezávislé postavenie.

3. Citované smernice predpokladajú implicitne viacero inštancií. Táto požiadavka nie je v zákone uplatnená, pretože zákon predpokladá len jeden úrad, ktorého rozhodnutia, ako už bolo uvedené, nepodliehajú kontrole inej inštitúcie.

4. V ustanovení § 89 zákona je upravená právomoc súdov. Domnievame sa, že nie je správne vymedzovať právomoc súdov tak, že súdy môžu rozhodovať len spory týkajúce sa platnosti a obsahu právnych vzťahov vo verejnom obstarávaní. Keďže môže ísť aj o jednostranné právne úkony, bolo by správnejšie hovoriť o obsahu právnych úkonov. Zároveň by bola presnejšia širšia diktia, ktorá by hovorila o právomoci súdov, a to o právomoci súdov vo všetkých otázkach, ktoré nie sú zverené do právomoci Úradu a tiež o otázkach, ktoré sú uvedené v ustanovení § 88 zákona. To znamená o obsahu podaní, ktoré nie sú námiestkami proti postupu obstarávateľa. Ustanovenie zákona v tomto znení nezabezpečuje uplatnenie práva v týchto prípadoch, hoci ich obsahom môžu byť prípady porušenia subjektívnych práv, ktoré by mali byť uspokojené, ak sú opodstatnené.

5. Zákon nevymedzuje, na základe čoho sa začína konanie. Ak berieme do úvahy ustanovenie § 91 o subsidiárnom použití zákona o správnom konaní, treba vychádzať z jeho ustanovenia § 18, ktoré umožňuje začatie konania na návrh účastníka konania alebo z podnetu správneho orgánu. Pretože v §§ 86 a 87 nie je uvedené nič iné, treba predpokladať, že i tu prichádzajú do úvahy obe možnosti. Z hľadiska dodržiavania predpisov by to bolo správne, ale bolo to zámerom zákonomadarcu? Zákon zároveň nerieši vzťah pojmu „námiestky“ k zákonom o správnom konaní. Zákon o správnom konaní

nepozná námiestky ako nástroj na uplatnenie práva na nápravu veci. Zákon neuvádzza, či námiestky možno stotožniť so začatím konania podľa § 18 zákona o správnom konaní alebo či tiež nemôže uchádzač uplatniť svoje právo aj iným postupom podľa zákona o správnom konaní alebo žalobou na súde. Nie je zároveň isté, či okruh otázok uvedený v § 86 ods. 1 je vyčerpávajúci.

Zákon taktiež nevymedzuje, kto môže byť účastníkom konania. Ustanovenie § 86 ods. 2 zákona sice hovorí o tom, kto môže podať námiestky, ale to nemusí byť v súlade s pojmom účastníka konania podľa zákona o správnom konaní. Môže ním byť aj posledný v poradí alebo aj ktorýkoľvek a aj z akéhokoľvek dôvodu vylúčený uchádzač? Nemusí preukázať ani naliehavý právny záujem?

6. Zákon nemá opatrenie proti podávaniu návrhov, ktoré sú od začiatku úplne neprípustné a ihneď je zrejmé, že sú bezzákladné. Domnievame sa, že by navrhovatelia v takých prípadoch mali byť zaviazaní povinnosťou k náhrade škody spôsobenej tým svojim odporcovi alebo iným účastníkom. Viedlo by to k tomu, aby si každý navrhovateľ dôkladne rozmyslel začatie takého konania a inicioval ho len vtedy, keď má vázne argumenty. Treba mať na zreteli, že tu veľmi často hrajú silnú úlohu emócie vznikajúce po oznámení výsledkov obstarávacieho procesu a kumulácia návrhov nemusí byť v stanovených lehotách zvládnuteľná.

7. Systém právnej ochrany by mal upravovať aj prípady, keď obstarávateľ poruší určité ustanovenie a tým poškodil niektorého účastníka, ktorý by - nebyť tohto porušenia - bol úspešný vo vyhodnotení. To by malo znamenať, že navrhovateľ patril k užšiemu okruhu najnádejnejších uchádzačov. V súlade s čl. 2 ods. 7 smernice Rady č. 92/13/EWG z 25. februára 1992 je navrhovateľ povinný preukázať, že ide o porušenie komunitárneho predpisu alebo predpisu členského štátu a že mal šancu dostať zákazku, ktorú však v dôsledku porušenia práva nedostal. V takýchto prípadoch by oprávnený účastník mal mať právo na náhradu spočívajúcu v nákladoch na ponuku alebo v nákladoch účasti, pričom ostatné nároky (napr. tiež usúľ zisk) sú nedotknuté.

8. V nadväznosti na už rozoberanú problematiku nedostatkov platného zákona v oblasti zanedbania uplatňovania súťažného princípu<sup>21</sup> v nom je potrebné doplniť, že zákon, na rozdiel od zahraničných právnych úprav, v ustanovení § 24 neuviedol existenciu submisného kartelu ako prekážku úspechu v procese obstarávania. A to napriek tomu, že uzavretie submisného kartelu alebo účasť na ňom je trestným činom (§ 128a T.z.). Zákonodarca tým nepriamo pripravil submisný kartel v procese obstarávania, hoci jeho zistenie môže byť postihované sadzbou až 3 roky, príp. až 8 rokov, ak sa na ňom zúčastní osoba fungujúca ako vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej súťaže. Keď si bližšie všimneme diktii § 128a T.z., zistíme, že sa tam spomína verejná súťaž, teda inštitút, ktorý sa podľa § 12 ods. 3 zákona nepoužije. Na uzavretie submisnej kartelovej dohody sa vzťahuje tiež § 149 T.z.

<sup>21</sup> Uvedenej problematike sa venujeme aj v kapitole III.I. v podbode „férová súťaž“.

## V. VYBRANÉ PROBLÉMOVÉ OBLASTI

### V.I. Spôsobilosť, predkvalifikácia a zoznamy záujemcov

#### Spôsobilosť uchádzača

Spôsobilosť uchádzača je jednou z rozhodujúcich podmienok účasti uchádzača v procese získania verejnej zákazky. Stanoviť podmienky spôsobilosti uchádzača je povinnosťou obstarávateľa. Obstarávateľ je zodpovedný za to, že vybral spôsobilého uchádzača. Nesie dôsledky toho, ak túto svoju povinnosť nesplnil. Sú dva druhy podmienok spôsobilosti uchádzača:

- zákonom stanovené záväzne podmienky
- finančné a ekonomicke postavenie uchádzača a jeho technická spôsobilosť na dodanie predmetu obstarávania.

Obstarávateľ je povinný stanoviť a vyžadovať splnenie podmienok spôsobilosti uchádzača vrátane príslušných dokladov stanovených zákonom. V zákone č. 263/1999 Z. z. o verejnom obstarávaní sú tieto povinné podmienky stanovené v § 24, ods.1. Tieto podmienky sú rovnaké ako podmienky stanovené smernicami EÚ o verejnom obstarávaní č. 93/36/EG a 38. Aj v budúcnosti budú teda platiť pre podlimitné aj pre nadlimitné obstarávanie. Dokladovanie týchto podmienok spôsobilosti uchádzačov pri nadlimitnom obstarávaní riešia príslušné smernice EU. Pri podlimitnom obstarávaní treba hľadať čo najjednoduchšie možnosti administratívnej náročnosti. Zmyslom je, aby vybraný uchádzač, s ktorým obstarávateľ uzatvorí zmluvu, splňal zákonom stanovené podmienky spôsobilosti. Preto obstarávateľ musí od vybraného uchádzača pred podpisom zmluvy vyžiať zákonom požadované doklady (§ 24, ods. 2). S cieľom zjednodušiť administratívnu obstarávaciu procesu by však obstarávateľ mohol mať právo (so znalosťou daného obstarávacieho prípadu a na vlastnú zodpovednosť) rozhodnúť o tom, že v súťažných podkladoch bude od všetkých uchádzačov (s výnimkou tých, ktorí budú zapisaní vo verejnom zozname spôsobilých osôb) požadovať čestné vyhlásenie o splnení zákonných podmienok spôsobilosti v danom čase. A to s tým, že vďačas súťaže je povinný predložiť všetky zákonom požadované doklady. Bez tohto predloženia dokladov nebude s výťazom súťaže uzatvorená zmluva.

Iná je situácia pri podmienkach preukázania finančného a ekonomického postavenia uchádzača a jeho technickej spôsobilosti na dodanie predmetu obstarávania. Aj pri týchto podmienkach je obstarávateľ zodpovedný za to, že vyberie spôsobilého uchádzača. Nesie dôsledky, ak túto svoju povinnosť nesplnil. Preto je povinnosťou obstarávateľa stanoviť tieto podmienky v súťažných podkladoch. Stanovenie týchto podmienok ponecháva zákon obstarávateľovi (§ 25) a uvádzá ich demonštratívne slovom „spravidla“. Pre riadne zabezpečenie predmetu obstarávania je tato „večná“ spoľahlivosť uchádzača nevyhnutná a jej preukázanie pre zaradenie uchádzača do súťaže musí obstarávateľ vyžadovať. Aj tu však platí, že preukazovanie tejto vecnej spôsobilosti má byť primerané danému obstarávaciemu prípadu. Má byť čo najjednoduchšie.

Uchádzačovi nemá spôsobovať zbytočné administratívne zaťaženie. Uchádzač nemá byť nútený podávať o sebe dôverné informácie, pokiaľ to pre daný prípad nie je úplne nevyhnutné. Tento druh informácií je cielený výslovne na daný obstarávací prípad alebo nadvázné prípady. Nie je preto vhodný pre zaraďovanie do verejných zoznamov spôsobilých uchádzačov.

S preukazovaním spôsobilosti uchádzačov je vo svete dostatok mnohorečných skúseností. Tie sú vyjadrené v legislatívne, štandardoch, vzoroch a používateľských návodoch, ponúkajúcich pre obstarávateľov širokú škálu možností pre ich individuálne rozhodnutie. V podstate môžeme rozlišovať preukazovanie spôsobilosti uchádzačov:

1. pri každej súťaži
2. predkvalifikáciou
3. obstarávateľskými zoznamami spôsobilých záujemcov
4. verejným zoznamom spôsobilých záujemcov

#### 1. Preukazovanie spôsobilosti pri každej súťaži

Tento spôsob preukazovania spôsobilosti je bežný, jasný a zrozumiteľný. Uchádzač musí svoju spôsobilosť preukázať v plnom požadovanom rozsahu vo svojej ponuke pre každú súťaž, podľa požiadaviek stanovených v súťažných podkladoch. Je to vhodné v prípadoch, kedy ide o obstarávanie neviazané na iné prípady obstarávania. To znamená v prípadoch, kedy jednotlivé obstarávania nie sú podobné účastou vo väčšej miere rovnakých potenciálnych uchádzačov alebo podobného predmetu obstarávania, kde možno očakávať záujem zväčša známeho okruhu uchádzačov.

**Výhodou** tohto postupu je individuálnosť a aktuálnosť preukazovania spôsobilosti zameraného na konkrétny predmet obstarávania. Vedie to k cielenemu, a preto jednoduchému posúdeniu plnenia stanovených podmienok spôsobilosti. Hlavná výhoda je preto na strane obstarávateľa.

**Nevýhody** tohto postupu sa prejavujú v prípadoch, kedy ide o viačnásobné obstarávanie u jedného obstarávateľa, ktorého sa zúčastňujú v značnej miere rovnakí potenciálni uchádzači. Nevýhoda spočíva v tom, že uchádzači musia opakovane vo všetkých svojich ponukách spracúvať preukazovanie svojej spôsobilosti a znova predkladať doklady o nej, aj keď v nich nedošlo k žiadnej zmene. Ide nielen o zvýšenú prácnosť u každého uchádzača a vyšší objem písomností každej ponuky, ale aj o opakovane zadovažovanie si notársky overených dokladov.

**Osobitným prípadom je tzv. dvojetapová súťaž.** Aj pri nej sa spôsobilosť uchádzača preukazuje pri každej súťaži v jednom obstarávacom procese. Podľa požiadavky stanovej v súťažných podkladoch sa ponuka rozdeľuje do dvoch formálne samostatných časťí. Prvá časť predstavuje úplnú predkvalifikáciu. To znamená, že sú v nej obsiahnuté všetky požadované časti ponuky, okrem ponuky ceny. Ponuka ceny je v samostatnej zlepenej obálke vloženej do veľkej obálky súťažného návrhu. Rozdiel proti bežnej súťaži je v postupe vyhodnocovania vo vyhodnocovacej komisií. Členovia

vyhodnocovacej komisie dostanú k posúdeniu celú ponuku bez zalepenej obálky s ponukou ceny. Bežným spôsobom rozhodnú o uchádzačoch, ktorí splňajú všetky požadované podmienky spôsobilosti pre daný obstarávací prípad. Tento výsledok zapíšu do zápisnice o vyhodnocení. Až potom otvára predseda komisie obaly s návrhom ceny a v íťazom súťaže sa bez ďalších vyhodnocovacích krokov stáva uchádzač, ktorého ponuková cena je najnižšia.

Dvojetapová súťaž má výhody pre tie obstarávacie prípady, kde v rámci kvalifikácie je možné stanoviť všetky podmienky spôsobilosti uchádzačov spôsobom „áno - nie“ bez toho, aby sa musela posudzovať miera ich splnenia. Tým je možné po vyhodnotení kvalifikačných podmienok spôsobilosti jednoznačne označiť pre daný obstarávací prípad všetkých spôsobilých uchádzačov bez toho, aby hodnotiaci člen komisie bol zatiaľovaný vplyvom ceny. Cena je tak jediným hodnotiacim kritériom, ktoré určuje poradie uchádzačov. Výber v íťaze súťaže týmto spôsobom sa považuje za najserioznejšiu a za najtransparentnejšiu. Dvojetapová „dvojobálková“ súťaž je často používaná a napr. v Anglicku je to najbežnejšia metóda obstarávania.

## 2. Predkvalifikácia

Predkvalifikácia sa zaraďuje do procesu obstarávania, ak obstarávateľ chce využiť podanie ponúk len spôsobilých záujemcov. Pre zistenie ich spôsobilosti chce využiť jednoduchý spôsob verejne vyhlásenej predkvalifikácie. Vlastnú obsiahlu ponuku vrátane ponukovej ceny už vypracúvajú len spôsobilí uchádzači. Rozlišujeme predkvalifikáciu:

- 2.1. pred jednou súťažou
- 2.2. pred viacerými súťažami.

### 2.1. Predkvalifikácia pred jednou súťažou

Predkvalifikácia pred jednou súťažou je verejne vyhlásenou verejnou kvalifikačnou súťažou. Vyhlasuje sa pre jeden známy predmet obstarávania. Zmyslom predkvalifikácie je vybrať zo záujemcov prihlásených do predkvalifikácie len tých, ktorí splňajú podmienky spôsobilosti stanovené vo vyhlásení predkvalifikácie. Týmto spôsobilým záujemcom odošle obstarávateľ v termíne, určenom vo vyhlásení predkvalifikácie, výzvu na podanie ponuky. Súťaž s predkvalifikáciou má charakter verejnej súťaže (obracia sa na neobmedzený počet záujemcov), pri čom od výberu spôsobilých záujemcov je proces obstarávania rovnaký ako pri užšej súťaži.

**Podmienky spôsobilosti** sa v predkvalifikácii stanovujú v rozsahu uvedenom v § 24 a 25 zákona o verejnom obstarávaní. Sú to teda „zákonné“ podmienky, podmienky pre finančné a ekonomické postavenie uchádzača a jeho technickú spôsobilosť na dodanie daného predmetu obstarávania. Oproti dvojetapovému obstarávaniu (okrem toho, že pri predkvalifikácii ide o dva samostatné procesné kroky) je rozdiel v tom, že zatiaľ čo v predkvalifikácii ide o podmienky spôsobilosti podľa §§ 24 a 25 zákona o verejnem

obstarávaní, v dvojetapovej metóde obstarávania ide o všetky podmienky a kritériá okrem stanovenia ponukovej ceny.

**Oznámenie o vyhlásení predkvalifikácie** sa môže spojiť s predbežným oznámením o vyhlásení súťaže. Predbežné oznámenie o vyhlásení súťaže má svoj vlastný zámer - verejne informovať všetkých potenciálnych záujemcov, že obstarávateľ predpokladá v určitom období (zväčša v jednom kalendárnom roku) vyhlásiť jednu alebo viac súťaží na obstaranie predpokladaných predmetov obstarávania. Potenciálni záujemcovia o prípadné dodanie uvedených predmetov obstarávania majú (môžu) vziať túto marketingovú informáciu na vedomie pri formulácii a aktualizácii svojich predstav o uchádzaní sa o základky. Zo samotného predbežného oznámenia (pokiaľ nie je spojené s verejnou predkvalifikáciou) nevznikajú preto potenciálnym záujemcom žiadne záväzky a o svojej účasti na danej súťaži (na daných súťažiach) sa môže rozhodnúť na základe ich budúceho vyhlásenia. Naopak, oznámenie o vyhlásení predkvalifikácie nútí potenciálneho záujemcu, aby svoj záujem obstarávateľovi oznámil. Na dokaz toho musí preukázať a dokumentovať svoju spôsobilosť podľa podmienok spôsobilosti uvedených vo vyhlásení predkvalifikácie.

### 2.2. Predkvalifikácia pred viacerými súťažami

Predkvalifikácia pred viacerými súťažami predstavuje zámer obstarávateľa poznáť pre súťaže, ktoré bude v určitom nasledujúcim období vyhlasovať na jemu známe predmety obstarávania, tých záujemcov, ktorí budú pre tieto súťaže spôsobilí. A to podľa podmienok, ktoré pre tuto spôsobilosť obstarávateľ stanovil a uviedol v oznámení o vyhlásení predkvalifikácie. Tieto podmienky budú vždy zahrňovať „zákonné“ podmienky spôsobilosti podľa § 24 zákona o verejnem obstarávaní a preukázanie finančného a ekonomického postavenia potenciálnych uchádzačov, ako aj jeho technickej spôsobilosti na dodanie stanovených predmetov obstarávania v rozsahu spoločnom pre všetky tieto predmety obstarávania. Preukázanie spôsobilosti na dodanie jednotlivých predmetov obstarávanie v jednotlivých súťažiach stanoví potom obstarávateľ vo výzve uchádzačom na predloženie ponúk.

Tým záujemcom, ktorí splnili predkvalifikačné podmienky spôsobilosti, zasiela potom obstarávateľ, v dobe vhodnej na vyhlásenie súťaže, výzvy na predloženie ponúk. Zároveň zasiela ostatné podmienky na účasť v súťaži a kritériá na jej vyhodnotenie. Tým súťaž nadobudla charakter metódy užšej súťaže.

Ak sa predbežné oznámenie týka rovnakých súťaží a ich predmetov obstarávania, oznámenie o vyhlásení predkvalifikácie pred viacerými súťažami sa môže spojiť s predbežným oznámením o vyhlásení súťaží.

### 3. Obstarávateľský zoznam spôsobilých záujemcov

Obstarávateľ môže vyhlásiť predkvalifikáciu pre všetky alebo väčšinu v danom období (zväčša v kalendárnom roku) predpokladaných súťaží. Po vyhodnotení verejne

vyhlásenej predkvalifikácie realizovanej podľa jednotlivých druhov predmetov obstarávania, odlišujúcich sa rôznymi podmienkami technickej spôsobilosti na dodanie týchto predmetov, získava **jeden obstarávateľ** **obstarávateľské zoznamy spôsobilých záujemcov** o získanie jeho objednávok. Tie sú členené podľa ním určených druhov predmetov obstarávania. Týmto spôsobilým záujemcom zasiela potom v danom období výzvy na podanie ponuky, čo predstavuje metódu užej súťaže. V týchto výzvach už pochopiteľne nepožaduje preukazovanie spôsobilosti uskutočnené v predkvalifikácii.

Tento postup je **výhodný pre obstarávateľa** aj pre záujemcov. Obstarávateľovi je vopred známe portfólio potenciálnych spôsobilých záujemcov, na ktoré sa bude obrátať s výzvou na podanie ponuky. Je mu teda známy aj počet exemplárov súťažných podkladov. Skracuje sa tým proces obstarávania (začína vlastne poslaním výzvy na podanie ponúk, záujemca už vedel o súťaži a preto môže byť skrátená lehota na podanie ponuky aj lehota viazanosti). Zároveň sa zjednodušíva a skracuje vyhodnocovanie súťaže. Významnou výhodou pre obstarávateľa je aj to, že získava prehľad o spôsobilých záujemcoch nielen pre všetky metódy súťaží verejného obstarávania, ale aj pre podprahové obstarávanie, na ktoré sa zákon o verejnom obstarávaní už nevzťahuje (ak sa na jeho použití nerozhodne obstarávateľ sám). Naproti tomu musí obstarávateľ vyhodnotiť predkvalifikáciu a jej výsledky oznámiť záujemcom. Musí akceptovať, pre obdobie stanovené pre predkvalifikáciu, doplnenie svojho zoznamu a jeho aktualizáciu pre ďalšie obdobia podľa pravidiel vyhlásených pri predkvalifikácii.

**Pre záujemcov je tento postup výhodný** tým, že sú informovaní o predpokladaných súťažiach pre dané obdobie (čo plne nahradzuje predbežné oznamenia). Zároveň už nemusia pri jednotlivých súťažiach preukazovať svoju spôsobilosť v rozsahu predkvalifikácie. Tým sa podstatne zjednodušíva a skracuje vypracovanie a rozsah ich ponuky. Majú istotu oslovenia obstarávateľom výzvou na podanie ponuky pri jednotlivých súťažiach podľa stanovených pravidiel. Ich ponuky sa pohybujú v konkurencii ponúk relatívne známych konkurentov, s ktorých cenovými ponukami sa stretávajú pri otváraní obálok. Pre záujemcu sa ďalej zvyšuje nádej, že sa na neho obstarávateľ obráti aj v prípadoch obstarávania metódou rokovania bez zverejnenia a v prípadoch podprahového obstarávania, na ktoré sa už zákon o verejnom obstarávaní nevzťahuje.

Vyhliasiť predkvalifikáciu môže byť výhodné aj **pre skupinu obstarávateľov, ktorí obstarávajú podobné predmety obstarávania**. Príkladom môžu byť organizácie - obstarávateľia rovnakého charakteru v danom regióne, ako sú školy, detské domovy, domovy dôchodcov, správy ciest, teplárne, vodo hospodárske organizácie, nemocnice, polikliniky, kúpele a pod. V mene týchto organizácií môže vyhliasiť predkvalifikáciu ich nadriadený orgán (okresnej alebo krajskej štátnej správy alebo samosprávy) alebo po dohode v ich mene jedna z týchto obstarávateľských organizácií. Aj keď sa predkvalifikácia organizuje pre obstarávanie v danom regióne, nemožno pripustiť diskrimináciu potenciálnych záujemcov z celého územia štátu. Preto zoznam musí obsahovať všetkých spôsobilých záujemcov na základe verejnej predkvalifikácie.

Podobne môže byť výhodné usporiadať predkvalifikáciu pre vybrané skupiny obstarávateľov a nimi požadované predmety obstarávania s nadregionálnou alebo celoštátnou pôsobnosťou. Príkladom môžu byť verejné práce podliehajúce štátnej expertíze.

V každom prípade musia byť takéto zoznamy spôsobilých záujemcov zoradené alebo zoraditeľne podľa predmetov obstarávania **verejne publikované** (okrem iného zrejme na verejne prístupnom Internete). Zároveň musia byť, podľa pravidiel stanovených pre každú predkvalifikáciu, doplnované a **aktualizované** s následnou verejnou publikáciou.

Pri jednotlivých možnostiach využívania predkvalifikácie sa **výhody rozšírovaním** druhov predmetov obstarávania a rozšírovaním počtu obstarávateľov, ktorí budú výsledky predkvalifikácie využívať, **postupne znižujú**. Pri predkvalifikácii pre jednu súťaž možno spôsobilosť uchádzača vyjadriť v plnom rozsahu. Pri predkvalifikácii pre viaceru súťaž jedného obstarávateľa bude možno potrebné doplniť v ponukách niektorú podmienku najmä technickej spôsobilosti. Pri používaní obstarávateľských zoznamov pre jedného obstarávateľa treba rátať v ponukách s preukazovaním spôsobilosti uchádzača podľa ďalších podmienok uvedených vo výzve na podanie ponuky. Rozsah potrebného preukazovania spôsobilosti v rámci každej ponuky sa bude ďalej rozširovať v prípade obstarávateľských zoznamov spôsobilých záujemcov pre skupiny obstarávateľov.

Obstarávateľské zoznamy spôsobilých záujemcov sa môžu využívať **pri všetkých metódach obstarávania**.

**Verejná súťaž** sa za existencie platného obstarávateľského zoznamu spôsobilých záujemcov výnimočne vyhlasuje preto, že je predpoklad prihlásenia sa ďalších záujemcov. V súťažných podkladoch sa uvádzá, že záujemcovia, ktorí sú v príslušnom zoznamu uvedení, nepreukazujú vo svojej ponuke spôsobilosť v rozsahu preukázanom už v predkvalifikácii pre zoznam. Pretože sa predpokladá, že sa súťaže zúčastnia aj iní záujemcovia, ako sú uvedení v zozname, platia lehoty pre verejnú súťaž. V prípade, že bolo vydané predbežné vyhlásenie, platia príslušne skrátené lehoty.

**Najvhodnejšie je použitie zoznamu pri užej súťaži a pri metóde rokovacieho konania so zverejnením.** Obstarávateľ sa obráti s výzvou na podanie ponuky na všetkých spôsobilých záujemcov podľa zoznamu. Platia skrátené lehoty pre užšiu súťaž. V prípade jednoduchej súťaže s jednoduchým predmetom obstarávania by mal mať obstarávateľ právo tieto lehoty ďalej skratiť, pričom by mala byť stanovená najkratšia možná lehota, napr. 14 dní.

V anglickej praxi, kde je použitie tejto metódy najbežnejšie, platí v prípade, že v obstarávateľskom zozname je pre daný druh predmetov obstarávania zahrnutý veľký počet spôsobilých záujemcov, pravidlo, že sa obstarávateľ môže obrátiť len na určitý

počet záujemcov zo zoznamu.<sup>22</sup> Pričom v nasledujúcej súťaži sa obráti s výzvou na ďalších iných záujemcov podľa zoznamu tak, aby sa všetci v zoznamu uvedení záujemcovia postupne vystriedali.

Zoznam poslúži aj pri metóde **rokovacieho konania bez verejnenia ako aj pri podprahovom obstarávaní**, kedy už nie je povinnosť zákon o obstarávaní používať. V týchto prípadoch vyberie obstarávateľ zo zoznamu spôsobilých záujemcov jedného, na ktorého sa obráti s výzvou na podanie ponuky alebo na rokovanie o zmluve.

Používanie obstarávateľských zoznamov spôsobilých záujemcov, vhodne orientovaných na jasne vymedzenú skupinu obstarávateľov a diferencovaných podľa druhov predmetov obstarávania, **predstavuje najvhodnejšie využitie predností predkvalifikácie**. Tieto zoznamy musia byť verejne a verejne prístupné. Okrem klasických spôsobov je vhodné verejnenie na Internete. Organizácia vydávajúca obstarávateľský zoznam by mala požiadať o jeho verejnenie vo verejnom celoštátnom zozname.

#### 4. Verejné celoštátne zoznamy spôsobilých záujemcov

V niektorých štatoch EÚ sa podľa presných pravidiel vyhlasujú verejné celoštátne zoznamy spôsobilých záujemcov. Túto možnosť poskytuje aj slovenský zákon o verejnom obstarávaní vo forme zoznamu podnikateľov.

Základom pre vyhlásenie je analýza a na základe jej výsledku **rozhodnutie o vhodných druhoch predmetov obstarávania** (vrátane ich významu, veľkosti a ceny) pre predpokladaný **okruh obstarávateľov alebo obstarávateľských skupín**. Takýmto rozhodnutím by mohlo byť zriadenie celoštátnego verejného zoznamu pre prípady nadlimitného obstarávania diferencovaného podľa druhov predmetov obstarávania. Pokiaľ budú na základe verejných predkvalifikácií zriadené regionálne obstarávateľské zoznamy podľa rovnakých pravidiel ako verejné celoštátne zoznamy (najmä čo do doplnovania, vyrádovania a aktualizácie), mali by byť verejnené v rámci verejných celoštátnych zoznamov vo Vestníku verejného obstarávania a na Internete. Ďalšie možnosti zriadenia verejného celoštátnego zoznamu sú pre vymedzené skupiny obstarávateľov v prirodzených monopoloch, v armáde, vo verejných práciach pre investičnú výstavbu.

Smernice EÚ **neupravujú** zoznamy spôsobilých záujemcov. Ukladajú však členským štátom, aby **akceptovali preukázanie „zákoných“** podmienok spôsobilosti pri nadlimitnom obstarávaní vo verejných zoznamoch záujemcov z tých členských štátov, ktoré takéto verejné zoznamy zriadili. To vyžaduje, aby Slovenská republika konzultovala pravidlá a akceptovateľnosť verejných zoznamov spôsobilých záujemcov s tými členskými krajinami EÚ, ktoré takéto zoznamy zriadili a sú aj s krajinami Višegrádskej štvorky. Ďalej bude potrebné legislatívne ošetriť uplatňovanie zoznamov

<sup>22</sup> V Anglicku najmenej na sedem.

spôsobilosti záujemcov z iných krajín slovenskými obstarávateľmi a zabezpečiť, aby nedochádzalo k diskriminácii záujemcov, ktorí nie sú v zoznamoch uvedení.

Pri verejných zoznamov treba zdôrazniť, že nie sú samoučelné. Majú zjednodušiť prácu obstarávateľov aj uchádzačov v obstarávateľskom procese a **nahradiť v čo možno najväčšej miere samostatne vyhlasované predkvalifikácie**. V obstarávacom procese zabezpečujú výhody, ktoré prináša systém predkvalifikácií.

Tak, ako každý druh predkvalifikácie, aj verejné zoznamy majú svoje **výhody a nevýhody**. Ich najväčšou výhodou je skutočnosť, že prinášajú pomoc všetkým obstarávateľom a uchádzačom a že je záruka rovnakých pravidiel pre ich zriadenie, udržovanie a používanie. Ich nevýhodou je administratívna náročnosť ich zriadenia a udržovania, menšia vysvetľacia schopnosť oproti obstarávateľským predkvalifikáciám, nemožnosť zahrnutia doplňujúcich podmienok najmä ekonomickej a technickej spôsobilosti.

Inštitút predkvalifikácií sa dlhodobo používa v členských štatoch EÚ a je upravovaný na základe bohatých skúseností. Na ich základe možno konštatovať:

- **Predkvalifikácia je výhodná pre obstarávateľov aj uchádzačov, lebo zjednodušuje ich prácu v obstarávacom procese.**
- **Predkvalifikáciu možno spojiť s každou metódou verejného obstarávania.**
- **Predkvalifikácia má inú funkciu ako predbežné oznámenia o vyhlásení súťaže, aj keď s ním môže byť účelne spojená.**
- **Podľa konkrétnej situácie ponúka predkvalifikácia celý rad spôsobov preukazovania spôsobilosti: od predkvalifikácie pre jedného obstarávateľa pre jednu súťaž alebo pre viaceru súťaž, cez obstarávateľský zoznam spôsobilých záujemcov pre jedného obstarávateľa alebo pre skupiny príbuzných obstarávateľov až k verejným zoznamom regionálnym alebo celoštátnym.**
- **V primeranom rozsahu a podľa spôsobu predkvalifikácie zabezpečuje aktuálnosť a individuálnosť preukazovania spôsobilosti.**
- **Predkvalifikácia a zoznamy spôsobilých záujemcov sa vhodne orientujú podľa predmetov obstarávania a ich druhov.**

Predkvalifikácia ako systém a ani ako pojem nie je obsiahnutá v slovenskom zákone o verejnom obstarávaní. V zmysle dnes platnej ústavy SR nemôže verejný orgán robiť to, čo mu nie zákonom dovolené. Domnievame sa, že je potrebné zvážiť zahrnutie predkvalifikácie do legislatívy SR.

#### V.II. Výška limitu a obstarávanie „pod limitom“

Skúsenosti z využívania starého zákona o verejnom obstarávaní č. 263/1993 Z. z. v znení jeho nasledovných noviel ukazujú, že predovšetkým pri obstarávaní tovarov a služieb v menšom rozsahu a v menších organizáciách sa prejavovala výrazná snaha, v rámci možností daných legislatívou (ale aj nad ich rámec), postupovať predovšetkým

prostredníctvom priameho zadania. Najmä formou jednotlivých nákupov pod 50 000 Sk. V mnohých prípadoch to bolo opodstatnené a podarilo sa „nakúpiť“ efektívne. Niekoľko však jednalo o účelový a neefektívny postup.

Vzhľadom k novým limitom (prahom) definujúcim povinnosť použiť metódy a postupy verejného obstarávania je dôležité si uvedomiť, že priame zadanie bolo v minulosti dominantné z hľadiska početnosti, ale aj z hľadiska rozsahu takto vynaložených prostriedkov.<sup>23</sup> Vzhľadom k uvedenému trendu je možné sa oprávnenne domnievať, že prevažná väčšina menších subjektov bude realizovať prakticky výlučne podľimitné „nákupy“. Metódy a postupy verejného obstarávania sa budú používať skôr vo výnimočných prípadoch, najmä pri verejných práčach.

Nový zákon o verejnom obstarávaní č. 263/1999 Z. z. takto vytvára priestor pre to, aby sa možno až väčšina nákupov z verejných prostriedkov (aj z pohľadu objemu vynaložených prostriedkov) realizovala mimo diktie zákona. Zákon totiž ukladá definovať predmet obstarávania podľa colného sadzobníka alebo klasifikácie produktov. Ak by sa každá ich položka prehlásila za predmet obstarávania, väčšina predmetov obstarávania by sa dostala do podprávových hodnôt, na ktoré sa platný zákon o verejnom obstarávaní nevzťahuje.<sup>24</sup> Tento stav by sám o sebe nebol možno problémom, je ho však potrebné vidieť v širších súvislostiach. Pozitívom je možnosť vyššej flexibility, odbúranie byrokratických procedúr, ktoré boli charakteristické pre mnohé obstarávania v predchádzajúcom systéme (najmä vzhľadom k vyslovene byrokratickým prístupom ku kontrole verejného obstarávania na všetkých úrovniach). Tým sa vytvára priestor pre prípadné zvýšenie efektívnosti, ak jed' minimálne čiastočne na úkor transparentnosti.

Problémom je, že na rozdiel od vyspelých krajín sa na Slovensku verejné obstarávanie realizuje v špecifickom prostredí. Chýbajú (alebo aspoň čiastočne chýbajú) viacero atribúty vlastnej vyspelého demokratického trhového systému, a to najmä:

- rozvinutý systém verejnej kontroly (kontroly občanmi, neziskovým sektorom),
- rozvinutý systém trhovej kontroly založenej na funkčnej konkurencii medzi podnikateľskými subjektmi,
- rozvinutý systém kontroly štátu a podnikateľského sektora prostredníctvom médií,
- efektívny systém vlastnej štátnej kontroly,
- existencia „právneho štátu“.

Efektívne verejné obstarávanie vo vyspelých krajinách sa o tieto atribúty plne opiera a spolieha sa na ich fungovanie. Predstavuje to nevyhnutnú podmienku funkčnosti celého systému verejného obstarávania (a nielen jeho). Pokiaľ náš systém preberá základné predpisy vyspelých systémov viac-menej v obdobnom znení, potom je možné očakávať problémy pri praktickej realizácii. Tie sú známe jednak z verejného obstarávania, ako aj z ostatných oblastí fungovania spoločnosti. Procesy využívania nového zákona sa tomuto zrejme nevyhnú. Mnohé pozitívne trendy budú viac-menej otázkou času a všeobecného vývoja spoločnosti, ktoré je možné urýchliť prostredníctvom efektívneho vzdelenávania na všetkých úrovniach. Rýchle a efektívne kroky v oblasti štátnej kontroly verejného obstarávania sa však už teraz dajú realizovať.

<sup>23</sup> Bližšie pozri tabuľky, ktoré pritom zahrňajú len časť obstarávania priamym zadanim, uvedené v publikácii: Transparentnosť vo verejnom obstarávaní, CPHR – TIS, September 1999.

<sup>24</sup> Problematiku predmetu obstarávania sa venujeme aj v kapitole V.VI.

### V.III. Kontrola vo verejnem obstarávaní

Zdokonalenie systému „verejnej“ kontroly v oblasti verejného obstarávania považujeme za podstatne dôležitejšie ako akýkoľvek pokus o znižovanie limitov pre povinnosť postupovať podľa zákona č.263/1999 Z. z. Tieto pokusy sa dajú v budúcnosti očakávať ako reakcia na predpokladané trendy, ktoré sme naznačili.

Systém kontroly verejného obstarávania je súčasťou celkového systému kontroly vo verejnem sektore,<sup>25</sup> ktorej súčasné parametre na Slovensku výrazne zaostávajú za štandardnou praxou vo vyspelých krajinách. To je plne zrejmé, ak analyzujeme základné požiadavky na túto oblasť, tak ako ich vyjadruje napr. už spomenutý dokument SIGMA<sup>26</sup> venujúci sa podpore skvalitňovania verejnej správy.

Medzi iným sa tu požaduje vybudovanie systému vnútornej manažérsky orientovanej kontroly – skutočného auditu vo verejnem sektore, vytvorenie relevantných funkčných kontrolných mechanizmov a procedúr obsahujúcich predovšetkým nasledovné aspekty:

- existenciu a využívanie štandardov definujúcich zodpovednosť a spôsoby podávania správ a informácií (transparentnosť),
- definovaný štandardný postup kontroly (audit) verejných výdavkov, ktorý musí transparentne zobrazovať tok prostriedkov z úrovne štátneho rozpočtu, právomoci a zodpovednosť organizačných jednotiek zapojených do procesu využívania verejných zdrojov (včítane štátnych fondov a zložiek financujúcich verejnú službu),
- „ex ante“ spôsob kontroly záväzkov a úhrad - kontroly využívania verejných prostriedkov na základe dosahovaných výsledkov a nie kontrolu procedúr,
- kontrolu systému tvorby verejných príjmov, vrátane budúcih vlastných zdrojov,
- existenciu osobitných kontrolných mechanizmov pre oblasť verejného obstarávania.

Systém auditu/kontroly verejných finančí by mal obsahovať prvky zabezpečujúce prevenciu a účinné mechanizmy na riešenie nedostatkov a vymáhania strát spôsobených nesprávnymi postupmi nebalosťou. Hlavný dôraz sa klade na:

- mieru preventívneho pôsobenia systému,
- garanciu realizácie kolektívnych opatrení,
- schopnosť vymáhať náhrady strát spôsobených nesprávnymi postupmi a nebalosťou (tak ako to definuje smernica EÚ č. 2988/95),
- existenciu štruktúr zameraných na boj s korupciou a podvodníctvom.

Dokument tiež upozorňuje na to, že samotné vytvorenie formálnych mechanizmov a kompetencií nepostačuje a zdôrazňuje nevyhnutnosť systematického využívania subjektívnych a objektívnych ukazovateľov, schopných hodnotiť vplyv a efektívnosť kontroly.

<sup>25</sup> Niektoré úvahy o nevhodnosti nadriadenosti kontrolného aparátu nad kontrolovaným subjektom a o potrebe týchto zmien sú uvedené v kapitole IV.II.

<sup>26</sup> Pre bližšie informácie pozri kapitolu I.II.

Za základné objektívne ukazovatele, ktoré je potrebné sledovať považuje:

- ukazovatele produktivity,
- ukazovatele efektívnosti, účelnosti a hospodárnosti,
- ukazovatele kvality (napr. podiel sťažností).

Súčasný systém kontroly verejného obstarávania tieto atribúty určite plne neobsahuje. Naopak, aj díkcia nového zákona č. 263/1999 Z. z. sa venuje len kontrole procesov, za ktorú zodpovedá v súlade s príslušnými ustanoveniami Úrad pre verejné obstarávanie. V súčasnom rozsahu vymedzené kompetencie sú tiež určite potrebné, otvorenou otázkou však ostáva, kto je vlastne zodpovedný za kontrolu efektívnosti, účelnosti a hospodárnosti vo verejnom obstarávaní. Do určitej miery to môžu byť orgány finančnej kontroly. Negatívne skúsenosti s ich pôsobením v oblasti verejného obstarávania v minulosti však veľa optimizmu neposkytujú. Obdobne by sa dalo hovoriť o kontrole realizovanej z úrovne Najvyššieho kontrolného úradu a jednotlivých rezortov.

Nový zákon o verejnem obstarávaní platný od 1. 1. 2000 takto začína, pri relativne vysoko stanovených prahových hodnotách definujúcich povinnosť postupovať podľa zákona, pôsobiť v podmienkach nedostatočnej pripravenosti funkčných kontrolných systémov garantujúcich efektívnosť, hospodárnosť a účelnosť využívania verejných prostriedkov. Toto považujeme za fenomén, ktorý môže viest k výrazne negatívnemu vývoju s rizikami na všetkých úrovniach. Riziká sú pravdepodobne najväčšie vo väčších mestách, kde mechanizmus priamej demokracie nie je dostatočný - a pri pripravovanom transfere kompetencií sa toto riziko stáva ešte viac závažným.

#### V.IV. Špecifika obstarávania služieb

Vo väčšine vyspelých krajín legislativa verejného obstarávania osobitne upravuje obstarávanie služieb. Služby majú totiž charakter výrazne špecifického statku, napr. vzhladom k nasledovným črtám:

- nedeliteľnosť,
- neskladovateľnosť,
- miestne a časové spojenie produkcie a spotreby,
- nemotný charakter,
- dominantné postavenie pracovnej sily v procese ich poskytovania,
- nutnosť kooperácie zo strany objednávateľa, atď.

Obstarávanie služieb si preto vyžaduje minimálne čiastočne špecifické prístupy a mechanizmy. Zákon č. 263/1999 Z. z. tento aspekt neupravuje, čo môže viest k potenciálnym problémom. Celkove v zákone absentujú jednoduchšie, ale ešte stále konkurenčné postupy obstarávania, vhodné práve pre oblasť služieb. Priame zadanie založené na báze ceny je v tejto oblasti veľmi riskantné. Bývalá užšia súťaž je už v díkcií nového zákona o verejnem obstarávaní č.263/1999 Z. z. veľmi skomplikovaná. Minimálne z časového hľadiska predstavuje najzložitejšiu metódu verejného obstarávania.

Organizácie, ktoré si radšej vyberú cenovo drahšieho (ale spoľahlivého a zodpovedného, a tým v konečnom dôsledku lacnejšieho) dodávateľa služieb, budú mať problém:

- alebo tak urobia mimo zákona (nákupy do 500 000 Sk) a budú riskovať napadnutie napr. rezortnou kontrolou, ktorá bude požadovať výber najlacnejšieho dodávateľa (tak ako to dobre poznáme z doterajších skúseností),
- alebo použijú komplikované metódy podľa zákona č. 263/1999 Z. z. s dopodom na dlhý čas a predraženie,
- alebo, čo bude možno najschodnejšie, si budú musieť vytvoriť dodatočné interné pravidlá pre tento druh obstarávania pri „nákupoch“ do 500 000 Sk.

Ani jedno z uvedených riešení nie je optimálne. Čistým riešením je priame legislatívne ošetroenie špecifík obstarávania služieb, rešpektujúce ich špecifiká, a tým tvoriaci skutočnú pomôcku pre tých, ktorí chcú verejné prostriedky vynaklaďať efektívne, účelne, hospodárne a aj transparentne – tak, ako by to malo vždy a všade byť.

#### V.V. Účasť malých a stredných podnikov na obstarávaní

Jedným zo základných predpokladov priaznivého ekonomickejho vývoja každej krajiny je dynamický rozvoj všetkých podnikateľských subjektov, najmä však malých a stredných podnikov. Tie tvoria chrbovú košť aktívneho a flexibilného vývoja ekonomiky vo všetkých štátach sveta.

##### 1. Malé a stredné podniky vo verejnem obstarávaní na Slovensku

Na Slovensku sa verejného obstarávania zúčastňuje málo stredných a malých podnikov. Účasť na ňom znamená pre nich značné náklady, potrebu ľudu a času. Zatiaľ čo veľké podniky majú pre účasť vo verejnem obstarávaní vyčlenené tímy ľudu, pre malé a stredné podniky je to neprijateľné. Aj keď ich ponuku charakterizuje kvalita dodávky, dodržanie dodacieho termínu a dobrá cena, často sú zo súťaže vylúčené pre nesplnenie niektorých z formálnych podmienok. Neuspenie v súťaži odrádza podnikateľov vôbec vstupovať do verejných súťaží. Väčšina súťaží pre nich znamená len stratu času a finančných prostriedkov.

Na neúspech malých a stredných podnikov v procese verejného obstarávania majú vplyv aj nedostatky v práci obstarávateľov. Pracovníci, poverovaní prípravou súťaží, sú totiž zameraní na svoju hlavnú činnosť, čo viedie často k nekorektným súťažiam a k rušeniu súťaží. Malé a stredné podniky získavajú d'alsiu negatívnu skúsenosť, ktorá ich odrádza vstupovať do ďalších súťaží. Často sa malé a stredné podniky stretávajú s finančnými problémami verejných organizácií, ktoré organizujú súťaže aj na finančne nekryté dodávky a platby za ne sa oneskorujú.

Hlavné bariéry úspešnej účasti malých a stredných podnikov na súťažiach verejného obstarávania sú:<sup>27</sup>

- nedostatočné informácie o nastávajúcich súťažiach o verejné objednávky,
- vysoký stupeň byrokracie v procese verejného obstarávania,
- vysoké náklady na prípravu súťažných návrhov,
- nedostatočná administratívna kapacita na prípravu súťažných návrhov,
- nedostatok skúseností v oblasti verejného obstarávania a v príprave súťažných návrhov,
- negatívne skúsenosti z účasti na verejném obstarávaní z minulosti,
- nedôvera k štátym organizáciám.

## 2. Malé a stredné podniky vo verejnom obstarávaní v EÚ

Vo všetkých členských štátoch EÚ sú malé a stredné podniky považované za indikátor, ktorý vypovedá o stave ekonomiky daného štátu alebo regiónu. Rozvoj malých a stredných podnikov sa pokladá v EÚ za prioritu politiky regionálneho rozvoja. Avšak aj EÚ má problémy so zapojením malých a stredných podnikov do verejného obstarávania. V členských štátoch EU je účasť malých a stredných podnikov na verejnom obstarávaní nízka. Z celkového objemu verejného obstarávania (čo predstavuje 15 % hrubého domáceho produktu) získali malé a stredné podniky len 15,3%. To predstavuje k ich prevažujúcej početnosti veľmi malý podiel.

Podľa osobitnej štúdie je v EÚ vstup a úspešnosť malých a stredných podnikov vo verejných súťažiach sťažená hlavne nasledovnými bariérami:

- veľký objem kontraktov,
- nedostatok praktických skúseností,
- slabá spolupráca medzi malými a strednými podnikmi,
- nedostatočný prístup k informáciám o nastávajúcich súťažiach,
- nedostatočné jazykové schopnosti prevažne v technickej oblasti,
- nedostatok času a nákladná príprava ponuky,
- nepostačujúci manažment podniku,
- zložitosť certifikácie v ostatných členských štátoch,
- dosiahnutie dôveryhodnosti v ostatných štátoch Európskej únie,
- omeškávanie sa pri platobách.

Z vyššie uvedeného je vidieť, že počet bariér sa oproti dnešnému stavu na Slovensku pôsobením jednotného trhu v EÚ rozširuje.

Pri snahе odstrániť bariéry úspešnej účasti malých a stredných podnikov na verejnom obstarávaní sa vyskytuje viacerо protirečení. Mnohé z navrhovaných opatrení sice uľahčujú vstup malých a stredných podnikov na spoločný trh v oblasti verejného obstarávania, nie sú však zlučiteľné so všetkými zásadami verejného obstarávania. Najmä s požiadavkou rovnakých podmienok pre všetkých uchádzačov. Väčšina takýchto

<sup>27</sup> Pre bližšie informácie pozri Ž. Križanová, Podpora malých a stredných podnikov v procese verejného obstarávania, diplomová práca na Univerzite M. Bella v Banskej Bystrici, 1999

opatrení má vyhlasovaný dočasný charakter a zakladá sa na smerniciach konštruovaných výlučne v prospech malých a stredných podnikov tým, aby im boli poskytované zákazky s menším objemom.

## 3. Opatrenia zamerané na zvýšenie účasti malých a stredných podnikov na verejnom obstarávaní

Analýza situácie účasti malých a stredných podnikov na verejnom obstarávaní na Slovensku a skúsenosti členských štátov EÚ viedie k záverom, že hlavnú pomoc malým a stredným podnikom pri verejnom obstarávaní možno poskytnúť najmä všeobecným zlepšením úrovne verejného obstarávania. To znamená hlavne **zvýšením transparentnosti procesu verejného obstarávania, znížovaním počtu prípadov vylúčenia uchádzačov zo súťaže, zvýšením odbornej spôsobilosti obstarávateľov, zvyšovaním skúseností uchádzačov v príprave na účasť v súťažiach verejného obstarávania**.

Skúsenosti EÚ poukazujú na osobitné opatrenia v prospech účasti malých a stredných podnikov vo verejnom obstarávaní, ktorých aplikáciu by bolo vhodné zvážiť aj na Slovensku. V nasledujúcom texte uvádzame príklady jednotlivých opatrení:

- Najefektívnejšou formou podpory malých a stredných podnikov je forma subkontraktácie ako výberového kritéria. To predstavuje ochotu uchádzača poskytnúť časť kontraktu (napr. 30 %) malým a stredným podnikom, často v regionálnom záujme. Požiadavka subkontraktácie musí byť uvedená už v oznamení o vyhlásení metódy verejného obstarávania. Prednóstou tohto spôsobu je najmä zníženie nákladov a úspora času na prípravu súťažného návrhu. Vyžaduje však kvalitnú spoluprácu medzi veľkými podnikmi a malými a strednými podnikmi.
- Vhodnou formou podpory je pomoc pri zvyšovaní informovanosti malých a stredných podnikov, pomoc pri využívaní moderných informačných a komunikačných technológií (najmä INTERNETU) a poradenstvo v tomto smere. Potom môžu malé a stredné podniky využívať svoje hlavné prednosti – hlavne rýchlu adaptáciu na nové podmienky. To však vyžaduje zabezpečiť, aby malé a stredné podniky mali rovnaké možnosti a priležitosti zapájať sa do elektronického verejného obstarávania.

V tomto smere je v EÚ uplatnený projekt SIMAP (electronic procurement project), ktorý poskytuje prostredníctvom INTERNETU rozsiahle aktuálne informácie o verejnom obstarávaní a umožňuje efektívnu komunikáciu medzi účastníkmi verejného obstarávania navzájom a medzi nimi a odborníkmi zaobrajúcimi sa danou oblastou. To zvyšuje informovanosť účastníkov procesu verejného obstarávania, kvalitu prípravovaných súťaží a v konečnom dôsledku efektívnosť celého procesu. Na Slovensku je vhodné uvážiť uplatnenie tohto projektu a vytvorenie podmienok pre jeho implementáciu.

Legislatívne zabezpečenie účasti malých a stredných podnikov na obstarávaní si ukážeme na nemeckom príklade:

Nemecký zákon proti obmedzovaniu súťaže (GWB) obsahuje s platnosťou od 1. januára 1999 ustanovenie § 97 ods. 3, v ktorom je uvedené, že záujmy malých a stredných podnikov sa zohľadňujú najmä delením zákaziek primerane na určité časti uvedené vo VOB/A. Z citovanej formulácie tohto ustanovenia vyplýva, že formy zvýhodnenia malých a stredných podnikov môžu byť aj iné. Toto opatrenie je v súlade s ďalšími opatreniami GWB, ktoré napr. povolujú výnimky zo zákazu kartelových dohôd v určitých vymenovaných prípadoch. Tieto výnimky platia v GWB už od začiatku jeho platnosti, t.j. od 1. januára 1958.

Takéto opatrenia by mohli byť súčasťou zákona č. 188/1994 Z. z. podobne ako je to v kartelových zákonoch iných štátov. Legislatívne zabezpečenie účasti malých a stredných podnikateľov na verejnom obstarávaní by malo byť vedené v dvoch smeroch - v zákone o verejnom obstarávaní a v novom zákone o ochrane hospodárskej súťaže.

## V.VI. Proces verejného obstarávania

### 1. Vzťah pojmov „uchádzač“ a „záujemca“:

Účastníkmi procesu obstarávania sú obstarávateľ a uchádzač. Na strane uchádzača je potrebné rozširovať postavenie podnikateľa vo viacerých polohách.

Pokiaľ obstarávateľ publikuje svoj záväzný úmysel na uzavretie zmluvy, podnikateľ môže zaujať niektorý z naznačených postojov:

- pri dostatočne naplnenom zásobníku práce vezme toto oznámenie obstarávateľa na vedomie, ale ďalej sa o zákazku nezaujíma,
- pri naplnenom zásobníku práce akceptuje oznámenie obstarávateľa. Prejaví záujem o účasť v procese obstarávania, ale svoju ponuku zostavuje viac-menej s budúcimi cieľmi (možnosť preverenia konkurenčnosti pri získavaní budúcej zákazky, porovnanie zostavovania cenotvorby alebo iné záujmy),
- zásobník práce nemá dostatočne naplnený alebo si potrebuje vytvoriť dostatočnú rezervu a náplň zásobníka práce. Prejaví záujem o účasť v procese obstarávania s cieľom úspešného umiestnenia sa v súťaži a následného uzavretia zmluvy.

Zákon č. 263/1999 Z.z. o verejnom obstarávaní definuje v § 4 „uchádzača“ ako podnikateľa, ktorý si vyžiadal alebo obdržal súťažné podklady a predložil ponuku alebo výkon. V § 5 sa uvádzá, že „záujemcom“ je podnikateľ, ktorý prejavil záujem o účasť v užej súťaži alebo v rokovacom konaní so zverejnením predložením dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti. Rozdiel v chápani týchto pojmov je v chronologickom zaradení sa podnikateľa do procesu verejného obstarávania.

V ďalších ustanoveniach uvedeného zákona § 24, § 25, § 26, § 30, § 31, § 32, § 37 ods. 1 pism. c) a ods. 3 sú tieto pojmy používané ako rovnocenné s tým, že spravidla sú uvádzané „uchádzač alebo záujemca“ bez bližšieho rozlišenia.

Z uvedeného vyplýva, že zaraďovanie týchto pojmov nevystihuje dosťačne presne naznačené postavenie podnikateľa. Je na zváženie aj možný pojem „potenciálny záujemca“ pre podnikateľov, na ktorých sa obstarávateľ obracia svojou výzvou o prejavenie záujmu o účasť v procese verejného obstarávania.

Skutočne chápaný a logický rozdiel je len pri uplatňovaní metód verejného obstarávania, a to pri užej súťaži § 43, § 44 a § 45, kde v § 45 by bolo potrebné rozširovať medzi záujemcom podľa ods. 1 (vo všeobecnosti) a podľa ods. 2 (už ako vybraným) alebo používať tu uvedený pojem „vybraný záujemca“. Obdobná situácia je aj pri rokovacom konaní so zverejnením § 48, § 49 a § 50, kde ale v § 50 ods. 6 a v § 51 sa pojem „vybraný záujemca“ stráca a uvádzá sa len záujemca.

Nesprávnym a nedôsledným uvádzaním týchto pojmov najmä z hľadiska chronologickej postupnosti procesu verejného obstarávania môžu v budúcnosti vznikať mnohé nepresnosti a nejasnosti v postupoch verejného obstarávania. To sa môže prejavovať vo vznášaní námetok prípadne sťažností na postup obstarávateľa.

### 2. Metódy verejného obstarávania:

Zákon č. 263/1993 Z. z. o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných práci uvádzal pojem „formy obstarávania“, novela zákona č. 120/1996 Z. z. pojem „spôsoby obstarávania“, v súčasnosti platný zákon č. 263/1999 Z. z. (ďalej len „zákon“) uvádzá pojem „metódy obstarávania“. Tažko hodnotiť túto terminologickú „zmes“ ako vhodné riešenie, keď v konečnom dôsledku sa vždy pod uvedenými pojмami chápe jedno a to isté.

Ďalej je potrebné uvážiť, či obstarávateľ vyhlásením „metódy verejného obstarávania“ dosiahne vybratie vhodnej ponuky a uzavretie zmluvy alebo obstarávateľ vyhlasuje priamo „súťaž“, „tender“ či „výber najvhodnejšieho návrhu zmluvy“ spôsobom verejnej súťaže, užej súťaže alebo rokovacím konaním.

Zákon uvádza v § 12 ods. 1 štyri metódy verejného obstarávania:

- verejná súťaž (§ 40)
- užšia súťaž (§ 43)
- rokovacie konanie so zverejnením (§ 47)
- rokovacie konanie bez zverejnenia (§ 52)

Pri voľbe medzi verejnou a užšou súťažou zákon nemá žiadne podmienky. Pre voľbu rokovacích konaní už určuje povinnosť splnenia aspoň jednej podmienky uvedenej v zákone. V jednotlivých metódach, ale aj vôbec v zákone nie je uvedená možnosť súťaže s predkvalifikáciou.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Problematike predkvalifikácie sa podrobnejšie venujeme v časti V.I.

Po preštudovaní a porovnaní jednotlivých metód verejného obstarávania podľa zákona, je možné konštatovať, že podľa jednotlivých postupov v podstate ide o:

- 1) a) verejnú súťaž,
- b) verejnú súťaž s predkvalifikáciou,
- 2) rokovacie konanie s viacerými záujemcami vybranými predkvalifikáciou,
- 3) rokovacie konanie s jedným vopred vybraným podnikateľom alebo (kde nie je pri začatí rokovania ešte isté, či s týmto vybraným podnikateľom vôbec dôjde k uzavretiu zmluvy a preto nie je možné hovoriť o záujemcom či uchádzačovi).

#### Lehoty na predkladanie ponúk

Zákon v postupoch pri jednotlivých metódach verejného obstarávania (§ 40, § 43, § 47) ďalej upravuje len lehoty na predkladanie ponúk. Tu je ale potrebné poznamenať, že zákonom uvádzané lehoty sú odchylné od lehot uvádzaných v smerniciach EÚ. Po podrobnom rozpracovaní postupov jednotlivých metód verejného obstarávania vychádza **časová náročnosť od zverejnenia oznamenia o vyhlásení metódy verejného obstarávania vo vestníku** (bez predbežného oznamenia) pre:

- a) verejnú súťaž **min. 12 týždňov**,
- b) užšiu súťaž **min. 17 týždňov**,
- c) rokovacie konanie so zverejnením **min. 14 týždňov** za podmienky absolútne bezproblémového postupu pri danej metóde.

Ustanovenia § 52 pre možnosti použitia rokovacieho konania bez zverejnenia, najmä pre obstarávateľov definovaných podľa § 3 ods. 2, už teraz avizujú otázky. Tie sa týkajú najmä obstarávania náhradných dielov na technologické zariadenia v hodnotách niekoľko mil. Sk a potreby uvedenia presného typu a výrobcu zariadenia. Tu je možné očakávať mnohé problémy, a to hlavne pri odôvodňovaní použitej metódy verejného obstarávania.

#### Otváranie ponúk

V zákone nie je jednoznačne uvedená povinnosť zabezpečenia verejného otvárania obálok ponúk, kde pod verejným otváraním rozumieme otváranie obálok ponúk len za účasti uchádzačov, ktorí predložili ponuku. Ods. 1) § 35 zákona umožňuje obstarávateľovi „rozhodnúť o účasti uchádzačov na otváraní obálok“. Tu má možnosť obstarávateľ voliť medzi verejným alebo neverejným otváraním, bez bližšieho upratenia kto vôbec môže byť prítomný pri verejnom otváraní. Uvádzia sa len „všetkým zúčastneným“. Toto ustanovenie je možné považovať za diskriminačné voči všetkým uchádzačom, ktorí sa zúčastnia procesu verejného obstarávania. Nemajú totiž možnosť odvolania sa voči tomuto postupu a o účasti v súťaži (chápanej vo všeobecnosti) sa dozvedia (pokiaľ ich ponuku komisia na vyhodnotenie ponúk nevyhlúčí) až pri oznamení o umiestnení (§ 36 ods.1)), resp. až pri publikovaní výsledku súťaže vo vestníku. Práve pri otváraní ponúk sa najviac preukazuje princíp transparentnosti tohto procesu. Z nasledného ustanovenia ods. 3) tohto paragrafu, kde sa uvádzia, že „vyhodnocovanie

ponúk komisiou je neverejné a nesmú sa ho zúčastniť uchádzači“ sa dá dedukovať možný postup obstarávateľa pri prípadnom verejnom otváraní obálok.

#### Lehoty viazanosti ponúk

Postup a možnosti použitia jednotlivých metód sú popísané v už vyššie uvádzaných paragrafoch. Nikde v zákone ale nie je uvedené, že postup od terminu na predloženie ponúk do uplynutia lehoty viazanosti ponúk (ďalej len „vyhodnocovací blok“) je záväzný a spoločný pre všetky tri metódy verejného obstarávania, ktorých použitie je podmienené publikovaním oznamenia vo vestníku.

V tomto vyhodnocovacom bloku uvádzané termíny (§ 35 a § 36) umožňujú vypočítať teoreticky minimálnu lehotu viazanosti ponúk, ktorá ináč v zákone nie je definovaná, v trvaní 37 dní. To ale len za splnenia týchto obmedzujúcich podmienok:

- otváranie ponúk je neverejné,
- požiadavky na vysvetlenie ponúk, odôvodnenie neobvykle nízkej ceny alebo zjavné matematické chyby nie sú žiadne alebo len v minimálnom rozsahu,
- komisia na vyhodnotenie ponúk tvoria odborníci v predmete obstarávania a táto vyhodnotí ponuky bez zbytočného odkladania a predĺžovania,
- v čase plynutia lehoty viazanosti ponúk nie sú štátne sviatky alebo dni pracovného pokoja,
- k oznameniu o poradí úspešnosti ponúk uchádzači nevznesú námitky alebo stážnosti na postup obstarávateľa a Úrad pre verejné obstarávanie nezasiahne do procesu obstarávania,
- návrh zmluvy je spracovaný tak, že je ho možné bez úprav prijať.

Po posúdení a zvážení rizík vyplývajúcich z uvedených bodov je reálnejšie uvažovať s lehotou viazanosti ponúk **min. 42 dní** alebo až 49 - 56 dní, t. zn. **7 - 8 týždňov**. Tu je nutné mať na zreteli, že táto lehota je rovnaká pre verejnú súťaž, užšiu súťaž aj pre rokovacie konanie so zverejnením.

Z tohto vyplýva predpísaný terminovo nemeniteľný postup obstarávateľa pri obstarávaní akéhokoľvek predmetu obstarávania. Je teda jedno, či ide o zabezpečenie výstavby komplikovanej a zložitej stavby alebo o relatívne jednoduchú stavbu, či ide o jednoznačne definované tovary alebo služby menšieho rozsahu. V lehote na predkladanie ponúk pre tovary je možnosť skrátenia lehoty akceptovaná. Aj tu by bolo vhodné umožniť obstarávateľovi, podľa definovaných alebo istým spôsobom vymedzených predmetov obstarávania, upraviť tieto lehoty viazanosti ponúk na určené minimálne lehoty. Tie by malí byť kratšie ako požadovaných šest týždňov (21+21 dní).

Na základe uvedeného je možné konštatovať, že podľa zákona je „najjednoduchšou metódou verejného obstarávania“ verejná súťaž. Platí to aj s príslušným rizíkom vzhľadom na platnosť „súťaže“, keď podmienky splní čo i len jeden uchádzač. Nie je potešujúce, že slúbované zjednodušenie postupov obstarávania pri užšej súťaži a pri rokovacom konaní so zverejnením v zákone neexistuje.

To, kde by mohol obstarávateľ prejaviť svoju vôle pri výbere podnikateľov, zákon pozná len pri metóde rokovacieho konania bez zverejnenia – de facto pri priamom



zadaní. Možnosti výberu dodávateľa, ktoré poznal „starý zákon“ pri užšej súťaži a pri rokovacom konaní tu zákon neumožňuje.

### 3. Súťažné podklady

Vzhľadom na to, že zákon vystupuje voči Obchodnému zákonníku (ďalej len „Obch. zák.“) ako „lex specialis“ (§ 12 ods. 3)), kde sa neuplatňujú ustanovenia § 281 až § 288 Obch. zák., je zavedená definícia podľa § 9 súťažných podkladov. Tieto majú obsahovať nevyhnutné podklady na vypracovanie ponuky. Vo väzbe na všeobecné obchodné záväzkové vzťahy je potrebné upozorniť na axiomu „Čo v súťažných podkladoch nie je uvedené a požadované, to nemožno v ponuke vyžadovať.“ Ak ponuka má v každom prípade obsahovať návrh zmluvy, potom je možné povedať „Čo sa v zmluve neuvedie, na to nárok nie je.“

Cieľom verejného obstarávania je výber a uzavretie zmluvy so všetkými náležitosťami v súlade s Obch. zák.. Tu zákon uvádzá v § 24 obligatórne podmienky, ktoré musia byť splnené. Tieto podmienky sú uvedené aj v § 25, § 27, § 28 a v § 29, kde medzi nimi sú uvedené aj obchodné podmienky (§ 29 ods. 3)).

V zákone je umožnené všeobecnejšie a širšie poňatie pojmu súťažné podklady. Ale pre obstarávateľov, ktorí obstarávajú „ad hoc“ je tu veľké riziko pri správnom formulovaní podkladov, kedy sa môže stať, že nie najsprávnejšie určia možné postupy a podmienky pre uzavieranie zmlúv. Pokiaľ nebudú prístupné pomerne podrobnej pomôcky a návody pre zostavovanie súťažných podkladov pre jednotlivé vzorové prípady obstarávania, bude najmä pre komunálnu sféru vypracovanie súťažných podkladov najprácenejšou a najdôležitejšou časťou procesu verejného obstarávania.

### 4. Vypísanie súťaže

Zákon v § 7 zavádzá pojmy „predbežné oznámenie“ a „oznámenie o vyhlásení metódy verejného obstarávania“.

Obstarávateľ je jednoznačne povinný publikovať ako predbežné oznámenie, tak aj oznámenie o vyhlásení metódy verejného obstarávania vo vestníku verejného obstarávania. Jeho vydávanie má zabezpečovať Úrad pre verejné obstarávanie. Zákonom je určené, že vestník má vychádzať raz za sedem dní a žiadosť o publikovanie má byť zaslaná 12 dní pred dňom publikovania.

Dovtedy, pokiaľ vydávanie vestníka zabezpečí Úrad, túto činnosť zabezpečuje Obchodný vestník, maximálne na dobu 12 mesiacov. Tu je ale potrebné upozorniť na to, že Obchodný vestník vychádza obvykle 5. a 20. v mesiaci a žiadosť o publikovanie je potrebné doručiť najneskôr 20 dní pred požadovaným dňom publikovania. Predbežné oznámenie môže byť publikované najneskôr 12 mesiacov a najneskôr 40 dní pred publikovaním oznámenia o vyhlásení metódy verejného obstarávania.

Tieto lehoty sú uvedené z toho dôvodu, že pokiaľ ich premietneme do reálneho času prípravy obstarávania, vidíme, že obstarávateľ musí mať cca 30 dní pred požadovaným dňom publikovania oznámenia rozpracované súťažné podklady aspoň na 60 - 70 % tak, aby mohol uviesť všetky potrebné údaje predpísané podľa Prílohy č. 2

k zákonu. Tu je zaujímavé dôrazné upozorňovanie zamestnancov MVVP SR na to, že Príloha č. 2 je ako tlačivo pre počítačové spracovanie.

Zohľadením aj týchto „prípravných lehot“ sa lehoty uvádzané pri jednotlivých metodach verejného obstarávania predĺžujú cca o 4 až 5 týždňov.

To, že pri publikovaní predbežného oznámenia je možné lehotu na predkladanie ponúk skrátiť o cca 2 týždne, nie je postačujúce.

### 5. Predmet obstarávania

Pri vyhlasovaní verejného obstarávania je obsah vyhlásenia upravovaný zákonom v § 21 s odvolávkou na Prílohu č. 2. Tu pri obstarávaní tovarov má byť predmet obstarávania definovaný číslom na základe colného sadzobníka alebo pri obstarávaní prác a služieb číslom podľa klasifikácie produkcie (ďalej len KP) a opisom. Nie je však bližšie uvedené či číslo colného sadzobníka má byť osem miestne alebo stačí štvormiestne? Pri obstarávaní prác nie sú v klasifikácii produkcie stavebné objekty podľa JJKSO, ale podľa členenia prác HSV a PSV. Ako má postupovať obstarávateľ pri obstarávaní dodávateľa „kompletnej“ bytovej stavby označenej v JJKSO pod jedným číslom, ale v KP je osobitne bytová hrubá stavba a ostatné práce (murárske, omietkarské, inštalatérské, lešenárske, malíarske a pod.) sú uvádzané samostatne? Ako má postupovať obstarávateľ pri obstarávaní tovaru, ktorý napr. v colnom sadzobníku nie je uvedený (napr. „pracovný krém“ Indulona)? Pokiaľ bude definovať predmet obstarávania opisom a nie podľa colného sadzobníka alebo klasifikácie produkcie, porušíl zákon?

### 6. Proces rozhodovania o ponukách

Ako už bolo uvedené, o vyhodnotení ponúk rozhoduje komisia. Komisiu podľa § 34 zriaďuje obstarávateľ. Zákon ustanovuje, že členovia komisie musia mať odborné vzdelanie a odbornú prax zodpovedajúcej predmetu obstarávania. Nikde však nie je uvádzané, akým spôsobom sa táto podmienka preukazuje. Medzi odborníkov odporúčame zahrnúť aj ekonóma - s ohľadom na posúdenie zostavenia ponukovej ceny alebo nákladov a aj právnika - vzhľadom k tomu, že sa vyhodnocuje návrh zmluvy so všetkými náležitosťami.

Zákonom určená povinnosť odbornosti pre členov komisie v predmete obstarávania bude vytvárať silné napätie najmä v komunálnej sfére. Vysvetlenie zamestnancov MVVP SR, že obce budú musieť do komisií delegovať odborníkov, môže naraziť na silnú reakciu od poslancov obecných zastupiteľstiev.

Pre vyhodnocovanie ponúk určuje zákon v § 35 postup, ktorý už bol predchádzajúcim zákonom zaužívaný. Navyše, zavádzá možnosti opravy zjavných matematických chýb, možnosti vysvetlenia ponuky a povinnosť preverenia neobvykle nízkej ceny, ktorú aj definuje.

Po vyhodnotení ponúk a po uzavretí zmluvy, zákon predpisuje v § 36 ods. 4) povinnosť obstarávateľa v lehote do siedmich dní označiť Úradu výsledok verejného obstarávania a požiadať o zverejnenie vo vestníku resp. v tlači, v ktorej sa verejné obstarávanie vyhľásilo. Údaje pre Úrad byť podľa Prílohy č. 3. Obdobná povinnosť pre obstarávateľa je uvedená aj v § 53 ods.2), avšak tu uvedená diktia „**Do siedmich dní po**

**uzavretí zmluvy obstarávateľ zverejní vo vestníku** výsledok rokovania podľa Prílohy č. 3.“ asi nebude splnitel'ná. Táto pochybnosť vychádza z § 77 ods. 2) kde „Podkladom na zverejnenie oznámenia vo vestníku je jeho pravopis doručený Úradu **najneskôr 12 dní pred termínom zverejnenia.**“ V súčasnosti, keď vestník vydáva Ministerstvo spravodlivosti podľa § 92 ods. 6) je táto lehota 20 dní pred termínom publikovania (obvykle 5. a 20. v mesiaci).

Zároveň je potrebné upozorniť na nutnosť vyjasnenia vzťahu zákona a iných predpisov nižšej právnej sily (výmery a výnosy Ministerstva financií Slovenskej republiky, metodické pokyny a usmernenia jednotlivých rezortov a pod.) a ich dopady do procesu verejného obstarávania, kedy dochádza k neprimeraným úpravám zákona, resp. k „novelizácii“ zákona.

## **VI. POROVNANIE LEGISLATÍVY EURÓPSKEJ ÚNIE A SLOVENSKEJ REPUBLIKY**

**Porovnanie ustanovení smerníc EÚ o verejnom obstarávaní a zákonov NR SR o verejnom obstarávaní a koncesnom obstarávaní.**

Za účelom porovnania treba postaviť oproti sebe všetky smernice EÚ o verejnom obstarávaní (č. 92/50 EEC, č. 93/36 EEC, č. 93/37 EEC a č. 93/38 EEC) na jednej strane a zákony NR SR o verejnom obstarávaní č. 263/1999 Z. z. a o koncesnom obstarávaní č. 119/1996 Z. z. na strane druhej.

Dôsledky porovnania treba hodnotiť z dvoch samostatných hľadísk v závislosti od toho či ide o:

1. nadlimitné verejné obstarávanie, alebo
2. podlimitné verejné obstarávanie.

### **1. Nadlimitné verejné obstarávanie**

Ako nadlimitné označuje zákon NR SR č. 263/1999 Z.z. o verejnom obstarávaní tie prípady verejného obstarávania, ktoré prekračujú limity predpokladanej ceny, uvedené v §§ 18 - 20 zákona, a ktoré prekračujú rovnaké prahové ceny, uvedené v smerniciach EÚ, pri ktorých sú členské štaty EÚ zaviazané postupovať pri verejnom obstarávaní podľa príslušných smerníc EÚ. Z medzinárodného hľadiska EÚ sa nadlimitné verejné obstarávanie týka najdôležitejších prípadov verejného obstarávania, pre ktoré platia prínešejšie a podrobnejšie legislatívne ustanovenia. Ich aplikácia pre podlimitné verejné obstarávanie nie je pre členské štaty EÚ záväzná a každý členský štát má právo samostatne rozhodnúť o ich prípadnom použití, úprave alebo nepoužití v národných predpisoch o podlimitnom verejnom obstarávaní.

Legislatívne dôsledky porovnania možno posúdiť za rôznych predpokladov:

- 1.1. Slovenská republika je (alebo bude) členským štátom EÚ
- 1.2. Slovenská republika nie je členským štátom EÚ, ale chcela by sa už vo svojej legislatíve chovať aktívne ako členský štát EÚ aj pred vstupom do EÚ

#### **1.1. Ako členský štát EU**

Členský štát EÚ musí záväzné smernice EÚ uplatniť formou zákona tak, aby súdne konanie pri ich porušení prebiehalo s rovnakým výsledkom vo všetkých členských štátoch EÚ. Ak neberieme do úvahy potrebu niektorých technických, administratívnych alebo formálnych doplnkov pre podmienky Slovenskej republiky,<sup>29</sup> ide o rozhodnutia o tom, akým spôsobom sa záväzné smernice EÚ o verejnom obstarávaní uplatnia v právnom poriadku každého členského štátu.

<sup>29</sup>napr. formu oznamenia o vyhlásení metódy v slovenskom Vestníku pre verejné obstarávanie.

Môžu to byť napr. tieto rozhodnutia:

- Vyhľašiť smernice EÚ o verejnem obstarávaní samostatnými zákonomi NR SR alebo samostatným zákonom NR SR o nadlimitnom verejnem obstarávaní, kde jednotlivé smernice EÚ budú predstavene samostatnými časťami tohto zákona. Je to zrejme vecne najspôsobilivejší spôsob uplatnenia smerníc EÚ o verejnem obstarávaní v slovenskej legislatíve, ktorý bude legislatíva EÚ bez problémov akceptovať. Pri tom treba uvážiť:
  - Rozsiahle preambule smerníc EÚ, ktoré nie sú bežné v slovenskej legislatíve, obsahujú niektoré princípy, ktoré treba alebo možno uplatniť v prípade súdnych konaní a mali by byť preto uvedené v slovenských zákonoch.<sup>30</sup>
  - Smernice EÚ o verejnem obstarávaní sú viaceré a samostatné podľa predmetu obstarávania a obstarávateľa v prirodzených monopoloch. Pri tom sa v nich opakuje rad principov, pojmov a procesných postupov. To je výhodné z hľadiska aktérov verejného obstarávania, neodpovedá to však zásadám slovenskej legislatívy.
  - Slovenský zákon o verejnem obstarávaní neakceptoval obsahovú štruktúru smerníc EÚ a ak by sa táto štruktúra nezmenila, mal by zákon o nadlimitnom obstarávaní inú štruktúru než obsahovo rovnaký zákon o podlimitnom obstarávaní. To by sa mohlo riešiť prijatím štruktúry smerníc EÚ aj do slovenského podlimitného zákona, ktorý tak ako tak bude treba pri vstupe SR do EÚ novelizovať.
- Vyhlásiť smernice EÚ o verejnem obstarávaní jedným zákonom NR SR o nadlimitnom verejnem obstarávaní, pri čom by všetky smernice EÚ o verejnem obstarávaní boli zaradené do jednotnej štruktúry zákona, podobnej štruktúre každej zo smerníc EÚ o verejnem obstarávaní a zhruba rovnakej ako je štruktúra slovenského zákona NR SR o verejnem obstarávaní. Toto prepracovanie smerníc EÚ by muselo spoľahlivo zabezpečiť rovnakú interpretáciu jednotného zákona o nadlimitnom verejnem obstarávaní vrátane súdneho konania, ako majú smernice EÚ v ktorejkoľvek členskej krajine EÚ. Tým by sa zamedzilo opakovaniu rovnakých ustanovení vo viacerých alebo v jednom zákone a skratiť by sa text zákona. Naopak by došlo k diferenciácii v mnohých ustanoveniach (najmä vyhlásovania, podmienky účasti, metódy a lehoty) podľa predmetov obstarávania s nevyhnutným nárokom a z neprehľadným textu zákona. Neprehľadnosť slovenského zákona NR SR o verejnem obstarávaní, ktorý sa na takúto cestu podujal, preukazuje ľažkosť tejto cesty.
- Zahrnúť smernice EÚ o verejnem obstarávaní do (novelizovaného) zákona NR SR ako jeho samostatnú časť o nadlimitnom verejnem obstarávaní. Problematika rozhodovania o forme a štruktúre tohto zahrnutia je rovnaká ako v predchádzajúcich dvoch prípadoch samostatných zákonov alebo jedného zákona o nadlimitnom verejnem obstarávaní, rovnako ako legislatívne ľažkosť z toho vyplývajúce. Navyše, v jednom

celku viacj vynikne pojmová a štruktúrna nejednotnosť terajšieho slovenského zákona NR SR o verejnem obstarávaní so smernicami EÚ.

- Zahrnúť ustanovenia smerníc EÚ o verejnem obstarávaní do (novelizovaného) zákona NR SR o verejnem obstarávaní vecne príslušne k ustanoveniam o podlimitnom verejnem obstarávaní. Rôzna obsahová štruktúra a nevyhnutnosť zachovať v plnom rozsahu rovnakú interpretáciu nadlimitného obstarávania (vrátane súdnych konaní) ako majú smernice EÚ spôsobiť väčší počet ustanovení a ich menšiu prehľadnosť. Túto cestu zvolila Spolková republika Nemecko formou tzv. „a“ paragrafov, ale pri samostatných predpisoch pre jednotlivé predmety obstarávania. Pri volbe tohto spôsobu riešenia by bolo asi vhodné uvážiť prispôsobenie obsahovej štruktúry podlimitnej časti novely slovenského zákona o verejnem obstarávaní.
- Vypracovať celkom nový slovenský zákon o verejnem obstarávaní, ktorý by sa v maximálne možnej miere aj pri podlimitnom verejnem obstarávaní prispôsobil štruktúrou, obsahom aj formuláciou ustanovení smerniciam EÚ o verejnem obstarávaní tak, aby diferenčných ustanovení pre podlimitné obstarávanie bolo čo najmenej a aby nespôsobovalo rozširovanie počtu ustanovení a ich neprehľadnosť. Ide o najzložitejší spôsob zahrnutia ustanovení smerníc EÚ do slovenského podlimitného obstarávania a racionálne s ním možno rátať v prípade generálnej novelizácie smerníc EÚ o verejnem obstarávaní, ktoré by na základe rôznorodých skúseností uláhčovali prispôsobovanie podlimitného obstarávania všetkým členským štátom EÚ. Pri tom treba znova upozorniť, že prísne pravidlá smerníc EÚ sú určené pre najdôležitejšie prípady verejného obstarávania charakterizované ako „nadlimitné“ a ich nezáväznú analogickú aplikáciu pre podlimitné verejné obstarávanie má každý členský štát EÚ právo samostatne uvážiť.

Slovenská republika však nie je členským štátom EÚ a uvedené úvahy môžu dnes slúžiť len k tomu, čo bude potrebné robiť pri budúcom vstupe Slovenskej republiky do EÚ a aký prechodný postup zvoliť pred týmto vstupom.

## 1. 2. Ako aktívny kandidát na členstvo v EÚ

Slovenská republika nie je členom EÚ a zrejme ním nemôže byť pred rokom 2004. V tomto medziobdobí sa však Slovenská republika môže chovať ako by bola členom EÚ. Môže sa pokúsiť o to, aby sa rovnako chovala EÚ k Slovenskej republike (napr. zahrňovať oznámenia o vyhlásení a o výsledku nadlimitného verejného obstarávania do Vestníku EÚ a databázy TED, prijímať ročné správy o nadlimitnom verejnem obstarávaní, súhlasiť s dočasnou len informačnou účasťou delegátov Slovenskej republiky v niektorých orgánoch EÚ pre verejné obstarávanie a pod.).

Pre tento postup treba absolvoovať z iniciatívy Slovenskej republiky predbežné rokovania s Komisiou EÚ o jej prípadnom súhlase alebo rozsahu jej súhlasu s niektorými ustanoveniami smerníc EÚ o verejnem obstarávaní vo vzťahu k Slovenskej republike analogickými pre členstvo v EÚ. Tento postup mohol byť účelne využitý pri príprave zákona NR SR č. 263/1999 Z. z. o verejnem obstarávaní. Pre zostávajúci časový rámec

<sup>30</sup> Princípom európskeho práva pre verejné obstarávanie sa podrobnejšie venujeme v kapitole II.III.

do pravdepodobného vstupu Slovenskej republiky do EÚ je preto potrebné účelnosť tohto postupu uvážiť, a to najmä v prípade, že z iných vážnych dôvodov by malo dôjsť k novelizácii zákona NR SR č. 263/1999 Z. z.

Podľa výsledkov rokovani s Komisiou EÚ by rozsah ustanovení o nadlimitnom verejnom obstarávaní varioval od plného uplatnenia ako v prípade členského štátu EÚ až po rozsah ustanovení, ktorých uplatnenie je plne v právomoci nezávislého samostatného štátu. To znamená bez procesných ustanovení viažuce sa na činnosti alebo orgány EÚ. Spôsob legislatívnej úpravy nadlimitného verejného obstarávania možno zvoliť rozhodnutím o možnostiach, rovnako ako je to uvedené v predchádzajúcej stati pre členský štát EÚ.

Vo väzbe na dnešný zákon NR SR č. 263/1999 Z. z. o verejnem obstarávaní by legislatívna úprava nadlimitného verejného obstarávania sice zmysluplnie naplnila pojem „nadlimitného verejného obstarávania“. Ten je uvedený v zákone prakticky len terminologicky, bez akéhokoľvek ďalšieho naplnenia a významu (len pojem, prahové hodnoty, oznamenie v zahraničnej tlači, súhlas s preferenciou v regiónoch, dopad na niektoré lehoty a správy o výsledku). Pre krátky časový priestor, vymedzený možným vstupom Slovenskej republiky do EÚ a s uvážením doby nevyhnutnej na prípravu a proces schválenia legislatívneho aktu, nie je ale pravdepodobne vhodné legislatívne prechodne upravovať nadlimitné verejné obstarávanie pred vstupom Slovenskej republiky do EÚ. Najmä ak nebude treba z iných vážnych dôvodov dnešný zákon o verejnem obstarávaní novelizovať.

To by v praxi znamenalo, že by sa nadlimitné verejné obstarávanie (až na pojem a nepatrne formálne výnimky) v Slovenskej republike neodlišovalo od podlimitného verejného obstarávania až do jej vstupu do EÚ. Získaný časový priestor by sa dal účelne využiť pre prípravu komplexného legislatívneho riešenia verejného obstarávania pre Slovenskú republiku ako členský štát EÚ.

## 2. Podlimitné verejné obstarávanie

Legislatívna úprava podlimitného verejného obstarávania je v právomoci každého členského štátu EÚ. Každý členský štát EÚ by sa pri tom mal riadiť všeobecne uznanými princípmi verejného obstarávania (nediskriminácia, transparentnosť, hospodárnosť, efektívnosť, jednoduchosť a jednoznačnosť, protikorupčný etický kódex) a uvádzanými všetkými svetové relevantnými úpravami verejného obstarávania (Model Law UNCITRAL, smernice Svetovej banky a FIDIC, Manuál verejného obstarávania OECD - ILO, smernice EU). Pre členský štát EU logicky platí, že by sa predpisy pre podlimitné verejné obstarávanie nemali zbytočne odlišovať od predpisov záväzných pre nadlimitné verejné obstarávanie. Je však potrebné si uvedomiť, že pri podlimitnom verejnem obstarávaní ide o spoločensky a hospodársky menej významné prípady verejného obstarávania, avšak s mnohorázovou vyššou frekvenciou prípadov. Z toho plynne potreba jednoduchšieho ošetrovania.

Ako podklady a príklady pre legislatívne riešenie podlimitného verejného obstarávania sú k dispozícii šestročné skúsenosti s uplatňovaním zákona NR SR č. 263/1993 Z. z. o verejnem obstarávaní. Skúsenosti s uplatňovaním zákona NR SR č. 263/1999 Z. z. o verejnem obstarávaní sa začínajú zberať. Zároveň sú k dispozícii smernice EÚ o nadlimitnom verejnom obstarávaní a zákony, predpisy a štandardy verejného obstarávania členských štátov EÚ a skúsenosti s ich uplatňovaním. Samozrejmomou požiadavkou v každom štáte je, aby príslušná legislatívna úprava bola v súlade s právnym poriadkom štátu a harmonizovala s ostatnými platnými alebo pripravenými zákonmi.

Pre členský štát EÚ platí, že verejného obstarávania a to aj podlimitného, sa majú právo zúčastniť aj uchádzači zo všetkých členských štátov EÚ, ktorí sú vo svojej krajinе pre túto účasť spôsobilí a to bez akejkoľvek diskriminácie. Ďalej platí, že pojmy, metódy, podklady, formy oznamení a dokladov pre podlimitné aj nadlimitné verejné obstarávanie by sa nemali odlišovať viacej, než ako je to pre iné národné podmienky nevyhnutne potrebné. Pričom požiadavky pre nadlimitné verejné obstarávanie by sa mali (z hľadiska ich významu) považovať za maximálne tak, aby podlimitné verejné obstarávanie bolo procesne jednoduchšie, administratívne menej náročné a časove kratšie.

Významná je úvaha o obsahovej a procesnej štruktúre legislatívneho predpisu. Z hľadiska používania legislatívnej úpravy je najvýhodnejšia úprava diferencovaná podľa predmetov obstarávania (niekedy aj podľa veľkosti predmetu obstarávania, tzv. malé prípady obstarávania v predpisoch USA alebo Svetovej banky). Týka sa to metód, oznamení, postupov, lehot, dokladov a podmienok a postupov vyhodnotenia súťaže ako aj právomoci obstarávateľa. Reprezentantom takejto úpravy štruktúry môžu byť smernice EÚ o verejnem obstarávaní. V predpisoch pre jednotlivé predmety obstarávania to však vedie k mnohonásobnému opakovaniu niektorých ustanovení, čomu sa slovenská legislatíva vyhýba. Opačný postup, jednotný predpis pre všetky predmety obstarávania a ich veľkosti a pre všetky metódy obstarávania bez opakovania ustanovení o pojmoch a postupoach vedie k potrebe diferenciácie podľa predmetu a metódy obstarávania u väčších ustanovení. To vedie k ľažkej, neprehľadnej a aplikačne menej výhodnej štruktúre. Reprezentantom tejto úpravy štruktúry môže byť slovenský zákon NR SR č. 263/1999 Z. z. o verejnem obstarávaní.

**Autori:**

**JUDr. Ing. Imrich Flassik** (1924) vyštudoval Právnickú fakultu na Univerzite Komenského (1948) a Vysokú školu ekonomickú v Bratislave (1951). Po podnikovej praxi na Stavoprojekte a na Úrade predsedníctva SAV pracoval od r. 1967 na Štátnej arbitráži pre hl. mesto SR Bratislavu. Neskôr pracoval na Štátnej arbitráži SR, a to až do januára 1991. Od januára 1991 do júla 1992 zastával funkciu ministra – predsedu Federálneho úradu pre hospodársku súťaž. Od augusta 1992 bol predsedom obchodného senátu Najvyššieho súdu SR. Od 1. marca 1994 pôsobí ako advokát v Bratislave so zameraním na záväzkové, súťažné právo a otázky verejného obstarávania, ako aj etiky podnikania. Je podpredsedom redakčnej rady Bulletinu slovenskej advokácie.

**Doc. Ing. Juraj Nemeč, CSc.** (1960) V roku 1982 ukončil vysokoškolské štúdium na Fakulte ekonomiky služieb a cestovného ruchu v Banskej Bystrici. V roku 1985 ukončil štúdium pedagogického minima na VŠE v Bratislave. Do roku 1988 vykonával funkciu zástupcu vedúceho katedry. Od roku 1998 bol poverený vedením centra monitorujúceho priebeh zdravotníckych reforiem v transformujúcich sa krajinách nášho regiónu. V roku 1998 bol zvolený za člena dozornej rady NISPACEe, siete škôl verejnej správy v strednej a východnej Európe. V súčasnosti pracuje na Katedre verejnej ekonomiky, Ekonomickej fakulty Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici. Jeho pedagogická a vedecká činnosť je zameraná na verejnú ekonómiu, mikroekonomické otázky verejných finančí, ekonomiku a manažment verejného sektora. Zúčastňoval sa na tvorbe zákona o verejnom obstarávaní. Je členom Zboru expertov pre verejné obstarávanie.

**JUDr. Ing. Jiří Vlach, CSc.** (1927) študoval na Slovenskej technickej univerzite a Karlovej univerzite v Prahe. Pracoval v stavebných podnikoch, centrálnych orgánoch a na ekonomických výskumoch. V súčasnosti je poradcом ÚEOS – Komercia, a.s., a členom zboru expertov Ministerstva výstavby a verejných prác Slovenskej republiky. Profiloval sa v systémoch riadenia investičnej výroby a stavebnej výroby, v projektovom riadení a vo verejnom obstarávaní. Je členom viacerých medzinárodných organizácií, aktívne vystupuje na medzinárodných konferenciach a seminároch.

**Ing. Dušan Ursíny** (1944) študoval na Slovenskej vysokej škole technickej v Bratislave - Stavebná fakulta. Absolvoval postgraduálne štúdium na Vysokej škole ekonomickej v Prahe – Národohospodárska fakulta. V rokoch 1967 – 1973 pracoval ako stavbyvedúci a neskôr vedúci strediska v Stavoindustrii Bratislava, neskôr na Generálnom riaditeľstve inžinierskeho stavitel'stvu v Bratislave v oblasti organizácie a riadenia investičnej výstavby. Na Ministerstve stavebnictva SR pracoval v rokoch 1979 – 1993. Od roku 1991 sa venuje problematike verejného obstarávania. Od roku 1994 – 1999 pracuje v ÚEOS Komercia, a.s., kde sa venuje príprave predpisov, prednáškovej a školiacej činnosti a výkonu priameho obstarania dodávateľsky pre obstarávateľov.