

Stanovisko Republikovej únie zamestnávateľov

- Návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
 - materiál na rokovaní HSR SR dňa 19.08.2019

Stručný popis podstaty predkladaného materiálu a jeho relevancie z hľadiska RÚZ

Materiál bol predložený na rokovanie HSR Úradom pre verejné obstarávanie SR ako iniciatívny návrh

Cieľom a obsahom materiálu je najmä:

Vecne je predmetná novelizácia primárne zameraná na problematiku účasti majetkovo prepojených hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní. Problematika vzájomne majetkovo alebo personálne prepojených uchádzačov - tvoriacich rovnakú hospodársku jednotku (ďalej ako „prepojení uchádzači“) a ich účasť vo verejnom obstarávaní je významnou témou v rámci verejného obstarávania v rámci celej Európskej únie. Pripravovaná novelizácia taktiež za účelom „spopularizovania“ zeleného verejného obstarávania vymedzí definíciu environmentálneho aspektu vo verejnom obstarávaní. Okrem uvedenej problematiky je snahou novely znížiť administratívnu záťaž verejných obstarávateľov a obstarávateľov a to jednak systematickým zjednotením úpravy povinnosti zverejňovať súhrnné správy a taktiež zvýšením hranice pri zverejňovaní súhrnných správ pri zmluvách vyňatých z pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní zo súčasných 1000 Eur na 5000 Eur. Za účelom účinnejšej kontroly elektronických nástrojov používaných na elektronickú komunikáciu návrh upravuje zoznam elektronických prostriedkov. Okrem uvedenej problematiky je novelizácia zameraná na postihovanie špekulatívnych foriem konania hospodárskych subjektov pri využívaní revízijských nástrojov

Návrh zákona má nadobudnúť účinnosť dňa 01.01.2020, okrem vymedzených ustanovení, ktoré nadobudnú účinnosť neskôr

Postoj RÚZ k materiálu

Vecne je predmetná novelizácia primárne zameraná na problematiku účasti majetkovo prepojených hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní. **RÚZ materiál v medzirezortnom pripomienkovom konaní pripomienkovala, pričom viaceré rozpory zatiaľ neboli odstránené.**

RÚZ ako kľúčové nedoriešené body považuje:

1. Stanovenie jasného dôkazného štandardu pri preukazovaní kolúzneho konania účastníkov obstarávania,
2. Navrhovanú úpravu „neodôvodnených námietok“
3. Postup zadávania zákaziek s nízkou hodnotou

RÚZ berie materiál na vedomie a odporúča ho na ďalšie konanie po zapracovaní nižšie uvedených pripomienok.

Pripomienky RÚZ k predkladanému materiálu

1. Zásadná pripomienka k čl. I., novelizačný bod 7

RÚZ navrhuje upraviť znenie § 19 ods. 1 písm. d) nasledovným spôsobom:

„zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, ak Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, príslušný orgán na ochranu hospodárskej súťaže iného členského štátu alebo Európska komisia uloží rozhodnutím, ktoré nadobudlo právoplatnosť po uzavretí danej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy pokutu

dodávateľovi, členovi skupiny dodávateľov alebo koncesionárovi, a to za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž 39a), ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní alebo v súvislosti s verejným obstarávaním, ktoré predchádzalo uzavretiu danej zmluvy, a to v prípade, že táto pokuta nebola znížená na základe príslušného programu zhovievavosti 39b) alebo na základe príslušného konania o urovnaní 39 c)“

Odôvodnenie:

Právna úprava navrhovaná predkladateľom novely v bode 7 je v rozpore s Ústavou Slovenskej republiky, nakoľko sankcionuje hospodárske subjekty aj za konanie, ktoré bolo plne zákonné a v súlade s platným právnym poriadkom Slovenskej republiky. Zároveň navrhovaná právna úprava ide ďaleko nad rámec práva Európskej únie, ktoré nepripúšťa možnosť sankcionovať kohokoľvek za zákonné konanie.

Možnosť verejných obstarávateľov a obstarávateľov odstúpiť od zmlúv uzavretých na základe verejných obstarávaní, ktoré boli plne v súlade so zákonmi Slovenskej republiky predstavuje spochybnenie základných princípov právneho štátu a zásadné narušenie právnej istoty účastníkov procesu verejného obstarávania. Možnosť verejných obstarávateľov a obstarávateľov odstúpiť aj od zmlúv uzavretých na základe poctivých verejných obstarávaní bude pre hospodárske subjekty znamenať ich ekonomickú likvidáciu a teda aj stratu všetkých pracovných miest vytvorených zlikvidovanými hospodárskymi subjektmi.

Úrad pre verejné obstarávanie pri navrhovanej právnej úprave zjavne nezohľadnil jej významne negatívne sociálne dopady, napr. dopad na bežných zamestnancov, ich rodiny ako aj na sieť subdodávateľov (spravidla drobných firiem a živnostníkov) ekonomicky závislých od väčších hospodárskych subjektov. Svedčí o tom aj skutočnosť, že Úrad v doložke vybraných vplyvov predkladanej novely zákona pri položke „Sociálne vplyvy“ zaškrtnol položku „žiadne“.

2. Zásadná pripomienka k čl. I., novelizačný bod 18

RÚZ navrhuje tento a všetky s ním súvisiace body z návrhu novely ZVO vypustiť, resp. prijať alternatívne riešenie – vid' nižšie.

Alternatívne

V § 40 ods. 6 písm. g), navrhujeme slová „na základe dôveryhodných informácií, bez potreby vydania predchádzajúceho rozhodnutia akýmkoľvek orgánom verejnej moci, má dôvodné podozrenie“ **nahradiť** slovami „zistí na základe hodnoverných dôkazov“, alebo na slovami „na základe objektívnych skutočností“

Odôvodnenie:

Doplnené ustanovenie § 40 ods. 6 písm. g), na základe ktorého dôvodné podozrenie o uzavretí dohody narúšajúcej alebo obmedzujúcej hospodársku súťaž nemusí byť podložené vydaním rozhodnutia akýmkoľvek orgánom verejnej moci, vytvára pre hospodárske subjekty zúčastňujúce sa procesov verejného obstarávania právnu neistotu. Hospodárske subjekty, ktoré by boli takýmto spôsobom konaním VO/O v konkrétnom verejnom obstarávaní postihnuté, sa nemôžu efektívne a účinne brániť, a to aj v kontexte ďalších novelizovaných ustanovení ZVO (napr. bod 56 – nedôvodné námietky).

Navrhovateľ neberie do úvahy, že o tom, či bola alebo nebola uzavretá dohoda narúšajúca alebo obmedzujúca verejnú súťaž, rozhoduje Protimonopolný úrad, príp. v konečnom dôsledku až súdy Slovenskej republiky. Pokiaľ takéto rozhodnutie príslušným orgánom verejnej moci nebolo prijaté, a VO/O len na základe dôvodného podozrenia vylúči hospodársky subjekt, pôjde o porušenie princípov právneho štátu.

Máme za to, že zákonodarca v danom prípade postupuje nad rámec čl. 57 ods. 4 písm. d) Smernice 2014/24/EU o verejnom obstarávaní (ďalej len „Smernica EÚ“), nakoľko možnosť „nespoliehať sa na príslušný orgán hospodárskej súťaže či iný orgán verejnej moci“, ktorý vydáva príslušné rozhodnutia

potvrdzujúce kartel vo verejnom obstarávaní, resp. ukladá zákaz účasti vo verejných obstarávaníach, v tejto smernici nie je uvedená.

Smernica EÚ v danom kontexte rovnako nerieši účasť majetkovo, zmluvne alebo personálne prepojených hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní. Napriek skutočnosti, že dôkazné bremeno o dôvodnom podozrení z uzavretia dohody narúšajúcej alebo obmedzujúcej hospodársku súťaž leží na VO/O, doplnené ustanovenie vnímame ako šikanózne – umožňujúce VO/O prostredníctvom žiadosti o vysvetlenie predložených dokladov podľa § 40 ods. 4 alebo žiadosti o vysvetlenie ponuky podľa § 53 ods. 1 skúmať ponuky uchádzačov z hľadiska indícií, ktoré nie sú založené na relevantných dôkazoch (napr. len základe medializovaných informácií, podnetov právnických alebo fyzických osôb zúčastnených alebo dokonca nezúčastnených konkrétneho verejného obstarávania a pod.), a to neobmedzený čas.

Uchádzač nemá ani reálnu možnosť riešiť všetky svoje (predovšetkým majetkovo prepojené) spoločnosti a skúmať, či náhodou niektoré z nich nepodali ponuku na rovnaký predmet verejného obstarávania. Ide o samostatné právne subjekty, ktorých základným cieľom je vytvárať zisk, a teda nie je možné im zakazovať účasť v konkrétnom verejnom obstarávaní.

K alternatívnemu riešeniu:

Je potrebné zabezpečiť súlad daného ustanovenia s rozsudkom Súdneho dvora EÚ vo veci Ekoservice projektai, C-531/16 (na ktorý sa odvoláva aj dôvodová správa) najmä s bodom 37 predmetného rozsudku ako aj rozsudkom Súdneho dvora EÚ vo veci C-74/14 bod 37, v zmysle ktorých pokiaľ ide o požadovanú úroveň dôkazov na preukázanie existencie ponúk, ktoré nie sú ani samostatné, ani nezávislé, zásada efektivity vyžaduje, aby dôkaz porušenia práva hospodárskej súťaže Únie mohol byť predložený nielen prostredníctvom priamych dôkazov, ale takisto prostredníctvom nepriamych dôkazov, pokiaľ sú objektívne a zhodujú sa, a aby prepojení uchádzači mohli predložiť dôkaz o opaku. Navrhujeme aby vylúčenie uchádzača alebo záujemcu bolo preukázané hodnovernými dôkazmi zo strany verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. V opačnom prípade (tak ako je koncipovaný návrh novely) by mohlo dochádzať k svojvoľným, ničím nepodloženým rozhodnutiam zo strany verejných obstarávateľov a obstarávateľov, nakoľko by vylúčenie uchádzača alebo záujemcu podliehalo svojvoľnému rozhodnutiu verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa (stačilo by dôvodné podozrenie), čo by zaviedlo stav právnej neistoty pre uchádzača alebo záujemcu.

Podľa Smernice Európskeho Parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, konkrétne Článku 57 (Dôvody na vylúčenie) ods. 4 písm. d) môžu VO z účasti na postupe obstarávania vylúčiť každý hospodársky subjekt alebo od nich môžu členské štáty požadovať, aby z účasti na postupe obstarávania vylúčili ktorýkoľvek hospodársky subjekt v situácii ak má VO dostatočne vierohodné indície na to, aby mohol dospieť k záveru, že hospodársky subjekt uzavrel dohody s inými hospodárskymi subjektmi s cieľom narušiť hospodársku súťaž.

Transpozícia tohto článku smernice do nového znenia § 40 ods. 6 písm. g) ZVO bola zákonodarcom vykonaná nad rámec samotného znenia smernice. Snahou zákonodarcu bolo v zmysle Dôvodovej správy (v osobitnej časti) k tomuto návrhu zákona zefektívnenie boja proti nežiadúcim dohodám vo verejnom obstarávaní a prenesenie väčšej zodpovednosti na plecia VO a O. Podľa zákonodarcu na preukázanie kolúzie, ktorej cieľom je nezákonne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania postačuje pri uplatnení dôvodu na vylúčenie podľa nového § 40 ods. 6 písm. g) ZVO dôkazný štandard „dôvodné podozrenie“ o existencii takejto dohody, ktorý musí byť založený na dôveryhodných informáciách, pričom od VO alebo O nevyžaduje preukázanie existencie dohody narúšajúcej alebo obmedzujúcej hospodársku súťaž.

S názorom zákonodarcu sa nestotožňujeme a „dôvodné podozrenie“ ako dôkazný štandard neakceptujeme. Sme toho názoru, že takáto právna úprava môže viesť k svojvôli zo strany niektorých VO alebo O v procese verejného obstarávania voči niektorým hospodárskym subjektom, čím môže dochádzať k porušovaniu

princípov verejného obstarávania – predovšetkým rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky môže stanoviť, že ide o dohodu obmedzujúcu súťaž len rozhodnutím vydaným v správnom konaní, nie „iba“ na základe dôvodného podozrenia.

3. Zásadná pripomienka k čl. I. – vloženie nového novelizačného bodu

RÚZ navrhuje upraviť znenie § 117 - Zadávanie zákaziek s nízkymi hodnotami navrhujeme upraviť tak, aby v odseku 1 - vyžadoval zverejnenie ponuky vo Vestníku ÚVO, prípadne jej vypracovanie a zaslanie ÚVO na uverejnenie ako naplnenie princípu transparentnosti a v odseku 5 – aby uzavretie zmluvy bolo podmienené povinnosťou vyhodnotiť minimálne tri predložené ponuky alebo splnením povinnosti zverejnenia ponuky vo Vestníku ÚVO.

Odôvodnenie:

Zmeny zákona o verejnom obstarávaní v roku 2018 mali za cieľ zjednodušiť a zefektívniť proces verejného obstarávania pre všetky subjekty verejného obstarávania. Prax však opäť potvrdila, že procesy sa síce zjednodušili, ale na úkor základného účelu zákona o verejnom obstarávaní, ktorým je zabezpečenie účelného a hospodárneho vynakladania verejných finančných prostriedkov, pretože obstarávatelia robia všetko preto, aby hodnotu zákaziek znížili pod úroveň 70.000€, vyhli sa tak povinnostiam pri verejnom obstarávaní a vybrali si dodávateľov podľa vlastného uváženia. Dôsledkom zvýšenia finančných limitov pre podlimitné civilné zákazky teda narástol počet zákaziek s nízkou hodnotou (ZNH), ktorých zadávanie je do značnej miery ponechané na verejnom obstarávateľovi. K 1.4.2019 ÚVO umožnilo zverejňovanie ZNH vo Vestníku, čím urobilo dôležitý krok k zvýšeniu transparentnosti obstarávania, avšak len veľmi málo obstarávateľov túto možnosť využilo. Zakotvenie povinnosti náležite uverejniť výzvu na predkladanie ponúk pri ZNH vo Vestníku a povinnosti vyhodnotiť minimálne tri predložené ponuky majú priniesť do procesu verejného obstarávania ZNH záruku zachovania transparentnosti a hospodárskej súťaže.

4. Zásadná pripomienka k čl. I. – vloženie nového novelizačného bodu

RÚZ navrhuje upraviť znenie §124 odsek 3, tak že sa upraví časový moment kreovania a zverejňovania mien členov poroty

Odôvodnenie:

Smernica 2014/24/EU o verejnom obstarávaní („Smernica“) neupravuje podrobnosti o momente kreovania poroty. Smernica ale výslovne stanovuje čo je úlohou poroty, a to posúdenie a rozhodnutie o návrhoch predložených záujemcami. Smernica v žiadnom prípade neukladá porote povinnosť vopred posudzovať aj súťažné podmienky či kontrolovať formálnu úplnosť predložených návrhov.

Porota musí byť kreovaná až po formálnom overení doručených návrhov, v čase keď už bude všetko organizačne a formálne pripravené na samotné zasadnutie a rozhodovanie poroty.

Výhodou tohto riešenia je výrazné zníženie priestoru pre ovplyvňovanie členov poroty pri hodnotení návrhov (zúžením času medzi kreovaním/zverejnením členov poroty a ich hodnotením). Porota bude vykonávať len svoju primárnu funkciu – odborné hodnotenie návrhov a rozhodovanie o víťazovi/víťazoch.

Tento návrh však so sebou prenesie potrebu vytvorenia pomocných orgánov (inšpiráciou je čiastočne aj Vyhláška ÚVO č. 157/2016 Z.z. ktorou sa ustanovujú podrobnosti o druhoch súťaží návrhov v oblasti architektúry, územného plánovania a stavebného inžinierstva, o obsahu súťažných podmienok a o činnosti poroty), ktorý by mal na starosti administratívne spracovanie podkladov pre súťaž a formálne overenie návrhov.

5. Zásadná pripomienka k čl. I., novelizačný bod 48

RÚZ navrhuje nahradiť text „vyjadrenie ústredného orgánu štátnej správy na ochranu a podporu hospodárskej súťaže v Slovenskej republike 73).“ textom: „právoplatné rozhodnutie ústredného orgánu štátnej správy na ochranu a podporu hospodárskej súťaže v Slovenskej republike 73) v prejednávanej veci.“

Odôvodnenie

V novelizovanom § 167 ods. 7 predkladateľ upravuje možnosť ÚVO pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním požiadať Protimonopolný úrad SR o jeho vyjadrenie, ktoré sa tak má stať zásadným prvkom v rozhodovaní ÚVO. Vyjadrenie Protimonopolného úradu SR sa však nebude opierať o právoplatné rozhodnutie vo veci a preto zjavne pôjde len o predbežné alebo parciálne vyjadrenie, ktoré nebude vychádzať z náležite zisteného skutkového stavu.

ÚVO tak bude v zásadnej veci, akou je narušenie alebo obmedzenie hospodárskej súťaže, rozhodovať len na základe predbežného vyjadrenia Protimonopolného úradu SR, ktorý následne môže v danej veci po vykonaní riadneho dokazovania vydať rozhodnutie odlišné od predbežného vyjadrenia poskytnutého Úradu. ÚVO v predkladanej novele nerieši situáciu, keď v tej istej veci budú vydané dve rôzne úradné rozhodnutia, jedno rozhodnutie ÚVO a druhé odlišné rozhodnutie Protimonopolného úradu SR. ÚVO pritom v predkladanej novele nerieši ani odškodnenie hospodárskych subjektov, za škody, ktoré im spôsobí takýmto prípadným nesprávnym rozhodnutím. Skutočnosť, že ÚVO nebude pri svojom rozhodovaní povinný počkať na konečné rozhodnutie Protimonopolného úradu SR vo veci, je v rozpore s ústavným právom každého na spravodlivé prejednanie veci. Rozhodnutia ÚVO nebudú vychádzať z dôkladne zisteného a prevereného skutkového stavu a preto budú v rozpore s princípom spravodlivosti a potenciálne nezákonné.

6. Zásadná pripomienka k čl. I., bod 56

RÚZ navrhuje vypustiť novelizačný bod bez náhrady.

Odôvodnenie:

Nesúhlasíme s návrhom (prvá veta) na rozšírenie taxatívneho výpočtu prípadov, kedy námietky prepadnú v prospech štátu, nakoľko podľa novely nie je jednoznačne zrejmé čo sú to „*zjavne nedôvodné námietky*“.

Tiež nesúhlasíme s návrhom na prepadnutie kaucie v takomto prípade vo výške 100 % kaucie, nakoľko v tomto prípade nebolo úradom vydané meritórne rozhodnutie vo veci, najmä nebolo riadne preskúmané namietané porušenie zákona kontrolovaným, resp. námietky neboli zamietnuté.

V prípade námietok ide o výkon práva uchádzača garantovaný zákonom a smernicami EÚ. Právne nie je možné „zastrašovať“ uchádzačov takýmto spôsobom, aby nepodávali námietky. Napokon v každom prípade zastavenia konania z tohto dôvodu by v konečnom dôsledku išlo iba o subjektívne posúdenie veci úradom, a to bez nutnosti aplikovania objektívnych procesných pravidiel alebo doloženia dôkazov, čo je v rozpore s princípmi právneho štátu.

Tiež nesúhlasíme (druhá veta) s návrhom na zvýšenie percentuálneho podielu výšky kaucie, ktorá prepadne v prospech štátu v prípade zobrať námietok späť na 50 %, nakoľko pôvodne uvedený podiel vo výške 35 % kaucie považujeme za plne postačujúci. Na doplnenie k tomuto bodu považujeme za dôležité uviesť, že situácia si vyžaduje iné zákonné riešenia. V prvom rade je nutné uvedomiť si, čo je účelom Zákona o verejnom obstarávaní, zjednodušene povedané (i) zaťažiť povinnosťami VO/O, ktorí nakladajú s verejnými financiami, ich dôsledná kontrola, vrátane sankcionovania za porušenie povinností zo zákona, a na druhej strane (ii) ochrana hospodárskej súťaže a ochrana uchádzačov.

Preto predložené návrhy na zmenu zákona, ktoré predstavujú opačný prístup, t.j. rôzne druhy postihov a sankcií na strane uchádzačov za výkon ich základného práva, nie je možné považovať za správnu cestu, ani očakávať efektívne výsledky. Pokus o riešenie veci od konca (najskôr odstrániť následky a potom príčiny) nemôže viesť k dosiahnutiu zamýšľaného cieľa. Sme toho názoru, že najskôr je nevyhnutné

vyriešiť príčiny existujúceho stavu spočívajúce jednoznačne na strane VO/O (nedostatočná príprava súťaže, neznalosť zákona alebo úmyselné nerešpektovanie zákona zo strany VO/O, nesprávny postup komisií pri vyhodnocovaní podmienok účasti alebo vyhodnocovaní ponúk, bezdôvodné vylúčovanie ... atď). Odstránenie zaužívaných nezdravých a nezákonných praktík a postupov na strane VO/O iste povedie aj k väčšej dôvere v proces VO a v konanie VO/O, a napokon prirodzene aj k zníženiu neodôvodnene podávaných námietok zo strany záujemcov/uchádzačov.

ÚVO by sa mal viac zaujímať o návrhy na zmeny legislatívy vo VO zo strany záujemcov/uchádzačov, nakoľko zo strany VO/O nie je možné očakávať konštruktívne návrhy na odstránenie ich nekalých praktík bežne používaných vo verejnom obstarávaní. Veci by tiež pomohlo prehodnotenie a znovu zavedenie povinnosti vykonávania verejného obstarávania prostredníctvom „odborne spôsobilých osôb“, ako aj vyvodzovanie osobnej zodpovednosti voči zamestnanom a konateľom VO/O za porušenie zákona.

7. Zásadná pripomienka k čl. I., novelizačný bod 63,64,65

RÚZ navrhuje uvedené ustanovenia vypustiť.

Odôvodnenie:

Podľa novej úpravy § 174 ods.2 ZVO zákonodarca definuje nový typ námietok – "*Zjavne nedôvodné námietky*". Navrhovateľ tak nemá právnu istotu, či práve ním podané námietky nebudú tiež napĺňať podstatu Zjavne nedôvodných námietok z pohľadu Úradu. S podaním takýchto námietok zákonodarca spája zastavenie konania o takýchto námietkach, prepadnutie kaucie v plnom rozsahu a uloženie pokuty navrhovateľovi až do výšky 100 000 eur, pričom ako zákonodarca uvádza v Dôvodovej správe (osobitnej časti) návrhu tohto zákona pokuta môže byť uložená v rámci objektívnej trojročnej prekluzívnej lehoty, teda do 3 rokov od podania zjavne nedôvodných námietok, a to bez ohľadu na to, či úrad v konaní o námietkach tieto námietky vyhodnotil ako zjavne nedôvodné alebo nie, a teda bez ohľadu na to, či úrad vydal rozhodnutie o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. r). V prípade, ak VO alebo O vznikla škoda v dôsledku podania zjavne nedôvodných námietok, môže si jej náhradu uplatňovať na miestne a vecne príslušnom súde.

Maximálnu výšku navrhovanej pokuty považujeme za neprimeranú vzhľadom na nejednoznačnú špecifikáciu tohto typu námietok. Takéto závažné procesné dôsledky vyplývajúce pre navrhovateľa môžu mať za následok, že hospodárske subjekty ktorých námietky by boli odôvodnené, ich nepodajú a nevyužijú revízne postupy v procese verejného obstarávania z obavy o naplnenie definičných znakov zjavne nedôvodných námietok a s nimi spojenými závažnými procesnými dôsledkami.

Dôvodnosť podaných námietok, rovnako tak aj späťvzatie týchto námietok nemôže byť prioritne vyhodnocované tak, že ide o špekulatívnu formu konania pri uplatňovaní revíznych postupov vo verejnom obstarávaní. Zjavnosť tohto konania nemôže byť posudzovaná len členmi skupiny poverenej konaním o námietkach v zmysle Smernice ÚVO č. 8/2013 „o rozhodovaní a postupoch v konaní o námietkach“. Napr. pri odborne, technicky náročnej argumentácii navrhovateľa, ktorú ÚVO nevie bez pomoci externých odborníkov alebo znalcov v danej oblasti objektívne vyhodnotiť, súbežný prípadný tlak zo strany VO/O, externého prostredia (médií, politického spektra), že v danom prípade sa jedná o „zjavne nedôvodné námietky“ nesmie ovplyvniť konanie ÚVO. Uvedené sa týka aj prípadného späťvzatia námietok, kedy konanie navrhovateľa je možné odôvodniť napr. získaním konkrétnych informácií, ktoré mu v čase podania námietok neboli známe. Takéto konanie navrhovateľa v žiadnom prípade nie je možné vyhodnotiť ako nedôvodné.

Na doplnenie uvádzame, že v praxi práve naopak konaním VO/O, najmä svojvoľným zrušením súťaže z dôvodu, že sa VO/O „nepáči“ víťaz súťaže, čo sa zakrýva rôznymi vykonštruovanými alebo vymyslenými

dôvodmi zrušenia súťaže, opakovane vznikajú uchádzačom a subdodávateľom nemalé náklady na prípravu ponuky a bolo by vhodné na ich ochranu doplniť do zákona povinnosť VO/O v prípade zrušenia súťaže z dôvodov spočívajúcich na strane VO/O, vrátane porušenia zákona, povinnosť nahradiť všetkým uchádzačom, ktorí predložili ponuku, vrátane subdodávateľov, všetky náklady na prípravu ponuky.

Považujeme za dôležité tiež uviesť, že všetky doteraz vykonané opatrenia úradu na zlepšenie situácie vo VO v novom zákone alebo v tzv. „veľkej novele“ zákona formou sprísnenia pravidiel a podmienok na strane záujemcov/uchádzačov (napr. zrušenie dvojkoľkového postupu, reverzný/superreverzný postup VO, preukázanie/splnenie Osobitných zmluvných podmienok pred podpisom zmluvy, fikcia rozhodnutia o námietkach, fikcia podania odvolania, autoremedúra úkonov VO/O aj po podaní námietok/odvolania ... atď.) nepriniesli očakávaný efekt, a to ani na jednej zo zúčastnených strán alebo orgánov, čo napokon potvrdzuje aj potreba predloženia tohto ďalšieho návrhu na novelu ZoVO.

Osobitne upozorňujeme, že touto navrhovanou novelou zákona sa rovnováha v zákone medzi právami VO/O a právami záujemcov/uchádzačov výrazne narušuje v neprospech záujemcov/ uchádzačov, čo môže mať vážne negatívne dopady na účasť vo VO.

8. Zásadná pripomienka k čl. I. – vloženie nového novelizačného bodu

V § 42 ods. 1 doplniť tretiu vetu „Verejný obstarávateľ a obstarávateľ nesmie prenášať zodpovednosť za správnosť a úplnosť súťažných podkladov na uchádzača“

Odôvodnenie

Zákon by mal jednoznačne a jasne riešiť verejného obstarávateľa ako jedinú osobu, ktorá je v procese verejného obstarávania zodpovedná za správnosť a úplnosť súťažných podkladov. Tejto zodpovednosti sa nemôže zbaviť ani v prípade, že súťažné podklady spracováva pre neho tretia osoba (napr. projektant, špecializované organizácie a pod.). Na túto osobu nie je možné preniesť zodpovednosť za súťažné podklady. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ sa obecnou touto zodpovednosti nemôže zbaviť a akékoľvek formulácie v súťažných podkladoch alebo v zmluve na prenesenie zodpovednosti na zhotoviteľa sú právne irelevantné.

Uvedené doplnenie je v súlade s rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie (napr. Rozhodnutie ÚVO č. 1896 – 7000/2012 – OK/4). Prakticky rovnaké ustanovenie obsahuje § 36 ods. 3 druhá veta aj český Zákon o zadávaní verejných zákaziek. Doplnenie takéhoto ustanovenia obmedzí riziko prípadných sporov a zníži administratívnu záťažnosť.

9. Zásadná pripomienka k čl. I. – vloženie nového novelizačného bodu

„Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže v súťažných podkladoch určiť, že ponuka sa predkladá tak, aby obsahovala osobitne oddelenú a uzavretú časť týkajúcu sa návrhu na plnenie kritérií na vyhodnotenie ponúk, označenú slovom „Kritériá“ a osobitne oddelenú a uzavretú časť ponuky označenú slovom „Ostatné“. Ak ide o elektronickú ponuku, oddelenosť a uzavretosť sa zabezpečí elektronickými prostriedkami tak, aby bola zabezpečená neporušiteľnosť a integrita jednotlivých častí, ich oddeliteľnosť a samostatné prístupenie.“

Podľa úpravy § 49 ods. 7 (v znení vyššie upraviť ostatné nasledujúce §§, najmä § 52, 171, 172.

Odôvodnenie:

V dôvodovej správe k predchádzajúcej „veľkej“ novele ZVO sa uvádza, že sa vypúšťa koncept dvojkoľkového predkladania ponúk z dôvodu zvýšenej administratívnej náročnosti spojený s predlžovaním procesu verejného obstarávania. Je potrebné uviesť, že dvojkoľkový systém bol prakticky jediným a obligátnym systémom. Úplné vypustenie takéhoto systému nemožno považovať za správne, preto navrhujeme jeho (fakultatívne) ponechanie na dobrovoľnej báze ponechanie predovšetkým z týchto dôvodov:

- dvojobáľkový systém by mal spočívať v možnosti (nie povinnosti) VO a O najskôr posúdiť jednotlivé ponuky a až potom zverejniť ponukové ceny. Znamená to, že uchádzač podáva ponuku v dvoch samostatných obáľkach (prvá je plnenie kvalifikačných požiadaviek, technické a technologické riešenie a pod. a druhá obáľka je ponuková cena, resp. aj ostatné návrhy na plnenie kritérií). Tento spôsob je vhodný predovšetkým tam kde je hlavný dôraz kladený na kvalitu a cena nie je rozhodujúcim aspektom.
- hlavná výhoda spočíva v tom, že pri posudzovaní ponúk ešte nie je známa ponuková cena a preto cena nemôže ovplyvniť hodnotenie ponúk jednotlivých uchádzačov.
- jedná sa o praxou osvedčený spôsob, ktorý je využívaný aj Európskou bankou pre obnovu a rozvoj v zadávacích podmienkach. Dvojobáľka je bežne realizovaná pri veľkých infraštruktúrnych projektoch a v našich podmienkach sa osvedčila napr. pri stavbe Mosta Košická (Apollo), ktorý bol financovaný Európskou investičnou bankou.
- v prípade vypustenia dvojobáľky (bez možnosti jej použitia) by často boli ovplyvnení členovia komisie ponukovou cenou, napr. keď by mali vylúčiť pre nesplnenie podmienok účasti uchádzača s najnižšou cenou. Pokiaľ by ponuka uchádzača nespĺňala podmienky účasti, resp. požiadavky na predmet zákazky, v prípade dvojobáľky by musela byť vylúčená bez ohľadu na výšku ponukovej ceny, ktorá by nebola ani známa (ostala by v neporušenej druhej obáľke).
- fakultatívne použitie dvojobáľkového systému by bolo vo výlučnej kompetencii VO a O.
- ako už bolo zdôraznené, VO a O a prípadne aj orgány vykonávajúce následnú kontrolu nie sú ovplyvnené zistením, že bola vylúčená ponuka s najnižšou cenou, pretože sú otvárané obáľky len tých uchádzačov, ktorí splnili súťažné podmienky.
- správne aplikovaný dvojobáľkový systém vo väčšej miere obmedzuje používanie ceny ako jediného hodnotiaceho kritéria.
- správne aplikovaný dvojobáľkový systém eliminuje jeho vyššiu administratívnu náročnosť a prípadné predĺženie verejného obstarávania.

Zdroj: RÚZ