

Číslo: 5371-5000/2016
Bratislava: 01. 04. 2016

Listom zo dňa 03. 03. 2016 ste Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) požiadali o metodické usmernenie k zákonu č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 438/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

V žiadosti uvádzate opis Vami poskytovaných činností, ktoré máte zapísané v Obchodnom registri Slovenskej republiky. Uvádzate, že zabezpečujete správu bytových domov (celkovo 6000 bytov) vo vlastníctve fyzických a právnických osôb a zároveň aj správu bytových domov (celkovo 1000 bytov), troch polikliník, nebytových priestorov (komerčne prenajaté alebo vyčlenené pre potreby mesta), športových a rekreačných zariadení (letné kúpalisko, mestský kúpeľ, mestská hala, multifunkčné ihriská, zimný štadión, futbalové štadióny), ktoré sú majetkom mesta. Uvádzate, že podmienky správy uvedeného mestského majetku sú upravené v uzatvorených príkazných a komisionárskych zmluvách, v zmysle ktorých Vám za vykonávané činnosti prislúcha zmluvne dohodnutá odmena. Ďalej uvádzate, že činnosti spojené so správou mestského majetku neuskutočňujete ako príspevková alebo rozpočtová organizácia napojená na rozpočet mesta, ale ako obchodná spoločnosť, ktorá je poverená spravovať predmetné nehnuteľnosti za zmluvne stanovenú odplatu. Na základe uvedeného vykazujete tržby a následný zisk z vlastných podnikateľských aktivít a Vami vykonávané činnosti majú podľa Vášho názoru priemyselný a obchodný charakter. Zároveň ste vystavení konkurencii zo strany iných subjektov na voľnom trhu. Uvádzate, že pokiaľ za mesto Nitra zabezpečujete služby, tovary a práce, ktoré súvisia so správou bytového fondu vo vlastníctve mesta Nitra, Vaša spoločnosť postupovala a aj bude postupovať podľa predpisov upravujúcich proces verejného obstarávania, pretože mesto Nitra je verejný obstarávateľ.

Uvádzate, že je pre Vás však otázne, či máte postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní v prípadoch zabezpečovania prevádzky Vašej spoločnosti – najmä kúpa kancelárskych potrieb, kancelárskych informačných zariadení, motorových vozidiel, obstarávanie stavebných prác na nehnuteľnostiach vo vlastníctve spoločnosti, obstarávanie ďalších bežných služieb, kúpa vodoinštaláčného, kúrenárskeho, stavebného a elektroinštaláčného materiálu potrebného pre vykonanie činností zapísaných v obchodnom registri (najmä oprava a údržba bytového, nebytového a vyhradených technických zariadení). Domnievate sa, že podľa § 7 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nie je Vaša spoločnosť zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný charakter alebo obchodný charakter, napriek skutočnosti uvedenej v § 7 ods. 2 písm. b) a písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú naplnené.

Žiadate o metodické usmernenie, či Vami opísané činnosti vykonávané Vašou obchodnou spoločnosťou spadajú pod definíciu verejného obstarávateľa a či budete musieť postupovať podľa pravidiel a postupov určených zákonom o verejnom obstarávaní.

K uvedenému Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie.

Zákon o verejnom obstarávaní, ktorého čl. I až III nadobúdajú účinnosť 18. apríla 2016 v ustanovení § 7 ods. 1 písm. d) ustanovuje, že verejný obstarávateľ na účely tohto zákona je právnická osoba, ktorá spĺňa požiadavky podľa odseku 2, cit.:

„Právnická osoba podľa odseku 1 písm. d) je osoba založená alebo zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný charakter alebo obchodný charakter, a

- a) je úplne alebo z väčšej časti financovaná verejným obstarávateľom podľa odseku 1 písm. a) až d),
- b) je kontrolovaná verejným obstarávateľom podľa odseku 1 písm. a) až d) alebo
- c) verejný obstarávateľ podľa odseku 1 písm. a) až d) vymenúva alebo volí viac ako polovicu členov jej riadiaceho orgánu alebo kontrolného orgánu.“

K problematike kvalifikácie verejného obstarávateľa v kontexte predmetných ustanovení Súdny dvor Európskej únie (ďalej len „súdny dvor“) rozhodol, že pojem „potreby vo všeobecnom záujme, ktoré nemajú priemyselnú ani komerčnú povahu“, je pojmom práva EÚ, ktorý sa musí autonómne a jednotne vykladať vo všetkých členských štátoch s ohľadom na kontext a účel ustanovenia, v ktorom je uvedený (rozsudok Súdneho dvora z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110).

Pri určovaní toho, či konkrétna činnosť uspokojuje potreby všeobecného záujmu, nie je relevantné, či sú tieto potreby plnené alebo či by mohli byť plnené aj inými hospodárskymi subjektmi; je dôležité, aby sa štát alebo územná samospráva rozhodli, že budú tieto potreby plniť samy, alebo si chcú v súvislosti s uvedenými potrebami zachovať rozhodujúci vplyv (napríklad rozsudok Súdneho dvora z 10. apríla 2008, Ing. Aigner, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213, bod 40).

Cieľom normotvorcu EÚ bolo odlíšiť potreby všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselnú alebo komerčnú povahu, t. j. existujú aj potreby všeobecného záujmu, ktoré majú priemyselnú alebo komerčnú povahu (rozsudok Súdneho dvora z 10. mája 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259, pozri okrem iného bod 32). Súdny dvor opakovane rozhodol, že s cieľom vylúčiť riziko, že organizácia financovaná alebo riadená štátom, miestnymi či regionálnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi orgánmi sa nechá viesť inými ako ekonomickými úvahami, sa musí pojem „verejnoprávna inštitúcia“ vykladať funkčne (napríklad rozsudok Súdneho dvora z 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk a i., C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786, body 36 a 37). Pri rozhodovaní o tom, či sa má činnosť považovať za činnosť priemyselnej alebo komerčnej povahy, treba vziať do úvahy všetky relevantné právne a skutkové okolnosti, akými sú okolnosti prevládajúce v čase

zriadenia dotknutého subjektu a podmienky, za akých vykonáva svoju činnosť (napríklad rozsudok Adolf Truley, už citovaný), najmä skutočnosť, že nie je primárne zameraný na dosahovanie zisku, to, že neznáša riziká, a akékoľvek verejné financovanie predmetnej činnosti. V tomto smere treba zistiť, či dotknutý subjekt vykonáva svoje činnosti v rámci hospodárskej súťaže (napríklad rozsudok Súdneho dvora z 22. mája 2003, Korhonen a i., C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300). V tejto súvislosti Súdny dvor poukázal na to, že treba zohľadniť odvetvie podnikania, pre ktoré bol subjekt zriadený, a to, či vykonáva svoje činnosti v prostredí výraznej hospodárskej súťaže (rozsudok Ing. Aigner, už citovaný, bod 43). Podľa judikatúry Súdneho dvora výrazná hospodárska súťaž môže znamenať, že neexistuje potreba všeobecného záujmu, ktorá nemá priemyselnú alebo komerčnú povahu (rozsudok Agorà a Excelsior, už citovaný, bod 38).

V judikatúre Súdneho dvora boli určené aj ďalšie dôležité kritéria posudzovania: či sa činnosti subjektu riadia kritériami účinnosti a nákladovej efektívnosti, či subjekt znáša hospodárske riziko svojej činnosti, či sú potenciálne straty kryté štátom atď.

Ohľadne posudzovania zisku, ako jedného zo znakov definície, je potrebné uviesť, že zisk je hlavným dôvodom zriaďovania obchodných spoločností. Táto osobitná povaha takých právnických osôb však per se neznamená, že súkromná právnická osoba založená ako súkromná spoločnosť s ručením obmedzeným nemôže byť uznaná za verejného obstarávateľa. V tomto smere je dôležitý rozsudok Súdneho dvora zo 16. októbra 2003, Komisia/Španielsko, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544. V rozsudku z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i., C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4, a v následnej judikatúre Súdny dvor rozvinul „teóriu infekcie“, ktorá v podstate znamená, že **ak aj len malá časť vykonávaných činností uspokojuje potreby všeobecného záujmu**, ktoré nemajú priemyselnú alebo komerčnú povahu, **vyplynie z toho uznanie takého subjektu za verejného obstarávateľa napriek tomu, že jeho ostatné činnosti sú čisto komerčné a ziskové**.

V nadväznosti na uvedené, máme za to, že obchodná spoločnosť Služby Nitra, s.r.o. môže napĺňať definičné znaky verejného obstarávateľa. Je preto vecou tejto obchodnej spoločnosti, aby vyhodnotila svoj status vo väzbe na predmetnú judikatúru Súdneho dvora, pričom úrad sa môže statusom tejto obchodnej spoločnosti vo väzbe na povinnosti podľa zákona o verejnom obstarávaní zaoberať až pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním. Je však potrebné dodať, že v prípade postavenia subjektu ako verejného obstarávateľa je potrebné realizovať verejné obstarávanie bez ohľadu na predmet činnosti.

V súvislosti s Vami kladenou otázkou je možné poukázať aj na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, ktorý vo veci 6Sžf/7/2011 vo väzbe k právnickej osobe Lesy Slovenskej republiky, š.p. a jej postaveniu ako verejného obstarávateľa podľa § 6 ods. 1 písm. d) a ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ustálil nasledovné, cit.: „Na základe skutkových zistení v danej veci odvolací súd dospel k zhodnému záveru ako súd prvého stupňa, že žalobca spĺňa definičné znaky verejného obstarávateľa ustanovené v § 6 ods. 1, písm. d), ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. na ktoré taktiež poukazuje. Aj podľa názoru odvolacieho súdu

zo skutkových zistení v danom prípade vyplynulo, že žalobca bol založený dňa 29.10.1999 ako štátny podnik na základe rozhodnutia Ministerstva pôdohospodárstva SR č. 2795/1999-420 zo dňa 20.4.1999 a zakladacej listiny č. 5063/1999-420 zo dňa 23.6.1999 v súlade s ust. § 12 ods. 1 a 14 zákona č. 111/1990 Zb.); predmetom jeho činnosti zapísaného v obchodnom registri okrem iného sú správa lesného a iného majetku vo vlastníctve SR, užívanie a obhospodarovanie neštátneho lesného a iného majetku, zakladanie, obnova, pestovanie, výchova, obnova a ochrana lesných porastov, záchrana a zachovanie genofondu lesných drevín a zabezpečenie druhovo, geneticky a kvalitatívne vhodného biologického reprodukčného materiálu pre obnovu lesných porastov, záchrana a zachovanie genofondu lesných drevín a zabezpečenie druhovo, geneticky a kvalitatívne vhodného biologického reprodukčného materiálu pre obnovu lesných porastov, zabezpečenie dôslednej hygieny lesných porastov, výkon obnova a ochrana lesných porastov, výkon ťažby dreva v lesných porastoch, zabezpečovanie zákonom stanovených úloh pri tvorbe a ochrane životného prostredia, a pod., z ktorého príkladného vymenovania je možné vyvodiť záver, že žalobca plní záujmy celospoločenského charakteru, teda vykonáva činnosti, ktorých účelom je plnenie potrieb vo všeobecnom záujme. Zo skutkových okolností v danej veci teda vyplýva, že žalobca ako právnická osoba bol založený okrem iných činností aj na činnosti pre plnenie osobitného účelu a to plnenia potrieb vo všeobecnom záujme (správa lesného a iného majetku vo vlastníctve SR, užívanie a obhospodarovanie neštátneho lesného a iného majetku, zakladanie, obnova, pestovanie, výchova, obnova a ochrana lesných porastov, záchrana a zachovanie genofondu lesných drevín a zabezpečenie druhovo, geneticky a kvalitatívne vhodného biologického a reprodukčného materiálu pre obnovu lesných porastov, zabezpečenie dôslednej hygieny lesných porastov, zabezpečovanie zákonom stanovených úloh pri tvorbe a ochrane životného prostredia), ktoré činnosti vzhľadom na ich význam nemožno posúdiť ako činnosti majúce priemyselný alebo komerčný charakter. Pokiaľ žalobca plní aj iné činnosti vyplývajúce mu z účelu založenia ako aj z ustanovení zákona o štátnom podniku, výkon týchto činností je právne irelevantný pre posúdenie jeho postavenia verejného obstarávateľa v zmysle § 6 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z., keďže zákonodarca v uvedenej právnej norme nevyklučuje, že právnická osoba nesmie okrem činnosti podmieňujúcej jej postavenie verejného obstarávateľa vykonávať aj ďalšie činnosti majúce charakter priemyselnej alebo komerčnej činnosti.“.