

Číslo: 5572-5000/2019
Bratislava: 27.3.2019

Elektronickou poštou zo dňa 1. 3. 2019 ste sa obrátili na Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) so žiadosťou o usmernenie k aplikácii zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

Vo svojej žiadosti uvádzate, že obec chce obstarávať stavebné práce – rekonštrukciu škôlky, ide o zákazku s nízkou hodnotou financovanú z dotácie od MF SR. Pýtate sa, či môžu tieto práce vykonávať zamestnanci obce, ak má obec živnosť na tieto práce v rámci svojej podnikateľskej činnosti? Ak áno, materiál na rekonštrukciu je potrebné klasicky obstaráť, resp. ak by mala obec svoj sociálny podnik, tiež môže robiť týmto spôsobom s tým, že materiál by tiež museli klasicky obstaráť?

V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie.

Úrad v súlade s pôsobnosťou vymedzenou v ustanovení § 147 písm. h) zákona o verejnom obstarávaní metodicky usmerňuje účastníkov procesu verejného obstarávania. V danej súvislosti sa úrad vyjadruje výlučne k aplikácii ustanovení obsiahnutých v zákone o verejnom obstarávaní. Vychádzajúc z uvedeného úrad nemá kompetencie odporúčať účastníkom procesu verejného obstarávania vykonať určitý úkon, hodnotiť účastníkom procesu verejného obstarávania navrhovaný postup zadávania zákazky, resp. nahrádzať rozhodnutia verejného obstarávateľa súvisiace s procesom verejného obstarávania, resp. vyňatím zadávania zákazky z pod aplikácie zákona. Uvedená činnosť by jednoznačne kolidovala s dohľadovou právomocou úradu, ktorý by v prípade nahrádzania rozhodnutí verejných obstarávateľov/obstarávateľov v podstate kontroloval sám seba.

Na základe Vašej žiadosti nie sú úradu známe konkrétne okolnosti prípadu potrebné pre jeho posúdenie, a preto vo všeobecnej rovine poskytuje v teoretickej rovine prierez zákonnej úpravy týkajúcej sa Vami dopytovanej problematiky.

Verejný obstarávateľ môže disponovať niektorou zo živností, v dôsledku čoho môže vykonať stavebné práce, na ktoré sa daný typ živnosti viaže, sám, prostredníctvom vlastných kapacít. V takomto prípade verejné obstarávanie na uskutočnenie stavebných prác verejný obstarávateľ nerealizuje, ale je povinný vykonať verejné obstarávanie za účelom zabezpečenia stavebného materiálu. Postup zadania zákazky (nadlimitná zákazka, podlimitná zákazka bez elektronického trhoviska, zákazka s nízkou hodnotou) určí v závislosti od predpokladanej hodnoty zákazky odvodenej z podrobne vymedzeného predmetu zákazky s prihliadnutím na zatriedenie verejného obstarávateľa a kategóriu zákazky. Vo Vami uvádzanom prípade by malo ísť podľa informácií obsiahnutých v žiadosti o zákazku s nízkou hodnotou a teda by mal verejný obstarávateľ postupovať pri obstarávaní stavebného materiálu podľa ust. § 117 zákona o verejnom obstarávaní.

Druhá možnosť, ktorá prichádza do úvahy je aplikácia tzv. „in house“ výnimky podľa ust. § 1 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. V tomto prípade môže verejný obstarávateľ

zadat' stavebné práce bez vykonania verejného obstarávania ním zriadenej právnickej osobe v prípade, ak sú splnené podmienky stanovené v ust. § 1 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.

Úrad upozorňuje, že ak sa verejný obstarávateľ rozhodne založiť svoju vlastnú spoločnosť na plnenie určitých úloh, neznamená to, že na plnenie týchto úloh prostredníctvom tejto spoločnosti sa bude automaticky uplatňovať výnimka in house. Výlučné vlastníctvo spoločnosti/právnickej osoby síce indikuje určitý spôsob ovládania, riadenia a kontroly tejto osoby, samotné však nie je dostačujúce na splnenie predmetnej podmienky. Skutočnosť, že verejný obstarávateľ má 100 % podiel v kontrolovanej spoločnosti, nie je možné považovať za rozhodujúci argument.¹

Podľa § 1 ods. 6 zákona verejný obstarávateľ sa považuje za osobu vykonávajúcu kontrolu nad právnickou osobou obdobnú tej, akú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami podľa odseku 4 písm. a) a odseku 5 písm. a), ak má rozhodujúci vplyv na strategické ciele, ako aj významné rozhodnutia kontrolovanej právnickej osoby. Kontrolu podľa prvej vety môže vykonávať aj iná právnická osoba, ktorú rovnakým spôsobom kontroluje verejný obstarávateľ.

Jedným z predpokladov použitia výnimky in house je, že verejný obstarávateľ vykonáva nad právnickou osobou kontrolu obdobnú kontrole, akú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami, resp. musí túto právnickú osobu riadiť, ovládať obdobným spôsobom, akým riadi, ovláda svoje interné útvary, svoje organizačné zložky. Na účely posúdenia, či došlo k splneniu tejto podmienky, je nevyhnutné vziať do úvahy všetky právne záväzné pravidlá, ktorými sa spravuje vzťah medzi dotknutými stranami, ako i faktické fungovanie tohto vzťahu.

Podmienka ovládania, kontroly bude s najväčšou pravdepodobnosťou splnená vtedy, ak je napríklad štatutárny orgán spoločnosti v samostatnom rozhodovaní obmedzený v tom smere, že jediné rozhodnutia, ktoré môže prijímať bez dodatočného schválenia verejným obstarávateľom, sú tie, ktoré sa výhradne týkajú iba bežnej prevádzky tejto spoločnosti alebo keď právnická osoba nemá možnosť odmietnuť plnenie určitej úlohy, ktorej splnenie nariadil verejný obstarávateľ alebo keď nemá možnosť upraviť si rozsah svojich povinností, či úloh, ktoré má plniť. Na druhej strane, spoločnosť nie je ovládaná, resp. nespĺňa podmienku ovládania, kontroly, ak jej štatutárny orgán má značné rozhodovacie právomoci, ktoré môže vykonávať nezávisle, bez ohľadu na vôľu vlastníka spoločnosti – verejného obstarávateľa.

Pokiaľ ide o ekonomickej závislosť právnickej osoby od verejného obstarávateľa z pohľadu jej činnosti [§ 1 ods. 4 písm. b)] uvádzame, že táto podmienka je zameraná na obmedzenie účasti danej osoby na (komerčnom) trhu a zároveň zaisťuje uplatnenie pravidiel verejného obstarávania v prípade, že táto osoba konkuruje iným hospodárskym subjektom pri uchádzaní sa o zákazku.

Aby teda mohla byť použitá výnimka in house, ovládaná právnická osoba musí vykonávať viac ako 80 % svojich činností za účelom plnenia úloh, ktorými ju poveril verejný obstarávateľ (alebo iná právnická osoba kontrolovaná týmto verejným obstarávateľom); iné jej

¹ Rozsudok SDEÚ C-340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, bod 37: „Skutočnosť, že verejný obstarávateľ sám alebo spolu s inými verejnými orgánmi vlastní celé základné imanie spoločnosti, s ktorou bola uzavretá zmluva, naznačuje — hoci nie je rozhodujúca — že tento verejný obstarávateľ má nad danou spoločnosťou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi v zmysle bodu 50 už citovaného rozsudku Teckal.“

činnosti môžu mať len okrajový, nepodstatný význam. Ide o formu ekonomickej závislosti na verejnom obstarávateľovi a u ovládanej právnickej osoby tak absentuje jej trhovú orientáciu. Môže ísť napríklad o prenesenie plnenia určitých povinností, ktoré na účely napĺňania verejného záujmu pripadajú verejnému obstarávateľovi. Ako typické príklady môžu slúžiť údržba komunikácií, nakladanie s odpadom alebo zabezpečovanie sociálnych služieb.

Priklad: Verejný obstarávateľ založí spoločnosť, ktorej výhradnou činnosťou je len správa verejným obstarávateľom vlastnených nehnuteľností. Následne sa spoločnosť začne vo významnej miere zapájať do vykonávania ďalších činností – uskutočňovania stavebných prác, prepravy tovaru a pod. Tieto aktivity však už vykonáva v závislosti od trhových podmienok, ktoré sú charakteristické pre daný segment trhu a na to, aby bola spoločnosť ekonomicky efektívna a konkurencieschopná, musí byť viac trhovo orientovaná, t. j. musí robiť rýchle rozhodnutia (nečakať na ich schválenie verejným obstarávateľom), stanovovať si zodpovedajúci rozsah úloh, cieľov v súlade s aktuálnymi trhovými podmienkami a sústavne sa prispôsobovať požiadavkám zákazníkov, resp. trhovému dopytu. Taká trhovú orientáciu spoločnosti sa už nedá zlúčiť s výkonom jej riadenia a kontroly verejným obstarávateľom. Preto je potrebné rozšíriť vplyv vedenia spoločnosti na rozhodovanie a riadenie spoločnosti, čo v praxi znamená, že verejný obstarávateľ stráca vplyv na rozhodovanie spoločnosti a nie je potom schopný efektívne ovládať túto spoločnosť tak, aby sa dala považovať za závislú od verejného obstarávateľa.

Za účelom posúdenia splnenia podmienky ekonomickej závislosti (obratu) je nutné vziať do úvahy všetky činnosti vykonávané ovládanou právnickou osobou pri plnení jej úloh. Táto požiadavka platí bez ohľadu na to, či výkon týchto činností financuje verejný obstarávateľ alebo ten, v prospech koho sú tieto činnosti vykonávané.

Rovnako ako v prvom prípade aj pri použití výnimky „in house“ musí verejný obstarávateľ na zabezpečenie stavebného materiálu použiť príslušný postup verejného obstarávania v závislosti od predpokladanej hodnoty zákazky.

Tretia možnosť, ktorú má verejný obstarávateľ je aplikácia výnimky podľa ust. § 1 ods. 12 písm. v) bod 1 pokiaľ ide o tovar a služby v spojitosti s výnimkou podľa ust. § 1 ods. 13 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak ide o zákazku s nízkou hodnotou, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác pre verejného obstarávateľa, ktorých dodávateľom je registrovaný sociálny podnik. Úrad upozorňuje, že za sociálny podnik sa považuje podnik, ktorý spĺňa kritéria stanovené v ust. § 5 ods. 2 zákona č. 112/2018 Z.z. o sociálnej ekonomike a sociálnych podnikoch a o zmene a doplnení.

Upozorňujeme však na skutočnosť, že napriek úprave postupu zadávania zákaziek s nízkou hodnotou Vám poskytovateľ finančných prostriedkov (Ministerstvo financií Slovenskej republiky) môže nariadiť uplatniť určité (prísnejšie) pravidlá zadávania zákazky. V tejto súvislosti Vám preto odporúčame obrátiť sa aj na poskytovateľa finančných príspevkov.

V súvislosti s danou témou dávame do pozornosti rozhodnutiu úradu vo veci Jaslovské Bohunice – nedovolené rozdelenie zákazky, ktoré je dostupné na webovom sídle úradu.²

² https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/spravne-delikty/prehľad-rozhodnutí-o-uložení-pokuty-pre-verejného-obstaravateľa-a-obstaravateľa-49b.html?text=jaslovsk%C3%A9+bohunice&col_7=&col_1=&col_2=&ext=0&sort=col_7&sort-dir=DESC