

PRÁVNÁ ANALÝZA

vo veci posúdenia postupu obstarávateľa pri verejnom obstarávaní

Komu: Mesto Trnava

Od: PETKOV & Co s. r. o.
Advokátska kancelária, so sídlom Šoltésovej 14, 811 08 Bratislava
Mgr. Ivan Petkov, konateľ a advokát

Dátum: 26.9.2017

Vaše číslo: [•]

Naša značka: [•]

Re: Žiadosť zo dňa 25.9.2017

Predmet: Posúdenie zákonnosti postupov verejného obstarávateľa

1. Status quo:

Mesto Trnava ako verejný obstarávateľ (ďalej len ako „Obstarávateľ“) realizovalo v období mesiacov august a september 2017 verejné obstarávanie na podlimitnú zákazku „Zhotovenie a montáž predajných drevených stánkov“ (ďalej len ako „Zákazka“) a to bez využitia elektronického trhu podľa § 113 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len ako „ZoVO“) v spojení s § 66 ods. 7 a § 49 ods. 6 písm. a) ZoVO.

O Zákazku sa v lehote podľa súťažných podkladov, t.j. do 7.9.2017 o 10.00 hod., uchádzali dvaja záujemcovia, avšak jeden spôsobom v rozpore so súťažnými podmienkami uvedenými v Súťažných podkladoch zo dňa 2.8.2017 v časti 6 „Predkladanie a obsah ponuky“ a síce dorúčením listovej obálky a nie požadovanou elektronickou formou prostredníctvom systému JOSEPHINE. Z uvedeného dôvodu ani nebola táto ponuka zaradená do hodnotenia ponúk.

Dňa 7. septembra 2017 bola Obstarávateľom vyhotovená zápisnica z vyhodnotenia ponúk, podľa ktorej sa pri vyhodnocovaní postupovalo spôsobom podľa § 66 ods. 7 ZoVO („reverzná verejná súťaž“), kedy Obstarávateľ najskôr vyhodnotil ponuky a až následne vyhodnotil splnenie podmienok účasti.

O zákazku sa riadne v súlade so Súťažnými podkladmi uchádzal len jeden záujemca, ktorého ponuka aj bola vyhodnotená ako úspešná. Po uplynutí zákonných lehôt má dôjsť k uzavretiu zmluvy na Zákazku s týmto záujemcom.

2. Zadanie:

Obstarávateľ má podozrenie, že zvolený postup pri verejnom obstarávaní formou tzv. reverznej verejnej súťaže pre podlimitnú Zákazku bez využitia elektronického trhu a to podľa § 66 ods. 7 ZoVO môže byť nekonformný zo ZoVO.

Vzhľadom na vyššie uvedené formuloval Obstarávateľ pre účely spracovania tejto právnej analýzy nasledovné otázky:

- (i) Je nutné verejné obstarávanie zrušiť, ak k porušeniu ZoVO došlo?
- (ii) Ako v prípade zrušenia verejného obstarávania postupovať ďalej?

Podstatou zadania je požiadavka právne analyzovať, či Obstarávateľ postupoval vo verejnom obstarávaní týkajúcom sa Zákazky v súlade so ZoVO. V závislosti od výsledku analýzy bude nevyhnutné formulovať záver o porušení zákona alebo o neporušení zákona. V prípade neporušenia zákona nebude potrebné formulovať ďalšie odporúčania. V prípade porušenia zákona bude nevyhnutné identifikovať eventuálne právne následky takéhoto porušenia a formulovať odporúčania ďalšieho postupu Obstarávateľa vo vzťahu k samotnému verejnému obstarávaniu týkajúceho sa Zákazky, ako aj vo vzťahu k víťaznému uchádzačovi.

3. Relevantný právny rámec

- zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZoVO“)



- zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „**OBZ**“)
- zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „**OZ**“)

4. Analýza

Obstarávateľ realizoval verejné obstarávanie na Zákazku, ktorá je zákazkou podlimitnou, bez využitia elektronického trhoviska a to postupom tzv. jednoobáľkovej súťaže podľa ustanovenia § 66 ods. 7 ZoVO.

4.1 Zákonnosť postupu Obstarávateľa

Podľa § 113 ods. 1 písm. a) ZoVO bol Obstarávateľ povinný pri podlimitnej zákazke bez využitia elektronického trhoviska postupovať podľa prvej časti ZoVO (§ 1 až § 25) a druhej časti prvej hlavy ZoVO (§ 26 až 64) s výnimkou ak je v § 113 až 116 ZoVO ustanovené inak.

Na predkladanie ponúk (pokiaľ ide o „jednoobáľkovú súťaž“ alebo „dvojobáľkovú súťaž“) je preto potrebné aplikovať zákonné ustanovenia tej časti ZoVO, na ktorú ust. § 113 ods. 1 písm a) ZoVO pre tento prípad priamo odkazuje a síce § 49 ods. 5 v spojení s ods. 6 ZoVO.

Podľa § 49 ods. 5 ZoVO sa ponuka musí vždy predkladať oddelene pre návrh na plnenie kritérií (v posudzovanom prípade cenová ponuka; kritérium najnižšia cena) označené ako „Kritériá“ a oddelene pre ostatnú časť ponuky (napr. plnenie podmienok účasti a pod.) označenej ako „Ostatné“.

Výnimku z uvedeného pravidla upravuje výlučne § 49 ods. 6 ZoVO, podľa ktorého sa ponuka nemusí predkladať vyššie opísaným „dvojobáľkovým“ spôsobom len v taxatívne vymenovaných prípadoch a síce ak (i) sa postupuje spôsobom podľa § 66 ods. 7 ZoVO (obstarávateľ môže rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti sa uskutoční až po vyhodnotení ponúk), (ii) zákazka sa zadáva v rámci dynamického nákupného systému a (iii) ponuka sa predkladá vo forme elektronického katalógu.

A contrario potom, ak nie je splnená jedna z uvedených troch podmienok, Obstarávateľ je povinný postupovať vždy dvojobáľkovým spôsobom.

Z povahy veci by v posudzovanom prípade z uvedených troch výnimiek povinnej dvojobáľkovej súťaže mohol zdanlivo do úvahy prichádzať len jeden a síce, že Obstarávateľ rozhodol, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti sa uskutoční až po vyhodnotení ponúk (§ 66 ods. 7 ZoVO). Bez zohľadnenia predpisu ako celku a teda všetkých jeho ustanovení vo vzájomných súvislostiach sa javí aplikácia uvedeného ustanovenia aj na posudzovaný prípad ako možná. Ak však vezmeme do úvahy § 113 ods. 1 ZoVO a imperatív obstarávateľovi vo vzťahu ku vymedzeniu časti ZoVO, ktorý má pri zadávaní podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska aplikovať, je zrejmé, že Obstarávateľ v posudzovanom prípade nemohol aplikovať § 66 ods. 7 ZoVO, keďže toto ustanovenie nie je vo vymedzenej časti zákona, ktorý má a môže aplikovať. Obstarávateľ je povinný postupovať len spôsobom podľa § 1 až § 64 ZoVO (okrem ustanovení taxatívne vymenovaných v § 113 ods. 1 ZoVO; pozn. žiadne z nich nie je relevantné pre predmet tohto stanoviska) a teda nie podľa § 66 ods. 7 ZoVO. Obstarávateľ teda podľa ZoVO nemohol rozhodnúť, že vyhodnotenie splnenia podmienok účasti sa uskutoční až po vyhodnotení ponúk a teda



nemal možnosť voľby jednoobáľkovej súťaže. Naopak bol povinný postupovať podľa § 49 ods. 5 ZoVO formou „dvojobáľkovej súťaže“.

Obstarávateľ zvoleným postupom zadávania zákazky podľa § 66 ods. 7 ZoVO bez opory v ZoVO porušil ustanovenie § 113 ods. 1 ZoVO v spojení s § 49 ods. 5 ZoVO.

4.2 Možnosť zrušenia verejného obstarávania

Obstarávateľ v zadaní formuloval otázku eventuality zrušenia verejného obstarávania, ak výsledkom právnej analýzy bude záver o porušení ustanovení ZoVO vo zvolenom postupe Obstarávateľa.

ZoVO v ust. § 57 upravuje obligatórne (ods. 1) a fakultatívne (ods. 2) zrušenie verejného obstarávania.

Obstarávateľ by bol povinný zrušiť verejné obstarávanie na Zákazku len v štyroch taxatívne uvedených prípadoch uvedených v § 57 ods. 1 ZoVO, z ktorých do úvahy z povahy veci neprichádza ani jeden. Z pohľadu predmetu tejto právnej analýzy je preto nevyhnutné zamerať sa na posúdenie splnenia predpokladov na fakultatívne zrušenie verejného obstarávania a síce analýzu predpokladov, za ktorých by Obstarávateľ mohol zrušiť verejné obstarávanie na Zákazku práve z dôvodu, že sám zistil porušenie ZoVO.

Podľa § 57 ods. 2 ZoVO by mohol Obstarávateľ zrušiť verejné obstarávanie na Zákazku opäť len a výlučne z dôvodov vymedzených v tomto zákonnom ustanovení. Keďže úmyslom Obstarávateľa je realizovať predmet Zákazky riadne a včas, aby bol zabezpečený sledovaný verejnoprospešný účel, z povahy veci možno na posudzovaný prípad aplikovať v súvislosti s porušením ZoVO len nasledovný dôvod:

„(...) v priebehu postupu verejného obstarávania sa vyskytli dôvody hodné osobitného zreteľa, pre ktoré nemožno od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval, najmä ak sa zistilo porušenie tohto zákona, ktoré má alebo by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.“

Obstarávateľ, ak zistí v priebehu verejného obstarávania porušenie zákona, má možnosť danú § 57 ods. 2 ZoVO verejné obstarávanie zrušiť len za predpokladu, že takéto porušenie má alebo by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Ako vyplýva zo Zápisnice z vyhodnotenia ponúk, v posudzovanom prípade ide o „opakovanú verejnú súťaž“, kedy prvá bola zrušená z dôvodu, že sa prihlásil len jeden záujemca. Rovnako tak posudzovanej verejnej súťaže sa zúčastnil len jeden záujemca. Vzhľadom na tieto okolnosti sa domnievame sa, že je bez akéhokoľvek vplyvu (nieto ešte zásadného) na výsledok verejného obstarávania, či Obstarávateľ rozhodol o reverznom postupe pri hodnotení Zákazky, a teda či hodnotil najskôr návrhy na plnenie kritérií a síce cenovú ponuku a až následne vyhodnotil splnenie podmienok účasti. Vzhľadom na jedného hodnoteného záujemcu by ani opačné poradie posudzovania ponuky nevedlo k inému výsledku verejného obstarávania, ale naopak k úplne identickému výsledku verejného obstarávania. Vplyv na výsledok verejného obstarávania či reálny či eventúálny je preto z povahy veci podľa nášho názoru vylúčený.

Rovnaký záver platí aj o použití jednoobáľkovej verejnej súťaže alebo dvojobáľkovej verejnej súťaže a síce v tom zmysle, že bez ohľadu na porušenie § 49 ods. 5 ZoVO, podľa ktorého Obstarávateľ mal obligatórne



použiť dvojobáľkové verejné obstarávanie, nemá toto porušenie vzhľadom na okolnosti posudzovaného prípadu (jeden záujemca) žiadny, a teda zaiste ani zásadný, vplyv na výsledok verejnej súťaže.

Vzhľadom na vyššie uvedené máme za to, že v posudzovanom prípade nie sú splnené ani obligatórne, ani fakultatívne dôvody zrušenia verejného obstarávania v spojení so skúmaným porušením ZoVO v procese zadávania Zákazky. Inými slovami, Obstarávateľ nemá zákonnú povinnosť, ale ani možnosť verejné obstarávanie zrušiť a to aj napriek skutočnosti, že došlo k porušeniu § 49 ods. 5 ZoVO v spojení s § 113 ods. 1 ZoVO, keďže toto porušenie nemá zásadný vplyv na výsledok verejnej súťaže.

5. Záver

Zhrňujúc výstupy vykonanej analýzy vyjadrených podrobne v tomto právnom stanovisku vyššie je na záver možné uviesť, že:

- (a) Obstarávateľ v procese verejného obstarávania Zákazky nesprávne postupoval podľa § 49 ods. 6 v spojení s § 66 ods. 7 ZoVO, keď mal postupovať výlučne podľa § 49 ods. 5 ZoVO formou tzv. dvojobáľkovej verejnej súťaže;
- (b) Vzhľadom na účasť len jedného záujemcu vo verejnej súťaži a vzhľadom na okolnosti hodnotenej ponuky nemá podľa nášho právneho záveru porušenie ZoVO uvedené pod písm. (a) vyššie zásadný vplyv na výsledok verejnej súťaže;
- (c) Vzhľadom na záver podľa písm. (b) vyššie nie je daný dôvod ani na obligatórne, ani na fakultatívne zrušenie verejného obstarávania podľa § 57 ods. 1 a 2 ZoVO; Obstarávateľ nemôže verejné obstarávanie na Zákazku zrušiť len z dôvodu porušenia ZoVO spôsobom podľa písm. (a) vyššie bez splnenia ďalšej podmienky spočívajúcej v zásadnom reálnom, či eventuálnom vplyve na výsledok verejného obstarávania;
- (d) Naopak, v prípade zrušenia verejného obstarávania v rozpore s § 57 ods. 1 alebo ods. 2 ZoVO nie je možné vylúčiť vyvodzovanie zodpovednosti zo strany úspešného záujemcu voči Obstarávateľovi z titulu vzniku skutočnej škody prípadne ušlého zisku a to až do výške celej hodnoty Zákazky.

V prípade akýchkoľvek ďalších otázok nás neváhajte kedykoľvek kontaktovať.

S úctou

PETKOV & Co s. r. o.

Mgr. Ivan PETKOV, konateľ a advokát, v.r.