

**Projekt na tému: Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie
za posledných 5 rokov, s ktorým sa odborne nestotožňujem**

Ako príklad rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „ÚVO“), s ktorým sa odborne nestotožňujem som si vybral rozhodnutie, ktorého predmetom bol konflikt záujmov, keďže ide o tému aktuálnu v každom procese verejného obstarávania. Aj napriek skutočnosti, že konflikt záujmov musí byť predmetom skúmania zo strany verejných obstarávateľov a obstarávateľov v každej fáze zadávania zákazky a pri zákazkách financovaných z fondov EÚ za identifikovaný konflikt záujmov hrozí sto percentá korekcia, je táto povinnosť často opomínaná alebo sa k nej pristupuje len formálne. Jedným z dôvodov prečo tomu tak je môže byť aj nejasnosť pre osoby zodpovedné za verejné obstarávanie identifikácie zainteresovanej osoby, či stanovenie miery ovplyvniteľnosti priebehu a výsledku verejného obstarávania danou osobou.

Podľa môjho názoru vyhodnoteniu konfliktu záujmov nepridáva na jednoznačnosti ani rozhodnutie ÚVO č. 4609-6000/2018-OD zo dňa 30.04.2018 (ďalej len „Rozhodnutie ÚVO“), ktorým sa nižšie zaoberám. Rozhodnutie sa týka zákazky, ktorej predmetom boli reštaurátorské práce pri obnove archeologických nálezov. Pred realizáciou tejto zákazky bol úspešným uchádzačom spracovaný návrh na reštaurovanie, ktorý bol podkladom pre vypracovanie ponuky v danej zákazke.

Predmetnému Rozhodnutiu ÚVO v totožnej zákazke predchádzalo Rozhodnutie ÚVO č. 14693-6000/2017-ODI zo dňa 23.10.2017, ktorým ÚVO nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne znovu vyhodnotiť ponuky uchádzačov so zameraním na posúdenie možnej existencie konfliktu záujmov podľa § 23 zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k úspešnému uchádzačovi.

Na základe tohto rozhodnutia kontrolovaný požiadal úspešného uchádzača o vysvetlenie ponuky, v ktorom žiadal uviesť jeho vyjadrenie v súvislosti s možnou existenciou konfliktu záujmov. Úspešný uchádzač vo svojom vysvetlení uviedol, že v čase spracovania návrhu na reštaurovanie nemohol predpokladať podobu prípadnej budúcej zákazky. Úspešný uchádzač ďalej uviedol, že rozsah spracovania návrhu na reštaurovanie bol daný stanoviskom KPÚ Bratislava čo podľa neho nemá potenciál akejkol'vek výhody pri získavaní zákazky.

Kontrolovaný následne oslovil aj KPÚ Bratislava so žiadosťou o vyjadrenie sa k návrhu na reštaurovanie, ktorý vo svojej odpovedi uviedol, že technológia uvedená v návrhu na reštaurovanie bola už v minulosti úspešne aplikovaná v areáli Bratislavského hradu. Na základe uvedených skutočností kontrolovaný konštatoval, že u úspešného uchádzača neexistuje konflikt záujmov.

V tejto súvislosti musím poukázať na ustanovenie § 23 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ je povinný zabezpečiť, aby nedošlo ku konfliktu záujmov, ktorý by mohol narušiť alebo obmedziť čestnú hospodársku súťaž alebo porušiť princípy verejného obstarávania. Konflikt záujmov v zmysle § 23 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní zahŕňa najmä situácie, ak zainteresovaná osoba, ktorá môže ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania (vrátane osoby bez nutnosti formálneho zapojenia do priebehu verejného obstarávania), má priamy alebo nepriamy finančný záujem, ekonomický záujem alebo iný osobný záujem, ktorý možno považovať za ohrozenie jej nestrannosti a nezávislosti v súvislosti s verejným obstarávaním.

Verejný obstarávateľ je následne povinný prijať také primerané a účinné opatrenia, ktoré identifikujú konflikt záujmov a následne uskutočniť nápravu. Takýmito opatreniami môžu byť vylúčenie zainteresovanej osoby z procesu prípravy alebo realizácie verejného obstarávania alebo úprava jej povinností a zodpovednosti s cieľom zabrániť pretrvávaniu konfliktu záujmov, resp. ak nie je možné identifikovaný konflikt záujmov odstrániť žiadnymi inými účinnými opatreniami, je verejný obstarávateľ povinný vylúčiť z verejného obstarávania uchádzača, vo vzťahu ku ktorému bol konflikt záujmov identifikovaný.

Pre to, aby mohla byť určitá situácia posúdená ako konflikt záujmov, musí byť súčasne naplnených niekoľko podmienok, a teda:

- existencia subjektu, ktorý je zainteresovanou osobou,
- zainteresovaná osoba môže byť spôsobilá ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania,
- zainteresovaná osoba má priamy alebo nepriamy finančný záujem, ekonomický záujem alebo iný osobný záujem, ktorý možno považovať za ohrozenie jej nestrannosti a nezávislosti v súvislosti s verejným obstarávaním.

Vzhľadom na skutkový stav z ktorého Rozhodnutie ÚVO vychádza, je návrh na reštaurovanie spracovaný úspešným uchádzačom súčasťou dokumentácie k verejnému obstarávaniu, z ktorej vychádzali uchádzači pri nacenení svojich ponúk. Zároveň úspešným uchádzačom spracovaný návrh na reštaurovanie je záväzným dokumentom aj pre realizáciu reštaurátorských prác, a to nie len vo vzťahu k technologickým postupom, ale aj ku konkrétnym materiálom (typom, značkám, konkrétnym produktom), a teda úspešný uchádzač, ktorý stanovil použitie daných materiálov bol schopný vo väčšom časovom predstihu si ich zabezpečiť a za výhodnejších cenových podmienok ako iní uchádzači. Ďalej poukazujem aj na znenie návrhu zmluvy o dielo, v ktorom je stanovené, že zhotoviteľ dielo zhotoví v súlade aj s návrhom na reštaurovanie, ktorý obsahuje detailný opis predmetu zmluvy vrátane technických požiadaviek (napr. kvalitatívne, výkonové, bezpečnostné), veľkostných parametrov a požiadaviek na materiál, balenie, označenie, predpokladané množstvo a iné).

ÚVO síce konštatoval, že autora návrhu na reštaurovanie, t. j. úspešného uchádzača, možno považovať za osobu, ktorá poskytovala kontrolovanému podpornú činnosť vo verejnom obstarávaní a ktorá sa podieľala na príprave predmetného verejného obstarávania, t. j. za zainteresovanú osobu, avšak nemôžem sa stotožniť so záverom ohľadom nemožnosti ovplyvniť výsledok verejného obstarávania touto osobou, keďže práve ona stanovuje konkrétne parametre, postupy a materiály, ktoré tvoria gro prác predmetu zákazky a ktoré sa premietajú do ponukových cien uchádzačov. V rámci opisu predmetu zákazky teda úspešný uchádzač určil výrobky a materiály, ktoré sú pre vypracovanie ponuky a realizáciu diela záväzné, keďže zhotoviteľ nemôže pri zhotovení diela určené výrobky a materiály nahrádzať za iné.

ÚVO v Rozhodnutí uviedol, že nakoľko dané postupy boli posúdené ako vhodné a bežné pri rekonštrukcii obdobných pamiatok, nemohol úspešný uchádzač ich stanovením získať pre seba výhodu oproti iným uchádzačom/záujemcom. ÚVO preto konštatuje, že skutočnosť, že úspešný uchádzač vypracoval návrh na reštaurovanie nepredstavuje v danom prípade existenciu konfliktu záujmov, keďže nebola naplnená zákonná podmienka, podľa ktorej zainteresovaná osoba, t. j. úspešný uchádzač, mohla ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania.

Tvrdenie ÚVO o tom, že stanovením určitých materiálov a výrobkov nemohol uchádzač získať výhodu oproti iným uchádzačom považujem za veľmi odvážne, pretože z opisu skutkového stavu, ktorý je obsahom Rozhodnutia ÚVO nevyplýva, že by mal kontrolovaný alebo ÚVO k dispozícii rozklad ceny položiek uchádzačov alebo aspoň cenové ponuky

dodávateľov materiálov a výrobkov. Preto nepovažujem za podložené argumentami toto tvrdenie ÚVO, ale iba za akýsi predpoklad, či odhad. Ako jediné tvrdenie, ktoré sa týka ceny ÚVO uvádza len to, že z cenových ponúk uchádzačov umiestnených na prvých dvoch miestach je zrejmé, že úspešný uchádzač ponúkol o cca 2000 eur nižšiu cenu ako druhý uchádzač. ÚVO sa však nezamýšľala nad tým za aké ceny u výrobcov alebo predajcov použitých materiálov títo uchádzači komodity nakupujú. Z ponúk tak nie je zrejmý ani zisk každého z uchádzačov. V konečnom dôsledku môže byť rozdiel medzi ponukami uchádzačov len 2000 eur, no druhý uchádzač mohol mať kalkulovaný zisk vo výške napr. 5 %, zatiaľ čo úspešný uchádzač, ktorý pripravil návrh na reštaurovanie možno kalkuloval so ziskom na úrovni 20 %. Samozrejme v tomto prípade ide iba o fabuláciu, keďže autorovi projektu nie sú zrejmé cenové kalkulácie uchádzačov, no ani z Rozhodnutia ÚVO nevyplýva, že by to kontrolovaný alebo ÚVO skúmali. ÚVO sa len obmedzilo na konštatovanie rozdielu v konečnej cene ponuky bez poznania rozkladu cien položiek, čo nepovažujem za dostatočné a ani za transparentné. Cieľom mojej úvahy je len poukázať na možnú disproporciu v kalkulácii cenových ponúk, ktorá môže existovať a aj pri veľmi podobnej celkovej cene diela.

Domnievam sa, že každý uchádzač, ktorý predkladá ponuku vo verejnom obstarávaní má na získaní zákazky aj finančný, ekonomický alebo iný osobný záujem. V prípade, ak má takáto osoba zároveň možnosť stanoviť požiadavky, ktoré priamo definujú ako sa dielo bude realizovať, je na pováženie, či ňou určené požiadavky nebudú zároveň formulované aj tak, aby sám sebe zabezpečil výhodu oproti svojim konkurentom. Dodávam, že v tomto prípade išlo o plnenie diela ako celku úspešným uchádzačom, t. j. zároveň osobou, ktorá pripravila podklady do súťaže, nie len o poskytnutie akejsi zanedbateľnej časti plnenia (tým autor projektu nechce naznačiť zanedbateľnosť posudzovania konfliktu záujmov pri osobách, ktoré sa podieľajú iba na menšej časti plnenia, iba chce prízvukovať, že v konkrétnom prípade je úspešný uchádzač zároveň zhotoviteľom celého diela).

V tejto súvislosti sa mi nedá vyhnúť komparácii so skutkovo podobným rozhodnutím ÚVO č. 2994-7000/2017-OD/10, v ktorom však bolo rozhodnuté v súvislosti s konfliktom záujmov inak. Predmetom prieskumu ÚVO bola zákazka na uskutočnenie stavebných prác. Architektonickú štúdiu, ktorá tvorí súčasť opisu predmetu zákazky, vypracovala externá spoločnosť, pričom pre túto spoločnosť vypracovali danú architektonickú štúdiu viacerí projektanti. Z predloženej ponuky (jedinej v tomto prípade) bolo zrejmé, že úspešný uchádzač uzatvoril so spoločnosťou, ktorá vypracovala architektonickú štúdiu, ako i s viacerými

architektmi, ktorí sa na príprave danej štúdie podieľali, zmluvy o poskytovaní technických a odborných kapacít. Keďže súčasťou kontrolovaným predloženej dokumentácie nebola žiadna informácia, či a ako sa verejný obstarávateľ zaoberal potenciálnym konfliktom záujmov, ÚVO kontrolovaného vyzval, aby sa k danej skutočnosti vyjadril.

ÚVO v rozhodnutí upozornil na praktickú príručku Európskej komisie a OLAF k identifikácii konfliktu záujmov pri postupoch verejného obstarávania v rámci štrukturálnych opatrení, podľa ktorej je potrebné sledovať tzv. červené indikátory („red flags“), medzi ne patrí aj zúčastnenie subjektu na príprave dokumentácie, čím sa môže pokúsiť priamo alebo nepriamo ovplyvniť postup verejného obstarávania. ÚVO v tomto rozhodnutí, taktiež ako v mnou vybratom Rozhodnutí ÚVO, konštatoval v súvislosti s tým, že architektonickú štúdiu na predmet zákazky, ktorá je súčasťou súťažných podkladov a tvorí opis predmetu zákazky vypracovali externí architekti/projektanti, že tieto osoby je možné označiť za zainteresované osoby v zmysle § 23 zákona o verejnom obstarávaní.

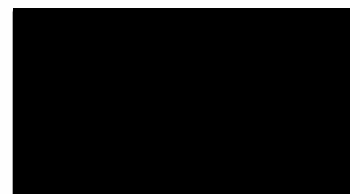
ÚVO v tomto prípade, však v súvislosti s ďalšou podmienkou, ktorej naplnenie je potrebné pre konštatovanie existencie konfliktu záujmov, a to že zainteresovaná osoba môže byť spôsobilá ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania, poukázalo aj na to, že architektov/projektantov, ktorí sa podieľali na vyhotovení dokumentu, ktorý tvorí súčasť opisu predmetu zákazky zároveň úspešný uchádzač využil ako svoje technické a odborné kapacity na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Uvedené mám za veľmi podobnú situáciu ako v mnou rozoberanom Rozhodnutí ÚVO kde úspešný uchádzač rovnako vypracoval opis predmetu zákazky, taktiež preukazoval splnenie podmienok účasti vlastnými kapacitami (čo samozrejme považujem za vhodné a bežné), avšak aj sám ako uchádzač predložil ponuku.

V tomto ďalšom rozhodnutí dospel ÚVO k záveru, že uvedené osoby, ktoré vypracovali architektonickú štúdiu k predmetnému verejnému obstarávaniu, ako zainteresované osoby mohli ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania, a taktiež mohli mať finančný, ekonomický alebo osobný záujem, ktorý možno považovať za ohrozenie ich nestrannosti a nezávislosti v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním, keďže jediný a úspešný uchádzač využil ich technické a odborné kapacity na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, t. j. podmienok účasti. ÚVO skonštatoval, že daná situácia súvisiaca s úspešným uchádzačom napĺňa definíciu konfliktu záujmov v zmysle § 23 zákona o verejnom obstarávaní.

Mám za to, že pokiaľ ÚVO konštatoval, že už len samotný fakt, že pri realizácii stavebných prác využije úspešný uchádzač kapacity iných osôb na plnenie časti predmetu zákazky a preukáže nimi splnenie podmienok účasti postačuje na záver o možnej existencii finančného, ekonomického alebo osobného záujmu a nakoniec aj konfliktu záujmov, nie je celkom zrejmé prečo pri Rozhodnutí ÚVO bol aj bez dôkladnejšieho prieskumu rozboru ponukových cien položiek konštatovaný opak.

Záverom by som chcel ešte poukázať aj na metodické usmernenie ÚVO č. 10229-5000/2020 zo dňa 22.07.2020, ktoré vo vzťahu k projektantom hovorí, že projektant je osobou, ktorá sa priamo podieľala na príprave podkladov k verejnému obstarávaniu (projektovej dokumentácie), ide o tzv. zainteresovanú osobu. Prípád, keď sa zainteresovaná osoba uchádza aj o zadanie predmetnej zákazky zjavne evokuje konflikt záujmov. V takýchto prípadoch je na verejnom obstarávateľovi, aby sa s takouto situáciou vysporiadal a prijal relevantné opatrenia, ktoré zamedzia vzniku škodlivých následkov konfliktu záujmov. Mám za to, že v prípade, ak sa určitá osoba podieľa na príprave podkladov pre zákazku a následne sa zúčastní tejto zákazky ako uchádzač, je veľmi pravdepodobné, že na jej získaní má aj finančný, ekonomický či osobný záujem a je schopná za týmto účelom priamo či nepriamo stanoviť určité parametre obstarávania tak, aby boli pre ňu samotnú výhodnejšie. Ak ide priamo o vzťah aký rozoberá Rozhodnutie ÚVO, mal by byť dôraz a prieskum možnej existencie konfliktu záujmov o to väčší, preto toto Rozhodnutie ÚVO nepovažujem za dostatočne podložené argumentami, ktoré by boli jednoznačne schopné preukázať, že v danom prípade konflikt záujmov nenastal.

Považujem za absolútne kľúčové aby rozhodnutia ÚVO, ako aj Rady ÚVO a závery z nich vyplývajúce boli dostatočne argumentačne podložené tak, aby pre verejných obstarávateľov a obstarávateľov mohli slúžiť ako akýsi návod na postup v rovnakých situáciách.



Ing. Pavol Líška