



PROTIMONOPOLNÝ
ÚRAD
SLOVENSKEJ
REPUBLIKY

ELEKTRONICKÉ TRHOVISKO (EKS) podlimitné zákazky

10. 05. 2017

CIEĽ ANALÝZY

Cieľom analýzy verejných obstarávaní (konkrétne podlimitných zákaziek) realizovaných s využitím elektronického trhoviska (EKS)¹ bolo detailne preskúmať nastavenie elektronického trhoviska z hľadiska ochrany hospodárskej súťaže. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor kartelov (ďalej len „úrad“) posudzoval úroveň vplyvu nastavenia súťažných procesov a obchodných podmienok na intenzitu hospodárskej súťaže, ako aj prípadnú existenciu príležitostí, ktoré by pre podnikateľov využívajúcich elektronické trhovisko mohli vytvoriť priestor pre protisúťažnú koordináciu správania.

Je potrebné poznamenať, že základná časť analýzy sa sústredila na nastavenie elektronického trhoviska pred zavedením významných zmien od 1. februára 2017, kedy boli prijaté nové Obchodné podmienky elektronického trhoviska (OPET 3.1).² Úrad sa aj po konzultáciách s príslušnými orgánmi rozhodol svoje zistenia ponechať v texte samotnej analýzy, a to aj napriek skutočnosti, že uvedenými zmenami došlo k eliminácii vybraných potenciálnych súťažných rizík. Úrad totiž považuje za nevyhnutné v rámci súťažnej advokácie upozorňovať na možný negatívny vplyv nastavení elektronických aukčných nástrojov na intenzitu hospodárskej súťaže vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, nakoľko nie je vylúčené, že niektoré závery tejto analýzy možno aplikovať aj na iné elektronické aukčné nástroje.

1 ČO JE ELEKTRONICKÉ TRHOVISKO

Elektronické trhovisko je zriadené na základe zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon č. 25/2006 o verejnom obstarávaní“).

V zmysle § 13 ods. 1 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“) ide o informačný systém verejnej správy, ktorý slúži na zabezpečenie ponuky a nákupu tovarov, stavebných prác alebo služieb, bežne dostupných na trhu, a to aukčným postupom, ako aj na zabezpečenie s tým súvisiacich činností. Správcom elektronického trhoviska je Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky. Dodávateľom elektronického kontraktčného systému pre Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky je konzorcium Anasoft, Slovak Telekom a Tlačová agentúra Slovenskej republiky.³

Elektronické trhovisko bolo zriadené 1. júla 2014, pričom prvý obchod sa na ňom uskutočnil 30. septembra 2014. V ostrej prevádzke funguje od **1. februára 2015**.

Cieľom zavedenia uvedeného nástroja bolo zefektívnenie verejného obstarávania, odstránenie akejkoľvek možnosti ovplyvňovať výsledok verejnej súťaže a zabezpečiť

¹ Elektronické trhovisko je súčasťou Elektronického kontraktčného systému (EKS) - <https://www.eks.sk/>

² Zdroj: https://www.eks.sk//Stranka/Novinky#aktualita_2017131-36

³ Zdroj: <http://www.minv.sk/?tlacove-spravy&sprava=elektronicky-kontraktacny-system-sa-rozrasta-o-nadlimitne-trhovisko>

transparentný spôsob nakupovania z verejných zdrojov, ktorý by ušetril peniaze.

Povinne na ňom nakupuje verejný obstarávateľ podľa § 7 zákona o verejnom obstarávaní a osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní, teda štát, obec, vyšší územný celok, ako aj organizácie, ktoré sú nimi zriadené či majetkovo prepojené, ak hodnota tovaru, služieb či stavebných prác presahuje 5 000 eur a dosahuje najviac 135 000 eur v prípade štátu, resp. 209 000 eur v prípade ostatných obstarávateľov. Pri stavebných prácach predstavuje horný finančný limit 5 225 000 eur.

V septembri 2015 bola schválená novela zákona č. 25/2006 o verejnom obstarávaní, ktorá umožňuje využívať elektronické trhovisko aj pre **nadlimitné zákazky**, pri obchodovaní ktorých sa využíva osobitný postup v porovnaní s obchodovaním podlimitných zákaziek.⁴

Počas dvojročnej prevádzky elektronického trhoviska bolo na elektronickom trhovisku ku dňu 8. marca 2017 zrealizovaných **61 813 obchodov** v celkovej sume **635 751 212,45 eur** a deklarovaná celková suma úspor z týchto obchodov dosiahla 192 849 906,47 eur.³

2 AKO FUNGOVALO OBCHODOVANIE PODLIMITNÝCH ZÁKAZIEK NA ELEKTRONICKOM TRHOVISKU DO 31. JANUÁRA 2017⁵

Verejný obstarávateľ podľa § 7 zákona o verejnom obstarávaní, osoba podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní alebo iná osoba, ktorá používa elektronické trhovisko na zadávanie zákaziek (ďalej len „objednávateľ“ alebo „verejný obstarávateľ“) je povinný sa registrovať na elektronickom trhovisku, rovnako ako každý, kto má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní s využitím elektronického trhoviska alebo kto chce predložiť ponuku prostredníctvom elektronického trhoviska (ďalej len „dodávateľ“ alebo „uchádzač“).⁶

Objednávateľ môže buď (1) akceptovať ponuku zverejnenú v Katalógu ponúk⁷ alebo (2) môže zadať zákazku jej zverejnením na elektronickom trhovisku.

V prípade, ak sa objednávateľ rozhodne uplatniť prvý postup, tak môže predbežne akceptovať ponuku s najnižšou cenou, zverejnenú na elektronickom trhovisku, ak sú pre rovnaký alebo ekvivalentný tovar, stavebné práce alebo služby zverejnené v čase akceptovania aspoň dve ponuky. Objednávateľ po predbežnej akceptácii obchodnej ponuky a vyplnení objednávkového formulára vyhlási zadávanie zákazky v elektronickom trhovisku.

⁴ V tejto súvislosti pozri popis využívania funkcionalít nadlimitného trhoviska (manuál) pre dodávateľa a objednávateľa: <https://www.eks.sk/Stranka/OtazkyAOdpovede/NadlimitneTrhovisko>

⁵ Opis procesu obchodovania podlimitných zákaziek vychádza z Obchodných podmienok elektronického trhoviska účinných do 31. januára 2017. Obchodné podmienky elektronického trhoviska (OPET) sú dostupné na: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>

⁶ V prípade podlimitného postupu s využitím elektronického trhoviska sa vyžaduje, aby bol dodávateľ nielen v systéme elektronického trhoviska registrovaný, ale aby bol aj zapísaný v zozname hospodárskych subjektov, ako aj v registri konečných užívateľov výhod.

⁷ Katalóg ponúk obsahuje obchodné ponuky, ktoré môže dodávateľ podať tým, že vyplní ponukový formulár a potvrdí svoju ponuku, čím vyjadruje súhlas s ďalším využívaním svojej ponuky na elektronickom trhovisku a jeho obchodná ponuka sa stáva návrhom na uzavretie Zmluvy voči vopred neurčenému objednávateľovi. Obchodná ponuka je v Katalógu ponúk zverejnená v anonymnej podobe.

V prípade, ak verejný obstarávateľ nevyužije tento prvý postup, tak môže uplatniť druhý postup, v rámci ktorého môže zadať zákazku priamo jej zverejnením na elektronickom trhovisku. Objednávateľ pritom môže vytvoriť objednávku buď použitím existujúceho opisného formulára z Knižnice opisných formulárov, alebo môže vytvoriť „*nový opisný formulár*“. Zároveň objednávateľ určí lehotu na predkladanie ponúk, pričom táto lehota nesmie byť kratšia ako 72 hodín (kratšiu lehotu nedovolí uplatniť systém elektronického trhoviska).

Po vyhlásení zákazky sa jej vyhlásenie zobrazí v Prehľade obchodov, pričom všetkým registrovaným dodávateľom, ktorí vo svojom Osobnom profile uviedli údaj o rovnakej klasifikácii tovaru, stavebných prác alebo služieb podľa CPV⁸ uvedeného v Objednávkovom formulári, ako aj všetkým registrovaným objednávateľom, ktorí uviedli, že chcú byť e-mailom upozornení na vyhlásenie zákazky s daným CPV kódom, bude doručená e-mailová notifikácia o vyhlásení zákazky. Od vyhlásenia zákazky plynie lehota na predkladanie ponúk.

Následne registrovaní uchádzači a záujemcovia predkladajú svoje ponuky prostredníctvom elektronického trhoviska (**prvé kolo = štádium predkladania ponúk**). Dodávateľ môže pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk svoju ponuku stiahnuť alebo môže predložiť novú ponuku, kedy sa jeho predchádzajúca ponuka stáva neplatnou alebo môže svoju ponuku opraviť.⁹ Dodávateľ pritom môže predložiť iba takú ponuku, ktorá „(a) má formu kladného čísla, (b) nesmie byť rovnaká alebo vyššia ako je návrh najnižšej ceny uvedený v inej tým istým dodávateľom skôr predloženej ponuke a (c) nesmie byť rovnaká ako je návrh v inej skôr predloženej ponuke.“¹⁰ Po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk systém automaticky ukončí obchodovanie, nasleduje automatické otváranie ponúk a systém automaticky vyhodnocuje a zoraďuje ponuky.¹¹

Po vytvorení poradia ponúk otvorí objednávateľ elektronickú aukciu, o ktorej začatí informuje tých dodávateľov, ktorí sa umiestnili na prvom až treťom mieste (**druhé kolo = elektronická aukcia**).¹² Elektronická aukcia začne 15 minút po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk a trvá 20 minút s opakovanou možnosťou predĺženia o 2 minúty. K predĺženiu lehoty o 2 minúty pritom dochádza za predpokladu, že dodávateľ ponúkne novú cenu, ktorá spĺňa požiadavky týkajúce sa minimálnych rozdielov počas posledných 2 minút trvania elektronickej aukcie.

Po ukončení elektronickej aukcie systém opäť automaticky vyhodnotí aukciu, zoradí

⁸ CPV je Spoločný slovník obstarávania Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 z 5. novembra 2002 o spoločnom slovníku obstarávania (CPV) (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 6/zv. 5) v platnom znení. Súčasná verzia Slovníka obstarávania CPV pozostáva z hlavného slovníka a doplnkového slovníka, ktoré vymenúvajú tovary, práce a služby, ktoré sa používajú v rámci obstarávania. Predmet zákazky je určený podľa číselných kódov jednotlivých častí zákazky pre hlavný predmet, resp. aj doplnujúce predmety z Hlavného slovníka (CPV).

⁹ Pozri ods. 17 čl. XII (Postup so vstupom z Katalógu ponúk) a ods. 10 čl. XIII (Postup so vstupom z Knižnice) prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska. Zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VereinyDetail>

¹⁰ Pozri ods. 13 čl. XII (Postup so vstupom z Katalógu ponúk) a ods. 7 čl. XIII (Postup so vstupom z Knižnice) prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska. Zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VereinvDetail>

¹¹ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/Video/AjWjaLTJxpM>

¹² V zmysle nových Obchodných podmienok elektronického trhoviska (OPET 3.1) do elektronickej aukcie postupujú všetci uchádzači, ktorí počas lehoty na predkladanie ponúk predložia platnú kontrakčnú ponuku, a to vrátane dodávateľa, ktorého ponuka bola predbežne akceptovaná.

ponuky, zdokumentuje proces elektronickej aukcie a **vygeneruje zmluvu, ktorá sa stáva účinnou nasledujúci deň po jej zverejnení v Centrálnom registri zmlúv** a úspešnému dodávateľovi je zaslaný notifikačný e-mail.

3 SÚŤAŽNÉ OBAVY PRI OBCHODOVANÍ PODLIMITNÝCH ZÁKAZIEK NA ELEKTRONICKOM TRHOVISKU

Verejné obstarávanie je systém, ktorý bol vytvorený s cieľom simulovať konkurenčné prostredie v situácii, keď tovary, stavebné práce alebo služby nakupuje verejný sektor. Účelom verejného obstarávania je pritom výber najlepšej ponuky tak, aby sa šetrili verejné prostriedky (*best value for money*).

Efektívne využívanie verejných prostriedkov však možno zabezpečiť iba za predpokladu, že súťažné ponuky predložené jednotlivými podnikateľmi sú vypracované a predložené nezávisle, na základe vlastných ekonomických a technických prepočtov každého z uchádzačov a nie sú výsledkom koordinácie správania viacerých podnikateľov v tendri. Druhou podmienkou je skutočnosť, že sám verejný obstarávateľ alebo iný subjekt, ktorý sa podieľa na nastavovaní podmienok tendra, nezvýhodňuje niektorého uchádzača alebo záujemcu alebo nevytvára vo verejnom obstarávaní také podmienky, ktoré môžu koordináciu správania v tendri uľahčiť.

V priebehu roka 2016 úrad analyzoval verejné obstarávania (podlimitné zákazky), ktoré sa realizovali s využitím elektronickeho trhoviska, a to z dôvodu, že v rámci prešetrovaní určitých relevantných trhov nadobudol podozrenie, že na elektronicom trhovisku dochádza k realizácii kartelových dohôd. Do analýzy úrad zahrnul aj verejné obstarávania, na ktoré boli v priebehu roka 2016 doručené viaceré podnety zo strany podnikateľov využívajúcich systém elektronickeho trhoviska so žiadosťou o prešetrenie možného kolúzneho správania svojich konkurentov. V súvislosti s podozrením na možné kartelové dohody pri obchodovaní na elektronicom trhovisku úrad spolupracuje aj so správcom elektronickeho trhoviska.¹³

Po vykonaní analýzy verejných obstarávaní s využitím elektronickeho trhoviska, ako aj po preskúmaní spôsobu nastavenia obchodovania na elektronicom trhovisku, dospel úrad k záveru, že **v priebehu obchodovania podlimitných zákaziek mohlo na elektronicom trhovisku (a to predovšetkým v období do 31. januára 2017) dochádzať k úspešnému koordinovaniu správania v tendroch**. Dôvodom je predovšetkým skutočnosť, že vo viacerých aspektoch nastavenia procesu obchodovania na elektronicom trhovisku absentoval dôraz na posilňovanie súťažného princípu.

Riziko protisúťažnej koordinácie uchádzačov vo verejnom obstarávaní pritom môže byť znížené dôkladným zvažovaním rôznych prvkov verejného obstarávania a navrhovaním tendrov a jeho podmienok tak, aby sa eliminovala možnosť uchádzačov dosiahnuť kolúznu dohodu. Nastavenie podmienok tendra má preto kľúčový vplyv na to, či verejné obstarávanie bude alebo nebude náchylné na uzatvorenie kartelových dohôd a ich úspešné implementovanie.

¹³ V tejto súvislosti pozri informáciu o spolupráci zverejnenú na webovej stránke elektronickeho trhoviska zo dňa 15.12.2016: https://www.eks.sk/Stranka/Novinky#aktualita_20161215-32.

Výsledky tejto analýzy úrad spracoval do materiálu, v ktorom opisuje hlavné prekážky efektívneho uplatňovania súťažného princípu v procese obchodovania podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku a ktoré sa nepriaznivo dotýkajú všetkých subjektov využívajúcich elektronické trhovisko (či už objednávateľov alebo dodávateľov).

Úrad ako správny orgán zabezpečujúci ochranu hospodárskej súťaže zastáva názor, že pokiaľ je to možné, tak by mal nielen upozorňovať na zistené nedostatky nastavenia súťaže, ale pôsobiť aj na vytváranie priaznivých konkurenčných podmienok. Vzhľadom na túto skutočnosť úrad v predmetnom materiáli odporúča zváženie určitých opatrení, ktoré budú smerovať k podpore hospodárskej súťaže pri verejnom obstarávaní s využívaním elektronického trhoviska, k odstráneniu rizika kolúzneho správania, a v neposlednom rade ich prijatie povedie k zníženiu cien obstarávaných tovarov, stavebných prác alebo služieb a k získaniu dôvery verejnosti v konkurenčný proces vo verejnom obstarávaní.

V nadväznosti na uvedené úrad v januári 2017 zaslal predmetný materiál Ministerstvu vnútra Slovenskej republiky ako správcovi elektronického trhoviska, Úradu pre verejné obstarávanie ako odbornému garantovi v oblasti verejného obstarávania a subjektu zodpovednému za správnu implementáciu zákona o verejnom obstarávaní a Centru podpory EKS (ďalej len „príslušné orgány“), aby ich oboznámil s výsledkami predmetnej analýzy a prediskutoval s nimi navrhované opatrenia. Následne sa v priestoroch úradu uskutočnilo stretnutie zástupcov príslušných orgánov.

V tejto súvislosti je dôležité dodať, že od 1. februára 2017 došlo na elektronickom trhovisku k prijatiu viacerých zmien, cieľom ktorých bolo, okrem iného, reagovať na narastajúce pokusy časti dodávateľov obmedzovať hospodársku súťaž pri obchodovaní na elektronickom trhovisku a ktoré sú reflektované v nových Obchodných podmienkach elektronického trhoviska (OPET 3.1).¹⁴

Vzhľadom na tieto prijaté zmeny, ako aj na výsledky stretnutia s príslušnými orgánmi sa úrad v predmetnom materiáli venuje **opisu toho, akým spôsobom sa (najmä v období do 31. januára 2017) realizovalo možné kolúzne správanie určitých dodávateľov pri obchodovaní podlimitných zákaziek**, ako aj tomu, **na ktoré oblasti v rámci obchodovania podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku je žiadúce sa zamerať, resp. ktoré oblasti je vhodné upraviť, s cieľom posilniť uplatňovanie súťažného princípu**. Zároveň, úrad v tejto časti demonštruje, **aké zmeny boli prijaté na elektronickom trhovisku od 1. februára 2017**, okrem iného, aj z dôvodu eliminácie *„množiacich sa pokusov časti dodávateľskej verejnosti deformovať hospodársku súťaž prebiehajúcu na elektronickom trhovisku pokusmi o vytváranie kartelových dohôd.“*¹⁵

¹⁴ Zdroj: https://www.eks.sk/Stranka/Novinky#aktualita_2017131-36

¹⁵ Zdroj: https://www.eks.sk/Stranka/Novinky#aktualita_2017315-41

3. 1 Neexistencia pravidiel pre stanovenie veličiny „maximálna výška zdrojov“ a jej nepovinné zadávanie v rámci obchodovania

Pri obchodovaní na elektronickom trhovisku (konkrétne pri vyplňaní objednávkového formulára) môže verejný obstarávateľ (objednávateľ) zadať „maximálnu výšku zdrojov (bez DPH)“.¹⁶

Pri zadávaní tejto veličiny systém elektronického trhoviska informuje objednávateľa, že ide o maximálnu výšku finančných prostriedkov, ktoré má objednávateľ k dispozícii na financovanie predmetu zákazky. V časti „Otázky a odpovede“ je uvedené detailnejšie vysvetlenie, v zmysle ktorého „maximálna výška zdrojov“ pri vytváraní objednávkového formulára pre objednávateľa, ktorý nie je platiteľom DPH, predstavuje maximálny rozpočet (rozpočtovú alokáciu celkom, vrátane DPH), pričom nejde o predpokladanú hodnotu zákazky.¹⁷

Predmetnú veličinu je preto potrebné odlišovať od predpokladanej hodnoty zákazky, ktorej pravidlá výpočtu sú v porovnaní s „maximálnou výškou zdrojov“ definované priamo v § 6 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.¹⁸ Kým predpokladanú hodnotu zákazky má teda verejný obstarávateľ povinnosť stanoviť na základe zákonom stanovených pravidiel, pre stanovenie „maximálnej výšky zdrojov“ nie sú určené pravidlá výpočtu a v prípade neuvedenia „maximálnej výšky zdrojov“ dokonca nebude obmedzené predloženie akejkoľvek cenovej ponuky.

Predmetná veličina má pritom na elektronickom trhovisku nasledujúci význam:

- v prípade jej zadania nemôže uchádzač zadať vyššiu sumu ako je maximálna výška zdrojov,¹⁹
- v mnohých prípadoch uchádzač zadáva svoju vstupnú cenu s prihliadnutím na maximálnu výšku zdrojov,
- úspora dosiahnutá využitím elektronického trhoviska sa počíta zo vstupnej ceny uchádzača a zo zmluvnej ceny víťazného uchádzača.²⁰

V súvislosti s predmetnou veličinou je nutné uviesť, že zvyčajným cieľom kolúzneho správania podnikateľov vo verejnom obstarávaní je zvýšenie sumy víťaznej ponuky.

¹⁶ Pojem „maximálna výška zdrojov (bez DPH)“ je používaný v každom „detaily zákazky“ evidovanom na elektronickom trhovisku (EKS), a to v rámci „zmluvnej špecifikácie“.

¹⁷ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/OtazkyAOdpovede/OpisnyFormularPonukaObjednavka>

¹⁸ § 6 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vymedzuje predpokladanú hodnotu zákazky (ďalej len „PHZ“) ako cenu bez dane z pridanej hodnoty, ktorá sa určuje na základe údajov a informácií o zákazkách na rovnaký alebo porovnateľný predmet zákazky. Ak nemá verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ údaje o zákazkách na rovnaký alebo porovnateľný predmet zákazky, určí PHZ na základe údajov získaných prieskumom trhu s požadovaným plnením alebo na základe údajov získaných iným vhodným spôsobom. PHZ je platná v čase začatia postupu zadávania zákazky. Všetka dokumentácia k určeniu PHZ je predmetom administratívnej kontroly verejného obstarávania a je nutné ju za týmto účelom predkladať na Sprostredkovateľský orgán pod riadiacim orgánom.

¹⁹ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/NajcastejsieChybyNaET>

²⁰ Ak verejný obstarávateľ nezádá „maximálnu výšku zdrojov“, vstupná (prvá) ponuka môže mať ľubovoľnú výšku. V prípade zadania takej „maximálnej výšky zdrojov“, ktorá nereflektuje trhovú cenu, stúpa riziko, že vstupná cena rovnako nebude zodpovedať trhovej cene, keďže v mnohých prípadoch uchádzači zadávajú vstupnú cenu s ohľadom na „maximálnu výšku zdrojov“. V oboch prípadoch má tak úspora vypočítaná zo vstupnej ceny (ľubovoľne vysokej, neodrážajúcej reálnu trhovú cenu) slabú výpovednú hodnotu o skutočnom stave úspor.

Dôvodom zvýšenia tejto víťaznej ceny je práve skutočnosť, že členovia kartelovej dohody chcú jej zvýšením zabezpečiť, aby disponovali väčším množstvom finančných prostriedkov, čo im následne umožňuje rozdeliť si zisky z nelegálne získanej vyššej cenovej ponuky.

Pritom platí, že čím je zákazka viac nadhodnotená v porovnaní s reálnou trhovou cenou, tým atraktivita uzatvárania a realizovania kartelových dohôd stúpa, keďže členovia kartelovej dohody si rozdeľujú väčšiu sumu. V prípade kartelových dohôd totiž členovia kartelovej dohody vždy zvažujú potenciálne zisky z kartelovej dohody vo vzťahu k riziku možného odhalenia. Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD), ako aj úrad už v minulosti upozorňovali na to, že predpokladaná cena zákazky by mala byť založená na dôkladnom prieskume trhu a malo by ísť o skutočne konkurenčnú cenu. Iba ak je cena nastavená „agresívne“, môže obmedziť nelegálne zisky z kolúzie, a tým obmedzovať priestor pre kolúziu. Naopak, ak je nastavená „mäkko“, takýto priestor sa môže vytvoriť.²¹ Tieto pravidlá by sa mali aplikovať aj na určenie „*maximálnej výšky zdrojov*“, nakoľko stanovenie tejto veličiny má výrazný vplyv na zadanie vstupnej ceny uchádzačov a v konečnom dôsledku môže ovplyvniť aj vysúťažенú (zazmluvnenú) cenu zákazky.

V tejto súvislosti úrad dodáva, že nemožno opomenúť ani skutočnosť, že porovnanie viacerých súm uvedených ako „*maximálna výška zdrojov*“ a v niektorých prípadoch dokonca aj vysúťažенých (zazmluvnených) cien demonštruje, že „*maximálna výška zdrojov*“, či dokonca vysúťažенá (zmluvná) cena získaná v rámci verejného obstarávania s využitím elektronického trhoviska je skutočne v niektorých prípadoch vyššia, resp. výrazne vyššia ako trhovú cenu.²²

Aj správca elektronického trhoviska v časti „*Najčastejšie chyby objednávateľov*“ upozorňuje, že neuvedenie „*maximálnej výšky zdrojov*“ môže mať za následok predloženie neprimerane vysokej cenovej ponuky, ktorá nebude znížená ani v elektronickej aukcii,²³ avšak nezavádza žiadne opatrenia na eliminovanie takýchto situácií. Je zrejmé, že ak dodávatelia identifikujú, že stanovená „*maximálna výška zdrojov*“ prevyšuje trhovú cenu, ich záujem koordinovať svoje správanie vo verejnom obstarávaní stúpa. Možnosť získať zákazku s vyšším ziskom môže niektorých podnikateľov motivovať do takej miery, že prospech z kartelového správania preváži nad možným rizikom z jeho odhalenia. Preto v záujme systému elektronického trhoviska a rovnako vo verejnom záujme je nutné, aby bolo obchodovanie na elektronickom trhovisku nastavené tak, aby prispievalo k zníženiu rizika uzatvárania kartelových dohôd na elektronickom trhovisku.

Na základe vyššie uvedených skutočností je možné konštatovať, že **neexistencia pravidiel výpočtu „*maximálnej výšky zdrojov*“** v podobe, ktorá by reflektovala cenu rovnakého alebo porovnateľného predmetu zákazky v čase začatia postupu zadávania zákazky a **neexistencia povinnosti zadávať „*maximálnu výšku zdrojov*“ pri každom obchode, kde sa nakladá s verejnými financiami** (či už zo štátneho

²¹ V tejto súvislosti pozri aj odporúčania úradu k nastaveniu tendra, ktoré vychádzajú z odporúčaní OECD a sú dostupné na webovej stránke úradu: http://www.antimon.gov.sk/data/files/96_kartelove-dohody-vo-vo.pdf

²² Pri určovaní bežnej trhovej ceny sa vychádzalo najmä zo skúseností a zmlúv, ktorých plnenie bolo vykonané v porovnateľnom období na rovnaký alebo obdobný predmet zákazky.

²³ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/NajcastejsieChybyNaET>

rozpočtu alebo z fondov EÚ) predstavuje pre potenciálnych členov kartelovej dohody taký faktor, ktorý bude podporovať snahu uchádzačov o koordináciu správania v tendri, keďže prospech, ktorý z kolúzneho správania v tendri môžu získať, je v takomto prípade vyšší ako v prípade, ak táto veličina reflektuje trhovú cenu.

Odporúčania úradu:

*Úrad odporúča zaviesť pravidlá výpočtu „maximálnej výšky zdrojov“ a povinnosť určovať „maximálnu výšku zdrojov“ pri všetkých verejných zákazkách, čo nielen prispeje k zníženiu atraktívnosti verejného obstarávania na koordináciu správania uchádzačov, ale aj pomôže vytvoriť objektívnejší obraz o stave úspor získaných využívaním elektronického trhu.*²⁴

„Maximálna výška zdrojov“ by mala reflektovať cenu rovnakého alebo porovnateľného predmetu zákazky v čase začatia postupu zadávania zákazky. Vzhľadom na skutočnosť, že v súčasnom nastavení elektronického trhu uchádzač v prípade zadania „maximálnej výšky zdrojov“ nebude môcť zadať vstupnú cenu vyššiu ako je hodnota „maximálnej výšky zdrojov“, úrad navrhuje, aby bolo pre uchádzačov povolené určité percentuálne navýšenie (adekvátne stanovené vopred v Obchodných podmienkach elektronického trhu), ktoré zabezpečí, že v prípade, ak hodnota „maximálnej výšky zdrojov“ bude nastavená nižšie ako trhovú cenu, stále dôjde k predloženiu cenových ponúk zo strany potenciálnych dodávateľov.

Zároveň je nutné, aby verejný obstarávateľ uchovával všetky informácie a podklady, na základe ktorých určil „maximálnu výšku zdrojov“ za účelom jej následnej ex post kontroly zo strany príslušných orgánov (napr. riadiacich orgánov, Sprostredkovateľského orgánu pod riadiacim orgánom, resp. Úradu pre verejné obstarávanie).

Výsledky rokovania s príslušnými orgánmi:

Po prediskutovaní otázok súvisiacich s veličinou „maximálna výška zdrojov“ a opatrení navrhovaných úradom došlo k zhode na tom, že je potrebné zvážiť zjednotenie pojmu „maximálna výška zdrojov“ a „predpokladaná hodnota zákazky“, ako aj na tom, že v budúcnosti budú prijaté opatrenia, ktoré sa vzneseným problémom budú náležite venovať.

3. 2 Diskriminačné súťažné podmienky

Vo všeobecnosti platí, že vyšší počet uchádzačov znižuje riziko kolúzneho správania, pretože koordinácia medzi uchádzačmi, ako aj systém vynucovania plnenia dohody, je omnoho náročnejší. Okrem toho, vyšší počet uchádzačov vplýva pozitívne aj na znižovanie cien.²⁵ Verejní obstarávatelia by sa preto mali vždy snažiť, aby počet

²⁴ V súčasnosti sa totiž za účelom zistenia výšky úspor porovnáva vstupná cena a zazmluvnená cena, pričom v prípade, ak „maximálna výška zdrojov“ nie je zadaná alebo ak je určená tak, že nereflektuje reálnu trhovú cenu, výška úspor neodzrkadľuje reálny stav úspor.

²⁵ Napr. štúdia J. Pavla z roku 2009, ktorá analyzovala zákazky v oblasti dopravnej infraštruktúry v Slovenskej republike v rokoch 2005 – 2009, potvrdila nepriamo úmerný vzťah medzi počtom ponúk a cenou. Každá dodatočná ponuka prináša pri účasti dvoch až piatich subjektov v súťaži pokles ceny v rozsahu 5 – 8 % z predpokladanej ceny.

uchádzačov vo verejnom obstarávaní bol čo najvyšší. Na tento účel by mali zvážiť aj **prijatie opatrení týkajúcich sa formulovania takých súťažných podmienok, ktoré neznižujú počet kvalifikovaných uchádzačov.**

Podľa Obchodných podmienok elektronického trhoviska na zadanie opisu predmetu zákazky slúži opisný formulár, v ktorom je predmet zákazky definovaný všeobecnými, funkčnými a technickými špecifikáciami a/alebo osobitnými požiadavkami na plnenie.

Ako už bolo uvedené aj vyššie, v prípade verejného obstarávania s využitím elektronického trhoviska môže verejný obstarávateľ (objednávateľ) za účelom obstarania tovarov, stavebných prác alebo služieb, vytvoriť objednávku buď použitím existujúceho opisného formulára z Knižnice alebo môže vytvoriť „*nový opisný formulár*“.

Ak si verejný obstarávateľ zvolí možnosť využitia opisného formulára, tak buď (a) opisný formulár prevezme z Knižnice opisných formulárov bez zmeny a doplní súťažné podmienky iba o Všeobecnú zmluvnú špecifikáciu alebo (b) verejný obstarávateľ upraví prevzatý opisný formulár. V prípade uplatnenia postupu (b), je však revidovaný opisný formulár automaticky zaslaný do Karantény a čaká sa na jeho schválenie.²⁶

Inštitút Karantény znamená, že voči opisnému formuláru môže každý používateľ elektronického trhoviska uplatniť rozpor,²⁷ a to v lehote 48 hodín od jeho zverejnenia. Správca elektronického trhoviska však neselektuje, ktoré opisné formuláre „vpustí“ na elektronické trhovisko, okrem opisných formulárov, ktoré sú v rozpore s dobrými mravmi alebo dobrou praxou.²⁸ Po uplynutí lehoty je preto opisný formulár zaradený do Knižnice opisných formulárov a objednávateľia ho môžu využívať na obchodovanie,²⁹ a to napriek tomu, že v niektorých prípadoch ide o diskriminačne nastavené opisné formuláre.

Z dôvodu absentujúcej kontroly súladu opisných formulárov so zákonom o verejnom obstarávaní a s rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie, či už zo strany správcu elektronického trhoviska alebo príslušného orgánu (riadiaceho orgánu, či Úradu pre verejné obstarávanie), sa na elektronickom trhovisku možno stretnúť so

²⁶ „Každý opisný formulár je zaradený do procesu Karantény, počas ktorej každý môže voči tomuto opisnému formuláru uplatniť Rozpor“. „V prípade, že sa vykoná akákoľvek zmena v opisnom formulári, bude opäť zaradený do procesu Karantény; to neplatí, ak dôjde iba k doplneniu slov „alebo ekvivalentný“.

Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/OtazkyAOdpovede/OpisnyFormularPonukaObjednavka>

²⁷ Rozpor je inštitút Karantény slúžiaci na uplatnenie rozporu špecifikácie predmetu zákazky, a to všeobecnej, funkčnej alebo technickej pri zadaní Opisného formuláru, zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>

²⁸ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/OtazkyAOdpovede/OpisnyFormularPonukaObjednavka>. Čl. VI ods. 9 prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska konštatuje, že „Súlad Opisného formuláru s dobrými mravmi alebo dobrou praxou vo verejnom obstarávaní posudzuje automatizovane EKS, ako aj správca EKS predtým, než zverejnením Opisného formuláru začne plynúť lehota na Karanténu.“

²⁹ Ku dňu 23. januára 2017 bolo v Knižnici opisných formulárov evidovaných až 82 392 opisných formulárov (zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaKniznice/OpisneFormulareKniznice/VerejnyPrehľad>), ktoré však neprešli efektívnou kontrolou toho, či ich súťažné podmienky bezdôvodne zvýhodňujú alebo znevýhodňujú určité hospodárske subjekty. Pritom, ku dňu 23. januára 2017 bolo v Karanténe opisných formulárov na elektronickom trhovisku evidovaných 127 návrhov opisných formulárov, zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaKniznice/OpisneFormulareKniznice/KarantenaVerejnyPrehľad>

súťažnými podmienkami, ktoré sú „šité na mieru“ pre vopred určeného dodávateľa alebo pre vopred určenú skupinu dodávateľov. Takto nastavené diskriminačné súťažné podmienky eliminujú súťaž vo verejnom obstarávaní už od začiatku verejného obstarávania s využitím elektronického trhoviska. Ak dochádza k obmedzovaniu súťaže na základe diskriminačného nastavenia súťažných podmienok, verejnosť stráca dôveru v konkurenčný proces vo verejnom obstarávaní.

Úrad zastáva názor, že predmet zákazky by mal byť opísaný nielen jasne a úplne, ale aj nediskriminačne. Je preto žiaduce vyhnúť sa formulovaniu takých súťažných podmienok, ktorými sa znižuje počet potenciálnych kvalifikovaných uchádzačov na trhu. V nadväznosti na uvedené, úrad dodáva, že v prípade, ak súťažné podmienky zohľadňujú aj substitučné produkty, tak sa podporia alternatívne a inovačné riešenia. Vždy, keď to je možné, odporúča sa povoliť predkladanie variantných riešení, ktoré sťažujú kolúzne praktiky. Úrad zároveň pripomína, že nediskriminačné definovanie požiadaviek a špecifikácií obmedzuje priestor na uzatváranie kartelových dohôd.

Úrad dodáva, že posudzovanie toho, či ide o diskriminačné nastavenie súťažných podmienok nepatrí do pôsobnosti úradu. Orgánom, ktorý je odborným garantom v oblasti verejného obstarávania, pričom dohliada aj na splnenie princípov rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov a záujemcov, a to v priebehu celého procesu verejného obstarávania nevynímajúc ani formulovanie súťažných podmienok, je Úrad pre verejné obstarávanie. A preto v prípade, ak verejný obstarávateľ nastaví súťažné podmienky tak, že zvýhodňujú vopred určeného dodávateľa alebo vopred určenú skupinu dodávateľov bez toho, aby takýto postup dokázal objektívne zdôvodniť, úrad nemá právomoc na zasiahnutie proti takýmto diskriminačným podmienkam, a to napriek tomu, že takéto podmienky sú spôsobilé vyvolať narušenie hospodárskej súťaže.

V súvislosti so systémom Karantény zavedeným v rámci elektronického trhoviska je pritom nutné uviesť, že skutočnosť, že opisný formulár prešiel úspešne Karanténou neznamena, že je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie. Na túto skutočnosť upozorňujú aj „Vysvetlivky“ k Obchodným podmienkam elektronického trhoviska.³⁰ Preto by bolo vhodné, aby bol prijatý taký mechanizmus, ktorý by zabezpečoval, aby postup pri tvorbe a zmenách opisného formulára minimalizoval riziko formulovania diskriminačných podmienok zo strany verejných obstarávateľov, čím by sa dosiahlo zníženie rizika narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov.

Odporúčania úradu:

Úrad odporúča zaviesť účinný dohľad nad dodržiavaním princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov pri formulovaní opisných formulárov na elektronickom trhovisku zo strany verejného obstarávateľa, ktorý by spočíval v tom, že súlad opisného formulára so zákonom o verejnom obstarávaní a s rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie by v rámci inštitútu Karantény zabezpečovalo špecializované oddelenie zriadené v rámci správcu elektronického trhoviska, resp. Úrad pre verejné obstarávanie, a to ešte

³⁰ Zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>

predtým, ako bude opisný formulár zaradený do Knižnice opisných formulárov (t. zn. ex ante kontrola). Súčasťou elektronického trhoviska by sa tak stali iba tie opisné formuláre, ktoré skutočne reflektujú požiadavky zákona o verejnom obstarávaní.

Vzhľadom na skutočnosť, že prax úradu ukazuje, že aj subjekt zodpovedný za priebeh verejného obstarávania (či už samotný verejný obstarávateľ alebo externý podnikateľ) v niektorých prípadoch prispieva k narušeniu súťažného princípu v procese verejného obstarávania (formulovaním diskriminačných súťažných podmienok, zrušením verejného obstarávania v prípade, keď nezvíťazí „vyvolený“ uchádzač, uľahčovaním koordinácie či samotným koordinovaním kartelovej dohody medzi uchádzačmi³¹), úrad upozorňuje, že určité konania týchto subjektov môžu napĺňať skutkovú podstatu trestného činu machinácie vo verejnom obstarávaní a voči zodpovedným subjektom by v takýchto prípadoch mala byť vyvodzovaná trestnoprávna zodpovednosť.

Výsledky rokovania s príslušnými orgánmi:

Z dôvodu zvýšenej administratívnej a procesnej náročnosti realizovania navrhovaného opatrenia, ktoré vyžaduje personálne posilnenie príslušných orgánov, boli navrhnuté nasledujúce alternatívne riešenia:

- *vylúčiť tie opisné formuláre z Knižnice opisných formulárov, ktoré boli vyhodnotené ako diskriminačné na základe rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie, ako aj tie opisné formuláre, v ktorých boli zaevidované nezrovnalosti zistené oprávneným orgánom pri kontrole čerpania prostriedkov z rôznych finančných mechanizmov;*
- *upozorňovať objednávateľov na skutočnosť, že opisný formulár nachádzajúci sa v Knižnici opisných formulárov má iba informatívny charakter a nie záväzný charakter, nakoľko opisné formuláre v Karanténe neprechádzajú žiadnou kontrolou súladu opisného formulára so zákonom o verejnom obstarávaní a s rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie. Objednávateľia, ktorí využívajú opisné formuláre z Knižnice opisných formulárov, môžu čeliť pokute zo strany Úradu pre verejné obstarávanie, ak nimi použitý opisný formulár je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní a rozhodovacou praxou Úradu pre verejné obstarávanie.*

³¹ V prípade kartelovej dohody týkajúcej sa výstavby zdravotníckeho zariadenia uľahčil realizáciu kartelovej dohody subjekt zodpovedný za priebeh verejného obstarávania – externý podnikateľ, pre bližšie informácie pozri: <http://www.antimon.gov.sk/pkb-invest-sro-jilemnickeho-4-080-01-presov-chemkostav-as-kkuzmanyho-125922-071-01-michalovce-pro-tender-sro-smetanova-9-040-01-kosice/>. V prípade kartelovej dohody týkajúcej sa viacerých verejných obstarávaní v rámci operačného programu Vzdelávanie uľahčili realizáciu kartelovej dohody odborne spôsobilá osoba a externý finančný manažér zodpovedný za finančné otázky, pre bližšie informácie pozri: <http://www.antimon.gov.sk/mahrlo-sro-stara-tura-micronix-spol-s-ro-bratislava-sloveuroasia-as-banska-bystrica-visona-cicmanec-sro-trencin-ing-vladimir-karvacky-apres-pravenec-ing-adriana-ondrikova-ziar-nad-hronom-ing-ludovit-koszorus-global-trade-vlky-ibank-ccc-spol-s-ro-banska-by/>

3. 3 Eliminovanie súťažného princípu v procese obchodovania

K minimalizovaniu neopodstatneného obmedzovania súťažného princípu vo verejnom obstarávaní nepochybne najviac prispieva správne nastavenie samotného procesu súťaženia.

Z preskúmania spôsobu nastavenia obchodovania podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku (do 31. januára 2017) vyplýva, že takýto postup obstarávania tovarov, stavebných prác alebo služieb vytváral priestor pre úspešné implementovanie kartelovej dohody.

Nastavenie obchodovania na elektronickom trhovisku do 31. januára 2017 totiž spôsobovalo, že dodávatelia koordinujúci svoje správanie pri predkladaní svojich ponúk (v prvom kole) dokázali docieľiť to, že z druhého kola (z elektronickej aukcie) vylúčili tzv. nečlenov kartelovej dohody (teda reálnych konkurentov) a následne v elektronickej aukcii už svoju cenu neznižovali, teda nesúťažili.

Cieľom elektronického trhoviska je v zmysle § 13 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní uľahčiť obstarávanie tovarov, stavebných prác alebo služieb, bežne dostupných na trhu, a to aukčným spôsobom.³² Trhy s bežne dostupným tovarom sú totiž často charakteristické tým, že sa nejedná o oligopolné či vysoko koncentrované trhy s malým počtom hráčov, ale práve naopak, ide o trhy, na ktorých pôsobí väčší počet subjektov. Všeobecne zároveň platí, že čím viac subjektov pôsobí na trhu, tým je pre nich zložitejšie spojiť sa a dohodnúť sa na koordinovaní svojho správania, a rovnako je pre nich náročnejšie zabezpečiť uplatňovanie kartelovej dohody.

Napriek skutočnosti, že e-mailové notifikácie o vyhlásení zákazky sú zasielané veľkému množstvu potenciálnych dodávateľov a tiež napriek skutočnosti, že spustením obchodovania na elektronickom trhovisku možno preukázateľne pozorovať vyšší počet súťažiacich vo verejných obstarávaní (v prvom kole obchodovania), analýza podlimitných zákaziek realizovaných na elektronickom trhovisku uskutočnená úradom ukazuje, že pri zákazkách na určitý predmet zákazky (s určitou klasifikáciou tovaru, stavebných prác alebo služieb) postupovala do druhého kola (do elektronickej aukcie) stabilne rovnaká trojica súťažiacich. Výsledky analýzy množstva tendrov taktiež naznačujú, že určití uchádzači koordinovali svoje správanie takým spôsobom, že vždy rovnaké trojice uchádzačov predložili svoje cenové ponuky v posledných sekundách prvého kola, a to s minimálnym cenovým rozdielom (často iba s niekoľkocentovým), čím sa následne kvalifikovali pre účasť v elektronickej aukcii. Ako je vyššie uvedené, následne medzi uvedenou trojicou súťažiacich už k znižovaniu cien, a teda k súťaženiu v elektronickej aukcii, nedochádzalo.

Hoci postúpenie vždy rovnakej trojice súťažiacich do druhého kola (elektronickej aukcie), resp. neznižovanie cien v elektronickej aukcii, nemusí automaticky vyvolávať súťažné obavy, v danom prípade úrad pozoruje identické správanie vo veľkom množstve podlimitných zákaziek realizovaných na elektronickom trhovisku. Úspešnú koordináciu správania v týchto zákazkách podporovala aj skutočnosť, že narušenie uvedeného kolúzneho správania (tzn. postupu vždy rovnakej trojice súťažiacich do

³² V septembri 2015 bola schválená novela zákona o verejnom obstarávaní, ktorá umožňuje využívať elektronické trhovisko aj pre nadlimitné zákazky.

druhého kola – elektronickej aukcie) bolo pre potenciálnych konkurentov, ktorí neboli súčasťou kolúzneho správania, neprimerane sťažené.

Dôvodom je jednak skutočnosť, že členovia možnej kartelovej dohody predkladali, resp. znižovali svoje ponuky v posledných sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, ktorá sa však v prvom kole nepredlžovala (tzv. fixná lehota), a teda potenciálni konkurenti nemali časovú rezervu na to, aby zareagovali na zmenu poradia ponúk znížením svojej cenovej ponuky, a jednak skutočnosť, že v systéme elektronickeho trhoviska bola pre uchádzača zákazky viditeľná iba (a) jeho vlastná cenová ponuka, (b) celkový počet predložených ponúk (nie počet uchádzačov), (c) zostávajúci čas na predkladanie ponúk (bez možnosti predĺženia lehoty), (d) aktuálne poradie jeho cenovej ponuky a (e) výška poslednej predloženej cenovej ponuky s upozornením, že „nie v každom prípade sa jedná o údaje o najvýhodnejšej predloženej ponuke“.

Práve vzhľadom na skutočnosť, že k predkladaniu ponúk, resp. k znižovaniu ponúk zo strany členov možnej kartelovej dohody dochádzalo v posledných sekundách riadneho času prvého kola (nedostatok času) a uchádzači nemali vedomosť o tom, aká je najnižšia cenová ponuka (poznali iba aktuálne predloženú cenovú ponuku), nevedeli reagovať adekvátnym znížením svojej cenovej ponuky, ktoré by ich kvalifikovalo pre účasť v elektronickej aukcii.

Pokiaľ ide o skutočnosť, že pre prvé kolo (štádium predkladania ponúk) sa uplatňovala tzv. fixná lehota predkladania ponúk,³³ z analýzy verejných obstarávaní s využitím elektronickeho trhoviska vyplýva, že limitovanie lehoty predkladania ponúk v prvom kole bolo tým faktorom, ktoré zvyšovalo schopnosť členov možnej kartelovej dohody úspešne vylúčiť konkurentov z druhého kola (elektronickej aukcie), a tak prispievalo k zvýšeniu rizika úspešnej koordinácie správania uchádzačov v tendri. Ako už bolo uvedené, uchádzači koordinujúci svoje správanie totiž predkladali svoje ponuky v posledných sekundách lehoty na predkladanie ponúk, a z dôvodu neexistencie predĺženia lehoty pri podaní novej cenovej ponuky, iní uchádzači (reálni konkurenti) nemali možnosť zareagovať na novú ponuku znížením svojej cenovej ponuky. Správca elektronickeho trhoviska uvedomujúc si, že „*odkladanie predkladania ponúk zvyšuje riziko neúspechu ponuky v limitných situáciách a je v rozpore s duchom čestnej hospodárskej súťaže*“, síce v časti „*Najčastejšie chyby objednávateľov*“ podnikateľom odporúča, aby zadávali ponuky, ktoré verne odrážajú štruktúru nákladov a primeraného zisku včas, a aby s ňou nečakali na posledné minúty či sekundy 72 hodinového limitu zdôrazňujúc, že zákon o verejnom obstarávaní predpokladá čestnú hospodársku súťaž medzi podnikateľmi,³⁴ avšak nezaviedol žiadne opatrenia na to, aby riziko kolúzneho správania eliminoval.

Zároveň je potrebné dodať, že vo viacerých verejných obstarávaníach v sledovanom období členovia možnej kartelovej dohody zneužívali inštitút stiahnutia svojej cenovej ponuky³⁵ s cieľom následne predložiť vyššiu cenovú ponuku. Stiahnutím a následným

³³ Fixná lehota predkladania ponúk predstavuje lehotu, ktorá sa končí v striktno stanovenom dátume a čase bez možnosti jej predĺženia, a to ani v prípade, ak je v posledných sekundách predložená nová cenová ponuka.

³⁴ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/NajcastejsieChybyNaET>

³⁵ V zmysle ods. 17 čl. XII (Postup so vstupom z Katalógu ponúk) a ods. 10 čl. XIII (Postup so vstupom z Knižnice) prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronickeho trhoviska:

predložením vyššej cenovej ponuky sa usilovali vzbudiť u svojich konkurentov falošný dojem, že v danom tendri je aktuálne predložená vyššia cenová ponuka, keďže uchádzačovi sa na elektronickom trhovisku zobrazuje iba aktuálne predložená cenová ponuka, a nie najnižšia cenová ponuka.

V nadväznosti na uvedené úrad dodáva, že pri analýze podlimitných zákaziek realizovaných na elektronickom trhovisku evidoval dokonca také situácie, kedy dochádzalo v prvom alebo v druhom kole k zvyšovaniu cenových ponúk, resp. cenová krivka predkladania ponúk vykazovala najskôr klesajúcu a následne stúpajúcu tendenciu. Ako cenový strop zvyšovania v takýchto prípadoch pôsobila iba „*maximálna výška zdrojov*“ v prvom kole či vstupná cena v druhom kole.³⁶ Z opísaného postupu niektorých uchádzačov je teda zrejmé, že umožnenie stiahnutia ponuky a následného predloženia novej, vyššej cenovej ponuky viedlo k situácii, kedy objednávateľ prijal ponuku vo vyššej hodnote ako by tomu bolo v prípade nastavenia elektronickej aukcie takým spôsobom, že by bolo možné cenovú ponuku iba znižovať, a nie zvyšovať. Takto nastavená elektronická aukcia by viedla k úspore finančných prostriedkov.

V zmysle obchodných podmienok elektronického trhoviska totiž dodávateľ síce „*musí predložiť ponuku, ktorá nesmie byť rovnaká alebo vyššia ako je návrh najnižšej ceny uvedený v inej tým istým dodávateľom skôr predloženej ponuke, a ktorá nesmie byť rovnaká ako je návrh v inej, skôr predloženej ponuke,*“³⁷ no zároveň môže predložiť cenovú ponuku vyššiu ako je cenová ponuka konkurenčného dodávateľa. Z uvedeného dôvodu je vhodné, aby sa v rámci obchodovania na elektronickom trhovisku (v prvom a druhom kole) zvažilo prijatie opatrenia, ktoré umožní predkladanie cenových ponúk iba smerom nadol, teda cenový návrh dodávateľa by nemal byť vyšší ako cenový návrh v inej, skôr predloženej konkurenčnej ponuke.

V súvislosti s predkladaním cenových návrhov pri obchodovaní podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku bolo (do 31. januára 2017) a stále je účastníkom elektronickej aukcie umožnené predložiť v druhom kole (v elektronickej aukcii) len takú ponuku, ktorá je výhodnejšia ako aktuálne najvýhodnejšia platná ponuka, pričom minimálny rozdiel (minimálny krok) medzi najvýhodnejšou a predkladanou ponukou je stanovený vo výške 0,01 eur.³⁸

Vo všeobecnosti platí, že minimálny krok predkladaných ponúk by mal byť vopred určený a oznámený súťažiacim. Vo väčšine prípadov minimálny krok pritom kontroluje, či predložené návrhy cien sú nižšie minimálne o vopred určenú sumu alebo percentuálny podiel v porovnaní s predchádzajúcim návrhom daného uchádzača alebo v porovnaní s návrhom, ktorý je na prvom mieste. Minimálny krok sa totiž stanovuje s cieľom zbytočného nepredlžovania priebehu verejného obstarávania a podnietenia uchádzačov výraznejšie znižovať svoje ponuky v priebehu verejného obstarávania. Zavedenie minimálneho kroku pritom často prispieva k výraznému

„Dodávateľ je oprávnený pred uplynutím Lehoty na predkladanie ponúk stiahnuť svoju Kontraktačnú ponuku a opraviť ju; to neplatí pre Predbežne akceptovanú ponuku. Na stiahnutú Kontraktačnú ponuku sa pri zadávaní zákazky ďalej neprihliada.“ Zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>

³⁶ Veličina „*maximálna výška zdrojov*“ nemusí byť objednávateľom uvedená a vo viacerých prípadoch, ktoré úrad analyzoval, bolo zrejmé, že táto veličina nereflektovala trhovú cenu.

³⁷ Pozri ods. 13 čl. XII (Postup so vstupom z Katalógu ponúk) a ods. 7 čl. XIII (Postup so vstupom z Knižnice) prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska

³⁸ Výška minimálneho kroku je stanovená vo „*Výzve na účasť v elektronickej aukcii*“.

znížení vysúťaženej (zazmluvnenej) ceny. Minimálny krok stanovený vo výške 0,01 eur však tieto funkcie neplní.

Ako je uvedené vyššie, systém elektronického trhoviska predpokladal, že v prvom kole budú súťažiaci včas predkladať konečné ponuky v súlade s duchom čestnej hospodárskej súťaže. Inštitút stiahnutia, kedy sa na stiahnutú ponuku ďalej neprihliada, resp. inštitút opravovania cenovej ponuky spôsobil, že už prvé kolo vykazuje znaky klasickej elektronickej aukcie, kedy súťažiaci znižujú svoje ponuky s cieľom kvalifikovať sa pre účasť v druhom kole (elektronickej aukcii).

Analýza verejných obstarávaní s využitím elektronického trhoviska zároveň ukazuje, že cenové ponuky troch postupujúcich uchádzačov v prípade možných kartelových dohôd vykazovali minimálny cenový rozdiel (často len niekoľko centov). Pritom v prípade úspešného vylúčenia tzv. nečlenov možnej kartelovej dohody (resp. reálnych konkurentov) tromi postupujúcimi uchádzačmi v prvom kole (v štádiu predkladania ponúk), už v druhom kole (v elektronickej aukcii) k znižovaniu cien nedochádzalo. Objednávateľ tak z procesu elektronickej aukcie vôbec neprofitoval. Okrem toho, vzhľadom na nepovinné zadávanie „*maximálnej výšky zdrojov*“, resp. jej zadávanie vo výške, ktorá nereflektuje reálnu trhovú cenu, platí vyjadrenie správcu elektronického trhoviska, že neuvedenie „*maximálnej výšky zdrojov*“ malo skutočne často za následok predloženie neprímerane vysokej cenovej ponuky, ktorá nebola znížená ani v elektronickej aukcii,³⁹ a to práve z dôvodu vylúčenia reálnych konkurentov z druhého kola.

Ponúkané ceny sa v druhom kole znižovali iba vtedy, keď sa do druhého kola (elektronickej aukcie) dostal aj nový alebo málo sa vyskytujúci uchádzač, ktorý predložil nižšiu ponuku tesne pred uplynutím lehoty na predloženie ponuky v prvom kole, čo naznačovalo, že tento nový uchádzač narušil existujúci kartel. Cenová ponuka nového alebo málo sa vyskytujúceho uchádzača pritom už v prvom kole ani nebola cenovo blízka cenovým ponukám potenciálnych členov možnej kartelovej dohody, a preto možno odôvodnene predpokladať, že táto cenová ponuka bola určená nezávisle. Vstupom tohto uchádzača do druhého kola (do elektronickej aukcie) dochádzalo k narušeniu kolúzneho správania, kedy následne aj ostatní dvaja uchádzači (členovia potenciálnej kartelovej dohody) znižovali svoje cenové ponuky.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že koordináciu správania podnikateľov pri obchodovaní na elektronickom trhovisku (do 31. januára 2017) mohli uľahčovať nasledujúce faktory:

- **nepredlžovanie lehoty na predkladanie ponúk v prvom kole – fixné stanovenie lehoty na predkladanie ponúk,**
- **nezobrazovanie najnižšej predloženej cenovej ponuky,**
- **existencia možnosti predložiť aj cenovú ponuku, ktorá je vyššia ako iná skôr predložená ponuka konkurenčného uchádzača,**
- **neexistencia minimálneho kroku v podobe, ktorá by podnecovala súťažiacich k výraznejšiemu zníženiu svojej ponuky.**

³⁹ Zdroj: <https://www.eks.sk/Stranka/NajcastejsieChybyNaET>

Odporúčania úradu:

Zaviesť automatické predĺženie lehoty na predloženie ponuky v rámci prvého kola (štádia predkladania ponúk) najmenej o 5 minút v prípade, ak dodávateľ ponúkne v závere riadneho času prvého kola (počas posledných 5 minút trvania prvého kola) novú cenu. Prvé kolo by sa rovnako ako elektronická aukcia predlžovalo o 5 minút vždy, a to aj opakovane, ak počas predĺženia prvého kola ponúkne dodávateľ novú cenu. Ak uchádzači majú záujem znižovať svoje ceny, nie je dôvod na to, aby sa im v tom bránilo iba na základe fixne stanovenej lehoty na predkladanie ponúk.

Zaviesť automatické predlžovanie lehoty na predkladanie ponúk v rámci prvého kola (štádia predkladania ponúk) a druhého kola (elektronickej aukcie) o 10 minút v prípade existencie technických problémov na strane elektronického trhoviska, ktoré by v priebehu obchodovania znemožnili uchádzačovi predkladanie cenových ponúk, resp. prístup na elektronické trhovisko. Dôvodom zavedenia uvedeného predĺženia lehoty je zabrániť napríklad využívaniu tzv. DoS útokov (denial of service) na elektronickom trhovisku, cieľom ktorých je práve znefunkčniť predkladanie ponúk na elektronickom trhovisku zo strany konkurentov, resp. znepriístupniť elektronické trhovisko pre konkurentov, a to najčastejšie tým, že systém je zahlcovaný požiadavkami alebo využívaním určitej chyby, ktorá systém znefunkční. K predĺženiu lehoty by došlo po odstránení technického problému a na predĺženie lehoty by boli uchádzači upozornení e-mailovou notifikáciou.

Uchádzačovi by sa v priebehu obchodovania na elektronickom trhovisku mala okrem organizačných informácií (akými sú názov zákazky, dĺžka trvania, skončenie lehoty, dĺžka predĺženia lehoty, upozornenie o predĺžení lehoty, zostávajúci čas na predloženie ponuky a pod.) zobrazovať iba jeho vlastná cenová ponuka, jeho okamžité poradie (priebežne aktualizované, a to automaticky po predložení ponuky konkurenčných uchádzačov), avšak vždy aj hodnota najvýhodnejšej (najnižšej) cenovej ponuky, aby uchádzač, ktorý má reálny záujem postúpiť do druhého kola (do elektronickej aukcie), vedel reagovať adekvátnym znížením svojej cenovej ponuky, ktorá by ho úspešne kvalifikovala pre účasť v druhom kole (v elektronickej aukcii).

Vzhľadom na skutočnosť, že dochádza k zneužívaniu inštitútu „stiahnutia a predloženia novej ponuky, resp. opravenia ponuky“, úrad navrhuje, aby dodávateľ mohol predložiť iba takú ponuku, ktorá nielen spĺňa podmienky uvedené v ods. 13 čl. XII (Postup so vstupom z Katalógu ponúk) a ods. 7 čl. XIII (Postup so vstupom z Knižnice) prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska,⁴⁰ ale ktorá taktiež nesmie byť vyššia ako cenový návrh v inej, skôr predloženej konkurenčnej ponuke. Zavedením tejto možnosti by sa zabránilo situáciám, kedy v prvom, resp. v druhom kole dochádza k zvyšovaniu cenových ponúk zo strany uchádzačov, a zároveň by sa uchádzačovi, ktorý po stiahnutí svojej cenovej ponuky bude mať záujem

⁴⁰ „Dodávateľ predkladá Kontraktačnú ponuku vyplnením a potvrdením návrhu na plnenie hodnotiaceho kritéria najnižšia cena, pričom tento návrh: (i) musí mať formu kladného čísla, (ii) nesmie byť rovný alebo vyšší ako je návrh najnižšej ceny uvedený v inej tým istým Dodávateľom skôr predloženej Kontraktačnej ponuke a (iii) nesmie byť rovný ako je návrh v inej skôr predloženej Kontraktačnej ponuke.“

zvítaziť v tendri, uľahčilo predloženie takej cenovej ponuky, ktorá bude mať reálnu možnosť kvalifikovať sa pre účasť v druhom kole (v elektronickej aukcii), resp. uspieť v tendri. Systém elektronického trhoviska by totiž uchádzača prostredníctvom hlásenia vždy pri zadaní rovnakej alebo vyššej cenovej ponuky ako skôr predloženej cenovej ponuky iného konkurenčného uchádzača (najnižšej cenovej ponuky) upozornil, že „predložená ponuka je rovnaká, resp. vyššia ako najnižšia predložená ponuka.“

Nastaviť súťažný proces tak, aby uchádzač mohol znižovať svoju cenu o stanovený minimálny krok (v prvom aj druhom kole), ktorý bude určený v takej výške, ktorá by reálne podnietila uchádzačov výraznejšie znižovať svoje ponuky. Minimálny krok predkladaných ponúk by mal byť vyjadrený percentuálne alebo číselne vo vzťahu k poslednej predloženej najnižšej cenovej ponuke, pričom by mal byť nastavený ešte pred začatím procesu obchodovania a uchádzači by s ním mali byť vždy oboznámení vopred. V prípade, ak sa v pozícii objednávateľa nachádza verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, je vhodné zvážiť stanovenie aspoň takého percentuálne vyjadreného rozsahu minimálneho kroku správcom elektronického trhoviska, ktoré by skutočne prinieslo výraznejšie znižovanie cien. V tejto súvislosti úrad dodáva, že správca elektronického trhoviska môže pri starostlivom určení minimálneho kroku pristúpiť aj k pevne stanovenému minimálnemu kroku, ktorý by sa mal uplatňovať pri obchodovaní na elektronickej trhovisku v prípade, ak je v pozícii objednávateľa verejný sektor.⁴¹ Vtedy by však mal byť minimálny krok vyjadrený percentuálne (nie číselne), čím sa zabezpečí, že percentuálne určený minimálny krok bude možné použiť pre všetky zákazky bez ohľadu na ich hodnotu. Systém elektronického trhoviska by súčasne mal automaticky kontrolovať dodržiavanie pravidla minimálneho kroku, a teda toho, či sú predložené návrhy cien nižšie aspoň o vopred určený minimálny krok. Na nedodržanie minimálneho kroku by mal byť uchádzač upozornený systémom, prostredníctvom hlásenia o nedodržaní minimálneho kroku (napr. „Hodnota musí byť od aktuálne najlepšej ponuky (uvedenie sumy aktuálne najlepšej ponuky v eur) nižšia aspoň o 0,1 %“).

Pri každej zákazke upozorniť uchádzačov na možné následky a sankcie kolúzneho správania v tendri (pokuta až do výšky 10 % z obratu za predchádzajúce účtovné obdobie, zákaz účasti vo verejnom obstarávaní až na tri roky, náhrada škody spôsobenej objednávateľovi v dôsledku kolúzneho správania, trestný čin podľa § 250 Trestného zákona - zneužitie účasti na hospodárskej súťaži).

Výsledky rokovania s príslušnými orgánmi:

Úrad, v súvislosti s vyššie uvedenými súťažnými obavami, opätovne konštatuje, že od 1. februára 2017 došlo na elektronickej trhovisku k prijatiu viacerých zmien, ktorých cieľom bolo, okrem iného, reagovať na narastajúce

⁴¹ Vzhľadom na skutočnosť, že elektronickej trhovisko môže využívať aj súkromný sektor, tak úrad navrhuje, aby pevne stanovený minimálny krok bol uplatňovaný iba v prípade, ak je v pozícii objednávateľa verejný sektor, a nie súkromný sektor.

pokusy časti dodávateľov obmedzovať hospodársku súťaž pri obchodovaní na elektronickom trhovisku. Ide predovšetkým o nasledujúce zmeny:⁴²

- *zavedenie elektronickej aukcie po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk pri oboch postupoch zadávania zákazky (Postup so vstupom z katalógu ponúk, ako aj Postup so vstupom z Knižnice),*
- *elektronická aukcia je povinná pri obchodovaní tovarov, zatiaľ čo pri službách a stavebných prácach je elektronická aukcia automaticky prednastavená s možnosťou jej deaktivovania samotným objednávateľom,*
- *do elektronickej aukcie postupujú všetci uchádzači, ktorí počas lehoty na predkladanie ponúk predložia platnú kontraktačnú ponuku, a to vrátane dodávateľa, ktorého ponuka bola predbežne akceptovaná,*
- *zákaz „sťahovania ponúk“ v elektronickej aukcii,*
- *v elektronickej aukcii sa cena potvrdzuje dvakrát s cieľom zabrániť omylom pri zadávaní ceny a cenové ponuky sú kontrolované aj z hľadiska mimoriadne nízkej ponuky.*

3. 4 Účasť reálne si nekonkurujúcich uchádzačov

Proces verejného obstarávania je nastavený tak, že simuluje podmienky súťaže v klasickom trhovom prostredí. Podnikatelia v tendri teda podávajú súťažné ponuky s cieľom vyhrať. Za účelom dosiahnutia lepšej hodnoty za peniaze je však nevyhnutné, aby uchádzači súťažili reálne. Úrad preto opätovne zdôrazňuje, že verejné obstarávania (nielen na elektronickom trhovisku, ale všeobecne) by mali byť navrhované tak, aby maximalizovali **účasť skutočne si konkurujúcich uchádzačov**.

Analýza podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska, ako aj podnety doručené úradu však ukazujú, že vo viacerých prípadoch sa verejných obstarávaní zúčastňujú **majetkovo alebo personálne prepojené osoby**. Ide napríklad o situácie, keď majetkové alebo personálne prepojenia medzi podnikateľmi umožňujú niektorému z nich vykonávať rozhodujúci vplyv nad činnosťou iného podnikateľa. V takomto prípade vytvárajú subjekty jednu ekonomickú skupinu a vzťah vzájomnej závislosti môže mať vplyv na ich správanie v rámci príslušného verejného obstarávania.

Účasť personálne alebo majetkovo prepojených subjektov na procese verejného obstarávania pritom môže oslabovať alebo úplne eliminovať intenzitu súťaže medzi uchádzačmi. Predkladanie ponúk zo strany personálne alebo majetkovo prepojených subjektov tak v niektorých prípadoch vyvoláva iba zdanie súťaže vo verejnom obstarávaní, no jednotliví uchádzači nepodávajú také ponuky, ktoré by boli nezávislé od iných uchádzačov, ale práve naopak, ponuky uchádzačov sú výsledkom dohody, konzultácie alebo komunikácie s inými uchádzačmi. V dôsledku takéhoto podávania súťažných ponúk sa verejní obstarávatelia iba domnievajú, že si môžu vybrať zo súťažných ponúk, ktoré sú výsledkom hospodárskej súťaže, pričom v skutočnosti dotknutí podnikatelia vedome nahradili hospodársku súťaž praktickou spoluprácou medzi sebou. *De facto* sa tak stráca podstata a zmysel tendra, cieľom ktorého je výber

⁴² Zdroj: https://www.eks.sk/Stranka/Novinky#aktualita_2017131-36. V tejto súvislosti pozri aj: <https://www.eks.sk/content/files/novinky/ELAUKCIA.pdf>

najvýhodnejšej ponuky. Predkladanie ponúk zo strany takto prepojených subjektov môže vzbudzovať falošné zdanie riadnej súťaže, čo je priamo v rozpore s princípom súťaženia vo verejnom obstarávaní, a preto, podľa názoru úradu, je nevyhnutná právna regulácia, ktorá rieši túto situáciu.

Ďalším problémom, ktorý pri verejných obstarávaníach s využitím elektronického trhu je možné badať, je podávanie ponúk zo strany takých **subjektov, ktorí zjavne ani nie sú spôsobilí dodať obstarávaný tovar, stavebné práce alebo služby**. Dôvodom účasti týchto subjektov na procese verejného obstarávania nie je zvíťaziť v tendri, ale iba vytvoriť zdanie súťaže podaním „krycej ponuky“⁴³ a často aj zakrytie umelo vysokej ceny.

V tejto súvislosti úrad pozoruje, že z dôvodu zabezpečenia „krycej účasti“ vo verejnom obstarávaní realizovanom s využitím elektronického trhu dochádza k vzniku nových podnikateľských subjektov, ktorých jediným cieľom je uľahčiť koordináciu postupu vo verejnom obstarávaní. Ide o subjekty, ktoré môžu, ale nemusia byť personálne alebo majetkovo prepojené s víťazom tendra a ktorých úlohou je zabezpečiť plynulý prechod vopred určených podnikateľov do druhého kola (do elektronickej aukcie) tým, že koordinovaným postupom vylúčia skutočných konkurentov z druhého kola. Takíto dodávatelia vo väčšine prípadov nikdy nezvíťazia v elektronickej aukcii, resp. v prípade ich víťazstva buď odstúpia od zmluvy alebo obstaraný tovar realizujú cez subdodávky s reálnym dodávateľom. Pre takýchto dodávateľov pritom represívne nepôsobí ani vystavenie kvalifikovanej negatívnej referencie a zaradenie na „Black list“ (zoznam nežiadúcich dodávateľov), či prípadné vylúčenie z účasti na zadávaní zákazky. Pokiaľ ide o subdodávky medzi víťazom tendra a iným neúspešným uchádzačom, úrad dodáva, že ide o veľmi frekventovanú schému kolúzneho správania, pri ktorom úspešný uchádzač poskytne neúspešnému uchádzačovi (resp. viacerým uchádzačom) subdodávky v získanej zákazke, resp. v inej zákazke.

Odporúčania úradu:

Vzhľadom na opätovné upozornovanie úradu na skutočnosť, že vo verejnom obstarávaní (či už s využitím elektronického trhu alebo bez elektronického trhu) je umožnené podávať ponuky podnikateľmi, ktorí sú majetkovo alebo personálne prepojení, úrad poukazuje na nevyhnutnosť prijatia legislatívnych krokov, ktoré by umožňovali diskvalifikáciu majetkovo či personálne prepojených subjektov v rámci jedného verejného obstarávania, a to tak, aby bolo zabezpečené dodržiavanie zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, pod podmienkou, že takéto opatrenia nepresiahnu to, čo je potrebné na dosiahnutie tohto cieľa. Úrad vzniesol túto požiadavku aj v roku 2015 v súvislosti s prípravou nového zákona o verejnom obstarávaní a opakovane na ňu upozornil aj v marci minulého roka vo svojom stanovisku.⁴⁴

⁴³ Podanie „krycej“ alebo „formálnej“ ponuky je najčastejšou formou kolúzie vo verejnom obstarávaní. Ide o správanie, keď a) konkurent predloží vyššiu cenovú ponuku ako vopred dohodnutý víťaz, alebo b) konkurent predloží cenovú ponuku, ktorá je príliš vysoká na to, aby bola akceptovaná, alebo c) konkurent predloží ponuku s podmienkami, ktoré sú pre verejného obstarávateľa jednoznačne neakceptovateľné, resp. v rozpore so súťažnými podmienkami.

⁴⁴ Stanovisko úradu zo dňa 17. 03. 2016, dostupné na webovej stránke úradu: <http://www.antimon.gov.sk/stanovisko-protimonopolneho-uradu-sr-k-ucasti-majetkovo-alebo-personalne-prepojenych-subjektov-v-procese-verejneho-obstaravania/>

Pripomienka úradu však nebola akceptovaná a nový zákon o verejnom obstarávaní umožňuje účasť viacerých takýchto subjektov v jednej súťaži.

Vopred požadovať od uchádzačov, aby už v ponuke oznámili, či budú využívať subdodávateľov⁴⁵ a aby ich identifikovali, nakoľko udeľovanie subdodávok je jednou z najčastejších foriem kartelových dohôd. Zároveň je vhodné zvážiť aj obmedzenie objemu subdodávok a umožniť vysoké podiely subdodávok iba za predpokladu, že by podnikatelia z kapacitných dôvodov neboli schopní individuálne realizovať zákazku.

Výsledky rokovania s príslušnými orgánmi:

Po prediskutovaní problematiky účasti majetkovo a personálne prepojených osôb vo verejných obstarávaníach a ich prípadnej diskvalifikácie z verejného obstarávania došlo k zhode na tom, že riešenie uvedenej súťažnej obavy vyžaduje systematický prístup a aktívnu spoluprácu úradu a Úradu pre verejné obstarávanie.

Dôvodom je predovšetkým skutočnosť, že vyvstáva potreba vyvažovať dva záujmy, a to záujem zabezpečiť čo najväčší možný počet kvalifikovaných uchádzačov vo verejnom obstarávaní na jednej strane a záujem zachovať čestnú hospodársku súťaž na strane druhej, predpokladom ktorej je účasť iba skutočne si konkurujúcich uchádzačov.

Je preto žiadúce navrhnúť a v budúcnosti prijať také pravidlá, ktoré jednak sledujú dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania so všetkými uchádzačmi a zásady transparentnosti, ktoré sú základom smerníc Európskej únie týkajúcich sa postupov verejného obstarávania a príslušnej rozhodovacej praxe Súdneho dvora Európskej únie, ako aj dodržiavanie čestnej hospodárskej súťaže, avšak prijaté opatrenia musia byť zároveň proporcionálne, a teda nesmú prekračovať rámec toho, čo je potrebné na dosiahnutie cieľa.

V nadväznosti na uvedené, úrad pristúpil k vyhodnocovaniu rozhodovacej praxe Súdneho dvora Európskej únie v oblasti verejného obstarávania (týkajúcej sa najmä dodržiavania zásady rovnosti zaobchádzania so všetkými záujemcami a zásady proporcionality kritérií pre kvalitatívny výber), ako aj dostupnej legislatívnej úpravy členských štátov Európskej únie týkajúcej sa účasti prepojených subjektov v tendroch. Cieľom úradu je pripraviť súbor možných riešení tejto problematiky.

⁴⁵ Pojem subdodávateľ definuje § 2 ods. 5 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého je subdodávateľom hospodársky subjekt, ktorý uzavrie alebo uzavrel s úspešným uchádzačom písomnú odplatnú zmluvu na plnenie určitej časti zákazky alebo koncesie. V tejto súvislosti je potrebné poukázať na obmedzenia zmluvnej slobody, pokiaľ ide o náležitosti zmluvy a spôsob jej plnenia, kedy sa v zmysle § 41 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní vyžaduje, aby verejný obstarávateľ požadoval, aby úspešný uchádzač v zmluve, rámcovej dohode alebo koncesnej zmluve najneskôr v čase jej uzavretia uviedol údaje o všetkých známych subdodávateľoch, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa. Využitie subdodávateľov upravuje § 41 zákona o verejnom obstarávaní.

4 ZÁVER

Je nepochybné, že prechod na plne elektronické verejné obstarávanie môže priniesť značné úspory, prispieť k otvoreniu vnútorného trhu, napomôcť inováciám a zjednodušeniu postupov, znížiť administratívnu záťaž a zvýšiť transparentnosť.⁴⁶

Pokiaľ ide o elektronické trhovisko z hľadiska efektívneho uplatňovania súťažného princípu, je možné pozitívne hodnotiť predovšetkým samotné zavedenie elektronického obchodovania. Elektronické predkladanie ponúk spolu s elektronickou aukciou totiž minimalizuje osobné stretnutia uchádzačov pri predkladaní ponúk u verejného obstarávateľa a všeobecne prispieva k zníženiu administratívnej záťaže. Rovnako, úrad veľmi pozitívne hodnotí anonymizáciu identity uchádzačov v procese obchodovania na elektronickom trhovisku (v prvom aj druhom kole), nakoľko znižuje riziko vzniku kolúzie. Nepoznanie totožnosti uchádzačov v štádiu pred vyhodnotením súťažných ponúk sťažuje zúčastneným podnikateľom jasnú identifikáciu svojich konkurentov, a tým aj kontaktovanie sa za účelom koordinácie svojho správania v tendri, čo v konečnom dôsledku sťažuje udržateľnosť kolúzie. Rozsah a forma informácií zverejňovaných pre širokú verejnosť na elektronickom trhovisku po vyhodnutí výsledkov tendra zvyšuje transparentnosť verejného obstarávania, ktorá vôbec umožnila identifikovať vyššie uvedené nedostatky. Uchovávanie informácií a databáz o verejných obstarávaní na elektronickom trhovisku podporuje jednoduchšie monitorovanie správania podnikateľov vo verejnom obstarávaní a jeho následné analyzovanie, čo úradu pomáha identifikovať protisúťažné správanie uchádzačov a vyvodiť zodpovednosť. Úrad, z pohľadu efektívneho boja proti kartelovým dohodám vo verejnom obstarávaní, odporúča všetky tieto aspekty nastavenia elektronického trhoviska zachovať aj do budúcnosti.

Článok 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej len „ZFEÚ“), obsahom ktorého je kartelový zákaz, v spojení s článkom 10 Prvej časti ZFEÚ, pritom ukladá členským štátom povinnosť, aby neprijímali ani nezachovávali v účinnosti opatrenia (a to ani vo forme zákonov alebo iných právnych predpisov) spôsobilé zmariť potrebný účinok pravidiel hospodárskej súťaže, ktoré sa vzťahujú na podnikateľov.⁴⁷ Toto pravidlo možno aplikovať aj na zabezpečenie čo najefektívnejšieho priebehu verejného obstarávania, ktoré by zároveň nezvyšovalo riziko kolúzneho správania. Z tohto dôvodu sa úrad snaží poukazovať na to, na ktoré oblasti v rámci obchodovania podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku je žiadúce sa zamerať, resp. ktoré oblasti je vhodné upraviť, s cieľom posilniť uplatňovanie súťažného princípu.

V tejto súvislosti sa úrad obrátil aj na príslušné orgány, aby zvážili prijatie vyššie uvedených opatrení, prípadne aby vykonali aj potrebné legislatívne kroky, ktoré zabezpečia, že obchodovanie podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku bude stimulovať súťažný princíp, minimalizovať možnosť uchádzačov dosiahnuť kolúznou dohodou, nebude diskriminovať kvalifikovaných uchádzačov a zároveň bude

⁴⁶ Zdroj: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0453&from=EN>

⁴⁷ V tejto súvislosti pozri Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 5. decembra 2006 v spojenej veci C-94/04 a C-202/04 *Federico Cipolla proti Rosaria Fazari, rod. Portolese a Stefano Macrino a Claudia Capoparte proti Roberto Meloni*, Návrh na začatie prejudiciálneho konania, Zb. [2006], s. I-11421, bod 46, Uznesenie zo dňa 17. februára 2005 vo veci C-250/03 *Mauri v. Komisia*, Návrh na začatie prejudiciálneho konania, Zb. [2005], s. I-01267, bod 29 a tam citovanú judikatúru.

obmedzovať možnosť subjektov zodpovedných za priebeh verejného obstarávania ovplyvniť výsledky tendra.

Výsledkom prerokovania vyššie uvedených súťažných obáv, ako aj individuálnych snáh príslušných orgánov (prijatie nových Obchodných podmienok elektronického trhoviska a vytvorenie pracovnej skupiny, ktorej cieľom je efektívne riešenie problémov súvisiacich s elektronickým trhoviskom) bolo prijatie záverov opísaných v tomto materiáli.

V súvislosti s prijatými zmenami v Obchodných podmienkach elektronického trhoviska (OPET 3.1)⁴⁸ úrad pozitívne hodnotí zavedenie elektronickej aukcie po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk pri oboch postupoch zadávania zákazky, ako i skutočnosť, že do elektronickej aukcie postupujú všetci uchádzači, ktorí počas lehoty na predkladanie ponúk predložia platnú kontraktačnú ponuku (a to vrátane dodávateľa, ktorého ponuka bola predbežne akceptovaná). Tieto zmeny sa môžu odraziť v znížení rizika koordinácie správania, ktoré sa vyskytovalo predovšetkým v prvom kole predkladania ponúk. To, či prijaté zmeny naozaj prinesú eliminovanie kartelových dohôd v podlimitných zákazkách realizovaných na elektronickom trhovisku, však úrad bude môcť posúdiť až po analyzovaní viacerých tendrov, ktoré sa budú realizovať po zavedení nových obchodných podmienok. Nemožno totiž vylúčiť, že koordinované správanie určitých podnikateľov sa presunie do druhého kola (do elektronickej aukcie).

Vzhľadom na skutočnosť, že k zefektívneniu procesu obchodovania na elektronickom trhovisku a zníženiu rizika kolúzneho správania v tendroch môžu prispieť úradom navrhované opatrenia (napr. riešenie problematiky diskriminačných opisných formulárov a účasti majetkovo a personálne prepojených subjektov v tendroch, úprava inštitútu sťahovania ponúk aj v prvom kole, zobrazovanie najnižšej predloženej ceny, zavedenie adekvátneho minimálneho kroku, či neumožňovanie zvyšovať cenovú ponuku), úrad verí, že navrhované opatrenia budú akceptované a dôjde k posilneniu boja proti kartelom vo verejnom obstarávaní. V tomto smere je úrad, v prípade požiadavky na spoluprácu zo strany príslušných orgánov, plne k dispozícii.

5 ĎALŠIE KROKY

V súčasnosti úrad detailnejšie analyzuje verejné obstarávania realizované s využitím elektronického trhoviska, pričom zistenia získané z predmetnej analýzy poslúžia ako podklad pre prešetrovanie, cieľom ktorého bude **zistenie, či je dôvod na začatie správneho konania (správnych konaní) pre obmedzenie hospodárskej súťaže.**

V tejto súvislosti úrad dodáva, že kolúzia v procese verejného obstarávania, v rámci ktorej sa účastníci tendra vopred dohodnú o vzájomnom nekonkurovaní si, čím je zmarený účel a cieľ verejného obstarávania, patrí medzi najzávažnejšie porušenia súťažných pravidiel. Kartelové dohody takéhoto charakteru sa považujú za ťažké kartely a v prípade ich preukázania hrozí podnikateľom **pokuta až do výšky 10 % z obratu za predchádzajúce účtovné obdobie.** Ak sa preukáže, že sa podnikateľ podieľal na kolúzii vo verejnom obstarávaní, takýto podnikateľ sa **nemôže zúčastňovať verejných obstarávaní**, a to po dobu troch rokov od konečného rozhodnutia potvrdzujúceho existenciu dohody obmedzujúcej súťaž. Zároveň,

⁴⁸ Zdroj: https://www.eks.sk/Stranka/Novinky#aktualita_2017131-36

podnikatelia, ktorí koordinovali svoje správanie v tendri, **zodpovedajú za škodu spôsobenú svojim konaním** a sú povinní nahradiť ju poškodenej osobe (v tomto prípade objednávateľovi) v plnom rozsahu. V prípade kartelových dohôd pritom platí, že ak porušiteľ nepreukáže opak, kartel vždy spôsobuje škodu.

Úrad ďalej uvádza, že v súťažnom práve je možné využiť inštitút **tzv. leniency programu (programu zhovievavosti)**, v zmysle ktorého sa účastník kartelovej dohody môže úplne vyhnúť pokute (ak z vlastnej iniciatívy ako prvý predloží úradu rozhodujúci dôkaz o existencii takejto dohody v čase, keď úrad nedisponuje žiadnym dôkazom o kartelovej dohode, resp. predloží informácie a dôkazy rozhodujúce pre vykonanie inšpekcie) alebo dosiahnuť jej zníženie až do výšky 50 %. Detailné podmienky neuloženia alebo zníženia pokuty sú zhrnuté v dokumente [Program zhovievavosti \(tzv. leniency program\)](#). V tejto súvislosti úrad tiež dodáva, že zákaz účasti vo verejnom obstarávaní sa nevzťahuje na toho, kto splnil podmienky pre neuloženie alebo zníženie pokuty podľa tzv. leniency programu. V prípade akýchkoľvek otázok ohľadom tzv. leniency programu sa obráťte na zodpovedných zamestnancov úradu uvedených na internetovej stránke úradu.⁴⁹

Vzhľadom na to, že v súčasnosti úrad vykonáva prešetrovanie verejných obstarávaní s využitím elektronického trhoviska, aby zistil, či je dôvod na začatie správneho konania, v tejto fáze neuvádza detailnejšie informácie k prešetrovaniu. Všetky informácie získané v rámci prešetrovania, vrátane informácií o tom, v ktorých oblastiach úrad vykonáva prešetrovanie, podliehajú prísnemu režimu ochrany.

Vypracovala:

Lucia Kasenčáková, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor kartelov
e-mail: lucia.kasencakova@antimon.gov.sk

Kontakt pre médiá - hovorkyňa a tlačová tajomníčka:

e-mail: hovorca@antimon.gov.sk
mobil: +421/915 797 546
tel.: +421/2/48 29 73 62
+421/2/43 33 40 70

Kontakt pre sprístupnenie informácií verejnosti:

e-mail: info@antimon.gov.sk

⁴⁹ <http://www.antimon.gov.sk/leniency-program/>