



Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní - sankcia za porušenie súťažných pravidiel

Daniela Lukáčová, Protimonopolný úrad SR

Aktuálne trendy v práve hospodárskej súťaže 4.10.2023

- Bid rigging ako kolúzia vo verejnom obstarávaní je obzvlášť závažná forma hard core kartelov, ktorá preniká do verejných zdrojov a má hlboký vplyv na spoločnosť.
- Táto forma protisúťažného správania
 - ✓ narúša súťaž, zvyšuje ceny
 - ✓ plytvá verejnými zdrojmi
 - ✓ spôsobuje nižšiu kvalitu a výber pre spotrebiteľov
- Z viacerých štúdií vyplýva, že kartely môžu zvýšiť cenu o 10 – 20 %, bid rigging má potenciál zvýšiť obstarávacie ceny až do 60 % (*OECD (2022), Director Disqualification and Bidder Exclusion in Competition Enforcement, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, <http://www.oecd.org/daf/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement-2022.pdf>*), negatívne dopady však môžu presahovať aj na kvalitu, inovácie a rozsah ponuky tovarov a služieb.

- Protimonopolný úrad SR ako ústredný orgán štátnej správy, ktorý je zodpovedný za presadzovanie a vynucovanie dodržiavania súťažných pravidiel, považuje boj proti bid rigging praktikám za jednu zo svojich priorít.
- Jedným z nástrojov, ktorými úrad disponuje, je sankcia v podobe **zákazu účasti vo verejnom obstarávaní pre podnikateľa, ktorý sa dopustil kartelu v oblasti verejného obstarávania (bidder exclusion)**.
- Podstatou tejto sankcie je potrestanie páchatel'a a zabezpečenie vylúčenia kartelistu z procesu verejného obstarávania na určitý čas v záujme ochrany trhov a verejných obstarávateľov.
- Ustanovenia zakotvujúce zákaz účasti vo VO
 - ✓ chránia integritu obstarávacieho procesu a
 - ✓ zaisťujú, že zmluvy verejných obstarávateľov sú udeľované iba tým podnikateľom, ktorí neporušujú súťažné pravidlá a procesy

§ 48 zákona č. 187/2021 Z.Z. o ochrane hospodárskej súťaže (ZoHS)

ods. 1

„...úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na tri roky, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo v inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo s inou obdobnou súťažou.“

ods. 3

„Úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na jeden rok, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo v inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo s inou obdobnou súťažou, a táto pokuta mu bola znížená podľa § 52.“

§ 48 zákona č. 187/2021 Z.Z. o ochrane hospodárskej súťaže

ods. 2

„Úrad neuloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, ak sa podnikateľovi znížila pokuta podľa § 51 ods. 2.“

ods. 4

„Úrad môže vo výnimočných prípadoch upustiť od uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, aj vtedy, ak by uložením zákazu došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia.“

§ 48 zákona č. 187/2021 Z.Z. o ochrane hospodárskej súťaže

ods. 5

„Doby podľa odsekov 1 a 3 začínajú plynúť právoplatnosťou konečného rozhodnutia; za konečné rozhodnutie sa na určenie začiatku plynutia dôb považuje

a) právoplatné rozhodnutie úradu, ktorým bol uložený zákaz podľa odseku 1 alebo odseku 3 a proti ktorému nie je možné podať žalobu alebo proti ktorému nebola podaná podľa Správneho súdneho poriadku žaloba,

b) právoplatné rozhodnutie súdu, ktorým bola zamietnutá žaloba alebo zastavené konanie vo veci preskúmania rozhodnutia úradu, ktorým bol uložený zákaz podľa odseku 1 alebo odseku 3 a proti ktorému nebola podaná kasačná sťažnosť,

c) právoplatné rozhodnutie súdu, ktorým bola kasačná sťažnosť zamietnutá alebo ktorým bolo konanie o kasačnej sťažnosti zastavené.

ods. 6

„Úrad bezodkladne doručí Úradu pre verejné obstarávanie konečné rozhodnutie podľa odseku 5.“

- Sankcia bola do ZoHS č. 136/2001 zavedená novelou v zákone č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní (VO) a o zmene a doplnení niektorých zákonov zo dňa 18.11.2015, účinnou od 18.4.2016.
- Prijatím nového zákona o VO č. 343/2015 Z.z. bolo vypustené ustanovenie o závažnom porušení odborných povinností upravenom v zákone č. 25/2006 Z. z. o VO.
- Podľa právnej úpravy v zmysle zákona o VO ex lege nesplňal podmienku osobného postavenia uchádzač v dôsledku závažného porušenia odborných povinností, ku ktorým došlo v posledných troch rokoch, pričom za závažné porušenie odborných povinností na účely tohto zákona sa rozumela aj účasť na dohode obmedzujúcej súťaž vo verejnom obstarávaní, ktoré bolo možné preukázať konečným rozhodnutím príslušného orgánu verejnej moci.

- Vymedzenie zákazu účasti vo VO bolo v ZoHS č. 136/2001 Z.z. upravené v rovnakej podobe ako v súčasnom znení ZoHS, v porovnaní s úpravou v zákone o VO má úrad možnosť uložiť tento zákaz aj za účasť na iných formách dohody, ako napr. kolúzia vo verejnej obchodnej súťaži.
- ZoHS č. 187/2021 Z.z. zaviedol možnosť upustenia od uloženia zákazu účasti vo VO a upresnil pojem konečné rozhodnutie.

Zákaz účasti vo VO v praxi úrade

- Prečo nepostačuje uloženie pokuty?
 - ✓ odvetvia, kde je väčšina služieb a tovarov obstarávaná verejnými obstarávateľmi
 - ✓ podnikatelia, ktorí väčšinu zákaziek získavajú v súťaži
 - ✓ riziko odhalenia/zisk z kartelu/výška sankcie
- Funkcie bidder exclusion:
 - ✓ represívna
 - ✓ generálna prevencia – odstrašenie
 - ✓ individuálna prevencia – odstrašenie
- Bidder exclusion teda jednak zvyšuje odstrašujúci účinok pre páchatel'a – podnikatelia zvyknú indikovať, že takýto zásah je oveľa zásadnejší ako samotná pokuta, a zároveň ochraňuje aj ďalšie verejné obstarávania na určitý čas pred takýmto škodlivým správaním.

Zákaz účasti vo VO v praxi úradu

- Zákaz účasti vo VO je ukladaný spolu so sankciou za účasť na karteli vo verejnom obstarávaní, teda každému kartelistovi, automaticky na 3 roky (výnimky v ďalšom slide).
- Kartelista je vylúčený zo všetkých verejných obstarávaní na určené obdobie – zákaz je uložený subjektu, ktorý je vedený v Registri osôb so zákazom vedenom Úradom pre verejné obstarávanie.
- ZoHS priamo nerozlišuje ani jednotlivé pozície, ktoré kartelisti v karteli zastávajú, ani trhy dotknuté kartelom.
- Ide o pomerne tvrdú sankciu, ktorá sleduje priority úradu v uvedenej oblasti.
- Od roku 2016 úrad uložil zákaz účasti vo VO
 - ✓ V 11 rozhodnutiach
 - ✓ 30 podnikateľom
- Úradu pre verejné obstarávanie boli nahlásené 3 prípady na zaradenie v Registri (zákaz účasti účinný konečným rozhodnutím).

Zákaz účasti vo VO v praxi úradu

- Podstatou ukladania sankcií je **primeranosť** a **proporcionalita**, tá by mala byť naplnená **výnimkami**, ktoré zohľadňujú odlišný postoj kartelistov k spáchanému deliktu, konkrétne sa sankcia neukladá úspešnému žiadateľovi o zhovievavosť, a to tak v prípade úplneho leniency, ako aj v prípade zľavy z pokuty leniency žiadateľovi, zákaz v podobe 1 roka sa ukladá kartelistovi, ktorý sa s úradom úspešne urovnal.
- Takéto nastavenie pravidiel sleduje zohľadnenie prispenia k odhaleniu kartelu, ako aj priznanie viny a má fungovať ako určitý motivačný faktor pre podnikateľov prispieť k odhaleniu protisúťažnej činnosti.
- Prax potvrdzuje, že táto myšlienka našla svoje uplatnenie – v prípadoch, v ktorých je ukladaný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní evidujeme zvýšený trend leniency a urovnania.
- Z praxe vyplynuli hranice takejto právnej úpravy, ktorá môže v niektorých špecifických prípadoch pôsobiť kontraproduktívne.

Zákaz účasti vo VO v praxi úradu

- Hranica, ktorej prekročením môže dôjsť paradoxne k zníženiu rozsahu, kvality, resp. úplnému odstráneniu možnosti poskytovania služieb, a tým k negatívnym vplyvom na spotrebiteľov, je vyjadrená v novej výnimke, ktorá umožňuje úradu upustiť od uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní.
- V zmysle úpravy v zákone z roku 2021 úrad môže upustiť od uloženia zákazu účasti vo VO, vo výnimočných prípadoch, ak jeho uložením dôjde k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia.
- Takáto právna úprava predchádza situácii, kedy by sledovanie cieľa – potrestanie páchatel'a a ochrana obstarávateľov a trhov od kartelistu na istý čas, viedlo k odstráneniu súťaže alebo možnosti poskytovania danej služby/dodávky tovaru.
- Znenie zákona dáva úradu určitú voľnosť v aplikácii tejto právnej úpravy, z takto nastavených vzťahov vyplýva, že uplatnenie diskrečnej právomoci úradu neuložiť zákaz účasti vo VO podľa § 48 ods. 4 ZoHS nastane v minimálnom množstve prípadov, nakoľko zo samotnej podstaty dôvodu na výnimku vyplýva, že nejde o bežnú situáciu.
- Úrad v praxi toto nové ustanovenie zatiaľ neaplikoval, avšak použitie tohto ustanovenia bolo podnikateľmi požadované.

Zákaz účasti vo VO v praxi úradu

- V súčasnosti sú otvorené viaceré otázky spojené s aplikáciou tohto nového ustanovenia a hľadania spôsobu, ako ho využiť čo najefektívnejšie v záujme dosiahnutia cieľa – uloženia sankcie plniacej obe funkcie s prínosom pre spotrebiteľa a samotnú súťaž.
- Úrad pri ukladaní sankcií sleduje ich proporcionalitu, ako aj princíp právnej istoty a predvídateľnosti práva, preto je potrebné nájsť **hranice uplatňovania tejto sankcie v konkrétnych prípadoch**, ale aj **formu nastavenia hraníc výkladu zákona** a jej zakotvenie.
- Táto forma môže mať podobu soft law, ktoré bude prístupné verejnosti, prípadne je možné, že bude identifikovaná potreba legislatívnej úpravy do budúcnosti.
- Dôležité aspekty z pohľadu upustenia od zákazu
 - ✓ Počet hráčov na trhu, charakter trhu
 - ✓ Oligopolistický trh - málo hráčov, bariéry vstupu na trh (regulačné, strategické, behaviorálne)
 - ✓ Zákaz účasti by nemal viesť k výraznému zvýšeniu koncentrácie trhu.

Riziká a limity súčasnej úpravy

- Overdeterrence – potrestanie v rozpore s účelom trestania
- Oneskorený efekt
- Rozdielnosť dopadov na podnikateľa v závislosti od jeho veľkosti

Faktory vplývajúce na dopady sankcie

- Je zákaz ukladaný iba podnikateľovi poskytujúcemu ponuku, alebo aj celej entite? (matke? dcéram?)
- Na jednu líniu podnikateľských aktivít, alebo komplet činnosť?
- Všetkým účastníkom bid rigging? Iniciátorovi? Recidivistovi?
- Na aké obdobie?
- Je sankcia účinná v danom odvetví? Aký dlhý je cyklus podávania ponúk?
- Aký je charakter trhu?
- Vie si spoločnosť presunúť svoje podnikateľské aktivity – podávanie ponúk v zahraničí?
- Je správne nastavenie účinnosti sankcie od konečného rozhodnutia?

Tento panel vnímame ako príležitosť na otvorenie diskusie k praxi úradu vo vzťahu k uplatňovaniu sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, identifikáciu dopadov tohto zákazu na podnikateľov a potrieb praxe.

Ďakujem za pozornosť!

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky

pmusr@antimon.gov.sk | www.antimon.gov.sk | tel: +421/2/48 29 71 11