

Metodický výklad Centrálného koordinačného orgánu k Systému riadenia ŠF a KF na programové obdobie 2007 – 2013, verzia 4.5

Metodický výklad k zadávaniu zákaziek v rámci tzv. vnútorného obstarávania v oblasti implementácie fondov EÚ

Dotknutá časť Systému riadenia: Časť 4.2.3. bod 83. - Administratívna kontrola postupov prijímateľa, ktorý pri obstarávaní nie je povinný postupovať v zmysle zákona o verejnom obstarávaní

Znenie výkladu:

V zmysle základných pravidiel implementácie projektov spolufinancovaných z fondov EÚ je nevyhnutné aby súvisiace tovary, služby a práce boli obstarávané v súlade s ustanoveniami zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o VO“). Z niektorých judikátov Európskeho súdneho dvora (ďalej len „ESD“) vyplýva, že určité formy spolupráce medzi verejnými obstarávateľmi sa nemusia automaticky pokladať za zákazky podliehajúce režimu zákona o VO. Tento metodický výklad má prispieť k lepšiemu pochopeniu a využívaniu tzv. vnútorného obstarávania (tiež aj „in-house contract“), pričom nevytvára nové pravidlá pre obstarávanie a ani neupravuje a nedopĺňa Systém riadenia štrukturálnych fondov a Kohézneho fondu na programové obdobie 2007 – 2013, verzia 4.5.

V prvom rade je potrebné uviesť, že skutočnosť, že zákazka je zadávaná medzi dvoma verejnými obstarávateľmi (alebo dvoma obstarávateľmi) v žiadnom prípade nezakladá nárok na výnimku z aplikácie zákona o VO. Zároveň však z judikatúry ESD vyplýva, že „právne predpisy EÚ neobmedzujú slobodu verejného obstarávateľa využívať pri výkone zverených úloh vo verejnom záujme vlastné administratívne, technické a iné zdroje, ani ho nenúti, aby sa obracal na vonkajšie subjekty, ktoré nie sú súčasťou jeho vlastnej štruktúry“¹.

Vyššie uvedené je zrejmé, napr. ak verejný obstarávateľ vykonáva verejno-prospešnú činnosť s využitím vlastných zdrojov, pričom na výkon tejto svojej činnosti neuzavrie zmluvu s peňažným plnením (pretože zákazka je realizovaná tým istým subjektom, teda v rámci vlastnej organizácie) pravidlá verejného obstarávania sa neuplatňujú.

Príklad: 1) Technické služby, ktoré sú súčasťou organizačnej štruktúry mesta (napr. ako rozpočtová organizácia) poskytujú služby spojené s čistením miestnych komunikácií.

2) Orgán štátnej správy (napr. ministerstvo) má vlastné školiace priestory, ktoré využívajú (bezodplatne si prenajímajú) pre svoje účely jeho organizačné zložky.

Pokiaľ by malo dôjsť medzi verejnými obstarávateľmi k plneniu zákazky s peňažným plnením (za odplatu) je pre posúdenie možnosti neaplikovania zákona o VO nevyhnutné brať na zreteľ nasledovné podmienky:

- 1) Právnická osoba, ktorej je zadaná zákazka (ďalej len „subjekt“) je v 100% vlastníctve verejného obstarávateľa zadávajúceho zákazku (t.j. je vylúčený súkromný kapitál tretej strany),² a
- 2) verejný obstarávateľ vykonáva nad subjektom kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami², a

¹ Vec C-26/03, Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. 2005, s. I-00001, ods. 48.

- 3) tento subjekt súčasne vykonáva základnú časť svojich činností pre kontrolujúceho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľov², a
- 4) subjekt je povinný postupovať podľa zákona o VO pokiaľ ide o jeho vlastné obstarávanie³.

Splnenie uvedených podmienok je potrebné posudzovať na základe ďalej uvedených pravidiel a princípov:

1) 100 % vlastníctvo subjektu

- a. posudzovanie prípadnej existencie súkromného kapitálu v subjekte sa musí určiť v čase zadania zákazky,
- b. pokiaľ by po zadaní zákazky subjektu bez uplatnení postupov zákona o VO došlo k vstúpeniu súkromného kapitálu do subjektu, uvedené by predstavovalo zmenu v základných podmienkach zadania zákazky a verejný obstarávateľ musí následne vyhlásiť novú súťaž už v súlade so zákonom o VO,
- c. z predošlého dôvodu je nevyhnuté pri posudzovaní existencie súkromného kapitálu v subjekte v čase zadania zákazky zohľadňovať aj možný budúci vstup súkromného kapitálu do subjektu a zabezpečiť pravidelné monitorovanie dodržania podmienky 100 % vlastníctva subjektu počas realizácie zákazky.

2) Vykonávanie kontroly nad subjektom

- a. subjekt musí podliehať takej kontrole, ktorá verejnému obstarávateľovi umožňuje vplývať na rozhodnutia tohto subjektu. Pritom musí ísť o možnosť vykonávať rozhodujúci vplyv na jeho strategické ciele, ako aj na jeho dôležité rozhodnutia,
- b. verejný obstarávateľ si musí ponechať dostatočný stupeň kontroly, aby mal možnosť obmedziť slobodu konania príslušného subjektu (napr.: skutočnosť, že sa rozhodovacie orgány subjektu skladajú iba zo zástupcov verejných obstarávateľov/verejného obstarávateľa zúčastňujúcich sa na spolupráci, považuje sa za výrazný znak existencie vnútornej kontroly),
- c. nie je nevyhnuté, aby sa kontrola vykonávala individuálne, t.j. kontrolu nad vnútorným subjektom môže vykonávať viac verejných obstarávateľov (napr.: spoločný podnik obcí a miest),
- d. v prípade a.s. alebo s.r.o. verejný obstarávateľ by mal disponovať širšími právomocami než akcionár/akcionári alebo konateľ subjektu (kontrola, ktorá sa obmedzuje iba na manévrovací priestor, ktorý právo obchodných spoločností priznáva väčšine akcionárov, by nemusela byť dostatočná na to, aby predstavovala dostatočnú kontrolu)⁴,
- e. v prípade, že subjekt je alebo sa stane trhovo orientovaným a má dostatočný stupeň nezávislosti nie je kontrola nad subjektom dostatočná.

3) Výkon základnej časti činností subjektu pre verejného obstarávateľa

- a. toto kritérium má za cieľ zaistiť, aby právne predpisy o verejnom obstarávaní zostali platné aj v prípade, že subjekt kontrolovaný jedným alebo niekoľkými verejnými obstarávateľmi pôsobí na trhu, a preto môže pravdepodobne súťažiť s inými podnikmi.⁵
- b. pojem „základná časť činností“ je naplnený vtedy, ak sú činnosti vnútorného subjektu určené hlavne verejnému obstarávateľovi. Akékoľvek iné činnosti (napr. komerčného charakteru) by mali mať iba okrajový význam,

² Vec C-107/98, Teckal, ods. 50.

³ Metodické usmernenie ÚVO č. 808-5000/2011 zo dňa 19.09.2011, posl. ods.

⁴ Vec C-340/04 Carbotermo, ods. 38, Parking Brixen 70.

⁵ Vec C-340/04 Carbotermo, ods. 60.

- c. pre takéto posúdenie sú relevantné všetky také činnosti, ktoré vnútorný subjekt uskutočňuje v rámci zákazky zadanej verejným obstarávateľom. Tento aspekt je relevantný bez ohľadu na totožnosť príjemcu (či ide o samotného verejného obstarávateľa alebo používateľa služieb), subjekt, ktorý platí dodávateľovi (či ide o kontrolujúceho verejného obstarávateľa alebo užívateľov služieb tretej strany) alebo územie, na ktorom sa poskytujú tieto služby.

4) Postupovanie v zmysle zákona o VO pri zadávaní vlastných potrieb subjektu

- a. nakoľko subjekt zostáva verejným obstarávateľom v zmysle § 6 zákona o VO, je povinný pri obstarávaní tovarov, prác a služieb potrebných na výkon svojich činností postupovať v zmysle tohto zákona. Príklad: 1) Ak subjekt vykonáva pre verejného obstarávateľa služby spojené s čistením komunikácií, výnimka z aplikácie zákona o VO sa vzťahuje len na zadanie tejto služby, nie na dodanie samotnej technológie na čistenie. 2) V prípade, že má subjekt vo svojej náplni výkon stavebných činností, pri obstaraní potrebných stavebných materiálov alebo technologických zariadení je povinný tento subjekt postupovať v zmysle zákona o VO),
- b. verejný obstarávateľ, ktorý kontroluje subjekt môže tomuto subjektu zadávať len zákazky na vykonávanie ktorých je tento subjekt oprávnený (napr. v rámci zriaďovacej listiny, v rámci výpisu činností uvedených v obchodnom registri a pod.).

V prípade, že budú RO/SORO posudzovať oprávnenosť využitia vnútorného obstarávania prijímateľom, dávame do pozornosti nasledovný „Pracovný dokument útvarov Komisie o uplatňovaní právnych predpisov EÚ o obstarávaní na vzťahy medzi verejnými obstarávateľmi („spolupráca medzi verejnými orgánmi“), - http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_sk.pdf

Zároveň k danej problematike vydal Úrad pre verejné obstarávanie viaceré metodických usmernení napr. č. – 1109-2000-2009, 208-2000-2010, 808-5000-2011, 1184-5000-2011, 1202-5000-2011, 468-5000-2012, 473-5000-2012, 578-5000-2012, 599-5000-2012, 632-5000-2012, 6822-5000-2012.

Pri aplikácii využitia vnútorného obstarávania prijímateľom odporúčame, aby RO/SORO dodatkom k Zmluve o poskytnutí NFP upravil niektoré povinnosti prijímateľa, ktoré by mohli byť takýmto spôsobom obstarania dotknuté (napr. týkajúce sa procesu verejného obstarávania, oprávnenosti výdavkov, posúdenia ich hospodárnosti, vlastníctva a použitia výstupov a pod.). Upozorňujeme, že tzv. vnútorné obstaranie môže byť prijímateľom aplikované nielen v rámci realizácie aktivít projektu, ale aj po jeho ukončení a to napr. v prípade, že majetok nadobudnutý z NFP bude prevádzkovať iný subjekt. V oboch prípadoch je potrebné aby bolo splnenie podmienok pre jeho využitie zo strany prijímateľa náležite zdokumentované, pričom posúdenie oprávnenosti jeho využitia je v kompetencii RO/SORO, ktorý výsledok svojho posúdenia tiež zdôvodní a zdokumentuje a príslušnú súvisiacu dokumentáciu archivuje. V zmysle bodu 1 c) je potrebné, aby dodržanie podmienky 100 % vlastníctva bolo zo strany RO/SORO počas celého trvania realizácie predmetnej zákazky monitorované, pričom opäť odporúčame aby podmienky tohto monitorovania a možností sankcií za nedodržanie podmienok určených RO/SORO boli vopred zmluvne ošetrené prostredníctvom dodatku k Zmluve o poskytnutí NFP.