

POUČENIE O NAJČASTEJŠÍCH POCHYBENIACH PRIJÍMATEĽOV V PROCESE VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

Na základe analýzy najčastejších pochybení prijímateľov nenávratného finančného príspevku z fondov Európskej únie (ďalej aj „verejný obstarávateľ“) v procese realizovania verejných obstarávaní si Vás z pozície riadiaceho orgánu pre OP Vzdelávanie a OP Výskum a vývoj (ďalej len „RO“) dovoľujeme upozorniť na nižšie uvedené **porušenia zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov** (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) **v znení účinnom do 30.06.2013 a súvisiacej legislatívy Európskej únie**, na predchádzanie ktorým Vám pri realizácii verejných obstarávaní podľa účinného zákona o verejnom obstarávaní odporúčame klásť zvýšený dôraz.

1. Verejní obstarávatelia sú pri realizácii verejných obstarávaní **povinní rešpektovať základné zásady vo verejnom obstarávaní** v kontexte práva Európskej únie, upravené v § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Na naplnenie základných princípov verejného obstarávania v súlade s podmienkami uvedenými v zákone o verejnom obstarávaní je verejný obstarávateľ povinný zabezpečiť, aby všetky relevantné skutočnosti, na základe ktorých záujemcovia (uchádzači) pripravujú a vypracujú svoje ponuky v danom konkrétnom prípade, boli dostatočne určito uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch. Najčastejšie dochádza **k porušeniu princípu transparentnosti a nediskriminácie uchádzačov** jednak pri nastavovaní podmienok účasti, tak po obsahovej stránke, ako aj **z pohľadu primeranosti stanovených hodnôt minimálnych štandardov vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky**, a jednak pri špecifikácii opisu predmetu zákazky. **Porušenie princípu hospodárnosti a efektívnosti** býva identifikované najmä pri takom nastavení **kritérií na vyhodnotenie ponúk** (pri kritériu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky podľa § 35 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní), ktoré vedie k výberu ponuky takého úspešného uchádzača, ktorý nepredloží objektívne najvýhodnejšiu ponuku z hľadiska ceny aj hodnotenej kvality. **Princípy rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov** verejní obstarávatelia často porušujú nedôsledným a diskriminačným vyhodnocovaním splnenia podmienok účasti, najmä **rozdielnym prístupom k jednotlivým uchádzačom pri vyhodnocovaní** rovnako alebo veľmi podobne predložených dokladov za účelom preukázania splnenia podmienok účasti. **Za predmetné pochybenie bol prijímateľovi udelená korekcia vo výške 25%.**
2. Verejní obstarávatelia vo viacerých prípadoch určovali v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania lehoty na požiadanie o súťažné podklady kratšie ako lehoty na predkladanie ponúk a tým neumožňovali prístup záujemcov k súťažným podkladom počas celej minimálnej zákonnej lehoty, počas ktorej boli oprávnení predkladať ponuky a podľa zistení auditov Európskej komisie tak obmedzovali hospodársku súťaž. **Za predmetné pochybenie môže byť prijímateľovi udelená korekcia vo výške 25%/50%/100%, a to v závislosti od dĺžky skrátenej lehoty.**
3. Verejní obstarávatelia v niektorých identifikovaných prípadoch rozdelili predmet zákazky za účelom zníženia predpokladanej hodnoty zákazky pod určitý finančný limit (uvedený v § 4 zákona o verejnom obstarávaní), s ktorým zákon o verejnom obstarávaní spája vyšší stupeň zverejňovania oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania. Uvedeným konaním dosiahli to, že namiesto jednej nadlimitnej zákazky pri charakterom aj účelom použitia podobnom predmete zákazky vyhlásili viacero podlimitných zákaziek, na základe čoho mali kratšie lehoty na predkladanie ponúk oproti nadlimitným postupom zadávania zákazky, ale neumožnili tým zverejnenie o vyhlásení takéhoto obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie, z ktorého

by sa o predmetných verejných obstarávaní mohli dozvedieť aj potenciálni záujemcovia z iných členských štátov EÚ. Porušili tým § 5 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj princíp transparentnosti podľa § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. **Za predmetné pochybenie je prijímateľovi udelená korekcia vo výške 25%, resp. v prípade nadlimitnej zákazky rozdelenej na podlimitné zákazky je to korekcia vo výške až 100%.** RO/SORO odporúča ako vhodný prostriedok pre vyhnutie sa korekcii uplatnenie (tam kde je to možné) vyššieho postupov verejného obstarávania (napr. nadlimitného postupu) aj s príslušným spôsobom zverejňovania oznámení o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku vedenom Úradom pre verejné obstarávanie, resp. Úradnom vestníku Európskej únie, v rámci ktorého sa podľa obsahových špecifik predmet zákazky rozdelí na samostatné časti. **Podmienky účasti je pritom potrebné nastaviť primerane pre každú časť zvlášť.**

4. Verejný obstarávateľ však na druhej strane musí vnímať aj tú skutočnosť, že **nemôže „umelo“ spojiť dva zjavne rozdielne predmety zákazky a zadávať ich v rámci jedného verejného obstarávania**, čím by konal v rozpore s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Častým pochybením v tejto oblasti je napr. spojenie dodávky informačno-komunikačných technológií (IKT) so školiacimi kurzami IKT. Obe tieto plnenia je pritom možné zabezpečiť aj samostatne alebo v rámci jedného verejného obstarávania, ale rozdeleného na obsahovo oddelené časti tak, aby na každú časť mohol predložiť ponuku iný subjekt. Pri samostatnom obstarávaní bude zabezpečená aj širšia hospodárska súťaž, keďže je menej subjektov, ktoré tieto služby poskytujú spoločne, než subjektov, ktoré dokážu poskytnúť plnenia samostatných predmetov zákazky. **Verejný obstarávateľ musí mať pri nastavovaní súťaže vždy na zreteli najmä zabezpečenie hospodárskej súťaže. V dôsledku nerešpektovania tohto pravidla boli viacerí prijímatelia postihnutí korekciou vo výške 25% z hodnoty uhradených výdavkov.**
5. Verejní obstarávatelia pri určovaní podmienok účasti pre jednotlivé verejné obstarávania majú povinnosť dodržiavať pravidlo, že z hľadiska základných princípov verejného obstarávania uvedených v § 9 ods. 4, ako aj v súlade s § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, **musia byť podmienky účasti splniteľné, nediskriminačné, transparentné, jasné, primerané a stanovené vždy vo vzťahu k predmetu zákazky.** Určením podmienok účasti vo verejnom obstarávaní nemôže verejný obstarávateľ bezdôvodne obmedziť okruh dodávateľov, ale musí umožniť rovnaké príležitosti všetkým dodávateľom, ktorí sú objektívne schopní zrealizovať predmet zákazky. Posudzovať primeranosť úrovne stanovených podmienok účasti verejným obstarávateľom je vždy potrebné vo vzťahu k charakteru, náročnosti, významu a účelu predmetu zákazky so zreteľom na všetky uvedené okolnosti. Príkladom uvedeného porušenia je verejnými obstarávateľmi často opakovaná požiadavka podľa § 28 ods. 1 písm. a), resp. písm. b) zákona o verejnom obstarávaní na predloženie určitého minimálneho počtu referencií v jednotlivej finančnej hodnote zjavne neprimeranej zložitosti obstarávaného predmetu zákazky, resp. predpokladanej hodnote zákazky, namiesto určenia kumulatívnej hodnoty referencií preukázateľnej sčítaním predložených referencií bez ohľadu na ich počet. **Za takéto pochybenie je prijímateľovi udelená korekcia vo výške 25%.**
6. Pri určovaní podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia podľa § 27 ods. 1 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní riadiaci orgán upozorňuje, aby sa prijímatelia vyhli požiadavke na preukázanie obratu v určitej výške za každý jednotlivý rok z posledných troch hospodárskych rokov, ktorá je v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. **Preukázanie obratu je možné žiadať len za celkové požadované obdobie, a nie osobitne za každý rok tohto celkového obdobia.** Za ďalšie porušenie § 27 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní s vplyvom na výsledok verejného obstarávania sa považuje požiadavka na predloženie potvrdenia o poistení zodpovednosti za škodu, ak takéto poistenie nevyžaduje osobitný zákon. **Za predmetné pochybenia bola udelená korekcia vo výške 25% z hodnoty uhradených výdavkov.**

7. Obdobných pochybení sa niektorí prijímatelia dopúšťajú aj pri požadovaní preukázania splnenia podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa ustanovení § 28 ods. 1 písm. a), resp. písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorých majú právo požadovať referencie za obdobie predchádzajúcich troch rokov (pri stavebných prácach päť rokov). **Problém** nastane, ak prijímateľ v rámci takto požadovaných referencií žiada od uchádzačov **preukázať aj minimálnu hodnotu, v ktorej dodával tovar, poskytoval službu alebo realizoval stavebné práce za každý jeden rok tohto celkového trojročného (resp. päťročného) obdobia jednotlivo.** Za predmetné pochybenia bola udelená korekcia vo výške 25% z hodnoty uhradených výdavkov.
8. Verejní obstarávatelia určovali podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti vzťahujúce sa na § 28 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác alebo za poskytnutie služby tak, že na preukázanie ich splnenia žiadali **nad rámec taxatívneho ustanovenia predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní predložiť potvrdenie o odbornej praxi potvrdené odberateľom. Verejný obstarávateľ nie je oprávnený** stanoviť si ľubovoľné podmienky účasti, týkajúce sa preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti, t.j. nad rámec možností upravených v predmetnom ustanovení **§ 28 ods. 1** zákona o verejnom obstarávaní, resp. ich **taxatívny rozsah akýmkoľvek spôsobom rozširovať alebo inak meniť.** Za určitých okolností (napr. v prípade vylúčenia uchádzača pre chýbajúce potvrdenie o odbornej praxi odberateľom), ak uvedené pochybenie má vplyv na výsledok verejného obstarávania, **je za predmetné pochybenie udeľovaná korekcia vo výške 25%.**
9. Ďalším častým prípadom porušenia zákona o verejnom obstarávaní pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti je **akceptovanie čestného vyhlásenia uchádzača namiesto predloženia referencie potvrdenej odberateľom podľa § 28 ods. 1 písm. a) alebo písm. b)** zákona o verejnom obstarávaní na definitívne preukázanie splnenia podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti. Stáva sa aj, že **uchádzač predkladá čestné vyhlásenie namiesto referencie s odôvodnením, že ide o obchodné tajomstvo a to bez toho, aby nespochybniteľne preukázal nemožnosť získania takejto referencie.** Chybou na strane verejného obstarávateľa je akceptovanie takéhoto čestného vyhlásenia bez ďalšieho zisťovania skutkového stavu, najmä **ignorovanie zákonnej povinnosti požiadať uchádzača o vysvetlenie a doplnenie predložených dokladov** (ak z predložených dokladov nie je možné posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti) **v súlade s § 33 ods. 6** zákona o verejnom obstarávaní. **Ak takéto konanie má vplyv na výsledok, je za predmetné porušenie zákona o verejnom obstarávaní udelená korekcia vo výške 25 % z hodnoty uhradených výdavkov.**
10. Porušenie § 33 ods. 1 a 2 zákona o verejnom obstarávaní je opakovaným pochybením mnohých prijímateľov v pozícii verejných obstarávateľov pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti. Zo zistení riadiaceho orgánu vyplýva, že medzi časté prípady takýchto porušení zákona patrí **nesprávne vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti** určených podľa § 26 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní uchádzačom so sídlom v zahraničí, ktorý nepredložil všetky doklady podľa § 26 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a verejný obstarávateľ **akceptoval jeho čestné vyhlásenie bez toho, aby skúmal, či uvedené doklady krajina jeho sídla vydáva.** Ďalšími dôvodmi uplatňovaných korekcií sú najmä nesprávne vyhodnotené doklady, resp. referencie, ktorými uchádzači preukazujú splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti. Okrem pochybení uvedených v predošlých bodoch ide hlavne o **prípady neúplných alebo nejasných referencií poskytnutých uchádzačmi, pričom prijímatelia tieto referencie často buď schvália alebo**

zamietnu bez toho, aby dôsledne preverili ich správnosť a úplnosť. Príkladom je predloženie referencií, z ktorých nie je možné preukázať, v akej presnej hodnote plnil uchádzač odberateľovi v rozhodnom období, ktoré určil prijímateľ v oznámení presne určenými rokmi, a to najmä z dôvodu, že odberateľ buď vôbec neuviedol obdobie plnenia alebo uviedol dlhšie obdobie plnenia ako to, o ktorom mali tieto referencie vypovedať. Prijímateľ má v takýchto prípadoch povinnosť **aplikovať § 33 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní a žiadať dotknutého uchádzača o vysvetlenie alebo doplnenie predmetných referencií tak, aby z nich požadované skutočnosti boli zjavné a jednoznačné. V prípade vplyvu na výsledok je za predmetné porušenia zákona o verejnom obstarávaní udelená korekcia vo výške 25 %.**

11. Pri nastavovaní kritérií na vyhodnotenie ponúk je žiaduce o.i. aplikovať základné princípy vo verejnom obstarávaní stanovené kritériá na vyhodnotenie ponúk správne vyhodnocovať, najmä pokiaľ ide o kritérium, ktorým je ekonomicky najvýhodnejšia ponuka. Riadiaci orgán opakovane identifikoval nastavenie kritérií, v ktorých sa okrem najnižšej ceny hodnotia **zľava z ceny jednotlivých produktov zverejnených v cenníku uchádzača**, pričom ceny týchto produktov v cenníkoch jednotlivých uchádzačov môžu byť rôzne, a teda **percentuálne zľavy z ceny produktov týchto uchádzačov nemusia byť vzájomne porovnateľné.** Na základe uvedeného **takto stanovené kritériá nie sú v súlade s § 35 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nepodporujú čestnú hospodársku súťaž a nie sú nediskriminačné.** Za predmetné pochybenie **bola opakovane udelená korekcia vo výške 25% z hodnoty uhradených výdavkov.**
12. Použitím postupu zadávania zákazky **rokovacím konaním bez zverejnenia (od 1.7.2013 priamym rokovacím konaním)** prijímateľa v určitých situáciách porušujú zákonný princíp transparentnosti, a to tým, že v prípade **neopodstatneného použitia uvedeného postupu zadávania zákazky sa vyhýbajú zverejneniu oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku VO, resp. pri nadlimitnej zákazke aj v Úradnom vestníku Európskej úniea bránia tak realizovaniu transparentnej hospodárskej súťaže.** Tento postup vo verejnom obstarávaní je osobitným postupom, a preto je potrebné podmienky pre jeho použitie interpretovať reštriktívne, tak ako to napríklad vyplýva z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C- 57/94 Komisia vs. Taliansko. Z ustálenej judikatúry vyplýva, že **dôkazné bremeno** preukázania existencie podmienky pre použitie rokovacieho konania bez zverejnenia (resp. priameho rokovacieho konania) **vždy znáša verejný obstarávateľ, a teda ide o výnimočný postup,** ktorý je možné použiť len za určitých objektívnych v zákone (európskych smerniciach o verejnom obstarávaní) uvedených špecifických okolností a tie musia byť **verejným obstarávateľom nespochybniteľne preukázané.** Za neopodstatnené použitie tohto postupu a vyhýbanie sa tak transparentnému zverejňovaniu oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania **sa udeľuje korekcia vo výške až 100% z hodnoty uhradených výdavkov.**