

**Machinácie pri verejnom obstarávaní
podľa Trestného zákona Slovenskej republiky**

Vývoj tzv. ekonomickej kriminality od začiatku 90-tych rokov minulého storočia ukazuje, že niektoré z jej spôsobov páchania zostávajú relatívne nemenné (klasické krádeže, sprenevery, podvody a podobne), viaceré sa však prevažne typický spájajú s určitým časovým horizontom vývoja spoločenských vzťahov. K takejto ekonomickej kriminalite patrili pred cca 20 rokmi početné fakturačné podvody, neskôr podvody úverové, typickou bola tiež tzv. privatizačná trestná činnosť a následne tunelovanie takto získaných obchodných spoločností. Už je snáď úplnou minulosťou početná trestná činnosť nebankových subjektov páchaná pred viac ako 10 rokmi. Súčasnosť v oblasti najzávažnejších foriem páchania ekonomickej trestnej činnosti sa aktuálne spája s daňovými deliktami, najmä neoprávneným uplatňovaním nároku na vrátenie dane z pridanej hodnoty alebo spotrebnej dane, trestnou činnosťou, predmetom ktorej sú pohľadávky alebo akcie, ale tiež s defraudovaním finančných prostriedkov z rozpočtu Európskych spoločenstiev.

Na druhej strane s nástupom sofistifikovaných foriem páchania ekonomickej trestnej činnosti badať aj také konania, ktoré sú pre túto kriminalitu atypické, a preto v rámci ich trestného stíhania nevyhnutne vyvolávajú množstvo aplikačných problémov, ktoré siahajú ďaleko za hranice trestného práva. Preto si orgány činné v trestnom konaní v takýchto prípadoch, aj po niekoľkých mesiacoch od začatia trestného stíhania, kladú otázky, kde je zákonná hranica medzi eventuálnou trestnoprávnou zodpovednosťou konkrétnych osôb a obchodno-právnymi, resp. občianskoprávnymi alebo inými vzťahmi. Deje sa tak jednoznačne v prípadoch, keď súčasťou skutkových zistení v trestnom konaní sú typické práve obchodno-právne, občiansko-právne, prípadne iné „netrestné“ inštitúty.¹

Do kategórie naznačenej trestnej činnosti posledného obdobia v Slovenskej republike patria tiež trestné činy právne kvalifikované ako machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 - § 268 Trestného zákona Slovenskej republiky. Počet týchto stíhaných trestných činov za posledné napr. tri roky predstavuje síce nižšie čísla (v priemere ročne 4), avšak aktuálne narastá počet trestných oznámení. O to zložitejšie je ich dokazovanie a vyvodenie trestnej zodpovednosti voči konkrétnym osobám.

Ako to už bolo naznačené, machinácie pri verejnom obstarávaní sú v praxi trestne postihnuteľné najmä podľa § 266 Trestného zákona SR, ktorého znenie je –

(1) Kto v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe alebo dojedná niektorému súťažiteľovi alebo účastníkovi verejnej dražby

¹ Šanta, J.: Zmluvná pokuta a trestná zodpovednosť, Justičná revue, Bratislava, rok 2008, č. 1, ročník 60, s. 66

prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby, potrestá sa odňatím slobody na šesť mesiacov až tri roky.

(2) Odňatím slobody na dva roky až osem rokov sa páchatel' potrestá, ak spácha čin uvedený v odseku 1

- a) a spôsobí ním značnú škodu,
- b) z osobitného motívu,
- c) ako vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej súťaže alebo verejnej dražby, člen privatizačnej komisie, licitátor,
- d) a žiada, prijme alebo si dá sľúbiť majetkový alebo iný prospech, alebo
- e) závažnejším spôsobom konania.

(3) Odňatím slobody na sedem rokov až dvanásť rokov sa páchatel' potrestá, ak spácha čin uvedený v odseku 1

- a) a spôsobí ním škodu veľkého rozsahu, alebo
- b) ako člen nebezpečného zoskupenia.

Tento trestný čin podľa § 267 Tr. zákona spácha ten , kto sa dopustí machinácií v súvislosti s verejným obstarávaním tým, že závažnejším spôsobom konania prinúti iného, aby sa zdržal účasti na verejnom obstarávaní, inému poskytne, ponúkne alebo sľúbi majetkový alebo iný prospech za to, že sa zdrží účasti na verejnom obstarávaní, alebo žiada alebo prijme majetkový alebo iný prospech za to, že sa zdrží účasti na verejnom obstarávaní.

Podľa § 268 Tr. zákona sa dopustí machinácií v súvislosti s verejnou dražbou vecí ten, kto závažnejším spôsobom konania prinúti iného, aby sa zdržal účasti na podávaní návrhov pri dražbe, inému poskytne, ponúkne alebo sľúbi majetkový alebo iný prospech za to, že sa zdrží podávania návrhov pri verejnej dražbe, alebo žiada alebo prijme majetkový alebo iný prospech za to, že sa zdrží podávania návrhov pri verejnej dražbe.

I.

Ako pokus zločinu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe formou spolupáchateľstva podľa § 20, § 14 ods. 1, § 266 ods. 1, 2 písm. c, ods. 3 písm. a Trestného zákona bol právne kvalifikovaný skutok obžaloby prokurátora Úradu špeciálnej prokuratúry GP SR z mája 2013, ktorý možno považovať za typický pre túto trestnú činnosť a ktorý bol formulovaný v podstate takto (skutok je pre účely publikovania uvádzaný zjednodušene):

obvinený A, ako starosta obce, zastupujúci verejného obstarávateľa Obec X, v postavení vyhlasovateľa verejnej súťaže uverejnenej vo Vestníku Úradu pre verejné obstarávanie dňa 14.10.2011 s názvom Intenzifikácia separovaného zberu a zberný dvor X v hodnote 175.000,- € bez DPH po vzájomnej dohode s obv. B, odborne spôsobilou osobou a obv. C, zastupujúcim súťažiteľa spoločnosť Y , minimálne v priebehu mesiacov október do 22.11.2011, t.j. do času otvárania obálok

komisiou na vyhodnocovanie ponúk v rámci tejto verejnej súťaže, v meste Z a na iných miestach v rozpore s § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. v platnom znení o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, o povinnosti pri zadávaní zákaziek uplatňovať princípy rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie, transparentnosti, hospodárnosti a efektívnosti, tiež v rozpore s § 16 ods. 1 citovaného zákona o komunikácii v rámci verejného obstarávania a v rozpore s § 34 ods. 1, 11 a 12 citovaného zákona upravujúceho súťažné podklady a pravidlá na hodnotenie kritérií, vzájomnou osobnou a telefonickou komunikáciou medzi verejným obstarávateľom – Obcou X, odborne spôsobilou osobou a súťažiacim – spoločnosťou Y postupne prispôbovali podmienky tejto verejnej súťaže týkajúce sa najmä technických a funkčných parametrov zákazky, servisných stredísk, zábezpeky, lehoty dodania tovaru, jeho ceny a účasti ďalších súťažiteľov tak, aby sa na úkor iných možných súťažiteľov víťazom tohto verejného obstarávania stala spoločnosť Y, k čomu aj došlo, avšak predmet verejného obstarávania – traktor s návesom, nakladačom, nosičom, kontajnermi a odpadovými vrecami v hodnote 173.750,- € bez DPH touto spoločnosťou Obci X dodaný nebol, pretože žiadosť Obce X o poskytnutie nenávratného finančného príspevku na úhradu tohto tovaru bola Ministerstvom životného prostredia SR dňa 07.03.2012 zamietnutá.

Výrazom snahy zákonodarcu o ochranu hospodárskej súťaže sú aj tieto ustanovenia, ktoré umožňujú trestno-právne postihnúť toho, kto naruší rovnosť podmienok verejného obstarávania alebo verejnej dražby a naruší rovnosť súťažiteľov, resp. ich účastníkov.²

V tejto súvislosti je namieste analyzovať aspoň niektoré znaky citovanej skutkovej podstaty trestného činu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona SR.

Prednosťou sa má na mysli akékoľvek zvýhodnenie pred ostatnými súťažiteľmi alebo účastníkmi verejnej dražby, ide tiež o časový predstih pred ostatnými súťažiteľmi tak, aby ponuka, resp. podanie takejto osoby bolo prvé a urobené skôr ako podanie ostatných súťažiteľov, taktiež sa tým rozumie napr. sfalšovanie žrebovania, ak ho sfalšovala iná osoba než licitátor a pod.

Pod pojmom výhodnejšie podmienky sa rozumie akékoľvek zvýhodnenie určitého súťažiteľa alebo účastníka verejnej dražby, resp. súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby.

Jednočinný súbeh s trestnými činmi korupcie podľa § 328 a nasl. Trestného zákona je vylúčený. V tomto prípade by išlo o kvalifikačný znak trestného činu podľa § 266 ods. 2 písm. d/ Trestného zákona.³

Tiež u tejto skutkovej podstaty trestného činu sa vyžaduje úmysel, ktorý musí zahŕňať všetky znaky tu uvedené. Navyše však tu musí byť úmysel spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech (tzv. druhý úmysel). K spôsobeniu škody ani k zadováženiu prospechu teda nemusí dôjsť. Trestný zákon

² Čentéš, J.: Trestný zákon s komentárom, Eurokódex Poradca podnikateľa, s.r.o., Žilina, r. 2006, s. 375

³ Burda, E., Čentéš, J., Kolesár, J., Záhona, J. a kol.: Trestný zákon. Osobitná časť, Komentár. II. diel, 1. vydanie, Praha : C.H. Beck, 2011, 736, 740s.

má na mysli spôsobenie majetkovej škody alebo získanie majetkového prospechu. Minimálna výška nie je u škody ani u prospechu (v odseku 1) stanovená, ale bude mať zásadný význam z hľadiska povahy a závažnosti trestného činu pre stanovenie druhu a výmery trestu.⁴

Značnou škodou sa podľa § 125 ods. 1 Trestného zákona SR rozumie škoda vo výške najmenej 26.600,- € (najmenej stonásobok sumy 266,- €) a škodou veľkého rozsahu škoda vo výške najmenej 133.000,- € (najmenej päťstónásobok sumy 266,- €). Zo znakov spadajúcich pod pojem osobitný motív by do úvahy prichádzal len znak na objednávku podľa § 140 písm. a Trestného zákona SR. Závažnejší spôsob konania je definovaný v § 138 Trestného zákona, aktuálne v písmene h alebo i, t.j. porušením dôležitej povinnosti vyplývajúcej z páchatelovho zamestnania, postavenia alebo funkcie alebo uloženej mu podľa zákona (písm. h) alebo organizovanou skupinou (písm. i). Nakoniec pojem ako člen nebezpečného zoskupenia, s poukazom na § 141 písm. a, b Trestného zákona má na zreteli zločineckú skupinu (definovaná je v § 129 ods. 4, 6, 7 Trestného zákona) alebo teroristickú skupinu (§ 129 ods. 5, 6, 7 Trestného zákona).

Objektom tohto trestného činu je teda ochrana podmienok verejného obstarávania alebo verejnej dražby a rovnosti účasti súťažiteľov, resp. účastníkov pri verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe.⁵

A práve vychádzajúc z uvedeného objektu trestného činu a najmä znakov tejto kvalifikovanej skutkovej podstaty – značná škoda, uvedenej v § 266 ods. 2 písm. a Trestného zákona a škoda veľkého rozsahu podľa § 266 ods. 3 písm. a Trestného zákona SR sa po dlhší čas vedie u časti odbornej verejnosti diskusia o tom, čo predstavuje spomenutú značnú škodu alebo škodu veľkého rozsahu.

V zásade odborné názory u skutkovo jednoduchších trestných vecí, tak ako je to skôr uvedené, možno pri absencii judikatúry a početnejšej súdnej praxe rozdeliť do dvoch skupín, ktoré sa odvíjajú aj od znenia zákona č. 25/2006 Z.z. v platnom znení o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Prvá skupina názorov vychádza z toho, že podľa § 124 ods. 1 in fine Trestného zákona škodou sa na účely tohto zákona rozumie aj získanie prospechu v príčinnej súvislosti s trestným činom. V prípade trestného činu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona je chráneným objektom záujem spoločnosti na riadnom a zákonnom priebehu procesu verejného obstarávania ako celku tak, aby predmetom jednotlivých zákaziek podľa § 3 z. č. 25/2006 Z.z. v platnom znení o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov nebolo žiadne peňažné plnenie získané na základe zákonom predpokladaných machinácii. Citovaný zákon ako aj § 266 Trestného zákona majú zabrániť tomu, aby prípadní súťažitelia nezískali machináciami zákazku ako takú, ako celok, a nie len tzv. čistý zisk z takéhoto zmanipulovaného verejného obstarávania plynúci a potom len ten by mal charakter škody, v tomto prípade škody veľkého rozsahu. Ak by bol správny a dôvodný takýto záver, potom by to znamenalo,

⁴ Šamal, P. a kol. : Trestní zákonník II. § 140 až 421. Komentář, 1. vydání, Praha : C.H. Beck, 2010, 2387s.

⁵ Ivor, J. a kol. : Trestné právo hmotné - osobitná časť 2., IURA EDITION, s.r.o., Bratislava, r. 2006, s. 220

že de facto i de iure by boli legalizované machinácie pri verejnom obstarávaní a nezákonný by bol len zisk z nich plynúci. Zdieľaným názorom, potom je, že hodnota machináciami pri verejnej súťaži získanej zákazky (pretože je takáto zákazka získaná protizákonne v celom jej rozsahu na úkor ostatných súťažiteľov, ktorí sa neuchýlili k machináciám) je zároveň výškou škody predpokladanou § 266 Trestného zákona, a to na úkor ostatných, hoci aj potencionalných súťažiteľov. Takýto záver je na mieste tiež v prípade, ak sa v konečnom dôsledku do súťaže neprihlásil okrem zmanipulovaného víťaza žiaden iný súťažiteľ. V tomto konkrétnom prípade je potrebné zohľadniť to, že už prípravná fáza, proces vyhlasovania i následne celý priebeh verejného obstarávania obcou X boli natoľko zmanipulované, že úplne znemožňovali účasť ostatných súťažiteľov a absolútne jednoznačne preferovali od samého začiatku ako budúceho víťaza spoločnosť Y, ktorú zastupoval obv. C. V tomto smere o absolútnych detailoch budúceho víťaza osobne a telefonicky komunikovali všetci traja obvinení, zladžovali a prispôbovali tomu podmienky súťaže.

Ak takto v detailoch môže podmienky verejného obstarávania splniť len jeden súťažiteľ, ktorý sa aj stane víťazom súťaže, tak ako v tomto prípade, potom škoda v hodnote takto získanej zákazky ako celku – je škodou spôsobenou na úkor ostatných, hoci len potencionalných súťažiteľov. Zároveň s prihladením na citované výkladové pravidlo uvedené v § 124 ods. 1 in fine Trestného zákona, sa škoda rovná prospechu, ktorý v danom prípade nedôvodne získala spoločnosť Y a teda zákazka v hodnote 173.750,- € bez DPH, ktorú by inak zákonným spôsobom nebyť machinácií, zrejme nezískala.

Druhá skupina právnych názorov vychádza v zásade z argumentácie, že cieľom obvinených bolo získať predmetnú zákazku v celom jej objeme nielen ako eventuálny zisk z nej plynúci je síce pravdivý, ale z pohľadu zákona irelevantný, pretože v zmysle kvalifikovanej skutkovej podstaty zločinu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 ods. 3 písm. a/ Trestného zákona je právne významnou skutočnosťou nie to, či bolo cieľom získať zákazku, ale to, či konaním obvinených osôb došlo k spôsobeniu škody veľkého rozsahu alebo k získaniu prospechu veľkého rozsahu, resp. došlo k takému konaniu v štádiu pokusu. (V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že na to, aby bolo možné konaním popísaným v tomto zákonnom ustanovení inému spôsobiť škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech je vo všeobecnosti nevyhnutné získať celú zákazku, pretože len pri získaní celej zákazky môže páchatel získať prospech, alebo inému spôsobiť škodu).

Z analyzovaného skutkového stavu podľa zástancov tohto odlišného právneho názoru vyplýva, že obvinení A a B konali v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní a dojednali niektorému súťažiteľovi prednosť a výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov, pričom takéto konanie by za splnenia iných obligatórnych podmienok bolo možné považovať za konanie naplňujúce zákonne znaky skutkovej podstaty prečinu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 ods. 1, ods. 2 písm. c/ Trestného zákona a obvinený C konal v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní, dojednal niektorému súťažiteľovi prednosť a výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov, pričom takéto konanie by za splnenia iných obligatórnych podmienok, bolo možné považovať za konanie naplňujúce zákonné znaky prečinu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 ods. 1 Trestného

zákona, avšak ani u jednej z obvinených osôb vykonaným dokazovaním nebola žiadnym spôsobom preukázaná skutočnosť, že uvedené osoby konali v úmysle spôsobiť inému škodu alebo sebe alebo inému prospech veľkého rozsahu v zmysle ustanovenia § 266 ods. 3 písm. a/ Trestného zákona, teda škodu alebo prospech vyšší ako 133.000,- €. Je preto dôvodný záver, že v prípade splnenia podmienok na poskytnutie nenávratného finančného príspevku z Ministerstva životného prostredia Slovenskej republiky, by tento predmet verejného obstarávania bol dodaný a uhradená zaň platba. Tento predmet verejného obstarávania by bol však nadobudnutý za nejakú nadobúdaciú hodnotu a rovnako by bol nadobudnutý za existencie určitých nákladov.

Z týchto dôvodov preto nie je možné kvalifikovať ako následok, v podobe prospechu veľkého rozsahu predpokladaným zákonom, celý objem zákazky v sume 173.750,- € bez toho, aby bolo vykonaným dokazovaním preukázané, že zadovážený prospech obvinenými osobami, prípadne inou osobou alebo inými osobami by bol vo výške 173.750,- € alebo by bol aspoň vo výške 133.000,- €.

Medzi prvé rozhodnutia Najvyššieho súdu SR k analyzovanej problematike patrí jeho uznesenie sp. zn. 1Tost 21/2013 zo 6. novembra 2013, v ktorom sa NS SR priklonil k druhému z uvádzaných právnych názorov, okrem iného konštatujúc, že Najvyšší súd Slovenskej republiky sa plne stotožnil s druhým právnym názorom, že predpokladom pre posúdenie, či došlo k naplneniu skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 3 písm. a/ Trestného zákona nie je možné považovať za škodu, resp. za prospech hodnotu celej zákazky, ktorá bola predmetom verejnej súťaže, teda 175 000 eur, ale len rozsah ujmy, resp. prospechu predstavujúci objem zisku iného subjektu. Tento zisk môže predstavovať určitú časť celkového objemu zákazky.

Pri ustálení výšky škody, resp. výšky prospechu v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v zmysle ustanovenia § 266 ods. 1, ods. 2 písm. a/, ods. 3 písm. a/ Trestného zákona treba vychádzať zo skutočnej škody, ktorá predstavuje majetkovú hodnotu, o ktorú bol majetok iného zmenšený (v prípade prospechu zväčšený), resp. o zisk, na ktorý by iný subjekt mal podľa okolností a vzhľadom na svoje pomery nárok alebo, ktorý by mohol odôvodnene dosiahnuť a nie z celkovej hodnoty zákazky, ktorá je predmetom verejného obstarávania, resp. verejnej dražby, pretože túto nemožno považovať za hodnotu o výšku, ktorej by došlo k úbytku, (resp. nárastu) na majetku iného.

V záverečnej časti svojho rozhodnutia preto NS SR konštatuje, že k jednoznačným záverom v otázkach skutkových i právnych bude možné dospieť, zrejme až postupom podľa § 141, resp. § 142 Trestného poriadku upravujúcich odbornú, resp. znaleckú činnosť za účelom zistenia predpokladaného zisku z celkového objemu danej zákazky. Predmetná vec je v súčasnosti v štádiu súdneho konania.

Pre úplnosť dodávam, že v prípade právnej kvalifikácie skutku ako trestného činu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 ods. 3 Trestného zákona je podľa § 14 písm. b Trestného poriadku daná pôsobnosť Špecializovaného trestného súdu a v prípade odsekov 1 alebo 2 tohto ustanovenia pôsobnosť príslušného okresného súdu.

II.

Ako to vyplynulo z predchádzajúceho textu, verejné obstarávanie je v Slovenskej republike upravené zákonom č. 25/2006 Z.z. v platnom znení o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Bezprostredne súvisiacimi s aplikáciou citovanej skutkovej podstaty trestného činu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona SR sú najmä ďalej analyzované ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní v tomto stručnom historickom kontexte.

Pravidlá verejného obstarávania sa na Slovensku uplatňujú od roku 1994, kedy nadobudol účinnosť zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 263/1993 Z.z. o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác (Zákon o verejnom obstarávaní). Pri jeho tvorbe sa vychádzalo z modelového zákona Komisie pre obchodné právo pri OSN (UNCITRAL). V tomto období prechodu na trhovú ekonomiku sa zvolila čo najjednoduchšia forma právnej úpravy pravidiel verejného obstarávania s dôrazom na uplatňovanie základných princípov verejného obstarávania, ako transparentnosť procesu verejného obstarávania, nediskriminácia a zabezpečenie rovnakých podmienok pre všetkých uchádzačov a efektívnosť pri vynakladaní verejných prostriedkov.

V roku 1999 bol prijatý zákon č. 263/1999 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorého východiskom tvorby boli smernice Európskych spoločenstiev upravujúce oblasť verejného obstarávania. Dôvodom pre vypracovanie nového zákona o verejnom obstarávaní bola potreba aproximácie práva Slovenskej republiky s právom Európskych spoločenstiev pre oblasť verejného obstarávania. Prijatie tohto zákona znamenalo významný posun v reforme pravidiel verejného obstarávania vo vzťahu k úprave v práve Európskych spoločenstiev. Pravidlá a postupy verejného obstarávania začali uplatňovať štátne rozpočtové a štátne príspevkové organizácie, štátne účelové fondy, obce a nimi zriadené organizácie, právnické osoby zriadené zákonom ako verejnoprávne inštitúcie, zdravotné poisťovne a právnické osoby s rozhodujúcim vplyvom štátu alebo obce pôsobiace v oblasti vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a telekomunikácií. Na základe toho zákona bol zriadený Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy s kompetenciami pre riadenie politiky verejného obstarávania a koncesného obstarávania, pre výkon dohľadu nad verejným obstarávaním, vrátane riešenia námietok proti postupu obstarávateľa, pre výkon dohľadu nad koncesným obstarávaním. Úrad začal vydávať Vestník verejného obstarávania obsahovo zameraný na oblasť verejného obstarávania, v ktorom sa publikujú oznámenia používané vo verejnom obstarávaní, začal viesť zoznam podnikateľov a spustil aktivity súvisiace s prípravou odborne spôsobilých osôb na verejné obstarávanie.

Dňa 16. apríla 2003 bola v Aténach podpísaná Zmluva o prístupí, ktorou sa zavŕšil pre asociované krajiny prístupový proces do Európskej únie a od 1. mája 2004 sa tieto krajiny, vrátane Slovenskej republiky stali plnoprávnymi členmi Európskej únie, so všetkými právami, ale aj povinnosťami z toho vyplývajúcimi. Jednou z podmienok vstupu Slovenskej republiky do Európskej únie bola aj aproximácia pravidiel verejného obstarávania s právom Európskych spoločenstiev, čo bolo

dôvodom na vypracovanie nového zákona upravujúceho túto oblasť. Zákon č. 523/2003 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov nadobudol účinnosť 1. januára 2004. V porovnaní s predchádzajúcimi právnymi úpravami umožnilo sa obstarávateľom postupovať pri výbere zmluvného partnera formou spoločného obstarávania, spresnila sa definícia obstarávateľa, súčasne sa spresnilo stanovenie predpokladanej ceny predmetu obstarávania, podmienky účasti uchádzačov a záujemcov, najmä preukazovanie ich finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti.⁶

Citovaný zákon č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní v § 1 ods. 1 upravuje zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaž návrhov a správu vo verejnom obstarávaní a v odseku 2 definuje okruh zákaziek a ďalších skutočností, na ktoré sa tento zákon nevzťahuje (napr. zákazka, pri plnení ktorej sa musia použiť osobitné bezpečnostné opatrenia, zákazky, ktorých účelom je plnenie spravodajských úloh spravodajskými službami, Policajným zborom a pod.).

Ustanovenie § 2 uvedeného zákona definuje verejné obstarávanie ako pravidlá a postupy podľa tohto zákona, ktorými sa zadávajú spomenuté zákazky na dodanie tovaru, zákazky na uskutočnenie stavebných prác, zákazky na poskytnutie služieb a súťaž návrhov.

Za jedno z najdôležitejších ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, porušením ktorého je v praxi skúmaná trestná zodpovednosť podozrivého podľa citovaného § 266 Trestného zákona SR je § 9, upravujúci základné povinnosti verejného obstarávateľa a obstarávateľa, najmä jeho odseky 1, 3 a 4. Podľa tohto ustanovenia sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní pri zadávaní zákaziek postupovať podľa tohto zákona (ods. 1), pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti (ods. 3) a voči uchádzačom a záujemcom z členských štátov sa uplatnia rovnako výhodné podmienky pri zadávaní zákaziek ako tie, ktoré sa uplatnia voči uchádzačom a záujemcom z tretích krajín pri vykonávaní Dohody o vládnom obstarávaní (ods. 4).

V tejto súvislosti treba uviesť, že v súlade s ustálenou judikatúrou Súdneho dvora zásada rovnosti zaobchádzania implikuje zásadu transparentnosti. Tieto zásady, ktoré predstavujú základ smerníc Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, znamenajú najmä, že uchádzači, hoci aj potenciálni, sa musia vo všeobecnosti nachádzať v rovnakom postavení a mať takú istú šancu pri formulovaní znenia svojich prihlášok alebo ponúk. Konkrétne, potenciálne dotknuté osoby sa musia nachádzať v situácii rovnosti, pokiaľ ide o rozsah informácií obsiahnutých v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania (rozsudok ESD vo veci Komisia/Grécko zo dňa 12.11.2009).

Pokiaľ ide o zásadu transparentnosti, jej cieľom je najmä zaručiť absenciu rizika uprednostňovania a svojvôle zo strany obstarávateľa. Vyžaduje, aby všetky podmienky a pravidlá zadávacieho konania boli vyjadrené jasne, presne

⁶ Kolektív autorov: Úplné znenie zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a vykonávacie predpisy s komentárom, Unika Bratislava, r. 2010, str. 5-6

a jednoznačne v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v súťažných podkladoch (rozsudok ESD vo veci Brink's Security Luxembourg/Komisia č.T – 437/05 zo dňa 9.9.2009).

Z judikatúry však vyplýva, že cieľom verejného charakteru, ktorý musí verejný obstarávateľ dodržať v rámci povinnosti transparentnosti, je na jednej strane zabezpečiť, aby všetci uchádzači mali rovnaké príležitosti, a na druhej strane chrániť legitímne očakávania uchádzačov, ktorí boli podnietení, aby vykonali nezvratné investície vopred (rozsudok ESD vo veci Centro Studi Manieri/Rada č.T - 125/06 zo dňa 25.1.2009).

Článok 6 ods. 6 smernice 93/37 okrem iného upresňuje, že verejní obstarávatelia zabezpečia, aby nedochádzalo k diskriminácii medzi jednotlivými zhotoviteľmi. Z toho vyplýva, že členský štát má právo stanoviť okrem dôvodov založených na objektívnych kritériách týkajúcich sa odborných predpokladov, ktoré sú taxatívne vymedzené v článku 24 prvom odseku smernice 93/37, opatrenia vylúčenia na účely zabezpečenia dodržiavania zásady rovnosti zaobchádzania so všetkými uchádzačmi, ako aj zásady transparentnosti v rámci postupov verejného zaobchádzania. V súlade so zásadou proporcionality, ktorá je všeobecnou zásadou práva Spoločenstva (rozsudok zo 14. decembra 2004, Swedish Match, C 210/03, Zb. s. I 11893, bod 47), však takéto opatrenia nesmú ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie tohto cieľa (rozsudok ESD vo veci Michaniki č.C – 213/07 zo dňa 16.12.2008).

Ako vyplýva z ustálenej judikatúry, zásada rovnosti zaobchádzania vyžaduje, aby sa s porovnateľnými situáciami nezaobchádzalo rozdielne a aby sa s rozdielnymi situáciami nezaobchádzalo rovnako (rozsudky Súdneho dvora z 19. októbra 1977, Ruckeschel a.i., 117/76 a 16/77, Zb.s. 1753, bod 7, a z 13. decembra 1984, Sermide, 106/83, Zb. s. 4209, bod 28). V oblasti verejného obstarávania pritom zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi nadobúda osobitný význam (rozsudky Súdneho dvora z 27. novembra 2001, Lombardini a Mantovani, C 285/99 a C 286/99, Zb. s. I 9233, bod 37, a z 19. júna 2003, GAT, C 315/01, Zb. s I 6351, bod 73). Z judikatúry vyplýva aj to, že zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi nevyžaduje, aby verejný obstarávateľ musel absolútne neutralizovať všetky výhody uchádzača, ktorého subdodávateľom je existujúci zmluvný partner (rozsudok Súdneho dvora z 3. marca 2005, Fabricom, C 21/03 a C 34/03, Zb. s. I 1559, bod 36, rozsudok ESD vo veci Evropad'ki Dynamiki/Komisia č.T - 345/03 zo dňa 12.3.2008).⁷

Podľa vnútroštátnej judikatúry, konkrétne vychádzajúc z rozsudku NS SR sp. zn. 2 Sžo 69/2008 zo dňa 11.2.2009, princíp rovnakého zaobchádzania znamená, že každý záujemca alebo uchádzač dostáva informácie rovnakým spôsobom, v rovnakom čase a v rovnakom obsahu. Pre princíp nediskriminácie platí, že nemôžu byť stanovované podmienky, ktoré by niektorého z uchádzačov alebo záujemcov zvýhodňovali a iného naopak znevýhodňovali a pritom by nemali objektívnu súvislosť s predmetom a realizáciou zákazky. Princíp transparentnosti vyžaduje stanovenie jednoznačných postupových krokov a ich písomné zachytenie pre potrebu spätnej kontroly. Princíp hospodárnosti sa viaže na ekonomickú výhodnosť ponuky a princíp

⁷ Spracované podľa Hager, B. a kol.: Zákon o verejnom obstarávaní Komentár, EPOS, Bratislava, r. 2013, s. 134-135

efektívnosti na časový priebeh verejného obstarávania. V prípade princípu hospodárnosti ekonomická výhodnosť neznamená nutnosť získať predmet zákazky za najnižšiu cenu.

III.

Na základe uvedených skutočností možno prijať dôvodný záver, že hoci štatistické ukazovatele predmetnej trestnej činnosti v SR sú stále nízke, jej latencia je zrejme relatívne vysoká. Najmä medzinárodná judikatúra ukazuje, že problematika verejného obstarávania je problematická tak z hľadiska právnej úpravy, ako aj z hľadiska aplikačného, čo dokazuje početnosť súdnych sporov nielen v jednotlivých štátoch, ale aj na úrovni súdnych orgánov EÚ. Ako to už bolo uvedené, tiež v Slovenskej republike boli prijaté postupne viaceré zákony o verejnom obstarávaní a ešte početnejšie sú ich stále novelizácie. **Je zrejmé, že zrelým na novelizáciu je aj citované ustanovenie § 266 Trestného zákona SR upravujúce trestný čin machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, najmä v odsekoch 2 a 3 zakotvujúcich výšku spôsobenej škody a to tak, že sa zakotví možnosť prísnejšieho postihu páchatel'a, ktorý machináciami pri verejnom obstarávaní získa hodnotu zákazky v značnom rozsahu, resp. veľkého rozsahu.** Tento záver je ešte aktuálnejší u takých skutkových zistení akými sú napr.

- prihlásenie uchádzača do verejného obstarávania formou užšej súťaže, ktorý v rámci svojej ponuky predloží sfaľované alebo nepravdivé doklady, preto ho verejný obstarávateľ vylúči, pričom zatiaľ uchádzač nepredložil cenovú ponuku, pretože tá má byť predložená až v ďalšej fáze užšej súťaže, záujem uchádzača však zjavne smeruje za cenu takýchto machinácií získať verejnú zákazku v celom jej rozsahu, alebo

- prihlásenie vopred dohodnutého uchádzača do verejnej súťaže po tom, čo verejný obstarávateľ porušil zásadu verejnosti, výzvu vyhlásil len napr. v rámci interných oznamov a ponuka uchádzača bola úspešná napriek tomu, že podľa následných kontrolných zistení sa konštatoval nesúladi podmienok súťažných podkladov a ponuky a takýmto postupom uchádzač získal verejnú zákazku v celom jej rozsahu.

Z hľadiska novelizácie tohto ustanovenia je namieste tiež úvaha o postihu toho, kto verejné obstarávanie vyhlásiť mal, ale tak nepostupoval.