

Verejné obstarávanie a jeho nedostatky v rámci aplikačnej praxe

Darina Puterová

V Slovenskej republike sa každoročne vynakladá na verejné obstarávanie bez prostriedkov z Eurofondov cca 100 miliárd korún zo zdrojov verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov a z toho dôvodu je veľmi dôležité venovať verejnému obstarávaniu náležitú pozornosť. Jedná sa o veľmi náročný proces, často veľmi zdĺhavý proces, zahŕňajúci v sebe tak plánovanie potrieb tejto spoločnosti v rámci štátnej, verejnej správy, u obstarávateľov z radov prirodzených monopolov, ako i u ďalších osôb, ktoré majú za splnenia určitých podmienok povinnosť obstarávať, ako i konečnú realizáciu výsledkov tohto obstarávacieho procesu. Jednotlivé etapy verejného obstarávania sa realizujú v zmysle presne definovaných metód a postupov, ktoré musia obstarávateľské organizácie dodržiavať v súlade s platnými legislatívnymi predpismi SR.

Jednou z podmienok pre vstup Slovenskej republiky do Európskej únie bola úplná aproximácia práva v oblasti verejného obstarávania s právom Európskej únie. Táto podmienka bola SR splnená prijatím zákona č. 523/2003 o verejnom obstarávaní a o zmene zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy, účinného od 1.1.2004. Pretože Európsky parlament a Rada dňa 31.3.2004 schválili ďalšie smernice pre oblasť verejného obstarávania bolo povinnosťou každého členského štátu prebrať ich do národnej legislatívy. Pre Slovenskú republiku, člena Európskej únie od 1.5.2004 prijatím nových smerníc vyplynula úloha prevziať nové smernice do legislatívy o verejnom obstarávaní do 21. mesiacov, t.j. do 31.1.2006.

Výsledkom tohto procesu bolo prijatie zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Tento zákon bol za necelé dva roky trikrát novelizovaný. Dvakrát nepriamou novelizáciou:

1. zákonom č. 282/2006 Z.z. z 19.4.2006, ktorým sa dopĺňal a menil zákon č. 576/2004 Z.z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti na základe ktorého sa na obstarávanie zdravotnej starostlivosti, liekov, zdravotníckych pomôcok ap. nevzťahujú osobitné predpisy o verejnom obstarávaní

2. zákonom č. 102/2007 Z.z. z 8.2.2007, ktorým sa menil a dopĺňal zákon 147/2001 Z.z. o reklame a o zmene zákona o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 282/2006 Z.z., v ktorom sa povinnosť obstarávateľa pri zadávaní zákazky na dodanie tovaru postupovať výlučne formou elektronickej komunikácie, zmenila na možnosť použitia elektronického verejného obstarávania.

Tretia, priama novela zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní z 27.6.2008 bola zameraná na úpravu týkajúcu sa najmä problematiky uplatňovania splnenia podmienok účasti uchádzača resp. záujemcu na verejnom obstarávaní, ale aj podmienky účasti vo vzťahu ku kritériám na vyhodnocovanie ponúk. Úprava mala za úlohu eliminovať často sa opakujúce nedostatky v procese verejného obstarávania, najmä používanie referencií ako kritéria na vyhodnocovanie ponúk, ktoré sú predmetom kontrolných zistení u subjektov povinných aplikovať zákon o verejnom obstarávaní pri čerpaní finančných prostriedkov z Eurofondov.

Novela zákona taktiež upresňovala niektoré ustanovenia zákona podľa smerníc EÚ pre oblasť verejného obstarávania a zároveň reagovala na nevyhnutné požiadavky aplikačnej praxe.

I napriek tomu, že verejné obstarávanie je v spoločnosti stále viac a viac sledovanou oblasťou, veľká časť obstarávateľov nevenuje verejnému obstarávaniu takú pozornosť akú má. Tak ako si po roku 1989 obstarávatelia odvykli plánovať svoje budúce obstarávania tovarov, služieb a prác, pri opise predmetu obstarávania, ktorý je nevyhnutnou súčasťou súťažných podkladov, nevedia využívať technické špecifikácie založené na princípoch verejného obstarávania.

Aplikácia zákona v praxi je veľmi zložitá a zvyšujúce sa nároky na zamestnancov zabezpečujúcich činnosti vo verejnom obstarávaní so sebou prináša množstvo problémov a z nich vyplývajúcich nedostatkov. Pretože nedostatky nevznikajú len na strane obstarávateľov, môžeme ich rozdeliť do dvoch základných skupín:

- a) nedostatky na strane obstarávateľov
- b) nedostatky na strane uchádzačov, príp. záujemcov.

Medzi najčastejšie nedostatky na strane obstarávateľov patrí:

- úmyselné rozdelenie predmetu obstarávania,
- nesprávne použitie vyhlásených hodnotiacich kritérií,
- porušenie princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie uchádzačov, princípu transparentnosti, hospodárnosti, efektívnosti,
- absencia plánovania a nedostatočná príprava verejného obstarávania,
- nedostatočné zdôvodnenie použitia metódy verejného obstarávania.

Najčastejšími zistenými nedostatkami na strane uchádzačov sú:

- neúspech uchádzača spôsobený jeho nepozornosťou pri vypracovávaní a predkladaní ponuky / nedodržanie podmienok stanovených v súťažných podkladoch/
- nevyužívanie niektorých inštitútov, ktoré umožňuje uchádzačom zákon o verejnom obstarávaní /napr. vysvetľovanie súťažných podkladov v prípade nejasností/
- chybné podávanie námietok /nedodržanie náležitostí, lehôt/,
- nesprávne stanovená výška kaucie, alebo neskoré pripísanie kaucie na účet Úradu pre verejné obstarávanie, čo má za následok nezaobranie sa námietkou zo strany Úradu pre verejné obstarávanie.

Možnosti riešenia nedostatkov vo verejnom obstarávaní

Na základe uvedených nedostatkov v procese verejného obstarávania je potrebné, aby verejní obstarávatelia, obstarávatelia i osoby podľa ust. § 7 zákona o verejnom obstarávaní dôsledne dodržiavali ustanovenia zákona a tak zabezpečili transparentný a nediskriminačný proces verejného obstarávania s cieľom získania tovarov, služieb a prác s požadovanými parametrami a technickými ukazovateľmi prijatím zmluvy od uchádzača, ktorý ponúkol obstarávateľovi najvýhodnejšie podmienky.

Na dosiahnutie úspešnosti uchádzačov vo verejnom obstarávaní je potrebné zo strany záujemcov i uchádzačov dôsledne dodržiavať vo svojich ponukách podmienky obstarávateľa uvedené v oznámení o vyhlásení metódy verejného obstarávania a v súťažných podkladoch. Predloženiu úspešnej ponuky môže napomôcť aj využitie ustanovenia § 38 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, podľa ktorého môže uchádzač v prípade nejasnosti požiadať obstarávateľa o vysvetlenie. Využitie inštitútu

vysvetľovania napomáha pri predchádzaní nedorozumení spôsobených pri predkladaní ponúk uchádzačov podľa požiadaviek obstarávateľa. Taktiež by nemali uchádzači podceňovať zákonom stanovenú možnosť podávania námietok vo verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v oznámení, vo výzve alebo súťažných podkladoch, ak sa dôvodne domnievajú, že už v tejto fáze verejného obstarávania došlo k porušeniu princípov verejného obstarávania. O tom, že to má zmysel svedčí i viacero rozhodnutí, ktoré do tohto času vydal Úrad pre verejné obstarávanie.

Úrad pre verejné obstarávanie odporúča uchádzačom, resp. záujemcom, aby venovali dostatočnú pozornosť plneniu zákonných podmienok (náležitosti, lehoty) v rámci konania o žiadosti o nápravu a konania o námietkach, a tak sa vyhli tomu, že Úrad pre verejné obstarávanie vo veci nekoná alebo rozhodnutím zastaví konanie a námietkam sa meritórne nevenuje pre často drobné chyby a nepozornosti, ktoré súvisia s vypracovaním žiadosti o nápravu alebo námietok, či s počítaním lehôt. Ak totiž námietky neobsahujú ktorúkoľvek z náležitostí uvedených v ustanovení § 138 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, takúto vadu námietok nie je možné dodatočne odstrániť, ak už uplynula lehota na podanie námietok, a Úrad pre verejné obstarávanie je podľa ustanovenia § 139 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní povinný konanie o námietkach zastaviť. Nevyplýva mu totiž zo zákona o verejnom obstarávaní povinnosť vyzývať navrhovateľa na doplnenie chýbajúcich náležitostí.

Náležitú pozornosť zo strany uchádzačov je potrebné venovať i kaucii, ktorá je jednou z podmienok podania námietky. Ak námietky podané včas (t.j. v lehote na podanie námietok) obsahujú doklad o poukázaní kaucie na účet Úradu pre verejné obstarávanie, ale kaucia nie je pripísaná na jeho účet včas (t.j. v lehote na podanie námietok), nie je splnená podmienka na postup Úradu pre verejné obstarávanie v konaní o námietkach. V tomto prípade sa Úrad pre verejné obstarávanie námietkami nezaoberá a kauciu vráti na účet navrhovateľa. Úrad pre verejné obstarávanie neskúma dôvody oneskoreného pripísania kaucie na jeho účet. Ak je kaucia poukázaná v nižšej sume, ako požaduje ustanovenie § 138 ods. 16 zákona o verejnom obstarávaní, Úrad pre verejné obstarávanie sa i v takomto prípade námietkami nezaoberá a kauciu vráti späť na účet navrhovateľa.

Jednou z možností ako zlepšiť proces verejného obstarávania je i jeho dôsledná príprava. Obstarávatelia by sa mali vrátiť k plánovaniu svojich potrieb a z toho vyplývajúce plánovanie verejného obstarávania. I keď sa situácia v tomto smere oproti obdobiu po roku 1990 už z časti zlepšila (obstarávatelia podceňovali etapu plánovania a považovali ju za socialistický prežitok), stále sa plánovaniu nevenuje náležitá pozornosť. Okrem plánovania je dôležitá i príprava verejného obstarávania, na ktorú pracovníci obstarávateľa zväčša nemajú dostatočný časový priestor. V časovom strese je možné urobiť i chyby, ktoré by sa pri uváženej príprave s dostatočným časovým priestorom nestali. Preto by si mali vedúci pracovníci obstarávateľských organizácií uvedomiť, že neraz oni sami, svojím prístupom vystavujú organizácie i podriadených pracovníkov možným sankciám, v prípade zistenia nedostatkov zo strany Úradu pre verejné obstarávanie.

Ďalšou možnosťou zlepšenia obstarávacieho procesu je stanovenie takých kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré je schopný obstarávateľ vyhodnotiť bez toho aby boli napadnuteľné tak zo strany uchádzačov, ako i Úradu. Obstarávatelia by sa mali vystríhať takých kritérií ktoré nechávajú komisii priestor pre subjektívne hodnotenie.

Určitým návrhom na zlepšenie činnosti v procese obstarávania, ktorý by priniesol tak úsporu práce obstarávateľom a určite i finančný prínos vo forme zvýšenia hospodárnosti pri vynakladaní verejných financií je obmedzovanie decentralizácie obstarávania u samotných obstarávateľov uplatňovaním spoločného obstarávania. Nemáme ani tak na mysli centrálnu obstarávaciu organizáciu ktorej vytvorenie pripúšťa i zákon č. 25/2006 Z.z. o verejnom

obstarávaní. Spoločné obstarávanie predpokladám u obstarávateľov, ktorí majú jedného zriaďovateľa a je k nemu potrebné pristupovať veľmi citlivo, aby sa nedal priestor na odstránenie korupcie v malom a vytvorenie korupcie vo veľkom. Spoločné obstarávanie môže priniesť viaceré ekonomické výhody spolu i s prvkami kontroly. Spojenie obstarávania sa môže uskutočniť viacerými formami, napr. využívaním rámcových zmlúv. Aj keď takáto forma obstarávania by bola vhodná pri nákupe určitých komodít, nebolo by ale vhodné uplatňovať ju plošne na všetky typy verejného obstarávania.

Pre zlepšenie procesu verejného obstarávania by mohol pomôcť i Úrad pre verejné obstarávanie. Vo svojej činnosti by sa nemal obmedzovať len na dohľad nad verejným obstarávaním a z neho vyplývajúce pokuty, ale mal by posilniť útvary poskytujúci metodické usmernenie a tak napomáhať obstarávateľom, ktorí oň žiadajú, prípadne i uchádzačom.

Ďalším krokom k zlepšeniu verejného obstarávania, ktorý by mohol Úrad pre verejné obstarávanie urobiť je to, že v prípade, že oznámenie na zverejnenie vo vestníku obsahuje informácie ktoré sú v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní nezverejní. Nezverejnením takéhoto oznámenia by sám Úrad pre verejné obstarávanie napomáhal predchádzať porušeniu zákona. Je lepšie zastaviť obstarávanie v ktorom by bol porušený zákon hneď, ako čakať na prípadnú námietku zo strany záujemcov, prípadne uchádzačov.

V konečnom by bolo potrebné venovať sa ešte otázke, ktorá úzko súvisí s administráciou zmluvy a javí sa taktiež ako nedostatok v procese verejného obstarávania. S touto otázkou sa stretávame pomerne často. Je to otázka uzatvárania dodatkov k zmluve, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania. V zásade dodatok mení to, čo bolo pôvodne uzatvorené s dodávateľom, ktorý najlepšie vyhovel pôvodným podmienkam. Z tohto pohľadu je uzatváranie dodatkov veľmi citlivá záležitosť a treba k nim pristupovať maximálne opatrne a objektívne. Principiálne hľadisko neuplatňovať dodatky vnáša čistotu do obstarávateľského procesu a je vhodné sa ho držať. Na druhej strane by to nemalo znamenať, že vo výnimočných prípadoch nie je možné dodatok uzatvoriť, ak sa ním sleduje hospodárnosť a je splnená neodpušiteľná podmienka, že dodatkom sa nespôsobí zmena pôvodných podmienok, na základe ktorých bol vybraný úspešný uchádzač, ktorá by mohla pôvodné určenie úspešného uchádzača zmeniť, poprípade by mohla mať vplyv na zmenu návrhov na plnenie kritérií na vyhodnotenie ponúk predložených uchádzačmi v pôvodnej súťaži v ich ponukách. Ak sa totiž zmení štatutárny orgán obstarávateľa a dodatok sa uzavrie v tejto súvislosti, tak táto skutočnosť nemohla nijako ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, ak by bola známa v čase súťaže. Ak ale bola pôvodná zmluva uzatvorená napr. na kopírovacie služby s tým, že rozhodujúce kritérium bolo postavená na 10 000 kópií mesačne a dodatkom sa tento počet zvýši na 25 000 kópií mesačne, tak je to faktor, ktorí mohol doviest' neúspešných uchádzačov ešte k lepšej ponuke než akú predložili a úspešným uchádzačom sa mohol stať niekto iný.

Mnohí obstarávatelia v praxi vychádzajú z toho že proces verejného obstarávania sa končí uzatvorením zmluvy a zákon o verejnom obstarávaní sa na realizáciu zmluvy už nevzťahuje. Je síce pravdou že zákon o verejnom obstarávaní dodatky nerieši, ale v našom prípade sú dodatky neoddeliteľnou súčasťou zmlúv, ktoré boli výsledkom verejného obstarávania a preto také dodatky, ktorými by mohol byť spochybniteľný už realizovaný súvisiaci proces verejného obstarávania, nemôžu byť akceptovateľné.

Často si kladieme otázku, či môže alebo nemôže zákon o verejnom obstarávaní úplne odstrániť neekonomické využívanie verejných prostriedkov. Na to, aby sa verejné prostriedky využívali hospodárne isté predpoklady na to zákon o verejnom obstarávaní vytvára. Automaticky však nezabezpečí najhospodárnejšie riešenie zo všetkých možných. Pri dodržaní zákona, profesionálnej príprave a realizácii kvalitného obstarávania sa dá vybrať len

najhospodárnejšia alternatíva z obdržaných ponúk, čo ale neznamená, že na trhu nemôže existovať ešte lepšia ponuka. Ak však „majiteľ ešte lepšej ponuky“ o obstarávaní vedel a nezúčastnil sa ho, je to jeho voľba a nie vina zákona o verejnom obstarávaní, prípadne obstarávateľa. V takomto prípade by mali procesu verejného obstarávania napomôcť aj samotní podnikatelia. Namiesto toho, aby bezdôvodne ohovárali verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov že nemá zmysel zúčastňovať sa verejného obstarávania pretože úspešný uchádzač je už vopred vybraný, radšej by sa mali aktívne uchádzať o verejné zákazky a v prípade akéhokoľvek pochybenia obstarávateľov použiť zákonné postupy na zjednanie nápravy.

Jedným z dôvodov, prečo sa niektorí podnikatelia vyhýbajú verejnému obstarávaniu je podľa nich i „tvrdosť zákona o verejnom obstarávaní“. Túto tvrdosť chápú v prísne a detailne stanovených požiadavkách kladených na záujemcov a uchádzačov verejného obstarávania a vysokej administratívnosti verejného obstarávania v porovnaní s postupom bez verejného obstarávania. Pritom ide len o nevyhnutnú daň za vytvorenie predpokladov pre uplatnenie princípov transparentnosti a rovnakého zaobchádzania, bez ktorých by verejné obstarávanie prestalo byť verejným obstarávaním. Mali by si uvedomiť, že prísnosť zákona a problémy vznikajúce v procese verejného obstarávania úzko súvisia s úrovňou morálky spoločnosti, ktorej i oni sú súčasťou. Čím bude morálka spoločnosti vyššia, tým môže byť zákon o verejnom obstarávaní voľnejší.

Záverom môžeme len konštatovať, že aj keď prijímaním zákonov o verejnom obstarávaní štát stanovuje zákonnou formou pravidlá, ako sa má postupovať pri obstarávaní tovarov, služieb a stavebných prác, žiaden zákon ani žiadna metodika neprinesie skvalitnenie procesu verejného obstarávania, ak sa stanovené pravidlá nebudú v praxi plne rešpektovať.

Kontakt:

JUDr. Darina Puterová

SMM Trnava, s.r.o.

Františkánska ul. 16

917 32 Trnava

e-mail. darina.puterova@smm.sk