

Verejné obstarávanie a machinácie s ním spojené

Šanta, J., Szabová, E.*

ŠANTA, J., SZABOVÁ, E. Verejné obstarávanie a machinácie s ním spojené. Právny obzor, 106, 2022, č. 1, s. 12–32. <https://doi.org/10.31577/pravnyobzor.2023.1.02>

Public procurement and related machinations. In the presented article, its authors focus on the issue of public procurement, which they analyse from several points of view, starting with the basic legal regulation and the interpretation of some of its terms. They pay particular attention to the application problems that they identify in practice in the field of criminal law with an emphasis on the concept of damage and the current legislative process that responds to this situation. In this context, the authors focus on the Criminal Code and its provision § 266 entitled “Machinations in public procurement and public auction” both from the point of view of *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Key words: *public procurement, machinations, Criminal Code, damage, principles, contract value, contract*

Úvod

Pod pojmom verejné obstarávanie je potrebné rozumieť pravidlá a postupy podľa zákona č. 343/2015 Z. z. v platnom znení o verejnom obstarávaní (ďalej aj „ZVO“), ktorými sa zadávajú zákazky, koncesie a súťaže návrhov, t. j. pomerne prísne formalizovaný proces výberu najvhodnejšieho hospodárskeho subjektu, ktorý predložil pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa najlepšiu ponuku, s ktorým tento subjekt uzavrie zmluvu, koncesnú zmluvu, resp. rámcovú dohodu – kontraktáciu, a napokon aj obmedzuje verejného obstarávateľa a obstarávateľa, pokiaľ ide o definovanie zmluvných podmienok a ich plnenie. Z teoreticko-právneho hľadiska tak za pojmom verejné obstarávanie možno vidieť aj obmedzenie zmluvnej dohody verejného obstarávateľa a obstarávateľa nielen pri uzatváraní zmlúv, koncesných zmlúv a rámcových dohôd spadajúcich do vecnej pôsobnosti zákona, ale aj pri ich modifikácii (§ 18). Proces verejného obstarávania tak obmedzuje zmluvnú slobodu povinných subjektov v spôsobe výberu zmluvného partnera, v niektorých obsahových náležitostiach zmluvy (napr. pri rámcových zmluvách, ktoré nesmú v zásade presahovať určitú stanovenú dobu), v procese úpravy/plnenia zmluvných práv a povinností, v podobe vymedzenia predpokladov pre uzatváranie dodatkov k zmluvám a v procese ukončenia zmluvného vzťahu (§ 19).¹

Predmetný zákon o verejnom obstarávaní upravuje zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaž návrhov, zadávanie koncesíí na stavebné práce, zadávanie koncesíí na služby a správu vo verejnom obstarávaní.

* Doc. JUDr. Ján Šanta, PhD., LL. M., MBA., Úrad špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.

Doc. JUDr. Eva Szabová, PhD., Vysoká škola technická a ekonomická v Českých Budejoviciach, ORCID: 0000-0001-8776-5548.

** Tento príspevok vznikol v rámci riešenia projektu Vega č. 1/0162/21: Implementácia európskych nástrojov proti praniu špinavých peňazí a na konfiškáciu príjmov z trestnej činnosti v podmienkach Slovenskej republiky.

¹ TKÁČ, J., GRIGA, M. *Zákon o verejnom obstarávaní. Veľký komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 105.

Naopak, nevzťahuje sa na celý rad zákaziek, súťaží, zadávania koncesíí a ďalšie procesy, tak ako sú definované v § 1 ods. 2 až 15 tohto zákona, počnúc zákazkou, súťažou návrhov alebo koncesiou, pri ktorej plnení sa musia použiť osobitné bezpečnostné opatrenia alebo pri ktorej je nevyhnutná ochrana základných bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky v súlade so Zmluvou o fungovaní Európskej únie, ak ochranu týchto bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky nie je možné zabezpečiť menej rušivými opatreniami a končiac obstarávaním na zákazku, ktorej predpokladaná hodnota je nižšia ako 10 000 eur v priebehu kalendárneho roka alebo počas platnosti zmluvy, ak sa zmluva uzatvára na dlhšie obdobie ako jeden kalendárny rok.

Z úvodných ustanovení ZVO je dôležité pre ďalší kontext článku tiež ustanovenie § 1 ods. 16 tohto zákona, podľa ktorého verejný obstarávateľ a obstarávateľ nesmú zadať zákazku, koncesiu alebo použiť súťaž návrhov podľa odsekov 2 až 14 tohto ustanovenia s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa citovaného zákona.

Predmetné ustanovenia ZVO predstavujú negatívne vymedzenie predmetu pôsobnosti tohto zákona v súlade s právom EÚ, a teda vymedzujú typy kontraktov, pri ktorých sa postupy verejného obstarávania nebudú povinne uplatňovať, čím predstavujú zákonodarcom uznaný dôvod na to, aby verejný obstarávateľ uzavrel tieto presne vymedzené kontrakty mimo postupov verejného obstarávania.²

Už na tomto mieste zdôrazňujeme, že takéto doterajšie použitie výnimiek z postupov verejného obstarávania tam, kde to zákon výslovne nepovoľoval, bolo výslovne zakotvené len ako správny delikt, avšak v aktuálnom legislatívnom procese je predložený návrh, v zmysle ktorého by takéto konanie už bolo *expressis verbis* zakotvené ako trestný čin (na túto skutočnosť konkrétnejšie poukazujeme v záverečnej časti nášho príspevku).

Jedným z cieľov uplatňovania zákona o verejnom obstarávaní je rozvoj hospodárskej súťaže pri zadávaní verejných zákaziek, ich ochrana a riadny priebeh.³

Väčšina ustanovení predmetného zákona nadobudla účinnosť dňa 1. 1. 2016. Opo- menúť však nemožno ani jemu predchádzajúci zákon o verejnom obstarávaní č. 25/2006 Z. z. v platnom znení, pretože z hľadiska aplikačnej praxe a existencie konkrétnych trestných vecí ide aj v súčasnosti o kauzy spadajúce do pôsobnosti práve tohto staršieho zákona o verejnom obstarávaní a ktorého niektoré, ďalej uvedené konkrétne ustanovenia, sú z pohľadu ich aplikácie a výkladu aktuálne aj v súčasnosti.

Na účely spracovávaného príspevku ďalším ťažiskovým zákonom je Trestný zákon a osobitne jeho ďalej analyzovaná skutková podstata trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe.

1. Skutková podstata trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona

V zmysle základnej skutkovej podstaty sa tohto trestného činu dopustí ten, *kto v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v úmysle spôsobiť inému škodu*

² GRIGA, M., TKÁČ, J. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : Iura Edition, 2013, s. 28.

³ Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 1 TdoV 12/2021 z 31. mája 2022.

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 prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby (ods. 1).

Prísnejšie postihnutelným je ten, *kto takým činom spôsobí značnú škodu, z osobitného motívu, ako vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej súťaže alebo verejnej dražby, člen privatizačnej komisie, licitátor, alebo žiada, prijme alebo si dá sľúbiť majetkový alebo iný prospech, alebo závažnejším spôsobom konania* (ods. 2, písm. a – e).

Najzávažnejšími formami spáchania tohto trestného činu je spôsobenie ním škody veľkého rozsahu, alebo konanie páchatel'a ako člena nebezpečného zoskupenia (ods. 3 písm. a – b).

Tieto ustanovenia sú výrazom snahy zákonodarcu o ochranu hospodárskej súťaže a umožňujú trestno-právne postihnúť toho, kto naruší rovnosť podmienok verejného obstarávania alebo verejnej dražby, ako aj rovnosť súťažiteľov, resp. ich účastníkov.⁴

Pod ťažiskovým pojmom tohto trestného činu, ktorým sú „machinácie“, možno rozumieť nečestné až podvodné konanie, v tomto prípade špecificky zamerané na proces verejného obstarávania.

Pri tejto skutkovej podstate citovaného trestného činu je potrebné v zmysle teórie trestného práva, ako aj ustálenej súdnej praxe⁵ konštatovať, že objektom analyzovaného trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona (pričom predmetom ďalšej analýzy bude len verejné obstarávanie, a nie aj verejná dražba) je záujem spoločnosti na riadnom a zákonnom vykonávaní verejného obstarávania, najmä záujem na dodržiavaní stanovených postupov a princípov verejného obstarávania, osobitne princípov rovnakého zaobchádzania, nediskriminovania hospodárskych subjektov, transparentnosti, proporcionality, hospodárnosti a princípu efektívnosti, ktoré sú, výslovne ako ťažiskové a pre vyvodzovanie trestnej zodpovednosti úplne nosné, zakotvené v § 10 ods. 2 citovaného zákona o verejnom obstarávaní.

Obsahové poňatie relevantných princípov poskytuje ustálená súdna prax⁶, podľa ktorej konkrétne princíp rovnakého zaobchádzania znamená, že každý záujemca alebo uchádzač dostáva informácie rovnakým spôsobom, v rovnakom čase a s rovnakým obsahom.

Pre princíp nediskriminovania hospodárskych subjektov 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 proporcionality zahŕňa dva definičné elementy, a to vhodnosť a potrebnosť. Vo svojej podstate tak vyžaduje, aby akékoľvek opatrenie verejného obstarávateľa a ob-

⁴ ČENTĚŠ, J. a kol. *Trestný zákon s komentárom*. Žilina: Eurokódex; Poradca podnikateľa, 2006, s. 375.

⁵ Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 4To 2/2016 z 23. novembra 2017.

⁶ Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 2 Szo 69/2008 z 11. februára 2009.

starávateľa bolo vhodné na dosiahnutie sledovaných cieľov a zároveň aby neprekračovalo hranice toho, čo je na dosiahnutie príslušných cieľov potrebné.⁷

Nakoniec účelom princípu hospodárnosti a efektívnosti je podľa výkladovej praxe dosiahnutie výberu takého uchádzača, ktorý za vynaložené prostriedky poskytne najlepšie plnenie, pričom hospodárne a efektívne je také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž pri čo najmenšej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania.⁸ Naplnenie tohto princípu teda vyžaduje zabezpečenie čo najhospodárnejšieho využívania verejných prostriedkov, ktoré predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čomu by mala zodpovedať prirodzená snaha verejného obstarávateľa a obstarávateľa dosiahnuť čo najširšiu hospodársku súťaž.⁹

Význam týchto princípov zdôrazňujeme nielen z hľadiska samotného procesu verejného obstarávania, ale aj z hľadiska vyvodzovania trestnej zodpovednosti za trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona, pretože formulácia skutku v trestných rozhodnutiach pre uvedený trestný čin by bola bez odkazu na porušenie týchto princípov ojedinelá (hoci, ako to vyplýva z ďalej uvedeného príkladu, možná).

Z hľadiska subjektívnej stránky ide o úmyselný trestný čin. Zároveň musí byť preukázaný i tzv. druhý úmysel, teda úmysel páchatel'a spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech. Aby k spôsobeniu škody alebo získaniu prospechu skutočne došlo, sa však na trestnú zodpovednosť podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona nevyžaduje (spôsobenie škody predpokladajú až ods. 2 a 3 tohto ustanovenia).

Ako to vyplýva z uvedenej analýzy skutkovej podstaty trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona, nevyhnutným predpokladom vyvodenia trestnoprávnej zodpovednosti zaň je aj uvedený úmysel spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech, a to bez ohľadu na to, ktorým z alternatívne uvedených konaní (t. j. či dojednaním prednosti alebo výhodnejších podmienok niektorému súťažiteľovi na úkor iných súťažiteľov alebo konaním v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní) malo dôjsť k naplneniu objektívnej stránky skutkovej podstaty tohto trestného činu. Táto okolnosť, ako jeden zo znakov tejto skutkovej podstaty trestného činu, musí byť preto ako nevyhnutná súčasť skutkových zistení tiež explicitne, jasne a zrozumiteľne vyjadrená v skutkovej vete výroku rozsudku odsudzujúceho obžalovaných za jeho spáchanie, rovnako ako a aj v iných rozhodnutiach tomuto rozsudku predchádzajúcich. Nutnosť vyjadrenia tohto znaku skutkovej podstaty daného trestného činu teda nie je sprevádzaná požiadavkou na jeho vyjadrenie v skutkovej vete použitím zákonnej formulácie, ktorá napokon, vždy nachádza svoje vyjadrenie v právnej vete výrokovej časti rozhodnutia. Ne-

⁷ Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie zo 16. decembra 2008 vo veci C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias.

⁸ INŠTITÚT VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA: Metodika zadávania zákaziek. 4. verzia [online], 2022, [cit. 2.11.2022]. Dostupné na: file:///C:/Users/asus/Downloads/metodika_zadavania_zakaziek_-_4_verzia.pdf.

⁹ AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2019, s. 374.

stačí teda, ak je vyjadrený len v právnej vete výrokovej časti odsudzujúceho rozsudku, ktorá je vo svojej podstate len doslovným prebratím zákonného znenia príslušnej skutkovej podstaty, ale ani ak len vyplýva z odôvodnenia dotknutého rozhodnutia. Ide totiž o okolnosť skutkového charakteru, ktorej danosť ako predpoklad trestnosti konkrétneho konania obžalovaných zachyteného v skutkovej vete výrokovej časti odsudzujúceho rozsudku, v nej musí byť obligatórne tiež vyjadrená, a to tak, aby naplnenie všetkých znakov skutkovej podstaty trestného činu, kladeného obžalovaným za vinu, bolo zo skutkovej vety zrejmé aj pri jej izolovanom skúmaní.

Objektívnu stránku tohto trestného činu naplní páchatel', ktorý voči konkrétnej osobe, vystupujúcej v súvislosti s verejným obstarávaním ako súťažiteľ', v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle spôsobiť škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech, koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo dojedná niektorému súťažiteľ'ovi prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľ'ov. Objektívna stránka tohto trestného činu je tak Trestným zákonom formulovaná alternatívne, a teda k jej naplneniu môže dôjsť tak dojednaním prednosti alebo výhodnejších podmienok pre jedného súťažiteľa na úkor iných súťažiteľ'ov, ako aj konaním v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní. Záver o nerešpektovaní konkrétnych ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, respektíve o konaní v rozpore s nimi však musí byť jednotlivo, vo vzťahu ku každému obžalovanému osobitne, založený na individuálnych dôkazoch, ktoré takéto zistenie spoľahlivo preukazujú. Uvedené platí aj vo vzťahu k záveru o naplnení ďalšieho zákonného znaku skutkovej podstaty trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, ktorým je úmysel spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech.

Základné povinnosti verejného obstarávateľa a obstarávateľa v procese verejného obstarávania vyplývajú z § 10 citovaného zákona o verejnom obstarávaní, z ktorých, okrem už spomenutých princípov, ktoré patria z hľadiska trestného práva k najdôležitejším, treba spomenúť aspoň povinnosť verejného obstarávateľa a obstarávateľa pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona (ods. 1). Okrem toho, príprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov vrátane ich klasifikácie podľa § 5 ods. 1 ZVO sa nesmú realizovať so zámerom nedovoleného uplatnenia výnimky z tohto zákona alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia sú povinní prijať potrebné opatrenia na zabezpečenie primeraného a včasného plnenia svojich úloh, ktoré vyplývajú z osobitných predpisov a ktoré sú zároveň v súlade s pravidlami verejného obstarávania (ods. 3). Dôležitým je aj ustanovenie, podľa ktorého verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže obmedziť záujemcovi, uchádzačovi alebo skupine dodávateľ'ov účasť vo verejnom obstarávaní, najmä ich vylúčiť alebo vylúčiť ich ponuku, ak má tento záujemca, uchádzač alebo člen skupiny dodávateľ'ov sídlo v treťom štáte, s ktorým nemajú Slovenská republika alebo Európska únia uzavretú medzinárodnú zmluvu zaručujúcu rovnaký a účinný prístup k verejnému obstarávaniu v tomto treťom štáte pre hospodárske subjekty so sídlom v Slovenskej republike.

Zoznam tretích štátov vedie a aktualizuje Úrad pre verejné obstarávanie v súčinnosti s Ministerstvom zahraničných vecí a európskych záležitostí Slovenskej republiky a je prístupný na webovom sídle tohto úradu.

Analyzujúc ďalšie základné pojmy citovanej skutkovej podstaty uvádzaného trestného činu je potrebné uviesť, že za prednosť v zmysle ustanovenia § 266 ods. 1 Trestného zákona treba považovať akékoľvek zvýhodnenie niektorého súťažiteľa, pokiaľ ide o časový predstih, napríklad oznámenie termínu verejnej súťaže niektorému súťažiteľovi pred jeho verejným vyhlásením, resp. uprednostnenie niektorého súťažiteľa pri konečnom posudzovaní výsledkov verejného obstarávania na úkor ostatných súťažiteľov.

Dojednaním výhodnejších podmienok sa rozumie poskytnutie takých podmienok, ktoré akýmkoľvek spôsobom zvýhodňujú niektorého súťažiteľa pred ostatnými, čím medzi nimi vzniká disproporcja a nevyvážený prístup k získaniu verejnej zákazky. Nejde len o poskytnutie určitej informácie, ktorou ostatní uchádzači o verejnú zákazku nedisponujú, ale aj o samotné potlačenie súťažného prostredia.¹⁰ Výhodnejšími podmienkami treba rozumieť aj akékoľvek iné podmienky, ktoré zvýhodňujú niektorého súťažiteľa pred ďalšími. V súvislosti s verejným obstarávaním môže ísť napríklad o oznámenie údajov o obsahu návrhov iných súťažiteľov. Za najzávažnejší v tomto smere treba označiť ten prípad, keď v dôsledku porušenia zákona pri verejnom obstarávaní k súťaži medzi dvoma či viacerými subjektmi vôbec nedôjde.

Pokiaľ ide o Trestným zákonom používaný pojem súťažiteľ, tento zákon, napriek zrejmej spätosti skutkovej podstaty tohto trestného činu s právnou úpravou verejného obstarávania, a ani v súčasnosti účinný ani predchádzajúci zákon o verejnom obstarávaní, takýto pojem nepozná. Jeho legálnu definíciu neustanovuje ani Obchodný zákonník. Z jeho ustanovenia § 284 však možno vyvodiť, že súťažiteľom je ten, kto v lehote stanovenej v podmienkach súťaže predloží do súťaže návrh zároveň vyhovujúci aj všetkým ostatným uverejneným podmienkam súťaže.

Vo vzťahu ku kvalifikovanej skutkovej podstate podľa § 266 ods. 2 písm. c) Trestného zákona je potrebné uviesť, že aplikačná prax dospela k záveru, že hoci sa táto v uvedenom ustanovení výslovne vyjadruje o vyhlasovateľovi alebo usporiadateľovi verejnej súťaže, a nie o vyhlasovateľovi alebo usporiadateľovi verejného obstarávania, uvedená okolnosť nie je relevantná. Legálny pojem verejná súťaž je totiž omnoho širší a popri súťažiach realizovaných formou verejného obstarávania podľa ZVO zahŕňa aj verejnú súťaž podľa § 847 a nasl. Občianskeho zákonníka, resp. obchodné verejné súťaže podľa § 281 a nasl. Obchodného zákonníka. O uvedenom svedčí aj historický vývoj skutkovej podstaty analyzovaného trestného činu, ktorá bola do § 128a zákona č. 140/1961 Zb. Trestný zákon zakotvená zákonom č. 557/1991 Zb. s názvom machinácie pri verejnej súťaži a verejnej dražbe. Ako to vyplýva z dôvodovej správy a dobovej odbornej literatúry, podnetom na prijatie tejto novely Trestného zákona boli zistenia, že v súvislosti s prechodom ekonomiky na trhové hospodárstvo dochádza k narušovaniu podmienok verejných súťaží, špeciálne v súvislosti s privatizáciou. Z ústavno-

¹⁰ Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 5 Tdo 592/2020 z 25. júna 2020.

právných dôvodov sa však zákonodarca rozhodol pre širšiu formuláciu, tak aby dopadala na akékoľvek ovplyvňovanie verejnej súťaže, bez ohľadu na to, či sa týka majetku štátu alebo iného subjektu. Napokon, verejné obstarávanie ako osobitný zákonom stanovený postup, ktorým sa zadávajú zákazky na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác, poskytnutie služieb, koncesie a súťaž návrhov v tom čase ani neexistovalo (k tomu možno porovnať zákon č. 263/1993 Z. z. a jeho dôvodovú správu). Až rekodifikáciou Trestného zákona, teda prijatím zákona č. 300/2005 Z. z. zákonodarca v § 266 ods. 1 zúžil rozsah chránených verejných súťaží len na tie, ktoré boli realizované formou verejného obstarávania podľa osobitného predpisu. Túto zmenu však opomenul premietnuť do kvalifikovanej skutkovej podstaty § 266, konkrétne v ods. 2, ktorá naďalej (obsolétne) prísnejšie trestá aj iných vyhlasovateľov/usporiadateľov verejných súťaží. Keďže napr. podľa § 7 ods. 1 písm. a) ZVO je verejným obstarávateľom Slovenská republika zastúpená svojimi orgánmi, vyhlasovateľom verejnej súťaže je v zmysle § 4 ods. 1 zákona č. 575/2001 Z. z. osoba, ktorá ministerstvo riadi a za jeho činnosť zodpovedá, teda minister. Ako príklad konkrétnej trestnej veci možno uviesť, že práve priamo minister v rozhodnom čase podpísal výzvu na predkladanie ponúk, zmluvu o poskytovaní služieb, ako aj ďalšie dokumenty k verejnému obstarávaniu, a preto mal nepochybne postavenie vyhlasovateľa verejného obstarávania (verejnej súťaže). Na druhej strane, aj ďalší obžalovaný mal postavenie usporiadateľa verejného obstarávania (verejnej súťaže), pretože z poverenia vyhlasovateľa ju organizoval. S prihliadnutím na to, že takýto obžalovaný mal postavenie zodpovednej osoby verejného obstarávateľa, pôsobil v ňom ako kontaktná osoba, nechal doručiť výzvu na predloženie ponuky trom vopred osloveným spoločnostiam, obálku s ponukou súťažiteľa nakoniec aj osobne prevzal, vyhlasovateľom verejného obstarávania bol menovaný ustanovený za predsedu hodnotiacej komisie, informoval ho aj o výsledku súťaže, a dokonca aj zmluva o poskytovaní služieb bola podpísaná v jeho prítomnosti a v jeho kancelárii, preto nemožno mať pochybnosti o tom, že aj tento obžalovaný proces verejného obstarávania organizoval.¹¹

V zmysle § 266 ods. 2 písm. a) a ods. 3 písm. a) značnou škodou sa podľa § 125 ods. 1 Trestného zákona rozumie škoda vo výške najmenej 26 600,- € (najmenej stonásobok sumy 266,- €) a škodou veľkého rozsahu škoda vo výške najmenej 133 000,- € (najmenej 500-násobok sumy 266,- €).

Zo znakov spadajúcich pod pojem osobitný motív podľa § 266 ods. 2 písm. b) Trestného zákona by do úvahy prichádzal len znak na objednávku podľa § 140 písm. a) Trestného zákona.

Závažnejší spôsob konania podľa § 266 ods. 2 písm. e) Trestného zákona je definovaný v § 138 Trestného zákona, aktuálne len v písmene i), t. j. spáchanie tohto trestného činu organizovanou skupinou.

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).

¹¹ Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5 To 2/2018 z 15. novembra 2018.

Jednočinný súbeh analyzovaného trestného činu 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.¹²

Vychádzajúc z týchto východísk zákona o verejnom obstarávaní a výkladu ustanovenia § 266 ods. 1 Trestného zákona možno ako konkrétny príklad z praxe uviesť, že v inštitúciách konštatovaného bol odsúdený obž. X.Y. v podstate na tom skutkovom základe, že ako splnomocnený zástupca Združenia..., na základe oznámenia verejného obstarávateľa obce S. uverejneného vo Vestníku Úradu pre verejné obstarávanie dňa ... o vyhlásení verejného obstarávania postupom užšej súťaže na zákazku Rekonštrukcia centrálnej časti obce S. v predpokladanej hodnote zákazky bez DPH 510 440,04 €, financovanej z vlastných zdrojov vo výške 5 %, z prostriedkov Ministerstva výstavby a regionálneho rozvoja SR vo výške 10 % a fondov Európskej únie vo výške 85 % v rámci Regionálneho operačného programu Regenerácia sídiel – samostatne dopytovo orientované projekty, predložil dňa ... 2010 verejnému obstarávateľovi Obci S. žiadosť o účasť v užšej súťaži zákazky „Rekonštrukcia centrálnej časti obce S.“, v ktorej v úmysle zadávať sebe prospech, v rozpore s ustanovením § 28 ods. 1 písm. b) zákona č. 25/2006 Z. z. v platnom znení o verejnom obstarávaní, podľa ktorého technickú a odbornú spôsobilosť ako podmienky účasti vo verejnom obstarávaní záujemca môže preukázať zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ podľa tohto zákona, predložil zoznam stavebných prác rovnakého alebo podobného predmetu obstarávania uskutočnených v rokoch 2005 až 2009, ako aj doklady označené ako zoznam plnenia zmlúv rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet obstarávania alebo potvrdenie o uspokojivom vykonaní stavebných prác deklarujúce realizáciu prác členmi združenia, v rámci ktorých však predložil nepravdivé doklady o realizácii prác pre viaceré obce, spoločnosti a iné subjekty, v skutočnosti však tieto práce členovia združenia vôbec nerealizovali, alebo realizovali v inom časovom období, inom rozsahu a objeme prác, po vyzvaní komisiou verejného obstarávateľa na predloženie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v origináli alebo overenej kópii, listom zo dňa ... 2010 obž. X.Y. opätovne predložil vyššie uvedené nepravdivé doklady na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti záujemcu ako nové originálne doklady, verejný obstarávateľ po zistení nepravdivosti predložených dokladov vylúčil v zmysle § 33 ZVO tohto záujemcu z verejného obstarávania, a týmto konaním obž. X.Y. ako splnomocnený zástupca uvedeného združenia v prípade jeho dokonania by spôsobil škodu vo výške 510 000,- € na úkor iných súťažiteľov, k čom však v dôsledku účinnej kontroly verejného obstarávania nedošlo, teda obž. X.Y. sa dopustil konania, ktoré bezprostredne smerovalo k dokonaniu trestného činu a ktorého sa dopustil tým, že v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle zadávať sebe

¹² BURDA, E. a kol. *Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel.* 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2011, s. 736 a s. 740.

prospech konal v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní, ale k dokonaniu činu nedošlo, čím spáchal prečin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe v štádiu pokusu podľa § 14 ods. 1, § 266 ods. 1 Trestného zákona a dopustil sa tiež konania, ktoré bezprostredne smerovalo k dokonaniu trestného činu a ktorého sa dopustil v úmysle predložiť falšovaný doklad a umožniť tým protiprávne zadržanie prostriedkov zo všeobecného rozpočtu Európskych spoločenstiev, ale k dokonaniu činu nedošlo, čím spáchal aj prečin poškodzovania finančných záujmov Európskych spoločenstiev v štádiu pokusu podľa § 14 ods. 1 k § 261 ods. 1 Trestného zákona.

V inej trestnej veci¹³ Najvyšší súd SR k fiktívnosti verejného obstarávania uviedol, že trestným konaním preukázané zistenia len dokumentovali, že v skutočnosti predstierané verejné obstarávanie, ktoré podľa vykonaného dokazovania bolo organizované tak, aby v konečnom dôsledku zákazka bola, po vylúčení obchodnej spoločnosti S. z formálnych dôvodov z výberového konania, pridelená na základe priameho rokovania tej istej spoločnosti, malo slúžiť len na zakrytie toho, že sa uskutočnilo iba fiktívne ešte pred začiatkom stavby, po podaní žiadosti o nenávratný finančný príspevok, lebo podľa zmluvy o jeho poskytnutí to bolo podmienkou na to, aby sa tento príspevok mohol vyplatiť na základe faktúr od tejto spoločnosti, ktorá sa zúčastnila verejného obstarávania a po jeho úspešnom výsledku by aj realizovala projekt, na ktorý mal byť poskytnutý nenávratný príspevok. Jedným z hlavných kritérií v projekte bolo totiž uskutočnenie prác na základe riadneho verejného obstarávania.¹⁴

2. Aplikčná prax – analýza evidovaných problémov a možnosti ich riešenia

Ako ukazuje prax, najzávažnejším z aplikačných problémov sa javí výklad už uvádzaného pojmu spôsobenie inému škody alebo zadováženie sebe alebo inému prospechu, uvedených v § 266 ods. 1 Trestného zákona. Postupné riešenie uvádzaného aplikačného problému sa dialo na báze viacerých trestných vecí a ten bol nakoniec vyriešený len sčasti Najvyšším súdom SR, v konečnom dôsledku na základe ďalej uvádzanej konkrétnej trestnej veci po zohľadnení rôznosti argumentov z nej plynúcich. Avšak keďže daný aplikačný problém nebol vyriešený úplne, aktuálnym je legislatívny proces, na ktorý poukážeme v záverečnej časti nášho príspevku.

Ako pokus zločinu machinácií 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 v obžalobe 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 na účely jeho publikovania uvádzaný zjednodušene):

¹³ Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5To 2/2012 z 1. marca 2012.

¹⁴ ŠANTA, J. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava : Akadémia PZ, 2018, s. 123.

Obvinený A ako starosta obce, zastupujúci verejného obstarávateľa Obec X, v postavení vyhlasovateľa verejnej súťaže uverejnenej vo Vestníku Úradu pre verejné obstarávanie dňa ... 2011 s názvom Intenzifikácia separovaného zberu a zberný dvor X v hodnote 175.000,- € bez DPH po vzájomnej dohode s obz. B, odborne spôsobilou osobou a obz. C, zastupujúcim súťažiteľom 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, 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 7. 3. 2012 zamietnutá.

Spomínaným 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.¹⁵

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, ako to bolo naznačené, po dlhší čas viedla a aj v súčasnosti sa u časti odbornej verejnosti vedie 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 historicky rozdeliť do dvoch skupín, ktoré sa odvíjajú aj od znenia uvádzaných zákonov o verejnom obstarávaní.

Prvá skupina názorov vychádza z toho, že podľa § 124 ods. 1 *in fine* Trestného zákona škodou sa na účely tohto zákona rozumie získanie prospechu v príčinnej súvislosti s trestným činom. V prípade trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona je chráneným objektom záujem spoločnosti na riadnom a zákonomnom priebehu procesu verejného obstarávania ako celku tak, aby predmetom jednotlivých zákaziek podľa ZVO nebolo žiadne peňažné alebo iné plnenie získané na základe zákonom predpokladaných machinácií. Citovaný zákon, ako aj § 266

¹⁵ IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné – osobitná časť*. 2. vyd. Bratislava : Iura Edition, 2006, s. 220.

Trestného zákona majú zabrániť, 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, 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 prihliadnutím 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, 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 cieľ obvinených 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 nadobúdaciu 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,- €.

Ťažiskovým rozhodnutím Najvyššieho súdu SR k analyzovanej problematike patrí jeho uznesenie sp. zn. 1Tost 21/2013 zo 6. novembra 2013, v ktorom sa Najvyšší súd SR plne stotožnil s druhým právnym názorom, a teda že 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 len 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 Najvyšší súd SR konštatuje, že k jednoznačným záverom v otázkach skutkových i právnych bude možné dospieť, zrejme až postupom podľa ustanovení § 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 konania¹⁶.

¹⁶ ŠANTA, J. Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky. In *Nové jevy v hospodárskych kriminalitách: juristický, kriminalistický a kriminologický pohľad*. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014, s. 245.

V ďalšom zo svojich dôležitých rozhodnutí – v rozsudku sp. zn. 5 To 2/2018 z 15. novembra 2018 – Najvyšší súd SR zdôraznil, že pokiaľ ide o právnu kvalifikáciu podľa § 266 ods. 3 písm. a) Trestného zákona, t. j. spôsobenie škody veľkého rozsahu, je potrebné uviesť, že (už opakovane spomínaným) objektom trestného činu machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe je už zmieňovaný záujem na riadnom a zákonomnom procese verejného obstarávania a verejnej dražby. Predmetná skutková podstata chráni a podporuje slobodnú súťaž (spravidla čo najväčšieho počtu) súťažiacich vo verejnom obstarávaní. A hoci je pravdou, že slobodná súťaž by sa mala prejaviť v čo najnižšej možnej víťaznej ponuke, predmetom ochrany tohto trestného činu nie sú majetkové práva verejného obstarávateľa. O uvedenom svedčí tak systematické zaradenie skutkovej podstaty (ktorá patrí medzi trestné činy proti hospodárskej disciplíne podľa II. dielu V. hlavy Trestného zákona a nie medzi trestné činy proti majetku podľa IV. hlavy Trestného zákona), ale predovšetkým doslovné znenie objektívnej stránky, ktorá v druhej a tretej alternatíve výslovne trestá konanie spočívajúce v dojednaní prednosti alebo výhodnejších podmienok na úkor iných súťažiteľov. Ak teda zákonodarca postihuje konanie na úkor iných súťažiteľov je zrejme, že poškodeným subjektom nemôže byť verejný obstarávateľ, ale práve títo iní, a to prípadne aj potencionálni súťažitelia. Na tomto závere nič nemení ani skutočnosť, že citované znenie objektívnej stránky („na úkor iných súťažiteľov“) sa výslovne netýka aj jej prvej alternatívy – konania v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní. Keďže len ťažko možno pripustiť, aby v rámci jednej a tej istej skutkovej podstaty trestného činu bol v prvej alternatíve objektívnej stránky chránený (implicitne zamlčaný) záujem na ochrane majetkových práv obstarávateľa, a zároveň v druhej a tretej alternatíve bol chránený (výslovne artikulovaný) záujem na ochrane práv iných súťažiteľov i účastníkov, najvyšší súd konštatoval, že aj v prípade prvej alternatívy skutkovej podstaty musí páchatel konať „na úkor iných súťažiteľov“. Napokon o tom svedčia aj ďalšie základné skutkové podstaty trestného činu machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe – § 267 Trestného zákona a § 268 Trestného zákona, ktoré už (svojím znením) jednoznačne postihujú konanie páchatel'a spočívajúceho v takom pôsobení na iných súťažiteľov, ktoré má za cieľ eliminovať súťaž.

Ak teda skutková podstata analyzovaného trestného činu podľa § 266 Trestného zákona vôbec, a to ani sekundárne nesmeruje k ochrane majetkových práv verejného obstarávateľa, potom ani takto spôsobená škoda na jeho majetku nie je z pohľadu naplnenia kvalifikačných znakov podľa § 266 ods. 2 písm. a), ods. 3 písm. a) Trestného, relevantná. Nie je teda správnym taký postup a právny názor, ak orgány činné v trestnom konaní, resp. súdy pri právnej kvalifikácii skutku podľa § 266 ods. 3 písm. a) Trestného zákona niekedy vychádzali zo škody, ktorá mala byť spôsobená verejnému obstarávateľovi, t. j. Slovenskej republike, v ktorej mene koná napr. ministerstvo. Z hľadiska naplnenia tohto kvalifikačného momentu je totiž treba vychádzať zo škody spôsobenej inému, a to prípadne aj potencionálnemu súťažiacemu vo verejnom obstarávaní (alebo účastníkovi verejnej dražby).

Pri vyčísl'ovaní takto spôsobenej škody pritom nemožno vychádzať z druhej vety § 124 ods. 1 Trestného zákona, podľa ktorej sa škodou na účely tohto zákona rozumie aj

získanie prospechu v príčinnej súvislosti s trestným činom. Je to tak preto, lebo ponuka úspešného súťažiteľa (a teda v príčinnej súvislosti aj jeho prospech) by mohla byť v dôsledku takto zmanipulovaného verejného obstarávania výrazne vyššia, alebo aj nižšia, ako ponuka toho neúspešného. Inými slovami, práve v dôsledku trestného konania páchatel'ov (či už súťažiteľ'ov, resp. vyhlasovateľ'ov) by mohlo dôjsť k „umelému“ navýšeniu alebo zníženiu víťaznej ceny; takto vygenerovaná cena však nemôže predstavovať škodu neúspešného súťažiteľa. Je preto presnejšie a aj právne správnejšie určovať spôsobenú škodu v intenciách § 124 ods. 2 Trestného zákona ako ujmu na zisku, na ktorý by poškodený inak vzhľadom na okolnosti a svoje pomery mal nárok alebo ktorý by mohol odôvodnene dosiahnuť. Na vyčíslenie takto spôsobenej škody bude potrebné ustáliť, aký zisk by neúspešný súťažiteľ mohol dosiahnuť nebyť trestnej činnosti páchatel'a. I keď zákon výslovne používa termín „ujma na zisku“, najvyšší súd kvôli doterajšej nejednotnej rozhodovacej praxi tiež opätovne pripomenul, že pri jej vyčísl'ovaní nemožno vychádzať z celého objemu zákazky. Ziskom súťažiteľa nie je celý objem zákazky, bez ohľadu na to, aké by mal súťažiteľ v súvislosti s verejným obstarávaním náklady. Ziskom treba rozumieť (zjednodušene) rozdiel medzi výnosmi a nákladmi súvisiacimi s realizáciou predmetu zákazky (obdobne uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 1 Tost 21/2013 zo 6. novembra 2013). V tomto smere sa Najvyšší súd SR nestotožnil s názormi, podľa ktorých ak sa do takejto súťaže prihlásil len jeden súťažiteľ, vzhľadom na absenciu referenčnej ponuky (neúspešného súťažiteľa) škodu vôbec nie je možné vyčísl'iť (sporné uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 4 To 2/2017 z 23. novembra 2017). Znaleckým dokazovaním totiž je možné (tak ako to bolo už vo viacerých prípadoch) v zásade presne určiť (odhadnúť) priemernú minimálnu hodnotu čistého zisku, ktorý by súťažiteľa v súvislosti s obstarávaním mohli dosiahnuť. Napokon, ak by bol akceptovaný opačný výklad (konkrétna referenčná ponuka chýba, a teda takto spôsobenú ujmu na zisku nie je možné vyčísl'iť), depenalizovali by sa spoločensky omnoho závažnejšie konania. Menej závažné skutky, pri ktorých by páchatelia súťaž a predkladanie ponúk v zásade umožnili (len by jedného zo súťažiacich nezákonne priorizovali), by boli trestané prísnejšie ako tie závažnejšie, kde by páchatelia vopred nastavili také diskriminačné podmienky (príp. úplne utajili existenciu verejného obstarávania), ktoré by zamedzili vzniku akéhokoľvek súťažného prostredia.

2.1 Aplikčná prax – možnosti jednočinného súbehu trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe s inými trestnými činmi

Aj z hľadiska aplikačnej praxe je potrebné podčiarknuť, že súbeh trestných činov porušovania povinností pri správe cudzieho majetku podľa § 237 Trestného zákona a machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe § 266 Trestného zákona nie je s ohľadom na ich odlišné objekty vylúčený. Totiž. kým v prípade uvádzaného trestného činu podľa § 266 Trestného zákona zákonodarca chráni záujem na zákonomnom procese verejného obstarávania a slobodnej súťaži súťažiteľ'ov (uchádzačov vo verejnom obsta-

rávaní), objektom trestného činu podľa zmieňovaného § 237 Trestného zákona je ochrana majetku, ktorý páchatel' opatruje alebo spravuje na základe všeobecne záväzného právneho predpisu, rozhodnutia súdu alebo zmluvne stanovenej povinnosti. Aj v dôsledku tohto je v prípade § 266 Trestného zákona [v rámci osobitného kvalifikačného znaku v ods. 2 písm. a), resp. v ods. 3 písm. a)] rozhodujúca výška spôsobenej škody na majetku iných, a to aj potencionálnych sút'ážiteľ'ov vo verejnom obstarávaní, kým v prípade § 237 Trestného zákona sa obligatórne vyžaduje (už v rámci základnej skutkovej podstaty v ods. 1) spôsobenie škody na opatrovanom alebo spravovanom majetku. Aj v prípade tohto trestného činu je potrebné zdôrazniť, že § 237 Trestného zákona odkazuje na spôsobenú škodu ako reálneho úbytku na majetku poškodeného a nie na rozsah spáchaného činu. Pri vyčísl'ovaní výšky takto spôsobenej škody (na konkrétnom skutkovom základe) preto nemožno vychádzať z objemu celej zákazky, ktorá mala byť predmetom manipulácie; rozhodným je len to, o koľko sa v dôsledku porušenia vytýkaných zákonných ustanovení citovaného zákona o verejnom obstarávaní a ostatných ustanovení všeobecne záväzných právnych noriem navýšili náklady verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v súvislosti s konkrétnym obstarávaním. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že podstata protiprávnej činnosti v obdobných doposiaľ evidovaných trestných veciach nespočíva v tom, že by verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ obstarával služby, ktoré vôbec nepotrebuje (a teda celý objem zákazky by tak tvoril spôsobenú škodu), ale v tom, že páchatelia vedome a úmyselne porušujú citované a ďalšie ustanovenia ZVO, aby tak vylúčili hospodársku konkurenciu. V dôsledku takýchto konaní tak verejným obstarávateľom a obstarávateľom vznikajú dodatočné náklady, ktoré by inak nevznikli (napr. doručenie len jednej ponuky, ktorá nemusí zodpovedať situácii na trhu). Škoda v prípade trestného činu podľa § 237 Trestného zákona je potom definovaná ako rozdiel medzi nákladmi, ktoré mal verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v dôsledku zmanipulovaného verejného obstarávania a nákladmi, ktoré by mu vznikli, ak by predmetné verejné obstarávanie prebehlo v súlade so zákonom.

Napokon opomenúť nemožno ani alternatívu, že páchatel', napr. v postavení ministra môže svojím konaním naplniť aj všetky znaky skutkovej podstaty trestného činu zneužívania právomoci verejného činiteľa podľa § 326 ods. 1 Trestného zákona, keďže ako verejný činiteľ v úmysle zadovážiť inému neoprávnený prospech vykonáva svoju právomoc spôsobom odporujúcim zákonu. V týchto súvislostiach je vhodné pripomenúť, že v obdobných prípadoch, hoci by bol páchatel'om napr. aj minister, neprichádza do úvahy právna kvalifikácia skutku aj podľa § 326 ods. 2 písm. a) Trestného zákona v spojení s § 138 písm. h) Trestného zákona spočívajúca v spáchaní trestného činu závažnejším spôsobom konania – porušením dôležitej povinnosti vyplývajúcej z páchatel'ovho zamestnania, postavenia alebo funkcie alebo uloženej mu podľa zákona, pretože podľa ustálenej súdnej praxe i teoretických východísk v zásade každé zneužitie právomoci verejného činiteľa podľa ods. 1 je spojené s porušením dôležitej povinnosti vyplývajúcej mu z jeho funkcie ako verejného činiteľa podľa ods. 2.¹⁷

¹⁷ BURDA, E. a kol.: Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel. 1 vydanie. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 1075

Pre úplnosť dodávame, že v prípade právnej kvalifikácie skutku ako trestného činu machinácií 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.

3. Trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe a aktuálny legislatívny proces s ním súvisiaci

Hoci, ako to už bolo opakovane skôr zdôrazňované, súdna prax postupne u trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 Trestného zákona ustalovala jeho najspornejší pojem škoda, aplikačná prax ukázala, že ani vyššie uvedené právne závery nie sú úplne postačujúce a že novelizácia znenia skutkovej podstaty tohto trestného činu, resp. súvisiacich ustanovení je nevyhnutná.

V legislatívnom procese, vo fáze predloženého návrhu Národnej rade SR ako tlač č. 857 z roku 2022, sa nachádza novela Trestného zákona, podľa ktorej by nakoniec akceptovateľným bol prvý z okruhu vyššie uvedených právnych názorov, a teda znenie § 266 by bolo nasledujúce:

Machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe § 266

(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 prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby a taký čin spácha vo väčšom rozsahu, 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) v značnom rozsahu
- b) z osobitného motívu,
- c) ako zainteresovaná osoba vo verejnom obstarávaní, vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej dražby, člen privatizačnej komisie, licitátor, alebo
- d) závažnejším spôsobom konania.

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

- a) vo veľkom rozsahu, alebo
- b) ako člen nebezpečného zoskupenia.

Ako vyplýva z dôvodovej správy k tejto novele Trestného zákona, cieľom predkladaného návrhu zákona je odstrániť aplikačné problémy pri postihovaní machinácií pri ve-

rejnóm obstarávaním a verejnej dražbe a zefektívniť postihovanie zneužívania pravidiel verejného obstarávania a nekalých praktík vo verejnom obstarávaní, čím sa v konečnom dôsledku docieli lepšia ochrana verejných prostriedkov. V súčasnosti najväčší aplikačný problém pri machináciách pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe spôsobuje znak škody uvedený v kvalifikovanej skutkovej podstate § 266, ktorý je nejednotne definovaný judikatúrou, a ktorý je nutné odhadovať zložitými znaleckými posudkami, ktoré sú obzvlášť pri veľkých investičných projektoch finančne a časovo náročné. Zámerom predkladateľa je tak zníženie doterajšej náročnosti preukazovania trestnej činnosti týkajúcej sa machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, ktorá neakceptovateľne komplikuje trestnoprávne postihovanie tejto závažnej trestnej činnosti.

Aplikačné problémy spôsobuje aj nesystémovosť § 266 ods. 2 písm. d), ktorý je svojou podstatou korupčným trestným činom *a lex specialis* k všeobecným trestným činom korupcie, avšak nie je zaradený medzi trestné činy korupcie, čo spôsobuje nemožnosť využitia niektorých procesných postupov pri preukazovaní a stíhaní korupčného správania pri verejnom obstarávaní a verejných dražbách.

Okrem toho v súčasnosti chýba trestnoprávny postih v prípadoch, keď subjekt zadáva zákazky, koncesie a súťaže návrhov, ktoré sú vyňaté z pôsobnosti zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj zákon o verejnom obstarávaní), a takýmto postupom vznikne škoda na verejných prostriedkoch.

Predkladateľ preto navrhuje v súvislosti s vyššie uvedeným účelom v ním navrhovanom znení zákona upustiť od problematického dokazovania škody pri machináciách pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe a naviazať jednotne celý trestný čin na preukazovanie rozsahu. Rozsah trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní predkladateľ navrhuje zdefinovať ako zmluvnú cenu kontrahovanú v rámci zmluvného vzťahu, ktorý je výsledkom verejného obstarávania. Alternatívne, ak by nebolo možné z rôznych dôvodov vychádzať zo zmluvnej ceny, rozsahom trestného činu by bola predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov a pri verejnej dražbe hodnota predmetu dražby. Ak by nebolo možné určiť rozsah ani podľa postupu uvedeného v predchádzajúcej vete, je eventuálne možné určiť predpokladanú hodnotu na základe odborného vyjadrenia alebo znaleckého posudku. Návrhom zákona sa tak v súlade so zásadou hospodárnosti trestného konania odstráni zložitá a nákladná znalecká dokazovanie škody pri trestnom čine machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe.

Z trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe sa navrhuje z kvalifikovanej skutkovej podstaty vypustiť konanie spočívajúce v žiadaní, príjmami alebo v daní si sľúbiť majetkový alebo iný prospech pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, ktoré bolo nesystematické a spôsobovalo v praxi problémy. Vypustením uvedeného konania z kvalifikovanej skutkovej podstaty § 266 bude takéto konanie postihnuteľné podľa všeobecných korupčných trestných činov, čím sa zabezpečí efektívnejšie preukazovanie a postihovanie korupcie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe.

Návrhom zákona sa ďalej navrhuje v novom § 266a zaviesť novú skutkovú podstatu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, ktorá pokrýva zadávanie

takých zákaziek, koncesií a súťaží návrhov, ktoré sú vyňaté z pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní a pri ktorých vznikla škoda na verejných prostriedkoch. V poslednom rade sa návrhom zákona zosúladia niektoré pojmy používané Trestným zákonom v predmetných ustanoveniach s pojmami používanými zákonom o verejnom obstarávaní.

Z uvedeného dôvodu by malo byť do Trestného zákona zakotvené aj nové ustanovenie tohto znenia:

§ 266a

(1) Kto pri zadávaní zákazky, koncesie alebo pri uskutočnení súťaže návrhov, na ktorú sa nevzťahuje všeobecne záväzný predpis o verejnom obstarávaní, v úmysle zadovážiť sebe alebo inému prospech nehospodárnym postupom spôsobí verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi alebo inej osobe, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní väčšiu škodu, 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, alebo*
- c) 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.*

Ako príklad takejto výnimky zo ZVO pri zadávaní zákazky, koncesie alebo pri uskutočnení súťaže návrhov, na ktorú sa nevzťahuje tento predpis, možno uviesť § 1 ods. 2 písm. k) ZVO, a teda tento zákon sa, okrem mnohých iných situácií naznačených v úvode príspevku a špecifikovaných v tomto ustanovení, nevzťahuje napr. na civilnú zákazku alebo koncesiu, ktorou vysielateľ programovej služby, poskytovateľ audiovizuálnej mediálnej služby na požiadanie alebo poskytovateľ obdobnej služby na poskytovanie zvukových záznamov, nadobúda, vyvíja, produkuje alebo koprodukuje program, alebo iný komunikát určený na vysielanie alebo poskytovanie prostredníctvom audiovizuálnej mediálnej služby na požiadanie alebo prostredníctvom obdobnej služby určenej na poskytovanie zvukových záznamov. Takáto výnimka by sa teda vzťahovala napr. na RTVS a na určité jej audiovizuálne služby v oblasti televízneho a rozhlasového vysielania z dôvodu zohľadnenia jej kultúrneho alebo spoločenského významu. Výnimka by sa tak konkrétne vzťahovala napr. na získanie, vývoj, produkciu alebo koprodukciiu programového materiálu zo strany vysielateľov, ktorí sú v postavení verejného obstarávateľa podľa ZVO. Konkrétne sa táto výnimka vzťahuje na zákazky týkajúce sa tvorby scenárov, umeleckých výkonov a podobne. Uvádzanú výnimku však nemožno aplikovať na civilné zákazky, akými sú napr. dodávka technického vybavenia potrebného na činnosť RTVS.

V takomto prípade by už museli byť aplikované jednotlivé ustanovenia upravujúce proces verejného obstarávania.¹⁸

Podstatou vyvodenia trestnej zodpovednosti by bolo v prípade takejto výnimky ne-hospodárnym postupom (teda najmä predraženými nákupmi) spôsobiť verejnému obstarávateľovi, obstarávateľovi alebo inej osobe, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní, väčšiu (a ďalšiu zákonom špecifikovanú) škodu, kumulatívne v úmysle zadovážiť sebe alebo inému prospech.

Napokon, kvalifikačný znak škody podľa § 124 Trestného zákona sa má v prípade trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 doplniť odsekom 4, ktorý by mal znieť:

(4) Pri trestnom čine machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 sa rozsahom činu pri verejnom obstarávaní rozumie zmluvná cena dojednaná zadáním zákazky alebo koncesie; ak táto zmluvná cena nebola dojednaná, rozsahom činu sa rozumie predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov a pri verejnej dražbe hodnota predmetu verejnej dražby. Ak zmluvná cena alebo predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov, alebo hodnota predmetu dražby nie je určená alebo je zjavne podhodnotená alebo nadhodnotená, určí sa podľa § 126 ods. 3.

Záver

Spracovaný článok sa venoval detailnej analýze skutkovej podstaty trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe koncipovanej zákonodarcom v ustanovení § 266 TZ. Dôvod zaradenia analyzovaného trestného činu do Trestného zákona bola snaha zákonodarcu o ochranu hospodárskej súťaže, ktorá je v kontexte ustanovenia § 266 TZ realizovaná práve ukotvením možnosti vyvodenia trestnoprávnej zodpovednosti vo vzťahu k tomu, kto naruší rovnosť podmienok verejného obstarávania alebo verejnej dražby, ako aj rovnosť súťažiteľov, resp. ich účastníkov. Trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe sa pritom dopustí páchatel', ktorý voči konkrétnej osobe, vystupujúcej v súvislosti s verejným obstarávaním ako súťažiteľ v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle spôsobiť škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech, koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo dojedná niektorému súťažiteľovi prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov. Z uvedeného vyplýva, že nevyhnutným predpokladom vyvodenia trestnoprávnej zodpovednosti je, okrem iného, aj preukázanie úmyslu páchatel'a spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech. Jedným dychom je však potrebné dodať, že na účel naplnenia znakov základnej skutkovej podstaty predmetného trestného činu sa reálne spôsobenie škody, resp. reálne získanie prospechu nevyžaduje. Reálny výskyt škody, resp. prospechu zakladá znak kvalifikovanej skutkovej podstaty vyjadrený v ustanovení § 266 ods. 2 písm. a) TZ, resp. v § 266 ods. 3 písm. a) TZ, pričom práve jeho výklad možno považovať za jeden z najzásadnejších

¹⁸ HAGER, B. a kol. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : Epos, 2013, s. 53.

problémov rezonujúcich v kontexte analyzovaného trestného činu aplikačnou praxou. Článok v tejto súvislosti poukazuje na dva názorové tábory dotýkajúce sa riešenia uvedenej otázky, pričom z hľadiska jej definitívneho zodpovedania dáva do pozornosti niekoľko kľúčových rozhodnutí prijatých zo strany Najvyššieho súdu SR. Záverom možno zhrnúť, že Najvyšší súd SR sa priklonil k myšlienke, podľa ktorej pre posúdenie, či došlo k naplneniu skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 2 písm. a), resp. ods. 3 písm. a) TZ nie je možné za škodu, resp. za prospech považovať hodnotu celej zákazky, ktorá bola predmetom verejnej súťaže, ale len rozsah ujmy, resp. prospechu predstavujúci objem zisku iného subjektu. Tento zisk pritom môže predstavovať len určitú časť celkového objemu zákazky. Ruka v ruke s uvedeným aplikačným problémom sa vyskytla aj ďalšia páľčivá otázka, a to otázka dotýkajúca sa vyčísľovania škody spôsobenej konaním páchatel'a trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe. Vychádzajúc z rozhodovacej činnosti Najvyššieho súdu SR možno ustáliť, že na tento účel nemožno uplatniť druhú vetu ustanovenia § 124 ods. 1 TZ, ale potrebné je postupovať v intenciách druhého odseku uvedeného ustanovenia, a teda škodou bude ujma na zisku, na ktorý by poškodený inak vzhľadom na okolnosti a svoje pomery mal nárok alebo ktorý by mohol odôvodnene dosiahnuť. Pre vyčíslenie takto spôsobenej škody bude potrebné ustáliť, aký zisk by neúspešný súťažiteľ mohol dosiahnuť nebyť trestnej činnosti páchatel'a. Aj napriek značnej snahe vyvinutej pri riešení uvedených aplikačných otázok zo strany Najvyššieho súdu SR, môžeme k dnešnému dňu hovoriť len o ich čiastočnom zodpovedaní. Aj z tohto dôvodu nadobúda v súčasnosti atribút vysokej relevancie legislatívny proces smerujúci k pozmeneniu skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 TZ. V tejto súvislosti sa navrhuje upustiť od problematického dokazovania škody pri machináciách pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe a naviazať jednotne celý trestný čin na preukazovanie rozsahu. Rozsah trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní predkladateľ navrhuje zadefinovať ako zmluvnú cenu kontrahovaných v rámci zmluvného vzťahu, ktorý je výsledkom verejného obstarávania. Alternatívne, ak by nebolo možné z rôznych dôvodov vychádzať zo zmluvnej ceny, rozsahom trestného činu by bola predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov a pri verejnej dražbe hodnota predmetu dražby. Ak by nebolo možné určiť rozsah ani podľa postupu uvedeného v predchádzajúcej vete, je eventuálne možné určiť predpokladanú hodnotu na základe odborného vyjadrenia alebo znaleckého posudku. Predmetný návrh zákona tak vykazuje potenciál odstrániť zložité a nákladné znalecké dokazovanie škody pri trestnom čine machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe, ktoré narušuje nielen zásadu hospodárnosti, ale rovnako aj zásadu efektívnosti trestného konania.¹⁹

Literatúra

- AZUD, J., PLAVÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2019
- BURDA, E. a kol. *Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel*. Praha : C. H. Beck, 2011

¹⁹ Článok bol spracovaný v súlade so súdnou praxou k novembru 2022.

- ČENTÉŠ, J. a kol. *Trestný zákon s komentárom*. Žilina : Eurokódex; Poradca podnikateľa, 2006
- GRIGA, M., TKÁČ, J. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : Iura Edition, 2013
- HAGER, B. a kol. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : EPOS, 2013
- INŠTITÚT VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA: *Metodika zadávania zákaziek*. 4. verzia [online], 2022, [cit. 2. 11. 2022]. Dostupné na: file:///C:/Users/asus/Downloads/metodika_zadavania_zakaziek_-_4_verzia.pdf
- IVOR, J. a kol. *Trestné právo hmotné – osobitná časť*. 2. vyd. Bratislava : Iura Edition, 2006
- ŠANTA, J. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava : Akadémia PZ, 2018
- ŠANTA, J. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky. In Nové jevy v hospodárskej kriminalite: juristický, kriminalistický a kriminologický pohľad*. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014
- TKÁČ, J., GRIGA, M. *Zákon o verejnom obstarávaní. Veľký komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016
- Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 5 Tdo 592/2020 z 25. júna 2020
- Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 4To 2/2016 z 23. novembra 2017
- Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sžo 69/2008 z 11. februára 2009
- Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 TdoV 12/2021 z 31. mája 2022
- Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5To 2/2012 z 1. marca 2012
- Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5 To 2/2018 z 15. novembra 2018
- Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie zo 16. decembra 2008 vo veci C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias