

# Kto sa môže zúčastniť verejného obstarávania?<sup>1</sup>

K a l e s n á, K.\*

KALESNÁ, K.: Kto sa môže zúčastniť verejného obstarávania? Právny obzor, 102, 2019, č. 3, s. 224 – 233.

**Who May Take Part in Public Procurement?** Competition belongs to the main principles of public procurement. Public procurement has to be opened to competition in order to fulfill the main objectives of public procurement – to select a bid most convenient as quality-price ratio principle is concerned. The article gives a more detailed analysis of economic subjects as possible public procurement participants. It explores differences in understanding the key concepts – undertaking, consortium, economic activity- from the point of view of both branches of economic regulation. At the same time it offers solutions how to develop competition in public procurement – on one hand through adequate interpretation of the relevant concepts, on the other hand, eventually, by amending the public procurement legal regulation.

**Key words:** *competition, public procurement, economic subjects, undertaking, economic activity, economic unit, consortium*

## 1. Úvod

Potreba zabezpečiť súťaž vo verejnom obstarávaní, ktorá je zrejmä aj z jednotlivých smerníc relevantných pre verejné obstarávanie<sup>2</sup>, rezultuje z poznania, že funkcie verejného obstarávania, najmä možnosť vybrať ponuku, ktorá je ekonomicky najvýhodnejšia<sup>3</sup> z hľadiska pomeru „kvalita – cena“<sup>4</sup>, možno dosiahnuť len v súťažnom prostredí, lebo „efektívnosť verejného obstarávania...je podmienená existenciou súťaže...“<sup>5</sup> Verejné obstarávanie, na dôvažok, predstavuje v súčasnosti veľmi významnú súčasť vnútorného trhu, keďže podľa údajov OECD výdavky na verejné zákazky reprezentujú 10 – 15 percent HDP. Verejné obstarávanie teda musí byť v súlade s princípmi vnútorného trhu, v prvom rade s jeho základným princípom a podmienkou funkčnosti celého trhového mechanizmu – hospodárskou súťažou. Preto „verejné obstarávanie musí byť otvorené súťaži“<sup>6</sup>. Právo verejného obstarávania a súťažné právo sa tradične považujú za dve relatívne samostatné oblasti ekonomickej regulácie vnútorného trhu<sup>7</sup>, ktoré majú mnohé prieniky, mnohé spoločné ciele, ale aj konfliktné body.<sup>8</sup>

\* Doc. JUDr. Katarína K a l e s n á, CSc., Ústav európskeho práva, Právnická fakulta UK, Bratislava.

<sup>1</sup> Tento článok vznikol s podporou grantu APVV-17-0641: Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie.

<sup>2</sup> Napr. smernica č. 2014/24/EU (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC), preambula, bod č. 1.

<sup>3</sup> Tamže, bod č. 90.

<sup>4</sup> Tamže.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. ed. Oxford : Hart publishing, 2015, s. 11.

<sup>6</sup> Smernica č. 2014/24/EU, preambula bod č. 1.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., cit. dielo, s. 3.

<sup>8</sup> Tamže, s. 5 a nasl.

## 2. Hospodárske subjekty vo verejnom obstarávaní

### 2.1. Pojem podnik

Ako je všeobecne známe, európske súťažné právo nedisponuje legálnou definíciou pojmu podnik, hoci podnik je adresátom základných súťažných pravidiel zakotvených v čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (ďalej ZFEÚ). Judikatúra Súdneho dvora EÚ však vytvorila širokú definíciu pojmu podnik ako súboru osobných, vecných a imateriálnych faktorov podriadených samostatnému právnomu subjektu, s ktorými tento subjekt sleduje určitý hospodársky účel.<sup>9</sup> Právna forma ani konkrétne zameranie hospodárskej činnosti či spôsob financovania nie sú na vymedzenie tohto pojmu relevantné.<sup>10</sup> Kriteriaľná z hľadiska jeho pojmového vymedzenia je jeho činnosť, nie povaha samotnej entity.<sup>11</sup> Táto široká definícia pojmu podnik je nepochybne motivovaná ambíciou dosiahnuť široký záber aplikácie súťažných pravidiel EÚ. Pojem podnik sa tak aplikuje na podniky vo verejnej i súkromnej sfére, na samostatné podniky, spoločnosti, ale aj na celé hospodárske jednotky, zahŕňajúce najčastejšie materskú a dcérske spoločnosti, ktoré pôsobia na trhu ako jediný hospodársky subjekt, hoci sú právne samostatné.<sup>12</sup> To znamená, že pojem „ekonomická jednotka“ nie je v EÚ nevyhnutne viazaný na samostatnú fyzickú alebo právnickú osobu.<sup>13</sup>

Aplikácia súťažných pravidiel ZFEÚ na oblasť verejného obstarávania teda bude závisieť od konzistentného chápania pojmu podnik v oboch oblastiach ekonomickej regulácie vnútorného trhu.

#### 2.1.1. Hospodárska činnosť

Ako sme už uviedli, judikatúra Súdneho dvora EÚ vytvorila „funkčný a neformálny prístup k pojmu podnik“.<sup>14</sup> Pojem entita, používaný v súvislosti s pojmovým vymedzením podniku zahŕňa fyzické i právnické osoby, rovnako ako štátne orgány a iné verejné entity.<sup>15</sup> Súťažné pravidlá zakotvené v ZFEÚ (čl. 101 a 102 ZFEÚ) sa vzťahujú rovnako na súkromné i verejné podniky, ktoré vykonávajú priemyselné alebo obchodné aktivity.<sup>16</sup> Antitrustové pravidlá sa však nebudú aplikovať priamo na aktivity členských štátov.<sup>17</sup> Určitá výnimka platí aj pre podniky poverené poskytovaním služieb všeobecného hospodárskeho záujmu, ktoré podliehajú podľa čl. 106 ods. 2 ZFEÚ hospodárskej súťaži „za predpokladu, že uplatňovanie týchto pravidiel neznemožňuje právne alebo v skutočnosti

<sup>9</sup> T 11/89 Shell, T 6/89 Enichem.

<sup>10</sup> C 41/90 Klaus Höffner a Fritz Elser v. Maqcroton, GmbH.

<sup>11</sup> KARAS, V., KRÁLIK, A. *Európske právo*. Bratislava : Iura edition, 2004, s. 337.

<sup>12</sup> KALESNÁ, K. Je podnik stále legislatívnou výzvou? *Acta Facultatis Iuridicae XXXVI*, 2/2017, s. 127.

<sup>13</sup> BLAŽO, O. Twenty Years of Harmonisation and Still Divergent: Development of Slovak Competition Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7 (9): University of Warsaw, Faculty of Management, s. 115.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. cit. delo, s. 137.

<sup>15</sup> Tamže, s. 138.

<sup>16</sup> Tamže, s. 135.

<sup>17</sup> Tamže.

plniť určité úlohy, ktoré im boli zverené.<sup>18</sup> Aplikáciu súťažných pravidiel na súkromné i verejné podniky potvrdil aj Súdny dvor EÚ, avšak „obmedzil ich záber na prípady, v ktorých verejné podniky vyvíjajú ekonomickú aktivitu, a konzekventne vylúčil aplikáciu „antitrustových“ pravidiel v prípade výkonu verejnej moci“.<sup>19</sup>

Pri tomto rozlíšení by sa mohlo na prvý pohľad zdať, že verejné obstarávanie bude tiež podliehať základným súťažným pravidlám vzhľadom na to, že ide o čisté obchodné alebo ekonomické aktivity<sup>20</sup>, avšak práve v tejto súvislosti sa možno stretnúť „so špecifickou interpretáciou pojmu podnik – a konkrétnejšie požiadavky vykonávať ekonomickú aktivitu“.<sup>21</sup>

Podmienka výkonu ekonomickej aktivity pritom vystupuje ako definičný znak vymedzenia pojmu podnik, a teda jej interpretácia má rozhodujúci význam pre chápanie tohto pojmu, záber jeho aplikácie v súťažnom práve i práve verejného obstarávania.

Všeobecný súd prehodnotil význam pojmu podnik v prípade FENIN.<sup>22</sup> Z hľadiska skutkových okolností prípadu bola FENIN španielska asociácia väčšiny podnikov uvádzajúcich na trh zdravotnícky tovar a vybavenie v Španielsku. Zdravotnícke zariadenia (nemocnice a pod.) nakupovali zdravotnícke potreby prostredníctvom FENINu. Predmetom konania bola sťažnosť FENINu, že zdravotnícke zariadenia zneužili svoje dominantné postavenie odkladaním platby za tovar získaný cez FENIN. Všeobecný súd<sup>23</sup> zdôraznil, že podnik musí vykonávať hospodársku činnosť, ktorú charakterizoval ako ponúkanie tovaru alebo služieb na trhu, a nielen čistý nákup tovaru. Súd tak rozlíšil kúpu tovaru za účelom ďalšej hospodárskej aktivity od kúpy tovaru na účely služieb verejnosti financovaných na princípe solidarity z príspevkov zo sociálneho zabezpečenia, ktorú za hospodársku činnosť nepovažoval. Zdravotnícke zariadenia sa preto nepovažovali za podnik.<sup>24</sup>

Z judikatúry takto jednoznačne vyplýva záver, že verejné obstarávanie a nákupná činnosť verejného obstarávateľa sa sama osebe nepovažuje za hospodársku činnosť.<sup>25</sup> Kritériálny význam z tohto hľadiska má až následný účel; ak sa nakúpený tovar použije na neekonomickú činnosť – napr. na sociálne účely alebo za účelom iného verejného záujmu, nejde o hospodársku činnosť, čím sa verejné obstarávanie diskvalifikuje z hľadiska aplikácie súťažných predpisov EÚ.<sup>26</sup>

Tento dôsledok je predmetom kritiky odbornej literatúry. Podľa Sáncheza „obchodné aktivity štátu ako nákupcu... sú tak automaticky ponechané mimo záberu súťažných pravidiel EÚ – zjavne bez dobrého podstatného dôvodu“.<sup>27</sup> Podľa jeho názoru, s ktorým

<sup>18</sup> Čl. 106 ods. 2 ZFEÚ.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., cit. dielo, s. 136.

<sup>20</sup> Tamže, s. 137.

<sup>21</sup> Tamže.

<sup>22</sup> FENIN v. Komisia, T-319/99.

<sup>23</sup> Vtedy Súd prvého stupňa.

<sup>24</sup> STEINER, J., WOODS, L. EU Law, 10 th Edition, Oxford University Press 2009, s. 666.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., cit. dielo, s. 140.

<sup>26</sup> Tamže, s. 140 – 141.

<sup>27</sup> Tamže, s. 141.

možno len súhlasiť, „má verejná obchodná činnosť silný potenciál obmedziť súťaž na trhu“.<sup>28</sup>

Kontroverzný charakter naplnenia kritéria hospodárskej činnosti ako základnej podmienky kvalifikácie subjektu ako podniku, teda subjektu podliehajúceho pravidlám hospodárskej súťaže, je zrejmý aj z rozhodnutí posudzujúcich činnosť verejného zdravotného poistenia v členských štátoch EÚ i v samotnej Slovenskej republike. Od výsledku tohto posúdenia pritom nepochybne závisí či zdravotné poisťovne vykonávajúce verejné zdravotné poistenie vôbec spadajú do pôsobnosti predpisov o ochrane hospodárskej súťaže. L. Lapšanský v tejto súvislosti uvádza, že v poslednom období „bola otázka, či zdravotné poisťovne spadajú do pôsobnosti ZOHS [zákona o ochrane hospodárskej súťaže] zodpovedaná trikrát: do roku 2008 spadali do pôsobnosti ZOHS, od roku 2009 nespádali do pôsobnosti ZOHS a od roku 2018 opäť spadajú do pôsobnosti ZOHS.“<sup>29</sup>

V prospech uplatnenia súťažných pravidiel na zdravotné poisťovne hovorí najmä to, že spravujú značný objem prostriedkov, čo im dáva značnú vyjednávaciu silu napr. vo vzťahu k poskytovateľom zdravotnej starostlivosti, ako aj to, že rôznymi spôsobmi súťažia o poisťencov<sup>30</sup>. Opačné stanovisko, vlastné napr. aj vyššie citovanému rozhodnutiu vo veci FENIN, vychádza pri hodnotení činnosti subjektov ako hospodárskej činnosti predovšetkým z určenia stupňa solidarity<sup>31</sup>, povinnej účasti v systéme zdravotného poistenia, ako aj regulácie výšky príspevku do systému verejného zdravotného poistenia. Silným argumentom podporujúcim ekonomický charakter činnosti zdravotných poisťovní je aj možnosť využívať, resp. vyplácať časť dosiahnutých ziskov.<sup>32</sup>

Z podaného prehľadu judikatúry možno dospieť k záveru, že hodnotenie charakteru činnosti ako hospodárskej činnosti kvalifikujúcej príslušný subjekt ako podnik podliehajúci pravidlám hospodárskej súťaže, je vo veľkej miere závislé od interpretácie, ako aj posúdenia významu použitých hodnotiacich kritérií.<sup>33</sup> Domnievame sa pritom, že zužujúci výklad vedúci k popretiu definičných znakov podniku nie je v tomto prípade adekvátny. Odôvodňuje to najmä možnosť vplyvu na iné trhové subjekty a trhy, na ktorých môže dochádzať k obmedzovaniu hospodárskej súťaže (napr. trh poskytovania zdravotnej starostlivosti, trh verejných zákaziek). V tejto súvislosti uvádza napr. Sánchez, že judikatúra vo veci FENIN prehliada fakt, že „výkon monopsónnej moci vedie k redukcii sociálneho blahobytu“.<sup>34</sup> Rovnako zdôrazňuje, že rozumná ekonomická analýza by judikatúru mala priviesť k záveru, že „nákupné aktivity sú samé osebe ekonomické alebo obchodné a podliehajú konzekventne súťažnému preskúmaniu“<sup>35</sup>, bez zreteľa na násled-

<sup>28</sup> Tamže.

<sup>29</sup> LAPŠANSKÝ, L. Peripetie eurokonformného výkladu ustanovení o osobnej pôsobnosti zákona o ochrane hospodárskej súťaže na činnosť verejného zdravotného poistenia. Právny obzor, roč. 101/2018, č. 6, s. 567.

<sup>30</sup> Tamže.

<sup>31</sup> Vo veci *Poucet a Pistre* Súdny dvor EÚ vylúčil z pojmu „podnik“ inštitúcie poverené spravovaním obligatórných systémov sociálneho zabezpečenia na báze solidarity... (LAPŠANSKÝ, L., cit. dielo, s. 575.)

<sup>32</sup> LAPŠANSKÝ, L., cit. dielo, s. 579.

<sup>33</sup> Podobne LAPŠANSKÝ, L., cit. dielo, s. 581.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, cit. dielo, s. 164.

<sup>35</sup> Tamže, s. 165.

ný účel využitia nakúpených tovarov alebo služieb. Je teda nepochybné, že potreba orientovať verejné obstarávanie vo väčšej miere na súťaž, si vyžiada okrem zmeny právnych predpisov pôsobiacich v konečnom dôsledku protisúťažne<sup>36</sup> aj zmenu výkladu pojmových znakov podniku od súčasného formalistického k ekonomickému.<sup>37</sup>

## 2.2. Konzorcium ako účastník verejného obstarávania

Konzorcium ako združenie osôb/podnikov za účelom dosiahnutia spoločného cieľa je častým účastníkom verejného obstarávania.

Európske právo verejného obstarávania pripúšťa možnosť združovania osôb pre účely verejného obstarávania. Článok 19 ods. 2 Smernice o verejnom obstarávaní č. 2014/24<sup>38</sup> výslovne ustanovuje, že „skupiny hospodárskych subjektov vrátane dočasných združení sa môžu zúčastniť procesov verejného obstarávania“. Vzhľadom na to, že harmonizačná smernica tak priamo predpokladá, že členské štáty pripustia možnosť účasti konzorcii vo verejnom obstarávaní vo svojich národných právnych úpravách, zák. č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v rámci vymedzenia základných pojmov v § 2 ods. 5 písm. a) rozumie pod hospodárskym subjektom fyzickú osobu, právnickú osobu alebo skupinu takýchto osôb, „ktorá na trh dodáva tovar, uskutočňuje stavebné práce alebo poskytuje službu“.<sup>39</sup> Toto ustanovenie zároveň vymedzuje, že subdodávateľom je „hospodársky subjekt, ktorý uzavrie alebo uzavrel s úspešným uchádzačom písomnú odplatnú zmluvu na plnenie určitej časti zákazky alebo koncesie“.<sup>40</sup> Právna úprava tak reaguje na to, že spolupráca dodávateľov vo verejnom obstarávaní môže mať ako horizontálny, tak aj vertikálny charakter. Kým výrazom horizontálnej spolupráce je konzorcium, vertikálna spolupráca predpokladá možnosť riešiť časti predmetu zákazky poddodávateľským vzťahom.<sup>41</sup> Národná právna úprava tak pripustením účasti konzorcii v procesoch verejného obstarávania vychádza v ústrety požiadavke „zabezpečiť čo najširšiu možnú účasť uchádzačov na ponukovom konaní“<sup>42</sup>, a to pri dodržaní všeobecných princípov verejného obstarávania – rovnaké zaobchádzanie, zákaz diskriminácie, transparentnosť a súťaž.<sup>43</sup> Vzhľadom na to, že smernica 2014/24 otázku konzorcii podrobnejšie nerieši, je ich konkrétna právna úprava prenechaná členským štátom.<sup>44</sup>

<sup>36</sup> Tamže, s. 193.

<sup>37</sup> Tamže.

<sup>38</sup> Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

<sup>39</sup> Zákon o verejnom obstarávaní v tomto ustanovení používa všeobecnú formuláciu „skupina takýchto osôb“. Konzorcium, na ktoré sa zameriava pozornosť v tejto stati, je len jednou z možných právnych foriem združení osôb, pojem sa používa vzhľadom na to, že je táto forma v podmienkach verejného obstarávania pomerne častá.

<sup>40</sup> § 2 ods. 5 písm. e) zák. č. 343/2015 Z. z.

<sup>41</sup> PETR, M. Konsorcia ve výběrových řízeních z hlediska soutěžního práva. Antitrust 4/2017, s. 112.

<sup>42</sup> Tamže.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., cit. dielo, s. 337.

<sup>44</sup> Tamže, s. 336 – 337.

Práve súťažné hľadisko však môže byť zdrojom tenzie medzi verejným obstarávaním, ktoré participáciu konzorcií nielenže pripúšťa, ale často aj podporuje, a právom hospodárskej súťaže. Toto napätie rezultuje zo skutočnosti, že spoločná ponuka vo výberovom konaní môže spájať aj podniky, medzi ktorými by mal existovať konkurenčný vzťah vylučujúci vzájomnú spoluprácu. Práve z týchto dôvodov je súťažné právo vo vzťahu ku konzorciám skôr zdržanlivé<sup>45</sup> a odporúča skôr možnosť spoločných ponúk a subdodávok obmedziť.<sup>46</sup>

Dosah konzorcií na súťažné právo však v každom prípade vyžaduje citlivé posúdenie, keďže konzorcium môže byť pre súťaž aj prospešné, ak umožňuje účasť takých dodávateľov, ktorí sa individuálne nemôžu výberového konania zúčastniť<sup>47</sup>, najčastejšie pre nesplnenie stanovených podmienok. Rozšírenie výberového konania aj o takýchto uchádzačov prostredníctvom ich participácie na konzorcium je tak plne konzistentné aj so záujmami súťažného práva, nehovoriac o tom, že môže umožniť aj malým a stredným, aby sa uchádzali o verejné zákazky.<sup>48</sup> V prípade takéhoto konzorcia, ktoré umožní účasť na verejnom obstarávaní aj pre tie subjekty, ktoré by sa ho inak zrejme zúčastniť nemohli, hovorí Petr o „bezpečnom prístave“ (safe harbour), „keď nemožno uvažovať o narušení hospodárskej súťaže“.<sup>49</sup>

Vytvorenie spoločnej ponuky hospodárskych subjektov prostredníctvom konzorcia nie je však vylúčené ani v prípade, že tieto subjekty síce môžu podať aj samostatné ponuky, avšak ich spolupráca povedie k vytvoreniu lepšej ponuky, čo je nepochybne v záujme verejného obstarávania.

Súťažné pochybnosti však vyvoláva posúdenie dohody medzi účastníkmi verejného obstarávania v prípade, ak existuje možnosť podať individuálne ponuky, a teda konzorcium, prípadne iná forma spolupráce nie je nevyhnutná na splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Niektoré sudy, ako uvádza Petr, dospeli pri posudzovaní takýchto dohôd dokonca k ich kvalifikácii ako cieľovej dohody vo forme stanovenia cien.<sup>50</sup> To, samozrejme, vylúči aplikáciu pravidla *de minimis* či blokovej výnimky<sup>51</sup>. Ak však ide o spoluprácu hospodárskych subjektov, ktorá síce nie je nevyhnutná, ale povedie k podaniu lepšej ponuky, môže byť vyňatá zo zákazu dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž za predpokladu splnenia podmienok individuálnej výnimky<sup>52</sup>, či už na európskej alebo národnej úrovni.<sup>53</sup>

Vzhľadom na to, že konzorcium môže byť súťažne problematické, akokoľvek ho právo verejného obstarávania pripúšťa, mala by sa podľa nášho názoru táto problematika

<sup>45</sup> PETR, M., dielo cit v pozn. č. 41, s. 112.

<sup>46</sup> Tamže, s odvolaním sa na odporúčanie OECD.

<sup>47</sup> Tamže.

<sup>48</sup> Tamže, s. 113. K tomu pozri aj dôvodovú správu k 37 zák. č. 343/2015 o verejnom obstarávaní.

<sup>49</sup> Tamže, s. 113.

<sup>50</sup> Tamže, s. 113, 114.

<sup>51</sup> Tamže, s. 114.

<sup>52</sup> Tamže.

<sup>53</sup> Článok 101 ods. 3 ZFEÚ, § 4 ods. 5 zák. č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže v platnom znení.

riešiť aj v podmienkach nášho národného právneho poriadku. Príkladom by v tomto smere mohli byť aj niektoré členské štáty EÚ<sup>54</sup>, v ktorých platí výslovný zákaz konzorcií v tých prípadoch, ak by sa mohli verejného obstarávania zúčastniť samostatne. Takáto právna úprava by sa mohla premietnuť napr. do § 2 zák. č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v platnom znení, ktorý – zatiaľ bez akéhokoľvek obmedzenia – pripúšťa, aby sa verejného obstarávania zúčastnil hospodársky subjekt alebo skupina takýchto osôb, prípadne v § 40 citovaného zákona, teda v rámci vyhodnotenia splnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní. Argumentom v prospech úpravy tohto princípu je, že konzorcium môže vyvolávať súťažné pochybnosti nielen v podmienkach aktuálne prebiehajúceho procesu verejného obstarávania, ale môže sa stať platformou výmeny citlivých informácií ovplyvňujúcich súťažné správanie hospodárskych subjektov aj v budúcnosti.<sup>55</sup>

### **2.3. Poddodávateľské vzťahy**

Osobitnú pozornosť si zaslúži aj vertikálna línia spolupráce hospodárskych subjektov, ktorá nadobúda spravidla charakter poddodávateľských vzťahov. Zák. č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v platnom znení v § 41 výslovne pripúšťa možnosť využitia poddodávateľských vzťahov, t. j. uchádzači môžu v ponuke uviesť podiel zákazky, ktorý majú v úmysle zadať subdodávateľom, navrhnúť týchto subdodávateľov i predmety subdodávok. Pokiaľ ide o subdodávateľské vzťahy, pozornosť súťažného práva sa sústreďuje najmä na možnosť samostatnej účasti hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní vzhľadom na to, že práve subdodávateľská forma vzťahu medzi hospodárskym subjektami môže nielen obmedziť hospodársku súťaž medzi nimi, ale môže predstavovať aj formu zakázanej dohody spočívajúcej vo vykúpení neúčasti vo verejnom obstarávaní získaním zákazky v rámci poddodávateľského vzťahu.<sup>56</sup> Aj z týchto dôvodov by bolo optimálne ponuky viazané na subdodávateľské vzťahy obmedziť, najmä v tých prípadoch, ak sú aktéri spôsobilí podať samostatné ponuky vo verejnom obstarávaní.<sup>57</sup>

### **2.4. Viacero podnikov z jednej ekonomickej skupiny**

Nezanedbateľným príkladom rozchodu záujmov súťažného práva a práva verejného obstarávania je aj samotné chápanie pojmu podnik, ktoré je práve vzhľadom na rozdielnosť záujmov oboch súčastí ekonomickej regulácie rozdielne.

Ako sme už uviedli, európske súťažné právo pri neexistencii legálnej definície tohto pojmu vychádza zo širokej definície podniku vytvorenej judikatúrou Súdneho dvora EÚ

<sup>54</sup> Taliansko, Rakúsko, Rumunsko (PETR, M., dielo cit. v pozn. č. 41, s. 113).

<sup>55</sup> PETR, M., dielo cit. v pozn. č. 41, s. 113.

<sup>56</sup> KALESNÁ, K. Tendrové kartely a ich špecifiká. In Aktuálne otázky súťažného práva v Európskej únii a na Slovensku. Bratislava : UK, Právnická fakulta, 2015, s. 27. Porov. aj PETR, M. dielo cit. v pozn. č. 41, s. 115.

<sup>57</sup> PETR, M., dielo cit. v pozn. č. 41, s. 115.

a chápe podnik ako ekonomickú jednotku, ktorá môže zahŕňať nielen individuálne podniky, ale aj celé hospodárske skupiny, pozostávajúce z viacerých právne samostatných spoločností, ktoré pôsobia na trhu ako jediný hospodársky subjekt. Takto chápané podniky sú aj adresátom súťažných pravidiel. Na rozdiel od tohto súťažného chápania pojmu podnik právo verejného obstarávania tenduje principiálne k vnímaniu hospodárskych subjektov ako samostatných fyzických alebo právnických osôb.<sup>58</sup> To znamená, že pripúšťa, aby sa procesu verejného obstarávania zúčastnili aj podniky, ktoré sú súčasťou jednej ekonomickej skupiny. Ponuky, ktoré pochádzajú od prepojených uchádzačov, môžu byť predložené úplne samostatne a nezávisle.<sup>59</sup>

Súdny dvor vychádzal pritom zo skutočnosti, že „zoskupenie podnikov môže mať rôzne formy a ciele, a nevyhnutne teda nie je vylúčené, že ovládané podniky môžu mať určitú samostatnosť pri realizácii ich obchodnej politiky a hospodárskych činností, najmä v oblasti účasti na verejných obstarávaníach“.<sup>60</sup>

To znamená, že v práve verejného obstarávania nie je rozhodujúcim kritériom, že hospodárske subjekty sú súčasťou jednej ekonomickej skupiny, ak v procese verejného obstarávania predložia samostatné ponuky. V konečnom dôsledku tak rozhodujúcim kritériom nie je nezávislosť podnikov, ale nezávislosť ich ponúk. Uplatnenie tohto kritéria vychádza z prirodzenej ambície verejného obstarávania maximalizovať šírku prezentovaných ponúk a vytvoriť tak pre verejného obstarávateľa čo najlepšie podmienky výberu z nich z hľadiska pomeru kvality a ceny.<sup>61</sup>

### 3. Závery

Záujem dosiahnutia cieľov oboch súčastí ekonomickej regulácie, ako súťažného práva, tak aj práva verejného obstarávania, pri súčasnej maximalizácii ich synergického pôsobenia nás vedie k formulácii nasledujúcich záverov:

1. Hoci hospodársku súťaž možno popri princípe rovného zaobchádzania, princípe nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípe transparentnosti, proporcionality, hospodárnosti a efektívnosti<sup>62</sup> považovať za jeden z hlavných princípov verejného obsta-

<sup>58</sup> PETR, M. Obráčený bid rigging – více nabídek z jedné ekonomické jednotky. Antitrust 2/2018, s. 38.

<sup>59</sup> Rozsudok Súdneho dvora zo 17. mája 2018 vo veci C – 531/16. V tomto prípade išlo o verejnú zákazku Centra odpadového hospodárstva pre región Šialiai, Litva na poskytovanie služieb súvisiacich so zberom a odvozom komunálneho odpadu v meste Šialiai. Predmetom sporu i následnej predbežnej otázky Súdneho dvora EÚ sa stala účasť vzájomne prepojených podnikov, z ktorých jeden zákazku vo verejnom obstarávaní získal.

<sup>60</sup> Tamže.

<sup>61</sup> KALESNÁ, K. Independence of Bids in Public Procurement, príspevok prezentovaný na Bratislavskom právnickom fóre 2019. (nepublikované).

<sup>62</sup> § 10 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v platnom znení. Podľa § 10 ods. 3 cit. zákona sa príprava a zadávanie zákaziek, koncesí a súťažných návrhov nesmie o. i. realizovať so zámerom narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Podľa dôvodovej správy k § 10 cit. zák. „za narušenie hospodárskej súťaže je možné považovať napr. situáciu, ak by verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ viedol prípravné trhové konzultácie s hospodárskym subjektom s úmyslom vyšpecifikovať predmet zákazky takým spôsobom, aby navonok pôsobil technicky neutrálne, čo by navodzovalo dojem jeho súladu s pravidlami zákona a so základnými princípmi verejného obstarávania, avšak de facto by takýto navonok „technicky neutrálny“ opis predmetu zákazky obsahoval po-



rávania, podrobnejšie preskúmanie uplatnenia hospodárskej súťaže vo verejnom obstarávaní umožňuje identifikovať v tomto smere viacero problémov. Podotýkame pritom, že vo verejnom obstarávaní sa uplatňujú všeobecné súťažné pravidlá a procesy, teda nejde o nejakú osobitnú súťaž, charakteristickú len pre procesy verejného obstarávania. Sánchez Graells k tomu napr. uvádza, že „súťažný princíp zakotvený v smerniciach EÚ o verejnom obstarávaní nie je o nič viac ani menej ako podrobnejšie vyjadrenie alebo špecifický výraz všeobecnejšieho princípu súťaže v práve EÚ“.<sup>63</sup>

2. Azda najplastickejší je rozdiel medzi právom verejného obstarávania a súťažným právom, pokiaľ ide o účasť hospodárskych subjektov vo verejnom obstarávaní. Inými slovami ide o rozdielnosť v poňatí pojmu podnik. Kým súťažné právo vychádzajúc z relevantnej judikatúry chápe pojem podnik nielen v zmysle individuálneho podniku, ale aj celých hospodárskych jednotiek pozostávajúcich často zo samostatných právnych subjektov, právo verejného obstarávania stotožňuje podnik/hospodársky subjekt skôr s individuálnou fyzickou alebo právnickou osobou. To potom umožňuje akceptovať vo verejnom obstarávaní aj ponuky takých hospodárskych subjektov, ktoré sú ako členovia jednej ekonomickej skupiny vzájomne prepojené, ak sú ich ponuky skutočne nezávislé.

3. S pojmom podnik úzko súvisí aj chápanie hospodárskej činnosti, ktorá je definičným znakom podniku. Z hľadiska plného rozvinutia súťažných princípov vo verejnom obstarávaní treba podľa nášho názoru jednoznačne trvať na širšej interpretácii pojmu hospodárska činnosť, aby z pojmu podnik, a tým aj z dopadu súťažných pravidiel zbytočne nevypadli tie subjekty, ktoré reálne môžu výrazným spôsobom ovplyvniť hospodársku súťaž na trhu verejných zákaziek.

4. Súťažná optika sa odlišuje od verejného obstarávania, aj pokiaľ ide o účasť konzorcií vo verejnom obstarávaní. Smernica o verejnom obstarávaní ponecháva v tomto smere priestor pre národnú právnu úpravu, čo niektoré štáty EÚ využili na to, aby zakotvili výslovný zákaz konzorcií v tých prípadoch, ak by sa ich účastníci mohli zúčastniť verejného obstarávania samostatne. Právna úprava takéhoto princípu by mohla byť inšpiráciou aj pre nášho zákonodarcu.

5. Súťažne problematická môže byť aj otázka subdodávateľských vzťahov, a to najmä v prípadoch, ak by sa hospodárske subjekty zúčastnené na týchto vzťahoch mohli zúčastniť verejného obstarávania samostatne. Osobitnú pozornosť poddodávateľským vzťahom treba venovať aj preto, že môžu byť formou zakázanej kartelovej dohody. Preto by možnosť využitia tejto vertikálnej spolupráce mala byť obmedzená len na tie prípady, ak hospodárske subjekty nemôžu vo verejnom obstarávaní podať samostatnú ponuku.

---

žiadavky, ktoré by zvýhodňovali hospodársky subjekt, ktorý sa zúčastnil prípravných trhových konzultácií alebo jeho obchodných partnerov.“ K tomu pozri aj smernicu č. 2014/24/EU – preambula, bod č. 1.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., cit dielo, s. 204. Inak návrhy generálneho advokáta Manuela Camposa Sáncheza prednesené 22. novembra 2017 vo veci C – 531/16.

**Literatúra**

- BLAŽO, O. Twenty Years of Harmonisation and Still Divergent: Development of Slovak Competition Law. In Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies. Vol. 2014, 7 (9). Centre for Antitrust and Regulatory Studies, University of Warsaw, Faculty of Management, s. 109 – 123
- KALESNÁ, K. Tendrové kartely a ich špecifiká. In Aktuálne otázky súťažného práva v Európskej únii a na Slovensku. Bratislava : UK, Právnická fakulta, 2015, s. 23 – 31
- KALESNÁ, K. Je podnik stále ekonomickou výzvou? Acta Facultatis Iuridicae XXXVI, 2/2017, s. 122 – 133.
- KALESNÁ, K. Independence of Bids in Public Procurement (zatiaľ nepublikované)
- KARAS, V., KRÁLIK, A. *Európske právo*. Bratislava : Iura Edition, 2004
- LAPŠANSKÝ, L. Peripetie eurokonformného výkladu ustanovení o osobnej pôsobnosti zákona o ochrane hospodárskej súťaže na činnosť verejného zdravotného poistenia. Právny obzor, roč. 101/2018, č. 6, s. 566 – 582
- PETR, M. Konsorcia ve výběrových řízeních z hlediska soutěžního práva. Antitrust 4/2017, s. 112 – 115
- PETR, M. „Obrácený“ bid rigging – více nabídek z jedné ekonomické jednotky. Antitrust 2/2018, s. 38 – 41
- SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2015) Public Procurement and EU Competition Rules. 2. Ed. Oxford : Hart Publishing
- STEINER, J., WOODS, L. EU Law. 10. Ed. Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-921907-0-