

Úrad pre verejné obstarávanie

Výkladové stanovisko k § 43 zákona o verejnom obstarávaní

Neobmedzená povinnosť použiť elektronickú aukciu sa vzťahuje len na zadávanie zákaziek na dodanie tovaru. Pri zadávaní zákaziek na uskutočnenie stavebných prác a poskytovanie služieb sa elektronická aukcia použije vtedy, ak povaha predmetu zákazky umožňuje dodržať princípy verejného obstarávania (v kontexte s použitím elektronickej aukcie predovšetkým princípu hospodárnosti a efektívnosti).

Odôvodnenie:

Podľa § 9 ods. 4 zákona je verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinný pri verejnom obstarávaní uplatňovať okrem iných aj princípy hospodárnosti a efektívnosti. V kontexte používania elektronickej aukcie má najväčšiu relevanciu princíp hospodárnosti, ktorý znamená najmä, že verejný obstarávateľ a obstarávateľ vynakladá na obstaranie predmetu zákazky prostriedky len v nevyhnutnej miere, pričom princíp efektívnosti zároveň túto nevyhnutnú mieru viaže na predmet zákazky s cieľom dosiahnuť za vynaložené prostriedky čo možno "najlepšie" plnenie. Princíp hospodárnosti a efektívnosti je porušený nielen vtedy, ak je hodnota plnenia nepomerne "nižšia" než vynaložené prostriedky, ale aj vtedy, ak s cieľom vynaložiť čo najmenej prostriedkov získa verejný obstarávateľ a obstarávateľ plnenie, ktoré nespĺňa požadované kvalitatívne parametre, je dodané iné menej hodnotné plnenie, alebo v najhorších prípadoch plnenie nie je dodané vôbec, prípadne nie je dokončené. Princíp hospodárnosti a efektívnosti je teda dodržaný len vtedy, ak sú prostriedky vynaložené v nevyhnutnej miere a zároveň efektívne vo vzťahu k získanému plneniu. Z uvedeného dôvodu by v zmysle § 9 ods. 4 zákona mal verejný obstarávateľ a obstarávateľ voľiť pri obstarávaní predmetu zákazky taký postup a nástroje, pri použití ktorých sa vyhne neefektívnym (teda protizákonným) výsledkom verejného obstarávania.

V zmysle § 43 ods. 2 zákona je účelom elektronickej aukcie zostaviť poradie ponúk automatizovaným vyhodnotením, ktoré sa uskutoční po úvodnom úplnom vyhodnotení ponúk, pričom logickým cieľom použitia tohto inštitútu je dosiahnutie zlepšenia predložených ponúk. Z legálnej definície účelu elektronickej aukcie, ako aj ďalších zákonných podmienok jej realizácie vyplýva, že predmetom elektronickej aukcie môže byť iba posudzovanie aktualizovaných cien alebo iných kvantifikovateľných hodnôt. Tomu zodpovedajú aj ustanovenia § 43 ods. 1 a 5 zákona.

Vychádzajúc z § 9 ods. 4 zákona musí byť aj pri použití elektronickej aukcie dodržaný princíp hospodárnosti a efektívnosti. Z uvedeného vyplýva, že automatizované zostavenie poradia ponúk musí viesť k výberu takej ponuky, ktorá, ako výsledok verejného obstarávania, bude na strane verejného obstarávateľa a obstarávateľa viesť k dodržaniu jeho povinností podľa § 9 ods. 4 zákona. Inými slovami, nielen spôsob použitia elektronickej aukcie, ale aj prípady, kedy sa elektronická aukcia použije, musia vždy sledovať naplnenie princípu hospodárnosti a efektívnosti. Z uvedeného princípu vychádzajú aj ustanovenia § 43 ods. 2 a 3 zákona obsahujúce pozitívne a negatívne vymedzenie zákaziek, pri ktorých sa použije, resp. nepoužije elektronická aukcia:

- a) Pri obstarávaní tovarov sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní použiť elektronickú aukciu vždy.
- b) Pri obstarávaní služieb zákon obsahuje negatívne vymedzenie služieb, pri obstarávaní ktorých sa aukcia nepoužije - ak jej charakteristické parametre a hodnoty nie sú kvantifikovateľné a

nemožno ich vyjadriť podľa § 43 ods. 5 písm. a) zákona, a tiež pozitívne vymedzenie služieb, pri ktorých sa aukcia použije - ak možno presne určiť technické požiadavky týkajúce sa predmetu zákazky. Pokiaľ ide o prvý prípad, tento sa týka služieb, pri ktorých sú charakteristické parametre predmetu zákazky nekvantifikovateľné (a spravidla významnejšie ako cena). Pôjde predovšetkým o služby, ktorých hlavným predmetom je intelektuálne plnenie (právne služby, analytické služby, vedecká a výskumná činnosť, služby architektov atď.), ktorého kvalitu nie je možné vyhodnotiť kvantifikovateľnou hodnotou. Použitie aukcie by v týchto prípadoch predstavovalo reálne riziko, že znižovaním ceny dôjde k uprednostneniu ceny na úkor kvality obstaranej služby. Druhý prípad bude obdobný ako nižšie uvedené podmienky (ne) použitia aukcie pri obstarávaní stavebných prác.

- c) Pri stavebných prácach zákon obsahuje iba pozitívne vymedzenie stavebných prác, pri ktorých sa aukcia použije – ak možno presne určiť technické požiadavky týkajúce sa predmetného predmetu zákazky. Je zrejme, že rozhodujúcim pre posúdenie splnenia vyššie uvedenej podmienky je výklad pojmu „presné určenie technických požiadaviek týkajúcich sa predmetu zákazky“.

Zákon však vymedzenie tohto pojmu neobsahuje a nestanovuje ani objektívnu požadovanú mieru presnosti technických požiadaviek, prostredníctvom ktorých sa má dosiahnuť jednoznačnosť, úplnosť a nestrannosť opisu predmetu zákazky. Príloha č. 5 zákona obsahuje iba zdroje informácií, z ktorých technické požiadavky vychádzajú. Berúc do úvahy definície týchto zdrojov (napr. technické požiadavky na stavebné práce na účely tohto zákona vychádzajú z technických špecifikácií, ktorými sa určujú charakteristické vlastnosti stavebných prác, ktoré umožňujú, aby stavebné práce boli opísané tak, aby spĺňali určený účel), ustanovenie § 34 ods. 1 písm. b) zákona (technické požiadavky musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a bola zabezpečená čestná hospodárska súťaž) a základné princípy verejného obstarávania môžeme konštatovať, že presnosť technických požiadaviek bude iba výnimočne absolútna, t.j. obsahujúca presnú požiadavku na každý parameter, ktorým je objektívne možné obstarávaný predmet definovať. Dôvody sú nasledovné:

1. Cieľom opisu predmetu zákazky nie je absolútne vyčerpávajúco definovať jeho technické parametre, ale vymedziť tie, ktoré zabezpečia súlad predmetu plnenia s platnými technickými normami a tie, ktoré sú podstatné pre zabezpečenie účelu, na ktorý má predmet obstarávania slúžiť.
2. Príliš konkrétne požiadavky na predmet zákazky, presahujúce rámec jeho účelu, môžu znamenať porušenie ustanovenia § 34 ods. 1 písm. b) zákona, a tiež princípu nediskriminácie. V prípade stavebných prác pôjde zrejme najmä o prípady, kedy verejný obstarávateľ/obstarávateľ musí uchádzačom umožniť ponúknuť ekvivalentné plnenia (spočívajúce v odlišnom technickom riešení poskytujúcom rovnaký alebo lepší výsledok).
3. Presné určenie technických požiadaviek nie je fakticky možné. Pôjde o prípady, kedy verejný obstarávateľ/obstarávateľ v čase vyhlásenia verejného obstarávania objektívne nedisponuje a nemôže disponovať informáciami predpokladajúcimi presné určenie technických požiadaviek na predmet zákazky. V prípade stavebných prác existuje v praxi množstvo predmetov zákaziek, pri ktorých v čase vyhlásenia postupu zadávania

zákazky, ani v čase uzavretia zmluvy s úspešným uchádzačom, nie je možné absolútne presne definovať obsah plnenia.

Vychádzajúc z vyššie uvedeného možno konštatovať, že v prípade stavebných prác je verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinný použiť elektronickú aukciu iba v prípadoch, ak je podľa práva aj fakticky možné presne určiť technické požiadavky týkajúce sa predmetu zákazky. V ostatných prípadoch nie je povinný použiť elektronickú aukciu. Dôvodom je riziko (rovnako ako v prípade služieb opísaných vyššie) znižovania ceny na úkor kvality (schopnosti úspešného uchádzača plniť riadne). Skutočnosť, že predmet zákazky nie je detailne špecifikovaný (hoci jeho opis spĺňa zákonné podmienky) vytvára priestor pre uchádzačov, aby pre niektoré časti (položky) tvoriace predmet zákazky ponúkli v súlade s naplnením účelu zákona vlastné riešenie tak po stránke technickej, kvalitatívnej ako aj cenovej tak, aby verejný obstarávateľ, obstarávateľ mali príležitosť vybrať si najvhodnejšiu ponuku zabezpečujúcu „value for money“. Pokiaľ je v takýchto prípadoch na uchádzačov vytváraný prostredníctvom elektronickej aukcie tlak na znižovanie ceny, existuje objektívny predpoklad, že to bude na úkor kvality týchto riešení. Možným neprímeraným znižovaním ceny hrozí dokonca aj riziko nespĺnenia, prípadne neúplného splnenia predmetu zákazky, a dokonca by možným neprímeraným znižovaním ceny hrozilo aj nespĺnenie, prípadne neúplné splnenie predmetu zákazky zo strany úspešného uchádzača.

Záver:

Napriek nie celkom jednoznačnej právnej úprave je správne domnievať sa, že cieľom vylúčenia niektorých zákaziek spod povinnosti použiť pri ich obstarávaní elektronickú aukciu je potreba vyhnúť sa porušeniu nadradených princípov verejného obstarávania, predovšetkým v kontexte aukcie princípu hospodárnosti a efektívnosti. Dôvodom je povaha niektorých zákaziek, pri ktorých (i) nekvantifikovateľné významné parametre obstarávaných služieb alebo (ii) presne nešpecifikovateľné technické parametre vytvárajú významné riziko, že cena predmetu zákazky bude neprímerane uprednostnená na úkor kvality a riadnej realizácie obstaraného plnenia.

Splnenie podmienok nepoužitia elektronickej aukcie je však vždy potrebné posudzovať ad hoc. V prípade stavebných prác pôjde zrejme väčšinou o prípady, kedy je umožnené predloženie ponuky s ekvivalentom dotknutých časti predmetu zákazky (napríklad postup podľa tzv. „žltého“ FIDICU) alebo iné prípady kedy charakter stavby objektívne neumožňuje jej presnú technickú špecifikáciu. V prípade služieb potom pôjde zjavne väčšinou o služby založené na intelektuálnom plnení.