



RIZIKO OBMEDZENIA SÚŤAŽE PRI VEREJNÝCH OBSTARÁVANIACH VYHLASOVANÝCH A REALIZOVANÝCH V KRÁTKYCH ČASOVÝCH INTERVALOCH

V nadväznosti najmä na nedávno zverejnené informácie o pripravovaných tendroch zo strany Železníc Slovenskej republiky na [modernizáciu ďalších dvoch úsekov na železničnej trati Žilina – Košice](#) a Národnej diaľničnej spoločnosti na [výstavbu Kysuckej D3](#) Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (ďalej len „úrad“) poukazuje na možné súťažné úskalia pri verejných obstarávaní vyhlasovaných a realizovaných v krátkych časových intervaloch. Závery, resp. odporúčania uvedené v tomto dokumente sú však aktuálne nielen pre oblasť stavebníctva, ale pre každé odvetvie hospodárstva, v ktorom sa využívajú postupy verejného obstarávania.

Úvod

Verejné obstarávanie je súbor pravidiel a postupov ustanovených zákonom o verejnom obstarávaní, ktoré zastrešujú zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov. Cieľom verejného obstarávania je úsporné nakladanie s verejnými prostriedkami. Pri verejnom obstarávaní sa uplatňujú, okrem iných, aj princípy hospodárnosti a efektívnosti.

Hospodárne a efektívne je pritom 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. Z tohto dôvodu je verejné obstarávanie potrebné organizovať tak, aby nebol *bezdôvodne* obmedzený okruh potenciálnych dodávateľov/súťažiteľov, a tým boli vytvorené podmienky pre intenzívnu hospodársku súťaž. Plánovanie a príprava verejného obstarávania je teda veľmi podstatnou fázou, ktorej je potrebné venovať náležitú pozornosť, lebo len tak možno dosiahnuť hospodárne a efektívne vynakladanie verejných prostriedkov.

Riziká

Úrad sa vo svojej praxi stretol s prípadmi, kedy verejní obstarávatelia vyžadovali, aby obstarávania veľkého rozsahu a s rovnakým alebo podobným predmetom zákazky boli realizované, resp. takéto obstarávania boli vyhlásené súčasne alebo v krátkom časovom slede po sebe. Týkalo sa to napríklad sektora stavebníctva alebo IT dodávok. Práve krátky čas medzi vyhlásením, resp. realizáciou jednotlivých veľkých verejných obstarávaní mal za následok to, že intenzita súťaže v týchto obstarávaníach bola



znížená, keďže sa ich zúčastnilo menej subjektov. Bolo to spôsobené predovšetkým tým, že **potenciálni uchádzači nemali dostatočné kapacity, aby mohli obsiahnuť (realizovať) všetky vyhlásené obstarávanía.**

To malo teda za následok, že záujemcovia **sa nemohli prihlásiť** do viacerých obstarávaní realizovaných súčasne alebo krátko po sebe a museli si vybrať len niektoré z nich. Ďalšou možnosťou bolo **vytváranie konzorcií** viacerých firiem. Konzorciá predstavujú združenia podnikov, ktoré vznikajú ako dočasné spoločenstvo pri realizácii určitého účelu, zvyčajne rozsiahleho projektu, ktorý môže svojimi nárokmi prevyšovať možnosti a mieru únosnú pre jeden podnik.

Pokiaľ je konzorcium tvorené menšími subjektmi, ktoré by neboli schopné v tendri podať ponuku samostatne, *nie je to spravidla súťažný problém*, keďže účastníci takýchto dohôd o konzorciu väčšinou nie sú potenciálni konkurenti pri realizácii daného projektu. Takéto konzorciá môžu byť zároveň prospešné pre zvýšenie intenzity súťaže, keďže menšie subjekty tým, že združujú svoje kapacity, môžu konkurovať veľkým firmám.

Avšak v prípade, že konzorciá vytvárajú veľké spoločnosti, ktoré by kapacitne jednotlivé zákazky vedeli pokryť, intenzita konkurencie, naopak, klesá, keďže klesá aj počet potenciálnych záujemcov, ktorí namiesto samostatnej účasti vstupujú do obmedzeného počtu konzorcií. Obmedzenie konkurenčného tlaku je vo všeobecnosti pre ekonomiku škodlivé. V podmienkach verejného obstarávania k jeho negatívnym dôsledkom patrí najmä umelý rast cien, neefektívne využívanie verejných prostriedkov a celkový nepriaznivý dopad nielen na podnikateľské prostredie, ale aj na spotrebiteľov.

Problémom je najmä to, ak samotní verejní obstarávatelia vytvárajú tlak na vznik konzorcií, t. j. dochádza k vylúčeniu súťaže v dôsledku časových intervalov, ktoré pre realizáciu zákazky stanovia samotní vyhlasovatelia súťaže.

Negatívne dopady existencie konzorcií na súťaž

V súvislosti s konzorciami je potrebné zdôrazniť, že akákoľvek kooperácia pri príprave ponúk v sebe zahŕňa **riziko bid riggingu** (zakázanej spolupráce medzi podnikateľmi v súvislosti s verejným obstarávaním), keďže spravidla jej súčasťou býva aj výmena obchodne citlivých informácií vrátane informácií o cenách, nákladoch, zákazníkoch, technických kapacitách a ďalších parametroch relevantných pre daný tender. Navyše, existencia konzorcia nemusí ovplyvniť len dané konkrétne verejné obstarávanie, ale vzhľadom na to, že jeho účastníci na účel spoločnej ponuky zdieľajú citlivé informácie, môže ovplyvniť mieru súťaže medzi nimi aj do budúcnosti, vrátane účasti v ďalších verejných obstarávaníach, kde môžu naoko vystupovať ako nezávislí súťažiteľia. To vytvára ďalšie riziko rastu cien, rozdelenia trhov, ako aj negatívneho dopadu na ďalšie parametre konkurencie, ako sú kvalita tovarov a služieb či inovácie.



Na uvedené reaguje aj európska judikatúra, z ktorej vyplývajú niektoré spoločné zásady prístupu ku konzorciám z pohľadu ochrany hospodárskej súťaže. Je to predovšetkým zásada, že **pokiaľ je firma schopná realizovať zákazku samostatne, nemala by sa združovať s inými podnikateľmi do konzorcia**. Pokiaľ sa uchádzači mohli zúčastniť tendra samostatne, ale napriek tomu podali spoločnú ponuku, musia podrobne vyargumentovať, že samostatná ponuka **by síce bola technicky možná, ale nebola by efektívne konkurencieschopná**. V opačnom prípade by im mohol hroziť postih za protisúťažné konanie.

Tento princíp je uplatnený aj v usmernení Európskej komisie o uplatňovaní článku 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie na dohody o horizontálnej spolupráci (body 347. a nasl.)¹. V zmysle uvedeného usmernenia ak sú dve (alebo viaceré) strany schopné podať ponuku samostatne a neexistuje významný stupeň integrácie ich zdrojov a aktivít, spoločná ponuka (t. j. prostredníctvom konzorcia) by v zásade mohla predstavovať cieľové obmedzenie hospodárskej súťaže.

V tejto súvislosti možno spomenúť aj nórsky prípad spoločností podnikajúcich v oblasti taxislužby, ktoré vytvorili konzorcium a pôvodne vyhrali tender na prevoz pacientov Univerzitnej nemocnice v Osle. Prípad skončil až pred súdom Európskeho združenia voľného obchodu, ktorý v súvislosti s námietkami členov konzorcia konštatoval, že samotný fakt, že ak v prípade samostatnej ponuky je realizácia zákazky zložitejšia alebo je menej zisková, nemožno to považovať za dovolené vedľajšie obmedzenia odôvodňujúce vytvorenie konzorcia. Súd zároveň uviedol, že ponuka konzorcia predstavovala (cieľovú) protisúťažnú dohodu o cene.²

Podobne Najvyšší súd Dánska v prípade „Road marking case“ konštatoval, že víťazné konzorcium malo za cieľ obmedzenie súťaže, keďže ho vytvorili dva konkurenčné subjekty, ktoré boli schopné podať samostatné ponuky.³

Návrh riešení pri vyhlasovaní/realizácii verejných obstarávaní

S problematikou konzorcií sa úrad zaoberal aj vo svojej praxi. Napríklad v rokoch 2015 až 2017 sa na troch úsekoch diaľnice D1 realizovala inštalácia betónových prefabrikovaných zvodidiel. Išlo o práce veľkého rozsahu spolu na viac ako 100 kilometroch diaľnice, pričom všetky začali 1. 4. 2015. Do troch verejných obstarávaní sa zapojilo od 5 do 8 uchádzačov, ale z dôvodu vytvárania konzorcií v každom z nich reálne súťažili len 3 subjekty. Keďže išlo o spoločnosti, ktoré sú na slovenskom trhu etablované a pomerne veľké, úrad sa rozhodol preskúmať opodstatnenosť vzniku

¹ [Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements \(europa.eu\)](#)

² [EFTA Court](#)

³ [DANSK VEJMARKERINGS KONSORTIUM \(kfst.dk\)](#)



týchto konzorcií. Úrad si v rámci analýzy tohto prípadu vyžiadal od členov konzorcií podklady a informácie, z ktorých vyplynuli nasledujúce závery.

Požadované množstvo zvodidiel potrebných na realizáciu všetkých troch zákaziek prevyšovalo kapacitné možnosti jednotlivých uchádzačov, čo výrazným spôsobom ovplyvnilo ich schopnosť zúčastniť sa efektívnym spôsobom týchto verejných súťaží samostatne. Preto je možné predpokladať, že ak by sa tieto zákazky realizovali v rozdielnom čase (nie všetky tri súčasne), zvýšila by sa pravdepodobnosť, že jednotliví uchádzači by sa do verejných súťaží prihlásili samostatne a nie prostredníctvom konzorcií s ostatnými uchádzačmi. To by následne viedlo k intenzívnejšej súťaži pri predkladaní cenových ponúk s pozitívnymi efektmi na množstvo vynaložených zdrojov zo strany obstarávateľa.

Z tohto dôvodu úrad zásadne odporúča verejným obstarávateľom pri vyhlasovaní súťaží zohľadňovať voľné kapacity potenciálnych uchádzačov a vyhlasovanie súťaží i realizáciu prác plánovať tak, aby sa do súťaží mohol prihlásiť čo najväčší počet uchádzačov. Na tento účel je preto dôležité, v akom čase sa verejné súťaže vyhlasujú, resp. realizujú alebo ku ktorému dátumu sa majú predkladať ponuky uchádzačov. Zároveň je rozhodujúce, aby sa takéto zákazky nevyhlasovali, resp. nerealizovali v rovnakom čase alebo v krátkom časovom slede po sebe.