

OBSAH

Slovo na úvod	str. 1
Návrh novej európskej právnej úpravy udeľovania koncesíí	str. 1
Elektronické aukcie – Efektívna právna ochrana	str. 6
Programy politických strán a PPP	str. 7
PPP slovník	str. 8
Kalendár PPP podujatí	str. 8

Slovo na úvod

Vážení čitatelia
do rúk sa Vám dostáva prvé vydanie newslettera Asociácie PPP v roku 2012 a dúfam, že Vás jeho obsah zaujme a inšpiruje. Tento rok bude 5. rokom fungovania našej asociácie a za tento pomerne krátky čas sme zažili množstvo udalostí, príležitostí, trhových zmien a iného vývoja, ktorý sa niekedy pozitívnejšie, inokedy negatívnejšie premietol aj do oblastí projektov verejno-súkromných partnerstiev. Napriek otáznemu vývoju v oblasti veľkých infraštruktúrnych projektov sponzorovaných vládou, verím v možnosť rozvoja menších projektov v rôznych oblastiach na regionálnej či mestskej úrovni. Za problematický bod v tejto súvislosti považujem absenciu inštitucionálnej podpory, ktorá by pomohla predstaviteľom samospráv v ľahšej orientácii pri možnostiach využitia modelov financovania, ktoré poskytuje PPP. Nemám na myslí ani tak zbytočné a ťažkopádne metodické dokumenty, ako konkrétne fungujúci kontaktný bod, miesto ktoré by poskytovalo potrebné informácie, podporu, vzdelávanie a osvetu, referenčnú databázu projektov v rôznych odvetviach zo zahraničia atď. Keďže



Stanislav Polonský

akákoľvek podpora je v súčasnosti presunutá na súkromný sektor, ktorý nemá možnosti ani ambície zastúpiť oficiálne inštitúcie a jeho cieľom je skôr efektívne riadenie svojho portfólia produktov a služieb smerom ku klientom, množstvo projektov zaniká už vo fáze predbežných nápadov, či plánov. Dúfam, že naša asociácia svojimi aktivitami a činnosťou aspoň čiastočne premostí chýbajúcu podporu potenciálnym realizátorom PPP projektov aj na nižšej úrovni verejnej správy a poskytnie priestor na zaujímavé podujatia, prezentácie a akcie, ktoré pre našich členov a partnerov zabezpečia priestor na rozvoj osobných a obchodných vzťahov a podporia možnosť realizácie zaujímavých projektov do budúcnosti. Za mňa osobne, a myslím, že aj za väčšinu členov riadiaceho výboru, by som chcel potvrdiť našu snahu o aktívnejšie fungovanie našej asociácie v roku 2012, viac akcií pre členov a viac nápadov na konkrétne príležitosti v oblasti realizácií PPP projektov.

Stanislav Polonský
predseda riadiaceho výboru Asociácie PPP
PricewaterhouseCoopers Slovensko, s.r.o.

Návrh novej európskej právnej úpravy udeľovania koncesíí

Právna úprava udeľovania koncesíí nie je momentálne na úrovni európskej legislatívy riešená komplexne a jednotne, čo následne nevyhnutne vedie k významnej neistote pri aplikácii existujúcich noriem na úrovni lokálnych legislatív. Koncesia na stavebné práce je v súčasnosti predmetom obmedzeného počtu ustanovení sekundárneho práva (smerníc o verejnom obstarávaní), zatiaľ čo na koncesie na služby sa vzťahujú iba všeobecné zásady Zmluvy o fungovaní Európskej únie („Zmluva“) a pravidiel, ktoré sa odvodzujú od konštantnej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie („ESD“). Podľa názoru Európskej komisie, ktorý má nepochybne



Ján Azud

zmysluplne ratio, táto medzera spôsobuje závažné narušenia na spoločnom trhu, najmä obmedzený prístup európskych podnikov, obzvlášť tých malých a stredných, k hospodárskym príležitostiam, ktoré ponúkajú koncesné zmluvy. Nedostatok právnej istoty má tiež za následok neefektívnosť súvisiacich procesov. Európska komisia preto oznámila zámer prijať legislatívnu iniciatívu o koncesiách už vo svojom oznámení z 13. 04. 2011 nazvanom Akt o jednotnom trhu Dvanásť hybných síl podnecovania rastu a posilňovania dôvery. Ešte predtým, v období od mája do septembra 2010 prebehli v tomto smere viaceré verejné konzultácie určené

podnikateľskej verejnosti, sociálnym partnerom a obstarávateľom, ktoré potvrdili, že nedostatok právnej istoty spôsobuje závažné problémy a preukázali prekážky, s ktorými sa spoločnosti stretávajú, pokiaľ ide o prístup na trh. Komisia tiež zistila, že hospodárske subjekty sa stretávajú s nerovnakými podmienkami, čo často vedie k premeškaným obchodným príležitostiam. Táto situácia spôsobuje náklady a poškodzuje konkurentov so sídlom v iných členských štátoch, obstarávateľov i spotrebiteľov. Tieto zistenia odôvodnili záver, že je vhodné prijať novú európsku reguláciu udeľovania koncesíí. V decembri 2011 preto Komisia publikovala svoj návrh novej



smernice o udeľovaní koncesíí. Tento návrh ide ruka v ruku so širšou reformou právnej úpravy verejného obstarávania, ktorá bola vo forme nových smerníc, tiež prezentovaná na konci minulého roka. Predmetom tohto príspevku je stručná charakteristika navrhovanej právnej úpravy udeľovania koncesíí. Upozorňujeme, že sa ďalej nezaoberáme parametrami návrhov nových smerníc upravujúcich verejné obstarávanie v širšom kontexte.

Hlavným cieľom smernice je podľa Komisie poskytnúť objasnenie právneho rámca, ktorý sa vzťahuje na udeľovanie koncesíí, ale aj jasne vymedziť rozsah pôsobnosti uplatňovania tohto rámca. Konkrétne povinnosti v oblasti koncesíí by mali zvýšiť právnu istotu na jednej strane tým, že verejní obstarávatelia a obstarávatelia budú mať k dispozícii jasné pravidlá zohľadňujúce zásady Zmluvy v súvislosti s udeľovaním koncesíí, a na druhej strane tým, že hospodárskym subjektom budú poskytnuté určité základné záruky v súvislosti s postupom udeľovania. Z návrhu je tiež zrejmé, že tento v nemalej miere kodifikuje existujúcu judikatúru ESD, pričom v niektorých prípadoch zapĺňa jej medzery.

Možno zhrnúť, že základnými prvkami návrhu novej smernice sú:

- i) presnejšie definovanie koncesie;
- ii) pokrytie koncesíí na práce ako aj na služby, a to tak vo vzťahu k verejným obstarávateľom ako aj sektorovým obstarávateľom, jedným právnym predpisom;
- iii) povinná publikácia oznámení o koncesii v prípade prekročenia stanoveného finančného limitu;
- iv) pragmatické riešenie vo vzťahu k zmenám koncesíí počas ich trvania;
- v) zakotvenie obligatórnej minimálnej 52 dňovej lehoty na predloženie žiadosti o koncesiu;
- vi) úprava povinností vo vzťahu ku kritériám na výber obmedzeného počtu záujemcov a kritériám na vyhodnotenie ponúk, ktoré síce majú zabezpečiť ich objektívny a nediskriminačný charakter, sú však vo všeobecnosti menej rigidné ako pri iných verejných zákazkách;
- vii) neexistencia presne vymedzeného katalógu postupov obstarávania;
- viii) zabezpečenie aplikácie smernice o revíziách postupov vo vzťahu ku všetkým koncesíám dosahujúcim prahové finančné limity.

Pozrime sa teraz bližšie na niektoré parametre úpravy návrhu novej smernice. Smernica v prvom rade definuje, čo sa považuje za koncesiu a ktoré koncesie podliehajú jej úprave. Oproti existujúcej regulácii obsiahnutej vo všeobecných smerniciach o obstarávaní návrh tejto smernice presnejšie vymedzuje koncesné zmluvy, pričom ako základný diferenciátor používa pojem významného prevádzkového rizika. Smernica rozlišuje medzi tzv. verejnou koncesiou na stavebné práce (ktorú uzatvárajú verejní obstarávatelia), koncesiou na stavebné práce (ktorú uzatvárajú sektoroví obstarávatelia) a koncesiou na služby.

Podobne ako je to podľa súčasnej právnej úpravy pri stavebných prácach pôjde vždy o zmluvu s peňažným plnením uzatvorenú písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi/obstarávateľmi, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác, pričom proti plnením za stavebné práce, ktoré sa majú vykonať, je buď len právo na využívanie diela, ktoré je predmetom zmluvy, alebo toto právo spojené s peňažným plnením. Pri koncesii na služby platia v zásade rovnaké definíčné parametre s tým rozdielom, že predmetom je poskytovanie služieb, pričom proti plnením je buď len právo na využívanie služieb, ktoré sú predmetom zmluvy, alebo toto právo spojené s peňažným plnením. Na rozdiel od súčasnej regulácie koncesíí na úrovni všeobecných smerníc o verejnom obstarávaní však má podľa návrhu právo na využívanie diela alebo služieb zahŕňať prenos významného prevádzkového rizika na koncesionára. Koncesionár podľa návrhu preberá významné prevádzkové riziko, keď nie je zaručená návratnosť jeho investícií alebo nákladov, ktoré vynaložil pri prevádzkovaní diel alebo poskytovaní služieb, ktoré sú predmetom koncesie. Toto hospodárske riziko môže tvoriť buď riziko spojené s používaním diel alebo s dopytom po poskytovaní služieb alebo riziko spojené s dostupnosťou infraštruktúry, ktorú poskytuje koncesionár, alebo ktorá je používaná na poskytovanie služieb užívateľom. Ako je teda zrejmé, návrh vzťahuje svoju úpravu na klasické koncesie, resp. PPP projekty založené na dopyte ale aj na PPP projekty založené na dostupnosti.

Základným kritickým znakom na to, aby bol projekt považovaný za koncesiu je teda predovšetkým prenos operačného rizika, ktorým môže byť tak riziko dopytu, ako aj riziko dostupnosti. Uvedené je veľmi dôležité z toho hľadiska, že

aj PPP projekty založené na dostupnosti (ktoré sú z hľadiska našich regionálnych špecifik vhodnejšie na použitie pre výstavbu verejnej infraštruktúry) môžu byť obstarávané ako koncesie používajúc flexibilnejšiu právnu úpravu v porovnaní s tradičnými verejnými zákazkami.

Smernica sa bude vzťahovať tak na verejných obstarávateľov ako aj sektorových obstarávateľov (vo vzťahu k špecifickým činnostiam uvedeným v prílohe smernice) a na tie koncesie, ktorých hodnota sa rovná alebo je vyššia ako 5 miliónov eur.

V prípade koncesií na služby, ktorých hodnota sa rovná alebo je vyššia ako 2,5 milióna eur, ale je nižšia ako 5 miliónov eur, sa bude aplikovať len povinnosť uverejniť oznámenie o udelení koncesie. Návrh smernice sa veľmi podrobne zaoberá metódami výpočtu predpokladanej hodnoty koncesie, čo je v súlade s jej základným princípom, podľa ktorého verejní obstarávatelia a obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako, konajú transparentne a primerane a nesmú navrhovať postupy udeľovania koncesií s cieľom vylúčiť udelenie koncesie z rozsahu pôsobnosti navrhovanej smernice alebo umelo zúžiť hospodársku súťaž. Napriek uvedenému hlavnému cieľu obsahuje návrh smernice pomerne rozsiahly katalóg výnimiek, ktoré odôvodňujú vyňatie z jej pôsobnosti. Medzi takéto patrí napríklad udeľovanie koncesie na služby udelené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom hospodárskemu subjektu, ktorý je obstarávateľom alebo jeho združením, na základe výlučného práva, ktoré hospodárskemu subjektu priznáva uplatňovaný a uverejnený vnútroštátny zákon, iný právny predpis alebo správne opatrenie a ktoré bolo udelené v súlade so zmluvou a odvetvovými právnymi predpismi Únie o riadení sieťovej infraštruktúry v súvislosti s činnosťami uvedenými v prílohe k návrhu smernice, koncesie na služby na nadobudnutie alebo prenájom pozemkov, existujúcich stavieb alebo iných nehnuteľností alebo príslušných práv, ktoré sa ich týkajú, akýmkoľvek finančným spôsobom, koncesie na služby leteckej dopravy na základe udelenia prevádzkovej licencie v zmysle nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) 1008/2008, koncesie, ktorých hlavným účelom je umožniť verejným obstarávateľom, aby poskytovali alebo využívali verejné komunikačné siete alebo poskytovali verejnosti jednu alebo viacero služieb elektronickej komunikácie, koncesie udelené obstarávateľom pridruženému podniku a podobne. Veľmi dôležitou je aj špecifikácia právnej úpravy vo vzťahu k spolupráci verejného a verejného sektora, keď návrh zo svojej pôsobnosti vyníma koncesie, ktoré udelil verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ inej právnickej osobe, ak takýto verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vykonáva nad príslušnou právnickou osobou kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami, prinajmenšom 90 % činností danej právnickej osoby sa vykonáva pre kontrolujúceho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa alebo iné právnické osoby kontrolované daným verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom a v kontrolovanej právnickej osobe nie je žiadna účasť súkromných investorov. Trvanie koncesie nie je podľa návrhu smernice obmedzené na konkrétne vymedzené maximálne obdobie, koncesia však nemôže trvať dlhšie ako je podľa odhadu potrebné na to, aby sa koncesionárovi vrátili investície vynaložené pri prevádzkovaní diela alebo poskytovaní služieb aj s primeranou návratnosťou investovaného kapitálu.

Smernica reguluje podmienky spojené s povinnou publikáciou oznámení o koncesii a oznámení o udelení koncesie v úradnom vestníku Európskej únie, ktorých náležitosti stanovuje v prílohe. Komisia bude poverená stanoviť formuláre pre takéto oznámenia. Oznámenia sa uverejnia v plnom znení v ktoromkoľvek úradnom jazyku Európskej únie, ktorý si zvolí verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ. Zhrnutie dôležitých

prvkov každého oznámenia sa však bude uverejňovať aj v ostatných úradných jazykoch. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia budú povinní od dátumu uverejnenia oznámenia alebo dátumu zaslania výzvy na predloženie ponúk zdarma ponúkať neobmedzený a úplný priamy elektronický prístup k podkladom ku koncesii, a to prostredníctvom internetovej adresy uvedenej v týchto dokumentoch.

Uvedomujúc si význam a potenciál cezhraničnej spolupráce orgánov verejnej správy v rámci Európskej únie, Komisia navrhuje adresovať aj otázky spoločných koncesií realizovanými orgánmi z rôznych krajín. Smernica sa preto pomerne podrobne venuje aj stanoveniu aplikovateľného práva na takúto koncesiu. Počíta sa s tým, že v takých prípadoch zúčastnení verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia uzatvoria dohodu, v ktorej sa určí aké právo sa uplatňuje na postup udeľovania koncesie, ako aj vnútorná organizácia postupu udeľovania koncesie vrátane manažmentu, delby zodpovedností, rozdelenia nadobúdaných stavebných prác, dodania tovaru alebo služieb, ako aj uzatvárania koncesií. V prípade absencie dohody smernica obsahuje aj kolízne normy, ktoré sa vzťahujú na výber rozhodujúceho právneho poriadku. Veľmi dôležité je v tejto súvislosti to, že Komisia, s cieľom umožniť účinné uplatňovanie revízných mechanizmov, ukladá členským štátom, aby umožnili plnú vykonateľnosť rozhodnutí orgánov iného členského štátu, keď sa takéto rozhodnutia týkajú verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov zriadených na ich území, ktorí sa zúčastňujú v príslušnom cezhraničnom postupe udeľovania koncesie.

Tak ako už bolo uvedené vyššie, návrh smernice neobsahuje podrobný katalóg postupov použiteľných pri udeľovaní koncesií nechávajúc pritom dizajn vhodného procesu priamo na verejných obstarávateľoch, resp. obstarávateľoch. Túto skutočnosť treba hodnotiť veľmi pozitívne, nakoľko zložitosti koncesných projektov konvenuje práve flexibilita a možnosť verejného partnera nastaviť priebeh procesu spôsobom zohľadňujúcim kontext a špecifiká príslušnej koncesie. Napriek tomu však návrh smernice zakotvuje určité minimálne procesné záruky, ktoré bude potrebné vo vzťahu k záujemcom a uchádzačom o koncesiu splniť. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia najmä uvedú v oznámení o vyhlásení ve-





rejného obstarávania, vo výzve na predloženie ponúk alebo v podkladoch ku koncesii opis koncesie, kritériá na vyhodnotenie ponúk a minimálne požiadavky, ktoré je potrebné splniť. Na základe týchto informácií musí byť možné určiť povahu a rozsah koncesie a záujemcovia musia byť schopní rozhodnúť sa, či požiadajú o účasť na postupe udeľovania koncesie. Opis, kritériá na vyhodnotenie ponúk a minimálne požiadavky sa v priebehu rokovania nemôžu meniť. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia budú povinní zaistiť počas udeľovania koncesie rovnaké zaobchádzanie so všetkými uchádzačmi. Najmä nebudú môcť poskytovať informácie diskriminačným spôsobom, ktorý by mohol niektorých uchádzačov zvýhodniť pred inými. Obmedzenie počtu žiadateľov o koncesiu bude možné na primeranú úroveň, musí tak však nastať transparentným spôsobom a na základe objektívnych kritérií, ktoré sú dostupné všetkým, ktorí o to prejavujú záujem. Komisia pripúšťa v rámci procesu udeľovania koncesie rokovanie so záujemcami a uchádzačmi, ustanovuje však pravidlá, ktoré je potrebné dodržať pre zachovanie transparentnosti a rovnakého zaobchádzania, medzi ktoré patrí napríklad povinnosť spracovať písomný záznam z oficiálnych rokovaní a o všetkých ostatných krokoch a udalostiach, ktoré sú relevantné pre postup udeľovania koncesie. Cieľom je všetkými vhodnými prostriedkami zaistiť najmä spätnú kontrolu priebehu rokovaní.

Návrh smernice tiež rieši podrobne informačné povinnosti, ktoré budú mať verejní obstarávatelia a obstarávatelia vo vzťahu k záujemcom a uchádzačom o koncesiu. Tieto zahŕňajú napríklad aj povinnosť informovať každého uchádzača, ktorý predložil prijateľnú ponuku, o priebehu rokovaní a dialógu s uchádzačmi a o pokroku v nich. Smernica obsahuje pomerne zaujímavú a progresívnu úpravu aj v oblasti stanovenia podmienok účasti resp. kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktorá v určitej miere zohľadňuje dlhotrvajúce polemiky ohľadne potreby väčšej flexibility, možnosti zohľadniť históriu vzťahu s koncesionárom a presunu ťažiska na zabezpečenie kvality

zo strany uchádzačov. Verejní obstarávatelia budú v oznámení o koncesii povinní bližšie určiť podmienky účasti týkajúce sa schopnosti vykonávať príslušnú činnosť, ekonomického a finančného postavenia a technickej a odbornej spôsobilosti. Verejní obstarávatelia obmedzia akékoľvek podmienky účasti na podmienky, ktoré sú vhodné na zaistenie toho, aby mal záujemca alebo uchádzač právne a finančné kapacity a obchodnú a technickú spôsobilosť na plnenie udeľovanej koncesie.

Všetky požiadavky sa budú musieť vzťahovať na predmet zákazky a byť k nemu primerané, pričom sa zohľadňuje potreba zaistiť skutočnú hospodársku súťaž. Z hľadiska povinnosti resp. možnosti vylúčiť záujemcov o koncesiu je vítaná nová úprava odrážajúca dlhšiu dobu komunikovanú požiadavky verejnej správy, podľa ktorej, ak bude toto právo transponované do národných právnych poriadkov, bude môcť byť z účasti na koncesii vylúčený každý hospodársky subjekt, pri ktorom verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia vedia o akomkoľvek závažnom porušení ustanovení práva Európskej únie alebo vnútroštátnych právnych predpisov, ktoré sa týkajú ochrany verejného záujmu v súlade so Zmluvou o fungovaní Európskej únie, alebo ak hospodársky subjekt preukázal významné alebo pretrvávajúce nedostatky pri plnení ktorejkoľvek zo zásadných požiadaviek predchádzajúcej koncesie alebo koncesii podobnej povahy toho istého verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia však budú povinní stanoviť metódu posudzovania plnenia zmluvných povinností, ktorá vychádza z objektívnych a merateľných kritérií a ktorá sa uplatňuje systematickým, konzistentným a transparentným spôsobom. Vo vzťahu ku kritériám na vyhodnotenie ponúk je potrebné povedať, že Komisia nefavorizuje najnižšiu cenu ako jediné a hlavné kritérium, pričom pri ekonomických parametroch prihliada na potrebu zohľadnenia celoživotných nákladov projektu. Koncesie sa podľa návrhu smernice majú udeľovať na základe objektívnych kritérií, ktorými sa zaistí súlad so zásadami transparentnosti, nediskriminácie a rov-

nakého zaobchádzania a ktorými sa zaistí, že sa ponuky posudzujú v podmienkach účinnej hospodárskej súťaže, čo verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi umožní určiť celkovú hospodársku výhodu. Kritériá na vyhodnotenie ponúk budú musieť súvisieť s predmetom koncesie a zabrániť, aby mal verejný obstarávateľ alebo obstarávateľovi neobmedzenú voľnosť výberu. Komisia umožňuje členským štátom, aby podporovali udelenie koncesii na základe kritérií ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, pričom popri cene alebo nákladoch môžu medzi tieto kritériá patriť napríklad kvalita vrátane technického prínosu, estetických a funkčných charakteristík, prístupnosti, dizajnu pre všetkých užívateľov, environmentálnych charakteristík a inovačného charakteru. V prípade koncesii na služby a koncesii obsahujúcich projektovanie stavebných prác sa tiež môže zohľadniť organizácia, kvalifikácia a skúsenosť pracovníkov priradených na plnenie dotknutej koncesie. Ďalej je možné prihliadať napríklad na záručný a pozáručný servis a technickú pomoc, lehotu dodania alebo termín ukončenia.

Ďalšou z potrebných úprav, ktorá reflektuje na nevyhnutnosť pragmatického prístupu ku koncesiam počas ich trvania, je riešenie otázok súvisiacich s modifikáciou udelených koncesii. Zmeny uzavretých zmlúv sú v Európskom práve adresované v zásade len judikatúrou ESD, ktorá nezohľadňuje špecifiká dlhodobých zmlúv a vytvára veľkú mieru právnej neistoty obzvlášť pri projektoch tohto typu. V súlade s existujúcou judikatúrou Komisia stanovuje, že podstatná úprava ustanovení koncesie počas jej platnosti bude vyžadovať nový postup udeľovania koncesie v súlade so smernicou. Smernica však pri zohľadnení tohto pravidla ponúka aj riešenia. V prvom rade sa návrhom zavádza de minimis pravidlo podľa ktorého, ak je možné peňažné vyjadrenie hodnoty úpravy, sa úprava koncesie nepovažuje za podstatnú, ak jej hodnota je nižšia ako 5 % ceny pôvodnej zmluvy za predpokladu, že takáto úprava nemení celkovú povahu zmluvy. Úpravy koncesie sa tiež nebudú považovať za podstatné, ak boli stanovené v podkladoch ku koncesii, a to v jasných, presných a jednoznačných ustanoveniach (klauzuly o revíziách zmluvy a opciách). V týchto ustanoveniach je potrebné uviesť rozsah pôsobnosti a povahu možných úprav alebo opcií, ako aj podmienky, za ktorých sa môžu použiť. V každom prípade však nie je možné stanoviť také úpravy alebo opcie, ktoré by menili celkovú povahu koncesie. Smernica tiež uvádza, že ani podstatná úprava koncesie nebude vyžadovať nový postup udeľovania koncesie, ak potreba úpravy bola spôsobená okolnosťami, ktoré nemohol obozretný verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ predvídať, úpravou sa nemení celková povaha koncesie a (pri koncesiiach udelených verejnými obstarávateľmi) akékoľvek zvýšenie ceny nie je vyššie ako 50 % hodnoty pôvodnej koncesie. Návrh rieši aj kontroverznú otázku zmeny koncesionára, pričom takúto situáciu považuje vo všeobecnosti za podstatnú a teda neprípustnú zmenu zmluvy. Toto však neplatí, ak je iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne stanovené kritériá kvalitatívneho výberu, univerzálnym alebo čiastočným nástupcom pôvodného dodávateľa v následnosti na reštrukturalizáciu podniku, konkurz alebo na základe zmluvného ustanovenia za predpokladu, že z toho nevyplývajú iné podstatné úpravy koncesie a že zámerom nie je obchádzať uplatňovanie smernice.

Vzhľadom na dlhodobosť a potrebu stability koncesných vzťahov smernica rieši aj otázku predčasného ukončenia koncesie žiadajúc členské štáty, aby zabezpečili, že verejní obstarávateľia a obstarávateľia budú mať možnosť ukončiť koncesiu počas jej platnosti, napríklad ak modifikácia koncesie zakladá povinnosť jej nového udelenia alebo ak ESD v konaní o porušení Zmluvy stanoví, že členský štát si nesplnil svoje povinnosti vyplývajúce zo zmlúv z dôvodu skutočnosti, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ udelil príslušnú

koncesiu bez toho, aby sa riadil povinnosťami stanovenými v zmluvách a v navrhovanej smernici.

Členské štáty budú povinné transponovať smernicu do svojich právnych poriadkov najneskôr do 30. júna 2014. Kým sa návrh smernice stane záväzným textom musí však ešte prejsť legislatívnym procesom na úrovni Európskej únie. Je však pravdepodobné, že v tej či onej forme bude príslušná smernica prijatá tento rok. Poukazujeme ešte tiež na to, že návrh sa pomerne podrobne venuje podmienkam komunikácie, pričom Komisia žiada členské štáty zaistiť, aby sa najneskôr 5 rokov od dátumu povinnej transpozície všetky postupy udeľovania koncesie, na ktoré sa vzťahuje smernica, vykonávali použitím elektronických foriem komunikácie.

Domnievame sa, že iniciatíva Európskej komisie upraviť v širšom kontexte reformy právnej úpravy verejného obstarávania aj koncesie je náležitá najmä vzhľadom na existujúcu právnu neistotu a z toho vyplývajúcu neefektivitu príslušných obstarávaní, resp. rešpekt orgánov verejnej správy a súkromného sektora pred projektmi tohto typu.

Pozitívne tiež možno hodnotiť snahu Komisie regulovať koncesie flexibilnejším spôsobom oproti štandardným verejným zákazkám. V tejto oblasti možno vyzdvihnúť najmä návrh nezviazať verejnej správy ruky presným vymedzeným postupom použitých pri udeľovaní koncesii, pripustenie použitia kvalitatívnych a osobných kritérií pri limitovaní kandidátov a výbere úspešnej ponuky či pochopenie potreby primeraným spôsobom uvoľniť umožniť verejnej správy ruky pri modifikácii uzavretých koncesii. Definitívne znenie smernice bude známe až po finalizácii legislatívneho procesu pričom konkrétna úprava práv a povinností verejného a súkromného sektora bude ustálená až národnou legislatívou. Budeme preto ďalej pozorne sledovať ako sa táto zaujímavá iniciatíva premietne v praktickej podpore realizácie koncesných projektov na Slovensku a v širšom regionálnom kontexte.

JUDr. Ján Azud – Ružička Csekes s. r. o.



Elektronické aukcie – Efektívna právna ochrana

1. Elektronická aukcia

Zadávanie verejných zákaziek prostredníctvom elektronickej aukcie sa uskutočňuje v dvoch zásadných postupových krokoch:

- úvodné vyhodnotenie ponúk na základe určených kritérií na vyhodnotenie ponúk;
- elektronická aukcia pre konečné automatizované vyhodnotenie ponúk a zostavenie poradia.

Podľa § 43 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní („ZVO“) je elektronická aukcia opakujúci sa proces, ktorý využíva elektronické zariadenia na predkladanie

- nových cien upravených smerom nadol,
- nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk alebo
- nových cien upravených smerom nadol a nových hodnôt, ktoré sa týkajú určitých prvkov ponúk.

1.1 Výhody

Pri použití elektronickej aukcie môžu verejní obstarávatelia a obstarávatelia (v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb) využiť najmä nasledovné výhody v porovnaní s klasickou verejnou zákazkou:

- nižšie konečné ponukové ceny o cca. 5% až 15%²;
- časové úspory vďaka rýchlejšiemu priebehu verejného obstarávania;
- posilnenie hospodárskej súťaže.

1.2 Nevýhody

Elektronická aukcia sa vyznačuje najmä nasledovnými nevýhodami:

- vysoké investičné náklady za hardvérové zariadenia a softvérové riešenia pri zriaďovaní príslušných platforiem;
- využitie len pri štandardizovaných komoditách, ktorých technické požiadavky sa dajú presne určiť a sú kvantifikovateľné (t.j. vyjadriteľné v číslach alebo percentách).

2. Povinné použitie elektronickej aukcie od 1.4.2011

Povinnosť použiť elektronickú aukciu platí pre verejných obstarávateľov a obstarávateľov pri zadávaní nadlimitnej zákazky na dodanie tovaru od 1.4.2011 a pre verejných obstarávateľov pri zadávaní podlimitnej zákazky na dodanie tovaru od 1.1.2012 v prípade nasledujúcich postupov verejného obstarávania:

- verejná súťaž;
- užšia súťaž;
- rokovacie konanie so zverejnením.

Navyše, povinnosť použiť elektronickú aukciu platí aj pri zadávaní zákazky na poskytnutie služby alebo na uskutočnenie stavebných prác, ak možno presne určiť technické požiadavky týkajúce sa predmetu zákazky.



Lubica Páleníková

3. Právna ochrana

V praxi viedlo povinné použitie elektronickej aukcie k výraznému zvýšeniu jej využívania. S častejším použitím elektronickej aukcie súvisí aj potreba účinnej právnej ochrany záujemcov a uchádzačov.

3.1 Nepripustnosť námietok podľa slovenskej právnej úpravy

Podľa § 140 ods. 1 písm. c ZVO nemožno podať námietky „proti priebehu elektronickej aukcie a jej automatizovanému vyhodnoteniu ponúk“. Nepripustnosť námietok sa vysvetľuje nemožnosťou spätného preskúmania regulárnosti priebehu elektronickej aukcie ako aj nemožnosťou akejkoľvek dodatočnej nápravy.³

3.2 Prípustnosť námietok podľa európskej právnej úpravy a judikatúry ÚVO

Podľa článku 1 ods. 3 smernice 89/665/EHS⁴ sú členské štáty EÚ povinné zabezpečiť, aby preskúmanie regulárnosti postupu verejného obstarávania mohla uplatniť „prinajmenšom každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o získanie určitej zákazky a ktorá bola poškodená alebo existuje riziko poškodenia údajným porušením“. Rozhodnutia verejných obstarávateľov a obstarávateľov pri zadávaní relevantných zákaziek prostredníctvom elektronickej aukcie by preto mali byť tiež všeobecne preskúmateľné.

Úrad pre verejné obstarávanie („ÚVO“) sa vo svojom nezáväznom rozhodnutí o námietkach správne oprel o zásadu prednosti komunitárneho práva a pripustil námietky poškodeného uchádzača proti priebehu elektronickej aukcie.⁵ Naproti tomu, slovenské ustanovenie § 140 ods. 1 písm. c ZVO o nepripustnosti námietok nebolo aplikované.

Za účelom zabezpečenia účinnej právnej ochrany zostáva dúfať, že slovenský zákonodarcu prijme právne argumenty z rozhodovacej praxe ÚVO a v nasledujúcej novele ZVO upraví ustanovenie o nepripustnosti námietok pri elektronickej aukcii v súlade s komunitárnym právom.

Dr. Lubica Páleníková
Členka Riadiaceho výboru Asociácie PPP
Advokátska kancelária Wolf Theiss



3 UNIKA, Úplné znenie zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a vykonávacie predpisy s komentárom (2011) 185.

4 Smernica 89/665/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác, Úradný vestník EÚ, L 395/33.

5 ÚVO 18.1.2012, 707-6000/2011-ON/258.

1 Zákon č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

2 Blaha v Heid/Preslmayr, Príručka právo o verejnom obstarávaní³ (2010) [Handbuch Vergaberecht] bod 344.

Programy politických strán a PPP

S blížiacimi sa parlamentnými voľbami 10. marca 2012 sa zvyšuje aj záujem o programy kandidujúcich politických strán. V ostatných parlamentných voľbách sa PPP projekty stali predmetom kampane, čo neskôr znamenalo aj prístup novej vlády k ich využívaniu. Programové vyhlásenie dosluhujúcej vlády sa o PPP projektoch zmieňuje v časti Doprava, regionálny rozvoj a cestovný ruch nasledovne: „Vláda SR prehodnotí ďalšiu realizáciu PPP projektov v oblasti dopravnej infraštruktúry so zreteľom na skúsenosti a výsledky z už realizovaných projektov s cieľom zefektívniť ďalšiu výstavbu. Prioritou vlády SR bude znížiť finančnú náročnosť PPP projektov, ktoré zatiaľ neboli finančne uzavreté.“ Z tohto možno vidieť negatívny vzťah vlády Ivety Radičovej k PPP projektom. Samozrejme vzťah vlády i jednotlivých rezortov k PPP projektom sa menil. Od častého verbálneho odmietania až po akceptovanie PPP schémy v istých projektoch. V prípade Ministerstva dopravy, výstavby, regionálneho rozvoja a cestovného ruchu SR (MDVRR SR) išlo o zásadné odmietanie a rušenie PPP balíkov na výstavbu diaľnic, ktoré sa postupne zmenilo až na zaradenie jednotlivých projektov pod PPP schému: Letisko M. R. Štefánika v Bratislave, úseky diaľnice D4 a rýchlostnej cesty R7. Tento vývoj podmienil i súčasné volebné programy strán.

Je potrebné povedať, že v tomto článku sa nevenujeme volebným programom všetkých kandidujúcich politických strán, ale iba tým, ktoré majú na základe súčasných predvolebných prieskumov šancu dostať sa do parlamentu: SMER-SD, KDH, SDKÚ-DS, MOST-HÍD, SaS, SNS, Obyčajní ľudia a nezávislé osobnosti, 99% - občiansky hlas.

Programy politických strán sa venujú PPP projektom väčšinou iba okrajovo. Túto problematiku je potrebné zasadiť do širšieho kontextu a vidieť ju v perspektíve znižovania zadĺženosti verejného sektora a čoraz častejšieho vnímania záväzkov z PPP schémy ako reálnych dlhov. Vzťah k štátnemu rozpočtu a využívanie eurofondov sú najčastejším rámcom pre navrhované používanie PPP projektov v programoch politických strán.



Michal Považan

PPP vo svojich programoch priamo zmieňujú iba niektoré politické strany: SMER-SD, KDH, SDKÚ-DS a SNS a všetky v súvislosti s veľkými infraštruktúrnymi projektami. Žiadna zo strán sa nevenuje PPP projektom ako relevantnému projektovému nástroju na skvalitnenie verejných služieb.

SMER-SD považuje PPP projekty za dôležité pre výstavbu veľkých infraštruktúrnych projektov ako sú diaľnice a rýchlostné cesty. Predstavitelia strany najčastejšie hovoria o úsekoch rýchlostnej cesty R2 ako vhodných pre PPP. Okrem toho strana podporuje aj projekt dobudovania široko-rozchodnej železnice do Bratislavy, kde sa tiež uvažuje o verejno-súkromnom partnerstve.

KDH, ktoré doteraz viedlo rezort dopravy sa v programe výraznejšie vymedzuje proti PPP projektom, hoci na druhej strane nimi vedené ministerstvo zaradilo niektoré úseky diaľnic a rýchlostných ciest do programu výstavby ako pravdepodobne PPP projekty a aj v samotnom programe plánujú pokračovať v koncesii na Letisko M. R. Štefánika v Bratislave.

SDKÚ-DS podporuje efektívne PPP projekty tam, kde nie je možné využívať eurofondy. Toto konštatovanie je pravdepodobne namierené na tie úseky diaľnic a rýchlostných ciest, ktoré sa nachádzajú v Bratislavskom samosprávnom kraji a teda na ne nie je možné čerpať eurofondy.

SNS podporuje PPP projekty v kombinácii s eurofondami a prostriedkami štátneho rozpočtu.

Ako sme ukázali politické strany nemajú príliš odlišné stanoviská k používaniu PPP projektov. Najčastejšie deklarujú fiškálnu disciplínu a používanie PPP projektov v primeranej miere tam, kde je potreba výstavby novej infraštruktúry, ale nie je možné ju financovanie z eurofondov.

Diskusia sa oproti predchádzajúcej volebnej kampani výrazne posunula, keď PPP projekty nie sú už démonizované, ale dostávajú sa do polohy obvyklého projektového nástroja.

Michal Považan, výkonný riaditeľ Asociácie PPP



PPP slovník

Prenos zodpovednosti („Transfer of Responsibility“): Prípady v oblasti tuhých odpadov predstavujú najvyšší prenos zodpovednosti na súkromného partnera. Vyššie uvedené platí často práve kvôli viac špekulatívnym a obchodným investíciám v tejto oblasti, ktoré sú pre financovanie očakávané od súkromného partnera (treba podoznieť, že uvedené prípady sa zameriavajú najmä na iniciatívu súkromného sektoru).

ZDROJ: *European Commission: Resource Book on PPP Case Studies, June 2004.*

Analýza nákladov a výnosov („Cost-Benefit-Analysis (CBA)“): Systematické zahrnutie nepriamych, rozsiahlych a nepeňažných nákladov a výnosov do odhadovaných investícií, zvyčajne z dôvodu odôvodnenia štátnych investícií v oblasti verejnej infraštruktúry.

ZDROJ: *A Guide on Promoting Good Governance in Public Private Partnerships; United Nations Economic Commission for Europe, June 2007*

Stavebné riziko („Construction risk“): Risk spájaný so stavebnou fázou projektu.

ZDROJ: *A Guide on Promoting Good Governance in Public Private Partnerships; United Nations Economic Commission for Europe, June 2007.*

ZDROJ: *Guidelines for successful public-private partnerships, March 2003.*

Devízové riziko („Currency risk“): Cross-currency risk a devízové riziko.

ZDROJ: *A Guide on Promoting Good Governance in Public Private Partnerships; United Nations Economic Commission for Europe, June 2007*

Rovné zaobchádzanie („Equal Treatment“): Jeden zo základných princípov PPP projektov. Vytvorenie identických pravidiel a kritérií pre všetkých investorov, z dôvodu zabránenia akýchkoľvek výhod pre ktoréhokoľvek z investorov.

ZDROJ: *DLA Piper, Bucharest, Romania, New Developments in PPP Legislation, July 2010.*

Proces riešenia sporov („Dispute Resolution Procedures“): Alternatívne k štandardnému riešeniu sporov súdnou cestou by mal byť pri PPP projektoch zmluvne zakotvený proces rýchleho a efektívneho riešenia sporov. Zároveň je nutné, aby sa projektový manažér snažil spory riešiť prostredníctvom vzájomného dialógu. V prípade, že vzájomná komunikácia medzi stranami zlyhá, je nevyhnutné, aby existoval formálny proces (napr. arbitráž), ktorý efektívne a rýchlo spor vyrieši bez navyšovania nákladov a bez omeškania z dôvodu nepružného riešenia sporu.

ZDROJ: *Guidelines for successful public-private partnerships, March 2003.*

PPP slovník pripravuje
Advokátska kancelária DLA PIPER Bratislava

Kalendár PPP podujatí

Plavecké centrum v Piešťanoch

Miesto konania: Bratislava, Slovensko

Dátum: 27. 3. 2012

Druh akcie: ostatné

Link: www.asociaciapp.sk

Introduction to Project Finance

Miesto konania: Veľká Británia, Londýn

Dátum: 4. 4. 2012

Druh akcie: konferencia

Link: <http://www.smi-online.co.uk/training/overview.asp?is=5&ref=3960>

Successful Combination of PPP and EU Funds

Miesto konania: Nemecko, Berlín

Dátum: 16. – 17. 4. 2012

Druh akcie: seminár

Link: http://www.euroakad.eu/fileadmin/user_upload/dateien/seminars/Successful_Combination_of_PPP_and_EU_Funds

7th Annual PPP in CEE and SEE Summit

Miesto konania: Rakúsko, Viedeň

Dátum: 18. – 20. 4. 2012

Druh akcie: konferencia

Link: http://finance.flemingeurope.com/ppp-cee-see-conference/?c_trc=A&AI18WR0M

Zľava pre členov APPP vo výške 25% účastníckeho poplatku.

Speed uppp Ukraine

Miesto konania: Ukrajina, Kijev

Dátum: 22. – 24. 4. 2012

Druh akcie: konferencia

Link: <http://pppinstitute.com/2011/08/29/speed-uppp-ukraine/>

Operational Modelling for PFI Projects

Miesto konania: Londýn, Veľká Británia

Dátum: 2. 5. 2012

Druh akcie: ostatné

Link: <http://www.smi-online.co.uk/training/overview.asp?is=8&ref=3965>

