

Listom zo dňa 08. 07. 2024 ste sa obrátili na Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) so žiadosťou k aplikácii zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

V žiadosti uvádzate, cit.:

„Touto cestou si dovoľujeme osloviť Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „Úrad“), ktorý je podľa §140 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení (ďalej len „Zákon“ alebo „ZVO“) ústredným orgánom štátnej správy pre verejné obstarávanie a ktorý podľa § 147 písm. h) Zákona usmerňuje metodicky účastníkov procesu verejného obstarávania, o poskytnutie metodického usmernenia v súlade s nižšie opísaným skutkovým stavom veci.

I. Skutkový stav veci

Mesto Ružomberok ako verejný obstarávateľ podľa § 7 ods. 1 písm. b) v tom čase platného a účinného zákona o verejnom obstarávaní uzatvorilo dňa 23.7.2013 so spoločnosťou Elit Centrum, s. r. o., IČO: 47 312 190, so sídlom Čremošná 8183/8, 034 06 Ružomberok, ako koncesionárom (ďalej len „Koncesionár“) Koncesnú zmluvu na prevádzkovanie zimného štadióna v Meste Ružomberok (ďalej len „Koncesná zmluva“). Dňa 30.6.2022 bol uzavretý CEZ 363/2022 Dodatok č. 13 ku Koncesnej zmluve (ďalej len „Dodatok č. 13“).

Pre doplnenie uvádzame, že v konaní o preskúmanie úkonov Mesta Ružomberok ako kontrolovaného Úrad v nadväznosti na preskúmanie skutkového stavu veci súvisiacich s uzavretím Dodatku č. 13 zaujal nasledovný záver: Dodatok č. 13 síce nadväzuje na pôvodnú Koncesnú zmluvu, ale svojím obsahom predstavuje nový záväzok, t. j. prejav vôle zmluvných strán sa nanovo dohodnúť na podstatných náležitostiach záväzku, pričom Dodatok č. 13 rozšíril rozsah pôvodnej Koncesnej zmluvy, nakoľko jeho uzavretím dochádza k novému dojednaniu: (i) predĺženiu koncesnej lehoty, zároveň (ii) k novému dojednaniu záväzku koncesionára vo forme investície za dodávku a montáž fotovoltických panelov, ktorú pôvodná Koncesná zmluva neupravovala, ako (iii) aj k celkovému finančnému navýšeniu Koncesnej zmluvy o výšku každoročnej úhrady za prevádzkovanie koncesného majetku (doplnila sa súčasne metodika výpočtu úhrady za energie, tzv. indexácia) za obdobie súvisiace s novo dojednanou koncesnou lehotou až do roku 2032.

Mesto Ružomberok v plnom rozsahu, bezpodmienečne a neodvolateľne súhlasilo so všetkými zistenými skutočnosťami uvádzanými Úradom, ako aj s tým, že sa dopustilo správnych deliktov; pokutu udelenú zo strany Úradu Mesto Ružomberok riadne uhradilo. V nadväznosti na závery kontroly Úradu Mesto Ružomberok s Koncesionárom vstúpilo do rokovaní o skončení Koncesnej zmluvy v záujme nápravy protiprávneho stavu založeného Dodatkom č. 13; prioritou Koncesionára je však zotrvať v koncesnom vzťahu.

Ako z vyššie uvedeného vyplýva, Dodatkom č. 13 došlo k rozšíreniu predmetu pôvodnej Koncesnej zmluvy o i. aj o možnosť zmeny systému úhrad za prevádzkovanie koncesného majetku, a to v závislosti od vývoja cien energií (tzv. indexácia/indexačná doložka). Úrad v tejto súvislosti v rámci konania o preskúmaní úkonov obstarávateľa poukázal na skutočnosť, že montáž fotovoltických panelov a s tým súvisiace predĺženie koncesnej lehoty, ako aj zmena

výšky úhrady za prevádzkovanie koncesného majetku (o ktoré bol pôvodný predmet Zmluvy rozšírený uzatvorením Dodatku č. 13):

- a) naplňajú znaky nového koncesného záväzku,
- b) preukazujú vôľu zmluvných strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach zmluvy (predmet plnenia, cena, koncesná lehota).

Ku dňu prípravy tejto žiadosti je potrebné uviesť, že medzi zmluvnými stranami už došlo k aplikácii indexačnej doložky podľa Dodatku č. 13.

V záujme konvalidácie právneho a skutkového stavu veci Mesto Ružomberok v súčasnosti už dlhodobo rokuje s Koncesionárom a jeho zámerom je, aby zistenia Úradu boli zohľadnené v plnej miere a zmluvné strany nastavili podmienky spolupráce v súlade s platnou a záväznou právnou úpravou ZVO, t. j. najmä tak, aby akékoľvek zmeny Dodatku č. 13 nepredstavovali podstatné zmeny Koncesnej zmluvy v rozpore s § 18 ZVO a zároveň, aby bol zachovaný princíp znášania prevádzkového rizika podľa § 4 ods. 3 ZVO¹.

V kontexte uvedeného si preto Mesto Ružomberok na základe tejto žiadosti dovoľuje požiadať Úrad o jeho spätnú väzbu k zvažovaným úpravám Dodatku č. 13; zámerom zmluvných strán je upraviť nasledovné zmluvné podmienky:

- i. indexáciu platieb za jednotlivé Úhrady (indexácia bola zavedená Dodatkom č. 13); a súčasne
- ii. lehotu platnosti Koncesnej zmluvy.

Na základe týchto skutočností Koncesionár navrhuje dve (2) alternatívne úpravy indexácie, ktoré umožnia zachovanie prevádzky zimného štadióna pod záštitou súčasného Koncesionára, a to až do roku 2027, pričom trvanie koncesnej lehoty by sa upravilo tak, aby koncesná lehota odzrkadľovala stav pred platnosťou a účinnosťou Dodatku č.13 (čím by sa tzv. „konvalidovala“ Úradom vytýkaná podstatná zmena koncesnej lehoty dohodnutá podľa Dodatku č. 13).

Alternatíva č. 1 k indexačnej doložke:

Prenos dodávok elektriny a plynu na Mesto Ružomberok². To znamená, že Koncesionár by ukončil zmluvné vzťahy s dodávateľmi plynu a elektriny pre odberné miesto zimný štadión ku dňu 31.12.2024 a od 1.1.2025 uzatvorí Mesto Ružomberok ako odberateľ so svojim dodávateľom elektriny a plynu zmluvu o dodávke energií do odberného miesta Zimný štadión. Mesto Ružomberok by tak od 1.1.2025 bolo priamym odberateľom energií s povinnosťou zaplatiť dodávateľom cenu za odobraté energie; Mesto Ružomberok následne takto zaplatenú

¹ Podľa § 4 ods. 3 ZVO platí: „Zadaním koncesie prechádza prevádzkové riziko na koncesionára pri využívaní stavby alebo poskytovaní služby, ktoré zahŕňa riziko na strane dopytu alebo ponuky. Prevádzkové riziko prechádza na koncesionára, ak za bežných prevádzkových podmienok nemá zaručenú návratnosť vynaložených investícií alebo nákladov vzniknutých pri prevádzkovaní stavby alebo poskytovaní služby, ktorá je predmetom koncesie. Časť rizika preneseného na koncesionára musí zahŕňať reálne vystavenie voči výkyvom trhu tak, aby akákoľvek potenciálna strata vzniknutá koncesionárovi nebola iba nominálna alebo zanedbateľná.“

² dodávka energií v rámci už uzatvoreného koncesného vzťahu by sa presunula do dispozície obstarávateľa, t.j. Mesto Ružomberok sa zaviaže Koncesionárovi, že na náklady a nebezpečenstvo Koncesionára zabezpečí dodávku elektrickej elektriny a plynu do koncesného majetku, na základe osobitných zmlúv, ktoré uzatvorí Mesto Ružomberok s dodávateľmi týchto energií.

cenu za odobraté energie do Zimného štadióna prefakturuje Koncesionárovi v celej výške a Koncesionár ich Mestu Ružomberok uhradí.

Zároveň by bola v Koncesnej zmluve ponechaná indexačná doložka súvisiaca s vývojom cien elektriny a plynu, avšak na rozdiel od súčasne platnej indexačnej doložky (zavedenej Dodatkom č. 13), by referenčnou hodnotou nebola cena elektriny a plynu, ktorú má/mal dohodnutú Koncesionár, ale cena elektriny a plynu, ktorú bude mať pre jednotlivé roky dohodnutú Mesto Ružomberok so svojim dodávateľom.

Alternatíva č. 2 k indexačnej doložke:

Dodávky elektriny a plynu do Zimného štadióna by ostali zazmluvnené aj po úprave Dodatku č. 13 tak ako sú v súčasnosti dohodnuté podľa platnej Koncesnej zmluvy, t. j. Koncesionár by na základe svojich zmluvných vzťahov s dodávateľmi zabezpečoval dodávku elektriny a plynu do zimného štadióna, a teda nedošlo by k ich prenosu na Mesto Ružomberok, ako je navrhované v alternatíve č. 1.

Zároveň by bola v Koncesnej zmluve ponechaná indexačná doložka súvisiaca s vývojom cien elektriny a plynu, avšak na rozdiel od súčasne platnej indexačnej doložky, bude referenčnou hodnotou nie výlučne cena elektriny a plynu, ktorú má/mal dojednanú Koncesionár, ale výpočet ceny energií sa bude riadiť nižšou cenou (t. j. ekonomicky výhodnejšou pre obstarávateľa), a to v závislosti od toho, či má nižšiu cenu energií pre príslušný kalendárny rok dohodnutú Koncesionár alebo Mesto Ružomberok.

II. Žiadosť Mesta Ružomberok

Vzhľadom na vyššie opísaný skutkový stav veci žiadame Úrad o poskytnutie metodického usmernenia, a to aj v súlade s rozhodovacou praxou Úradu k nasledovným podotázkam:

1. Za akých podmienok je možné aplikovať indexačné doložky uvádzané v alternatíve č. 1 a/alebo alternatíve č. 2 ?

2. Je možné (vo všeobecnej rovine) v rámci už existujúceho koncesného zmluvného vzťahu dohodnúť dodatkom zmenu (prenos) dodávok energií z koncesionára na obstarávateľa? Je možné upraviť podmienky indexácie, ktorej zavedenie v priebehu trvania zmluvného vzťahu (dodatkom k zmluve) bolo (hypoteticky) zo strany Úradu posúdené ako podstatná zmena zmluvy? Poprosíme o bližšie objasnenie aké nastavenie prípadných zmluvných podmienok by v súlade so ZVO prichádzalo do úvahy.

3. Je možné podmienky dodávok energií (ktoré v súčasnosti v rámci odmeny za prevádzku koncesného majetku zabezpečuje Koncesionár na základe osobitných zmlúv, ktoré Koncesionár uzatvoril s dodávateľmi týchto energií a ktorej časť odmeny je v súčasnosti formou indexácie možné upravovať - znižovať/zvyšovať z dôvodu nepredvídateľnej zmeny ceny energií podľa Dodatku č. 13) preniesť úpravou Dodatku č. 13 do dispozičnej sféry (t. j. na zodpovednosť) Mesta Ružomberok (avšak na náklady Koncesionára) ako obstarávateľa, a to bez nového verejného obstarávania tak, aby nebola táto zmena Koncesnej zmluvy posudzovaná ako podstatná zmena zmluvy podľa § 18 ZVO? Poprosíme Úrad, aby sa bližšie vyjadril k podmienkam, ktoré by akceptoval za daného stavu.

4. *Za akých podmienok je možné otázku úpravy prenosu indexácie/dodávok energií (opísanú v podotázke č. 1.) posudzovať ako podstatnú zmenu zmluvy, ktorá si vyžaduje nové verejné obstarávanie v súlade so ZVO ?*

5. *Akým spôsobom by malo dôjsť k zmluvnej úprave podmienok indexácie/dodávok energií tak, aby uvedená zmena bola v súlade s princípom prenosu prevádzkového rizika ale súčasne by nejakým spôsobom reflektovala na skokový vývoj cien energií na trhu, za splnenia podmienky, že prevádzka koncesného majetku by mohla byť do predčasného skončenia koncesnej zmluvy (Mesto Ružomberok a Koncesionár rokujú o predčasnom ukončení koncesnej zmluvy; zámerom obstarávateľa je vykonať nové verejné obstarávanie) zabezpečená súčasným Koncesionárom?*

S ohľadom na základné princípy verejného obstarávania rozumieme, že Úrad opakovane poukazuje na potrebu reštriktívneho prístupu k aplikácii výnimiek z pravidiel verejného obstarávania a akcentuje na skutočnosť, že pokiaľ sa na základe nepredvídateľných okolností uskutoční zmena zmluvy, táto nesmie ísť nad rámec nevyhnutného.“

V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie.

Na úvod uvádzame, že oddelenie metodiky a zadávania zákaziek v rámci svojej vymedzenej kompetencie **nenahrádza oprávnenia a povinnosti jednotlivých účastníkov procesu verejného obstarávania**, ktoré im z tohto postavenia vyplývajú, resp. neurčuje im záväzný postup, ktorý uplatnia pri zadávaní zákazky. Takáto činnosť prináleží výkonu dohľadu, ktorú vykonáva iný, funkčne príslušný útvar úradu na podklade doručenia kompletnej dokumentácie z predmetného verejného obstarávania. K samotnému záveru, či určitý postup zadávania zákazky korešponduje s povinnosťami zakotvenými v zákone o verejnom obstarávaní, je možné dospieť len po dôslednom preskúmaní a zhodnotení skutkového stavu a konkrétnych okolností predmetného prípadu, vychádzajúc z kompletného spisového materiálu týkajúceho sa postupu zadávania posudzovanej zákazky.

Zákon o verejnom obstarávaní v § 18 vymedzuje, **za splnenia akých okolností je možné vykonať zmeny zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania**. Je na každom verejnom obstarávateľovi, aby dôkladne preskúmal ustanovenia svojej zmluvy a príslušné okolnosti, ktoré vedú k potrebe úpravy zmluvy.

Uplatnenie pravidiel pre zmenu zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy predstavuje výnimku z povinnosti použitia nového postupu zadávania zákazky. Možnosť úpravy zmluvy, rámcovej dohody by sa mala používať mimoriadne opatrne a jej cieľom by nemalo byť obchádzanie zákona o verejnom obstarávaní a princípov rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti, na ktorých je tento zákon založený. **Dôkazné bremeno, pokiaľ ide o okolnosti, ktoré umožňujú uplatnenie výnimky, nesie verejný obstarávateľ.**

Podľa § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní **zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania** bez nového verejného obstarávania, **ak nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy bez ohľadu na hodnotu tejto zmeny.**

Podľa § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní **podstatnou zmenou pôvodnej zmluvy**, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa **rozumie taká zmena**, ktorou sa najmä

- a) **mení povaha alebo rozširuje rozsah pôvodnej zmluvy**, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
- b) **doplňajú alebo menia podstatným spôsobom podmienky**, ktoré by v **pôvodnom postupe** zadávania zákazky alebo koncesie **umožnili účasť iných hospodárskych subjektov**, alebo ktoré by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku,
- c) **mení ekonomická rovnováha v prospech dodávateľa** spôsobom, ktorý pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva neupravovala alebo
- d) **nahrádza pôvodný dodávateľ novým dodávateľom** alebo pôvodný koncesionár novým koncesionárom **inak, ako podľa odseku 1 písm. d).**

Okolnosti, kedy sa zmena považuje za podstatnú vyplýva napr. aj z bodu 107 preambuly smernice 2014/24/EÚ, podľa ktorého cit.: „*Je potrebné objasniť podmienky, za ktorých si úprava zákazky počas jej plnenia vyžaduje nový postup obstarávania, so zreteľom na príslušnú judikatúru Súdneho dvora Európskej únie. Nový postup obstarávania je potrebný, ak sa v pôvodnej zákazke uskutočnia závažné zmeny, najmä pokiaľ ide o rozsah a obsah vzájomných práv a povinností zmluvných strán vrátane rozdelenia práv duševného vlastníctva. Takéto zmeny poukazujú na zámer zmluvných strán opätovne dohodnúť základné podmienky zákazky. Platí to najmä v prípade, ak by zmenené podmienky mali vplyv na výsledok postupu, keby boli súčasťou pôvodného postupu.*“

Pri posúdení oprávnenosti uskutočnenia zmeny zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní je podstatné zamerať sa predovšetkým na skutočnosť, či v danom prípade dochádza/nedochádza k naplneniu niektorého z atribútov predpokladaných v ustanovení § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. **Verejný obstarávateľ by sa mal uistiť, že nedochádza k takej zmene podmienok, ktorá by v pôvodnom postupe zadávania zákazky alebo koncesie umožnila účasť iných hospodárskych subjektov, alebo ktorá by umožnila prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku**, t. j., že táto zmena by nebola schopná ovplyvniť očakávaná a správanie hospodárskych subjektov zostavujúcich svoje ponuky, či rozhodujúcich sa zúčastniť daného verejného obstarávania.

Otázkam možnosti zmeny zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa úrad venoval vo viacerých metodických usmerneniach, ktoré sú zverejnené [na webovom sídle úradu](#). K uvedenej problematike úrad vydal aj [všeobecné metodické usmernenie č. 10-2019](#) a [všeobecné metodické usmernenie č. 2-2023](#).

Z kontextu Vašej žiadosti je zjavné, že dodatok č. 13 bol predmetom kontroly zo strany úradu a rozhodnutím č. 9543-6000/2022 Vám bola uložená pokuta. V uvedenom rozhodnutí úrad skonštatoval, že došlo k porušeniu § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a k uzatvoreniu dodatku bez použitia postupov upravených zákonom o verejnom, čím došlo k uzavretiu nového koncesného záväzku.

V nadväznosti na Váš záujem konvalidovať právny a skutkový stav, t. j. aby zmeny dodatku č. 13 nepredstavovali podstatné zmeny koncesnej zmluvy poukazujeme na body 92. a 100. rozhodnutia č. 9543-6000/2022, cit.:

„92. Úrad poukazuje v tejto súvislosti aj na vyjadrenie kontrolovaného, že v prípade uzavretia Dodatku č. 13 k predmetnej koncesnej zmluve dochádza k predĺženiu koncesnej lehoty do roku 2032, pričom celkové predpokladané odhadované navýšenie výdavkov kontrolovaného v prospech koncesionára za obdobie 10 rokov 2023 – 2032 vyčíslil kontrolovaný vo výške min. 885 692,50 EUR, a tým aj k celkovému predpokladanému navýšeniu výdavkov kontrolovaného v prospech koncesionára po túto dobu o odhadovanú hodnotu vo výške min. 409 692,50 EUR, má úrad za to, že kontrolovaný bol v zmysle zákonnej úpravy platnej a účinnej v čase uzavretia Dodatku č. 13 povinný aplikovať pravidlá a postupy verejného obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní a mal v danom prípade zadať samostatným novým postupom koncesiu na poskytnutie služieb, nakoľko úrad posudzuje súlad uzavretia dodatkov so zákonom o verejnom obstarávaní účinnom v čase jeho uzavretia.

100. Úrad má preto s prihliadnutím na vyššie uvedené za to, že v danom prípade mal kontrolovaný postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní a namiesto uzavretia Dodatku č. 13 bez aplikácie zákona o verejnom obstarávaní zadať podlimitnú koncesiu na poskytnutie služieb postupom príslušným pre zadávanie podlimitnej koncesie podľa § 118 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko v čase uzatvárania Dodatku č. 13 v tom čase účinný zákon o verejnom obstarávaní už obsahoval právnu úpravu postupov pre zadávanie koncesií bez ohraničenia rozhrania finančného limitu, ktorý by bol z pod pôsobnosti zákona o verejnom obstarávaní vyňatý, t. j. upravoval aj postup pre koncesie do finančného limitu, ktorý bol nižší ako finančný limit pre koncesie upravené zákonom č. 25/2006 Z. z. účinnom v čase uzavretia pôvodnej koncesnej zmluvy.“

Ako teda vyplýva z rozhodnutia č. 9543-6000/2022, dodatok č. 13 bol uzatvorený v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, t. j. bolo skonštatované uzatvorenie nového koncesného záväzku bez riadnej hospodárskej súťaže. V uvedenom prípade došlo k naplneniu atribútov podstatnej zmeny zmluvy upravených v ustanovení § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Zo záverov rozhodnutia teda vyplýva, že uzatvorením došlo k takej zmene zmluvy, ktorá by v pôvodnom postupe zadávania zákazky alebo koncesie umožnila účasť iných hospodárskych subjektov, alebo ktorá by umožnila prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku.

Vychádzajúc zo záverov citovaného rozhodnutia, máme za to, že nie je možné dodatok č. 13 konvalidovať, t. j. premeniť neplatný právny úkon na platný. Pri našej odpovedi je možné vychádzať zo zásady „Ex iniuria ius non oritur“, t. j. na bezpráví nemožno založiť právo. Nakoľko rozhodnutím úradu č. 9543-6000/2022 bolo potvrdené, že dodatok č. 13 bol uzatvorený bez použitia postupov upravených zákonom o verejnom obstarávaní, je možné vysloviť záver, že v súčasnosti nie je možné takúto zmenu zmluvy upraviť legálnym spôsobom.