

PRÁVNE POSÚDENIE

Objednávateľ:

Technické služby Ružomberok, akciová spoločnosť

IČO: 36 391 301

so sídlom: Pivovarská 9, Ružomberok 034 01

(ďalej len „*Objednávateľ*“)

Vypracoval:

ADVOKÁTI Müller & Dikoš, s.r.o.

IČO: 36 864 455

sídlo: Závodská cesta 3911/24, 010 01 Žilina

ŽILINA 2019

1. ÚVOD

1.1. Zadanie

Na základe objednávky Objednávateľa predkladáme právne posúdenie, v ktorom sa po zhrnutí skutkového a právneho stavu veci zisteného na základe predložených listinných dokladov, platnej legislatívy SR a s ohľadom na právne postavenie Objednávateľa ako obchodnej spoločnosti s majetkovou účasťou Mesta, posudzujeme právne postavenie, práva a povinnosti oboch spomenutých subjektov v procese prípadného verejného obstarávania pre zákazku zadávanú Mestom ako verejným obstarávateľom. Súčasťou tohto právneho posúdenia je aj návrh opatrení, ktorých prijatie považujeme za vhodné za účelom eliminácie rizika porušenia právnych predpisov upravujúcich pravidlá procesu verejného obstarávania.

1.2. Použité skratky

Slová písané v texte tohto dokumentu s veľkým začiatočným písmenom budú mať nasledovný význam:

TS Ružomberok

- spoločnosť *Technické služby Ružomberok, akciová spoločnosť, IČO: 36 391 301, so sídlom: Pivovarská 9, Ružomberok 034 01*

Mesto

- *Mesto Ružomberok*

Akcionár 1/

- spoločnosť *T+T, a.s., IČO: 36 400 491, so sídlom: A. Kmeťa 18, 010 01 Žilina*

Akcionár 2/

- *Ing. Pavol Jeleník, PhD., nar.: 08.04.1959, trvalý pobyt: Pri Váhu 74, 034 01 Ružomberok, občan SR*

Stanovy

- *Stanovy spoločnosti TS Ružomberok v znení platnom a účinnom ku dňu vypracovania tohto dokumentu*

Skratky právnych predpisov podľa textu

2. PODKLADY PRE VYPRACOVANIE PRÁVNEHO POSÚDENIA

Pri vypracúvaní tohto dokumentu naša spoločnosť vychádzala z písomností a informácií poskytnutých Objednávateľom, ako aj z podkladov zabezpečených našou spoločnosťou.

2.1. Dokumenty poskytnuté Objednávateľom

- Stanovy

2.2. Dokumenty zabezpečené našou spoločnosťou

- právne predpisy použité pri vypracovaní tejto analýzy uvedené v bode 2.3

2.3. Použité právne predpisy

- zák. č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní (ďalej len „ZVO“)
- zák. č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej len „ObchZ“)
- zák. č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ďalej len „ObčZ“)

3. SKUTKOVÝ STAV

Spoločnosť TS Ružomberok je akciovou spoločnosťou, ktorej akcionármi sú Akcionári 1/ a 2/ a Mesto, a to s nasledovným podielmi na základnom imaní spoločnosti:

- a) Akcionár 1/: 51%
- b) Mesto: 44%
- c) Akcionár 2/: 5%

Tieto podiely súčasne predstavujú mieru, v akej sa akcionári podieľajú na riadení spoločnosti, jej zisku, čistom imaní či prípadnom likvidačnom zostatku.

Akcionári vykonávajú svoje akcionárske práva predovšetkým prostredníctvom účasti a hlasovania na valnom zhromaždení spoločnosti. V zmysle Čl. V. bodu 4. Stanov sa hlasovacie právo patriace akcionárovi riadi menovitou hodnotou jeho akcií. Valné zhromaždenie je uznášaniaschopné, ak sú prítomní akcionári majúci akcie s menovitou hodnotou predstavujúcou viac než 50% základného imania spoločnosti (čl. IX. bod 2. Stanov) s tým, že na rozhodnutie sa v zásade vyžaduje jednoduchá väčšina všetkých hlasov. To však neplatí pri rozhodovaní o niektorých zásadných otázkach, ktoré sú uvedené v čl. VII. ods. 1 Stanov, kde sa vyžaduje kvalifikovaná dvojtretinová väčšina všetkých hlasov.

4. PRÁVNE POSÚDENIE VECI

4.1. Relevantné ustanovenia

V súvislosti s predmetom zadania podľa bodu 1.1. považujeme za potrebné poukázať na nasledovné zákonné ustanovenia ZOV a Stanov:

V zmysle ust. § 23 ods. 1 ZVO platí, že *verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zabezpečiť, aby vo verejnom obstarávaní nedošlo ku konfliktu záujmov, ktorý by mohol narušiť alebo obmedziť hospodársku súťaž alebo porušiť princíp transparentnosti a princíp rovnakého zaobchádzania.*

Podľa ust. § 23 ods. 2 ZVO *konflikt záujmov zahŕňa najmä situáciu, ak zainteresovaná osoba, ktorá môže ovplyvniť výsledok alebo priebeh verejného obstarávania, má priamy alebo nepriamy finančný záujem, ekonomický záujem alebo iný osobný záujem, ktorý možno považovať za ohrozenie jej nestrannosti a nezávislosti v súvislosti s verejným obstarávaním.*

Podľa ust. § 23 ods. 5 ZVO *sú verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinní prijať primerané opatrenia a vykonať nápravu, ak zistia konflikt záujmov. Opatreniami podľa prvej vety sú najmä vylúčenie zainteresovanej osoby z procesu prípravy alebo realizácie verejného obstarávania alebo úprava jej povinností a zodpovedností s cieľom zabrániť pretrvávaniu konfliktu záujmov.*

V zmysle ust. §40 ods. 6 písm. f) ZVO, *verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčia z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak konflikt záujmov podľa § 23 nemožno odstrániť inými účinnými opatreniami.*

Podľa ust. § 51 ods. 1, 4 a 5 ZVO, (1) verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní na vyhodnotenie ponúk zriadiť najmenej trojčlennú komisiu. Členovia komisie musia mať odborné vzdelanie alebo odbornú prax zodpovedajúcu predmetu zákazky alebo koncesie; verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú oprávnení spracúvať dokumenty v nevyhnutnom rozsahu na tento účel. Komisia je spôsobilá vyhodnocovať predložené ponuky, ak je súčasne prítomná väčšina jej členov. (4) Členom komisie nesmie byť osoba, ktorá je alebo v čase jedného roka pred vymenovaním za člena komisie bola

- a) uchádzačom, ktorým je fyzická osoba,
- b) štatutárnym orgánom, členom štatutárneho orgánu, členom dozorného orgánu alebo iného orgánu uchádzača, ktorým je právnická osoba,
- c) spoločníkom alebo členom právnickej osoby, ktorá je uchádzačom alebo tichým spoločníkom uchádzača,
- d) zamestnancom uchádzača, zamestnancom záujmového združenia podnikateľov, ktorého je uchádzač členom.

(5) Členom komisie nesmie byť ani

- a) blízka osoba osobe uvedenej v odseku 4 a)
- b) osoba, u ktorej možno mať pochybnosť o jej nezáujmatosti vo vzťahu k uchádzačovi alebo záujemcovi, najmä ak ide o osobu, ktorá sa podieľala na príprave dokumentov v danom verejnom obstarávaní na strane zájemcu alebo uchádzača, alebo ktorej môže vzniknúť výhoda alebo ujma v súvislosti s výsledkom vyhodnotenia ponúk.

Podľa ustanovenia čl. IX. bodu 4. Stanov, rozhodnutie o veciach uvedených v čl. VII. ods. 1. vyžaduje **dvojtretinovú väčšinu všetkých hlasov** a musí sa o tom vyhotoviť notárska zápisnica. V ostatných záležitostiach rozhoduje valné zhromaždenie jednoduchou väčšinou všetkých hlasov.

V zmysle ustanovenia čl. VII. bodu 1. Stanov, Valné zhromaždenie je najvyšším orgánom spoločnosti. Do jeho pôsobnosti patrí:

- a) schválenie a zmena stanov,
- b) rozhodnutie o zvýšení a znížení základného imania,
- c) voľba a odvolanie členov predstavenstva,
- d) voľba a odvolanie členov dozornej rady spoločnosti s výnimkou členov volených podľa § 200 Obchodného zákonníka,
- e) rozhodnutie o rozdelení zisku, vrátane určenia výšky tantiém a dividend,
- f) rozhodnutie o zmene práv, ktoré patria akciám,
- g) rozhodnutie o peňažných vkladoch, alebo zvýšení vkladov do iných obchodných spoločností, družstva alebo združenia,
- h) schválenie finančného a investičného plánu,
- i) **schválenie cien poskytovaných služieb pre zakladateľa č. 2,**
- j) predaj majetku spoločnosti nad 500.000,-Sk za jednu vec,
- k) rozhodnutie o zrušení spoločnosti.

4.2. Právne posúdenie

4.2.1. Práva a povinnosti a právne postavenie Mesta ako akcionára TS Ružomberok

Z vyššie uvedených skutočností je zrejme špecifické, dvojčlené postavenie Mesta, ktoré by v rámci prípadného procesu verejného obstarávania pre zákazku, ktorej zadávateľom je Mesto, na jednej strane vystupovalo ako akcionár spoločnosti TS Ružomberok, a na druhej strane v postavení verejného obstarávateľa. Ako už bolo uvedené, Mesto je 44% - ným akcionárom spoločnosti TS Ružomberok, a teda z pohľadu výkonu hlasovacích práv a rozhodovania na valnom zhromaždení spoločnosti akcionárom menšinovým. Bežnú väčšinu všetkých hlasov

potrebnú na prijatie rozhodnutia valného zhromaždenia nedosiahne ani v spojení s Akcionárom 2/. Pre dosiahnutie hlasovacieho kvóra je tak na valnom zhromaždení vždy potrebná účasť Akcionára 1/.

V tejto súvislosti je však potrebné pripomenúť, že pri rozhodovaní o niektorých zásadných otázkach, ktoré sú uvedené v čl. VII. ods. 1 Stanov, sa vyžaduje kvalifikovaná dvojtretinová väčšina **všetkých** hlasov. Zo vzájomného pomeru hlasovacích práv jednotlivých akcionárov spoločnosti vyplýva, že bez vzájomnej zhody Mesta a Akcionára 1/ fakticky nemožno o týchto otázkach platne rozhodnúť.

K takto vymedzeným otázkam patrí okrem iného aj „*schválenie cien poskytovaných služieb pre zakladateľa č. 2*“ t.j. pre Mesto. /čl. VII. bod 1 písm. i) Stanov/. Je teda nepochybné, že **Mesto má priamy vplyv na cenotvorbu spoločnosti TS Ružomberok, a to vo vzťahu k cenám služieb ponúkaných touto spoločnosťou Mestu.**

S právnym postavením akcionára spoločnosti TS Ružomberok je súčasne spojené aj právo Mesta na podiel na zisku tejto spoločnosti vo forme dividendy. Tento zisk je nepochybne tvorený predovšetkým ziskom dosahovaným realizáciou obchodných zmluvných vzťahov, a teda aj tých obchodných vzťahov, ktoré sú alebo potenciálne môžu byť výsledkom procesu verejného obstarávania vo forme príslušnej zákazky. Výška dosahovaného zisku a teda aj dividendy je tak závislá na tom, či a za akých podmienok bude spoločnosť akýkoľvek zmluvný vzťah realizovať. Z hľadiska prípadnej zákazky zadávanej Mestom v rámci procesu verejného obstarávania je teda výška dosahovaného zisku závislá na rozhodnutí, či a za akých podmienok bude spoločnosť TS Ružomberok vstupovať do obchodno – právneho vzťahu s Mestom.

S ohľadom na uvedené možno uzavrieť, že v rámci prípadného procesu verejného obstarávania, ktorého by sa zúčastnila aj spoločnosť TS Ružomberok, **by tak samotný verejný obstarávateľ mal postavenie zainteresovanej osoby s vplyvom na výsledok alebo priebeh verejného obstarávania, a súčasne s priamym alebo nepriamym finančným, ekonomickým alebo iným osobným záujmom, ktorý možno považovať za ohrozenie jeho nestrannosti a nezávislosti v súvislosti s verejným obstarávaním. Účasťou spoločnosti TS Ružomberok v procese takéhoto verejného obstarávania by tak nepochybne došlo ku konfliktu záujmov** v zmysle vyššie citovaných zákonných ustanovení.

4.2.2. Súvisiace otázky – personálne prepojenie

S ohľadom na predmet tohto právneho posúdenia nemožno opomenúť ani tú skutočnosť, že členmi štatutárneho orgánu ako aj dozorného orgánu spoločnosti TS Ružomberok sú poslanci Mestského zastupiteľstva Mesta. Z výpisu zo obchodného registra TS Ružomberok totiž vyplýva, že:

- a) podpredsedom predstavenstva spoločnosti je Ing. Milan Šlávka, ktorý je súčasne poslancom Mestského zastupiteľstva Mesta pre volebný obvod č. 11;
- b) členom dozornej rady spoločnosti je p. Tomáš Šošovec, ktorý je súčasne poslancom Mestského zastupiteľstva Mesta pre volebný obvod č. 10;
- c) členom dozornej rady spoločnosti je Ing. Slavomír Kláčko, ktorý je súčasne poslancom Mestského zastupiteľstva Mesta pre volebný obvod č. 9.

Navyše je potrebné dodať, že osoby uvedené pod písm. a) a c) sú súčasne členmi Mestskej rady Mesta, ktorá je iniciatívnym, výkonným a kontrolným orgánom Mestského zastupiteľstva.

Aj keď členstvo v štatutárnom či dozornom orgáne spoločnosti samo o sebe nezakladá konflikt záujmov v zmysle vyššie podaného výkladu, je nepochybné, že v prípade procesu verejného obstarávania pre zákazku zadávanú Mestom, ktorého účastníkom by v pozícii

záujemcu či uchádzača mala vystupovať aj spoločnosť TS Ružomberok, by uvedené osoby bolo nutné identifikovať ako osoby s individuálnym vzťahom k verejnému obstarávateľovi ako aj uchádzačovi, a teda osoby, u ktorých potenciálne hrozí vznik konfliktu záujmov. Evidentne aj z tohto dôvodu ZVO vo vyššie citovaných ustanoveniach § 51 takéto osoby vylučuje z funkcie člena komisie pre vyhodnotenie ponúk.

4.2.3. Opatrenia

Na úvod tejto časti je na margo vyššie uvedenej právnej úpravy nutné vo všeobecnosti konštatovať, že subjekt uskutočňujúci verejné obstarávanie sa musí počas celého procesu verejného obstarávania zaoberať možným konfliktom záujmov, pričom je povinný náležitým spôsobom preskúmať a posúdiť, či v konkrétnom verejnom obstarávaní nedošlo k zvýhodneniu určitého (úspešného) uchádzača/záujemcu oproti iným uchádzačom alebo záujemcom. Dôležité je preskúmať, či takémuto subjektu nevznikla neoprávnená výhoda, ktorá by mohla skresliť hospodársku súťaž, a teda či v danom prípade zo strany subjektu uskutočňujúceho verejné obstarávanie nedošlo k porušeniu princípov verejného obstarávania vo väzbe na možný konflikt záujmov.

V zmysle ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie, princíp transparentnosti znamená predvídateľnosť konania subjektu uskutočňujúceho verejné obstarávanie zo strany uchádzačov/záujemcov, ale aj preskúmateľnosť, t.j. aj kontrolu nestrannosti úkonov subjektov uskutočňujúcich verejné obstarávanie zo strany kontrolných orgánov. Subjekt uskutočňujúci verejné obstarávanie by teda mal v prvom rade prijať opatrenia **k predchádzaniu** konfliktu záujmov. Zároveň je tento subjekt povinný prijať také primerané a účinné opatrenia, ktoré identifikujú konflikt záujmov a následne pri identifikácii konfliktu záujmov **uskutočniť nápravu**.

Pokiaľ by teda spoločnosť TS Ružomberok mala byť v rámci prípadného procesu verejného obstarávania uchádzačom o zákazku zadávanú Mestom, bolo by nevyhnutné rešpektovať príslušné ustanovenia ZOV, ktorý najmä prostredníctvom ust. § 23 ods. 5 v takomto prípade ukladá verejnému obstarávateľovi povinnosť **prijať primerané opatrenia a vykonať nápravu**. Obsah, spôsob či formu takýchto opatrení alebo nápravy však bližšie nekonkretizuje a ponecháva ich tak na samotnom verejnom obstarávateľovi. Len v druhej vete tohto zákonného ustanovenia demonštratívne uvádza, že takýmito opatreniami **sú najmä vylúčenie zainteresovanej osoby z procesu prípravy alebo realizácie verejného obstarávania alebo úprava jej povinností a zodpovedností s cieľom zabrániť pretrvávaniu konfliktu záujmov**.

Pri voľbe primeraných opatrení či spôsobu nápravy uvedeného stavu je tak nevyhnutné prihliadať na dôvod takto vzniknutého právneho stavu t.j. prihliadať na skutkové a právne okolnosti, ktoré sú základom takéhoto konfliktu záujmov. S ohľadom na vyššie uvedené je nepochybné, že **konflikt záujmov je v tomto prípade spojený a priamo vyplýva z majetkovej účasti Mesta v spoločnosti TS Ružomberok a z osobitného postavenia Mesta pri rozhodovaní o stanovení cien služieb ponúkaných touto spoločnosťou Mestu**. Možno teda konštatovať, že pokiaľ spoločnosť TS Ružomberok nemá byť z dôvodu konfliktu záujmov a priori vylúčená z procesu verejného obstarávania v prípadoch zákaziek zadávaných Mestom, je potrebné prijať také opatrenia, prostredníctvom ktorých dôjde k úprave práv a povinností spojených s právnym postavením Mesta ako akcionára spoločnosti TS Ružomberok.

Za najradikálnejšie a z hľadiska účelu sledovaného citovanou právnou úpravou aj najefektívnejšie opatrenie by bolo možné považovať **ukončenie majetkovej účasti Mesta v spoločnosti TS Ružomberok** (napr. prevodom akcií vo vlastníctve Mesta emitovaných spoločnosťou TS Ružomberok na iného akcionára či tretiu osobu). Nakoľko by však toto opatrenie z rôznych dôvodov, ktoré nie sú predmetom tohto posúdenia, bolo zrejme ťažko realizovateľným, nižšie uvádzame alternatívy iných opatrení, ktorými by podľa nášho názoru

bolo možné predchádzať a/alebo zabrániť prípadnému konfliktu záujmov. Týmto opatreniami sú:

- a) zmena Stanov spoločnosti TS Ružomberok v časti týkajúcej sa rozhodovania valného zhromaždenia, predmetom ktorého je schvaľovanie cien poskytovaných služieb pre zakladateľa č. 2;
- b) vylúčenie osôb uvedených v bode 4.2.2. z akejkoľvek účasti na procese verejného obstarávania, či už zo strany spoločnosti TS Ružomberok alebo Mesta.

Pokiaľ ide o opatrenie uvedené pod písm. a), pre vylúčenie akýchkoľvek pochybností o dostatočnej intenzite takéhoto opatrenia navrhujeme uvažovať o zmene Stanov, v zmysle ktorej by na rozdiel od terajšej úpravy bolo Mesto ako akcionár spoločnosti **vylúčené z hlasovania o všetkých otázkach, týkajúcich sa účasti spoločnosti v procese verejného obstarávania v tých prípadoch, kedy zadávateľom zákazky (verejným obstarávateľom) je Mesto.** V prílohe tohto dokumentu predkladáme návrh zmien Stanov v zmysle vyššie uvedeného ako Prílohu č. 1.

V Žiline, dňa 14.03.2019

.....
ADVOKÁTI Müller & Dikoš, s.r.o.

Návrh zmien Stanov spoločnosti TS Ružomberok

1. V čl. VII. bode 1. Stanov sa ruší znenie bodu i). Doterajšie body j) a k) sa naďalej označujú ako body i) a j).
2. V čl. IX Stanov sa dopĺňajú nové body 5. a 6., ktoré znejú takto:
 5. *V prípade, že predmetom rozhodovania valného zhromaždenia je*
 - a) *schvaľovanie cien služieb priamo či nepriamo poskytovaných spoločnosťou pre zakladateľa č. 2, alebo*
 - b) *akákoľvek otázka týkajúca sa účasti spoločnosti v procese verejného obstarávania v prípadoch, kedy zadávateľom alebo jedným zo zadávateľov zákazky je zakladateľ č. 2.,*
zakladateľ č. 2 nie je oprávnený vykonávať svoje hlasovacie práva.
 6. *V prípadoch uvedených v predchádzajúcom bode 5. sa pri posudzovaní spôsobilosti valného zhromaždenia uznávať sa a pri hlasovaní na valnom zhromaždení neprihliada na hlasy, ktoré zakladateľ č. 2 nemôže vykonávať. Pre prijatie rozhodnutia v týchto prípadoch tak postačuje jednoduchá väčšina hlasov počítaná z celkového počtu hlasov ostatných akcionárov spoločnosti.*
3. V čl. X. bode 11. Stanov sa za poslednú vetu dopĺňa nasledovná veta:

Člen predstavenstva, ktorý spĺňa podmienky uvedené v bode 15. tohto článku stanov, nie je oprávnený vykonávať v mene spoločnosti žiadne úkony v prípadoch uvedených v bode 15. tohto článku stanov.
4. V čl. X. Stanov sa dopĺňajú nové body 15. a 16., ktoré znejú takto:
 15. *V prípade, že počas výkonu svojej funkcie je člen predstavenstva súčasne v pracovnom, služobnom alebo inom obdobnom pomere k zakladateľovi č. 2., alebo je verejným funkcionárom zakladateľa č. 2., alebo vykonáva akúkoľvek funkciu v ktoromkoľvek z orgánov zakladateľa č. 2., a predmetom rozhodovania predstavenstva je akákoľvek otázka týkajúca sa účasti spoločnosti v procese verejného obstarávania v tých prípadoch, kedy zadávateľom alebo jedným zo zadávateľov zákazky je zakladateľ č. 2., nie je takýto člen predstavenstva oprávnený vykonávať svoje hlasovacie práva.*
 16. *V prípadoch uvedených v predchádzajúcom bode 15. sa pri posudzovaní spôsobilosti predstavenstva uznávať sa a pri hlasovaní predstavenstva neprihliada na hlasy, ktoré takýto člen predstavenstva nemôže vykonávať. Pre prijatie rozhodnutia v týchto prípadoch tak postačuje väčšina hlasov uvedená v bode 9. tohto článku Stanov počítaná z celkového počtu hlasov ostatných členov predstavenstva.*
5. V čl. XI. bode 7. Stanov sa mení druhá veta, ktorá naďalej znie takto:
 7. *Pre rokovanie dozornej rady a spôsob jej rozhodovania platia ustanovenia čl. X. bod 10., 11., 12., 15. a 16 primerane.*